

**Précis de  
Droit des sociétés**

5<sup>e</sup> ÉDITION



Imprimé au Luxembourg  
© Editions Saint-Paul  
Luxembourg, 2017  
ISBN 978-99959-2-009-8

ALAIN STEICHEN

**Précis de  
Droit des sociétés**

5<sup>e</sup> ÉDITION

**Du même auteur :**

Comptabilité, fiscalité et 4<sup>e</sup> Directive, Luxembourg, 1984

Guide comptable luxembourgeois, Luxembourg, 1984

Comptabilité Générale et Analyse Financière, Luxembourg, 1985

(en collaboration avec M. Heinen et J. Weiland)

Mécanismes financiers des entreprises luxembourgeoises, Luxembourg, 1988

La justice dans l'impôt, th., Luxembourg, 1994

Précis de finances publiques, Luxembourg, 2007

Mémento de droit fiscal, 6<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2013

Précis de droit fiscal de l'entreprise, 4<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2013

Précis de droit fiscal communautaire, 1<sup>re</sup> éd., 2015

Manuel de droit fiscal, Luxembourg, 5<sup>e</sup> éd., 2015



**Avant-propos à la cinquième édition**

Une des principales difficultés dans la rédaction d'un livre de droit des sociétés tient à la coexistence de règles générales applicables à toutes les sociétés et de règles spéciales propres à certains types de sociétés. Cette difficulté est d'autant plus grande que certaines règles, dites générales, sont à l'expérience moins générales qu'elles n'y paraissent, et que certaines règles, spéciales à certaines sociétés, cachent en fait de véritables principes généraux du droit des sociétés. Il en résulte des interférences constantes d'une série de règles à l'autre, obligeant à une navigation délicate entre les deux écueils que sont la redite et les renvois incessants. Dans ce domaine on ne peut qu'essayer de limiter les avaries. Une large place a été faite aux exposés d'idées générales, aux synthèses. Je n'ai pas cherché à tout dire, mais à rassembler, sur la plupart des problèmes de quelque importance, les solutions de la législation actuelle. La concision de règle pour un ouvrage de ce genre ne m'a toutefois pas empêché de consacrer de plus amples développements à certaines questions et difficultés que l'on rencontre souvent en pratique : les conventions de vote, les relations au sein de groupes de sociétés en sont des exemples.

Depuis la parution de la quatrième édition de ce précis, l'ardeur réformatrice du législateur déjà constatée dans les éditions précédentes n'a pas été démentie. Bien au contraire, l'importante réforme de la loi de 1915 intervenue avec la loi du 10 août 2016 a modifié un très grand nombre d'articles de la loi de 1915, en a éliminé certains, jugés inutiles ou contreproductifs, et introduits d'autres, jugés essentiels, la plupart du temps sur demande des praticiens de la place. L'importance de la réforme du droit des sociétés intervenue par la loi du 10 août 2016 nous a obligé à faire bien plus qu'un simple toilettage de texte de notre 4<sup>e</sup> édition. Cette 5<sup>e</sup> édition constitue une véritable refonte de l'édition précédente, ce précis ayant été largement réécrit.

Le projet de loi n° 5730 avait pour objet principal de moderniser le droit des sociétés. Déposé en 2007, ce projet de loi a fait l'objet de nombreuses critiques, du moins dans sa version initiale. Perçu comme étant trop doctrinal, et pas suffisamment axé sur les besoins de la pratique, il a subi d'importants changements au fil du temps, en associant de manière croissante les praticiens aux travaux de réforme. On semble ainsi être entré dans une ère nouvelle, celle d'un droit des sociétés en mouvement perpétuel, le tout sous le couvert d'une volonté de pragmatisme à l'anglo-saxonne, où les principes et raisonnements classiques sont malmenés, si ce n'est sacrifiés sur l'autel des nécessités du service. Le pragmatisme n'est cependant pas sans dangers, les praticiens faisant souvent fi de toute explication rationnelle (« puisque cela marche ... »). Au néophyte embarrassé et en désarroi qui réclame la lumière, on sera tenté de répondre par le mot d'Alembert: « Allez en avant et la foi vous viendra ». Du coup nous assistons à ce spectacle curieux, mais profondément désolant, de spécialistes qui pratiquent le droit des sociétés au quotidien, souvent dans le cadre d'opérations sophistiquées, sans savoir et sans pouvoir expliquer clairement le pourquoi du comment des règles qu'ils appliquent. Faut-il les en blâmer ? Rien n'est moins sûr, car l'apparition d'articles « bis », « ter » etc. ne présage habituellement rien de bon. Ils sont invariablement le gage de modifications dans le sens d'une plus grande complexité, sans que la législation n'en devienne pour autant meilleure. Les règles nouvelles côtoient souvent des dispositions surannées, tombées en désuétude. D'où le risque de confusion et de mécompréhension. Situer les règles spécifiques dans leur contexte, en vue de les rendre intelligibles, voilà en définitive le but profond de ce précis. L'entreprise est hasardeuse et peut-être vouée à l'échec. Si l'on ne pourra accorder à notre tentative la palme du succès définitif, nous espérons néanmoins qu'on ne voudra pas lui refuser le mérite d'un effort sérieux qu'on espérera fécond.

Ce précis s'adresse, comme son prédécesseur, à un

assez large public, les étudiants en droit d'abord, mais également les praticiens du droit, les professionnels des chiffres, les notaires, ainsi que tous ceux qui sont intéressés à un titre ou à un autre (chef d'entreprise, décideurs politiques, etc.) aux questions juridiques liées aux entreprises commerciales. Il est à jour au 30 mars 2017.

Nous sommes reconnaissants à notre collaborateur Emmanuel Lebek d'avoir accepté de relire le manuscrit, ce qui a permis d'éliminer un certain nombre de coquilles, en améliorant ainsi la qualité espérée de l'ouvrage.



## Bibliographie

- ALJB Association luxembourgeoise des juristes de banque, Droit bancaire et financier au Luxembourg, 5 Vol. Bruxelles, 2004 (cité : ALJB).
- COIPEL (éd.) Droit des sociétés commerciales, 2 t., 2e éd., Bruxelles, 2002 (cité : COIPEL).
- COIPEL Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales, Rép. Not. T. XII, liv. II, Bruxelles, 1982 (cité : COIPEL, Dispositions communes).
- CORBISIER sous la direction d'André Prüm, Droit des sociétés. Tableau comparatif des droits luxembourgeois, belge et français, Bruxelles, 2000 (cité: CORBISIER).
- CORBIAU Avant-projet de loi des sociétés commerciales, Victor Buck, Luxembourg, 1906 (cité : CORBIAU).
- DE PAGE Traité élémentaire de droit civil belge, T. 4, par DEKKERS, 1975.
- ESCARRA Cours de droit commercial, Paris, 1952 (cité: ESCARRA).
- FREDERICQ Principes de droit commercial belge, T. 2, Gand, Van Rysselberghe, 1930 (cité : FREDERICQ).
- FREDERICQ Précis de droit commercial, Bruxelles, 1970 (cité: FREDERICQ, Précis).
- HAMEL/  
LAGARDE Traité de droit commercial, T. 1er, Paris, 1954 (cité: HAMEL/LAGARDE).
- HEMARD/TERRE/  
MABILAT Sociétés commerciales, T. 2, Paris, 1974 (cité: HEMARD et alii).
- HOU PIN/  
BOSVIEUX Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7e éd., Paris, 1935 (cité: HOU PIN/BOSVIEUX).
- LACOUR/  
BOUTERON Précis de droit commercial, 5 vol. (t. 1er consacré aux sociétés), Paris, 1925 (cité : LACOUR/BOUTERON).
- MALHERBE/  
LAMBRECHT Droit des sociétés. Droit communautaire. Droit belge (par Jacques Malherbe, Yves de Cordt, Philippe Lambrecht, Philippe Malherbe), 4e éd. Bruxelles, 2011 (cité, MALHERBE/LAMBRECHT).
- METZLER Travaux préparatoires et documents parlementaires relatifs à la loi du 10 août 1915, Luxembourg, Victor Buck, 1882-1915 (cité : METZLER).
- NYSSSENS Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales, Luxembourg, Victor Buck, 1884 (cité : NYSSSENS).
- NYSSSENS/  
CORBIAU Traité des sociétés commerciales, avec notes posthumes de M. Pirmez, 2 volumes, Bruxelles (cité: NYSSSENS/CORBIAU, Traité).
- PASSELECQ Traité des sociétés commerciales, 1934 (Nouvelles : Droit commercial, t. III).
- POTHIER Traité du contrat de société, in : Œuvres de Pothier, par M. Brugnet (cité : POTHIER).

- THALLER      Traité théorique et pratique de droit commercial, par PIC, 3 Vol., Paris, 1908 à 1924 (cité : THALLER).
- TILQUIN/  
SIMONART    Traité des sociétés, 4 T., Diegem, 1996(cité:TILQUIN/SIMONART).
- VAN RYN      Principes de droit commercial, 4 T., Bruxelles, Bruylant, 1954 (cité : VAN RYN).
- WINANDY     Manuel de droit des sociétés, 2e éd., Luxembourg, Legitech, 2011 (cité : WINANDY).

## Liste des abréviations

ACE	Comptabilité, fiscalité, audit, droits des affaires au Luxembourg, mensuel	n°	numéro (renvoie à un numéro du précis)
ADL	Annales de Droit Luxembourgeois	NCPC	Nouveau NCPC
arr. gd.	Arrêté grand-ducal	p.	page
Bull. Barreau	Bulletin d'information sur la jurisprudence de la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg	Pas.	Pasicrisie
Bull. Cercle	Bulletin du Cercle François Laurent	RCS	Registre de commerce et des sociétés
Fr. Laurent	Bulletin Joly Sociétés	RDCB	Revue de droit commercial belge
BJS	Cour Supérieure de Justice statuant en matière de cassation	RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et boursier
Cass.	Cour de Justice des Communautés Européennes	RESA	Recueil électronique des sociétés et associations
C.C.	Cour constitutionnelle	Rev. fr. compt.	Revue française de comptabilité
C.civ.	Code civil	rép. min.	réponse ministérielle
C.com.	Code de commerce	Rev. crit. dr. int. pr.	Revue critique de droit international privé
C.E.	Conseil d'État	Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
CJUE	Cour de Justice des Communautés Européennes	RJCB	Revue de jurisprudence commerciale belge
CNC	Commission des normes comptables	RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
C.pén. chron.	Code pénal chronique	RPS	Revue Pratique des Sociétés
CNC	Commission des Normes Comptables	Rev. soc.	Revue des Sociétés
Cour	Cour Supérieure de Justice statuant en matière d'appel	RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
CSSF	Commission de surveillance du secteur financier	SA	Société anonyme
D.A.O.R	Le droit des affaires (revue belge)	SARL	Société à responsabilité limitée
Doc.	Documents parlementaires relatifs à un projet ou une proposition de loi	SARL-S	Société à responsabilité limitée simplifiée
DPCI	Droit et pratique du commerce international	SARL-U	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
Gaz. Pal.	Gazette du Palais	S.A.U.	Société anonyme à associé unique
GD	Grand-Duché	SCA	Société en commandite par actions
J.C.P.	Juriscasseur permanent	SCOOP	Société coopérative
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes	SEC	société en commandite (qui peut donc être simple comme spéciale)
J.T.	Journal des Tribunaux	SECS	société en commandite simple
JTL	Journal des Tribunaux Luxembourg	SECsp	société en commandite spéciale
L	Loi	Sem. jur.	Semaine juridique
L1915	Loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales	SIS	Société d'impact sociétal
LRCS	Loi du 19 décembre 2002 concernant le RCS ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises	th.	Thèse de doctorat d'État
Luxbg	Luxembourg	Trib. Arr.	Tribunal d'arrondissement
n.	note		



[I]Plan de l'ouvrage. — On suivra les distinctions opérées traditionnellement en la matière et consistant à regrouper dans une première partie les règles et solutions communes à l'ensemble des sociétés commerciales et civiles. La deuxième partie sera consacrée aux règles spécifiques à chaque type de société, en privilégiant les sociétés commerciales. Le découpage « droit commun – droit spécial » conduit à scinder l'étude du droit des sociétés selon le caractère plus ou moins général du cadre juridique et présente de ce fait une incontestable utilité ; mais il ne doit pas faire oublier l'unité profonde du droit des sociétés, les règles générales et particulières devant en pratique être étroitement associées.

<b>PARTIE I.</b>	<b>LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS</b>	<b>15</b>
<b>TITRE 1.</b>	<b>UNE INTRODUCTION AU DROIT DES SOCIÉTÉS</b>	<b>17</b>
CHAPITRE 1	LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT DES SOCIÉTÉS	19
CHAPITRE 2	LES CLASSIFICATIONS ET CONTOURS DES GROUPEMENTS D'AFFAIRES	32
<b>TITRE 2.</b>	<b>LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ</b>	<b>53</b>
CHAPITRE 1	LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT EN GÉNÉRAL	55
CHAPITRE 2	LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT SPÉCIAL	69
CHAPITRE 3	LES CONDITIONS DE FORME DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	104
CHAPITRE 4	LES DIFFICULTÉS ENTOURANT LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ	113
<b>TITRE 3.</b>	<b>L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ</b>	<b>125</b>
CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ EN TANT QUE PERSONNE MORALE	127
CHAPITRE 2	LES ASSOCIÉS	173
CHAPITRE 3	LES DIRIGEANTS	259
CHAPITRE 4	LES CONTRÔLEURS	327
<b>TITRE 4.</b>	<b>L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ</b>	<b>365</b>
CHAPITRE 1	LA RECHERCHE DE FINANCEMENT	367
CHAPITRE 2	LA RESTRUCTURATION DE LA SOCIÉTÉ	391
CHAPITRE 3	LA CRÉATION DE GROUPES DE SOCIÉTÉS	427

CHAPITRE 4	LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ	461
------------	------------------------------	-----

<b>PARTIE 2.</b>	<b>LE DROIT SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS</b>	<b>491</b>
------------------	--------------------------------------	------------

---

<b>TITRE 1.</b>	<b>LES SOCIÉTÉS À RISQUE ILLIMITÉ</b>	<b>495</b>
-----------------	---------------------------------------	------------

---

CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ CIVILE	497
------------	-------------------	-----

CHAPITRE 2	LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	515
------------	-----------------------------	-----

CHAPITRE 3	LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE	527
------------	--------------------------	-----

CHAPITRE 4	LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE	539
------------	------------------------	-----

CHAPITRE 5	LA SOCIÉTÉ SANS PERSONNALITÉ MORALE	551
------------	-------------------------------------	-----

---

<b>TITRE 2.</b>	<b>LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ</b>	<b>563</b>
-----------------	-------------------------------------	------------

---

CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	565
------------	-------------------------------------	-----

CHAPITRE 2	LA SOCIÉTÉ ANONYME	612
------------	--------------------	-----

CHAPITRE 3	LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX PARTICULIÈRES	761
------------	--	-----

## **PARTIE 1. LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS**

[2] **Présentation.** — Le droit commun des sociétés regroupe les règles et principes communs à l'ensemble des sociétés, civiles comme commerciales. Nous suivrons le déroulement normal de la vie d'une société, en commençant par sa création, puis par son fonctionnement quotidien, avant de finir avec les phases de mutation relevant de la dynamique des sociétés : fusions, dissolutions, changements statutaires.





## Titre 1. Une introduction au droit des sociétés

[3] **Entreprises individuelles et sociales.** — Concept multiforme, reconnu et consacré en économie, l'entreprise est présente dans tous les secteurs de l'activité marchande. Pourtant, le droit luxembourgeois ne lui reconnaît pas d'existence propre et ne lui attribue un statut juridique que si elle emprunte la forme de certaines organisations<sup>1</sup>. Ces organisations, appelées « sociétés », ont, la plupart du temps, contrairement aux *entreprises individuelles*, une personnalité juridique propre et un patrimoine autonome. Cette supériorité de la société sur les entreprises individuelles en fait un rouage essentiel de la vie économique contemporaine. C'est la raison pour laquelle elles font l'objet de nombreuses études en gestion d'entreprises et sciences économiques.

Pour le sens commun, une entreprise est définie par son activité : *la production de biens et de services* en combinant du travail et du capital (des équipements). Ces biens et services sont destinés à être vendus dans le but de réaliser un profit. Ainsi comprise, *toute société n'est pas nécessairement une entreprise* : il suffit de songer à la société patrimoniale qui détient un immeuble mis gracieusement à disposition de son associé ; cette société ne vend ni des biens ni ne preste des services rémunérés. Inversement, *toutes les entreprises ne prennent pas nécessairement la forme d'une entreprise sociale* ; c'est le cas des entreprises individuelles. Plutôt que de s'intéresser aux fonctions de la société (entreprise), il serait préférable de s'intéresser à ses effets : la plupart du temps, une personne morale résulte de la constitution d'une société. La société sous la forme de la personne morale, ce qui sera la situation dans 99,99 % des cas, est *une unité juridique à finalité déterminée, qui très souvent poursuivra une entreprise*.

La société en tant qu'instrument juridique au service de l'économie privée doit également faire l'objet d'études purement juridiques. En effet, l'évolution économique et sociale exige une adaptation continue du droit des sociétés aux nécessités de la vie économique. La société peut ainsi être étudiée en tant qu'employeur (droit du travail), contribuable (droit fiscal), mais également, ce qui sera l'objet de ce précis, du point de vue du droit qui lui est applicable en tant que société dotée de la personnalité juridique. Si la société est, certes, issue d'un contrat, ce qui justifie un large emprunt au Code civil régissant le droit des contrats, elle ne s'épuise cependant pas dans le contrat de droit commun du Code civil. L'originalité du contrat de société est certaine, en ce sens qu'il s'agit d'un acte juridique collectif

---

<sup>1</sup> METZLER, La notion juridique de l'entreprise, in : *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. III, Paris, 1947, pp. 123 et s.; plus récemment DABIN, L'émergence de l'entreprise en droit belge des sociétés anonymes, in : CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, 2013, p. 7.

jugé à l'aune de l'article 1832 C.civ. et donnant lieu, la plupart du temps, à un sujet de droit distinct de celui des associés ayant fondé la société.

## CHAPITRE 1 LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT DES SOCIÉTÉS

L'un des rouages essentiels de la vie économique contemporaine, la société présente des intérêts incontestables (section 1). L'utilité de la société contraste avec le débat sur la nature de la société, discussion qui agissait déjà la doctrine canoniste : la société est-elle, comme on aimait le croire en France, une institution, ou s'agit-il avant tout, si ce n'est uniquement, d'un contrat ? Ce débat sur la qualification de la société commande la place réservée à l'autonomie contractuelle et explique pour une large part les différences en droit rencontrées par rapport au modèle français (section 2). Elle explique également pour une large part l'évolution récente du droit des sociétés luxembourgeois qui reste bien évidemment également largement influencé par les textes d'origine communautaire (section 3).

### Section 1. Les intérêts de la forme sociale

On peut évoquer trois raisons différentes, quoique complémentaires, pour adopter la forme sociale pour exercer une activité entrepreneuriale : l'intérêt des associés<sup>1</sup>, des dirigeants ainsi que celui des tiers<sup>2</sup>.

[4] **Intérêts pour les associés.** — Pour les associés, un premier intérêt est l'*efficacité dans la gestion de l'entreprise*. Les sociétés, en groupant les efforts de différents individus ainsi que les capitaux des investisseurs, sont à même d'atteindre des objectifs que l'entreprise individuelle ne sait réaliser seule. C'est ainsi que l'appel public à l'épargne constitue une source

<sup>1</sup> Le terme « associés » est pris dans le sens large et regroupe à la fois les associés dans les sociétés à risque illimité (les associés au sens propre du terme) et ceux dans les sociétés à risque limité (les « actionnaires ») ; v. n° [870].

<sup>2</sup> En détail : MICHEL, Le notaire face au droit des sociétés, in : *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 5.

essentielle de financement réservée aux seules sociétés. Les *crédits* sont plus aisément accordés par les banques à plusieurs personnes qu'à une seule, car les garanties offertes par les groupements sont plus grandes. Seule la société est à même de changer de taille, de dimension, car celle-ci est le terrain privilégié des *concentrations économiques* (prise de participation, fusion, etc.).

La forme sociétaire est encore utile du point de vue de l'*organisation interne de l'entreprise*, car elle permet aux associés de prendre les décisions nécessaires à l'entreprise sans avoir besoin de se réunir continuellement et de se mettre d'accord de façon unanime. Le principe majoritaire qui s'applique dans les sociétés pour leur prise de décision leur permet, contrairement aux indivisions, de fonctionner au jour le jour.

La société permet encore d'assurer une certaine *autonomie du patrimoine social*, par rapport au patrimoine de chacun des associés. En séparant le patrimoine professionnel du patrimoine privé, la société permet de limiter les risques financiers courus par les associés (v. n° [193] et s.) ; elle constitue donc un instrument de protection des associés à l'égard des risques commerciaux et financiers de leur entreprise. La société s'intercale entre les associés et les créanciers de l'entreprise ; elle fait « écran ».

Dans une entreprise individuelle, l'entrepreneur répond des dettes sur l'intégralité du patrimoine dont il est propriétaire. À la différence du droit allemand, le droit luxembourgeois n'opère pas de distinction entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel et ne connaît donc pas le concept de « *patrimoine d'affectation* ». Suivant l'enseignement classique d'AUBRY et RAU, toute personne physique n'a qu'un seul patrimoine (« *principe de l'unicité du patrimoine* »). La création d'une société permet de remédier à l'unicité du patrimoine en scindant le patrimoine professionnel et le patrimoine privé. La personne morale sociétaire devient propriétaire des biens qui lui ont été apportés ; c'est la personne morale sociétaire, et non pas l'associé, qui doit régler les dettes de l'entreprise. En pratique, cependant, la limitation des risques est souvent rendue illusoire par le jeu des garanties personnelles exigées par les banquiers lors de l'octroi de crédits bancaires.

Le *régime fiscal* de l'entreprise change également

selon que l'on se trouve en présence d'une entreprise sociétaire ou individuelle<sup>1</sup>. Certaines sociétés, plus particulièrement les sociétés dites de capitaux, sont en effet soumises à une imposition spécifique dénommée « impôt sur le revenu des collectivités ». C'est la raison pour laquelle ces sociétés sont appelées « sociétés opaques ». Le taux d'imposition des sociétés opaques est proportionnel et fixé à 22% (+/- 29% en tenant compte de l'impôt commercial communal). Ce taux est nettement plus faible que le taux marginal d'imposition des personnes physiques qui est de 39% (hors impôt commercial communal). Les entreprises individuelles ainsi que les sociétés de personnes, encore appelées « sociétés transparentes », en revanche, sont ignorées par le droit fiscal. Plus précisément, les sociétés transparentes sont assimilées aux entreprises individuelles. L'entreprise individuelle n'étant pas un sujet fiscal, l'exploitant est directement imposé sur le bénéfice commercial qu'il a pu réaliser au sein de son entreprise individuelle ; de même, les bénéficiaires des sociétés transparentes remontent directement au niveau des associés, pour y être soumis à l'impôt sur le revenu. Aussi, le choix d'une forme de société opaque permet d'alléger la charge fiscale, en cas de réinvestissement des bénéfices sociaux. Or, la plupart du temps, les sociétés doivent dégager des profits aux fins d'assurer leur autofinancement ; l'imposition dans le chef du particulier des bénéficiaires commerciaux, au barème progressif, contrevient à cet objectif, ce qui explique les faveurs des chefs d'entreprise pour la forme de la société opaque, moins lourdement imposée, lorsqu'il leur faut réinvestir une large part des profits. Inversement, en cas de pertes de démarrage, il est préférable d'exploiter l'entreprise en tant qu'entreprise individuelle, ou de société transparente, afin que les pertes commerciales puissent être compensées avec les autres revenus (positifs) de l'exploitant (loyers, salaires, ...).

<sup>1</sup> En détail, STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

[5] **Intérêts pour les dirigeants.** — La forme sociétaire s'avère également souvent intéressante pour le dirigeant de l'entreprise, surtout dans les entreprises familiales caractérisées par une confusion du pouvoir financier et de gestion.

Le dirigeant, propriétaire et exploitant d'une entreprise individuelle, est juridiquement considéré comme un travailleur indépendant. Il ne bénéficie dès lors pas de la législation protectrice en matière de *droit du travail*, notamment dans l'hypothèse de la perte de son emploi.

La *couverture sociale* du dirigeant de l'entreprise individuelle est également moins favorable, car le dirigeant relève dans ce cas du régime social des travailleurs indépendants non-salariés. N'étant pas assujéti au régime général de la sécurité sociale des salariés, il ne bénéficie par exemple pas d'indemnités en cas d'arrêt maladie, ni d'indemnités en cas de chômage.

La loi sur la sécurité sociale distingue les salariés et les autres. Les salariés sont définis de la même façon qu'en droit du travail et visent les personnes exerçant leur activité rémunérée pour le compte d'autrui. Les autres personnes incluent les commerçants, les professions libérales ainsi que certains membres de sociétés.

La loi assimile aux travailleurs indépendants et commerçants : les associés qui participent à la gestion courante de la société ; les associés, même s'ils ne participent pas à la gestion courante de la société, lorsqu'ils détiennent ensemble avec leur conjoint plus de la moitié des parts sociales de la société (art. 1<sup>er</sup> L27.7.1992). A contrario, le dirigeant de société qui ne détient pas de parts sociales de la société dans laquelle il exerce ses fonctions est un salarié au regard de la Sécurité Sociale.

La pratique s'écarte quelque peu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative à l'assurance obligatoire pour procéder aux distinctions suivantes :

- *les sociétés à responsabilité limitée : le gérant technique* et le gérant administratif. L'administration fait une distinction, pour les SARL, entre le gérant technique (celui au nom duquel l'autorisation de commerce a été délivrée) et le gérant administratif. Le gérant technique est toujours considéré comme étant un travailleur indépendant ; le gérant administratif est affilié comme salarié, tant qu'il n'est pas un associé majoritaire dans la société.
- *les sociétés anonymes.* La loi de 1992 ne vise aucune société en particulier, de sorte qu'il faudrait appliquer la distinction faite en matière de SARL à toutes les sociétés, notamment celles à risque limité. En fait, en raison des difficultés de

preuve que l'administration rencontrerait en matière de pourcentage de détention du capital social dans les SA, il y est fait abstraction de cette exigence. Dans les sociétés anonymes, l'administrateur actionnaire sera affilié comme salarié (il lui faudra évidemment bénéficier d'un contrat de travail), même s'il est par ailleurs actionnaire majoritaire dans la société. L'affiliation en tant qu'indépendant est donc limitée aux seuls administrateurs bénéficiant de l'autorisation de faire le commerce.

- *les autres sociétés.* Comme il est toujours possible de connaître dans ces sociétés la composition du cercle des associés, on applique dans ces circonstances la loi et non pas les mesures de simplification des SA.

Enfin, le dirigeant d'une entreprise individuelle perçoit des bénéfices commerciaux au sens du *droit fiscal*, et non pas un revenu salarial. Notamment, le revenu réalisé dans l'entreprise subit l'impôt sur le revenu des personnes physiques au taux marginal d'imposition du dirigeant.

[6] **Intérêts pour les tiers.** — La personne morale sociétaire assure, contrairement à l'entreprise individuelle, la continuité de l'entreprise. La *stabilité de l'entreprise sociétaire* n'est pas affectée par le décès, le divorce ou plus généralement la disparition du propriétaire exploitant. La personnalité morale assure à l'entreprise des perspectives de durée qui dépassent souvent celle de la vie humaine. La société est moins précaire que l'entreprise individuelle, ne fût-ce que parce que les revers de fortune de l'entrepreneur ne rejaillissent pas sur son entreprise, si celle-ci est opérée dans le cadre d'une société ; le patrimoine privé et celui affecté à l'entreprise sont en effet nettement séparés, de sorte que les créanciers personnels du chef d'entreprise ne pourront pas exercer leurs poursuites sur les biens de la société.

La cession d'une entreprise sociétaire est moins perturbée que la transmission de l'entreprise individuelle. La forme sociale présente donc un *intérêt de souplesse* dans le cadre de la transmission successorale ou autre.

La forme sociétaire assure encore une certaine *clarté dans la gestion*, en permettant de séparer nettement le pouvoir financier et le pouvoir de gestion.

## Section 2. La nature juridique de la société<sup>1</sup>

Une controverse classique du droit des sociétés est celle de la nature juridique de la société. Pour certains, la société est un contrat ; pour d'autres, il s'agirait plutôt d'une institution ; enfin, de manière pragmatique, certains voient dans la société essentiellement une technique d'organisation de l'entreprise<sup>2</sup>. Si l'intérêt théorique de la controverse ne doit pas être surestimé, il n'en reste pas moins que, selon la conception retenue, la place de la liberté contractuelle sera plus grande ou davantage rétrécie.

[7] **Un contrat.** — Traditionnellement, la doctrine française qualifiait la société de contrat. Les professeurs Marty et Raynaud disaient, non sans humour, que « comme le mariage, la société est un contrat ». Mais cette approche de la société a fait l'objet de critiques parfois vives. La société, *societas*, provient du terme latin *socius*, qui désigne le compagnon. Peut-on encore parler de société s'il n'y a qu'un seul associé, comme dans la SARL unipersonnelle, et donc a fortiori plus aucun « compagnon » non plus ? Bon nombre d'auteurs le pensent et proposent depuis un siècle déjà de délaisser la nature contractuelle de la société au profit d'autres qualifications<sup>3</sup>.

Cependant, l'article 1832 du Code civil continue à définir la société comme un groupement constitué par l'acte de volonté de deux ou plusieurs personnes mettant quelque chose en commun en vue de la réalisation

<sup>1</sup> MESTRE, La société est bien encore un contrat, in : *Mél. Mouly*, Paris, 1988, p. 130 ; DIDIER, Théorie contractuelle de la société, *Rev. sociétés* 2000, p. 95 ; MAY, La société : contrat ou institution ? in : *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Paris, 2004, p. 122.

<sup>2</sup> Pour une vue complète sur cette dialectique, v. la doct. thèse de : CORBISIER, *La société : contrat ou institution?*, th., Bruxelles, 2011 ; également DIEUX, La société anonyme : armature juridique de l'entreprise ou « produit financier »?, *RPS* n° 7129, p. 213.

<sup>3</sup> BERTREL, Le débat sur la nature de la société, in : *Mél. A. Sayag*, Paris, 1997, p. 131.

de certains objectifs, la société unipersonnelle constituant une exception à ce principe, plutôt que son arrêt de mort (« ou dans les cas prévus par la loi »). La société est (encore) un contrat, puisque le consentement individuel se trouve à son origine ; elle naît de la volonté des parties<sup>1</sup>. Pour cette raison également, le Code civil continue à traiter des sociétés dans le chapitre réservé aux contrats (« Du contrat de société »), entre le contrat de louage et le contrat de prêt. C'est ainsi que les conditions de validité de la société sont appréciées, à juste titre, par rapport aux conditions de validité du droit des contrats ; de même, les relations juridiques entre le dirigeant et la société relèvent du droit des mandats, donc du domaine des contrats spéciaux. L'autonomie de la volonté individuelle fait donc nécessairement partie du droit des sociétés. L'aspect contractuel transparait non seulement dans le cadre du fonctionnement de la société, largement gouverné par les règles que les associés se sont données, mais également, et sans doute surtout, dans l'organisation des *relations entre les associés et la société*. Ces relations s'organisent autour d'un contrat, les associés acquérant des droits en raison de leur statut (p.ex. : le droit de ne pas voir leurs engagements augmenter, sauf de leur consentement), mais disposant également d'obligations vis-à-vis de la société.

La doctrine contractualiste peut également s'autoriser d'un arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne, aux termes duquel « les liens existant entre les actionnaires d'une société sont comparables à ceux qui existent entre les parties à un contrat. La constitution d'une société traduit en effet l'existence d'une communauté d'intérêts entre les actionnaires dans la poursuite d'un objectif commun. Afin de réaliser cet objectif, chaque actionnaire est investi vis-à-vis des autres actionnaires et des organes de la société, de droits et d'obligations qui trouvent leur expression dans les statuts de la société. Il s'ensuit que pour l'application de la Convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre les actionnaires et

les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent »<sup>2</sup>.

L'analyse basée sur le droit des contrats doit cependant être située dans son contexte. Le contrat de société n'est en effet pas un contrat comme les autres : alors que le contrat de droit commun (p.ex. : le contrat de vente) se caractérise classiquement par une opposition d'intérêts des contractants, cette opposition d'intérêts n'existe pas dans la société, puisque tous les associés doivent poursuivre un intérêt commun. Aussi, à l'instar du professeur Paul Didier, il y a lieu de distinguer les contrats-échange et les contrats-organisation<sup>3</sup>. Les « *contrats-échange* » ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se retrouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Ainsi, le contrat-échange « établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents ». À l'inverse, le « *contrat-organisation* » crée entre les parties « les conditions d'un jeu de collaboration où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents ». Le « contrat-organisation » institue ainsi une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le contrat de société est donc un contrat où plusieurs personnes se regroupent dans le but de poursuivre une entreprise commune, destinée à profiter à chacun de ses membres (associés). Cette analyse, qui met clairement en lumière la spécificité de l'acte sociétaire, prend en compte l'unité d'intérêts poursuivis, tout en intégrant la dimension organisationnelle de la société<sup>4</sup>. Le contrat de

<sup>1</sup> MESTRE, La société est bien encore un contrat ... , in : *Mél. C. Mouly*, t. 2, Paris, 1998, p. 131.

<sup>2</sup> CJCE 10 mars 1992, *RTD civ.* 1992 p. 757, obs. MESTRE.

<sup>3</sup> P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : le contrat de société : *RJ com.* 1995, p. 74 ; *eod.*, La théorie contractualiste de la société : *Rev. soc.* 2000, p. 95.

<sup>4</sup> En raison de cette spécificité, certains auteurs préfèrent parler d'actes unilatéraux collectifs, concernant le contrat de société : GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, p. 155

société contient ainsi deux composantes :

- un *aspect réel*, sous la forme d'une affectation de moyens à une personne (la société). Il n'y a pas de société sans apports, c.-à-d. sans mise en commun de biens (ou d'industrie). Ces biens sont affectés au projet commun, exprimé dans le cadre de l'objet social ;
- un *aspect personnel*, sous la forme d'un assujettissement des associés à l'intérêt collectif de tous les associés. La société permet à chaque associé, en s'associant à autrui, de mieux réaliser le projet qu'il s'est fixé, et qui est le même que celui de ses associés. La société sert ainsi l'intérêt commun de tous les associés (c'est la version la plus achevée du « contrat d'intérêt commun » du Code civil), ce qui implique également que chaque associé ne porte pas atteinte à cet intérêt commun, à savoir l'intérêt social.

En raison de cette spécificité, certains auteurs préfèrent parler d'*actes juridiques collectifs*, concernant le contrat de société<sup>1</sup>, la société constituant un accord de volontés semblables ayant toutes le même contenu et orientées vers la réalisation d'un but commun. Par opposition à un contrat, qui est le fruit de volontés antagonistes sinon divergentes, l'acte juridique collectif met en exergue des volontés aux contenus identiques tendant vers un même but. Dès lors, dans la mesure où la volonté de chaque associé réside dans la création de la société en vue de partager des bénéfices ou de profiter d'économies, la société prend la nature d'un acte collectif. En réalité, si les associés recherchent tous l'enrichissement de la société, et recherchent en cela un avantage commun, chacun cherche également en parallèle à satisfaire des avantages personnels et obtenir

sa part dans les bénéfices. Coexistent en ce sens un profit commun et un profit particulier à chacun des associés. Par conséquent, l'intérêt commun cohabite avec des intérêts privés pluraux distincts. On devrait sans doute plutôt parler de convergence d'intérêts pour caractériser l'intention qui anime les associés.

Cette spécificité du contrat de société se retrouve sur le plan du *principe de la force obligatoire du contrat de société*<sup>2</sup>. Si l'article 1134 du Code civil<sup>3</sup> doit régir la société comme les autres contrats, il n'est cependant pas voué à être appliqué avec la même rigueur. Alors que les contrats-échange en nécessitent une application stricte, le contrat-organisation en commande une lecture sensiblement assouplie. En effet, en raison de l'antagonisme des intérêts des parties et de la brièveté des contrats-échange, leur contenu doit être intégralement fixé au moment de l'échange des consentements et ne peut être modifié que par un accord des parties. A l'inverse, en raison de l'intérêt commun des associés et du caractère durable de la société, son contenu est naturellement appelé à évoluer. Pour cette raison, une majorité d'associés peut procéder à la modification du pacte social et l'intervention du juge pour garantir son efficacité durable est accueillie avec bienveillance.

**[8] Une institution**<sup>4</sup>. — La pertinence de l'analyse

et les références note 78. On observera seulement que cela amène à faire intervenir dans la définition du « contrat » un antagonisme des parties que le Code civil en soi ne reconnaît pas en tant que tel.

<sup>1</sup> GHESTIN, La notion de contrat, *D.* 1990, p. 155 et les références note 78.

<sup>2</sup> RECEVEUR, *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, th. Paris, 2006.

<sup>3</sup> Art. 1134 C.civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

<sup>4</sup> HAURIOU, La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social), in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la nouvelle journée*, t. IV, Paris, 1925, p. 2; BRODERICK, La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français, *Archives de Philosophie du Droit* 1968, p. 143 ; BRËTHE DE LA GRESSAYE, v. Institution, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1952, n° 28 ; BRËTHE DE LA GRESSAYE/LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du*

contractuelle a été progressivement contestée, surtout en France, mais également dans d'autres pays<sup>1</sup>. Une fois formée, la société va en effet apparaître comme un organisme vivant pourvu d'organes lui permettant de prendre des décisions sans exiger l'unanimité des associés. Peut-on encore parler de contrat lorsque les décisions sont prises à la majorité et non à l'unanimité ? Par ailleurs, la volonté contractuelle doit céder devant certaines dispositions légales, dites « impératives », qui forment souvent un véritable statut sociétaire que les associés doivent adopter en bloc. D'autres, empruntant à la sociologie, ont constaté que la société a une vie propre, distincte et généralement plus longue que celle de ses fondateurs.

Aussi, la notion d'institution fut appelée en renfort : emprunté au doyen M. Hauriou et au droit administratif<sup>2</sup>, ce concept assimile la société à une *institution ayant son intérêt propre et distinct de celui de ses associés*. La conception de la société-institution permet d'expliquer pourquoi les associés, après la constitution de la société, perdent la plus grande partie de leur pouvoir d'initiative et se trouvent liés par des textes impératifs. De même, elle justifie pourquoi les fondateurs n'ont le choix qu'entre un nombre limité de groupements d'affaires qui s'imposent à eux. Le recours à la théorie institutionnelle explique également

pourquoi l'associé unique, qui est également le gérant de la société, doit convoquer l'assemblée et s'y rendre, adopter à la majorité, plutôt qu'à l'unanimité, certaines décisions, etc.

Mais la théorie de l'institution présente également d'importantes *limites*<sup>3</sup>. Tout n'est pas prédéfini par le législateur, de sorte que les associés ne doivent pas choisir en bloc les règles posées par le législateur pour le groupement d'affaires concerné. Le choix des associés n'est d'ailleurs pas limité au choix de la forme sociale ; la liberté contractuelle permet très souvent d'adapter les règles légales parce qu'elles ne présentent qu'un caractère supplétif. On critique également, à juste titre, que l'approche institutionnaliste, issue du droit public, s'inscrit dans une philosophie de la contrainte ; fondée sur les notions de pouvoir et d'autorité, l'institution étant un *instrument de pouvoir*, chargé d'intérêts généraux. La société, par contre, est le moyen pour les associés de réaliser leurs projets individuels, dans leur intérêt commun. Ce n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes que l'institution, dans l'optique de M. Hauriou, est appelée en renfort, afin de garantir les droits des administrés, là où l'institution limiterait les droits des associés : en effet, selon M. Hauriou, si le droit public « repose essentiellement sur le pouvoir, ce pouvoir est cependant institué, c'est-à-dire encadré dans une organisation soumise à une idée ». Par cette formule, le doyen Hauriou résume la portée principale de sa théorie de l'institution : l'encadrement de l'État par le droit au profit des administrés. En droit des sociétés, par contre, la théorie de l'institution opère plutôt contre les associés (l'équivalent des administrés du droit public), en écartant les choix contractuels opérés par ces derniers au profit d'une vision « holistique » de la société, basée sur des règles impératives s'imposant aux associés dans l'intérêt social (compris

---

*droit*, Paris, 1947, n° 392; GAILLARD, *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1933 ; DE SOLA CANIZARES, Le caractère institutionnel de la société de capitaux, *RIDC* 1953, p. 416 et s.

<sup>1</sup> Pour une analyse de droit comparé, v. GELTER, La doctrine française de l'entreprise d'un point de vue comparé, in : CHAMPAUD (sous la dir.), *L'entreprise dans la société du 21<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, 2013, p. 85.

<sup>2</sup> Les similitudes avec le *droit administratif* sont certaines : le droit administratif règle la vie des collectivités publiques ainsi que leurs relations avec les particuliers ; le droit des sociétés règle la vie de la personne morale regroupant les associés ainsi que les droits et obligations de ces derniers à l'égard de la société : PORTEMER, Du contrat à l'institution, *JCP* 1947, p. 586.

---

<sup>3</sup> V. notamment : FENOUILLET, La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?, in : BASDEVANT-GAUDEMET (coord.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, 2004, p. 103.



comme un intérêt de l'ensemble des personnes intéressées à la bonne marche de la société).

Le législateur a dès lors eu raison de ne pas emprunter la voie de l'« institution », même lorsqu'il a traité des *sociétés unipersonnelles*. Il ne sera certes pas possible de parler de « contrat », car on ne peut conclure une convention avec soi-même ; mais là où le droit français évoque, en son article 1832 C.civ., la « société instituée (...) par l'acte de volonté d'une seule personne », le législateur luxembourgeois préfère parler d'une « société constituée (...) par un acte de volonté d'une personne (...) ». Le choix de cette terminologie n'est pas anodin. On peut également constater que dans un pays tel la France, ayant succombé durant un moment aux charmes de la conception institutionnaliste, le législateur accorde un mouvement en faveur de la « contractualisation » des sociétés<sup>1</sup>. D'où la thèse française récente de la société qui serait à la fois un contrat et une institution. La part du contrat et l'institution ne seraient pas fixées de la même manière pour toutes les formes sociétaires, ni figées dans le temps. Elles varieraient selon le type de société et selon le moment où la question se poserait :

- plus grande dans les sociétés à risque illimité, la part contractuelle diminuerait dans les sociétés à risque limité, et en particulier dans les sociétés de capitaux où l'aspect institutionnel prédominerait<sup>2</sup> ;
- la société serait issue d'un contrat, après quoi elle deviendrait une institution régie par des règles auxquelles les associés ne sauraient se soustraire.

En définitive, il faut considérer que la théorie institutionnelle est à la fois imprécise et inutile, de sorte qu'il devrait être possible d'en faire l'économie : elle est imprécise parce qu'elle ne fonde aucun régime juridique déterminé ; elle est inutile parce qu'elle fait double emploi avec les dispositions d'ordre public

sociétaire  
(v. n° [10]).

### [9] Une technique d'organisation de l'entreprise.

— Une partie de la doctrine propose de délaisser la controverse contractuelle ou institutionnelle, qu'elle estime être plus théorique que pratique, pour retenir que la société est au service d'une finalité. La société ne serait qu'une technique au service d'une finalité, l'entreprise. Celle-ci étant dépourvue d'existence juridique, la technique sociétaire permettrait de la lui conférer. C'est à PAILLUSSEAU<sup>3</sup> que l'on doit l'heureuse formule selon laquelle « la société [anonyme] n'est qu'une technique juridique mise au service de l'entreprise ». Cette conception utilitariste permet d'expliquer la création de la société unipersonnelle définie par le Code civil comme « un acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée » (art. 1832 C.civ.). Les associés recherchent la forme sociétaire, et plus particulièrement la personnalité morale, afin de pouvoir agir plus efficacement, voire autrement : la société est là parce qu'elle est plus adaptée au fonctionnement de l'entreprise et parce qu'elle facilite son développement ultérieur. La société n'est ainsi qu'un simple outil juridique utilisé pour obtenir un résultat déterminé. Cette approche place le praticien au centre du débat : celui-ci ne se pose pas la question métaphysique de la nature contractuelle ou institutionnelle de la société, mais voit dans la société une technique juridique, une « machine juridique », pour reprendre l'expression du doyen Ripert.

Personne ne doute que la société commerciale soit principalement une structure juridique de l'entreprise. Du dogmatisme, nous sommes passés au pragmatisme, ou tout simplement à la réalité des choses. Ce qui, en soi, est une bonne chose. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il y a des entreprises sans société et des sociétés sans entreprise (v. n° [3]). Le but premier et trait

<sup>1</sup> V. PRIEUR, Droit des contrats et droit des sociétés, in : *Mélanges A. Sayag*, Paris, 1997, p. 371.

<sup>2</sup> BETREL, Le débat sur la nature de la société, in : *Mélanges A. Sayag*, Paris, 1997, p. 131.

<sup>3</sup> PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, th., Paris, 1967.

distinctif de la « doctrine juridique de l'entreprise » est de bâtir ses raisonnements constructeurs sur l'idée d'autonomie de l'entreprise dont les intérêts propres ne se confondent ni de façon univoque ni intégralement avec aucun des intérêts (catégoriels comme individuels) de ses « apporteurs économiques » : capitalistes, cadres, salariés, .... Toutefois, ces intérêts ne s'y opposent pas pour autant radicalement, chacun de ses partenaires trouvant profit à la réussite de l'entreprise. Ce charme certain de la doctrine de l'entreprise constitue également sa principale faiblesse : si le pragmatisme qui requiert que le droit des sociétés soit à l'écoute des besoins des entreprises, peut mettre tout le monde d'accord, il n'a cependant pas réellement non plus de valeur explicative sur le plan de la théorie juridique.

[10] **Limites de la liberté contractuelle sociétaire : l'ordre public sociétaire**<sup>1</sup>. — Privilégier l'aspect contractuel ou institutionnel a des conséquences pratiques, car le choix ainsi fait influe sur le champ d'application de l'autonomie contractuelle. L'autonomie contractuelle est maximale dans le cadre de l'hypothèse « société-contrat » et réduite à sa plus simple expression si la société est une « institution ».

En effet, lorsqu'il y a un contrat, les parties déterminent librement leurs droits et obligations respectifs, sous réserve de l'ordre public. En revanche, lorsqu'il y a une institution, les parties adoptent ou rejettent en bloc un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier. La seule liberté qui existe en matière d'institution est celle du « tout ou rien ».

Contrairement à ce qui se passe en France, *l'aspect contractuel a toujours été privilégié au Luxembourg*<sup>2</sup>, de

<sup>1</sup> FARJAT, *L'ordre public économique*, th. Paris, 1962 ; SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, th., Paris, 2002.

<sup>2</sup> HARLES/BEISSEL, La société - nature juridique et perspectives luxembourgeoises, *ALJB*, t. 4, p. 1008 ; en détail : CORBISIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139 ; CORBISIER, *La société : contrat ou institution?*, th., Bruxelles, 2011, p. 475 ; CORBISIER, La loi de 1915 face à la conception contemporaine de la société, *JTLux*, 2016,

sorte qu'il est difficile de parler d'un « renouveau » du droit contractuel en matière sociétaire<sup>3</sup> : au Luxembourg, les techniques contractuelles ont toujours été utilisées dans toute la mesure du possible, afin d'infléchir le cadre réglementaire des différents types de sociétés. C'est ce que rappelle utilement l'article 1<sup>er</sup> (al. 2) de la loi du 10 août 1915 en disposant que les sociétés commerciales « se règlent par les conventions des parties », qui plus est, en plaçant cette disposition avant les dispositions légales et les usages commerciaux. Mais il existe cependant une limite à la liberté contractuelle, qualifiée généralement d'« ordre public sociétaire »<sup>4</sup>. Cet ordre public a deux facettes : tantôt, il vise à protéger les tiers en relation contractuelle avec la société ou les associés, en leur assurant un équilibre minimal entre eux ; tantôt encore, il vise à préserver l'intérêt propre de la société, c.-à-d. son bon fonctionnement.

Avec l'*ordre public de protection*, le législateur visera à protéger une certaine catégorie de personnes ; il est nécessaire à la préservation de la liberté d'autrui. En effet, l'autonomie de la volonté peut avoir des effets pervers dans les contrats où les rapports de force ne sont pas égaux : la partie la plus forte pouvant imposer

n° 44, p. 33 (« le pendule sociétaire, dans ses oscillations entre ses pôles contractuel et institutionnel, est actuellement orienté plus nettement du côté contractuel »).

<sup>3</sup> BERTREL, Liberté contractuelle et sociétés, *RTD com.* 1996, p. 595 ; JEANTIN, Droit des obligations et droit des sociétés, *Mélanges Boyer*, Paris, 1996, p. 16 ; MONSAILLER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1998 ; SAINTOURENS, La flexibilité du droit des sociétés, *RTD com.* 1987, p. 457. V. notamment GUYON, *Les sociétés*, in : GHESTIN (sous la dir. de), *Traité des contrats*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1999.

<sup>4</sup> En détail SIMONART, L'ordre public et le droit des sociétés, in : *L'ordre public. Concepts et applications*, Bruxelles, 1995. V. également : HARLES/SPIELMANN, L'ordre public dans la vie des affaires, *Bull. Cercle Fr. Laurent 1999 IV*, p. 45 ; *JurisNews Droit des sociétés*, p. 9, Lois impératives et d'ordre public ; deux notions à ne pas confondre –Lux. 23 décembre 2015, n° 145 724 et 145 725, note A.W.

« sa loi » à la partie la plus faible. Comme le disait finement Georges BERNANOS : « Lorsqu'un homme crie : « vive la liberté ! », il pense évidemment à la sienne »<sup>1</sup>.

Il existe également un *ordre public de direction*, c.-à-d. des situations où le législateur poursuit des buts précis s'imposant obligatoirement à toutes les personnes concernées. Il s'agit la plupart du temps de règles destinées à servir les intérêts communs de plusieurs personnes.

La conséquence immédiate de cette distinction est que, dans les statuts, les personnes peuvent déroger à l'ordre public de protection si les personnes que le législateur entend protéger y consentent expressément. En revanche, cela ne sera pas possible en présence de dispositions relevant de l'ordre public de direction ; si la loi veut orienter le fonctionnement de la société dans un certain sens, les parties ne pourront y déroger, même à l'unanimité.

L'ordre public sociétairerésulte *en premier lieu de la loi*. Celle-ci peut soit énoncer des règles expressément impératives, et donc sanctionnées par la nullité<sup>2</sup> ou par le droit pénal<sup>3</sup>, soit ne rien énoncer, et c'est alors de la tournure des textes que se déduit le caractère impératif. Mais l'ordre public peut également découler des *principes généraux du droit des sociétés*. Ces principes ne sont pas fixés par la loi mais par la jurisprudence : la hiérarchie des organes et la séparation des pouvoirs ; la liberté de vote ; l'intérêt social, pour n'en citer que certains. On chercherait vainement les principes géné-

raux du droit des sociétés dans un chapitre à part de la loi de 1915 ; ils n'apparaissent nulle part sous une forme écrite mais sous-tendent l'architecture du droit des sociétés. Il est donc souvent difficile de déterminer avec certitude si une disposition contractuelle envisagée est ou n'est pas conforme à l'ordre public sociétairer.

À l'intérieur de cette limite, cependant, le principe premier demeure, à savoir celui de la liberté contractuelle : *tout ce qui n'est pas interdit est permis*. Cette tendance, que l'on peut qualifier de « lourde », du droit des sociétés luxembourgeois est d'autant plus justifiée que l'on peut constater, depuis les années 1980, un essor de la déréglementation un peu partout dans le monde. L'origine de ce phénomène se retrouve sans doute en partie dans la réalisation du manque d'efficacité d'un droit trop encadré, trop rigide, alors que le droit des affaires, en général, nécessite la souplesse dans un environnement européen de plus en plus concurrentiel. Le droit communautaire favorise indirectement, par le biais de la liberté d'établissement, la pénétration dans notre espace juridique de structures sociétares plus libérales ; vouloir forcer la création tous azimuts des règles obligatoires dites d'ordre public sociétairer serait à la fois un combat d'arrière-garde et une entreprise nécessairement vouée à l'échec.

La délimitation de l'*ordre contractuel* et de l'*ordre sociétairer* n'est pas chose aisée. On doit au Pr GERMAIN d'avoir clarifié les rapports entre ces deux ordres<sup>4</sup>. Selon cet éminent auteur, l'ordre public sociétairer ne s'appliquerait qu'aux « intérêts communs des associés », l'ordre contractuel gouvernant seul les rapports interindividuels entre associés. Il faut ainsi se demander si la convention en question ne peut être détachée du contrat de société même (ordre public sociétairer) ou si, au contraire, elle peut exister indépendamment du contrat de société (ordre contractuel). C'est ainsi qu'une clause d'agrément relève de l'ordre public sociétairer, car l'agrément fera intervenir un organe de la société, tandis que la clause de préemption reste soumise au seul droit des contrats, car elle n'implique que les associés entre eux.

<sup>1</sup> BERNANOS, *La France contre les robots*, Robert Laffont, 1945.

<sup>2</sup> En droit des sociétés comme en droit commun, l'ordre public se manifeste généralement de manière négative, par les nullités qu'implique sa méconnaissance (« à peine de nullité ... » ; « est réputée non écrite ... »).

<sup>3</sup> Les articles 162 et suivants de la loi de 1915 sanctionnent pénalement certaines infractions à la loi de 1915. Il en découle que l'accord des personnes concernées ne suffira pas pour échapper à la sanction pénale si l'infraction a été commise.

<sup>4</sup> GERMAIN, *Pactes, statuts et ordre public*, in : *Mélanges P. Merle*, Paris, 2012, p. 305.

### Section 3. L'évolution du droit des sociétés<sup>1</sup>

Longtemps caractérisé par une remarquable stabilité, le droit des sociétés évolue de nos jours de plus en plus rapidement.

[11] **Des origines jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle inclus.** — La société trouve son origine dans la « *societas* » du droit romain. Il s'agit là d'un contrat synallagmatique par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun des biens ou tout ou partie de leur activité pour obtenir un avantage économique<sup>2</sup>. Contrat où la considération de la personne prédomine, la société ne dispose pas de la personnalité morale, de sorte que la *societas* doit être analysée comme une forme de copropriété.

À la fin du X<sup>e</sup> siècle, la commandite apparaît en Italie. La « *commenda* » réunit un détenteur de capitaux n'engageant qu'une mise déterminée et un entrepreneur supportant toute la responsabilité. En contrepartie, l'entrepreneur a droit à une part plus importante des bénéfices. La commandite étant vue comme une société, les limitations légales au prêt usuraire ne s'appliquent pas.

La *compagnie* naît au XIII<sup>e</sup> siècle. Elle vise les sociétés où chaque associé s'investit dans la gestion et agit sous son nom, désignant ses associés par une formule générale : la raison sociale (v. n° [171]). Corrélativement, tous les associés sont solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales en vertu d'un mandat tacite de représentation.

Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, l'industrialisation et l'internationalisation de la vie économique rendent nécessaires l'adaptation des techniques sociétaires existantes, afin de permettre de lever plus facilement

les capitaux. Ainsi apparaissent les premières sociétés de capitaux, d'abord pour les compagnies de navigation et de commerce colonial, par la suite dans un nombre croissant de secteurs économiques, notamment l'industrie.

[12] **Droit des sociétés au XIX<sup>e</sup> siècle.** — Les Codes napoléoniens ne vont réglementer les sociétés que d'une façon embryonnaire, en reprenant pour l'essentiel l'ordonnance de Louis XIV de 1673 sur le commerce de terre<sup>3</sup>.

Le *Code civil* de 1804 posa les principes généraux en matière de sociétés civiles ou commerciales (art. 1832 à 1873 C.civ.). Il ignore pratiquement les associations et ne reconnaissait pas, sauf exceptions, la personnalité morale aux sociétés. Si le Code civil continue à traiter de nos jours du contrat de société, il est néanmoins marqué du sceau de la vétusté : il s'agit, ainsi que le fait remarquer DE PAGE<sup>4</sup>, d'une « réglementation périmée ».

Le *Code de commerce* de 1808 traitait dans son Titre III du Livre I<sup>er</sup> (art. 18 à 46) des sociétés commerciales que, par ailleurs, il ne définissait pas. Le Code de commerce régla les différents types de sociétés commerciales existant à ce moment-là : les sociétés en nom collectif ; la société en commandite ; la société anonyme ; ainsi que l'association en participation (appelée par la suite « société en participation »).

[13] **Création d'une loi fondamentale sur les sociétés commerciales: la loi du 10 août 1915.** — Les dispositions éparses et fragmentaires contenues dans les Codes napoléoniens devaient rapidement s'avérer insuffisantes pour accompagner le développement économique du XIX<sup>e</sup> siècle. Aussi, le gouvernement luxembourgeois décida en 1882 de procéder à une refonte globale du Code de commerce de 1808.

Il confia à cet effet la rédaction d'un avant-projet de

<sup>1</sup> DELVAUX, Loi sur les sociétés datée du 10 août 1915 : genèse et évolution, in VARIU AUCTORES, Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Bruxelles, 2015, p. 1.

<sup>2</sup> HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, n° 91.

<sup>3</sup> Comp. : LEVY-BRÜHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1938.

<sup>4</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 5, Bruxelles, 1941, p. 7.

loi à *Albert NYSSENS*, professeur de droit commercial à Louvain, en lui demandant de s'inspirer de la législation belge. NYSSENS remit son projet de texte fin 1882<sup>1</sup> étroitement calqué sur la loi belge de 1873 qui avait remplacé le Titre des sociétés du Code de commerce de 1808. NYSSENS profita toutefois de l'occasion qui lui était ainsi donnée, pour non seulement adapter la législation belge aux contraintes luxembourgeoises, mais également proposer quelques améliorations et nouveautés. Le projet de NYSSENS n'aboutit point, sans doute en raison de son caractère trop innovateur. L'œuvre de NYSSENS fut commentée par un autre « grand » de la Belgique, Eudore PIRMEZ<sup>2</sup>, et reprise en 1906 par son disciple *Jean CORBIAU*, qui lui succéda à la chaire de Louvain. Quoique basé sur le texte de NYSSENS, le projet de texte de CORBIAU<sup>3</sup> était moins précurseur ; il suivait aussi fidèlement que possible la législation belge de 1873 (telle que modifiée par la suite). Ceci explique pourquoi le praticien se tourne encore aujourd'hui volontiers vers le droit belge, lorsqu'il s'agit de résoudre des difficultés en droit luxembourgeois. La parenté avec le droit belge est nettement plus grande qu'avec le droit français, notamment depuis les importants changements législatifs intervenus en France avec la loi du 24 juillet 1966.

La proposition de texte de CORBIAU fut reprise, quasiment mot pour mot, par le législateur de 1915. La loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales constitua un ensemble cohérent traitant des différentes sociétés commerciales. Elle comporte des

dispositions générales applicables à l'ensemble des sociétés commerciales, puis des dispositions particulières aux différentes formes de sociétés commerciales.

L'axiome fondateur des travaux d'Albert NYSSENS pouvait être résumé dans sa formule : « liberté contractuelle pour les associés et sécurité pour les tiers ». Cet axiome a servi de boussole dans les travaux de réforme de la loi de 1915, hier comme aujourd'hui<sup>4</sup>.

#### [14] Création des sociétés à responsabilité limitée.

— La loi de 1915 reste inchangée jusqu'à la loi du 18 septembre 1933 portant introduction en droit luxembourgeois de la société à responsabilité limitée. En effet, à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, la société à responsabilité limitée n'existait ni en Belgique ni en France. Dernière-née des formes sociales, la SARL nous est venue de l'Allemagne, à travers l'Alsace-Lorraine, pour devenir une forme sociétaire française en 1925. Les dés étaient dès lors jetés par son intégration dans le système juridique luxembourgeois, et il ne fallut plus qu'attendre un homme suffisamment courageux et écouté pour le faire. Ce fut chose faite avec Léon METZLER, grand juriste luxembourgeois de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Cheville ouvrière de la loi de 1933 sur les SARL, Léon METZLER publia peu de temps après un ouvrage de référence sur le sujet<sup>5</sup>.

#### [15] Influence grandissante du droit communautaire.

— À partir des années soixante-dix, le Luxembourg est entré dans l'ère de la réforme continue du droit des sociétés. L'article 50 § 2 (g) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE ») prévoit en effet la coordination « dans la mesure du

<sup>1</sup> NYSSENS, *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du Gouvernement du Luxembourg*, Travaux préparatoires et documents parlementaires, 1882-1915.

<sup>2</sup> PIRMEZ, *Observations sur l'avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du Gouvernement du Luxembourg par M. Albert Nyssens*, Luxembourg, 1885.

<sup>3</sup> CORBIAU, *Des sociétés commerciales. Avant-projet de loi élaboré pour le Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, 1906, reprint in : Travaux préparatoires et documents parlementaires, 1882-1915.

<sup>4</sup> V. PRÛM, Le projet de refonte globale du droit des sociétés, in : A. Prüm (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, p. 175 ; v. également : Rapport de la Commission juridique (11/07/2016), Projet de loi n° 5730, session 2015-2016, p. 3.

<sup>5</sup> METZLER, *Le régime juridique et fiscal des SARL dans le GD de Luxembourg*, Paris, 1933. METZLER avait également été le rapporteur à la Chambre des Députés en 1915 en vue du vote sur le projet de loi relatif aux sociétés commerciales.

nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés (...) pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». À cette fin, plusieurs directives ont été adoptées concernant les sujets suivants<sup>1</sup> :

- la publicité, la validité des engagements sociaux et leur nullité (1<sup>re</sup> directive 68/151/CE), modifiée par la Directive 2003/58/CE ;
- la constitution de la société anonyme, le maintien et la modification de son capital (2<sup>e</sup> directive 77/81/CEE), modifiée par la directive 2006/68/CE ;
- les fusions des sociétés anonymes (3<sup>e</sup> directive 78/877/CEE), y compris les fusions transfrontalières (v. n° [536]) ;
- les comptes annuels de certaines sociétés (4<sup>e</sup> directive 78/660/CEE modifiée par la directive 2003/51/CE<sup>2</sup>, puis de nouveau par la directive 2013/34 UE<sup>3</sup>) ;
- les scissions des sociétés anonymes (6<sup>e</sup> directive 82/891/CEE) ;
- les comptes consolidés de certaines sociétés (7<sup>e</sup> directive 84/253/CEE, telle que modifiée par la directive 2003/51/CE ; v. n° [591]) ;
- l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des comptes annuels (8<sup>e</sup> directive ; abrogée et remplacée par la directive 2006/43/CE ; v. n° [447]) ;
- la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines sociétés relevant d'un autre État membre (11<sup>e</sup> directive 89/666/CEE) ;

<sup>1</sup> V. en détail : MUSTAKI/ENGAMMARE, *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, 2009.

<sup>2</sup> En ce qui concerne le retard pris par le Luxembourg en matière de transposition de la directive 2003/51 : CJUE 14 déc. 2006, *Luxembourg c/Commission*, aff. 223/06.

<sup>3</sup> Pour une belle synthèse : BURBI, La nouvelle directive comptable 2013/34 : une réforme *a minima* des « vieilles » directives comptables, *ACE* 2014/4, p. 8 ; TELLER, La reconfiguration comptable européenne : décryptage juridique de la directive comptable unique, *BJS* 2014, p. 55.

- la SARL unipersonnelle (12<sup>e</sup> directive 89/667/CEE; v. n° [844]) ;
- la société européenne (règlement du Conseil du 8 octobre 2001 ; Directive 2001/86/CE ; v. n° [1054]) ;
- les offres publiques d'achat ou OPA (Directive 2004/25/CE ; v. n° [577]) ;
- le délit d'initié (v. n° [602]).
- les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005 ; v. n° [536]) ;
- l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (Directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007) ;
- l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (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) ;
- les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions (Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE).

**[16] Paradoxe de la singularisation croissante du droit des sociétés luxembourgeois.** — Le droit luxembourgeois est fortement inspiré du droit belge, grand nombre d'articles de la loi de 1915 ayant encore aujourd'hui exactement la même teneur qu'en droit belge<sup>4</sup>. Par ailleurs, les directives communautaires visent à faciliter le rapprochement des législations au

<sup>4</sup> Isabelle Corbisier et André Prüm parlent à juste titre de « petit frère » du droit belge pour caractériser le droit des sociétés luxembourgeois au début du XX<sup>e</sup> siècle : CORBISIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139.

sein de l'Union Européenne. On s'attendrait dès lors à ce qu'il soit de plus en plus normal pour le praticien luxembourgeois de consulter les ouvrages étrangers en vue de solutionner des difficultés rencontrées en droit luxembourgeois. Pourtant, il est de plus en plus difficile de se reporter aux ouvrages étrangers en droit des sociétés luxembourgeois. Comment expliquer ce paradoxe ? L'explication est double :

- d'une part, le droit communautaire pris sous la forme de directives ne prévoit pas de règles uniques s'imposant aux États membres mais offre généralement une panoplie de solutions au sein desquelles chaque État membre peut faire son choix. Le Luxembourg reste fidèle dans une telle situation à sa tradition de choix de la solution la plus libérale possible ; mais comme ce choix n'est pas nécessairement partagé à l'étranger, il n'est pas rare de constater que la transposition du droit communautaire éloigne parfois le Luxembourg de ses pays limitrophes au lieu de l'en rapprocher ;
- d'autre part, les législations belge et luxembourgeoise ont évolué de manière indépendante depuis 1915. Certains textes ont été adoptés au Luxembourg sans la Belgique (p.ex.: la loi de 1992 sur les faillites), voire avant elle (p.ex. : la loi sur les SARL). De manière générale, on peut dire que le législateur luxembourgeois fait preuve aujourd'hui d'« éclectisme »<sup>1</sup> dans ses lois, en s'inspirant des différentes législations étrangères sans en privilégier une particulière, avec pour seul critère le choix du modèle le plus approprié eu égard à la problématique à résoudre. Le droit des sociétés peut constituer un outil intéressant pour le développement de l'économie nationale, et il est probable que la taille du pays explique pourquoi cet instrument de déve-

loppement est diversement apprécié et utilisé en Belgique, en France et au Luxembourg<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour reprendre une expression d'Isabelle Corbisier et d'André Prüm : CORBISIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139.

---

<sup>2</sup> V. : SANTER, La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales : perspectives, in : VARI AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 429.

## CHAPITRE 2 LES CLASSIFICATIONS ET CONTOURS DES GROUPEMENTS D'AFFAIRES

Toutes les sociétés présentent, quelle que soit la forme sociale finalement retenue, des caractéristiques communes permettant de les distinguer des groupements et contrats voisins (section 1). Cette première délimitation faite, il est possible de classer les sociétés en fonction de différents critères (section 2).

### Section 1. Société et qualifications voisines<sup>1</sup>

La société est à la fois un groupement (§ 1) et un contrat (§ 2). Sa délimitation par rapport à d'autres concepts juridiques devra être faite sous ce double point de vue.

#### § 1. LA SOCIÉTÉ ET LES GROUPEMENTS VOISINS

La distinction principale est celle de la société et de l'association (A), qu'il ne faut pas confondre, ni avec la fondation (B), ni avec d'autres groupements proches de la société (C).

<sup>1</sup> BERTREL, Le débat sur la nature de la société, in : *Mélanges A. SAYAG*, Paris, 1997, p. 181.

#### A. LES ASSOCIATIONS SANS BUT LUCRATIF<sup>2</sup>

[17] **Distinction avec la société.** — L'association sans but lucratif se distingue essentiellement de la société en ce que ses membres n'y cherchent pas à réaliser un bénéfice à partager entre eux. Ceci limite du coup le cercle de leurs activités autorisées. Mais le droit ne saurait délaissier ce type d'organisme, car il s'agit d'un groupement de personnes. Ce groupement est d'ailleurs susceptible de faire concurrence à l'action des pouvoirs publics qui elle aussi est désintéressée. À la différence des sociétés dont le rôle est plutôt complémentaire à celui de l'État, l'ASBL a longtemps été vue comme étant un concurrent à l'État. De ce fait, la loi prévoit un certain nombre de règles obligatoires en matière de constitution et de fonctionnement de l'association qui peuvent a priori paraître quelque peu tâtilloignes, mais qui, au final, s'expliquent par la méfiance historique du législateur quant au rival de l'État. Le caractère désintéressé de l'association confère par ailleurs un statut quelque peu particulier à ses membres qu'il y a lieu de connaître.

La *méfiance vis-à-vis des associations* prend ses racines en France où l'article 291 du Code pénal de 1810 prévoyait notamment que « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou certains jours marqués, pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du Gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique

<sup>2</sup> GOEDSEELS, *Traité juridique des ASBL et des établissements d'utilité publique*, Bruxelles, 1935 ; LONCIN/MAISIN, *Les ASBL, loi du 27 juin 1921*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1958 ; MAJERUS, *Les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique au GD de Luxembourg*, Luxbg, 1930 ; MASOUE, *Les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique au Grand-Duché de Luxembourg*, Luxbg, 1930 ; SCHICKS/ VANISTERBEEK, *Les ASBL et les établissements d'utilité publique*, Bruxelles, 1930 ; SCHMITT, *Les associations et fondations sans but lucratif*, LAMY Associations, Paris, 1999 ; T'KINT, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1961 ; T'KINT, *Le droit des a.s.b.l.*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, 2013 ; SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, 2016.



d'imposer à la société. » On craignait les corps intermédiaires entre l'État et les individus composant la Nation. Le *législateur belge*, plus libéral, abrogea ce délit en 1830 en inscrivant la liberté d'association à l'article 20 de la Constitution. Mais l'activité exercée dans le cadre de la liberté d'association ne signifiait pas pour autant reconnaissance de la personnalité juridique. Il fallut attendre jusqu'en 1921 afin que les associations obtiennent, en Belgique, le bénéfice de l'existence juridique en tant que personne morale.

La situation au *Luxembourg* était longtemps calquée sur celle de la Belgique, le constituant luxembourgeois ayant pris à son compte l'article 20 de la Constitution belge (art. 26 Constitution 1868 : « La Constitution garantit le droit d'association, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable. »). Tout comme en Belgique, les associations à fins désintéressées manquaient de statut légal pendant très longtemps, jusqu'à une loi du 21 avril 1928. Pour les associations les plus importantes, le législateur luxembourgeois se contentait de parer au plus pressé, en conférant par des lois spéciales le bénéfice de la personnalité morale à certains groupements à finalité désintéressée. La loi de 1928 constituait une reproduction presque littérale de la loi belge, sauf sur quelques points marginaux. Une loi du 11 mai 1936 paracheva le mouvement de reconnaissance et de revalorisation des associations sans but lucratif, en garantissant la liberté d'association dans tous les domaines et en précisant que nul ne pouvait être contraint de faire partie d'une association ou de ne pas en faire partie.

Il s'agit de la principale distinction opérée en présence de groupements de personnes : la société est un groupement de personnes poursuivant la *réalisation d'un avantage patrimonial* ; en revanche, l'association existe entre plusieurs personnes qui s'entendent pour réunir leurs efforts ou leurs ressources dans un *but autre que celui de réaliser un avantage patrimonial*. L'antithèse est certaine et frappante sur le plan des principes. Le terrain d'élection de l'association est par conséquent celui des activités désintéressées, telles la philanthropie, la culture, le sport, les activités scientifiques, etc. ; il ne saurait donc être question de distribuer des bénéfices aux membres de l'association (v. également n° [113]).

Il ne faut pas se fier en la matière à la terminologie employée par le législateur : il a parfois qualifié d'association ce qui en fait était une société. Tel était notamment le cas des « *associations en participation* » et des « *associations momentanées* », lesquelles n'ont été appelées « sociétés en participation » et « sociétés

momentanées » que depuis peu. Toutes les deux poursuivent en effet une activité lucrative. La confusion est totale lorsqu'on s'attache aux membres de ces deux institutions juridiques : l'associé de la société doit être opposé au sociétaire de l'association.

Le mouvement associatif a de longs états de service et se rencontre notamment en matière d'*associations syndicales* (loi du 28 décembre 1883) et *associations agricoles* (loi du 27 mars 1900)<sup>1</sup>. Ce qui distingue l'association agricole de la société est le fait que si l'association poursuit certes des fins matérielles, d'ordre économique et professionnel (achat en commun de machines agricoles, élevage en commun de terrains agricoles, etc.), elle ne vise toutefois pas la réalisation d'un « gain matériel direct qui ajouterait à la fortune des associés »<sup>2</sup>. L'association agricole est une institution à caractère mutualiste ; son objectif premier consiste dans l'organisation du marché agricole. Aussi, elle ne distribue pas de bénéfices aux associés ; ceux-ci ont seulement droit aux prestations qu'offre l'association sous la forme de « bonis et de ristournes (...) sur frais généraux » (art. 9 L27.3.1900). L'associé démissionnaire n'a droit qu'au remboursement de sa mise, à l'exception donc des réserves de l'association (art. 14 L27.3.1900).

Récemment, l'association a été remise à l'honneur avec la création de l'« *association d'épargne-pension* », une des deux formes de fonds de pension (à côté de la société d'épargne-pension à capital variable). Le développement du mouvement associatif a amené certains à plaider en vue d'un rapprochement du droit des associations, trop morcelé, avec le droit des sociétés, en vue d'y être intégré<sup>3</sup>.

L'*intérêt pratique* de la distinction est certain :

- lorsque le groupement envisage de rechercher des *gains* en vue de leur distribution, il doit incontestablement revêtir la forme sociétaire. Une *association* qui alloue des bénéfices à ses membres constitue une *société de fait* ;
- inversement, un groupement constitué dans un *objectif purement désintéressé* doit prendre la forme

<sup>1</sup> Abrogé par l'article 21 de l'arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945.

<sup>2</sup> METZLER, Avis sur le projet de loi portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles, reprint in Doc. n° 2984, 1985-86, pp. 39 (43).

<sup>3</sup> HELLEMANS, Les associations : vues nouvelles, in : *La modernisation du droit des sociétés* (ouvrage collectif), Bruxelles, 2014, p. 145.

d'une association. En effet, une société qui ne poursuivrait pas la recherche d'un avantage patrimonial ne satisferait pas aux exigences de l'article 1832 du Code civil et serait *nulle*.

### 1. LES ACTIVITÉS AUTORISÉES DE L'ASSOCIATION

[18] **Définition.** — L'association sans but lucratif relève de la loi du 21 avril 1928. Elle présente certaines similitudes avec le contrat de société, en ce qu'il s'agit d'un *groupement de personnes* par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités. Elle se distingue toutefois des sociétés commerciales en ce qu'elle ne se livre pas à des *opérations industrielles* ou *commerciales*. L'association n'accomplit donc pas d'actes de commerce au sens du Code de commerce mais des actes civils. L'association se distingue plus généralement des sociétés parce qu'elle poursuit ses activités dans un *but autre que le partage des bénéfices* (v. n° 14). Le champ d'activité des associations sans but lucratif relève principalement des *activités désintéressées* (sports, loisirs, culture, etc.). Mais certains groupements poursuivent des buts proches de l'activité professionnelle de leurs membres, tout en ne recherchant pas la réalisation de bénéfices sociaux qui seraient distribués. Il en va ainsi notamment des associations d'entraide professionnelle (ex. : les associations agricoles). Dans ce cas, les bénéfices éventuellement réalisés ne pourront pas être répartis entre les membres de l'association.

Exemple : l'association agricole est destinée à servir à la profession des « ruraux » participant à l'association. Les bénéfices qu'elle réalise éventuellement ne pourront pas être distribués aux membres de l'association.

La loi pose deux critères alternatifs pour qualifier par la négative les ASBL : il faut qu'elles évitent de se livrer à des « opérations industrielles ou commerciales » ; elles ne doivent par ailleurs pas chercher « à procurer à leurs membres un gain matériel » (art. 1<sup>er</sup> L21.4.1928). Le premier critère est objectif (« opérations industrielles ou commerciales »), le second subjectif (« ne cherchent pas à procurer »). Ces deux notions sont en fait intimement liées et se cumulent plus qu'elles ne se disjointent. En toute logique, pour opposer l'association à la société, il aurait dû suffire de définir l'association de façon symétrique à la société et se limiter, comme en droit français, au but recher-

ché (lucratif ou désintéressé). Un projet de loi de 2009<sup>1</sup> envisageait d'opérer certains changements au régime légal des ASBL. Parmi ces changements figuraient le remplacement du « ou » par un « et » à l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1928. D'après le commentaire des articles, ce changement ne viserait qu'à « souligner que les deux conditions (...) sont cumulatives et non pas alternatives ». L'ASBL est donc celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales (réservées aux sociétés commerciales) *et* qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel (ce qui permet également de distinguer l'ASBL des sociétés civiles).

La loi de 1928 emploie le mot « gain ». Le « gain » doit évidemment être lu en rapport avec la recherche du gain du contrat de société (v. n° [113] et s.) ainsi que les sociétés d'impact sociétal. L'ASBL est celle qui ne cherche pas à enrichir ses membres ; cela ne l'empêche toutefois pas de procurer, le cas échéant, des avantages à ses membres. Certains de ces avantages n'ont pas d'impact patrimonial pour les sociétaires et ne pourraient de ce fait être poursuivis dans le cadre d'une société (ex. : défense de l'environnement). D'autres sont susceptibles de procurer des bénéfices patrimoniaux indirects : réduction des prix d'entrée à certaines manifestations ; défense des intérêts professionnels de ses membres ; etc. Ces activités peuvent être poursuivies par les ASBL, tout comme les sociétés. Par contre, si l'on recherche à procurer des bénéfices patrimoniaux directs aux membres du groupement, seule la forme juridique de la société sera possible.

[19] **Activité lucrative accessoire.** — Souvent l'ASBL réalise, en sus de son objet désintéressé, des activités lucratives. Si, en vertu du texte légal, l'ASBL ne peut se livrer à des opérations commerciales ou industrielles, il a cependant toujours été admis que celle-ci puisse exercer certaines activités commerciales. L'activité de réalisation de bénéfices n'est en effet pas incompatible avec l'objet désintéressé de l'ASBL et son statut légal, mais il faudra que l'activité lucrative soit *accessoire* à l'activité principale. Le caractère accessoire de l'activité lucrative est généralement apprécié d'après deux critères cumulatifs qui sont d'ailleurs complémentaires (l'aspect quantitatif n'importe donc pas).

Les activités commerciales doivent *favoriser les activités désintéressées de l'association*. Il n'est cependant pas exigé que l'activité accessoire soit indispensable à la

<sup>1</sup> Doc. parl. n° 6054, session 2008 – 2009.

réalisation du but désintéressé de l'ASBL : il suffit qu'il existe entre l'activité principale désintéressée et l'activité lucrative accessoire un lien de dépendance ; l'activité lucrative doit faciliter directement l'objet principal désintéressé<sup>1</sup>. En d'autres mots, il faut distinguer l'activité accessoire qui est licite et l'activité d'appoint qui ne l'est pas<sup>2</sup>. Une congrégation religieuse peut vendre, à titre accessoire, des objets pieux ; le « Touring Club » des cartes routières. Mais la vente de cartes routières par la Congrégation serait illicite<sup>3</sup>. L'activité accessoire est celle qui permet à l'ASBL de mieux atteindre son but désintéressé<sup>4</sup>.

L'ASBL doit enfin affecter le produit de son activité commerciale à la réalisation du but désintéressé de l'association, car il lui est interdit de viser à enrichir ses membres (ce qui serait le cas si les bénéfices de l'activité commerciale étaient distribués). Ce qui importe, en fin de compte, c'est que le critère subjectif de la commercialité, à savoir faire des bénéfices, fasse défaut, et l'ASBL ne deviendra pas commerçante, même en présence d'activités commerciales accessoires.

Pour les « fausses » ASBL, c.-à-d. les ASBL qui visent avant tout à enrichir leurs associés, il faut se poser la question des sanctions à appliquer. La conséquence d'une fausse qualification (qualification d'« ASBL » par les parties là où un contrat de « société » aurait dû être retenu) est la requalification : l'activité exercée étant commerciale, il faut traiter la fausse ASBL, par application de la théorie des cadres obligatoires, comme une SNC irrégulière (v. n° [663]).

**[20] Établissement d'utilité publique.** — Lorsque

des associations poursuivent un but d'intérêt général à caractère philanthropique, religieux, scientifique, artistique, pédagogique, social, sportif ou touristique, ces associations sans but lucratif pourront être reconnues d'utilité publique par arrêté grand-ducal (art. 26-2 L21.4.1928) : ce sont les établissements d'utilité publique. Le versement de dons aux associations sans but lucratif d'utilité publique bénéficie de mesures d'incitation fiscale. En raison du droit communautaire, les mesures d'incitation fiscale doivent également profiter aux établissements d'utilité publique similaires de droit étranger<sup>5</sup>.

## 2. LA CONSTITUTION DE L'ASSOCIATION

**[21] Conditions de fond.** — La plus importante est évidemment l'activité désintéressée et non économique de l'association. S'y ajoute l'obligation d'avoir au moins trois membres, personnes physiques ou morales, ainsi que la nécessité d'avoir un siège social au sein du pays. L'apport n'est pas une condition essentielle du contrat d'association, celle-ci fonctionnant la plupart du temps par le recours aux cotisations à charge de ses membres.

**[22] Conditions de forme.** — L'association doit établir des statuts devant mentionner les points suivants (art. 2 L21.4.1928) :

- la dénomination de l'association ;
- son siège social ;
- son objet social ;
- le nom et l'adresse des différents membres ;
- les modes de fonctionnement et pouvoirs des organes gérants ;
- les modes de fonctionnement et pouvoirs des organes délibérants ;
- les conditions pour l'entrée et la sortie des membres, les versements à effectuer et cotisations à payer ;

<sup>1</sup> Critique sur la pertinence de critère : WOLFCARIUS, Les activités commerciales des associations sans but lucratif, *RPS* n° 1979, p. 204.

<sup>2</sup> T'KINT, note sous tribunal de Mons, *RPS* 1988, p. 160.

<sup>3</sup> En détail, GOEDSEELS, *Traité juridique des associations sans but lucratif et des établissements d'utilité publique*, Bruxelles, 1935, n° 580 et s.

<sup>4</sup> La différenciation est subtile et donne lieu à des controverses : SENY, note sous Cour d'appel de Bruxelles 11 mai 2005, *RPS* 2005, p. 319.

<sup>5</sup> En détail : circ. LIR 112/2.

- le mode d'approbation des comptes sociaux et l'emploi à donner au patrimoine de l'association en cas de dissolution.

Les statuts incluant la *liste exacte des membres* seront publiés au Mémorial comme pour les sociétés commerciales (art. 3 L21.4.1928).

Certaines associations comportent un grand nombre de membres, une distinction étant souvent faite entre les membres effectifs jouissant de la plénitude des droits et les simples membres adhérents ou membres protecteurs. Même si la loi n'opère pas cette distinction, il est admis, dans un souci de praticabilité, que l'exigence de la publication de la liste est limitée aux seuls membres effectifs<sup>1</sup>.

**[23] Personnalité morale.** — Contrairement à ce qui se passe en droit commun, l'association n'acquiert pas la personnalité morale à partir de la signature des statuts mais seulement lors de la *publication des statuts* (art. 3 L21.4.1928). De ce fait, l'association (ou l'ASSEP<sup>2</sup>) qui ne publie pas ses statuts n'acquiert pas la personnalité morale. La *publication incomplète* (des informations exigées par la loi) est traitée différemment du *défaut de publication* (des statuts), la publication incomplète n'empêchant pas l'association d'acquérir sa personnalité morale, mais rendant celle-ci simplement inopposable aux tiers (art. 26 L21.4.1928).

La *publication incomplète* peut porter sur la liste actualisée des administrateurs (art. 3 L21.4.1928)<sup>3</sup>, les noms et nationalités des associés<sup>4</sup>. La publication sera également incomplète si la société omet d'indiquer dans ses documents : sa dénomination ; la mention « ASBL » (en abrégé ou en toutes lettres), son siège social ; le numéro d'immatriculation au RCS (art. 11 L21.4.1928)<sup>5</sup>. L'association ne pourra invoquer non plus, lorsqu'elle est demanderesse, la personnalité morale. La *publication erronée* n'est pas assimilée par la jurisprudence à la publication incomplète et ne porte pas à conséquence en ce qui con-

cerne l'attribution de la personnalité morale<sup>6</sup>.

Que la publication soit incomplète ou inexistante, l'association ne pourra pas agir en tant que demanderesse en justice (pas de capacité active d'action en justice)<sup>7</sup>, son incapacité disparaissant évidemment dès la régularisation de la publication<sup>8</sup>. Les tiers pourront en revanche agir contre l'association, celle-ci disposant de la capacité passive d'action en justice<sup>9</sup>. Cette solution jurisprudentielle s'explique par le souci d'éviter que l'association de fait ne puisse se soustraire à ses engagements, en arguant de l'inexistence de la personnalité morale<sup>10</sup>. Les créanciers qui n'auront pas été intégralement désintéressés par l'association pourront dans ce cas agir contre les membres de l'association, en divisant leur action en fonction du nombre de membres (p.ex. : une créance de 1 000 avec 100 membres est recouverte à hauteur de 10 à l'égard de chaque membre<sup>11</sup>).

La charge de la preuve de la régularité des publications appartient à l'association<sup>12</sup>. La *régularisation des publications* après l'intentement de l'action ne rend pas pour autant l'action recevable<sup>13</sup>.

### 3. LE FONCTIONNEMENT DE L'ASSOCIATION

**[24] Pouvoirs et responsabilités du conseil d'administration.** — L'association est gérée par un *conseil d'administration* (art. 13 L21.4.1928). L'organe

<sup>1</sup> GOEDSEELS, op.cit., n° 754.

<sup>2</sup> Art. 23 de la loi du 8 juin 1999.

<sup>3</sup> La sanction n'existe qu'en cas d'« abus ou de fraude » : CE 27 févr. 1987, *Pas.* 27, p. 7.

<sup>4</sup> CE 26 févr. 1987, *Pas.* 27, p. 4.

<sup>5</sup> La sanction n'existe qu'en cas d'« abus ou de fraude » : CE 8 juill. 1982, *Pas.* 25, p. 329.

<sup>6</sup> Cour 12 févr. 1998, *Pas.* 30, p. 345.

<sup>7</sup> CE 22 juill. 1988, n° 7904 ; Lux. 19 octobre 1977, *Pas.* 24, p. 56.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Lux. 19 octobre 1977, *Pas.* 24, p. 56 ; Lux. 25 janv. 1988 n° 82/88 ; Cour 23 nov. 1995, *Pas.* 30, p. 7 ; Cour 21 mai 1996, *Pas.* 30, p. 86 ; Cour 28 mai 2008 n° 32 510, *Bull. Barreau* 2008, p. 157.

<sup>10</sup> Cour 7 juill. 1992, *B c/Église Protestante du GD de Luxbg*, Cour 28 mai 2008 n° 32 510, *Bull. Barreau* 2008, p. 15.

<sup>11</sup> Cour 28 mai 2008 n° 32 510, *Bull. Barreau* 2008, p. 15, *Pas.* 34, p. 252.

<sup>12</sup> CE 9 juill. 1990, n° 8333.

<sup>13</sup> Lux. 5 mai 1987 *Fédération des Patrons Horlogers c/L'Antiquité*.

de gestion représente également l'association dans tous les actes, judiciaires ou extrajudiciaires. *Organe collégial*, l'organe de gestion peut, afin de faciliter la gestion journalière de la société, déléguer ses pouvoirs, soit à l'un de ses membres, soit à un tiers. La loi reste vague quant aux affaires que l'organe de gestion peut ainsi déléguer, de sorte qu'on pourrait songer à déléguer l'entière de l'administration de l'association. Ce serait dénaturer le rôle du conseil d'administration tel que prévu par la loi : la délégation ne saurait porter que sur la *gestion journalière* de la société, à l'instar de ce qui se passe dans les sociétés anonymes. La délégation de la gestion journalière à un de ses membres, contrairement à la délégation à un tiers, peut être décidée par l'organe de gestion seul. Lorsque la délégation est faite au profit d'un tiers, il faut obtenir l'accord préalable de l'assemblée des actionnaires ; alternativement, il faut que cette possibilité soit prévue dans les statuts.

Les associations sans but lucratif ne disposant pas de la personnalité morale (v. n° [23]) n'en sont pas moins gérées la plupart du temps par un conseil d'administration. Conformément au droit commun du Code civil, l'organe de gestion engagera les membres de l'association, s'il porte l'existence de son mandat à la connaissance des tiers. L'association (en fait les membres de l'association) ne sera tenue que dans les limites du mandat qu'elle a confié au conseil d'administration<sup>1</sup>.

Pour la *responsabilité* des administrateurs (art. 14 L21.4.1928), on applique les règles du droit commun du *mandat*. La responsabilité de l'administrateur est donc une *responsabilité contractuelle* et non pas *délictuelle*<sup>2</sup>. Contrairement à ce qui se passe dans les sociétés commerciales, la loi ne prévoit aucune hypothèse d'aggravation de la responsabilité des administrateurs en cas de violation de la loi ou des statuts, ni l'obligation de combler l'insuffisance d'actif en cas de faute grave. Il n'existe donc *aucune action spécifique en responsabilité*<sup>3</sup>. La décision d'introduire une action en responsabilité contre les administrateurs appartient à

l'assemblée, la *décharge* donnée par l'assemblée des membres, sauf en cas de fraude, empêchant l'introduction ultérieure d'une action en responsabilité par l'assemblée.

**[25] Pouvoirs de l'assemblée des membres.** — La liberté contractuelle est plus grande ici que pour les sociétés à risque limité, de sorte que l'étendue des pouvoirs des assemblées, leur mode de convocation ainsi que les conditions dans lesquelles les décisions sont prises sont à fixer dans les statuts (art. 2 n° 6 L21.4.1928).

La *convocation* aux assemblées se fait dans les cas et suivant les modalités prévues dans les statuts. Souvent, les statuts confèrent le pouvoir de convocation à un ou plusieurs administrateurs<sup>4</sup>.

Sous cette réserve, certaines dispositions légales doivent toutefois être observées. L'assemblée, et non pas le conseil d'administration, est compétente pour décider des points suivants (art. 4 L21.4.1928) :

- la nomination et révocation des administrateurs ;
- la modification des statuts ;
- l'approbation des budgets et des comptes ;
- la dissolution de l'association.

Les membres votent par tête (*1 membre – 1 voix*) et les résolutions sont prises à la majorité des voix. Les statuts peuvent renforcer les *conditions de majorité*. Par ailleurs, la loi exige que la modification des statuts (art. 8 L21.4.1928) ainsi que la dissolution de l'association (art. 20 L21.4.1928) soient approuvées à la majorité des deux tiers des voix des membres présents, sous la condition supplémentaire (non prévue pour les autres décisions) que deux tiers des membres soient présents.

La *présence personnelle aux assemblées* n'est pas obligatoire, la loi prévoyant la possibilité de se faire représenter par un autre membre comme par un tiers (art. 6 al. 3 L21.4.1928). Les règles ne sont pas d'ordre public, de sorte que les statuts peuvent y déroger en interdisant par exemple le vote par représentation

<sup>1</sup> Lux. 31 octobre 1928, *Pas.* 12, p. 186.

<sup>2</sup> Justice de Paix 8 juill. 1987 n° 2351/87.

<sup>3</sup> Justice de Paix 26 avr. 1989, n° 1422/89.

<sup>4</sup> Pour un cas de convocation régulière en présence d'un conseil d'administrateurs tenu irrégulièrement, v. Lux. 11 janv. 1984 n° 24 239.

(ou procuration)<sup>1</sup>.

Les associations étant instituées pour un objet précis (sport, tourisme, etc.), des conditions de majorité renforcées sont exigées pour le changement de l'objet social : il faut une majorité de trois quarts des voix (art. 8 L21.4.1928).

Lorsque la *condition de quorum* des deux tiers n'est pas remplie lors de la première assemblée, une seconde réunion pourra être convoquée. Elle délibérera quel que soit le nombre des membres présents ; mais dans ce cas, la décision sera soumise à l'homologation du tribunal civil (art. 8 al. 2 L21.4.1928). Toutefois, s'il est envisagé de changer l'objet social, il faut même dans la seconde assemblée que la moitié au moins des membres soient présents ou représentés. L'homologation par le tribunal n'est, dans ce cas, requise que si le seuil des deux tiers des membres présents ou représentés n'est pas atteint.

**[26] Contrôles.** — Le contrôle exercé par les membres sur les administrateurs est politique et financier.

Il est *politique*, en ce sens que l'assemblée des membres peut révoquer, à la simple majorité, ou à des conditions de majorité renforcées si les statuts le prévoient ainsi, les administrateurs (art. 7 L21.4.1928).

Mais il est également *financier*, car l'organe de gestion doit soumettre, chaque année, à l'assemblée les « comptes » de l'association pour l'exercice écoulé ainsi que le budget<sup>2</sup> du prochain exercice (art. 4 L21.4.1928). Par ailleurs, les libéralités au profit d'une association sans but lucratif nécessitent une autorisation administrative sous la forme d'un arrêté grand-ducal (art. 16 L21.4.1928)<sup>3</sup> laquelle ne sera accordée qu'après indication de l'identité du donateur<sup>4</sup>.

La notion de « *comptes* » n'est pas définie. Il résulte toutefois

<sup>1</sup> Diekirch 16 juin 1987 n° 6641 ; Cour 17 avr. 1989, n° 10748.

<sup>2</sup> Pour les fêrus d'étymologie : le mot « *budget* » vient de l'anglais et est lui-même tiré du vieux français « *bougette* », petite bourse.

<sup>3</sup> Lux. 18 octobre 2000 ; C.A. 15 mars 2001, *Pas. adm.* 2002, p. 562.

<sup>4</sup> Lux. 18 octobre 2000 ; C.A. 15 mars 2001, *Pas. adm.* 2002, p. 562.

des travaux préparatoires que les comptes des ASBL ne doivent pas être compris comme étant l'équivalent des comptes sociaux des sociétés. La loi n'a pas voulu que les associations soient obligées d'établir un bilan. Les comptes de l'ASBL se rapprochent plus d'une comptabilité de caisse que d'engagement et se limitent généralement à indiquer les recettes et dépenses de l'année.

Par « *budget* », on entend l'état de prévision des recettes et dépenses, donc notamment une estimation des cotisations de l'année à venir.

**[27] Régime fiscal de l'ASBL<sup>5</sup>.** — L'ASBL est, comme la fondation, une collectivité soumise en tant que telle à l'impôt sur le revenu des collectivités. Toutefois, si l'ASBL poursuit « directement et uniquement des buts culturels, charitables ou d'intérêt général », elle sera *exonérée* de l'IRC (art. 161 LIR). Les critères de l'*utilité publique* sont définis plus en détail dans d'autres textes fiscaux (§§ 17 à 19 de la loi d'adaptation fiscale, et dans l'ordonnance y relative) et recouvrent les buts philanthropiques, religieux, scientifiques, artistiques, sportifs, etc. Il faut par ailleurs que la fondation serve particulièrement les intérêts du pays.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'ASBL sera pareillement exonérée de l'impôt sur la fortune (§ 3 LIF) ainsi que de l'impôt commercial communal (§ 3 LICC). Enfin, l'ASBL pourra recueillir des dons qui sont fiscalement déductibles dans le chef des donateurs (art. 112 LIR)<sup>6</sup>.

Souvent l'ASBL exercera une *activité commerciale accessoire* à côté de son activité désintéressée, la plupart du temps afin de faciliter son activité désintéressée, grâce aux ressources financières supplémentaires procurées par l'activité commerciale. Le principe en la matière est que l'exemption dont bénéficie l'ASBL est limitée aux activités désintéressées, de sorte à ne pas s'étendre pas à son activité commerciale. L'ASBL sera donc imposable sur les revenus provenant de son activité commerciale ou industrielle (art. 161 LIR). Il

<sup>5</sup> V. HEINTZ, L'impôt sur le revenu des collectivités, *EF* n° 113 à 115, 1999, p. 56.

<sup>6</sup> En détail : STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, 5<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2015.

est toutefois dérogé à ce principe, si l'activité commerciale accessoire de l'ASBL ne vise pas à procurer à ses membres un gain matériel. Dans ce cas, c.-à-d., en cas de réinvestissement des profits de l'activité commerciale au profit de l'activité principale désintéressée, l'exemption englobera également les revenus de l'activité commerciale (ex. : un syndicat d'initiative exploitant un camping).

Exemples : a) Une ASBL qui organise une tombola n'exerce pas, contrairement à l'ASBL exploitant une buvette, une activité commerciale. b) Une ASBL constituée par les gens du quartier afin d'y établir une clinique destinée aux gens du quartier exerce une activité commerciale.

#### 4. LES MEMBRES DE L'ASSOCIATION

**[28] Entrées des membres : le financement des associations.** — Le nombre des membres est au minimum de trois. Il est toujours possible d'élargir ce cercle en incluant de nouveaux venus. Pour devenir membre, il faut remplir les conditions prévues dans les statuts ; celles-ci prévoient le taux maximum des cotisations ou des versements à effectuer par les membres de l'association (art. 2 n° 8 L21.4.1928). Il est tout à fait possible pour une association de bénéficier de libéralités sous la forme de dons et de successions. Si le montant de la libéralité excède 30 000 €, il faudra une autorisation par voie d'arrêté ministériel sauf si la libéralité prend la forme d'un virement bancaire (art. 16 L21.4.1928). L'autorisation des libéralités fait office d'outil de contrôle de l'activité des associations. Aussi ne sera-t-elle donnée que si l'association a déposé et publié ses statuts, si elle est immatriculée au RCSL, si elle a déposé l'adresse précise de son siège et la composition de son conseil d'administration ainsi que les comptes sociaux depuis sa constitution.

**[29] Sorties des membres.** — Elles peuvent résulter de deux événements différents (art. 12 L21.4.1928).

Le membre peut se retirer de l'association en démissionnant. Le membre est réputé *démissionnaire* s'il ne règle pas les cotisations lui incombant. En l'absence de dispositions statutaires, la démission prend effet trois mois à partir de l'échéance des cotisations.

Le membre peut également être *exclu de l'association* dans les cas prévus par les statuts et par l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers des voix. Si le pouvoir disciplinaire est inhérent à toute association, ce pouvoir s'exerce toutefois sous le contrôle des juridictions étatiques<sup>1</sup>. Ce contrôle est fait par les tribunaux civils<sup>2</sup>. En cas d'exercice irrégulier du pouvoir disciplinaire qui n'est pas discrétionnaire<sup>3</sup> et encore moins arbitraire, les tribunaux pourront prononcer l'annulation de la décision irrégulière et accorder des dommages-intérêts<sup>4</sup>. Le contrôle des tribunaux est à la fois formel et de fond<sup>5</sup>. Notamment, les droits de la défense doivent être respectés, ce qui exige que le membre sanctionné ait eu la possibilité de s'expliquer<sup>6</sup>. L'exclusion irrégulière est susceptible de donner lieu au versement de dommages-intérêts<sup>7</sup> ; je ne vois aucune raison cependant pour écarter la réparation en nature, de sorte que les tribunaux pourraient se contenter d'annuler la décision d'exclusion afin de restaurer la personne dans ses droits de membre de l'association.

Le membre démissionnaire ou exclu n'a *aucun droit sur le patrimoine* de l'association et ne peut pas réclamer le remboursement des cotisations versées, sauf stipulations contraires des statuts.

**[30] Responsabilité des membres.** — La responsabilité des membres variera selon que l'association a ou n'a pas la personnalité morale. Lorsqu'elle a la personnalité morale, l'obligation aux dettes est limitée au montant des apports. À défaut, la responsabilité sera illimitée mais non pas solidaire ; les membres disposeront donc du droit de division (art. 1863 C.civ.).

La question de la responsabilité des membres est moins claire en réalité que ce que les lignes précédentes semblent indiquer, la

<sup>1</sup> Lux. 13 octobre 1980, n° 23 642.

<sup>2</sup> Cour 15 févr. 1989, n° 11 071.

<sup>3</sup> Lux. 22 févr. 1989 n° 38 019.

<sup>4</sup> Lux. 6 juill. 1988 n° 34 511.

<sup>5</sup> Cour 15 févr. 1989, n° 11 071 ; Cour 17 avr. 1989, n° 10 748.

<sup>6</sup> Lux. 30 octobre 1980 n° 23 642.

<sup>7</sup> Lux. 22 févr. 1989, n° 38 019.

loi étant en effet muette sur le sujet. On ne pourra conclure à la *limitation de l'obligation aux dettes à hauteur des apports* que si l'on accepte de considérer que l'association, lorsqu'elle bénéficie de la personnalité morale, est elle-même débitrice des créanciers sociaux. À défaut de texte spécifique étendant l'obligation aux dettes aux membres des associés, comme par exemple dans les sociétés en nom collectif, les créanciers de l'association ne pourront saisir que le patrimoine de l'association, patrimoine distinct du patrimoine de ses membres<sup>1</sup>. Une autre approche, erronée à mon avis, consisterait à postuler que la personnalité morale ne permet de faire écran à la responsabilité personnelle des membres que dans la mesure où un texte spécifique prévoirait une telle limitation de responsabilité, comme par exemple dans la SARL. La responsabilité illimitée serait la règle, la responsabilité limitée l'exception. Cette approche des groupements de personnes se justifiait peut-être à une époque où les personnes morales paraissaient suspectes, mais ne se justifie plus de nos jours.

La situation est différente pour les *associations ne bénéficiant pas de la personnalité juridique*. Dans ce cas, en effet, il n'existe vis-à-vis des tiers que des associés. Ce sont eux qui contractent avec les tiers, et non l'association. Ce sont donc également eux qui sont tenus des obligations ainsi nées. Conformément au droit commun, dont l'art. 1863 C.civ. ne constitue qu'une application sur le plan des sociétés, les obligations mettant en cause une pluralité de débiteurs sont appelées « obligations conjointes » (on devrait plutôt parler d'obligations « disjointes »). Or, les obligations disjointes se divisent entre les différents débiteurs, chacun n'étant tenu que pour sa part. Il est évidemment possible d'inscrire dans les statuts de l'association que l'obligation aux dettes est limitée au montant des apports respectifs. Mais cette limitation de la responsabilité des membres n'est opposable aux tiers que dans la mesure où ceux-ci ont eu connaissance de son existence au moment de conclure avec le gérant de l'association, ce qui devrait être plutôt rare en pratique, l'association n'ayant pas la personnalité morale, justement parce que ses statuts n'ont pas été publiés.

## 5. LA DISSOLUTION DE L'ASSOCIATION

**[31] Dissolution judiciaire.** — L'association, comme tout groupement de personnes, peut devenir débiteur de divers créanciers (salariés, organismes de sécurité sociale, fournisseurs, etc.). Lorsque l'association est devenue *insolvable* et n'est plus à même d'honorer ses

dettes, le tribunal civil pourra prononcer à la requête, soit d'un membre, soit d'un tiers intéressé, soit du ministère public, la dissolution de l'association. Il en est de même si l'association affecte son patrimoine social à des objets autres que ceux pour lesquels il a été constitué, ou si elle a *contrevenu gravement* soit à ses *statuts*, soit à la *loi*, soit à l'*ordre public* (art. 18 L21.4.1928). Le tribunal appréciera la gravité de la situation et décidera soit la dissolution de la société, soit l'annulation de l'acte incriminé.

**[32] Dissolution volontaire.** — La dissolution volontaire est celle librement décidée par l'assemblée des membres délibérant comme suit :

- *deux tiers des membres doivent être présents.* Si cette condition n'est pas remplie, une deuxième assemblée pourra être convoquée qui délibérera valablement, quel que soit le nombre de membres présents ;
- *deux tiers des membres présents doivent voter en faveur de la dissolution.* Si la décision est seulement adoptée à l'occasion de la deuxième assemblée, l'homologation de la décision par le tribunal civil est requise, sauf si l'assemblée, ayant pris la décision, réunit les deux tiers des membres de l'association ; un vote favorable de 100% des membres présents ou représentés ne suffit donc pas, si ces membres représentent moins de 66 2/3% du capital de l'association.

**[33] Affectation du patrimoine social.** — Un liquidateur sera nommé, que la dissolution soit volontaire ou judiciaire, et l'association sera liquidée en procédant d'abord au règlement des dettes. S'il reste un excédent, le liquidateur donnera une affectation du solde qui se rapprochera autant que possible de l'objet en vue duquel l'association a été créée (art. 19 L21.4.1928). L'affectation des biens sera publiée au RESA, afin de faciliter les contrôles (art. 25 L21.4.1928). L'association, ne poursuivant pas de but lucratif, ne devrait normalement pas procéder à la distribution d'un boni de liquidation à ses membres.

<sup>1</sup> En ce sens déjà : T'KINT, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1961, n° 198.



B. LES FONDATIONS<sup>1</sup>

[34] **Définition.** — La fondation est un établissement à finalité doublement spécialisée:

- de façon générale, la fondation ne recherche pas, contrairement à la société, la réalisation de *gains matériels*<sup>2</sup> ;
- de façon spécifique, la fondation poursuit des *activités d'intérêt général*, là où la société sert des intérêts privés ; la liste des activités qu'une fondation peut poursuivre est la même que celle des associations reconnues d'utilité publique (v. n° [18]) ;

Afin de réaliser cette activité d'intérêt général, la fondation a besoin de capitaux plutôt que de personnes. Contrairement donc à la société qui est un groupement de personnes, la fondation constitue un *groupement de biens*, un patrimoine affecté ; elle n'a pas de membres, ni d'assemblées. Son financement est assuré par l'apport au départ d'une dotation financière et sa gestion est assurée par des administrateurs.

La fondation, à l'image de l'exemple américain, est un patrimoine affecté géré dans un but d'intérêt général (recherche scientifique, bourses d'études, etc.). La fondation ne bénéficie pas de cotisations comme l'association, mais d'un *capital de départ* généralement laissé par un défunt. Les revenus produits par la dotation financière initiale (intérêts, dividendes) permettent à la fondation de fonctionner et de réaliser son objet social. Une fois constituée, la fondation pourra bénéficier de *libéralités* dans les mêmes conditions que l'association (v. n° [28]).

Exemple : un riche luxembourgeois, convaincu sur le tard qu'une contribution à des activités louables ne pouvait pas lui nuire pour la suite des événements, remet une somme importante au curé de la paroisse en lui demandant de la consacrer à des œuvres charitables : soigner les malades ; payer

les études d'enfants pauvres ; aider les orphelins, etc. Le curé apporte cette somme à un groupement institué à cet effet et fait brûler quelques cierges dans son église en l'honneur du donateur. Ce groupement peut prendre la forme juridique d'une « fondation », car il s'agit avant tout d'une réunion de moyens financiers destinés à une activité d'intérêt général.

[35] **Constitution.** — La fondation est créée par la volonté unilatérale du fondateur dans un *acte notarié* ou un *testament*. Les *statuts* de la fondation doivent mentionner l'objet de la fondation, son siège au Luxembourg, ses administrateurs ainsi que la destination des biens en cas de dissolution de la fondation (art. 30 L21.4.1928). Les statuts sont communiqués au *ministre de la Justice* pour approbation par voie d'arrêté (art. 28 L21.4.1928). Le but de l'agrément administratif est de réserver le statut de fondation aux organismes poursuivant une finalité désintéressée (v. n° [34]). Les statuts ainsi que leurs modifications ultérieures sont publiés au RESA.

La fondation acquiert la *personnalité morale* dès que les statuts ont été approuvés par arrêté grand-ducal (art. 29 L21.4.1928), bien que ses droits tels le droit à l'exonération fiscale remontent au jour où la demande d'agrément a été communiquée au ministère de la Justice (art. 29 L21.4.1928)<sup>3</sup>. En cas de défaut de publication ou de publication incomplète, la fondation ne pourra pas se prévaloir de la personnalité juridique à l'égard des tiers, lesquels auront néanmoins la faculté d'en faire état contre elle (art. 43 L21.4.1928).

[36] **Fonctionnement.** — La fondation est gérée par un ou plusieurs *administrateurs*, leurs pouvoirs étant fixés par les statuts (art. 38 L21.4.1928). La fondation, étant un patrimoine affecté, n'a pas de membres ; de ce fait, il n'y a pas non plus de réunion des membres sous forme d'assemblée. Il appartient dans ce cas au *Ministère de la Justice* de prendre le relais des assemblées. C'est ainsi par exemple que les statuts de la fondation sont modifiés par les administrateurs en accord avec le Ministère de la Justice (art. 31 L21.4.1928).

<sup>1</sup> RENSON/DE MONTIGNY, *Notion de droit de fondation*, Verviers, 1952 ; VELGE, *Associations et fondations en Belgique*, Bruxelles, 1942 ; SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, 2016 ; VANDENBULCKE, *Fondations, philanthropie et mécénat*, RPS 2016, p. 847.

<sup>2</sup> TA 10 déc. 1999, *Pas. adm.* 2002, p. 563 (possibilité d'une activité commerciale accessoire servant l'objet principal qui doit être désintéressé).

<sup>3</sup> CE 7 janv. 1931, *Pas.* 12, p. 211

La fondation n'étant pas un groupement de personnes mais un groupement de moyens et n'ayant pas à proprement parler d'activités, il lui faudra par conséquent disposer des moyens financiers nécessaires pour atteindre ses objectifs statutaires (art. 27 L21.4.1928)<sup>1</sup>.

**[37] Régime fiscal.** — La fondation est comme l'ASBL une collectivité soumise en tant que telle à l'impôt sur le revenu des collectivités. Toutefois, si la fondation poursuit « directement et uniquement des buts culturels, charitables ou d'intérêt général », elle sera exonérée de l'IRC (art. 161 LIR). Les critères de l'utilité publique sont définis plus en détail dans d'autres textes fiscaux (§§ 17 à 19 de la loi d'adaptation fiscale, et dans l'ordonnance y relative) et couvrent les buts philanthropiques, religieux, scientifiques, artistiques, sportifs, etc. Il faut par ailleurs que la fondation serve particulièrement les intérêts du pays.

Lorsque ces conditions sont remplies, la fondation sera pareillement exonérée de l'impôt sur la fortune (§ 3 LIF) ainsi que de l'impôt commercial communal (§ 3 LICC). Enfin, la fondation pourra recueillir des dons qui sont fiscalement déductibles dans le chef des donateurs (art. 112 LIR)<sup>2</sup>.

**[38] Contrôles.** — La fondation n'ayant pas de membres, c'est également le *ministre de la Justice* qui exerce les pouvoirs de contrôle sur la fondation normalement dévolus aux associés :

- le ministre de la Justice veille à ce que les biens de la fondation soient *affectés à l'objet* pour lequel elle a été créée (art. 40 L21.4.1928) ;
- les administrateurs communiquent annuellement au ministre de la Justice les *comptes* de la fondation ainsi que le *budget* du prochain exercice (art. 34 L21.4.1928)<sup>3</sup> ;

**[39] Dissolution de la fondation.** — Si elle n'est plus à même d'assurer la poursuite de l'objet pour

lequel elle a été instituée, la fondation sera *dissoute par la voie judiciaire*. La dissolution sera prononcée à la *requête* d'un administrateur, d'un tiers intéressé ou du ministère public (art. 41 L21.4.1928). Le tribunal nommera un ou plusieurs *liquidateurs*. Leur mission consistera à régler le passif de la fondation, puis à donner aux biens restants la *destination prévue par les statuts*. Si cela devait s'avérer impossible, les liquidateurs remettront les biens restants au Ministère de la Justice, afin que celui-ci leur attribue une destination se rapprochant autant que possible de l'objet en vue duquel la fondation a été instituée.

### C. QUELQUES AUTRES GROUPEMENTS VOISINS

**[40] Société et entreprise de l'économie sociale et solidaire.** — Suite à une loi du 12 décembre 2016, une nouvelle forme juridique de sociétés a été introduite en droit luxembourgeois, à savoir la « société d'impact sociétal » (la « SIS »). Le but de la SIS est de couvrir le champ d'activités actuel de certaines grandes ASBL qui exercent des activités commerciales, artisanales ou industrielles accessoires, et de constituer ainsi une alternative aux régimes de l'ASBL et de la société commerciale. Comme son nom l'indique, c'est une forme de société à vocation sociale, c.-à-d. non vouée à l'enrichissement de ses associés, puisque les bénéfices sont affectés à la réalisation du but social. Elle est constituée sous forme de société commerciale, ce qui permet d'éviter de devoir créer un statut juridique entièrement nouveau. Variante ou déclinaison des sociétés commerciales, la SIS pose problème par rapport à la définition de la société fournie par le Code civil : une société qui agit dans l'intérêt général et qui ne poursuit pas, prioritairement du moins, un but lucratif, ne satisfait pas aux exigences du « partager le bénéfice » exigé à l'article 1832 C.civ. ; si bénéfices il y a, ces bénéfices ne peuvent en effet pas être distribués aux associés (art. 7 mal. 1<sup>er</sup>), sauf en ce qui concerne les propriétaires de « parts de rendement » qui doivent cependant représenter moins de 50% du capital social de la société (art. 7 al. 2).

<sup>1</sup> TA 10 déc. 1999, *Pas. adm.* 2002, p. 562.

<sup>2</sup> En détail : STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, 5<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2015.

<sup>3</sup> Sur ces concepts v. n° [26].

Ceci rendait nécessaire une entorse aux principes. Aussi l'article 2 de la loi ABC prévoit que : « Par dérogation aux dispositions de l'article 1832 du Code civil, l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect ».

[41] **Société et indivision**<sup>1</sup>. — La société et l'indivision ont en commun que toutes les deux constituent un *groupement de personnes*. Un certain nombre de personnes ont une quote-part sur un certain nombre de biens : les biens indivis. Par exemple, il existe une indivision entre les héritiers d'une succession, ou encore entre les personnes qui achètent en commun un même immeuble. La société et l'indivision tirent toutes deux leur origine du consortium romain<sup>2</sup>. À cette époque, la société n'est pas opposable aux tiers et les associés sont copropriétaires des biens<sup>3</sup>. L'absence de doctrine juridique empêche de poser un diagnostic valable sur l'intervalle entre le droit romain et l'époque médiévale. En droit coutumier, s'il existe une distinction entre les deux, les auteurs n'y insistent guère. Il en ira de même jusqu'à la fin de l'Ancien droit, où la distinction est extrêmement ténue entre les concepts : « Si les indivisions contractuelles ont été aussi facilement assimilées aux sociétés, c'est que, jusqu'à la fin de l'Ancien droit, les sociétés étaient elles-mêmes des indivisions »<sup>4</sup>. C'est la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de personnes qui aura véritablement créé le besoin de distinguer la société de l'indivision.

La société et l'indivision se différencient nettement

quant à l'emprise des parties sur les biens. En matière de copropriété par indivision, les parties sont titulaires d'un *droit réel*, puisqu'elles exercent concurremment un droit de propriété. Elles bénéficient donc d'un lien direct sur les biens, ce qui n'est généralement pas le cas en matière de société. À l'opposé, dans les sociétés, l'apport d'un bien comporte une mutation. Les associés sont donc débiteurs de ce qu'ils ont promis d'y apporter et, une fois les biens transférés, ils se doivent des garanties similaires à la vente, si l'apport est en propriété, ou à la location, s'il est en jouissance. En contrepartie de leur apport, les associés reçoivent un droit social, représente selon la forme juridique de la société par une part d'intérêt (dans les sociétés de personnes), une part sociale (dans la SARL), ou une action (dans les sociétés par actions), c.-à-d. un *droit personnel*, qui confère un droit dans les bénéfices et dans l'actif de la société. Ainsi, l'associé qui apporte à une société ses droits dans un immeuble les voit se transformer en un droit social de nature mobilière. L'apport en société a donc un caractère transformateur de droit qui n'existe pas en indivision.

On enseigne généralement que la société se distingue de l'indivision en ce que la première est organisée et stable, alors que la seconde est essentiellement inorganisée et précaire. L'indivisaire subit la situation dans laquelle il se trouve plus qu'il ne la crée ; le sociétaire en revanche œuvre ensemble avec les autres associés au profit d'une entreprise commune<sup>5</sup>. Ces critères de différenciation manquent cependant de netteté :

- le *critère de la volonté* n'est pas un bon critère pour distinguer la société de l'indivision. La société est certainement toujours voulue par les associés, alors que l'indivision est généralement un état subi. Il existe toutefois des indivisions où l'acte de volonté qui est à la base de la société est également présent. Par exemple : l'indivision qui se fonde sur l'achat en commun d'un immeuble ;

<sup>1</sup> SAINT-ALARY-HOUIN, Société et indivision, *RTD com.* 1979, p. 645.

<sup>2</sup> DELHAY, *La nature juridique de l'indivision : Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, 1968; DEKEUWER-DESFOSSÉZ, L'indivision dans les sociétés en participation, [1980] *J.C.P.*, I-Doctrine 2970.

<sup>3</sup> GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 1929.

<sup>4</sup> DELHAY, note 1, n<sup>o</sup> 24 et s. à la p. 42 et s.

<sup>5</sup> Lux. 24 avr. 1991, n<sup>o</sup> 42 566 ; en détail : DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, 1968.

- le caractère précaire de l'indivision ne permet pas davantage d'opérer la distinction avec la société. Certes, l'article 815 al. 1<sup>er</sup> C.civ.<sup>1</sup> permet à chaque propriétaire de provoquer à tout moment le partage, ce qui ne peut se concevoir pour la personne morale. Mais ce critère reste artificiel, puisque l'opposition avec la société suppose au préalable une qualification. Par conséquent, ce qui constitue en apparence un élément de distinction est plutôt une particularité du régime juridique de l'indivision.

La précarité fait d'ailleurs défaut dans le *fonds commun de placement* : en effet, s'il constitue bien une masse indivise de biens, le fonds commun de placement s'inscrit cependant dans la durée. Par ailleurs, il dispose d'une autonomie patrimoniale et comptable et émet des valeurs mobilières comme certaines sociétés, de sorte que son régime juridique se trouve calqué, en partie du moins, sur le droit des sociétés. La précarité ne caractérise donc pas vraiment non plus l'indivision.

Le véritable critère permettant de distinguer l'indivision de la société doit être recherché ailleurs : c'est l'*affectio societatis* qui fait défaut dans les indivisions

(v. n° [130]). La société étant un contrat, elle suppose un *accord de volontés*. Ainsi, pour déterminer si un groupement de personnes constitue une société, il faut rechercher cet accord de volontés qui prend la forme d'une intention de s'associer. Sans cette intention, la société ne peut pas exister. La société implique une union d'efforts vers un but commun centralisateur, raison d'être de la société. La copropriété par indivision, en revanche, ne suppose pas un tel accord de volonté. Les indivisaires ont une âme de copropriétaires, là où les coassociés ont une âme d'entrepreneurs. La copropriété est un simple mode de détention d'un bien.

[42] **Société et quelques autres groupements.** — Si

toutes les sociétés ne sont pas nécessairement des entreprises (v. n° [3]), il n'en reste pas moins que les sociétés sont « le » véhicule juridique des activités entrepreneuriales. Créer un *GIE*, par contre, ne revient pas véritablement à créer une entreprise, mais plutôt à permettre le développement d'entreprises déjà préexistantes. Celui-ci permet en effet à plusieurs entreprises de se regrouper pour faciliter ou développer leur activité économique, tout en conservant leur indépendance. Le *GIE*, à l'opposé de la société, ne poursuit pas de manière autonome une entreprise ; son activité se rattache nécessairement à l'activité économique de ses membres, de sorte à revêtir un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

## § 2. LA SOCIÉTÉ ET LES CONTRATS VOISINS

La distinction du contrat de société et des contrats voisins suscite parfois des requalifications de la part des juges. Ceux-ci, conformément à l'article 1156 du Code civil, recherchent dans l'interprétation des contrats la commune intention des parties. Les contrats causant le plus de difficultés sont le contrat de travail et le contrat de prêt, surtout lorsqu'ils contiennent des participations aux bénéfices.

[43] **Contrat de société et contrat de travail.** — Le contrat de travail est une convention par laquelle une personne, le salarié, s'engage à travailler, moyennant rémunération, pour le compte d'une autre personne, l'employeur, sous la subordination de laquelle elle se place. Le lien de subordination est le critère déterminant du contrat de travail. Cette *subordination* est exclusive de l'idée sociétaire basée sur une *collaboration indépendante*, c.-à-d. égalitaire, au profit d'une entreprise commune.

Pour caractériser la subordination, le juge recourt à la technique du « *faisceau d'indices* ». Le travail subordonné se trouve normalement accompli au lieu et suivant l'horaire de travail prescrits, avec un matériel et des produits fournis par l'employeur et sous son contrôle. Il n'est toutefois pas nécessaire que tous ces indices soient réunis, il suffit qu'un certain nombre

<sup>1</sup> Art. 815 n° 1 C.civ. : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ».

d'entre eux le soient pour caractériser l'existence d'un contrat de travail. Le contrôle de l'employeur s'entend d'un pouvoir d'ingérence de sa part, l'employeur devant être en mesure de décider de l'activité du salarié, des moyens à mettre en œuvre et de le contraindre à rendre compte de son activité.

Exemple : Dans une exploitation individuelle, le commerçant se fait souvent aider par son conjoint ou un membre de sa famille, sans prendre le soin d'encadrer les rapports existants d'un point de vue juridique. En cas de litige, si l'aide n'a consisté qu'en un travail d'exécution, sans aucune fonction de direction et de contrôle, il s'agit d'un contrat de travail. Dans le cas contraire, il y a société de fait.

**[44] Contrat de société et contrat de prêt.** — Le prêt d'argent est un contrat par lequel une personne, le prêteur, remet une somme d'argent à un bénéficiaire qui s'engage à la rembourser ultérieurement, généralement moyennant paiement d'un intérêt. Parfois le prêteur participe également aux bénéfices de l'emprunteur (le « prêt participatif »). Comment distinguer dans ce cas-là le contrat de prêt du contrat de société ? L'absence de contribution aux pertes, se traduisant par une obligation de restitution, constitue souvent un critère utile. Le prêteur n'entend pas courir le risque économique de l'entreprise.

La simple absence de contribution aux pertes n'a pas empêché d'autres législations d'admettre l'existence d'un contrat de société, dès lors qu'il y avait apport, participation aux profits et collaboration égalitaire. C'est le cas de la législation allemande en matière de « *Stille Gesellschaft* ». En sens inverse, l'exemple du « prêt à la grosse aventure » pratiqué dès l'Antiquité montre qu'une personne peut participer aux pertes, tout en restant prêteur. C'est ainsi que les marchands grecs et romains faisaient appel à de riches particuliers pour financer leurs expéditions maritimes. En effet, étant généralement de condition assez modeste, ils ne pouvaient pas financer seuls leurs expéditions. L'armateur devait donc emprunter pour payer son équipage et éventuellement financer son navire et le marchand pour acheter la marchandise et payer le fret. Ce prêt à « la grosse » liait ainsi le marchand et l'armateur au prêteur qui finance l'expédition maritime. Si le navire faisait naufrage, l'armateur et les marchands ne remboursaient pas le prêteur ; à l'inverse, s'il arrivait à bon port, ce dernier était remboursé et touchait des intérêts élevés. Ceci s'explique par les nombreux dangers ou infortunes de mer pesant sur l'expédition maritime (naufrage, pirates, tempêtes), qui exposent le prêteur à un fort risque de perdre la

somme prêtée ; d'où le terme « grosse aventure ». Pourtant, le financier n'était pas associé de l'armateur.

Un critère plus performant encore est celui de l'*immixtion dans la gestion de l'entreprise* : le prêteur ne fait que mettre son pouvoir d'achat à disposition d'autrui ; il n'entend pas se comporter comme un associé en participant à la gestion de l'entreprise. En revanche, s'il s'immisce dans la gestion de l'entreprise, s'il participe à la vie sociale, le prêteur devient associé avec l'emprunteur et crée avec ce dernier (sans le savoir ni le vouloir) une *société de fait* (v. n° [772]).

Exemple : Ainsi, il n'existe pas de société de fait entre une banque et son client, si la banque accorde un crédit garanti par une sûreté en vue d'un projet du client et se contente de superviser l'évolution financière de son client. Si, en revanche, le banquier subordonne un prêt à une décision de gestion qu'il dicte aux dirigeants, il se comporte en fait comme un associé. La situation risque de devenir délicate pour le banquier s'il impose une décision à l'emprunteur, au lieu de lui suggérer d'adopter telle ou telle décision.

## Section 2. Les classifications des sociétés

**[45] Présentation.** — On peut classer les sociétés en fonction de trois critères : le caractère civil ou commercial de leur activité (§ 1) ; leur caractère personnel plus ou moins prononcé (§ 2) ; l'étendue de la responsabilité encourue par les associés (§ 3).

Outre les classifications ci-après, la doctrine procède encore à d'autres regroupements que nous négligerons en raison de leur caractère moins utile ou pertinent<sup>1</sup>.

On peut ainsi distinguer les *sociétés ouvertes* et les *sociétés fermées*. Les sociétés sont ouvertes lorsqu'il est aisé d'y entrer et d'en sortir ; les sociétés fermées sont toutes les autres. La cessibilité des droits sociaux étant souvent aménagée dans les statuts, il n'est pas rare que des sociétés en principe ouvertes soient en fait fermées, et inversement, du moins endéans certaines limites. Ce critère de classification n'est donc pas très performant.

Il y a également les *sociétés faisant appel au public* et les *socié-*

<sup>1</sup> Pour une vue d'ensemble : FORIERS/FRANÇOIS, Un nouveau regard sur quelques distinctions classiques en droit des sociétés, in : *La modernisation du droit des sociétés* (ouvrage collectif), Bruxelles, 2014, p. 27.

*tés privées*<sup>1</sup>. L'épargne publique fait intervenir les marchés financiers, les sociétés concernées faisant appel à l'épargne du public au travers des intermédiaires financiers (fonds d'investissement, banquiers, ...), en faisant coter leurs titres en bourse. Ce critère rejoint quelque part la distinction précédente des sociétés ouvertes et fermées, car les sociétés ouvertes font parfois appel au financement dans le public. Mais il y a public et public, l'actionariat d'une société dite ouverte pouvant être dispersé, sans que l'épargne publique n'ait été sollicitée. S'il existe certes des dispositions spécifiques réservées aux sociétés faisant appel au public, ces règles ne forment cependant pas un corps de dispositions autonome se suffisant à lui-même. Il s'agit plutôt d'un droit de superposition ou d'exception : de superposition, lorsque la société doit respecter, outre les dispositions de la loi de 1915, les règles spécifiques additionnelles applicables aux seules sociétés faisant appel au public ; d'exception, lorsque, sur un point particulier, il est dérogé au droit commun de la loi de 1915 par des dispositions spécifiques dérogatoires applicables aux sociétés faisant appel au public.

La distinction entre les *sociétés personnifiées* et les *sociétés non personnifiées* permet de distinguer les sociétés, selon qu'elles ont ou non la personnalité morale. L'attribution de la personnalité juridique présente au moins trois intérêts : elle permet de séparer les patrimoines, en faisant supporter au seul patrimoine social le risque de l'activité économique ; elle facilite la pérennité de l'entreprise, en rendant la survie de l'entreprise indépendante de celle de l'entrepreneur ; elle facilite la transmission des entreprises, le transfert ne portant plus sur les biens eux-mêmes de l'entreprise mais sur les droits sociaux. Comme la personnalité juridique est la règle, et l'absence de personnalité juridique l'exception, cette classification n'a pas la même portée en droit luxembourgeois que celle dans certaines autres législations.

Enfin, la distinction entre *sociétés de droit commun* et *sociétés particulières* permet de souligner une certaine variété des formes sociales proposées par les textes. Aux sociétés de droit commun régies par le Code civil et la loi de 1915 viennent s'ajouter un nombre croissant de sociétés particulières soumises à des textes spéciaux : les SICAV ; les FCP ; les ASSEP ; les coopératives sous forme de société anonyme ; les fonds de titrisation ; ... Les sociétés particulières répondent généralement à un souci du législateur d'offrir des régimes juridiques additionnels, adaptés sur mesure, aux besoins spécifiques identifiés dans des secteurs d'activités particuliers : la collecte de l'épargne privée aux fins

d'investissement ; la gestion d'assurances complémentaires pour les salariés de groupes de sociétés ; la transformation d'actifs aux fins de placement dans le marché ; etc. Seules seront en principe analysées ici les sociétés de droit commun.

## § 1. LES SOCIÉTÉS CIVILES ET LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES<sup>2</sup>

**[46] Présentation.** — Les sociétés civiles et commerciales ont en commun de répondre aux exigences de l'article 1832 du Code civil, en ce sens qu'elles sont établies dans un but lucratif. Elles présentent cependant des caractères distinctifs qu'il y a lieu de connaître, cette distinction entraînant des conséquences pratiques.

Les sociétés seront commerciales soit parce que leurs activités sont commerciales, soit parce qu'elles ont choisi une certaine forme sociale. Les sociétés qui ne sont pas déjà commerciales de par leur forme, et qui n'exercent pas d'activités commerciales non plus, sont nécessairement des sociétés civiles.

**[47] Sociétés commerciales de par leur forme.** — Certaines sociétés sont commerciales du simple fait de la forme juridique qui est la leur. Il s'agit des sociétés visées à l'article 2 de la loi de 1915, qui dispose que : « La loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique :

- la société en nom collectif ;
- la société en commandite simple ;
- la société anonyme et la société par actions simplifiées ;
- la société en commandite par actions ;
- la société à responsabilité limitée ;
- la société coopérative ;
- la société européenne (SE). »

Ces sociétés sont *commerciales à raison de leur seule forme juridique* et quel que soit leur objet social. La forme juridique d'une société prime donc sur son objet

<sup>1</sup> DIEUX/DE WULF, Les sociétés publiques versus les sociétés privées : la nécessité de rationaliser et de simplifier la réglementation, in : *La modernisation du droit des sociétés* (ouvrage collectif), Bruxelles, 2014, p. 89.

<sup>2</sup> MERCADAL, Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales, *RTD com.* 1982, p. 511.

lorsque la société figure sur la liste de l'article 2 de la loi de 1915. De ce fait, une société à forme commerciale, mais dont l'objet est civil, sera toujours considérée comme une société commerciale.

Exemple : la société d'expertise comptable a un objet civil ; si elle est constituée sous la forme d'une société anonyme, elle devient commerciale de par sa forme : la commercialité de par la forme l'emporte sur l'absence de commercialité de l'objet<sup>1</sup>.

Rien n'empêche une société exerçant des activités civiles d'emprunter la forme des sociétés commerciales. La forme entraînant le fond, la *société à objet civil ayant adopté une forme commerciale* sera une société de commerce.

La question s'est longtemps posée de savoir si les *sociétés à objet civil* pouvaient emprunter les *formes des sociétés commerciales*. L'article 4 du projet NYSSSENS avait résolu la question comme suit : « Les sociétés civiles peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés par actions ; dans ce cas, elles sont régies par les dispositions du présent titre. » Jugé trop téméraire, cet article ne fut pas repris par le projet CORBLAU parce qu'à l'époque la jurisprudence belge s'accordait pour maintenir le caractère civil des sociétés dont l'objet était civil, même si elles prenaient la forme commerciale. Il fallut attendre une loi de 1926 pour que la situation change<sup>2</sup>. Le Luxembourg emprunta le pas à la Belgique en modifiant en 1933 comme suit l'article 3 de la loi de 1915 : « Pourront toutefois les sociétés, dont l'objet est civil, se constituer dans les formes de l'une des six sociétés commerciales énumérées à l'article précédent. Mais, dans ce cas, ces sociétés, ainsi que les opérations qu'elles feront, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. ».

Le projet de loi n° 4992 du 10 juillet 2002 ayant abouti à la loi du 23 mars 2007 envisagea de changer la commercialité de par la forme au profit d'une commercialité en raison du fond : il aurait fallu que les activités de la société aient été commerciales au regard du Code de commerce afin que la société eût été une société commerciale. Cela aurait notamment permis de créer des sociétés civiles à forme commerciale, par exemple entre les membres de professions libérales. On aurait dès lors été confronté à des sociétés anonymes à objet commercial à côté de

sociétés anonymes à objet civil ; les premières, contrairement aux secondes, auraient été mises en faillite par le tribunal de commerce d'après les règles applicables aux commerçants. Tout cela n'aurait que créé la confusion, ainsi que l'a fait remarquer à juste titre le Conseil d'État<sup>3</sup>. Aussi la Commission juridique a eu la sagesse d'abandonner ce projet et de s'en tenir à la règle existante de la commercialité de par la forme pour les sociétés énumérées à la loi de 1915.

La commercialité de par la forme juridique n'existe qu'en matière de sociétés ; comme l'a déjà fait remarquer METZLER : « une association, même s'il lui prenait la fantaisie d'emprunter l'une des formes de sociétés commerciales, ne dépouillerait pas sa nature civile »<sup>4</sup>.

**[48] Sociétés commerciales de par l'objet.** – Pour les sociétés qui ne sont pas visées à l'article 2 de la loi de 1915, le critère de classification de la société en société civile ou commerciale résultera de son objet social. Ainsi, si la société a un objet civil, elle sera civile ; en revanche, *la société sera commerciale si elle accomplit des actes de commerce*. C'est donc l'objet d'une société qui en détermine la nature pour ces sociétés.

Exemple : Ainsi, une société à forme civile (la société civile), mais dont l'activité est commerciale, constitue en fait une société commerciale. La société à forme civile et à objet commercial est généralement considérée comme une société en nom collectif (v. n° [663]).

Les sociétés sont donc toujours commerciales si elles « ont pour objet des actes de commerce »<sup>5</sup>. Le caractère commercial des actes posés par la société s'apprécie par rapport à la liste des actes commerciaux du Code de commerce de 1808. L'activité sera commerciale si la personne, à défaut d'exercer *principalement* des actes de commerce, les exerce pour le moins *habituellement*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Lux. 15 juill. 1988, n° 356/88.

<sup>2</sup> Article 187 de la loi sur les sociétés belges : « Les sociétés dont l'objet est de nature civile peuvent, sans perdre ce caractère, emprunter les formes de sociétés commerciales en se conformant aux dispositions du présent titre ».

<sup>3</sup> Avis du C.E. du 7 mars 2006, Doc. parl. n° 4992 (3), session 2005 – 2006.

<sup>4</sup> METZLER, Avis sur le projet de loi portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles, reprint in Doc. parl. n° 2984, 1985-86, pp. 39 et s. (42).

<sup>5</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 10 août 1915.

<sup>6</sup> CORBLAU, p. 23.

La société sera civile si son objet social est lui-même civil. L'exercice d'une profession libérale, une exploitation agricole ou la mise en location d'immeubles constituent des activités civiles. À la différence des sociétés à forme commerciale, la forme civile d'une société ne prime pas sur l'objet commercial de la société. Pour qu'une société soit civile, il ne suffit pas que son objet soit civil ; il faut également que la forme civile ait été adoptée.

Certaines sociétés ont pour objet *à la fois des actes civils et des actes commerciaux*. Dans ce cas, la société sera civile ou commerciale, en fonction des liens existant entre les deux activités<sup>1</sup>. Si les actes civils et commerciaux sont *indépendants* les uns des autres et ne concourent pas ensemble à la réalisation du principal but social, la société sera commerciale, même si elle fait des actes civils. En revanche, si certains actes n'existent que comme moyen d'atteindre le but social, ils n'exercent aucune influence sur la qualification de la société en vertu de la maxime : « *l'accessoire suit le principal* ».

**[49] Intérêt pratique de la discussion.** – D'une façon générale, les sociétés civiles et commerciales ne sont pas régies par les mêmes textes. Les sociétés civiles, assimilées aux simples particuliers, sont soumises au seul *Code civil*, et les sociétés commerciales à la *loi de 1915*. C'est seulement *à titre supplétif*, en l'absence de règles spéciales dans le droit commercial, notamment la loi de 1915, que les dispositions du Code civil sont applicables aux sociétés commerciales. L'inverse, en revanche, n'est jamais vrai : la loi de 1915 ne s'applique aucunement aux sociétés civiles.

Le *caractère supplétif du Code civil* ne figure pas en tant que tel dans la loi de 1915. L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1915 prévoit simplement que les sociétés commerciales « se règlent par les conventions des parties, par les lois et usages particuliers au commerce et par le droit civil ». L'application du Code civil n'est cependant pas automatique ; un renvoi ne sera possible que dans la mesure où les dispositions du Code civil ne se trouvent pas en contradiction avec les dispositions de la loi sur les sociétés commerciales. En effet, la loi de 1915 est une loi particulière, et comme toute loi particulière en opposition avec une loi générale, c'est la loi particulière qui doit l'emporter.

La société commerciale relève du *tribunal de com-*

*merce*, la société civile des *tribunaux civils*. Seule la société commerciale doit tenir des *livres comptables*. La société commerciale est inscrite au RCS et peut tomber en *faillite* ou obtenir un concordat. La société civile ne se fait pas immatriculer au RCS ; lorsqu'elle cesse de remplir ses engagements, la société civile n'est pas déclarée en faillite, mais ses associés seront en déconfiture. Il existe également des différences en termes de régime de la preuve. Les règles de prescription sont différentes également, la prescription abrégée ne s'appliquant qu'aux commerçants.

Le *régime fiscal* n'est pas le même non plus. La société civile relève de l'impôt sur les personnes physiques. Chacun des associés est imposable pour sa part de bénéfices, distribués ou non, le bénéfice social étant déterminé suivant les règles prévues par la loi fiscale pour le calcul du revenu imposable dont la nature correspond à l'objet social (revenu foncier, bénéfice agricole, etc. ; application des règles de la fiscalité des ménages). Le régime fiscal des sociétés commerciales est différent puisqu'il faut faire la distinction entre les sociétés opaques et les sociétés transparentes. Si le régime fiscal des sociétés transparentes s'apparente certes à la fiscalité des sociétés civiles, il s'en distingue toutefois sur un point essentiel : les sociétés transparentes exerçant des activités commerciales sont soumises à l'impôt commercial communal et se trouvent soumises de manière générale à la fiscalité dite des entreprises. Ce n'est qu'en matière d'impôts indirects que le statut des sociétés civiles et commerciales est le même.

## § 2. LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

**[50] Présentation.** — Toute société suppose des personnes qui sont les associés, et des capitaux qui sont leurs apports. Cependant, suivant sa forme sociale, la société peut attacher plus d'importance à l'apport capitalistique (société de capitaux) ou à la personnalité de l'associé (société de personnes). Mais il s'agit là d'une distinction théorique qu'il est difficile

<sup>1</sup> FREDERICQ, *Principes*, p. 75 et s.



d'appliquer strictement ; certaines sociétés dites « hybrides » présentent en effet des caractéristiques de chacun de ces deux types de sociétés<sup>1</sup>.

[51] **Sociétés de personnes.** — Les sociétés de personnes, généralement de taille petite ou moyenne, sont conclues en raison de la personne même des « associés », d'où leur nom. L'aspect contractuel y joue un rôle important, car ces sociétés sont dominées par le caractère personnel (« *intuitu personae* ») ; les associés se connaissent et se font confiance. Aussi, le décès ou l'incapacité d'un associé met normalement fin à la société. La considération de la personne occupe également une place importante à l'égard des tiers, puisque les associés (du moins certains d'entre eux) sont généralement indéfiniment et solidairement tenus des dettes sociales et ont souvent la qualité de commerçant en raison de leur statut d'associé. Ceci explique également que les sociétés de personnes sont rarement soumises à l'exigence d'un capital social minimum par le législateur ; ce qui importe surtout, ce sont la personnalité et le patrimoine des associés. L'organe de gestion de la société de personnes est le « gérant », personne physique, la plupart du temps un associé, agissant individuellement. En raison des risques courus par les associés dans ce type de société, l'assemblée des associés a en principe (les sociétés en commandite font toutefois exception à cette règle depuis la réforme de 2013) le pouvoir résiduel, c.-à-d. le pouvoir de prendre toutes ces résolutions que la loi ou les statuts ne confèrent pas d'office à la gérance de la société.

La société de personnes étant avant tout un contrat, le pacte social ne pourra en principe être modifié, comme tout autre contrat, qu'avec l'accord unanime des associés (art. 1134 C.civ.). En raison de son caractère essentiellement contractuel, la société de personnes confère une grande liberté aux associés, lorsqu'il s'agit

de rédiger les statuts de la société. Enfin, les sociétés de personnes, encore appelées « sociétés par intérêts », sont dites « fermées » en ce sens que les parts ne sont généralement cessibles qu'avec le consentement de tous les autres associés<sup>2</sup>. Dans ce type de sociétés, l'élément personnel est essentiel et l'élément financier n'est qu'accessoire. La société en nom collectif est la société de personnes « type ».

[52] **Sociétés de capitaux.** — Les sociétés de capitaux, souvent de taille moyenne ou de grande taille, sont conclues en raison des capitaux qu'apportent les associés, généralement appelés « actionnaires », et c'est pourquoi on les appelle les sociétés de capitaux. La société anonyme ainsi que la société en commandite par actions sont les deux sociétés de capitaux classiquement connues en droit luxembourgeois. La société par actions simplifiée (SAS), introduite en droit luxembourgeois suite à la loi du 10 août 2016, peut être rajoutée sur cette liste. L'élément personnel intervient nettement moins ici, de sorte que le caractère contractuel de la société y est moins net que pour les sociétés de personnes (ce sont des sociétés « *intuitu pecuniae* »). Du coup, la liberté contractuelle y est moindre que dans les sociétés de personnes, le législateur définissant l'essentiel des règles de fonctionnement de ce type de société.

Les sociétés de capitaux constituent un groupement de capitaux plutôt qu'un groupement de personnes. Elles présentent des caractéristiques opposées aux sociétés de personnes : le décès d'un associé ne met pas fin à la société ; les droits sociaux, appelés « actions », peuvent être cédés plus facilement que les parts d'intérêts (elles sont « négociables ») ; la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports ; la société est gérée de façon collégiale par un conseil réunissant des « administrateurs » et non plus des gérants. En raison du caractère davantage institutionnel de la société, le pacte social peut être modifié même sans l'accord de tous les

<sup>1</sup> Sur les difficultés de la classification rationnelle des groupements d'affaires : NURIT-PONTIER, Vers un nouvel ordre sociétaire ?, in : Le Dolley (éd.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Paris, 2010, p. 147.

<sup>2</sup> Pour les caractéristiques des sociétés de personnes : Cour 2 juin 1999, *Pas.* 31, p. 204.

associés. La société anonyme est la société de capitaux « type ». Les associés n'encourant pas le même risque financier dans ce type de sociétés que dans les sociétés de personnes, le pouvoir résiduel appartient ici à l'organe de gestion et non à l'assemblée des associés (comme pour les sociétés de personnes, à l'exception cependant des sociétés en commandite).

[53] **Limites de la distinction**<sup>1</sup>. — La pratique révèle que la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux est moins aisée à opérer qu'il n'y paraît à première vue.

En partie, la distinction est souvent atténuée sur le terrain juridique par certaines *stipulations statutaires*. Ainsi, dans les sociétés de personnes, une clause de continuation de la société est souvent insérée afin d'écarter la dissolution pour cause de décès de l'un des associés. Dans les sociétés de capitaux, en revanche, les clauses d'agrément ou de préemption introduisent souvent un caractère nettement personnalisé dans le contrat de société. On peut également citer le cas de la société par action simplifiée (SAS), qui peut fonctionner selon la loi de l'unanimité et ayant donc un caractère personnel accentué, mais que l'on classe néanmoins dans la catégorie des sociétés de capitaux parce qu'il s'agit d'une variété de société anonyme.

Par ailleurs, certaines sociétés sont classées dans une catégorie à part, réservée aux « sociétés hybrides ». L'exemple classique est celui de la SARL, qui présente des caractéristiques tant des sociétés de personnes que des sociétés de capitaux : elle ressemble aux sociétés de capitaux en raison de la limitation de la responsabilité financière des associés ; mais elle ressemble également aux sociétés de personnes parce qu'il existe des restrictions à la libre cessibilité des droits sociaux.

### § 3. LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ ET LES SOCIÉTÉS À RISQUE ILLIMITÉ

[54] **Présentation.** — Il est également possible de classer les sociétés en deux groupes, en fonction de l'étendue de la responsabilité des associés.

Dans les sociétés à risque illimité, les associés sont tenus *personnellement* et *indéfiniment* de tout le passif social. Dans les sociétés à risque limité, en revanche, les associés ne répondent des dettes sociales *qu'à concurrence de ce qu'ils ont apporté* à la société. Cette distinction recoupe largement l'opposition entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, tout en présentant l'avantage additionnel d'intégrer sans difficultés la SARL dans la catégorie des sociétés à risque limité.

[55] **Situation des créanciers sociaux.** — La situation des créanciers sociaux change fondamentalement selon le type de sociétés.

Dans les sociétés à *risque limité*, les créanciers sociaux ne disposent d'aucune *action directe* en paiement contre les associés. Seule la société est débitrice des sommes à payer. Dans ces sociétés, le capital social est la seule garantie financière des créanciers sociaux. D'où la règle de l'*intangibilité du capital social* existant dans ces sociétés, ce qui signifie que la société ne peut, moyennant des distributions et restitutions aux associés, pas faire descendre la valeur de son actif net en-dessous du montant de son capital social.

Dans les sociétés à *risque illimité*, en revanche, les créanciers sociaux disposent d'une action directe à l'égard des associés. La situation des associés n'est cependant jamais, dans ces sociétés, celle d'un *coobligé* tenu à titre principal, ni celle d'une *caution* au sens du Code civil. L'engagement des associés est toujours *subsidaire*, faisant d'eux des débiteurs de second rang ; il résulte d'une obligation légale de garantie prévue dans des conditions originales par la loi sur les sociétés commerciales elle-même. Au lieu de pouvoir s'adresser indifféremment, pour obtenir paiement, à la société ou aux associés, les créanciers sociaux doivent d'abord s'adresser vainement à la société, débiteur principal, avant de pouvoir agir contre les associés, débiteurs

<sup>1</sup> DEMEUR, Sociétés de personnes et sociétés de capitaux, *RPS* 1955, n° 4500, p. 203.

accessoires (« bénéfice de la discussion » ; art. 152 L1915)<sup>1</sup>.

Dans les sociétés à risque illimité, il faut distinguer par ailleurs les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Dans la société civile, il n'existe pas de *solidarité* entre les associés, de sorte que chacun d'eux n'est tenu qu'à proportion de sa part dans le capital social. Les créanciers y doivent diviser leurs recours (« bénéfice de la division » ; art. 1862 C.civ.)<sup>2</sup>. En revanche, les associés dans les sociétés commerciales à risque illimité sont tenus solidairement au passif social et peuvent donc être chacun poursuivis pour le tout.

Si la loi exige bien que les créanciers sociaux poursuivent en premier lieu la société en vue du règlement des dettes sociales, elle n'est pas explicite toutefois quant aux efforts que les créanciers sociaux devront déployer à l'égard de la société avant de pouvoir s'adresser aux associés. Ce qui est acquis, c'est que l'action contre les associés n'est possible qu'après qu'il y a eu « *condamnation de la société* » (art. 152 L1915), c.-à-d. un jugement rendu par les tribunaux. La simple mise en demeure de payer est donc insuffisante. Mais faut-il exiger que la poursuite contre la société soit restée vaine, infructueuse? Ce serait excessif, car les créanciers sociaux devraient dans ce cas attendre l'issue (défavorable) de la procédure de concordat ou de la faillite, contre la société, seule preuve irréfutable de l'insolvabilité du débiteur, avant de pouvoir s'adresser aux associés. Le simple fait que la société ne paie pas, à la suite d'un jugement l'y condamnant, doit être suffisant pour que les créanciers sociaux puissent actionner les associés.

**[56] Limites de la distinction.** — Si la distinction de l'étendue de la responsabilité présente un intérêt pratique certain, elle présente toutefois certaines limites.

La distinction n'est pas toujours facile à opérer, différentes formes de sociétés présentent un *caractère mixte*. C'est ainsi que la société en nom collectif est une forme pure de société à risque illimité, la société anonyme ainsi que la société à responsabilité limitée étant quant à elles des formes pures de sociétés à risque limité. Mais qu'en est-il des *sociétés hybrides* que sont la

société coopérative ainsi que la société en commandite ? Dans la société coopérative, les associés sont certes tenus solidairement et indéfiniment, mais les statuts peuvent prévoir des règles différentes ; dans la société en commandite il existe deux catégories d'associés tenus les uns indéfiniment (les commandités) et les autres (les commanditaires) de façon limitée.

Même dans les sociétés « pures », les nécessités de la vie quotidienne font que très souvent la *limitation de la responsabilité des associés* n'est qu'une illusion. Il suffit de songer au cas du gérant associé unique d'une société à responsabilité limitée, obligé de se porter caution auprès de la banque pour son entreprise en proie à des difficultés financières.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'associé-dirigeant d'une société à risque limité peut être tenu du passif social sur ses biens personnels. Il suffit de songer aux sociétés mises en faillite en raison de fautes de gestion commises par le dirigeant ; ou lorsque le dirigeant confond son patrimoine personnel avec celui de la société (v. n° [381]). Le droit fiscal utilise également ce procédé pour mettre à la charge solidaire des dirigeants les impositions dues par la personne morale et qui n'ont pas pu être réglées en raison de fautes commises par le dirigeant<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il n'est pas certain que la situation de débiteur de second rang s'applique également aux associés de la société civile, v. n° [694].

<sup>2</sup> Tel est par exemple le cas des sociétés de fait ayant pour objet la mise en valeur d'un terrain par la construction d'un immeuble :Lux. 6 déc. 1933, *Pas.* 13, p. 534.

<sup>3</sup> STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, 5<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2015.



---

## **Titre 2. La création de la société**

---

Une société est, la plupart du temps, fondée sur un contrat, le contrat de société. Ce contrat des variantes qui sont spécifiques à chaque type de société ; elles seront analysées plus loin dans l'étude du droit spécial des sociétés. Mais le contrat de société contient également des constantes communes à l'ensemble des sociétés<sup>1</sup>. Les conditions de fond du contrat de société sont d'abord celles pour la validité de tout contrat, les dispositions du Code civil en matière contractuelle s'appliquant également au contrat de société (chapitre 1). Mais le contrat de société n'est pas tout à fait un contrat comme les autres ; il contient une bonne dose d'originalité permettant de distinguer le contrat de société d'autres contrats connus par le Code civil (chapitre 2). Certaines conditions de forme doivent également être respectées (chapitre 3). Comme pour tout contrat, celui-ci peut donner lieu à des difficultés susceptibles d'affecter l'existence même de la société (chapitre 4).

---

<sup>1</sup> Concernant la question de la définition unitaire de la « société », v. CORBISIER, La loi de 1915 face à la conception contemporaine de la société, in : ABC, Luxembourg 2016, p. 21.



## CHAPITRE 1 LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT EN GÉNÉRAL

De façon générale, la société doit répondre aux conditions de fond prévues en matière contractuelle, telles que définies aux articles 1108 C.civ. et suivants<sup>1</sup>. Il faut donc remplir certaines conditions qui ont trait tant aux personnes impliquées par le contrat de société (section 1) qu'à la substance du contrat de société (section 2).

### Section 1. Les personnes au contrat

Les personnes au contrat doivent remplir certaines conditions objectives (§ 1); elles doivent bien évidemment, par ailleurs, consentir au contrat de société (§ 2).

#### § 1. LES CONDITIONS OBJECTIVES

On ne fait pas un contrat de société avec soi-même ; il faut donc une pluralité de parties (A). Ces parties, afin de pouvoir devenir des associés dans la société, doivent disposer de certaines qualités juridiques bien définies (B) et doivent par ailleurs être capables de s'engager dans la société (C).

#### A. UNE PLURALITÉ DES PARTIES

[57] **Nombre minimum à la constitution**<sup>2</sup>. — À l'opposé du droit étranger, tel le droit allemand qui admet volontiers qu'une société ne puisse comporter

<sup>1</sup> Pour approfondir le sujet, il y a donc lieu de se reporter aux ouvrages classiques de droit des obligations : MARTY/RAYNAUD, GHESTIN, DE PAGE, etc. ; v. également plus particulièrement pour le contrat de société : SCHWACHTGEN, Les personnes juridiques, leur constitution et l'intervention du notaire dans celle-ci, *Bulletin du Cercle François Laurent* 1/1991, p. 1.

<sup>2</sup> Pour l'exigence d'une pluralité d'associés durant l'existence de la société et les conséquences si la société devient unipersonnelle, v. n° [636].

qu'un seul associé, le droit luxembourgeois a longtemps exigé qu'*au moins deux personnes* soient parties au pacte social<sup>3</sup>.

Certaines formes sociales exigent un nombre plus élevé. Il fallait sept actionnaires pour les *sociétés anonymes* et les *sociétés en commandite par actions*. Ce chiffre fut réduit à deux suite à la loi du 24 avr. 1983. Le projet de loi prévoyait même la possibilité pour une société anonyme de créer seule une filiale ayant la même forme sociale. Ce projet, jugé trop hardi, fut cependant abandonné par la suite<sup>4</sup>. Dans la *société coopérative*, il faut toujours sept personnes. Dans l'*ASSEP*, ce nombre est de trois (v. n° [746]).

Mais cette exigence se trouve de plus en plus souvent écartée, et ce à juste titre. Il suffit de songer à la SARL unipersonnelle (v. n° [844]), à la SAS (n° [1087]), à la SEPCAV (v. n° [746]), à la société européenne (v. n° [1054]), toutes susceptibles d'être constituées par un *acte de volonté unilatéral*. Cette évolution s'inscrit parfaitement dans le droit moderne des sociétés qui est avant tout un instrument d'organisation juridique des entreprises (v. n° [9]). Or, celles-ci sont très souvent détenues par une personne unique. D'où la formulation de l'article 1856 C.civ., qui prévoit la constitution d'une société, outre par la voie pluripartite propre au « contrat », par « acte unilatéral »<sup>5</sup>.

Dans les cas de figure où la loi continue à exiger une pluralité d'associés, le risque de *société fictive* ou de *façade* (encore appelée « *société écran* ») ne saurait être exclu. Pareille situation se rencontre lorsqu'un associé possède en réalité la totalité des droits sociaux et que les autres associés (souvent un seul détenant une seule action) ne sont que des prête-noms (v. n° [69]).

<sup>3</sup> Art. 1852 C.civ. : « Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (...) » ; v. DUPONT, *Réflexions sur la société unipersonnelle*, *Bulletin Droit et Banque* n° 9, 1986, p. 34.

<sup>4</sup> Doc. parl. n° 2474, 1980-81, Avis du C.E., ad art. 26, p. 34.

<sup>5</sup> Art. 1852 C.civ. : « (...) ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée. »

[58] **Nombre maximum.** — Aucun maximum n'est en principe prévu, sauf dans les sociétés à responsabilité limitée où le nombre des associés ne peut dépasser cent (ce chiffre a remplacé la limite traditionnelle de 40 suite à la loi du 10 août 2016 ; v. n° [784]).

## B. LA QUALITÉ DES PARTIES

[59] **Définition de l'associé.** — L'associé est, dans le langage courant, une personne qui est liée avec d'autres par un intérêt commun. S'associer signifie participer à quelque chose, s'entendre avec quelqu'un en vue d'une entreprise commune, former un ensemble harmonieux. Étymologiquement, le terme « associé » vient du latin « *socius* », qui peut signifier compagnon, allié, ami ; il s'agit de changer l'altérité en amitié, d'agir en commun, de créer ensemble ... La notion d'associé est à la base du contrat de société ; elle en est *une composante essentielle*.

Toutefois, il n'en existe *pas de définition juridique*<sup>1</sup>. La raison en est que le législateur n'a pas défini l'associé, parce qu'il a estimé qu'une telle définition était toute entière contenue dans la définition de la société donnée à l'article 1832 du Code Civil. Aussi, en principe, a seul qualité d'associé celui qui réunit *sur sa tête les trois éléments caractéristiques du contrat de société* : la personne a fait un apport ; elle participe aux résultats de la société ; elle a la volonté de s'associer (v. n° [80] et s.). Cette vision traditionnelle de l'« associé » est cependant parfois peu conforme à la réalité du droit des sociétés : la psychologie du petit porteur d'actions d'une société cotée en bourse n'a rien de commun avec celle de l'associé-gérant d'une petite entreprise commerciale (v. n° [870]). Elle peut également être source de difficultés dans certaines situations où les trois éléments caractéristiques du contrat de société se trouvent répartis entre plusieurs personnes (v. n° [286] et s.).

Malgré les limites de l'analyse, l'associé doit être vu

comme étant *un membre d'un groupement constitué sous forme de société*. Il peut être un *associé d'origine*, ce qui sera le cas s'il a participé à la constitution de la société. Mais il peut également s'agir d'un *associé subséquent*, en raison du fait que la personne en question a acquis le statut d'associé en cours de vie sociale, en raison d'une substitution à un associé d'origine (vente, donation, succession, ...), ou d'une augmentation de capital de la société à laquelle il a souscrit.

Le consentement à entrer en société est donné soit par l'associé lui-même, soit par un *mandataire agissant en son nom*. Le mandat peut être donné sous seing privé<sup>2</sup>. Cette hypothèse est très fréquente au Luxembourg, les associés résidant souvent à l'étranger, donnant la plupart du temps une *procuration* en ce sens à la personne qui les représentera lors de la constitution de la société. Ce n'est évidemment pas le mandataire mais la personne qu'il représente (le mandant) qui deviendra associé de la société. Il est uniquement dérogé à ce principe en présence d'un mandat irrégulier ; ce dernier ne pouvant lier le présumé mandant, ce sera le mandataire et non pas son mandant qui deviendra associé de la société. Cette situation doit être distinguée de celle dite de « *prête-nom* » où la représentation de l'autre personne n'est pas révélée au cocontractant, le représentant laissant croire qu'il souscrit pour lui-même au contrat de société. La convention de prête-nom relève de la simulation, dans laquelle les tiers peuvent soit s'en tenir aux apparences, soit établir la véritable qualité de l'associé en prouvant la contrelettre qui démontre que l'associé était en réalité la personne restée dans l'ombre (art. 1321 C.civ.). Le prête-nom n'est que l'associé apparent, le véritable associé étant celui pour lequel il agit. N'ayant pas volonté de participer à la société, le prête-nom ne saurait être considéré comme un associé. Mais cela ne rend pas l'opération critiquable pour autant, puisque la personne pour laquelle le prête-nom agit réunit bien les conditions exigées pour la validité de toute société.

<sup>1</sup> VIANDIER, *La notion d'associé*, th., Paris, 1978.

<sup>2</sup> Lux. 10 mai 1913, *Pas.* 9, p. 221.



**[60] Personnes physiques et personnes morales.** —

Les associés peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales, de nationalité luxembourgeoise ou étrangère (autre pays de l'Union européenne ; pays tiers).

Toute *personne physique*, à l'exception des exceptions indiquées ci-après, peut être associée dans une société. Comme le seul fait d'être associé dans une société commerciale ne suffit pas à conférer la qualité de commerçant, la société seule posant les actes de commerce, il importe peu de savoir si les associés sont des commerçants ou non. La seule exception à cette règle se rencontre dans les sociétés en nom collectif où les associés ont toujours la qualité de commerçant (v. n° [701]).

Des limitations à la capacité d'une personne physique de devenir associé dans une société peuvent être rencontrées dans certaines sociétés faisant l'objet d'une surveillance étroite des pouvoirs publics dans l'intérêt du pays comme des clients de la société : professionnels du secteur financier, avocats, etc. Tantôt l'entrée dans l'actionnariat ne sera possible qu'après agrément par l'autorité de contrôle (la CSSF) ; tantôt, seules des personnes appartenant à la même profession réglementée pourront devenir des associés de la société (ex. : seuls des avocats peuvent devenir des associés dans une société d'avocats).

Les personnes morales ayant les mêmes droits que les personnes privées, rien ne s'oppose à ce qu'une société ait comme associé une ou plusieurs *personnes morales*. Celles-ci se retrouvent souvent associés majoritaires, si ce n'est associé unique dans d'autres sociétés, sous certaines réserves il est vrai :

- une *société civile* ne peut pas devenir associé d'une société en nom collectif, car elle perdrait alors son statut civil pour devenir un commerçant ;
- une *société commerciale* ne peut en principe pas devenir associé d'une *association* et inversement, car l'association, à l'opposé de la société, ne poursuit pas de but lucratif. Pour qu'elle puisse être licite, la prise de participation doit présenter un caractère nettement accessoire aux activités commerciales (désintéressées) de la société (de l'association) et présenter un lien certain avec celles-ci ;
- un *groupement d'intérêt économique* ne peut pas

détenir des actions ou parts dans le capital social de ses membres (art. 2 L25.3.1991) ; la prise de participation dans des sociétés tierces est possible, mais elle doit être rendue nécessaire pour atteindre l'objectif du GIE.

Peu importe, en revanche, le statut de société de droit privé ou de droit public : les sociétés de droit privé peuvent, avec les *personnes morales de droit public*, souscrire ensemble des droits sociaux de sociétés ; de même, rien n'empêche que la société de droit public (ex : SNCI) ne devienne associée dans une personne morale de droit privé. L'inverse, en revanche, n'est pas possible, la société de droit public étant justement caractérisée par le fait qu'elle appartient exclusivement à l'État ainsi qu'à ses démembrements politiques.

**[61] Époux**<sup>1</sup>. — Il faut distinguer la société entre époux et l'apport d'un bien par un époux.

Autrefois discutée<sup>2</sup>, la *société entre époux* a graduellement été acceptée<sup>3</sup>, avant d'être consacrée par les textes communautaires<sup>4</sup> : les époux peuvent former seuls une société entre eux, comme participer à une société ensemble ou séparément<sup>5</sup> avec des tiers. Le législateur avait d'ailleurs expressément consacré cette possibilité pour les SARL (anc. art. 181 L1915, abrogé par la loi du 10 août 2016 en raison de son caractère

<sup>1</sup> LELEU/LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de la communauté*, Bruxelles, 2010.

<sup>2</sup> V. VAN RYN, T. 1, n° 325.

<sup>3</sup> TILQUIN/SIMONART, T. 1, n° 442 ; Cour 31 janv. 2001, *Pas.* 32, p. 202 : « il est aujourd'hui admis que les époux peuvent être membres de tout type de société ».

<sup>4</sup> Art. 5 de la directive 86/613/CE du 11 déc. 1986 : « Sans préjudice des conditions spécifiques d'accès à certaines professions s'appliquant de manière égale aux deux sexes, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que les conditions de la constitution d'une société entre époux ne soient pas plus restrictives que les conditions de constitution de sociétés entre personnes non mariées ».

<sup>5</sup> Depuis la réforme du Code civil en 1972 (art. 223 C.civ.), l'épouse n'a plus besoin de l'autorisation maritale pour entrer en société. Le toilettage de texte en 2006 n'a fait que confirmer la situation en droit depuis 1972.

superfétatoire). Si le mariage n'est donc plus un obstacle à l'entrée en société, ce droit trouve toutefois sa limite lorsqu'il en résulte un changement dans le régime matrimonial<sup>1</sup> ou s'il porte atteinte au principe de la libre révocabilité des donations entre époux. Aussi, il faudra privilégier, en cas de conflits entre les statuts et le régime matrimonial, les règles de ce dernier.

C'est ainsi qu'il n'existe aucun obstacle empêchant deux époux mariés sous le régime de la communauté universelle de devenir tous les deux associés d'une *société à risque illimité* (p.ex. : société en nom collectif), au risque de les ruiner ensemble (ainsi que leurs enfants), car leur sort financier est de toute façon indissolublement lié. En revanche, cette possibilité n'est pas ouverte aux époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ou de la séparation des biens, car la solidarité indéfinie des associés raye d'un trait de plume l'existence de biens propres, chaque époux étant tenu pour le tout. Il n'existe, en revanche, aucune interdiction pour les époux, quel que soit leur régime matrimonial, de devenir associés dans une *société à risque limité*.

L'apport en société par l'un des époux dépend de son régime matrimonial :

- dans le régime de la *séparation des biens*<sup>2</sup>, chaque époux peut apporter librement un bien personnel à une société, dont il prendra la qualité d'associé ;

<sup>1</sup> Cour 31 janv. 2001, *Pas.* 32, p. 202.

<sup>2</sup> Dans ce régime, chaque époux est indépendant. Il peut en principe : administrer, utiliser ou se départir de ses biens sans le consentement de son époux ; être responsable de ses dettes. Contrairement aux autres régimes matrimoniaux, la séparation de biens n'entraîne aucun partage des biens accumulés pendant le mariage ; chacun repart donc avec ses biens. V. l'art. 1536 C.civ. : « Lorsque les conjoints ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage hors le cas de l'article 220. »

- il en est de même des biens propres dans le régime de la *communauté légale*<sup>3</sup>. Si le principe est en effet que les titres sociaux souscrits par l'un des époux durant le mariage sont des biens communs (art. 1402 al. 1<sup>er</sup> C.civ.), tel n'est pas le cas s'ils ont été attribués en représentation d'un apport de biens propres<sup>4</sup>. Dans le cas de l'apport de biens propres, les titres sociaux attribués sont eux-mêmes des biens propres, par l'effet de la subrogation jouant de plein droit en matière d'échange (biens propres contre titres sociaux)<sup>5</sup>. L'apport de biens communs peut être fait librement par l'époux si les biens sont entrés en communauté de son chef (art. 1241 C.civ.) ; sinon, il faut l'accord de l'autre époux (art. 1421-1 C.civ.).
- Dans le régime de la *communauté universelle*<sup>6</sup>, les règles en matière de disposition des biens communs dans la communauté légale s'appliquent également. Mais il ne faut pas confondre les règles concernant les actes de disposition des biens communs et les

<sup>3</sup> Les époux qui se marient sans contrat de mariage relèvent automatiquement du régime de la communauté réduite aux acquêts. Les biens mobiliers ou immobiliers possédés avant le mariage restent leur propriété personnelle. Le patrimoine des époux se compose de biens propres et des biens communs. Les biens communs sont ceux acquis durant le mariage, sauf en cas d'héritage et de donations. À la fin du mariage, les biens communs sont séparés en deux parts égales. V. art. 1400 et s. C.civ.

<sup>4</sup> HEENEN, note *R/*CB 1959, p. 269.

<sup>5</sup> Art. 1407 C.civ. ; T'KINT, note sous tribunal de Hasselt, *RPS* 1963, n° 5157.

<sup>6</sup> Dans le régime de la communauté universelle, tous les biens, présents et à venir, possédés par les époux sont mis en commun, quelle que soit la date d'acquisition (avant ou après le mariage), leur origine (achat, donation, etc.) et leur mode de financement. V. l'art. 1526 C.civ. : « Les conjoints peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l'article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté. La communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des conjoints, présentes et futurs. »

droits de l'époux en matière d'attribution des droits sociaux résultant de l'apport de biens communs : le conjoint de l'apporteur pourra toujours revendiquer la qualité d'associé sur la moitié des parts souscrites, car les biens communs appartiennent pour moitié à chacun des époux. Autrement dit, si un époux souscrit à des droits sociaux en utilisant des biens communs, il n'y a pas un seul, mais deux associés nouveaux.

Il faut également signaler le cas particulier de l'*apport en société d'un fonds de commerce*. Certes, la loi pose le principe que chaque époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (art. 1421 et 1421-1 C.civ.). Il est seulement prévu une règle différente pour les *actes réputés graves*. Ainsi l'article 1422 C.civ. interdit aux époux de *disposer seul à titre gratuit* (don, etc.) des biens communs, fût-ce même au profit des enfants du couple. De même, l'article 1424 C.civ. interdit aux époux d'« aliéner à titre onéreux ou de grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations entrés en communauté de son chef (...) ». L'apport en société constituant une vente, il n'est dès lors pas possible pour l'un des époux d'apporter en société, sans l'accord de l'autre, le fonds de commerce qu'il aura créé lui-même durant le mariage (sauf si l'on est dans le régime de la séparation de biens).

**[62] Faillis.** — Les personnes sanctionnées par la peine de la faillite personnelle peuvent se voir interdire la possibilité de faire le commerce pendant une durée pouvant aller jusqu'à 5 ans (art. 444-1 C.com.). Cette sanction sera prononcée s'il est établi une faute de gestion grave et caractérisée. Les faillis ne peuvent dès lors plus être des associés dans les sociétés en nom collectif ou être commandités dans les sociétés en commandite. Cette interdiction cesse à l'expiration du délai fixé par le tribunal, si le jugement déclaratif de faillite a été rapporté, si le failli a été réhabilité, ou encore s'il y a eu homologation du concordat.

Le failli n'étant pas frappé d'incapacité, même s'il est dessaisi de l'administration de ses biens, il pourra devenir associé d'une société, à condition de limiter son apport à un apport en industrie ; il ne saurait en effet apporter de l'argent ou des biens à la société, car ceux-ci forment le gage commun de ses créanciers.

**[63] Incompatibilités.** — L'idée de dignité que l'on

se fait de certaines professions et statuts socioprofessionnels interdit à certaines personnes de participer activement dans la direction des sociétés commerciales. Sont principalement visés les membres des *professions libérales* (avocats, notaires, médecins, pharmaciens, etc.). Pour les membres de la *fonction publique*, l'interdiction n'est pas tellement basée sur le caractère « vil » des activités commerciales, mais plutôt sur l'interdiction d'un cumul d'activités publiques et privées<sup>1</sup>.

### C. LA CAPACITÉ DES PARTIES

**[64] Principes généraux<sup>2</sup>.** — L'article 488 C.civ. fixe le principe selon lequel, à l'âge de dix-huit ans accomplis, tout individu dispose de la pleine capacité civile : non seulement il est titulaire de droits, mais encore il peut les exercer. Se pose dès lors la question du statut des mineurs : ne peuvent-ils rien faire ? Quelle est par ailleurs la situation des personnes qui ont dix-huit ans accomplis mais qui, dans un but de protection, sont privées de leur pleine capacité d'exercice ? De façon générale, il faut retenir que la capacité requise variera suivant le type de société :

- si le contractant veut devenir associé dans une *société à risque illimité*, il peut être tenu des dettes sociales sur tous ses biens personnels, et partant doit pouvoir s'obliger sur toute sa fortune. Il lui faut donc posséder la *pleine capacité civile* ;
- si le contractant entend devenir associé dans une société dans laquelle la qualité d'associé confère automatiquement le *statut de commerçant* ; il doit avoir la capacité d'exercer une *activité commerciale en nom propre* ;

La prise de participation dans une société ne constitue pas, par elle-même, un acte de commerce (art. 2 L1915). De ce fait, une personne ne devrait jamais devenir un commer-

<sup>1</sup> BAULER/MOYSE, *Le droit de la fonction publique*, Bruxelles, 1999, p. 215.

<sup>2</sup> Pour plus de détails, il suffit de se reporter aux ouvrages de droit civil traitant du statut des personnes.

çant en raison de sa qualité d'associé dans une société. Mais l'obligation solidaire et indéfinie que la prise de participation dans certaines sociétés engendre justifierait que seules les personnes capables d'exercer un commerce soient autorisées à en devenir un associé.

- si le contractant souhaite devenir associé dans une *société à risque limité*, il sera uniquement tenu à hauteur d'une mise déterminée. Partant, il suffit qu'il puisse faire des *actes d'administration*. Les actes d'administration peuvent être définis comme étant les actes nécessaires à la conversation et à la mise en valeur d'un bien ou d'un patrimoine. L'acquisition d'actions et de parts sociales dans des sociétés à risque limité constitue un acte d'administration (et non pas de disposition)<sup>1</sup>. Acte civil, la prise de participation dans une société à risque limité ne confère pas le statut de commerçant à l'associé (art. 2 L1915)<sup>2</sup>.

**[65] Mineurs.** — Les mineurs, c.-à-d. les *personnes n'ayant pas encore dix-huit ans*, n'ont qu'une capacité d'exercice réduite : ce sont les parents du mineur qui administrent ses biens (art. 382 C.civ.). Le mineur peut en revanche accomplir tous les actes d'administration. Le mineur pourra donc lui-même acheter des actions ou parts dans des sociétés de capitaux. De façon générale, les mineurs :

- ne peuvent faire des actes de commerce et partant ne peuvent devenir associés dans des sociétés dans lesquelles la qualité de commerçant est attribuée à l'associé (art. 2 C.com.) ;

3La capacité d'exercice réduite des mineurs rend inopérante toute *clause de continuation* imposée aux héritiers dans les sociétés de personnes, aux termes de laquelle « en cas de décès d'un associé, la société continuera avec sa veuve ou ses héritiers ». Le mineur n'ayant pas la capacité de faire le commerce, l'exécution de la clause sera impossible<sup>3</sup>.

- ne peuvent engager tout leur patrimoine personnel,

ce qui exclut la possibilité de devenir associé d'une société à risque illimité ;

- ne peuvent faire des actes de disposition, ce qui les empêche de disposer à titre gratuit des droits sociaux dans des sociétés à risque limité qu'ils ont acquises.

La situation est similaire pour les *mineurs émancipés* : s'ils sont certes capables, tout comme les majeurs, d'accomplir tous les actes de la vie civile, et notamment de souscrire des droits sociaux dans des sociétés, il leur est cependant toujours défendu de faire le commerce (art. 481 C.com.). Aussi, les mineurs émancipés ne sauraient devenir associés d'une société en nom collectif. En revanche, le mineur émancipé peut lui aussi devenir associé dans toute société dans laquelle la qualité de commerçant n'est pas attribuée à l'associé : il peut donc devenir commanditaire, actionnaire d'une société anonyme, etc.

**[66] Majeurs incapables.** — Les restrictions précédentes ne s'appliquent pas aux *majeurs*, sauf s'ils sont incapables. Leur incapacité peut résulter de différentes dispositions législatives d'ordre public de protection :

- *sauvegarde de justice* : le majeur est placé sous sauvegarde de justice lorsqu'il a perdu temporairement ses facultés personnelles (maladie p.ex.). Le majeur placé sous sauvegarde de justice peut exercer librement ses droits (art. 491-2 C.civ.) et partant gérer son patrimoine. Il peut donc également devenir associé de quelque société que ce soit.
- *curatelle ou tutelle* : la situation des incapables majeurs mis en tutelle ou curatelle est sensiblement identique à celle des mineurs non émancipés. Ils peuvent donc devenir associés de sociétés dans lesquelles la qualité de commerçant n'est pas attribuée à l'associé.

Dans la tutelle, le tuteur représente l'incapable et agit à sa place. Pour les actes les plus importants, l'autorisation judiciaire est nécessaire (art. 490-2 al. 4 C.civ.). La tutelle n'est ouverte que dans les cas les plus graves, notamment lorsque la curatelle n'est pas possible.

La curatelle est moins un système de représentation qu'un moyen d'assistance contrôlée. Le majeur

<sup>1</sup> FREDERICQ, *Principes*, t. 2, n° 574 et s.

<sup>2</sup> Cour 4 juin 1975, *Pas.* 23, p. 175 (SARL).

<sup>3</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 108, RENAULD, note sous Cour de Bruxelles du 14 déc. 1964, *RPS* 1966, p. 80.

en curatelle peut faire seul certains actes. Ils correspondent à ceux pour lesquels le tuteur peut agir seul sans l'autorisation du conseil familial dans le régime de la tutelle : actes conservatoires et d'administration. Devenir associé dans une société à risque limité ne dépasse pas le cadre de l'administration et ne nécessite de ce fait pas l'autorisation du curateur. L'acquisition du statut d'associé dans les sociétés à risque illimité comme dans celles où les associés deviennent commerçants nécessite l'accord du curateur.

## § 2. LA CONDITION SUBJECTIVE : LE CONSENTEMENT DES PARTIES

**[67] Généralités : délimitation du consentement par rapport à des concepts voisins.** — Par rapport au droit commun, le consentement des parties n'appelle que peu d'observations particulières. Elles ont pour l'essentiel trait à la pluralité des parties ainsi qu'à leur qualité.

Le consentement n'est pas nécessairement instantané ; il peut résulter de *pourparlers et discussions* qui s'étendent sur une période plus ou moins longue. Se pose dès lors la question du statut juridique de ces pourparlers, si le contrat de société ne voit pas le jour. Deux analyses sont possibles<sup>1</sup> :

- soit les pourparlers n'ont pas dépassé le stade de *projet de société* et de ce fait ne sauraient lier leurs auteurs. La rupture des pourparlers sera donc libre. Toutefois, les règles de la responsabilité délictuelle s'appliquant ici, une faute dans cette rupture pourra justifier l'allocation de dommages-intérêts. La question de la faute est à apprécier de manière objective : durée et contenu des pourparlers, importance et coût des opérations préparatoires, etc. Les éléments subjectifs tenant à la bonne ou mauvaise foi n'importent pas<sup>2</sup>.
- soit la consistance des pourparlers a été telle qu'elle équivaut à une promesse unilatérale ou synallagmatique de constituer une société. La *promesse de société* est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'accordent sur la constitution entre elles d'une société et déterminent les principaux éléments. Sauf si elle inclut une

faculté de rétraction au profit du promettant, la promesse de société engendre des obligations de faire à charge du promettant, au sens de l'article 1142 C.civ. Leur non-exécution est susceptible d'engendrer des dommages et intérêts, suivant le droit commun (art. 1147 C.civ.). Le dommage indemnisable comprend la perte subie et le manque à gagner, dans la limite du seul préjudice direct. L'indemnisation des conséquences trop lointaines reste dès lors exclue. Pour éviter ces difficultés, une clause pénale fixant le montant des dommages et intérêts peut s'avérer utile.

Pour engager son auteur, le consentement doit être réel. L'intégrité du consentement peut faire défaut pour deux raisons différentes qu'il n'y a pas lieu de mélanger :

- en raison d'une simulation (A);
- en raison d'un vice du consentement (B).

### A. LE CONTRAT SIMULÉ

**[68] Simulation et contrat de société.** — Il y a simulation chaque fois que les parties cachent leur volonté véritable derrière une fausse apparence : elles concluent une convention ostensible dont elles suppriment ou du moins modifient les effets par une autre convention, contemporaine de la première et destinée à rester secrète (la « *contre-lettre* »). La simulation se rencontre partout dans la vie, y compris dans le droit des sociétés. C'est ainsi que le contrat de société peut avoir pour objet de dissimuler une opération juridique d'une autre nature, par exemple une donation (pour échapper à la réserve héréditaire ou aux droits de donation), un contrat de travail (pour échapper aux lois sociales protectrices), ou une vente (pour échapper aux règles fiscales).

Conformément au droit commun, la simulation n'est pas, par elle-même, une cause de nullité : les *parties* resteront engagées entre elles, selon les termes de la contre-lettre, et non pas de l'acte apparent, à condition bien évidemment d'en rapporter la preuve. La nullité du contrat de société, lorsqu'il est basé sur la simulation, ne pourra pas résulter de l'existence de la simulation en tant que telle ; il faudra que l'acte réel (la

<sup>1</sup> Note BENAC-SCHMIDT, *RS* 1988, p. 59

<sup>2</sup> SAINTOURENS, note sous Cass. (franç.) 11 juill. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1167, § 288.

contre-lettre) soit affecté d'une cause de nullité, tirée par exemple du caractère illicite de l'objet social ou de la cause du contrat de société.

Les *tiers*, en revanche, pourront choisir entre l'acte apparent et l'acte secret, en fonction de leurs intérêts : ils invoqueront soit la réalité, soit « prendront au mot » les contractants.

Les *tiers* n'ayant pas tous les mêmes intérêts, certains peuvent opter pour la contre-lettre, tandis que d'autres préfèrent s'en tenir aux apparences. Dans un tel cas de *conflits d'intérêts*, préférence devrait sans doute être donnée, dans un souci de protection, à l'acte apparent.

Le *droit communautaire* trace des limites au droit commun. En effet, on le verra plus loin (v. n° [146]), les nullités sont limitativement énumérées à l'article 12ter L1915 en ce qui concerne les sociétés à risque limité. La simulation n'y est pas énumérée en tant que telle comme cause d'annulation. Afin d'aboutir, l'action en simulation doit apporter la preuve de l'existence d'une des causes de nullité prévues à l'article 12ter L1915. En l'absence de cette preuve, la société ne pourra pas être annulée. Pour les sociétés à risque illimité, cette exigence fait défaut, mais il faudra néanmoins faire constater la nullité par voie judiciaire prononçant du même coup la liquidation de la société.

**[69] Simulation et personnalité morale : la société fictive.** — La simulation peut également porter sur la personnalité morale elle-même de la société. C'est l'hypothèse de la société fictive. Trois cas de figure semblent pouvoir être distingués.

Une société sera fictive si les personnes qui se présentent comme ses associés ne présentent pas les caractéristiques de la qualité d'associés et notamment faute d'affectio societatis. Tel sera le cas parce qu'ils ne sont que des *prête-noms*, une personne tierce se comportant en réalité comme le *seul maître de l'affaire*<sup>1</sup>. La société fictive est celle où il n'existe aucun accord de volontés entre associés, les « hommes de paille » ne faisant aucun apport effectif. Le but unique de la société fictive est d'isoler des biens et activités au sein d'une société dont on « fabrique » en quelque sorte

l'autonomie patrimoniale.

Le caractère fictif de la société pourra également résulter de l'*absence d'autonomie patrimoniale* de la société<sup>2</sup>. Dans ce cas, l'associé est bien réel, mais il y a *confusion des patrimoines* entre la société et son actionnaire principal : l'associé majoritaire (si ce n'est unique) confond la caisse sociale et sa caisse privée en réglant des dettes privées au moyen des fonds sociaux<sup>3</sup> ; il se comporte en fait comme si la société n'était que son entreprise individuelle n'ayant pas la personnalité juridique, en n'ayant point d'égards, ni à l'autonomie patrimoniale de la société, ni à sa vie sociale<sup>4</sup>. Dans ces cas-là, les tribunaux pourront faire abstraction des apparences de droit créées, à savoir l'apparence de l'existence d'une société, et considérer la société comme inexistante<sup>5</sup>. Si la société fictive tombe en faillite, la juridiction peut décider d'étendre la faillite à l'associé unique (v. n° [608]). Ce risque peut également exister dans les groupes de sociétés, la confusion des patrimoines entre deux personnes morales étant dans ce cas susceptible d'entraîner la fictivité de l'une d'entre elles, généralement de celle se trouvant sous la dépendance de l'autre<sup>6</sup>.

Il faut toutefois se garder, surtout au Luxembourg, de déclarer fictive toute société dans laquelle un *associé* aurait une *prépondérance manifeste*<sup>7</sup>. Il n'est pas rare, surtout dans les groupes de sociétés, d'être en présence d'un associé majoritaire disposant de tous les droits sociaux sauf un, le droit social étant détenu par le dirigeant local. Dès lors que la vie sociale de la

<sup>1</sup> Lux. 11 nov. 1988, n° 35/88 ; Cour 11 fév. 2015, *JTL* 2015, p. 172.

<sup>2</sup> CONTIN/HOVASSE, L'autonomie patrimoniale des sociétés, *D.* 1971, chron. p. 197.

<sup>3</sup> Cour 12 juill. 1989, n° 10.557.

<sup>4</sup> Cour 29 avr. 2004, n° 28 531, *Bulletin d'information sur la jurisprudence*, Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg n° 6/2004, p. 100.

<sup>5</sup> Lux. 10 janv. 1992, *LJUS* n° 99 214 972 ; Cour 20 avr. 1993, n° 15.179.

<sup>6</sup> La confusion des patrimoines peut également aboutir à une faillite commune des sociétés, par voie de jonction des masses : Lux. 26 mai 2014, *Pas.* 37, p. 214.

<sup>7</sup> Sur la différence existant entre la position dominante dans une société et l'abus de pouvoirs ou détournement de fonctions par le maître de l'affaire : Lux. 9 juin 1989, n° 38 792.

société fonctionne normalement (réunion d'assemblées, de conseils d'administration, etc.), la société ne sera pas fictive. La théorie de la société fictive doit être maniée avec prudence, ne fût-ce qu'en raison de la possibilité de constituer des SA et des SARL unipersonnelles. Rien n'interdit à un commerçant de recourir à cette formule ; la société qu'il crée ainsi ne sera pas pour autant « fictive », pour autant qu'il ne confonde pas le patrimoine social avec son patrimoine personnel. Ce n'est donc que lorsqu'il y a confusion des patrimoines de la société et de son associé unique ou majoritaire, ainsi que l'immixtion anormale de cet associé dans la gestion de la société, que la société sera fictive.

Mais le caractère fictif de la société pourra également résulter de l'absence d'autonomie décisionnelle de la société. L'autonomie décisionnelle peut surtout faire défaut en matière de groupes de sociétés. La fictivité résultera alors de l'absence d'autonomie de la filiale, gérée directement par les dirigeants de la société mère, comme s'il s'agissait d'une succursale ou d'une agence (v. n° [606] et s.).

La preuve de la fictivité d'une société devrait en principe entraîner la déclaration non de sa nullité mais de son inexistence, en raison de l'absence d'un élément essentiel à la formation du contrat de société. Toutefois, même si l'action en déclaration de simulation est assimilable à une action en déclaration d'inexistence, la déclaration d'inexistence ne rétroagit pas en matière sociétaire (contrairement au droit commun) : elle n'a cours que pour la période postérieure au jugement rendu par les tribunaux. Cette situation résulte du souci du législateur de protéger les tiers ayant contracté avec la société fictive : la société inexistante sera en fait nulle, la nullité ne mettant fin à la société que pour l'avenir (v. n° [146]), de sorte qu'il est logique de conclure que la notion d'inexistence a en fait été bannie du vocabulaire du droit des sociétés<sup>1</sup>.

En déclarant fictive la société de façade, le tribunal permet aux créanciers sociaux de saisir directement le patrimoine du maître de l'affaire (qui sera sans doute souvent un associé, mais qui peut parfaitement bien

être également un tiers), ou bien, en cas de faillite de la société de façade, de ne former qu'une masse unique de biens de la société et du maître de l'affaire (à condition bien sûr que ce dernier soit lui aussi tombé en faillite).

Le maître de l'affaire n'accomplit certes pas lui-même les actes de commerce de la société. Mais comme il est le maître de l'affaire, la jurisprudence lui impute ces actes de commerce qui, de ce fait, deviennent les siens. De ce fait, sauf à avoir un maître de l'affaire solvable, la faillite de la société devrait normalement entraîner la faillite du maître de l'affaire.

Conformément au droit commun de la simulation (v. n° [68]), la nullité de la société fictive n'est pas opposable aux tiers qui auront le choix, soit de l'invoquer, soit de s'en tenir aux apparences.

La société fictive se rapproche fortement de la société frauduleuse, constituée dans un but répréhensible : faire échapper les biens au gage général des créanciers ; simuler une vente d'immeuble sous la forme d'une vente de parts d'une société immobilière fraîchement constituée ; etc. La plupart du temps, la société fictive sera en même temps frauduleuse. La fraude n'entraîne la nullité du contrat de société que si elle a pour conséquence de vicier la cause (sociétés à risque illimité) ou rend l'objet social illicite ou contraire aux bonnes mœurs (toutes les sociétés).

## B. LES VICES DU CONSENTEMENT

Il résulte du Code civil que le consentement de chaque associé doit être exempt d'erreur, de dol et de violence.

[70] **Erreur.** — Pour que l'erreur puisse vicier le consentement du contractant, il faut qu'elle soit déterminante et excusable (art. 1109 C.civ.). Il faut que le contrat n'ait été conclu que parce que l'erreur a été commise, et qu'elle ne repose sur aucune faute de celui qui se prétend la victime. L'erreur porte, soit sur la substance du contrat, soit sur la personne<sup>2</sup>.

L'erreur sur la substance<sup>3</sup> pourra être :

<sup>1</sup> CONSTANTIN, Conditions et effets de la fictivité d'une société, RS n° 4, 1999, p. 824.

<sup>2</sup> Cour 17 juin 1904, Pas. 6, p. 469.

<sup>3</sup> MALINVAUD, L'erreur sur la substance, D. 1972, chr. p. 215.

- une *erreur sur la nature du contrat*, une personne croyant avoir prêté, alors qu'elle s'est engagée dans une société ;
- une *erreur sur la forme juridique*, une personne étant devenue associée dans une société à risque illimité, alors qu'elle pensait ne subir de risques financiers qu'à hauteur de sa mise en capital ;
- une *erreur sur la qualité de l'apport*, si le bien apporté ne permet pas d'atteindre le but recherché.

L'erreur sur la valeur, la « *lésion* » (ex. : une erreur sur la valeur des apports) ou sur les *mobiles* n'étant pas retenue, on conçoit aisément que l'erreur sur la substance n'occupe qu'une place tout à fait modeste en droit des sociétés, notamment lorsque la personne s'est associée sans le savoir, en signant par exemple un contrat de société déguisé habilement sous forme de contrat de « travail ».

L'*erreur sur la personne* n'est prise en compte que dans les contrats conclus *intuitu personae*<sup>1</sup>, c.-à-d. dans les contrats où la considération de la personne du contractant est essentielle. Transposée sur le plan du droit des sociétés, l'erreur sur la personne est exclue en matière de sociétés de capitaux, mais reste envisageable dans les sociétés de personnes. Il faudra cependant que l'erreur porte sur des qualités substantielles de la personne concernée (honorabilité, moralité, compétence, etc.) et que ces qualités soient susceptibles d'avoir affecté la décision de s'associer<sup>2</sup>.

**[71] Dol**<sup>3</sup>. — Le dol (art. 1116 C.civ.) est également un vice de consentement. Mais à la différence de l'erreur, où la victime s'est trompée, elle a été trompée. Le dol suppose la réunion de plusieurs conditions, objectives et subjectives :

- des *manœuvres* (dites dolosives) malintentionnées, c.-à-d. frauduleuses. Souvent, le dol, qui est nécessairement intentionnel, résulte d'un mensonge

(faux renseignement p.ex.) ; mais il peut également s'agir d'une réticence, lorsque le cocontractant n'a pas révélé à l'autre des éléments de décision que celui-ci avait intérêt à connaître<sup>4</sup> (p.ex. : silence mensonger sur les chances de succès de la société) ;

- les manœuvres doivent être le fait des *cocontractants*, celles d'un tiers n'étant retenues qu'exceptionnellement<sup>5</sup> (ex. : le dol commis par l'organe de gestion afin que l'augmentation de capital soit souscrite) ;
- il doit porter sur un *élément essentiel du contrat*, sans lequel l'autre partie n'aurait pas contracté<sup>6</sup>. Il devra donc être « déterminant » ;

Le dol ne constitue pas une hypothèse d'école en matière de droit des sociétés, un associé pouvant, pour avoir été trompé en raison de manœuvres dolosives ou d'un silence mensonger, avoir été amené à devenir associé de la société. Le dol ne sera retenu que s'il a pu provoquer une *erreur excusable* chez la victime<sup>7</sup>. Il faudra donc tenir compte de la personnalité de la victime (son expérience des affaires, ...).

**[72] Violence**<sup>8</sup>. — La violence (art. 1111 et 1115 C.civ.) se distingue du dol et de l'erreur dans la mesure où, lorsqu'il y a violence, le contractant sait quel contrat il va conclure. Mais il ne le veut pas alors que, en cas de dol ou erreur, la victime n'agit pas en connaissance de cause. La violence pourra être *physique* (p.ex. : signature du contrat d'association sous la menace) comme *morale*<sup>9</sup> (p.ex. : menace de perte de son travail en cas d'absence de signature du contrat de société avec l'employeur). Tout à fait exceptionnelle en droit des sociétés, la violence s'apprécie *in concreto* : afin d'être retenue, elle doit inspirer la crainte d'exposer sa per-

<sup>1</sup> VALLEUR, *L'intuitu personae dans les contrats*, Paris, 1938.

<sup>2</sup> Cour 25 nov. 2015, *Pas.* 37, p. 800 (par analogie).

<sup>3</sup> GHESTIN, La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, *D.* 1971, chr. p. 247.

<sup>4</sup> Lux. 24 juin 1959, *Pas.* 17, p. 495 ; par analogie : Cour 16 déc. 2015, *Pas.* 37, p. 821.

<sup>5</sup> Cour 30 juill. 1920, *Pas.* 11, p. 153.

<sup>6</sup> Cour 17 octobre 1919, *Pas.* 11, p. 190.

<sup>7</sup> Cour 16 juin 1970, *Pas.* 21, p. 362.

<sup>8</sup> BRETON, *La violence en tant que vice de consentement*, th. Caen, 1925.

<sup>9</sup> Cour 29 avr. 1904, *Pas.* 6, p. 477.



sonne ou sa fortune à un mal considérable et présent<sup>1</sup>. Afin d'être retenue, la violence doit avoir été la cause déterminante du contrat de société<sup>2</sup>.

## Section 2. La substance du contrat

Le contrat de société doit également avoir un objet (§ 1) et une cause licite (§ 2).

### § 1. L'OBJET DU CONTRAT

[73] **Présentation.** — En l'absence de définition légale, on considère que l'objet social est le *type d'activité que la société envisage d'exercer* afin d'obtenir les bénéfices escomptés : prestation de services ; vente de tel ou tel produit ; etc. Ainsi compris, l'objet social se distingue du but d'une entreprise, consistant seulement à réaliser des bénéfices. L'objet de la société doit également être distingué de *l'objet de l'obligation des associés*<sup>3</sup>. En droit des obligations, l'objet de l'obligation est la prestation que le contractant s'oblige à fournir, soit ici la réalisation d'apports. L'objet social doit être déterminé, possible et licite (pour les sanctions des irrégularités en matière d'objet social : v. n° [148] et s.).

L'objet social ne doit *pas être confondu avec l'intérêt social*<sup>4</sup>. C'est ainsi qu'une opération particulière peut parfaitement bien rentrer dans l'objet social tel que défini par les statuts, tout en restant contraire à l'intérêt social, parce que, par exemple, elle lèse les intérêts d'actionnaires minoritaires. Inversement, un acte accompli par la société peut s'avérer bénéficiaire

pour elle, et donc conforme à l'intérêt social, tout en excédant son objet social. La conformité avec l'objet social tient uniquement à la nature de l'acte, tandis que la conformité à l'intérêt social dépend de l'utilité de l'acte pour la société et ses membres. Autrement dit : l'objet social est l'activité ; l'intérêt social la direction à suivre pour que cette activité soit utile à la société (v. n° [363]).

[74] **Objet social déterminé.** — En raison du principe de la spécialité des personnes morales, l'objet social doit être *spécifique* et non pas *général*. Il ne saurait donc être question de constituer des sociétés afin de réaliser « toutes activités commerciales et industrielles généralement quelconques ».

D'un autre côté, il s'agit d'éviter de devoir modifier les statuts à chaque évolution, même minime, dans les activités de la société ; ou pire, il faut éviter que la société ne soit dissoute de manière inopinée. Aussi, en pratique, les statuts définissent avec suffisamment de précision le genre d'activité futur de la société, tout en y ajoutant la possibilité pour la société d'accomplir toutes opérations directement liées à cet objet social ou particulièrement utiles à celui-ci. Une telle disposition permet de ne pas limiter indûment le champ d'action des dirigeants.

Dans certaines sociétés réglementées, notamment celles du secteur financier (banques, assurances, fonds d'investissement, ...), l'objet social statutaire est défini avec une précision particulière, car il s'agit de vérifier que la société en question peut effectivement se prévaloir du statut particulier réservé à ces sociétés.

L'objet social de la société est toujours indiqué dans ses statuts ; c'est l'« objet social statutaire ». *L'objet social statutaire* correspond en principe aux activités sociales réellement exercées par la société, car c'est là toute l'utilité de son indication dans les statuts. Parfois cependant, les *activités sociales réellement exercées* ne coïncident pas avec l'objet social statutaire, en présence notamment de dirigeants peu scrupuleux, exerçant par exemple des activités illicites sous le couvert d'une société à objet social statutaire classique, destiné à ne

<sup>1</sup> Lux. 7 avr. 1948, *Pas.* 14, p. 399.

<sup>2</sup> Diekirch 31 juill. 1946, *Pas.* 14, p. 227.

<sup>3</sup> TILQUIN/SIMONART, T. 1, n° 446.

<sup>4</sup> HEENEN, L'intérêt social, in : *Liber amicorum P. De Vræde*, Bruxelles, 1994, p. 889 ; PIROVANO, La « boussole » de la société : Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, *D.* 1997, ch. p. 189 ; SCHMIDT, De l'intérêt social, *JCP* 1995, éd. E, I, 488 ; BENNINI, *Le voile de l'intérêt social*, th. Paris, 2013.

pas éveiller les soupçons.

[75] **Objet social possible.** — L'objet social doit également être possible. Cette exigence est évidente et ne nécessite pas de développements particuliers, car un objet social qui ne serait pas réalisable rendrait impossible l'essence même du contrat, la société ne pouvant exercer les activités pour lesquelles elle a pourtant été constituée. L'impossibilité de l'objet social peut être initiale ou plus souvent survenir en cours de vie sociale. Il s'agit là d'une cause de dissolution de la société (v. n° [633]).

[76] **Objet social licite.** — L'objet social doit surtout être licite<sup>1</sup>. Autrement dit : l'objet social doit être conforme aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Seules les choses dans le commerce peuvent faire l'objet d'une obligation (art. 1128 C.civ.). Il ne saurait donc être question de constituer une société dans le but de faire du proxénétisme, de la contrebande ou la vente de stupéfiants. La contrariété de l'objet social à l'ordre public, ou son caractère illégal, entraîne la *nullité* de la société, même dans le cas des sociétés à risque limité (art. 12ter n° 3 L1915). Cependant, dans l'intérêt de la sécurité juridique, et afin de limiter le nombre de nullités, le seul objet à prendre en compte aux fins de la vérification de sa licéité est l'objet social statutaire. Peu importe l'activité réellement exercée par la société<sup>2</sup>. De ce fait, l'activité de trafic de drogue n'entraînera pas la nullité de la société, si les statuts indiquent par exemple que l'objet social est l'achat et la vente de marchandises.

[77] **Intérêt pratique de l'objet social.** — La détermination de l'objet social comporte bon nombre d'intérêts pratiques qui rendent obligatoire sa mention dans les statuts (art. 6 L1915). La prise en compte de l'objet social permet d'apprécier :

- la nécessité de modifier les statuts à la suite d'un

changement d'activité ;

- la validité d'une dénomination sociale, car deux sociétés peuvent avoir une dénomination sociale identique ou proche si elles exercent des activités complètement différentes (v. n° [173]) ;
- l'étendue des pouvoirs des dirigeants dans les rapports internes de la société et même dans ses rapports à l'égard des tiers dans les sociétés à risque illimité ;
- la conformité des activités exercées par rapport au cadre législatif et réglementaire du pays, certaines activités étant soumises à un statut particulier (organismes de placement collectif, etc.) ;
- la réalisation ou l'extinction de l'objet entraîne la dissolution de la société (v. n° [633]).

Malgré son importance, l'objet social statutaire présente certaines limites:

- au regard du fisc, l'objet social dans les sociétés à risque limité n'importe pas, celles-ci réalisant toujours des bénéfices commerciaux (« commercialité de par la seule forme juridique »). De façon générale, le changement d'objet social ou d'activité réelle d'une société n'implique pas de cessation d'entreprise sur un plan fiscal, même si le changement d'activités est profond.
- de façon générale, l'objet social statutaire ne peut être opposé aux pouvoirs publics, lorsqu'il est différent des activités sociales réellement exercées (autorisation pour faire le commerce, activités réglementées, etc.) ;
- enfin, dans les sociétés les plus importantes (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée), la société reste engagée vis-à-vis des tiers, même si les dirigeants sont sortis de l'objet social statutaire de la société, car il s'agit d'assurer la sécurité des transactions et notamment la protection des tiers ayant contracté avec la société.

<sup>1</sup> Art. 1833 C.civ. : « Toute société doit avoir un objet licite ». Le caractère « licite » se définit par rapport à l'article 6 C.civ.

<sup>2</sup> CJUE 13 nov. 1990, *Marleasing SA*, aff. 106/89.

## § 2. LA CAUSE

[78] **Notion.** — L'ambiguïté du Code civil n'a pas simplifié les discussions doctrinales<sup>1</sup>. Dans les articles 1131 et 1132, le Code civil fait la confusion entre la cause de l'obligation et la cause du contrat. La doctrine distingue de nos jours les deux concepts en leur assignant à chacun un rôle particulier.

La cause de l'obligation est une notion objective (d'où son nom de « *cause objective* »). Elle est définie depuis DOMAT comme étant « le but en vue duquel les parties ont contracté ». Dans les contrats synallagmatiques, tel que le contrat de société, l'obligation de chacune des parties a pour cause celle qui est assumée par l'autre : les obligations réciproques se servent mutuellement de cause.

La notion classique de la cause a été complétée par une analyse doctrinale plus récente, mettant l'accent sur les aspects subjectifs de la cause (d'où son nom de « *cause subjective* ») : la cause du contrat est également le mobile qui a inspiré chacune des parties, c.-à-d. la raison pour laquelle la société est constituée. Malgré ses difficultés de mise en œuvre, la théorie moderne de la cause subjective, comprise comme le motif déterminant ayant été à l'origine de la décision de contracter, fait de nos jours tout autant partie de la théorie de la cause que la cause objective : la dernière joue un rôle de protection individuelle ; la première, un rôle de protection sociale.

Exemple : L'apport en société d'un immeuble a pour cause objective l'apport d'argent fait par les autres associés. Si cet apport d'argent fait défaut, l'apport de l'immeuble n'a plus de cause objective.

Mais à supposer que l'apport d'argent ait été fait, la théorie classique touche à ses limites, si l'immeuble est utilisé au titre de maison de tolérance : seul le recours à la théorie de la cause subjective permet de justifier l'annulation de l'apport pour cause illicite ou immorale, dans un souci de protection sociale.

[79] **Licéité de la cause.** — L'article 1131 C.civ.

<sup>1</sup> CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1929 ; RIPERT, *La règle morale*, Paris, 1955.

énonce que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

L'*obligation sans cause* ou ayant une *fausse cause* s'apprécie au moment de la formation du contrat. Dans le contrat de société, l'existence de la cause (ici objective) est conçue comme la contrepartie qui doit faire l'équilibre entre les obligations, sans qu'il ne soit possible pour autant d'assimiler la *lésion* à l'obligation sans cause : ce n'est que dans l'hypothèse extrême de l'absence de contrepartie ou d'une contrepartie si minime qu'elle puisse être considérée comme inexistante que le contrat de société sera sans cause. En revanche, les erreurs d'évaluation des apports profitant à l'un des associés au détriment de l'autre, tout en rompant l'équilibre recherché dans le contrat de société, ne sont pas constitutives d'une obligation sans cause, même si elles sont lésionnaires.

L'obligation sur une *cause illicite* ou *frauduleuse* (ex : les sociétés constituées pour faire échec au droit de gage général des créanciers, ou au droit déterminé d'un tiers) permet de contrôler le contrat de société au regard de sa conformité avec les règles de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cette même exigence existe également en matière d'objet social (v. n° [74]). En d'autres termes, le contrat de société ne peut être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, que ce soit par son objet ou par sa cause. Inversement, le contrat de société sera régulier si l'activité effectivement exercée par la société est licite (objet social) et si les mobiles déterminants des parties le sont eux aussi (cause).

Exemples : a) L'apport d'un immeuble à une société exploitant un commerce a une cause illicite si cette activité de restauration vise en fait à favoriser la prostitution (cause effective et subjective du contrat). b) Il en est de même de la société constituée avec la concubine, pour acheter un immeuble et y loger la concubine à l'abri des regards indiscrets et surtout de l'épouse. c) La cause est illicite si la mise en société d'une entreprise commerciale en train de périliter vise à échapper aux emprises des créanciers. La cause est illicite parce que la société n'est constituée que pour réaliser une fraude aux droits des créanciers.

Pour être retenu au titre de cause illicite, le mobile

immoral doit correspondre au « *but collectif de l'opération* », et non pas être « personnel à l'une des parties du contrat »<sup>1</sup>.

Exemple : A ainsi été jugé nul, pour contravention aux bonnes mœurs, le contrat de société en participation, d'après lequel l'un des associés devait servir de prête-nom à l'autre, à l'effet d'éviter une clause de non-concurrence qui le liait à l'égard d'un tiers<sup>2</sup>.

On s'attendrait à ce que l'illicéité de la cause du contrat de société en général, et en particulier le cas de la fraude, entraîne *l'annulation du contrat de société*, comme pour tout contrat. Cependant, les textes communautaires excluent cette possibilité en matière de société à risque limité (v. n° [146]). La loi du 10 août 2016 a étendu ce régime aux autres sociétés (v. n° [149]).

---

<sup>1</sup> Cour 13 juill. 1959, *Pas.* 18, p. 7.

<sup>2</sup> Cour 5 janv. 1927, *Pas.* 11, p. 316.

## CHAPITRE 2 LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT SPÉCIAL

**[80] Présentation.** — Le contrat de société n'est pas tout à fait un contrat comme les autres ; il présente certaines spécificités<sup>1</sup>. Aux termes de l'article 1832 C.civ. : « Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée ». En se limitant à l'essentiel, le contrat de société comprend donc deux éléments particuliers : un élément matériel (les apports, section 1) ; un élément subjectif (la volonté ; section 2).

### Section 1. L'élément matériel : les apports

Le terme « apport » revêt un *double sens* : d'une part, il désigne l'opération par laquelle l'associé affecte certains biens ou services à la société ; d'autre part, il représente chaque bien ou service, autrement dit les valeurs mises à la disposition de la société en contrepartie de l'engagement de l'apporteur<sup>2</sup>. Envisagé dans sa seconde acception, l'apport, dont la teneur est par ailleurs variable, présente certains caractères communs (§ 1) s'exprimant cependant dans le cadre d'une variété d'opérations (§ 2).

#### § 1. LES CARACTÈRES COMMUNS DE L'APPORT

**[81] Rôle des apports**<sup>3</sup>. — Les apports sont néces-

saire pour toute société, leur rôle étant triple. L'apport est nécessaire *pour la société* puisqu'il est une condition de son existence. S'il n'y a pas d'apports, il n'y a pas de contrat de société. Mais l'apport est également nécessaire *pour les créanciers*. En effet, l'apport constitue un important moyen de financement de l'entreprise. L'apport est soumis aux aléas de la vie de société, les associés ne récupérant leurs apports qu'après remboursement des créanciers de la société. Les créanciers n'ont, la plupart du temps, que les apports effectués par les associés comme garantie ; d'où le principe de la fixité du capital social. L'apport est également nécessaire *pour ceux qui les réalisent*, en ce sens que l'apport est une condition nécessaire pour obtenir la qualité d'associé.

L'appellation donnée par les parties n'est évidemment pas suffisante et ne peut constituer tout au plus qu'un indice. C'est ainsi que le versement d'une somme d'argent sur le compte bancaire de la société ne constitue pas un apport, même s'il a été apposé la mention « apport à la société ». Si le bilan de la société renseigne cette somme en tant qu'avance en compte-courant, la somme « apportée » constituera une dette de la société.

Afin de remplir ce triple rôle, l'apport présente un caractère obligatoire (A) et il doit être réel (B).

#### A. CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE L'APPORT

Le caractère obligatoire de l'apport se caractérise par deux éléments : les associés doivent s'engager à faire un apport (1) ; ils doivent également s'exécuter quant à cette promesse (1).

##### 1. L'ENGAGEMENT D'APPORTER : LA SOUSCRIPTION DU CAPITAL

**[82] Caractère obligatoire de l'apport.** — L'apport est obligatoire en matière de société<sup>4</sup>, de sorte que la société constituée sans quelque apport que ce soit

<sup>1</sup> LIBCHABER, La société, contrat spécial, in : *Mél. Jeanin*, Paris, 1999, p. 281.

<sup>2</sup> R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. 12, Librairies Arthur Rousseau, 1947, n° 441.

<sup>3</sup> BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, th., Paris,

2011.

<sup>4</sup> Art. 1832 C.civ. : « qui conviennent de mettre en commun quelque chose » ; Lux. 14 juill. 1989, n° 296/89 : « partie essentielle du contrat de société ».

encourt l'annulation. Cette règle ne souffre aucune exception, selon la formule retenue en doctrine : « pas d'apport, pas de société ».

Si une société ne peut exister sans apports, il n'est cependant pas nécessaire de faire un apport pour devenir associés. Le cas se rencontre notamment lorsqu'une société distribue gratuitement des actions à son personnel.

La nature juridique de la souscription de droits sociaux est controversée<sup>1</sup>, même s'il y a unanimité à dire qu'il s'agit d'une acte juridique. On peut y voir un engagement unilatéral d'une personne (le souscripteur) de vouloir entrer dans la société<sup>2</sup>. Mais il est sans doute préférable de considérer que la souscription relève du droit contractuel : à l'obligation du souscripteur en faveur de la société correspond en effet l'obligation pour les fondateurs (en cas de constitution) ou pour la société (augmentation de capital) de remettre les droits sociaux. Souscription et émission sont ainsi les deux faces de la même médaille<sup>3</sup> et forment ensemble le contrat d'apport<sup>4</sup>. La souscription pourra

ainsi être définie comme étant un accord par lequel une personne s'oblige à contribuer à la formation du capital par des apports en contrepartie de l'engagement par la société (ou les fondateurs) de remettre des droits sociaux. Cet engagement doit être pur et simple, toute condition à laquelle la souscription serait soumise étant réputée nulle, dans l'intérêt des créanciers comme des autres associés. Le souscripteur devient associé du fait de sa souscription, donc même avant la libération de son apport. Logiquement, il bénéficie dès lors des dividendes, même s'ils ont trait à des actions non encore libérées.

L'obligation pour l'associé d'effectuer un apport, née du contrat de société, trouve sa contrepartie dans l'attribution de droits sociaux. L'opération revêt donc un caractère synallagmatique et obéit donc aux règles du droit des contrats. En particulier, l'obligation fondamentale de l'associé trouve sa cause, au sens de l'article 1131 du Code civil<sup>5</sup>, dans l'attribution de droits sociaux<sup>6</sup>. Dès lors, c'est du fait de son apport que la personne va acquérir des titres, donc la qualité d'associé. L'apport se présente ainsi comme un élément de cette notion, comme l'a démontré A. VIANDIER<sup>7</sup>. Du moment qu'il y a un apport, il y a attribution de droits sociaux, donc de la qualité d'associé. Cette proposition se vérifie quels que soient l'apporteur et le type d'apports.

**[83] Caractéristiques de la souscription.** — La souscription du capital doit présenter deux caractéris-

<sup>1</sup> MALHERBE/LAMBRECHT, *Droit des sociétés*, n° 696 ; DE CORDT (sous la coordination de), *Société anonyme*, Bruxelles, 2014, p. 50.

<sup>2</sup> En ce sens p.ex. : THIBAUT-LAURENT, De la nature juridique de la souscription à une société anonyme, *RDT com.* 1942, p. 97 ; VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, 1954, p. 492.

<sup>3</sup> En ce sens : UETTWILLER/PRIEUR, Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux, *Bull. Joly 2004* n° 12, 2004, p. 1449.

<sup>4</sup> MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 102 : « L'opération d'apport est souvent fondue dans l'opération de constitution sans que sa nature propre soit bien identifiée. Sa nature contractuelle ou à tout le moins conventionnelle est admise en doctrine » ; TILQUIN/SIMONART, *Traité des sociétés*, vol. 1, Bruxelles, 1996, n° 483 : « Selon certains auteurs, l'apport constituerait, dans toutes les sociétés, un contrat propre au sens de l'article 1101 du code civil, même s'il est accessoire au contrat principal, le contrat de société » ; en ce sens, v. CABBASSÉDÈS, « La nature juridique et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.* 1976, p. 431 ; ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature*, th. Paris, 1949. Un certain nombre d'auteurs y font également référence. V. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, n° 49 ; POÉSY, Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée, *RJC* 2001, p. 159, spéc. p. 162 ; MONSALLIER,

L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, Paris, 1998, préf. A. Viandier, n° 625, p. 260 ; GODON, *Les obligations des associés*, Paris, 1999, préf. Y. Guyon, n° 198, p. 128 ; DELEBECQUE, L'anéantissement unilatéral du contrat, in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Paris, 1999, p. 61, spéc. p. 66 ; WICKER, V° « Personne morale », in *Rép. civ., Dalloz*, n° 94 ; LE NABASQUE, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273, spéc. p. 276 ; MORTIER, Le rachat par la société de ses droits sociaux, Paris, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 305 ; MARTIN, L'exclusion d'un actionnaire, *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94, spéc. p. 97 ; DEBOISSY, Le contrat de société, in : *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 136 et p. 142 ; THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 105, spéc. p. 113.

<sup>5</sup> Art. 1131 C.civ. : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

<sup>6</sup> BLAISE, *L'apport en société*, Paris, 1955, n° 182.

<sup>7</sup> VIANDIER, *La notion d'associé*, *Bibl. dr. priv.* t. 156, Paris, 1978, n° 154.

tiques : elle doit être totale ; et être définitive. Souscription totale veut dire que *la souscription du capital doit être intégrale*. Ce principe met obstacle par exemple à l'émission d'actions en-dessous du pair, c.-à-d. à un prix inférieur à leur valeur nominale. Par contre, rien n'empêche les fondateurs de constituer, dans un premier temps, la société avec un faible capital, quitte à l'augmenter par la suite, en se conformant aux règles gouvernant les augmentations de capital.

La souscription doit également être *définitive*, c.-à-d. rester intégrale. Sont dès lors interdites les souscriptions, intégrales à l'origine, qui cessent de l'être après coup. Les souscriptions doivent donc être pures et simples. Par contre, celles affectées d'un terme ou d'une condition pourraient ne pas demeurer complètes ; plutôt que de conclure à la nullité de la souscription, l'on admettra dans une telle hypothèse que la souscription reste valable, sauf que le terme ou la condition seront réputés non écrits.

Ex : une souscription à condition suspensive d'être nommé dirigeant est une souscription pure et simple, c.-à-d. une souscription où la condition de nomination tombe. Le souscripteur sera donc tenu, même s'il n'est pas nommé au poste de dirigeant.

## 2. LA LIBÉRATION DE LA SOUSCRIPTION : LE CAPITAL LIBÉRÉ

**[84] Distinction avec la souscription.** — Convenir de mettre quelque chose en commun n'implique pas pour autant que la chose convenue fasse immédiatement l'objet d'un apport en société. De ce fait, le droit distingue la promesse ou l'engagement d'apporter un bien à la société et la réalisation effective de cette promesse. La promesse s'appelle souscription (« *capital souscrit* ») ; l'exécution de la promesse est la libération (« *capital libéré* »).

L'intérêt de cette distinction vient du fait qu'il n'y a pas nécessairement concomitance entre la souscription qui doit nécessairement être immédiate et la libération qui peut être différée dans le temps. En souscrivant au capital, l'associé s'engage envers la société à effectuer un apport. La souscription marque la limite de son

engagement financier dans la société : il doit faire cet apport ; il peut se borner à faire cet apport. La libération du capital est l'exécution de cet engagement ; il prendra la forme d'un paiement de la dette résultant de la souscription, l'exécution de son obligation<sup>1</sup>.

La libération du capital est donc le *paiement* de la dette née de la souscription. L'apport étant une condition essentielle du contrat de société, la libération constitue une *obligation de résultat*. Ceci n'est pas sans rappeler l'obligation de délivrance du contrat de vente.

**[85] Caractère obligatoire de la libération.** — Le capital souscrit doit obligatoirement être libéré, car la plupart du temps les créanciers sociaux se sont basés sur le capital social souscrit pour contracter avec la société. Aussi l'article 26-4 L1915 dispose que : « les actionnaires ne peuvent pas être exemptés de leur obligation de fournir leur apport ». Cet article s'applique aux sociétés anonymes et donc, par ricochet, également aux sociétés en commandite par actions. Pour les sociétés à responsabilité limitée, la question ne se pose pas, car tout le capital souscrit doit être immédiatement libéré (art. 183 n° 3 L1915<sup>2</sup>). Dans les sociétés à risque limité, la réalité et la disponibilité du capital social sont à ce point importantes que les associés ne sauront éviter de libérer les apports qu'ils ont promis de faire. Il ne saurait être possible non plus pour les fondateurs de la société de dispenser les souscripteurs de l'exécution totale ou partielle de leurs engagements, par exemple dans l'hypothèse où les besoins de financement de la société s'avèreraient moindres que ceux initialement prévus.

L'associé a une *dette envers la société*, dès le moment de sa *souscription* dans le capital social de la société (d'où le terme

<sup>1</sup> CULOT, La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques, in : MALHERBE (Éd.), *Droit des affaires et sociétés*, Bruxelles, 2013, p. 97.

<sup>2</sup> Art. 189 L1915 (dans sa version jusqu'à la loi du 10 août 2016) : « La constitution d'une société à responsabilité limitée requiert : (...) 2° que le capital soit intégralement souscrit ; 3° que les parts sociales soient entièrement libérées au moment de la constitution de la société ».

« dette d'apport »). Voilà pourquoi le droit comptable fait figurer à l'actif du bilan la partie du capital qui a été souscrite par les associés, bien qu'elle n'ait pas encore été libérée. Aussi, en cas de cessation de paiement de la société avant libération intégrale des apports, les organes chargés de la liquidation de la société pouvant agir en exécution forcée contre l'associé et lui réclamer sa contribution subsistante, c.-à-d. la portion non libérée de sa souscription<sup>1</sup>. Il en est de même pour le liquidateur de la société, quelle que soit la cause de dissolution, l'associé devenant débiteur de plein droit dès que l'appel en paiement a été fait par le liquidateur<sup>2</sup>. Le solde non libéré de la souscription constitue donc une créance de la société contre son associé. Cette créance est certaine, parce qu'elle est née du contrat de souscription. Elle est également liquide, puisque son montant est déterminé. Seule l'exigibilité de cette créance est différée au jour où la gérance demandera le versement du solde à l'associé. Le solde non libéré de la souscription constitue donc une *créance à terme (incertain)*<sup>3</sup>.

Si les droits sociaux non encore libérés sont cédés<sup>4</sup>, la dette d'apport se transmettra automatiquement du cédant au cessionnaire, à condition toutefois que la cession ait été rendue opposable à la société (p.ex. : transfert sur le registre des actions nominatives)<sup>5</sup>. L'acquéreur des droits sociaux non encore intégralement libérés tiendra évidemment compte de l'existence de la dette d'apport au moment de la négociation du prix de cession (ex. : le prix de cession d'une action de valeur nominale de 100, libérée à hauteur de 50%, sera normalement de 50).

<sup>1</sup> Art. 146 L1915 ; Lux. 3 févr. 1989, n° 62/89.

<sup>2</sup> Cour 22 nov. 1898, *Pas.* 5, p. 96.

<sup>3</sup> DANOS, La créance relative à la fraction non libérée du capital social est pleinement saisissable même en l'absence d'une demande d'appel de fonds du gérant de la société, *BJS* 2016, p. 588.

<sup>4</sup> L'article 43 al. 1<sup>er</sup> L1915 prévoyait, dans sa version jusqu'à la loi du 10 août 2016, que les cessions d'actions n'étaient valables qu'après la constitution définitive de la société ainsi que du versement du quart du montant des actions. Le but de cette disposition était d'éviter la spéculation, dite « agiotage », consistant à vendre des biens en comptant en spéculant sur une hausse des prix. La pratique ayant montré que ce risque était plutôt théorique dans le cadre de sociétés non cotées en bourse, la loi du 10 août 2016 a éliminé la prohibition de la cession d'actions futures. Le droit commun du Code civil (art. 1130 C.civ.) devient donc applicable : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. »

<sup>5</sup> Lux. 12 juin 1998, n° 46 703.

**[86] Date de la libération du capital.** — L'organe compétent pour faire l'appel de fonds est l'organe de gestion, qui prendra sa décision en fonction de l'intérêt social. Lorsque la société est en liquidation, l'appel de fonds sera décidé par le liquidateur, uniquement s'il paraît nécessaire de recourir aux associés aux fins de paiement du passif social. Le curateur de la société en faillite ne manquera jamais de faire l'appel de fonds, car justement la société est insolvable.

En principe<sup>6</sup>, l'*apport en numéraire* peut être effectué en une ou plusieurs fois, en fonction des époques fixées par les statuts ou des besoins de la société. Il en va autrement dans les sociétés de capitaux ainsi que les SARL : ces sociétés doivent requérir de chaque souscripteur (la libération doit être individuelle et doit donc être effectuée par chacun des associés) le versement d'au moins une fraction de leur souscription, la même pour tous, à savoir à hauteur de 25% dans les sociétés de capitaux et de 100% dans les SARL (la libération pourrait cependant être faite par un tiers pour compte du souscripteur : art. 1236 C.civ.). Le but de cette exigence est de prémunir dans une certaine mesure les tiers contre le risque d'insolvabilité des associés et de permettre à la société de disposer d'une partie de son capital dès sa formation. Pour les *apports en nature* (sociétés de capitaux, SARL), la loi prévoit la date limite de libération, à savoir 5 ans.

L'associé pourra toujours *procéder anticipativement à la libération du capital* pour sa quote-part, même sans appel de fonds, car il ne s'agit au fond que d'une disposition protectrice de ses intérêts à laquelle la personne bénéficiaire de la protection pourra toujours renoncer<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Des exceptions existent pour les sociétés par actions et les SARL ; v. n° [785] (SARL), n° [874] (SA) et n° [1104] (SCPA). La libération minimale du capital y prévue répond à un souci de protection des créanciers sociaux : la société doit disposer d'un minimum de fonds susceptible de couvrir ses besoins les plus pressants.

<sup>7</sup> V. cependant : DE CORDT (sous la coordination de), *Société anonyme*, Bruxelles, 2014, p. 56.



[87] **Sanctions en cas d'inexécution.** — Afin d'assurer le paiement effectif des sommes promises par l'associé ainsi que le bon fonctionnement de la société, le Code civil prévoit que l'associé devient de plein droit, et sans mise en demeure, *débiteur des intérêts* de la somme qu'il doit apporter à compter du jour où cette somme doit être versée (art. 1846 C.civ.)<sup>1</sup>. Les intérêts sont calculés au taux légal, sauf si les statuts prévoient un intérêt de retard plus élevé. Le droit commun, en revanche, prévoit le calcul des intérêts seulement à partir de la mise en demeure (art. 1153 C.civ.)<sup>2</sup>. Par ailleurs, le retard dans le paiement des sommes peut causer un préjudice à la société, susceptible le cas échéant de donner lieu au versement de *dommages-intérêts* (art. 1846 al. 3 C.civ.)<sup>3</sup>.

Dans les sociétés de personnes, les créanciers sociaux disposent d'une *action directe* contre les associés de la société, leur permettant de faire condamner ces derniers au comblement du passif social, en cas de défaillance de la société, principale obligée. Cette action ne nécessite que la mise en demeure infructueuse de la société.

Mais la loi (art. 153 L1915) prévoit également dans toutes les sociétés la possibilité d'une double action

indirecte au profit des créanciers sociaux. La première n'est que la transposition sur le plan sociétaire de l'action oblique du Code civil (art. 153 al. 3 L1915<sup>4</sup>). L'*action oblique* (art. 1166 C.civ.)<sup>5</sup> permet au créancier de se substituer à son débiteur pour exercer au nom de ce dernier un droit que le débiteur a négligé d'exercer lui-même. L'action oblique permet ainsi au créancier de lutter efficacement contre le débiteur qui, sous la menace de mesures d'exécution, se serait désintéressé de ses affaires et notamment des créances qu'il peut avoir contre des tiers, puisqu'il sait que le profit ne lui reviendra pas. Il peut en être de même des associés d'une société : convaincus qu'en raison de l'évolution des affaires sociales, la société est vouée à disparaître, les associés peuvent décider de ne pas libérer le capital qu'ils ont pourtant souscrit, afin de minimiser leurs pertes.

La difficulté de l'action oblique du Code civil est qu'elle nécessite une créance exigible de la société sur les actionnaires, ce qui nécessite une demande de libération d'une partie ou moins du capital social souscrit. La créance ne sera pas exigible si l'assemblée n'a pas encore pris de décision au sujet de la libération du capital et si les statuts sont également muets à ce sujet. Dans ce cas, les actionnaires, souvent représentés aux organes de direction de la société, n'ont aucun intérêt à faire constater l'appel de fonds. La créance de la société sur les actionnaires n'étant pas exigible, l'action oblique sera impossible. L'article 153 L1915 prévoit pour cette raison une procédure simplifiée d'action oblique, appelée « *action en décrètement* », à la

<sup>1</sup> Art. 1846 C.civ. : « L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée »; Lux. 30 juill. 1927, *Pas.* 11, p. 554 ; Lux. 27 juin 2005, *Codex* n° 6/7 2005, p. 188.

<sup>2</sup> Art. 1153 C.civ. : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi (...). Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit ». Sur l'origine de cette règle, v. TROPLONG, n° 541 : « une société ne se forme pas pour laisser ses capitaux oisifs ; le travail est son élément, le gain sa perspective. L'associé qui lui a promis des fonds n'a donc point besoin d'être interpellé pour savoir qu'il cause à la société un préjudice réel (...) ».

<sup>3</sup> Art. 1846 al. 3 C.civ. : « Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

<sup>4</sup> Art. 153 al. 3 L1915 : « Les créanciers peuvent exercer, conformément à l'art. 1166 du Code civil, contre les associés ou actionnaires, les droits de la société quant aux versements à faire et qui sont exigibles en vertu des statuts, de décisions sociales ou de jugements ».

<sup>5</sup> Art. 1166 C.civ. : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. »

fois individuelle et directe<sup>1</sup>. Elle est *individuelle* car elle est ouverte à tout créancier social, pour autant que l'action soit « nécessaire à la conservation de ses droits ». Il ne suffit donc pas d'avoir un titre certain contre la société, mais il faut également que l'absence de libération du capital social nuise gravement aux intérêts financiers du créancier social. Il s'agit donc de permettre au créancier social d'obtenir paiement de sa créance, ce qui explique pourquoi l'action en décrétement n'est plus ouverte dès lors que la société désintéresse son créancier. Elle est également *directe*, car le créancier agit en son propre nom, et non pas en celui de la société. Toutefois, le caractère direct de l'action reste limité dans ses effets puisque le versement qu'il obtiendra des associés ira dans les caisses sociales et profitera donc à tous les créanciers sociaux. Lorsque les tribunaux<sup>2</sup> ont décrété les versements demandés par le créancier social, il appartient aux dirigeants de prendre les mesures nécessaires, sous peine de voir leur responsabilité mise en cause, pour obtenir paiement au profit de la société (art. 153 al. 2 L1915).

### B. CARACTÈRE RÉEL DE L'APPORT

La souscription doit également être *réelle*<sup>3</sup>, l'*apport fictif* (c.-à-d. l'apport ne contribuant en rien au capital social) n'étant pas réel et partant assimilé à l'absence d'apport. La question de la *souscription réelle* pose la question de la sincérité des souscriptions. Cette problématique a suscité de nombreuses controverses doctrinales. La réalité de la souscription peut poser des

problèmes, tant dans le chef du bien apporté en raison de la souscription que de la personne ayant souscrit. Le *caractère réel de l'apport* a deux composantes.

**[88] Nécessité d'une dépossession.** — Il faut une dépossession de l'apporteur : la dépossession de l'apporteur doit être *effective* et *durable*. La mise à disposition temporaire de fonds au profit de la société ne constitue pas un apport. Tel n'est pas le cas en présence d'un *retrait de fonds* par les associés immédiatement après la constitution, le cas échéant afin de rembourser le prêt qui leur a été accordé par la banque aux fins de constitution de la société<sup>4</sup>. Il s'agit dans ce cas d'un *apport fictif*<sup>5</sup>. Cette situation est à distinguer cependant de celle où une personne s'endette auprès d'une banque, dans le cadre de la souscription au capital, afin de se libérer, le moment venu, au moyen des fonds ainsi empruntés. Si le prêt n'est pas accordé par la banque, le souscripteur sera peut-être insolvable, mais cela n'enlève rien au caractère réel de sa souscription et de sa dette vis-à-vis de la société.

**[89] Une valeur de l'apport au moins égale à la souscription de capital.** — Le caractère réel de l'apport s'apprécie, d'un autre côté, par rapport à sa valeur. Il faut à cet égard se placer au moment de la constitution de la société afin de déterminer si l'apport n'est pas *surévalué*. S'il l'est, l'apport sera fictif pour la partie surévaluée (ex. : des actions sont apportées pour un montant de 100, alors qu'elles ne valent que 20 au jour de l'apport ; l'apport est réel pour 20 et fictif pour 80).

De façon générale, la fictivité de l'apport peut résulter du fait que le bien apporté est *sans valeur pécuniaire* (ex. : un bien grevé d'un passif qui lui est supérieur), qu'il est *incessible* (ex. : droit pour un réviseur d'entreprises d'exercer le métier), ou qu'il *appartient à autrui* (ex. : apport d'un tableau appartenant à autrui). La fictivité de l'apport pourra encore résulter du fait

<sup>1</sup> Article 153 al. 2 L1915 : « Les créanciers peuvent, dans toutes les sociétés, faire décréter par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la conservation de leurs droits; la société peut écarter l'action en remboursant leur créance à sa valeur, après déduction de l'escompte ».

<sup>2</sup> Les règles de compétence ordinaires trouvent application, même en cas de faillite de la société. Il faut donc tenir compte de la valeur du litige: Lux. 29 avr. 2011, n° 582/11, *Bull. Barreau* 5/2011, p. 83.

<sup>3</sup> Lux. 14 juill. 1988, n° 296/89.

<sup>4</sup> Lux. 27 juin 2005, Codex n° 6/7 2005, p. 188.

<sup>5</sup> Lux. 18 octobre 1984, n° 1581/84, Lux. 13 juill. 1989, n° 1054/89 ; Cour 4 juin 1991, n° 106/91.

que le bien apporté n'est *pas susceptible d'une évaluation en argent*. Enfin, dans les sociétés à risque limité, où le capital social est le seul gage des créanciers sociaux, le capital ne peut être constitué que par des *apports susceptibles d'exécution forcée* (les apports en industrie y sont exclus).

Le *caractère réel du souscripteur* pose la question du caractère éventuellement fictif de la souscription effectuée par un *prête-nom*. Le prête-nom est un cas particulier de *simulation* : la souscription est réelle, mais elle n'est pas faite par celui qui apparaît vis-à-vis des tiers (« simulation par interposition de personnes »)<sup>1</sup>. Le prête-nom est donc revêtu du titre apparent qui lui donne, dans ses rapports avec les tiers, tous les droits et obligations du souscripteur, tandis qu'il reste dans les rapports de mandataire à mandant vis-à-vis de son commettant (ce dernier étant le véritable souscripteur et associé). La simulation est valable, sauf si elle a pour objet de cacher une opération illicite (p.ex. : souscription par un mineur via le prête-nom, alors que le mineur ne pourrait souscrire en son nom personnel). Le prête-nom, n'ayant pas la volonté de participer à la société, ne peut être considéré comme un associé. C'est la personne dissimulée derrière le prête-nom qui doit réunir les conditions exigées pour la validité de toute société (capacité, consentement, ...), y compris l'intention de s'associer.

En présence d'une souscription fictive, la société n'est pas nulle pour autant. Seule *la souscription fictive est nulle* et la société sera valablement constituée entre ceux ayant fait des apports réels. La nullité de la société en raison de souscriptions fictives pourra exceptionnellement résulter de deux situations :

- l'ensemble des souscriptions sont fictives;
- la souscription fictive a été la cause déterminante de l'engagement de l'ensemble des associés.

**[90] Droits des créanciers de l'apporteur.** — L'apport d'un bien (numéraire, bien en nature) peut nuire aux créanciers de l'apporteur, car il entraîne une diminution de leur gage : la propriété du bien apporté passe à la société et sort du patrimoine de l'apporteur. En principe, les créanciers de l'apporteur ne peuvent pas écarter cette conséquence. Toutefois, si une personne fait l'apport d'un bien uniquement dans le dessein de se soustraire aux poursuites de ses créanciers, ceux-ci peuvent, par la voie de l'*action « paulienne »*, attaquer l'opération d'apport, afin qu'elle leur soit déclarée inopposable<sup>2</sup>. Le créancier pourra récupérer dans ce cas le bien dans le patrimoine d'un tiers comme s'il était toujours dans le patrimoine de son débiteur. Dans la mesure où le bien aurait été aliéné avant l'action paulienne, les créanciers pourront obtenir des dommages et intérêts à mesure du préjudice subi. L'action paulienne est soumise à deux conditions :

- l'apport a dû entraîner un *appauvrissement de l'apporteur*, ce qui sera le cas si la valeur des droits sociaux reçus est moindre que la valeur des biens apportés en société. Il faut assimiler à cette situation celle où l'apporteur organise son insolvabilité pour échapper aux poursuites de ses créanciers, en rendant plus difficilement saisissable son patrimoine, en raison de l'apport en société ;
- il faut qu'il y ait *fraude*, ce qui implique que l'apporteur ainsi que les coassociés aient eu, au moment de l'apport, connaissance du préjudice qu'allait causer l'apport aux créanciers de l'apporteur. Cette exigence de l'insolvabilité de l'apporteur va moins loin que l'intention de nuire.

Exemple : Une société commet une fraude autorisant l'action paulienne, lorsqu'elle se dessaisit de ses avoirs immobiliers en les

<sup>1</sup> La convention de prête-nom est généralement définie comme « un contrat par lequel une personne (le prête-nom) s'engage, gratuitement ou moyennant rémunération, à accomplir en son nom, mais pour le compte d'une autre personne (son mandant), un ou plusieurs actes juridiques »; FORIERS, Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillites, *JT* 1980, p. 417 ; v. également Cour 11 fév. 2015, *JTL* 2015, p. 172.

<sup>2</sup> LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, in : *Mélanges Y. Guyon*, Paris, 2003, p. 615.

apportant à une autre société en échange de parts sociales, tout en sachant qu'elle doit des montants importants à ses créanciers et qu'elle n'a pas les liquidités pour rembourser sa dette. Le préjudice du créancier est établi si les parts sociales sont difficilement réalisables et négociables.

## § 2. LES VARIÉTÉS EN MATIÈRE D'APPORT

L'article 1833 C.civ. prévoit que l'associé peut apporter « ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». L'apport peut ainsi prendre trois formes différentes : l'apport en numéraire (A); l'apport en nature (B); l'apport en industrie (C).

### A. L'APPORT EN NUMÉRAIRE

**[91] Définition.** — L'apport en numéraire est une *somme d'argent* versée à la société moyennant attribution de droits sociaux. C'est l'apport le plus simple et le plus pratiqué, car il ne pose aucun problème d'évaluation.

Les associés mettent parfois des sommes importantes à la disposition de la société. Désignées généralement d'*apports en compte-courant*, ces sommes ne constituent pas de véritables apports mais des prêts accordés à la société<sup>1</sup>, dans la mesure où le solde du compte-courant est créateur (il peut également être débiteur pour l'associé, ce qui impliquera une dette de sa part vis-à-vis de la société). À défaut de clause contraire (p.ex. : une « convention de blocage » aux termes de laquelle l'associé s'engage à ne pas demander le remboursement de tout ou partie du compte-courant durant une période contractuellement définie), le remboursement du solde créateur pourra être exigé à tout moment par l'associé; cela n'est toujours que l'application du droit commun en matière de prêts à durée indéterminée. Il en est de même de la question éventuelle des intérêts dus même en l'absence de bénéfices; il s'agit là d'une question purement contractuelle : le compte-courant peut donc ne pas être rémunéré ou porter un intérêt. L'intérêt pratique de l'apport en compte-courant est évidemment sa souplesse. Le « faux » apport en compte-courant deviendra un véritable « apport » si le créancier de la société accepte de transformer sa créance sur la société en capital social de celle-ci.

L'apport en numéraire s'effectue par versement ou

<sup>1</sup> URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, Paris, 1986.

virement à un compte spécial ouvert au nom de la société en formation auprès d'une banque, généralement luxembourgeoise. La banque émettra une attestation à l'attention du *notaire* confirmant le dépôt des fonds, ce qui permettra au notaire de vérifier la libération du capital et par conséquent de passer l'acte de constitution de la société. Le notaire émettra dans la foulée un certificat de déblocage, ce qui permettra à la société de librement disposer des fonds qui, jusque-là, étaient bloqués.

**[92] Apport d'une créance.** — La pratique a longtemps considéré que l'apport d'une créance était à assimiler à un apport en nature. Tel est assurément le cas, si la créance est détenue sur un tiers. Dans ce cas, l'apport de la créance présente les mêmes risques d'évaluation que les autres biens en nature; l'intervention d'un réviseur d'entreprises peut se justifier lorsqu'il s'agit de vérifier la solvabilité du débiteur.

L'apport peut également porter sur une *créance détenue sur la société*. Ces apports étaient généralement traités comme des apports en nature, qu'il s'agisse de la conversion de prêts accordés à la société ou de la créance de compte-courant (ayant fait l'objet toutefois d'une clôture)<sup>2</sup>. Cet apport faisait l'objet en pratique d'un contrôle de sa valeur par le réviseur d'entreprises, la société débitrice désireuse d'augmenter son capital social pouvant être insolvable. Lorsque la société se trouvait en proie à des difficultés financières, l'augmentation de capital était limitée en pratique à la valeur marchande de la créance apportée, donc après application d'une décote à la valeur nominale; cette décote était fonction du risque d'insolvabilité de la société débitrice. Il semblerait que cette analyse ait été implicitement basée sur le mécanisme de la « confusion » du Code civil (« *apport en nature-confusion* »)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Lux. 16.5.2013, n° 137 017. Le solde du compte-courant est, par nature, indisponible, tant que le compte n'a pas été arrêté. Si l'associé détient une créance de compte-courant sur la société, cette créance ne sera pas exigible, tant que l'arrêté de compte n'aura pas été effectué.

<sup>3</sup> Art. 1300 C.civ. : « Lorsque les qualités de créancier et de

On considérerait qu'il y avait apport en nature à la société, avec apport de la créance sur la société ; celle-ci détenant une créance sur soi-même suite à l'apport, cette créance s'éteignait aux mains de la société en raison de la confusion.

Mais on peut également voir dans la conversion de la créance sur la société un apport en numéraire, avec extinction de la dette de souscription par voie de compensation avec la créance de compte-courant (« *apport en numéraire-compensation* »)<sup>1</sup>. En souscrivant au capital de la société, l'associé promet de libérer sa dette issue de cette souscription sous forme de numéraire. Comme il détient également une créance sur la société, plutôt que de payer sa dette en numéraire et d'obtenir remboursement de sa créance sur la société, il convient d'effectuer avec la société un paiement abrégé, en compensant les créances réciproques<sup>2</sup>. Dans ce cas, il ne devrait donc point y avoir besoin d'un rapport du réviseur d'entreprises. De même, la valeur faciale de la créance apportée ne devrait point subir de décote en cas de difficultés financières de la société, car celle-ci est libérée de son obligation de paiement à due concurrence (v. également n° [487]). Afin que la conversion d'une créance sur la société puisse être assimilée à un apport en numéraire, il faudra qu'elle soit certaine (sans contestation sérieuse possible), liquide (évaluable en argent) et exigible (échue au jour où le créancier doit libérer les actions).

L'article 32-1 § 5 L1915 a fini par consacrer la thèse de l'apport en numéraire-compensation. Tout comme en droit commun de la compensation, distinguant

---

débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint la créance. »

<sup>1</sup> HELLINCKX, Les difficultés de qualification de la libération du capital par compensation de créances réciproques en droit des sociétés luxembourgeois, *Bull. Droit & Banque* n° 9, 1986, p. 25.

<sup>2</sup> Art. 1289 C.civ. : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »

l'extinction totale et partielle de deux obligations portant sur une somme d'argent, la créance à convertir peut correspondre exactement à l'augmentation de capital (extinction totale ; ex. : la créance de 100 détenue sur la société est convertie en capital de 100), ou excéder l'augmentation de capital ; dans ce cas, l'extinction sera partielle jusqu'à concurrence de l'augmentation de capital (ex. : la créance de 100 est convertie en capital de 80 ; le reliquat de 20 reste une créance sur la société).

## B. L'APPORT EN NATURE

[93] **Définition de l'apport en nature.** — L'apport en nature est un apport d'un *bien autre que de l'argent* (art. 26-3 L1915). Peut être apporté en société, tout meuble ou immeuble, corporel ou incorporel susceptible d'évaluation économique : terrains ; bâtiments ; participations ; fonds de commerce, brevets d'invention, créances, clientèle, etc. Le travail ne constituant pas un « bien », l'apport de sa force de travail relève d'une autre catégorie (« apport en industrie » ; v. n° [108]). L'apport en nature couvre également l'hypothèse de la transformation d'une entreprise individuelle en société : dans ce cas, il y a apport en nature de l'intégralité de l'entreprise.

L'apport en nature peut prendre différentes formes (1), sa principale difficulté étant son évaluation (2).

### 1. LES DIFFÉRENTS TYPES D'APPORTS EN NATURE

L'apport entraîne en principe un transfert de propriété (a) ; l'apport sans transfert de propriété, très peu pratiqué, reste toutefois concevable (b).

#### a) L'APPORT AVEC TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

L'apport en nature sera généralement en *pleine propriété* (i). Mais rien n'empêche de procéder à un démembrement de propriété et de n'apporter que la *nue-propriété* ou l'*usufruit* (ii).

## i. Le transfert d'une pleine propriété

**[94] Application de principe au droit de la vente<sup>1</sup>.**

— La nature juridique de l'opération d'apport en nature a été abondamment discutée en doctrine. Le régime juridique de l'apport est, dans ses grandes lignes, calqué sur le *droit de la vente* (*caractère de l'apport*), sans qu'il ne faille assimiler entièrement l'apport au régime de la vente (p.ex. si un tableau est apporté, l'apporteur se trouvera dans la situation d'un vendeur<sup>2</sup> et le droit de la vente s'applique aux relations entre l'associé et la société). Cette conclusion peut être déduite de l'article 1845 C.civ., aux termes duquel chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'apporter, ce qui inclut l'obligation de délivrer les biens faisant l'objet de l'apport. L'obligation de délivrance est aisément remplie en matière d'apports en numéraire, puisqu'elle résultera du versement ou du virement sur le compte bancaire de la société (en voie de formation). Pour les apports en nature, il faudra distinguer selon la nature du bien apporté : les articles 1605 et 1605 C.civ. en matière d'immeubles ; remise de la créance à la société ; etc. L'accessoire suivant le principal, l'obligation de délivrer la chose convenue comprendra également ses accessoires.

L'apport entraînant un transfert de propriété, les *règles générales d'opposabilité aux tiers* s'appliqueront : il faut une tradition en matière de *biens meubles corporels* ; l'inscription à la publicité foncière en présence d'*immeubles* ; la formalité de la cession de créances pour les droits de *créances* (art. 1690 C.civ.).

Il ne faut pas confondre le caractère « onéreux » de l'apport, au sens du droit des sociétés, avec les « *apports à titre onéreux* » au sens du droit fiscal (droit d'enregistrement). L'apport « à titre onéreux » du droit fiscal est une simple vente et ne donne pas droit, contrairement à l'apport que le droit fiscal qualifie de

« pur et simple », à l'émission d'actions ou de parts sociales.

Exemple : a) Pierre apporte un fonds de commerce valant 100 à une société, contre reprise par la société de dettes personnelles de 100 dues par Pierre. Il s'agit d'une vente et non d'un apport. b) Si l'apport de 100 est rémunéré en partie par une reprise de dettes de 60, et par l'émission de droits sociaux pour 40, il sera qualifié d'apport « mixte » : l'apport mixte se décompose en un apport à titre onéreux (et donc une vente) de 60 et un apport pur et simple de 40. L'apport mixte subira le droit fixe sur 40 et les droits d'enregistrement proportionnels de 7% ou 10% sur 60<sup>3</sup>.

Mais le renvoi au droit de la vente a ses limites, de sorte que l'application du régime de la vente n'est que partielle : l'apport est rémunéré par l'attribution de droits sociaux ; la vente par le paiement d'un prix. À l'inverse de la vente, l'apport revêt un *caractère aléatoire*, car si l'associé connaît bien la valeur de ce qu'il apporte, il ignore celle des droits sociaux qu'il reçoit en contrepartie. La valeur des parts et actions variera en effet au fil du temps, au gré des bénéfices et des pertes réalisés par la société. Le caractère aléatoire de l'apport explique pourquoi l'apporteur n'a pas droit au *privilege du vendeur*<sup>4</sup> et pourquoi l'apport d'un immeuble ne peut pas être rescindé pour cause de *lésion*.

**[95] Application de certaines garanties propres au droit de la vente.**

— Hormis l'hypothèse, rare en pratique, de l'apport en jouissance, l'apport entraîne un transfert du droit de propriété du bien apporté qui sort du patrimoine de l'associé pour entrer dans celui de la société ; d'où l'analogie avec le contrat de vente. À l'image du vendeur vis-à-vis de l'acheteur, l'apporteur est garant envers la société (art. 1845 C.civ.). Il doit tout d'abord la *garantie contre toute éviction*, c.-à-d. contre tout fait ou acte empêchant la possession paisible du bien apporté (art. 1845 C.civ.). Aussi, la société qui a été évincée d'un apport qui devait se faire en propriété pourra recourir contre

<sup>1</sup> L'ouvrage de référence reste celui de BLAISE, *L'apport en société, th.*, Paris, 1955 ; plus récemment CABBASSEDES, La nature et le régime juridique de l'opération d'apport, *RS* 1976, p. 431.

<sup>2</sup> Lux. 14 juill. 1989, n° 296/89.

<sup>3</sup> En détail : STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

<sup>4</sup> Cour 10 juill. 1903, *Pas.* 6, p. 366 (pas de droit de rétention pour les apports d'immeubles, si les actions ne sont pas délivrées par la société).

l'apporteur comme le ferait l'acheteur contre le vendeur. Mais l'éviction n'entraîne en principe pas la dissolution de la société, que l'éviction de l'apport soit partielle ou totale (éviction partielle de l'ensemble des apports). Ce n'est que dans l'hypothèse où les coassociés n'auraient pas contracté sans l'apport qui leur a été enlevé qu'ils auront le droit d'exiger la dissolution de la société. Il doit encore la *garantie contre les vices cachés*, c.-à-d. contre les défauts rendant le bien apporté impropre à l'usage auquel il était destiné ou diminuant considérablement cet usage (art. 1641 C.civ.). À partir du jour où la société existe, elle supporte seule les conséquences de la *perte* ou de la *détérioration* du bien apporté, sans que ces événements aient une quelconque incidence sur les droits accordés à l'apporteur qui reste donc associé de la société. De même, à la dissolution de la société, le bien apporté n'est pas obligatoirement *restitué* à l'associé apporteur.

ii. *Le transfert d'une propriété démembrée*

**[96] Apport en nue-propiété.** — La nue-propiété est le droit qui donne à son titulaire, appelé nu-propiétaire, la faculté de disposer d'une chose (en la vendant, la donnant, la léguant, ...), sans toutefois lui permettre d'en jouir ou d'en user, ces deux prérogatives appartenant à l'usufruitier. Prévues par le Code civil, la nue-propiété est tout à fait concevable en matière d'apports en société, bien qu'elle n'ait sans doute pas une bien grande utilité.

La société verra certes un bien figurer à l'actif de son bilan, mais elle ne pourra pas en tirer des revenus directs. L'apport de la nue-propiété pourrait cependant avoir un intérêt sous deux aspects : s'il est envisagé qu'à terme la pleine propriété se réunisse sur la tête de la société ; s'il est envisagé qu'à terme le bien soit cédé.

**[97] Apport en usufruit.** — L'apport en usufruit est situé à mi-chemin entre l'apport en propriété et l'apport en jouissance. Cet apport est réalisé par le transfert du droit réel qu'est l'usufruit, soit que l'usufruit soit existant, soit qu'il soit créé pour la cir-

constance, à l'occasion de l'apport.

Exemple : a) Après une succession, l'enfant est nu-propiétaire, le conjoint survivant usufruitier d'un immeuble. Le conjoint survivant apporte à une société l'usufruit existant sur l'immeuble. b) Le conjoint dispose de la pleine propriété sur un immeuble. Le conjoint décide d'apporter en société l'usufruit sur l'immeuble créé pour la circonstance et de garder la nue-propiété dans son patrimoine personnel.

L'apport en usufruit permet à la société d'user de ce bien et d'en tirer profit, comme le ferait tout usufruitier. En revanche, la société ne peut pas en disposer et le vendre puisque l'apporteur conserve la nue-propiété du bien. Restant propriétaire du bien apporté en usufruit, l'associé supporte les conséquences de la détérioration du bien (*res perit domino*). L'apport en usufruit ne peut dépasser 30 ans (art. 619 C.civ.). L'apporteur reçoit des droits sociaux à concurrence de la valeur de l'usufruit.

b) L'APPORT SANS TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ : L'APPORT EN JOUISSANCE

**[98] Définition<sup>1</sup>.** — Exception faite de la société en participation, où c'est le seul type d'apport envisageable, l'apport en jouissance est en fait très rare en pratique. L'apport en jouissance consiste dans la mise à disposition d'un bien de la société, sans transfert de propriété de celle-ci, la société pouvant cependant utiliser le bien sans en disposer. La société ne pourra donc ni le céder, ni le donner en garantie. L'apport en jouissance ne confère à la société qu'un *droit d'usage temporaire*, le bien devant être restitué à l'apporteur à la fin de la période d'usage. Cela rapproche l'apport en jouissance du bail. Malgré son caractère successif, l'apport en jouissance doit être considéré comme intégralement libéré dès la mise à disposition du bien par l'associé.

L'apport en jouissance est intéressant pour l'associé,

<sup>1</sup> Comp. REGNAUT-MOUTIER, La notion d'apport en jouissance, Paris, 1995 ; PETERKA, Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance, *Bulletin Joly Sociétés* avr. 2000, p. 361.

s'il veut être certain de pouvoir récupérer le bien à la dissolution de la société. Notamment, le bien apporté en jouissance n'appartient pas à la société et échappera dès lors à l'emprise des créanciers sociaux. En revanche, sauf disposition contraire, l'associé devra entretenir le bien donné en usufruit (art. 1719 n° 2 C.civ.), et il a le devoir d'en faire jouir paisiblement la société (art. 1719 n° 3 C.civ.), la société ayant un *droit de créance* sur l'apporteur (et non un droit réel)<sup>1</sup>.

**[99] Variété d'apports en jouissance.** — L'apport en jouissance peut porter sur tous les biens susceptibles d'un apport en pleine propriété : les immeubles comme les meubles, y compris les actions<sup>2</sup> et les sommes d'argent. Les biens apportés sont soit des *biens certains*, c.-à-d. individualisés, soit des *biens fongibles*. Si l'apport porte sur des biens fongibles ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société (par exemple les marchandises), la société devient propriétaire des biens apportés, à charge pour elle, à l'expiration de la période convenue, d'en rendre une quantité et une valeur égale (art. 1892 C.civ.). Ceci entraîne d'importantes conséquences sur le plan de la distribution des *risques* relatifs au bien apporté : si les biens sont des corps certains, ils sont aux risques de l'associé propriétaire ; si les biens sont des corps fongibles, ils sont aux risques de la société (art. 1851 C.civ.).

L'*apport en jouissance sur des sommes d'argent* présente des similitudes avec le prêt, bien qu'il ne doive pas être confondu avec celui-ci : au lieu de recevoir un intérêt, qui sera normalement dû indépendamment des résultats de la société, les sommes d'argent représentatives d'un apport en jouissance sont soumises aux aléas sociaux, comme tout apport ; il n'y aura donc de rémunération que dans la mesure de l'existence de bénéfices distribuables. Contrairement au prêt,

l'apport en jouissance de sommes d'argent ne confère pas un droit de créance sur la société à l'apporteur.

## 2. L'ÉVALUATION CONTRÔLÉE DES APPORTS EN NATURE

Il appartient aux associés d'évaluer les biens apportés en nature (a); cette évaluation fait l'objet d'un contrôle par un spécialiste externe (b).

### a) L'ÉVALUATION EST FAITE PAR LES ASSOCIÉS

**[100] Le principe général de l'évaluation libre.** — En matière d'évaluation, le principe reste celui de l'évaluation libre par les associés eux-mêmes. L'évaluation faite par eux dans l'acte de société (ou dans l'acte postérieur en cas d'augmentation du capital social) les lie définitivement, que l'acte leur soit favorable ou défavorable.

L'acte est *favorable à l'associé* si la valeur retenue pour évaluer l'apport est exagérée. L'exagération n'ouvre aucun recours aux associés entre eux ou contre la société, sauf l'hypothèse où l'associé bénéficiaire a frauduleusement induit les autres en erreur. Évidemment, si la valeur de l'apport est nulle, l'apport lui-même est inexistant (apport fictif ; v. n° § 1.A).

L'acte est *défavorable à l'associé* si la valeur du bien apporté excède celle retenue pour l'acte de société. Il est donc exclu, par exemple, qu'un associé puisse tenter l'action en rescision pour cause de lésion, si l'apport est un immeuble.

La question de l'*évaluation de la créance de l'actionnaire sur la société* en cas de conversion en capital social est discutée en pratique, notamment lorsque la société devant émettre des actions se trouve en mauvaise situation financière. La valeur nominale de la créance sur la société pouvant dans ce cas valoir moins que sa valeur nominale, l'augmentation de capital devrait dans ce cas, pour certains, être limitée à la valeur réelle de la créance (difficile à assoir). Une telle situation peut notamment être rencontrée dans les sociétés ayant émis un emprunt obligataire et qui en demandent la conversion en capital en raison des difficultés financières qu'elles éprouvent (v. n° [520]). Cette approche est cependant erronée : la conversion en capital d'une créance détenue sur la société constitue un apport en numéraire-compensation (v. n° [92]) ; la compensation se fait à la valeur nominale des créances respectives<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> BLAISE, *L'apport en société*, th., Rennes, 1955, n° 114, p. 168.

<sup>2</sup> GODON, *L'apport en jouissance d'actions*, RS 1999, p. 795.

<sup>3</sup> En détail : HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*,



L'apport porte souvent sur des *actions d'une autre société*. La vérification du caractère raisonnable de l'apport passe dans ce cas par une évaluation de la société dont les titres sont apportés. Bien que la valeur d'une société ne doive pas changer sur le court terme, car elle dépend des flux de revenus futurs, donc des perspectives sur le long terme, l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE) exige dans ce cas que les états financiers sur lesquels le réviseur d'entreprises se basera ne datent pas de plus de six mois pour les besoins de son rapport d'évaluation. À défaut, le réviseur d'entreprises exigera l'établissement d'une situation intermédiaire ne devant pas être antérieure à trois mois de la date de l'apport<sup>1</sup>.

**[101] Le cas particulier de l'évaluation en-dessous de sa valeur marchande.** — Aucun principe de droit des sociétés n'exigeant que les apports soient évalués à leur valeur marchande, il est en principe licite de faire des apports évalués pour des montants en dessous de la valeur marchande des biens apportés : les créanciers sociaux n'en souffriront point, car ils bénéficieront de réserves occultes (v. n° [210]) ; les autres associés ne s'en plaindront pas non plus, car ils bénéficient ainsi d'un enrichissement inespéré. L'associé faisant l'apport sous-évalué peut avoir de bonnes raisons de procéder ainsi. Dans les cas de figure où un réviseur d'entreprises doit vérifier la valeur de l'apport, une approche prudente de la valeur facilite par ailleurs le travail du réviseur et fait gagner du temps à la société. Aussi, à l'exception de l'hypothèse de fraude (fraude aux droits du fisc, etc.), l'apport sous-évalué n'est pas critiquable.

Exemple : L'apport sous-évalué se rencontre souvent à l'occasion de participations du groupe à une société holding luxembourgeoise : l'associé faisant l'apport détient alors l'intégralité des parts sociales de la société luxembourgeoise.

<sup>1</sup> *2<sup>e</sup> partie, Opérations sur le capital*, Bruxelles, 2009, n° 621, p. 113.

<sup>1</sup> Recommandation IRE adoptée le 12 juin 1996 et mise à jour le 20 juin 2006 (« Mission du réviseur d'entreprises dans le cadre d'apports autres qu'en numéraire »).

Étant le détenteur unique de la holding luxembourgeoise, la sous-évaluation ne lui porte pas préjudice. L'apport intragroupe est souvent fait pour le montant des capitaux propres de la société apportée, voire même le coût d'achat historique de la participation. Cela permet d'éviter d'enregistrer des bénéfices comptables sur cette réorganisation interne, ce qui peut paraître préférable eu égard au fait que la valeur de marché des actions apportées n'a pu être vérifiée par le « marché » en l'absence de toute transaction avec des tiers.

La possibilité d'apporter *en dessous de la valeur marchande* résulte du texte de l'art. 26-1 al. 3 L1915 exigeant que le réviseur d'entreprises vérifie si la valeur marchande des biens apportés en nature est « au moins » égale au montant des capitaux propres (capital social et prime d'émission) à émettre. Pour certains, le but de ce texte ne serait pas seulement de protéger les créanciers sociaux contre les risques de surévaluation, mais également de protéger les associés entre eux. Mais dans ce cas, la loi devrait exiger l'apport en nature à la valeur marchande, ce qu'elle ne fait pas<sup>2</sup>. La loi n'exigeant nullement l'obligation pour le *réviseur d'entreprises* de vérifier l'équilibre des anciens et des nouveaux associés entre eux, l'évaluation des apports en nature pour des montants même symboliques ne paraît pas critiquable (sous réserve bien sûr de l'hypothèse de fraude). Le *notaire* vérifiera l'existence du rapport du réviseur d'entreprises là où il est exigé par la loi, sans devoir apprécier lui-même le caractère raisonnable des montants retenus (art. 26 § 2 L1915).

#### b) L'ÉVALUATION EST CONTRÔLÉE PAR UN EXTERNE

Le capital social n'ayant pas la même utilité dans les différents types de sociétés, le contrôle de l'évaluation des apports en nature se justifie dans certaines sociétés, mais non dans d'autres. Là où un contrôle est en principe exigé (i), la loi prévoit cependant certaines dispenses basées principalement sur le souci d'éviter une duplication de travaux (ii).

#### i. Le contrôle de l'apport en nature par un réviseur d'entreprises

**[102] Raisons d'être du contrôle.** — L'évaluation de l'apport en nature est une opération difficile, en raison

<sup>2</sup> Pour une approche nuancée de la problématique : CORBISIER/BURBI, op.c., p. 24.

de la subjectivité et de la fluctuation de valeur auxquelles sont soumis des biens tels un immeuble, un brevet ou un droit au bail. Néanmoins, une appréciation aussi exacte que possible est requise, tant au moment de la constitution de la société, qu'au moment d'une augmentation de son capital social. Une évaluation exacte est notamment utile pour les créanciers sociaux, qui n'ont pas intérêt à voir les apporteurs surévaluer les biens apportés. Elle est également utile pour les associés, car une sous-évaluation ou une surévaluation rompt l'équilibre dans la répartition des droits sociaux. Dans les rapports entre associés, l'associé qui a surévalué son apport est susceptible de voir sa *responsabilité* engagée par les autres associés, auxquels la surévaluation a causé préjudice. Ce préjudice étant personnel aux associés lésés, ils peuvent également demander individuellement réparation.

Exemple : Trois associés, Pierre, Paul et Judas, constituent une société. Pierre et Paul apportent chacun du numéraire pour € 100 000, Judas apportant un brevet évalué à € 300 000. Judas obtiendra donc 60% du capital social de la société. En réalité toutefois, le brevet de Judas ne vaut que € 100 000. La surévaluation du brevet lui a permis d'obtenir la majorité du capital de la société, sans effectuer un apport de valeur correspondant.

### [103] Un régime différent selon le type de société.

— Dans les *sociétés à risque illimité*, c.-à-d. dans les sociétés de personnes, les associés répondent des dettes sociales sur leur patrimoine personnel. Aussi une erreur d'évaluation des apports en nature ne portera guère préjudice aux créanciers sociaux.

En revanche, une évaluation exacte des apports en nature est a priori importante dans les *sociétés à risque limité*. On s'attendrait dès lors à ce que les apports en nature fassent l'objet d'un contrôle par un expert indépendant et professionnel, le réviseur d'entreprises, lorsque le bénéficiaire de l'apport est une société par actions (SA, SCA) ou une SARL<sup>1</sup>. Pourtant, la vérifica-

tion de l'apport en nature par un réviseur d'entreprises est seulement obligatoire pour les sociétés anonymes. La vérification de l'apport en nature ne se justifie en effet pas nécessairement en présence de *sociétés en commandite par actions*, puisque ces sociétés ont toujours au moins un actionnaire indéfiniment et solidairement responsable des engagements sociaux. Pour la SARL, la flexibilité additionnelle et le gain de temps procurés par l'absence de rapport sont vivement appréciés.

Là où son intervention est requise, le réviseur d'entreprises pourra être celui qui révise de toute façon les comptes sociaux de la société<sup>2</sup>.

### ii. Les dispenses du rapport de réviseur

Dans un souci de limiter l'intervention du réviseur d'entreprises aux cas où cela est véritablement utile, il sera possible, dans certains cas de figure, de faire des apports en nature sans réviseur d'entreprises ; il s'agit de situations où il existe de toute façon un point de référence suffisant pour l'évaluation des biens à apporter.

**[104] Constitution d'une filiale par une société-mère.** — C'est ainsi que la 2<sup>e</sup> Directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 permet, sous certaines conditions, aux États membres de renoncer au rapport du réviseur d'entreprises (art. 10 § 4). Le Luxembourg a retenu cette faculté en son article 26-1 § 4 pour les SA. Ce paragraphe permet d'éviter le rapport d'expertise dans le cadre de la *constitution d'une filiale* par une société mère au moyen d'apports en nature donnant droit à au moins 90% du capital social de la filiale.

Mais cette dérogation est strictement encadrée quant à la forme et au fond. Du point de vue formel, les fondateurs doivent renoncer à l'établissement de

<sup>1</sup> Pour la nature de la mission et les diligences à appliquer, v. Règl. CSSF n° 11-01, Mém. A n° 161, 1<sup>er</sup> août 2011, p. 2820; concernant l'indépendance du réviseur d'entreprises: L18.12.2009; concernant les difficultés pratiques posées par

cette mission: CORBISIER/BURBI, Les opérations sur capital dans une société anonyme, *Les Dossiers du Journal des tribunaux luxembourgeois*, Bruxelles, 2011.

<sup>2</sup> CORBISIER/BURBI, op.c., p. 17.

l'acte, le notaire devant annexer cette *renonciation* à l'acte constitutif. Les conditions de fond sont l'existence de *réserves non distribuables* par la société mère à hauteur des actions ainsi attribuées, de façon à garantir au point de vue économique dans le chef de la société mère l'existence d'un capital social supplémentaire à hauteur du montant du capital nouvellement créé chez la filiale. Par ailleurs, la société mère doit se déclarer garante, à hauteur du capital social ainsi émis, des dettes sociales de sa filiale, la *garantie* prenant fin un an après la publication des premiers comptes annuels de la filiale. Durant cette période, la société mère ne saurait non plus céder ses actions. Enfin, la société mère doit créer une réserve indisponible équivalente au montant des actions émises par la filiale et la maintenir durant une période de trois ans à partir de la publication des premiers comptes annuels de la filiale. Cette réserve sert à dédommager les créanciers sociaux de la filiale dans le cadre de la garantie donnée par la société mère. Ces règles somme toute fort onéreuses pour la société mère expliquent pourquoi il n'y est quasiment jamais fait recours en pratique.

**[105] Apport de valeurs mobilières cotées.** — La loi dispense également la société de faire évaluer par un réviseur d'entreprises les apports en nature, si ceux-ci sont constitués par des valeurs mobilières cotées en bourse<sup>1</sup> et des instruments du marché monétaire<sup>2</sup>.

La *valeur de cotation* représente nécessairement la valeur de marché de la valeur mobilière, bien mieux qu'un réviseur d'entreprises ne pourrait la déterminer lui-même. Il suffit dans ce cas que l'apport soit fait au cours moyen pondéré des six mois précédant l'apport, de manière à éliminer les possibles mouvements erratiques des cours boursiers, pour qu'il puisse être effectué sans réviseur d'entreprises (art. 26-1 § 3 bis L1915).

Les *instruments du marché monétaire* constituant du quasi-liquide, leur évaluation ne pose guère de difficultés, de sorte à ne pas justifier l'intervention d'un réviseur d'entreprises.

**[106] Apport d'un bien ayant fait l'objet d'un contrôle récent.** — Suite à une réforme législative intervenue le 10 juin 2009, il sera également possible de faire l'économie du rapport de réviseur d'entreprises si l'apport en nature porte sur un bien ayant déjà fait l'objet d'une évaluation antérieure par un réviseur d'entreprises (le « *réapport* »). Cette mesure s'explique par le souci d'éviter la duplication inutile des travaux et des coûts, une estimation fiable et récente du bien réapporté étant à disposition des personnes impliquées dans l'opération. L'évaluation initiale ne peut cependant précéder l'apport de plus de *six mois*. Par ailleurs, elle ne pourra être retenue qu'en *absence de circonstances nouvelles* susceptibles de modifier de manière substantielle la valeur initialement retenue (art. 26-1 § 3 ter). Lorsqu'une réévaluation est devenue nécessaire en raison d'une modification sensible de la valeur du bien à apporter, la réévaluation peut être faite par les dirigeants, sans intervention d'un réviseur d'entreprises. À défaut d'une telle réévaluation, les actionnaires détenant au moins 5% du capital souscrit de la société pourront demander une nouvelle évaluation par un réviseur d'entreprises.

Enfin, si le *bien apporté fait partie du bilan d'une société auditée* par un réviseur d'entreprises au titre de l'exercice précédent à celui de l'exercice d'apport, les dirigeants pourront retenir la valeur mise en compte dans les comptes sociaux de l'exercice écoulé au moment de l'apport en nature (p.ex. : pour évaluer un immeuble apporté par une société à sa filiale nouvellement constituée). Les mêmes garde-fous que ceux prévus à l'article 26-1 § 3ter s'appliquent également ici (art. 26-1 § 3 quater).

**[107] Déclaration par les dirigeants.** — Dans un souci de responsabilisation des dirigeants, ceux-ci devront publier, dans un *délai d'un mois* suivant l'apport, une déclaration se prononçant sur la nature et l'évaluation du bien apporté, de manière similaire à ce

<sup>1</sup> Pour le concept de « valeur mobilière », v. l'article 4 § 1<sup>er</sup> de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004.

<sup>2</sup> Pour ce concept : v. l'art. 4 § 1<sup>er</sup> point de la directive M.I.F.I.D.

que le réviseur d'entreprises aurait autrement dû faire. Cette déclaration est à faire à chaque fois qu'il a été décidé de faire l'économie du rapport de réviseur d'entreprises (art. 26-1 § 3quinquies). Si l'apport en nature est réalisé dans le cadre du capital autorisé, la déclaration fait l'objet d'une première publication avant la réalisation de l'apport. Ensuite, les dirigeants procéderont, dans un délai d'un mois après l'apport, à une *deuxième publication* attestant qu'aucune circonstance nouvelle n'est intervenue depuis la date de la première publication justifiant une valorisation différente de celle retenue par eux (art. 26-1 § 3 sexies L1915).

### C. L'APPORT EN INDUSTRIE

**[108] Définition.** — Les apports en industrie ont pour objet une *activité personnelle de l'associé*<sup>1</sup>. Le plus souvent, l'apport en industrie est justifié par les compétences techniques ou commerciales de l'associé, sa notoriété, etc.

L'apport en industrie a un caractère successif, c.-à-d. qu'il est réalisé tout au long de la société. Sa libération est donc par nature progressive. Il s'éteint avec le décès de l'associé. L'apport en industrie peut notamment consister en la notoriété de l'associé, alors appelé « *apport d'influence* ».

L'*apport d'influence* sous la forme d'un apport du « capital de confiance », attaché au nom de son apporteur du fait de sa notoriété dans les affaires, paraît *a priori* suspect, car l'apporteur ne preste aucune activité pour compte de la société. L'apport d'influence pouvant néanmoins présenter un intérêt économique incontestable pour la société, il n'existe aucune raison d'interdire cet apport en matière de sociétés, d'autant plus que l'apport en industrie n'intéresse que les rapports des associés entre eux<sup>2</sup>.

Ceux qui apportent leur industrie doivent le faire loyalement ; aussi « ils doivent rendre compte (à la

société) de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société » (art. 1847 C.civ.). Il est dès lors exclu qu'un associé ayant apporté son industrie en fasse bénéficier des concurrents ou exerce pour lui-même des activités analogues. Rien n'empêche cependant l'apporteur en industrie d'exercer une activité différente en sus de celle qu'il a promise à la société, car aucun principe de droit ne l'oblige à consacrer tout son temps à la société.

L'apport en industrie ne se distingue pas toujours facilement de l'apport en nature. Tel est le cas de l'apport de *know-how* : si l'apport porte sur un bien, il y a apport en nature ; s'il porte sur les services de l'apporteur, il y a apport en industrie. Les deux sont souvent entremêlés (ex. : apport de biens incorporels par un avocat).

**[109] Exclusion du capital social.** — L'apport en industrie pose des *problèmes d'évaluation difficiles*. N'étant pas susceptible d'une *réalisation forcée*, il n'entre pas dans le capital social. L'apport en industrie est un *apport non libéré*, au contraire de l'apport en nature ou en numéraire. Ne faisant pas partie du capital social de la société, l'apport en industrie ne requiert donc pas de contrôle par le *réviseur d'entreprises*, à l'inverse de certains apports en nature.

Exemple : A apporte à la société un équipement évalué à 30, B y apporte 50, C son industrie évaluée à 20.

Le capital social sera de 80 (80 parts à 1), mais C recevra en sus 20 parts de 1 qui lui donneront droit au bénéfice. Les parts de C ne rentrent pas dans le capital social de la société.

**[110] Exclusion de l'apport en industrie dans certaines sociétés.** — La question de la libération de l'apport est à distinguer de la question de sa rémunération. Si l'apport en industrie ne fait jamais partie du capital social, il peut cependant, dans certains cas, être rémunéré. Il faut distinguer à cet égard les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes.

Dans les *sociétés à risque limité*, les apports en industrie peuvent être rémunérés par des *parts bénéficiaires*, c.-à-d. des titres non représentatifs du capital social de la société. Le bénéficiaire de tels titres ne devient pas actionnaire de la société.

Dans les *sociétés à risque illimité*, l'apport en industrie peut également donner lieu à émission de parts

<sup>1</sup> Le terme « industrie » vient du latin « *industria* », c.-à-d. du travail.

<sup>2</sup> V. en ce sens BAILLOD, note arrêt Cass. française 16 juill. 1997, RS 1998, p. 71.

sociales. L'apporteur aura également le statut d'associé. Le législateur se méfiant de ce type d'apport, il a prévu une règle spécifique en matière de répartition des bénéfices : la part dans les bénéfices ou dans les pertes de l'apporteur en industrie est égale à la part de l'associé qui a le moins apporté (art. 1853 C.civ.). Cette disposition n'est toutefois que supplétive et peut de ce fait être écartée par les statuts au profit d'une autre règle plus favorable à l'apporteur en industrie.

**[III] Non-transférabilité de l'apport en industrie, mais cessibilité des droits y attachés.** — L'apport en industrie est exclusivement fonction de la personne devant prêter les services. Étant un apport « *intuitu personae* », l'apport en industrie n'est pas transférable. Le caractère personnel de l'activité de l'apporteur en industrie ne constitue toutefois pas un obstacle conceptuel à la cession des droits qu'il détient à ce titre dans la société, tant qu'il continue à fournir à celle-ci son activité. L'apporteur en industrie peut donc vendre son titre.

## Section 2. L'élément intentionnel

Il n'y a pas de contrat de société s'il n'y a pas de volonté de participer à la société. Cet élément intentionnel peut être décomposé en ses deux composantes :

- l'associé doit vouloir participer aux résultats sociaux. C'est l'élément subjectif du contrat de société formulé à l'article 1832 C.civ. (§ 1);
- l'associé doit également vouloir collaborer avec les autres associés, en vue de la réalisation d'une œuvre commune. Ce critère additionnel, non explicitement formulé dans les textes, est imposé par la jurisprudence comme la doctrine ; il permet de distinguer le contrat de société d'autres contrats qui lui sont proches (§ 2).

### § 1. LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS SOCIAUX

**[II2] Présentation.** — La participation aux résultats est la cause économique de la société, la raison pour

laquelle les associés se sont mis en commun. L'objet de la participation précisé (A), il faudra analyser les modalités de ce partage (B).

## A. L'OBJET DE LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS

L'associé fait des apports, afin de pouvoir participer par la suite aux bénéfices (1). Son corollaire est l'obligation de contribuer aux pertes (2).

### 1. LA PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES

Il faut s'entendre sur le concept de bénéfice (a) dont le montant résulte des enseignements du droit comptable (b).

#### a) LE CONCEPT DE « BÉNÉFICE »

**[II3] Un concept non défini par la loi.** — Aux termes du Code civil, les associés s'unissent « dans la vue de partager le bénéfice » (art. 1832 C.civ.) résultant de l'activité poursuivie en commun. Que faut-il entendre par « bénéfice » ? La notion de bénéfice peut être entendue de trois façons différentes<sup>1</sup>.

La *conception étroite* conclut à l'existence d'un bénéfice en présence d'un *gain*. Ce gain peut lui-même être *pécuniaire* (enrichissement en argent) ou *matériel* (enrichissement en nature).

Normalement, les associés visent le gain pécuniaire : ils mettent de l'argent dans la société, dans l'espoir de recevoir davantage d'argent en retour un jour. Mais rien n'empêche les associés de travailler en vue d'un *gain matériel*. Le gain matériel peut être défini comme étant le gain qui, à défaut d'être monétaire, est néanmoins évaluable et réalisable en argent (ex. : une distribution de biens meubles).

On doit à PONT<sup>2</sup> la définition du bénéfice en tant que « *gain pécuniaire ou gain matériel qui ajoute à la fortune des associés* ». Le bénéfice est donc tout ce que l'associé reçoit de la

<sup>1</sup> En détail : SCHOLSEM, La notion de bénéfice dans le contrat de société, *RPS* 1969, n° 5509, p. 211.

<sup>2</sup> PONT, *Les sociétés civiles et commerciales*, 2 vol., Paris, 1872, 2<sup>e</sup> éd., 1880, T., 1, p. 51, n° 69.

société en plus de sa mise initiale. La doctrine belge parle de « *bénéfice patrimonial direct* ». <sup>1</sup> Une économie, une réduction des frais ne constitue pas un bénéfice. C'est la définition consacrée par la Cour de cassation française dans un arrêt célèbre rendu en 1914<sup>2</sup> à propos d'une « société coopérative » qui permettait à ses adhérents d'emprunter à des taux très réduits et donc de faire des économies.

Cette conception étroite a longtemps dominé le droit luxembourgeois. Elle a été à la base des travaux de NYSENS<sup>3</sup> et a encore été défendue plus tard par METZLER<sup>4</sup> et MAJERUS<sup>5</sup>. C'est la doctrine dominante en la matière pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>. Le Code civil parlant lui-même de « partage » du bénéfice, la conception étroite limitant le bénéfice au seul bénéfice patrimonial direct paraît la seule lecture possible du concept de bénéfice, une économie ne pouvant faire l'objet d'une répartition entre les associés.

Mais si la conception étroite a certes pour elle le texte du Code civil, elle ne permet cependant pas d'expliquer en quoi la *coopérative* serait une société<sup>7</sup>, alors qu'elle est dénommée ainsi par le législateur. La coopérative vise en effet principalement à éviter des dépenses à ses membres, sous la forme de prix avantageux pour ses produits et services offerts à ses membres (v. n° [736] et s.). Dans la conception étroite du bénéfice, la coopérative est incontestablement une association, et non pas une société.

La *conception large* inclut dans le concept de bénéfice toute communauté d'intérêts entre plusieurs personnes. Le bénéfice est dans cette conception entendu comme étant formé par l'avantage que les associés

retirent de leur participation au groupement. Cette conception avait déjà été préconisée par TROPLONG<sup>8</sup>. Ce grand juriste français voyait par exemple une société dans un contrat conclu entre les habitants d'une ville qui achètent en commun un parc ombragé pour s'y promener en famille. Le plaisir de se promener dans la verdure à l'abri du soleil constitue dans cette conception la communauté d'intérêts suffisante pour l'existence d'une société. Dans le même sens, deux époux qui se mettent en commun afin d'acheter un tableau d'un grand maître constituent une société, car le plaisir de regarder le tableau constitue l'intérêt commun à l'acquisition du tableau. Cette conception n'a jamais véritablement eu cours au Luxembourg.

**[114] Le « bénéfice » du droit des sociétés est un « bénéfice patrimonial direct ou indirect ».** — La *conception moyenne*, calquée sur le droit comptable, assimile le bénéfice au gain pécuniaire ou matériel (le « *bénéfice patrimonial direct* ») ainsi qu'aux *économies* sous forme de réductions de coûts et de charges pouvant résulter de la mise en société (le « *bénéfice patrimonial indirect* »). C'est celle qui à notre sens prévaut au Luxembourg. Après tout, celui qui ne dépense pas (ou moins) s'enrichit. De tous temps, un euro économisé a valu un euro de gagné.

C'est la conception qui prévaut actuellement en France, suite à un changement législatif intervenu en 1978 permettant qu'une société soit également constituée dans le seul but de « profiter de l'économie qui pourra en résulter ». En ce faisant, le législateur français prenait à la fois acte de l'assouplissement de la jurisprudence française intervenue depuis l'arrêt de 1914 ainsi que des entorses législatives intervenues au cours du XX<sup>e</sup> siècle : c'est ainsi que, par exemple, la loi française de 1947 dispose que les « coopératives sont des sociétés », bien qu'elles ne visent pas la réalisation de bénéfices. La doctrine belge a également progressi-

<sup>1</sup> COIPEL, La société dans tous ses états, in : *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 51 (64).

<sup>2</sup> Arrêt de la Caisse de Manigod, Ch. réunies 11 mars 1914, D. 1914, I, 257, note SARRUT.

<sup>3</sup> NYSENS, ad art. 4, p. 37.

<sup>4</sup> METZLER, Avis sur le projet de loi portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles, reprint in Doc. n° 2984, 1985-86, pp. 39 et s. (43).

<sup>5</sup> MAJERUS, *Les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique*, Luxbg, 1930, n° 26.

<sup>6</sup> FREDERICQ, *Principes*, p. 63, n° 588.

<sup>7</sup> V. à ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation concluant qu'une société coopérative ayant pour but exclusif la sauvegarde et la défense des intérêts matériels de ses membres ne serait pas une « société » : Cass. 12 janv. 1928, *Pas.* 11, p. 266.

<sup>8</sup> TROPLONG, *Le droit civil expliqué. Du contrat de société*, 2 vol., Paris, 1843, n° 13.

vement adopté cette conception en matière de sociétés<sup>1</sup>.

Cette conception peut également se réclamer du *droit comptable*, car dans cette branche du droit, la distinction entre économie et bénéfice n'existe pas. Pour le droit comptable, le bénéfice peut provenir en effet à la fois d'une augmentation des produits et d'une diminution des charges.

La véritable raison de l'extension du concept de « bénéfice » réside dans l'évolution des mœurs. Au XIX<sup>e</sup> siècle, on se méfiait des associations, car on craignait que leur *activité désintéressée* n'empiète sur l'action des pouvoirs publics. D'où le souci des pouvoirs publics de contrôler le mouvement associatif en soumettant notamment à autorisation administrative toute association de plus de vingt personnes (art. 291 C.pén.). L'activité des sociétés cherchant à enrichir leurs membres était en revanche encouragée, car elle ne faisait pas obstacle à l'action d'intérêt général des pouvoirs publics<sup>2</sup>. Craignant de voir les associations échapper aux rigueurs de la loi en se travestissant en sociétés, la doctrine et la jurisprudence de l'époque ont adopté une définition étroite du concept de « bénéfice »<sup>3</sup>. De nos jours, la situation a profondément changé, les activités désintéressées d'initiative privée (clubs de football, associations de musique, etc.) constituant un pan important de la vie sociale.

Enfin, la loi ABC sur les « *sociétés d'impact sociétal* » conforte cette analyse. En effet, aux termes de l'article 2 de cette loi, une SIS peut ne pas rechercher à procurer à ses associés « un bénéfice patrimonial direct ou indirect ». D'après la loi même, il s'agit là d'une dérogation à l'article 1832 C.civ., ce qui implique que le législateur considère que le partage des bénéfices prévu

à cet article soit à comprendre comme visant non seulement le bénéfice patrimonial direct (ce qui n'a jamais été contesté), mais également le bénéfice patrimonial indirect (ce qui faisait l'objet de discussions par le passé).

#### b) LA CONSTATATION COMPTABLE DU BÉNÉFICE

**[115] Le « bénéfice » est un bénéfice comptable.** — La loi exige que les bénéfices soient partagés entre les associés. Elle reste muette cependant sur la date à laquelle ce partage doit avoir lieu. De ce fait, on pourrait penser qu'il faudrait attendre la dissolution de la société pour déterminer s'il y a eu ou non bénéfice. Mais ce serait trop long. Aussi, la loi oblige-t-elle les sociétés à arrêter régulièrement, c.-à-d. sur une base annuelle, leurs comptes annuels et à déterminer du même coup le résultat de l'exercice. Sur le plan comptable, le résultat bénéficiaire apparaît quand le solde du « compte de profits et pertes »<sup>4</sup> figure au passif du bilan.

Le bénéfice comptable ne doit pas être assimilé, ni aux « *fruits* » du Code civil, ni à ses « *produits* ». Les fruits sont les revenus périodiques qu'une chose fournit sans altération ni diminution sensible de sa substance, alors que les produits n'ont pas de périodicité et leur perception altère la substance même de la chose. Le bénéfice comptable englobe tous les fruits mais ne se limite pas à ceux-ci, puisque les revenus apériodiques sont également inclus dans le résultat comptable de l'exercice. Mais tous les « produits » au sens du Code civil ne sont pas à inclure dans le concept de bénéfice comptable ; en effet, certains de ces produits ne reflètent aucun enrichissement (ex. : vente pour un montant de 100 d'une maison de location achetée pour un montant de 100 également).

Le bénéfice comptable peut en fait être déterminé

<sup>1</sup> COIPEL, La société dans tous ses états, in : *Le droit des sociétés, Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 51 (p. 65 avec références supplémentaires).

<sup>2</sup> THALLER, n° 228.

<sup>3</sup> SCHOLSEM, La notion de bénéfice dans le contrat de société, *RPS* 1969, n° 5509.

<sup>4</sup> Il devrait d'ailleurs plutôt s'appeler « compte de résultat », car le compte de profits et pertes enregistre des produits et des charges en vue de la détermination du résultat (bénéfice ou perte) de l'exercice, et non pas des profits et des pertes.

de deux manières différentes. Il peut être obtenu *depuis le compte de profits et pertes* de la société. Dans ce cas, il est égal à la différence entre les produits de l'exercice (produits d'exploitation ; produits financiers et produits exceptionnels), et les charges (charges d'exploitation souvent appelées « frais généraux », qui incluent les amortissements et les provisions pour pertes sur actifs ; charges financières et charges exceptionnelles). Si les produits excèdent les charges, il y a forcément bénéfice comptable, les produits augmentant le patrimoine de la société, et les charges le diminuant. Mais on aboutit au même résultat en déterminant le bénéfice comptable *sur la base des bilans* de la société. Le bilan est en effet une photographie de l'entreprise à une date donnée : il indique donc la fortune de la société à la date en question. Si l'on compare l'évolution du bilan, et des capitaux propres en particulier, entre deux dates, on obtient forcément l'évolution de la fortune de la société sur la période, autrement dit, son bénéfice comptable. Il faudra bien évidemment ajuster le calcul en fonction des variations ayant porté sur le capital social de la société, ainsi que les dividendes payés le cas échéant entre ces deux dates.

Exemple : Des conseillers en informatique constituent une société au capital de 100. Durant son premier exercice comptable, la société engage des frais de 30 qui lui permettent de facturer et d'encaisser des honoraires de conseil de 70. En cours d'année, le capital de la société est augmenté de 20 par apports en numéraire.

Le bénéfice comptable calculé à partir du compte de profits et pertes est de : bénéfice comptable = produits – charges = 70 – 30 = 40.

Les capitaux propres de la société s'obtiennent en retranchant le passif exigible de l'actif. À la constitution, les capitaux propres sont égaux au capital social, l'actif étant de 100, et la société n'ayant pas encore de dettes. En fin d'année, le compte bancaire de la société sera de : 100 (capital initial) + 20 (apports en numéraire) + 70 (produits encaissés) – 30 (charges décaissées) = 160. Les capitaux propres de fin d'année s'élèvent donc à 160, la société ayant réglé toutes ses dettes. La variation ( $\Delta$ ) de capitaux propres est de :  $\Delta$  Capitaux propres = Capitaux propres de fin de période – Capitaux propres de début de période = 160 – 100 = 60. Toutefois, ces capitaux propres comportent un élément externe à l'activité de la société : l'augmentation de capital de 20. Il faut corriger la variation de capitaux propres de

cet élément afin d'obtenir le bénéfice comptable de l'exercice : bénéfice comptable =  $\Delta$  Capitaux propres – Augmentation de capital = 60 – 20 = 40. On retrouve ainsi le même résultat qu'à partir du compte de profits et pertes.

**[116] Le bénéfice est déterminé annuellement.** — On ne peut attendre la liquidation d'une société pour déterminer son résultat positif ou négatif. Les associés, tout comme les autres utilisateurs des états financiers d'une société, ont besoin d'informations à intervalles réguliers sur l'état de santé financière de la société. D'où la nécessité de découper la vie comptable d'une société en intervalles réguliers, appelés « exercices comptables ». Ce « principe de spécialisation des exercices » permet de séparer les exercices comptables d'une société. Il implique que l'ensemble des produits, encaissés ou non, ainsi que l'ensemble des charges, payées ou non, soient imputés sur le plan comptable lors de l'exercice concerné. Il s'agit d'imputer à chaque exercice tout ce qui lui revient et rien d'autre.

Exemple : Une société dont l'exercice comptable coïncide avec l'année civile souscrit et règle d'avance le 1<sup>er</sup> avril de l'exercice 01 une prime d'assurance de 12 000 qui couvre la période s'étendant du 1<sup>er</sup> avril de l'année au 31 mars de l'année 02.

Le principe de spécialisation comptable implique que les charges de l'exercice 01 ne contiennent que celles qui sont économiquement liées à cet exercice-là. Or, sur le montant de 12 000 payé en 01, une partie se rapporte à l'exercice 02 : 12 000 x 3/12 = 4 000. Ces charges ne doivent pas figurer au compte de profits et pertes et seront inscrites à l'actif du bilan de la société, en tant que compte de régularisation-actif. Les charges comptables de l'exercice 01 seront de 12 000 x 9/12 = 9 000.

## 2. LA PARTICIPATION AUX PERTES

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes (art. 1855 al. 2 C.civ.). Cette contribution est aussi indispensable à l'existence d'une société que la vocation des apporteurs aux bénéfices sociaux (a). Il convient cependant de distinguer la contribution aux pertes, propre à toute société, de l'obligation aux dettes sociales, laquelle est spécifique aux sociétés à risque



illimité (b)<sup>1</sup>.

a) LA CONTRIBUTION AUX PERTES

**[117] Notion de contribution aux pertes.**<sup>2</sup> — Le principe de la contribution de chaque associé aux pertes est posé à l'article 1853 du Code civil<sup>3</sup>. La règle du caractère proportionnel de la contribution aux pertes est symétrique de celle retenue pour la répartition des bénéfices. Elle n'est pas non plus d'ordre public, de sorte que les statuts peuvent, sous réserve de ne pas tomber sous le coup de la prohibition des clauses léonines (v. n° [125]), déroger à cette règle de répartition.

La contribution aux pertes concerne exclusivement les *rappports internes de la société*, c.-à-d. les rapports entre associés : elle permet de déterminer qui supportera finalement, et dans quelles proportions, une fraction du passif. Elle signifie que les associés supportent les dettes sociales dans la mesure de leurs apports ; en engageant des capitaux, ils prennent le risque de ne pas pouvoir les récupérer, si la société fait de mauvaises affaires. La contribution signifie que *les associés ne récupèrent qu'une partie, voire rien, de leurs mises* ; c'est en cela qu'ils participent aux pertes. La conséquence de l'existence de la contribution aux pertes est que les associés voient, durant la vie sociale, la valeur de leurs titres sociaux diminuer. Deux situations peuvent en réalité se présenter.

**[118] Pertes inférieures au capital social.** — C'est la

situation la plus simple, le raisonnement étant le même pour toutes les formes de société. La contribution aux pertes des associés implique dans ce cas qu'ils perdent une partie de leurs apports, plus précisément celle servant à désintéresser les créanciers de la société

Exemple : X détient 10% du capital de 1000. Les pertes de la société s'élevant à 400, X perdra 40% de son investissement de 100, soit 40, ce montant étant nécessaire afin de rembourser les créanciers.

**[119] Pertes excédant le capital social.** — Les associés auront dans tous les cas perdu l'intégralité de leurs apports, quelle que soit la forme juridique de la société. Mais comme certaines dettes sociales resteront impayées, se posera la question d'une éventuelle contribution des associés aux pertes de la société au-delà de leurs mises.

Dans les *sociétés à risque limité*, la question ne se pose pas, les associés ne pouvant être tenus au-delà de leurs apports. Les créanciers seront désintéressés dans la mesure du possible sur l'actif de la société ; le solde restant de leurs créances, qui correspond à l'insuffisance d'actif de la société, reflétera une perte qu'ils ont subie sur la société. La contribution aux pertes ne peut en effet aboutir à augmenter les engagements d'un associé contre sa volonté (v. n° [306]). Aussi, en l'absence de dispositions statutaires en ce sens, l'assemblée des associés ne pourra valablement décider qu'à l'unanimité d'une contribution aux pertes, pour la partie excédant le capital social. Lorsqu'elle est prévue par les statuts de la société, la contribution provisionnelle aux pertes s'impose aux associés, si les comptes sociaux clôturent avec une perte. Mais cela est très rare en pratique, justement parce que les associés ne veulent pas, dans ce type de société, être tenus au-delà de leurs apports

Dans les *sociétés à risque illimité*, par contre, la situation est différente. En effet, si les pertes subies dépassent les apports, cela implique nécessairement une insuffisance d'actif par rapport au passif tiers. Or dans ces sociétés, les associés sont tenus au passif social, dans le cadre de l'obligation aux dettes (v. n° [120]). Le liquidateur de la société, qu'il soit judiciaire ou

<sup>1</sup> CARCREFF, Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes, *Gaz. Pal.* 1976, I, doct., p. 145.

<sup>2</sup> KENDERIAN, La contribution aux pertes, *Rev. sociétés* 2002, p. 640.

<sup>3</sup> Art. 1853 C.civ. : « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. »

amiable, doit dès lors pouvoir exiger des associés qu'ils contribuent aux pertes, en faisant les apports nécessaires aux fins de règlement du passif exigible. La contribution aux pertes intervient en principe qu'à la liquidation de la société, puisque c'est à cette date, et après paiement des créanciers sociaux, que le capital aura été réellement entamé. Jusqu'au jour de la liquidation de la société, il reste en effet toujours possible que les pertes passées soient « épongées » par des bénéfices sociaux subséquents. Il n'existe ainsi pas véritablement de pertes sociales mises à charge de chaque associé, lorsqu'un exercice comptable est déficitaire. Les statuts peuvent cependant prévoir dans ces sociétés, à l'exemple de la répartition annuelle des bénéfices, une *contribution « provisionnelle » aux pertes* à la fin de chaque exercice, après approbation annuelle des comptes par l'assemblée des associés. Elle prendra la forme d'une augmentation des apports (v. n° [481]), qui interviendra souvent dans le cadre de la technique du « coup d'accordéon » (v. n° [302]). La contribution provisionnelle aux pertes constituant une mesure exceptionnelle, même lorsqu'elle est prévue dans les statuts, l'appel de fonds sera soumis à la condition d'être nécessaire, afin de permettre à la société de réaliser son objet social<sup>1</sup>.

#### b) L'OBLIGATION AUX DETTES

**[120] Notion de l'obligation aux dettes.** — L'obligation aux dettes concerne le droit de poursuite des créanciers sociaux à l'encontre des associés ; elle concerne donc les *rappports externes de la société*, plus précisément les rapports entre les associés et les créanciers sociaux. Étant spécifique à certaines formes sociales, l'obligation aux dettes n'est pas de l'essence du contrat de société. Cependant, dans les sociétés où elle existe, l'obligation au passif est d'ordre public, car elle intéresse les créanciers sociaux. Les statuts ne sauraient donc valablement *limiter l'obligation* aux dettes en

dessous de ce que la loi a déjà prévu elle-même. L'obligation aux dettes varie selon que la société est à risque limité ou illimité.

Dans les *sociétés à risque limité*, il n'y a pas à proprement parler d'obligation aux dettes de l'associé. L'associé n'étant pas tenu de contribuer aux pertes au-delà de son apport, l'action ouverte contre les associés ne peut avoir d'autre objet que de les obliger à libérer leurs apports, si ceux-ci n'ont pas été intégralement libérés.

L'obligation aux dettes existe, par contre, dans les *sociétés à risque illimité*, ce qui y alourdit considérablement l'engagement des associés. Elle s'entend comme l'obligation de désintéresser l'ensemble des créanciers sociaux, non seulement à partir des apports initiaux effectués par les associés, mais aussi, en cas d'insuffisance, à partir de leur patrimoine personnel.

**[121] Mise en œuvre de l'obligation aux dettes.** — Là où elle existe, l'obligation aux dettes est une sorte de garantie pour les créanciers de la société qui disposent non pas d'un, mais de plusieurs débiteurs auxquels ils peuvent s'adresser, dès lors qu'ils sont confrontés aux impayés de la société. Elle ne peut donc être mise en œuvre que par les créanciers, à l'exclusion donc de la société (v. cependant infra pour le liquidateur amiable) ainsi que des associés. Selon le type de société, l'obligation aux dettes peut prendre deux formes différentes.

a. L'obligation aux dettes peut être *indéfinie et solidaire*. Dans ce cas, limité aux sociétés commerciales, l'obligation aux dettes peut peser, pour la totalité de la dette, sur un seul associé ; celui-ci devra s'exécuter sans pouvoir exiger au préalable que l'action menée à son encontre le soit aussi à l'encontre de ses coassociés. Chaque associé est dans ce cas tenu pour le tout à l'égard des tiers. L'associé qui a ainsi payé les tiers la totalité des dettes, a réglé les dettes d'autrui, à savoir celles de la société. Tenu pour la société, cet associé sera subrogé dans les droits des tiers qui viennent d'être désintéressés, pour les exercer contre la société. Et

<sup>1</sup> Sur la question : LUCAS, note sous CA Versailles 7 septembre 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1175, § 289.

comme la société ne pourra pas rembourser cet associé, son action pourra être prolongée contre les associés. Ce recours contre les coassociés doit être possible, car l'associé n'agit pas dans ce cas en tant qu'associé, mais en tant que créancier de la société, en substitution du tiers qu'il a remboursé.

- b. L'obligation aux dettes peut être *indéfinie, mais sans solidarité*. C'est le régime de la société civile, qui échappe à la solidarité spécifique au droit commercial. La responsabilité des associés, au lieu d'être solidaire, sera simplement conjointe : chaque associé pourra répondre indéfiniment de la dette sociale, mais uniquement à hauteur de sa part dans le capital social. Chaque associé ne répondant que des dettes de la sociétés vis-à-vis des tiers, il ne sera pas tenu des dettes résultant de l'obligation aux dettes mise à charge contre ses coassociés. L'obligation de chaque associé sera donc proportionnelle à sa part dans le capital social, d'où l'expression « bénéfice de division » : le créancier de la société est obligé de diviser ses actions contre les associés<sup>1</sup>.

L'obligation aux dettes peut continuer de peser sur l'associé même après *transfert de la totalité de ses parts sociales*. Ce qui peut surprendre dans la mesure où, en principe, un tel transfert entraîne la perte, par le cédant, de la qualité d'associé. Cependant, en cas de cession, même de l'ensemble de ses parts, l'*associé-cédant* demeure débiteur des créanciers envers qui la société s'est engagée avant la publication de son départ. De manière similaire, l'*associé-cessionnaire*, en raison de son entrée dans la société, pourra être tenu au passif social créé avant même son arrivée dans la société. Le créancier de la société, ayant déjà la possibilité d'agir contre le cédant, peut aussi bien agir contre le cession-

naire. Le cas échéant, il se retrouve avec plus de débiteurs solidaires que d'associés. Ce qui renforce ses chances d'obtenir le paiement de sa créance.

Les poursuites s'exercent normalement *dans le cadre de la liquidation de la société*, car l'insuffisance d'actif net devient certaine et définitive qu'à ce moment-là. Il n'y a aucun doute que le curateur, en tant que liquidateur judiciaire, a le droit d'actionner l'obligation aux dettes contre les associés, dans les formes de sociétés où elle existe. On peut hésiter, par contre, sur la question de savoir si le liquidateur du droit des sociétés (le « liquidateur amiable ») dispose de cette même prérogative, car il ne représente que la société. Pourtant un tel droit d'action doit lui être accordé, parce que le liquidateur amiable a pour mission de réaliser l'actif, en vue de payer les créanciers sociaux, et de distribuer le solde restant, s'il y en a, entre les associés. Or, obliger les associés aux dettes sociales, en exigeant qu'ils fassent les suppléments d'apport auxquels ils se sont engagés en raison de leur obligation illimitée au passif social, est une forme particulière de réalisation d'actif.

Mais les poursuites peuvent également intervenir avant la mise en liquidation de la société, c.-à-d. *en cours de vie sociale*. L'obligation aux dettes constituant une simple garantie pour les créanciers de la société d'être payés par les associés, si la société reste en défaut de rembourser ses dettes, le créancier ne pourra pas s'adresser directement aux associés, mais il devra préalablement et vainement mettre en demeure la société (« *bénéfice de la discussion* »). C'est effectivement ce qui se passe dans les sociétés commerciales (v. n° [716]), mais non pas dans les sociétés civiles (v. n° [694]).

**[122] Distinction avec la responsabilité exceptionnelle de l'associé vis-à-vis des tiers.** — L'obligation aux dettes est le propre des sociétés à risque illimité. Là où elle existe, elle ne saurait être exclue par les associés dans le cadre des statuts. Dans la très grande généralité des cas, la responsabilité financière éventuelle de l'associé s'épuisera dans cette obligation aux dettes. Il reste cependant envisageable qu'une *responsabilité pour faute de l'associé* puisse être retenue à l'égard des tiers. Cette responsabilité basée sur l'*article 1382 C.civ.* aura

<sup>1</sup> Art. 1862 C.civ. : « Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, (...) » et art. 1863 C.civ. : « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, (...) ».

une nature délictuelle, l'associé n'étant pas partie aux opérations conclues entre la société et le tiers.

La responsabilité de l'associé constituant une dérogation à l'écran formé par la personnalité juridique de la société, elle ne pourra intervenir *qu'à titre exceptionnel*. Le respect de l'autonomie de la personne morale, au titre desquelles figure le respect de la compétence des organes sociaux, empêche par principe que l'associé puisse voir sa responsabilité engagée en raison d'actes auxquels il n'était pas partie. Mais par analogie avec la *faute séparable des fonctions des dirigeants* à l'égard des tiers (v. n° [401]), il faut penser que l'associé qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, qui est incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, s'expose à un risque de responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers. Le rapprochement avec les dirigeants est pertinent, car il procède d'une même considération : l'autonomie de la personne morale a pour conséquence de l'ériger en « responsable de premier rang » à l'égard des tiers. Ce n'est en définitive que là où prédomine l'expression de la volonté d'un organe sur celle de l'action de la personne morale que la responsabilité des dirigeants ou de l'associé peut être admise. Un vote en assemblée peut donc le cas échéant constituer un « exercice anormal » de ses prérogatives par l'associé. La responsabilité délictuelle de l'associé ne doit cependant pas servir à contourner les règles en matière contribution aux pertes et d'obligation aux dettes dans le cadre d'une société à risques limités. Aussi, les cours et tribunaux ne manqueront pas, le moment venu, s'ils acceptent de retenir le principe, ce qui serait logique au regard de leur jurisprudence en matière de responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers, d'effectuer un contrôle poussé, afin de ne pas détruire l'équilibre entre l'autonomie de la société d'une part, et l'obligation des associés de ne pas nuire aux intérêts légitimes des tiers d'autre part. En particulier, l'associé majoritaire ou unique d'une société ne commettra aucune faute détachable, s'il décide ne pas recapitaliser la société dont il est associé, si elle est déficitaire. Outre le fait que soutenir une société en difficultés pourrait

menacer la situation financière de l'associé même, postuler une telle obligation de soutien contreviendrait à l'interdiction d'augmentation des engagements des associés (v. n° [306] et s.).

## B. LES MODALITÉS DE PARTICIPATION AUX RÉSULTATS<sup>1</sup>

Le partage des résultats est gouverné par un certain nombre de principes généraux communs aux situations bénéficiaires comme déficitaires (1). Les associés disposent d'une latitude certaine pour déterminer les règles qui leur seront applicables, la limite à la liberté contractuelle étant la clause léonine (2).

### 1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX GOUVERNANT LA RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ET DES PERTES

**[123] La règle supplétive de proportionnalité.** — Lorsque *les statuts ne prévoient rien*, la répartition des bénéfices et des pertes est faite proportionnellement au montant des apports de chaque associé<sup>2</sup>. C'est la règle posée à l'art. 1853 C.civ. : « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société ». Elle vaut pour toutes les hypothèses, que ce soit en cours de vie sociale ou à la dissolution de la société. Ainsi, si un associé détient 10% du capital social d'une société (sa « mise dans le fonds »), il obtiendra en principe 10% également des sommes mises en distribution. De même, s'il reste un boni de liquidation à la dissolution de la société, cet associé recevra 10% du boni.

Est-ce que la « mise dans le fonds de la société » ne porte que sur la *partie libérée du capital*, ou plutôt sur le *capital souscrit*? Cette question ne présente qu'un intérêt académique si tous les associés ont libéré la même fraction de leurs engagements

<sup>1</sup> SIMONT, L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme, *RPS* 1997, p. 235 ; BOONE, Qui craint le grand méchant loup ? Les clauses léonines à la lumière du projet de loi 6471, *JurisNews* Vol. 6 n° 3-4 2013.

<sup>2</sup> Lux. 6 déc. 1982, n° 26 868.

respectifs. Elle devient cependant pertinente à partir du moment où certains associés retardent leur libération par rapport à d'autres. Ne devrait-on pas réduire dans ce cas leur droit aux dividendes, afin de ne pas léser ceux qui ont libéré leurs apports en temps et en heure ? Cette solution semble équitable parce que les bénéficiaires sociaux ne s'obtiennent qu'en raison de capitaux effectivement déployés dans la société. Il serait anormal qu'un associé puisse bénéficier de dividendes générés par une libération de capital à laquelle il n'a pas (encore) participé. Mais la base juridique d'une telle conclusion reste incertaine, sauf à lire la « *mise de fonds* » en tant qu'expression un peu vieillotte de l'expression plus moderne de « libération du capital ».

Plutôt que de ne rien prévoir, ou de prévoir des règles spécifiques de calcul de la part respective de chaque associé dans la participation aux résultats, *les statuts peuvent s'en remettre à l'un des associés, ou à un tiers, généralement un expert*. Il appartiendra dans ce cas à cette personne de fixer la participation de chacun dans les résultats de la société (art. 1853 C.civ.). Très peu usitée, une telle disposition expose les associés aux vues nécessairement subjectives de la personne devant décider de la fixation de la participation aux résultats. Elle ne pourra être attaquée que si elle est « évidemment contraire à l'équité », et ce endéans les trois mois de la mise en distribution des résultats.

La participation aux résultats jouant dans les deux sens, la *contribution aux pertes* suivra symétriquement la même logique de la règle proportionnelle. De ce fait, l'associé détenant 10% du capital social contribuera à hauteur de 10% également aux pertes de la société.

En présence d'un *apporteur en industrie*, sa part sera égale à celle de celui qui a le moins apporté (art. 1853 al. 2 C.civ.)<sup>1</sup>. Ainsi, si une société a deux associés dont l'un apporte son industrie, les deux associés seront réputés avoir fait les mêmes apports. Il en sera de même si la société est composée d'associés apportant exclusivement leur industrie. L'apporteur en industrie contribue lui aussi aux dettes sociales, car la société qui subit des pertes le prive du fruit de son travail : perdant sa mise d'activité, il contribue aux dettes.

**[124] La validité des clauses d'inégalité de traitement.** — La règle de proportionnalité est assurément une règle de bon sens ; c'est celle à laquelle les associés seront présumés avoir voulu se référer, sauf disposition en sens contraire. Cela se comprend aisément, parce

que la règle de proportionnalité respecte une certaine conception du *principe d'égalité des associés*<sup>2</sup>.

Le principe d'égalité intéresse surtout la répartition des bénéfices et des pertes. Le droit a longtemps hésité entre deux principes : l'égalité arithmétique et l'égalité proportionnelle. Dans l'*égalité arithmétique*, les résultats ainsi que l'actif net sont répartis entre les associés par simple division par le nombre d'associés : s'il y a trois associés, chacun recevra un tiers, même si un associé a apporté 90% du total des apports. Dans l'*égalité proportionnelle*, qui s'est imposée dans le Code civil, la part de chacun est proportionnelle à sa part dans le total des apports. Dans l'exemple précédent, l'associé ayant apporté 90% des apports totaux aura droit à 90% du total des bénéfices, prendra à sa charge 90% des pertes et aura droit à 90% de l'actif net au moment de la liquidation de la société.

À défaut de représenter un principe général de droit, l'égalité des associés constitue pour le moins un concept directeur du droit des sociétés. Le principe d'égalité concerne les *seuls rapports sociaux*, c.-à-d. les relations entre associés ; il n'empêche nullement un *tiers* d'offrir p. ex. des prix différents pour les droits sociaux, donc un prix plus élevé pour l'acquisition des droits sociaux majoritaires<sup>3</sup>. Dans le contexte des droits sociaux, le principe d'égalité implique qu'en général, tous les droits sociaux émis par une société confèrent aux associés les mêmes prérogatives.

<sup>1</sup> La règle est supplétive, v. HAMEL/LAGARDE, n° 391 ; la loi du 10 août 2016 a confirmé ce point en ajoutant à l'alinéa 2 : « sauf clause contraire ».

<sup>2</sup> DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, th., Bruxelles, 2004 ; MESTRE, *L'égalité en droit des sociétés*, RS 1989, p. 399 ; SCHWALL, *Rapports sur les notions d'égalité et de discrimination en droit luxembourgeois*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 14, Paris, 1962, p. 242.

<sup>3</sup> Lux. 8 juill. 2003, *Bull. Dr. Banque* n° 34, 2003, p. 23 ; Cour 12 juill. 2006, RTL-group, *Bull. Droit et Banque* n° 38, note KREMER/COLINO, p. 46 ; Cass. 23 sept. 2010, Audiolux, Pas. 35, 2011, p. 228. La position dégagée par les tribunaux luxembourgeois a été confirmée par la CJUE qui eut à connaître de cette affaire en interprétation préjudicielle : CJUE, 15 octobre 2009, aff. C.-101/08 ; pour un commentaire, BOONE/PAYEN, L'arrêt CJCE Audiolux, nouveaux éclairages sur l'égalité de traitement des actionnaires, *Jurisnews droit des sociétés*, Luxembourg, n° 9/2009 ; WILLERMAIN, Absence d'un principe général d'égalité des actionnaires en droit communautaire ... et en droit belge ?, *RPS* 2010, p. 47.

Mais la règle de proportionnalité n'est *pas d'ordre public* ; les associés peuvent librement arrêter les droits financiers qu'ils s'accordent entre eux, sous le respect de la clause léonine (v. n° [125])<sup>1</sup>. Les associés définissent dans ce cas les modes de répartition des bénéfices et des pertes dans les statuts de la société, en accordant par exemple à certains associés une part de dividendes supérieure à celle à laquelle leur participation au capital social leur donnerait droit. Les associés ont également toute latitude pour moduler les bases de répartition des bénéfices, en créant par exemple plusieurs catégories de droits sociaux, donnant droit à des distributions différentes à valeur nominale égale. Il est également possible de modifier les règles de répartition des pertes, tout en gardant le principe de la proportionnalité pour les bénéfices, ou de combiner les deux. Les associés peuvent prévoir un partage égal des bénéfices et des pertes, malgré une inégalité des apports ; l'inverse est également possible, avec un partage inégal en présence d'apports égaux. Aussi dit-on, dans les sociétés de capitaux, que le principe d'égalité entre actionnaires oblige seulement à respecter l'égalité à l'intérieur d'une même catégorie d'actions, mais non à conférer une situation identique aux différentes catégories d'actions. Sous une terminologie différente, ce raisonnement s'applique également aux autres types de sociétés.

## 2. LA CLAUSE LÉONINE

La clause léonine constitue la limite imposée par la loi à la liberté contractuelle (a). Son champ d'application résiduaire peut être montré à l'aide de deux exemples issus de la pratique (b).

### a) LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA CLAUSE LÉONINE

#### [125] Portée de l'interdiction de la clause léonine<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Lux. 30 octobre 1920, *Pas.* 11, p. 152. « Ce sont les inégalités qu'on aime, tout en prêchant l'égalité », retenait déjà Louis de Bonald : de BONALD, *Ceuvres complètes-Pensées*, t. III, Paris, 1859, p. 1327.

<sup>2</sup> LE NABASQUE/BARBIER, Les clauses léonines, Droit des

— Le droit au partage des bénéfices et l'obligation de contribuer aux pertes ont un corollaire. L'article 1855 C.civ. répute non écrite « la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices » ou qui « affranchirait de toute contribution aux pertes » certains associés. La portée de ce texte interdisant à un associé de se « tailler la part du lion » (par allusion à la fable de La Fontaine) demande à être précisée. Si une grande liberté est donc laissée aux associés pour aménager la règle proportionnelle, cette liberté a néanmoins une limite.

Seules les *solutions les plus radicales* sont interdites. En effet, la clause léonine est celle qui ne laisse pas subsister pour chaque associé un espoir de profit et un risque. Autrement dit, est uniquement interdite la clause qui rendrait « illusoire »<sup>3</sup>, insignifiante ou dérisoire la part d'un associé dans les bénéfices et pertes. Outre cette limite, la liberté contractuelle reste entière<sup>4</sup>. Donc, l'égalité entre associés est relative et ne s'exerce qu'à l'intérieur de catégories préalablement et librement définies par les associés<sup>5</sup>.

La raison d'être de l'art. 1855 C.civ. est moins l'esprit d'égalité entre associés que le respect de l'essence de la société : celle-ci est constituée afin de réaliser des bénéfices devant profiter aux associés. Vus sous cet angle, les aménagements apportés à la répartition des bénéfices sont plus critiquables au regard de l'art. 1855 C.civ. que ceux qui visent à modifier la contribution aux pertes.

Il est rare de rencontrer en pratique des clauses ouvertement léonines (« les *clauses léonines directes* »), car on voit mal de nos jours un associé stipuler que tous les bénéfices lui seraient

sociétés, *Actes Pratiques* n° 29, 1996; FAYOT/PANICHI, La prohibition des clauses léonines, in : *Le Bicentenaire du Code civil. Une contribution luxembourgeoise*, Luxembourg, 2005.

<sup>3</sup> FREDERICQ, *Principes*, p. 67.

<sup>4</sup> V. à ce sujet les remarques très pertinentes de notre confrère Daniel Boone : BOONE, Qui craint le grand méchant loup ? Les clauses léonines à la lumière du projet de loi 6471, *JurisNews* Vol. 6 n° 3-4 2013.

<sup>5</sup> Comp. GUYON, La fraternité dans le droit des sociétés, *RS* 1989, p. 439 ; MESTRE, L'égalité en droit des sociétés, *RS* 1989, p. 399.

attribués. Plus fréquentes en revanche sont les « *clauses léonines indirectes* », c.-à-d. celles qui, sous le couvert de stipulations contractuelles, apparemment non critiquables, aboutissent en fait au même résultat. L'exercice de la liberté contractuelle doit s'exercer d'une manière raisonnable, de sorte que tout devienne une question de jugement. Une répartition inégalitaire réservant une part importante des profits à un associé et lui permettant d'être *largement exonéré* des pertes n'est pas une clause léonine. Lorsque, toutefois, la part ainsi attribuée est tellement importante que la part des autres associés dans les profits en devient *insignifiante*, la situation sera équivalente à celle d'une exclusion totale du profit de ces associés ; il s'agira donc d'une clause léonine. La différence n'est pas de nature, mais uniquement de gradation.

Est ainsi licite la clause prévoyant l'attribution préférentielle d'une somme fixe à l'un des associés, l'autre associé percevant le surplus. Les deux associés partagent les bénéfices, la loi n'exigeant aucunement un partage égal, proportionnel, voire une répartition identique des bénéfices et des pertes. Les associés aussi peuvent librement convenir de clauses conditionnelles, aux termes desquelles l'un des associés n'a droit à une part de bénéfices que si ceux-ci dépassent un certain niveau. Il en est de même des clauses limitant la contribution aux pertes à un montant fixe connu d'avance, car ainsi l'exonération n'est pas totale. La même remarque peut être faite pour les clauses statutaires où un associé n'est exposé qu'au risque de non-perception d'un dividende (le remboursement de capital étant garanti) ou au risque de non-remboursement du capital (le rendement étant garanti). Est illicite, en revanche, la clause statutaire prévoyant qu'un associé recevra, en cas de liquidation de la société, le remboursement total de son apport. Rien n'interdit non plus une clause attribuant la totalité des bénéfices sociaux à l'associé survivant, chacun des associés ayant ainsi une chance égale de tout gagner et de tout perdre. C'est la *tontine* qui doit son nom à son inventeur, un banquier italien Lorenzo TONTI<sup>1</sup>.

Lorenzo Tonti proposa en 1653 à Mazarin, qui cherchait de nouvelles sources de financement des dépenses militaires, une combinaison d'emprunt et de loterie fondée sur la durée de la vie humaine. Selon Tonti, cette formule devait d'autant mieux réussir « que chacun croit vivre beaucoup plus longtemps que les autres ». La tontine, ou « clause d'accroissement », est une convention conclue entre plusieurs personnes qui achètent un même bien, meuble ou immeuble, en commun. Insérée dans le contrat, elle prévoit que ce bien reviendra en pleine propriété au dernier des survivants, après le décès de tous les autres coacquéreurs. Sur le plan juridique, les coacquéreurs ne sont pas véritablement copropriétaires du bien. En fait, chaque acheteur est supposé seul propriétaire du bien sous la condition qu'il soit le seul survivant. En d'autres termes, le survivant est supposé avoir été seul propriétaire du bien depuis le jour de l'acquisition, et ses coacquéreurs, décédés avant lui, sont supposés n'avoir jamais possédé réellement ce bien. Le pacte tontinier est ainsi assimilé à un contrat aléatoire (lié aux chances de survie) conclu à titre onéreux. Attention : pour conserver le caractère aléatoire, les chances de survie doivent être équivalentes. Cette analyse juridique a une conséquence importante : le bien est censé n'avoir jamais fait partie du patrimoine du défunt. Il n'y a pas transmission entre le défunt et le survivant. Ne faisant pas partie de sa succession, le bien échappe ainsi aux règles de la réserve héréditaire et des libéralités. Il permet donc de transmettre un bien au-delà de la quotité disponible, de la même manière, par exemple, qu'un bien vendu en viager.

**[126] Sanctions de la clause léonine.** — En présence d'une clause léonine, se pose la question de savoir si la clause léonine tombe seule ou si elle affecte le contrat de société dans son intégralité. En principe, la prohibition énoncée à l'article 1855 C.civ. est absolue : étant *d'ordre public*, elle a pour résultat non seulement de faire *annuler la clause léonine*, mais de *frapper de nullité le contrat de société tout entier*<sup>2</sup>.

Une clause est réputée *d'ordre public* si elle touche aux intérêts essentiels de l'État et à l'ordre économique du pays (v. n° [10]). La participation aux bénéfices et aux pertes étant l'essence même du contrat de société, toute disposition qui viole cette participation est jugée contraire aux fondements de

<sup>1</sup> ALEXANDRE, *La clause d'accroissement, dite clause de tontine en droit français*, th. Rouen, 1980, p. 201 ; TILQUIN/SIMONART, *Traité*, T. 1, n° 649 ; ROMAIN,

Observations au sujet de la convention de tontine, in : *Mélanges Van OMMESLAGHE*, Bruxelles, 2000, p. 221.

<sup>2</sup> DE PAGE, T. I, n° 97 ; NYSSSEN/CORBIAU, *Traité*, n° 159.

l'organisation juridique et donc contraire à l'ordre public<sup>1</sup>. Pourtant, cette conclusion est discutable, car la nullité de la clause léonine vise principalement à protéger les associés qui, par ignorance ou faiblesse, ont accepté des arrangements financiers manifestement désavantageux pour eux. Ainsi compris, l'article 1855 C.civ. est seulement impératif en tant que disposition de protection des associés. Or, les *dispositions impératives* ne sont frappées que d'une nullité relative et n'affectent pas le contrat tout entier. Par ailleurs, elles peuvent être couvertes par une confirmation des parties.

L'article 1855 C.civ. ne se prononce pas non plus sur les conséquences de la clause léonine : nullité de la clause ou nullité du contrat de société tout entier. Il faut donc se référer au droit commun, et notamment à l'article 1172 C.civ. : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et *rend nulle la convention qui en dépend* ». Il appartient dès lors de rechercher si, en l'espèce, la clause léonine constitue l'un des éléments essentiels du contrat, entraînant la nullité du contrat de société, ou s'il ne s'agit que d'une disposition secondaire, susceptible de disparaître sans entraîner du même coup la disparition du contrat de société. Si la clause léonine disparaît seule, le contrat de société peut en effet continuer à fonctionner, puisqu'il suffira d'appliquer dans ce cas la règle de proportionnalité (v. n° [123]).

Il est toutefois dérogé à ce principe général en présence de sociétés à risque limité (SA, SCA, SARL) ainsi que dans la coopérative, car ici le souci de protection des tiers l'emporte sur l'intérêt des associés. Dans ces sociétés, seule la clause léonine sera réputée non écrite (art. 12ter al. 2 L1915), la société continuant à subsister : « Si les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes sont contraires à l'article 1855 du Code civil, ces clauses sont réputées non écrites sans préjudice d'autres sanctions; il en est de même de toute autre disposition contraire à une règle impérative ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

## b) LA PORTÉE PRATIQUE LIMITÉE DE LA CLAUSE LÉONINE

### [127] Droits sociaux traçants<sup>2</sup>. — La séparation des

<sup>1</sup> L'enseignement est traditionnel ; cf. POTHIER, n° 22 ; THALLER, T. 1, n° 48.

<sup>2</sup> VIANDIER, Les actions-reflet, *RJDA* 2001/1, p. 3 ; DABIN, Régime juridique des marchés financiers et des va-

actifs n'est pas une nouveauté en droit luxembourgeois, le compartimentage étant connu tant en matière de fonds d'investissement que d'organismes de titrisation. Il suffisait de faire un pas de plus, afin de généraliser la technique juridique à l'ensemble des sociétés. C'est chose faite depuis la loi du 10 août 2016 qui a introduit un alinéa 3 à l'article 1853 C.civ. : « *Lorsqu'il existe plusieurs catégories de titres, le contrat social peut lier leurs droits financiers respectifs à la performance d'un ou plusieurs actifs ou activités de la société.* » Cet article valide sur le plan du droit positif la possibilité pour une société d'émettre des « actions traçantes » (« *tracking stocks* »), parfois encore appelées « *actions reflet* » ou « *actions sectorielles* ». Disposition d'application générale, l'article 1853 al. 3 C.civ. pourra être appliqué non seulement sur son terrain de prédilection, à savoir les sociétés de capitaux, mais également dans toutes les autres sociétés civiles ou commerciales.

Le but de cette technique juridique, importée des États-Unis, est de permettre à une société de verser des *dividendes différents* selon la classe de droits sociaux détenue, en fonction des résultats des investissements (activités) tracés. De même, il sera possible d'opérer des *rachats de droits sociaux d'une des classes seulement*, avec le produit de réalisation des investissements financés par la classe de droits sociaux en question, sans que cela ne contrevienne au principe d'égalité entre associés. Les droits sociaux traçants permettent en quelque sorte de pratiquer une *scission virtuelle* de la société, à périmètre constant. Les actions traçantes sont émises parallèlement, soit à d'autres actions traçantes, soit aux actions ordinaires de type classique. Elles représentent, au même titre que les autres actions, une quotité du

---

leurs mobilières, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 2011, p. 179 ; GUERS, Les actions traçantes en droit luxembourgeois, *ACE* 2015/0, p. 19 ; SCHUMMER/HARLES, Éclairages particuliers : les actions traçantes, une brève vue pragmatique, in : PRÜM (sous la dir. de), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Bruxelles, 2016, p. 183 ; Rapport de la Commission juridique (11/07/2016), Projet de loi n° 5730, session 2015-2016, p. 11.



capital de la société, et non seulement du compartiment (secteur) visé. Le détenteur d'une action traçante est donc un actionnaire de la société, ce qui ne manque pas de susciter certaines difficultés.

Les difficultés peuvent être d'ordre purement financier. On peut songer par exemple au scénario de *compartiments ayant des performances bien différentes*. S'il n'y a certes aucune difficulté en droit de verser un dividende aux actions traçantes du secteur performant, jusqu'au point d'absorber, le cas échéant, la totalité du dividende distribuable, il n'en reste pas moins que le montant maximal susceptible d'être versé sera plafonné au montant du dividende distribuable. L'associé « traçant » faisant partie d'une seule et même société, ensemble avec les associés des autres classes, il doit accepter que les difficultés de l'un atteignent l'autre. Il existe donc une *interdépendance dans l'indépendance*, cette dernière n'étant en définitive que relative.

Exemple : une SARL émet des parts sociales traçantes de classes A, B et C. Le montant distribuable de la SARL est de 500. Il s'obtient comme suit, par addition des résultats générés dans les trois classes : 700 (A) ; ./. 150 (B) ; ./. 50 (C) = 700 – 150 – 50 = 500. Les classes « B » et « C » n'auront évidemment rien, parce qu'elles sont en pertes, de sorte que tout le bénéfice de la SARL ira à la classe « A ». Cependant, si le bénéfice calculé et attribuable aux parts sociales de la classe « A » est de 700, seul un montant de 500 pourra lui être distribué, car la SARL ne peut distribuer des dividendes fictifs.

Bien que la loi ne le précise pas expressément, les associés des différentes classes doivent sans doute être regroupés en *assemblées spéciales*, auxquelles il faudra superposer une assemblée générale regroupant l'ensemble des associés. Les résolutions qui sont limitées à chaque classe seront adoptées au sein de la classe spéciale concernée, les résolutions de portée générale pour la société relevant de la compétence de l'assemblée générale. Cette dialectique peut être source de conflits entre associés des différentes classes, qu'il faudra canaliser dans le cadre des statuts de la société. Les effets de synergie parfois recherchés avec les actions traçantes ne s'obtiendront en pratique qu'au prix d'une certaine complexification de la vie juridique de la société.

Exemple : Le montant du dividende mis en distribution sera arrêté au sein de chaque classe, tandis que les personnes appelées à la gestion sociale seront déterminées en assemblée générale.

**[128] Convention de portage<sup>1</sup>.** — Certaines conventions ont pour objectif d'assurer l'acquisition de droits sociaux par une personne, sans que toutefois cette personne ne soit exposée aux risques habituels encourus par les associés. On pense évidemment à la convention de portage. Il s'agit là d'une convention par laquelle le porteur, sur la demande d'un donneur d'ordre, lui rend moyennant rémunération le service d'acquiescer au nom du porteur, mais pour compte du donneur d'ordre, des droits sociaux indiqués par le donneur d'ordre. Le portage est donc une *acquisition temporaire de droits sociaux* par une personne, qui n'accepte d'en devenir propriétaire que *dans le seul but de rendre un service à une autre personne*. Le porteur devient propriétaire juridique des droits sociaux, ce qui écarte l'idée de *simulation* et de *prête-nom*<sup>2</sup>. Au terme de la convention de portage, le porteur cède les droits sociaux ainsi acquis au donneur d'ordre, ou à un tiers, dans un délai et à des conditions de prix prédéterminés<sup>3</sup>. Le prix de cession convenu *ab initio* avec le

<sup>1</sup> COIPEL, Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil, *RJCB* 1989, p. 568 ; FAJTMAN, La promesse unilatérale d'achat d'actions d'une société anonyme belge au regard des articles 1855 du Code civil et 13ter de la loi sur les sociétés, *RPS* 1993, p. 69 ; JASSOGNE, Sociétés léonines. Options et portage d'actions, *RDCB* 1994, p. 979 ; JASSOGNE, Sociétés léonines. Options et portage d'actions, *RDCB* 1994, p. 979 ; LUCAS, Variations sur la convention de portage d'actions, *Rev. sociétés* 2016, p. 726 ; POLLAUD-DULLIAN, L'actionnaire dans les opérations de portage, *RS* 1999, p. 765 ; VAN GERVEN, Des conventions de portage de titres, *RPS* 2000, n° 6810, p. 205 ; COIPEL, Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil, *RJCB* 1989, p. 568.

<sup>2</sup> LUCAS, Variations sur la convention de portage d'actions, *Rev. soc.* 2016, p. 726.

<sup>3</sup> Comp. SCHMIDT, Les opérations de portage de titres de sociétés, in : *Les opérations fiduciaires*, Paris, 1985, p. 28 ; FORIERS, Portage et clause léonine, *Hommage à Jacques*

donneur d'ordre porte sur le prix d'achat subi par le porteur lors de l'acquisition des droits sociaux, majoré d'un intérêt *pro rata temporis* et diminué des dividendes perçus par le porteur. Dans ses rapports avec le donneur d'ordre, le porteur ne court pas le risque d'associé, car il ne perçoit qu'une rémunération pour ses services. Il ne partage pas non plus la chance d'un gain, toute plus-value éventuelle profitant en fin de compte au donneur d'ordre. Le porteur ne perçoit en fait qu'une rémunération pour le capital immobilisé par lui, ainsi que pour la discrétion apportée par son intervention. Le porteur se trouve ainsi exonéré de tout risque de pertes et de toute chance de gain, ce qui pose longtemps la question de l'existence éventuelle d'une clause léonine interdite.

La convention de portage est en réalité une *fiducie* innommée<sup>1</sup>. La loi luxembourgeoise définit le contrat fiduciaire comme un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire<sup>2</sup>. Le critère principal du contrat fiduciaire est le transfert de la propriété de biens au fiduciaire. En contrepartie, celui-ci assume des obligations arrêtées par les parties au contrat. Ces obligations comprennent la mission de fiduciaire, donc des consignes claires et nettes de l'utilisation que le fiduciaire doit faire de l'actif qui lui est confié. Le parallèle avec le portage de droits sociaux est évident.

Tout comme la fiducie, qui est elle-même légale, la convention de portage sera *légale*. L'article 1855 al. 3 C.civ. confirme explicitement la validité du portage, de la promesse d'achat ainsi que de tout autre arrangement contractuel (ou statutaire) à effets similaires : « Ne sont pas prohibées les stipulations par lesquelles les

associés, actuels ou futurs, organisent la cession ou l'acquisition de droits sociaux, qui n'ont pas pour objet de porter atteinte à la participation aux bénéficiaires ou à la contribution aux pertes dans les rapports sociaux ». Les « stipulations » renvoient, en tant que terme tout à fait général, aussi bien aux actes unilatéraux que bi- ou multilatéraux, et visent de ce fait non seulement les promesses unilatérales de vente ou d'achat, mais également les pactes extrastatutaires, les clauses statutaires, les conventions fiduciaires, les prêts de titres, etc. Ces conventions, pour être licites, ne doivent pas avoir pour objet de prémunir une personne contre tout risque de pertes (même si elles ont cet effet). Il faut une autre raison pour leur création, tel l'objectif de transmission d'entreprise. Lorsque le *mobile déterminant* de la convention de portage n'est pas le souci d'affranchir un associé de toute contribution aux pertes, mais est autre, la convention est licite. Certes, dans ce cas la personne détentrice temporaire des droits sociaux ne sera pas exposée aux risques de pertes ; mais il ne s'agit là que d'une conséquence incidente de la convention et non son but premier. Le critère que la convention devra donc remplir est qu'elle ne vise pas à porter atteinte au pacte social<sup>3</sup>. On peut exprimer la même idée en considérant que la convention de portage est licite, si l'exonération des pertes se trouve compensée par des avantages dont l'associé fait bénéficier par ailleurs la société.

On aurait pu aborder la problématique sous un autre angle également. Plutôt que de traiter le porteur d'actions comme un associé, il aurait été possible, et sans doute préférable sur le plan des principes, de considérer l'actionnaire de passage comme n'étant pas un véritable associé : il ne rentre dans la société qu'en vue de rendre un service financier. Une personne qui ne fait que passer dans la société, dans la mesure où elle dispose d'une voie de sortie lui garantissant un remboursement de son capital investi augmenté d'une commission, dès l'instant où elle acquiert les actions, n'est pas un véritable associé au sens du droit des sociétés, car elle n'est habitée d'aucune « *affectio*

HEENEN, Bruxelles, 1994, p. 164.

<sup>1</sup> LUCAS, op.c. p. 728.

<sup>2</sup> PRÜM/WITZJAYNES, *Trust et fiducie : La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Paris, 2005.

<sup>3</sup> Comp. LE CANNU, *J.C.P.* 1989, II, 21.256 ; v. également BERTSCH, note sous App. Liège 15 septembre 1995, *RPS* p. 416 ; FAJTMANN, op.cit., p. 85.

*societatis* ». S'il n'est qu'un simple « partenaire financier », le porteur d'actions échappera nécessairement aux limitations imposées par la clause léonine qui ne s'applique qu'aux associés.

## § 2. LA PARTICIPATION AUX ACTIVITÉS SOCIALES : L'AFFECTIO SOCIETATIS<sup>1</sup>

[129] **Présentation.** — La participation aux activités sociales en tant qu'élément additionnel pour le contrat de société est une condition aux contours incertains (A); elle n'en reste pas moins utile, si ce n'est nécessaire (B).

### A. UN CONCEPT AUX CONTOURS INCERTAINS

[130] **Origine du concept.** — À la lecture de l'article 1832 C.civ., il semble que ses rédacteurs aient clairement souhaité énumérer les éléments constitutifs du contrat de société de manière exhaustive. Ainsi, a priori, nul autre élément que ceux énoncés dans la lettre de cet article ne semble destiné à se rajouter à la liste en question. Cependant, la jurisprudence et doctrine constante a déduit des dispositions de cet article l'exigence d'une « *affectio societatis* ». Celle-ci constitue un élément du contrat de société qui est d'autant plus important qu'il est aussi le ciment qui réunit les autres éléments afin de former un tout : le contrat de société.

L'expression « *affectio societatis* » trouve son origine dans le droit romain. Sa première apparition a été relevée dans un texte d'Ulpien rapporté au Digeste (XVII, 2, 31) de Justinien. La traduction de ce texte latin se lit comme suit : « Pour qu'il existe une action pro socio, il faut qu'il y ait une société. Une chose, en effet, peut être commune sans société, notamment lorsqu'une communauté advient sans intention de société entre les parties, comme lorsqu'une chose est

légée à deux personnes, ou achetée par elles deux, ou si une donation ou une hérédité nous est transmise, ou si nous achetons séparément de ces personnes sans être associés ». Dans ce texte, l'« intention de société » est la traduction du latin « *affectio societatis* ». Ainsi, l'« *affectio societatis* » semble être, selon Ulpien, le critère susceptible de répondre à la question de la distinction entre une société et une simple communauté de biens. Si une chose peut être commune sans société, notamment lorsqu'une communauté intervient sans « intention de société », alors, a contrario, la société se caractérise et se distingue entre autres de la simple communauté de biens par l'existence de cette « intention de société », cette *affectio societatis*.

En France, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque la société commença à apparaître comme une personne morale disposant de son propre patrimoine plutôt que comme une forme particulière de l'indivision, l'expression *affectio societatis* fit son apparition. Paul PONT, en 1880, dans son « Traité des sociétés civiles et commerciales », l'utilisa pour la première fois, l'attribuant à Ulpien, et dans le but, là aussi, de distinguer entre « les communistes et les associés », soit entre la communauté de biens et la société. Cette *affectio societatis* serait, selon lui, ce que l'associé a en plus par rapport au « communiste », et qui permet d'opérer la distinction.

[131] **Contenu du concept.** — Le législateur ne donne aucune définition de cette exigence supplémentaire du contrat de société. Elle représente le caractère psychologique du contrat de société : l'envie de s'associer<sup>2</sup>. Pour la doctrine dominante, cette exigence renvoie à l'idée que les associés, en entrant dans la société, s'engagent à participer à la vie de la société dans un esprit égalitaire, en œuvrant à une fin commune. Ce principe découle de l'art. 1833 C.civ. qui énonce que « toute société doit (...) être contractée pour l'intérêt commun des parties ».

La « *convergence d'intérêts* », expression forgée par le

<sup>1</sup> HAMEL, Quelques réflexions sur le contrat de société, in : *Mél. Dabin*, Paris, 1963, p. 645 ; TCHOTOURIAN, *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société*, th., Nancy, 2007 ; BARBIERI, Retour sur l'*affectio societatis*, une intention mal aimée, in : *Mél. Serlouten*, Paris, 2015.

<sup>2</sup> Lux. 22 nov. 1990, n° 13805 et 13806.

doyen HAMEL, démarque nettement le contrat de société des autres contrats synallagmatiques dans lesquels les parties ont des intérêts naturellement opposés<sup>1</sup>. Cette volonté de collaboration commune, généralement appelée « *affectio societatis* »<sup>2</sup> ou parfois « *jus fratertinitatis* »<sup>3</sup>, exclut tout à la fois un antagonisme des associés fondé sur des intérêts divergents (ici, l'intérêt est commun), et un lien de subordination entre les associés.

On évoque parfois le terme « contrat-organisation » par opposition à la catégorie « contrats-échange » pour marquer l'opposition de concept. Dans les « *contrats-échange* », dont la vente est l'archétype, chacun recherche son intérêt, l'une des parties au contrat y gagnant dans la mesure où l'autre y perdra. Le contrat se conclura si un équilibre entre les intérêts opposés aura pu être trouvé. Dans le « *contrat-organisation* », les intérêts des parties sont convergents, chacun gagnant au contrat, parce que tous y participeront et y gagneront également. Le « contrat organisation », principalement le contrat de société, est un contrat réglant la coopération des partenaires dans un but commun.

L'intérêt commun correspond à la cause objective du contrat de société qui ne varie pas selon la société envisagée. Concept à contenu strict, il s'oppose par là même également à l'*intérêt social* qui varie selon les sociétés (ce qui est bon pour l'une n'est pas bon pour l'autre). L'intérêt commun ne peut donc être assimilé à l'intérêt social. De surcroît, si l'intérêt social concerne

la relation entre l'associé et la personne morale, l'intérêt commun concerne la relation entre les associés.

Cette volonté de s'unir en vue de réaliser un *intérêt économique unique* se concrétise essentiellement par deux dispositions. D'une part, on l'a déjà vu (v. n° [112]), tous les associés doivent dans une certaine mesure participer aux bénéfices et aux pertes de la société. D'autre part, tous les associés doivent participer à la gestion de la société. Ils doivent tout au moins participer au contrôle de la gestion, les gérants et administrateurs étant désignés par les associés et actionnaires et se trouvant de ce fait sous le contrôle de ces derniers.

Multiforme, l'exigence de la collaboration commune sur un pied d'égalité<sup>4</sup> n'a pas la même signification pour toutes les sociétés, son contenu variant en fonction de la nature de la société et du nombre d'associés. Cette notion est forte dans les sociétés de personnes ainsi que dans les sociétés de capitaux de petite dimension. A l'opposé, la collaboration commune n'a presque aucune signification dans les sociétés par actions de dimension importante où des milliers d'actionnaires n'assistent jamais aux assemblées, notamment dans les sociétés cotées en bourse. Elle est même réduite à néant dans les sociétés unipersonnelles.

Dès sa naissance, certains auteurs n'ont pas manqué de souligner la parenté de l'*affectio societatis* avec l'obligation d'exécution de *bonne foi* visée à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil applicable à l'ensemble des contrats (« Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. »)<sup>5</sup>. Le Professeur Alain VIANDIER a explicitement souligné le lien étroit qui unit ces deux notions, allant même jusqu'à dénoncer

<sup>1</sup> BOULOC/GIRARD, Le modèle du contrat de société dans le code civil, in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, Paris, 2005, p. 321, spéc.

p. 322 ; FAVARIO, Regards civilistes sur le contrat de société, *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 71 ; SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, *JCP E* 1994, I, 48, p. 535, spéc. p. 535 ; CUISINIER, *L'affectio societatis*, Paris, 2008, n° 248, p. 216 ; LOSFELD, *Droit des obligations et droit des sociétés*, th. Lille, 2003, n° 430, p. 335 ; KEUTGEN/DE CORDT, La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés, in *Mél. E. Cerexhe, La loyauté*, 1997, p. 191, spéc. p. 193.

<sup>2</sup> L'expression remonte à ULPIEN, *Digeste*, liv. XVII, tit. II, *Pro socio*, § 31. Plus récemment : HAMEL, Quelques réflexions sur le contrat de société, in : *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, 1963, t. II, p. 645.

<sup>3</sup> GUYON, La fraternité dans le droit des sociétés, *RS* 1989, p. 439.

<sup>4</sup> Cour 15 fév. 1984, n° 7547 : « dans l'esprit de collaboration égalitaire appelé l'*affectio societatis* », cité in : PRŪM/HOSS, *Code des sociétés 2015*, Bruxelles, p. 256.

<sup>5</sup> CSJ (appel) 4 fév. 2015, Pas. 37, p. 548 : « il découle du principe de l'exécution de bonne foi des contrats qu'une partie doit s'abstenir dans l'exécution du contrat de tout acte qui porte délibérément préjudice à son contractant, cette interdiction découlant du devoir de loyauté ».

une tautologie<sup>1</sup>. Mais alors, pourquoi avoir créé une notion spéciale si les deux termes sont synonymes ? En réalité, l'*affectio societatis* a traditionnellement vocation à étendre le domaine de la bonne foi dans le contrat de société. En premier lieu, l'*affectio societatis* se distingue de la notion traditionnelle de bonne foi par son étendue. Alors que, suivant une lecture stricte de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, l'obligation de bonne foi se cantonne à l'exécution du contrat, l'*affectio societatis* a vocation, depuis sa naissance, à exister à tous les stades de la vie du contrat. C'est ainsi qu'elle peut justifier la constatation de la nullité du contrat de société. En second lieu, l'*affectio societatis* diffère de la notion traditionnelle de bonne foi par son intensité. En effet, au-delà d'une simple exigence de loyauté dans l'exécution de sa prestation, l'*affectio societatis* emporte à la charge des associés une véritable bonne foi renforcée, « une volonté d'alliance pour le meilleur et pour le pire, un véritable esprit d'équipe »<sup>2</sup>. L'*affectio societatis*, manifestation de la bonne foi renforcée, densifiée, implique une obligation positive<sup>3</sup> à la charge des associés : celle de coopérer pour l'entreprise commune.

## B. UN CONCEPT NÉANMOINS UTILE

Cette notion a été qualifiée d'inutile et d'archaïque par certains auteurs<sup>4</sup> ou du moins comme étant une

expression fréquemment utilisée « à tort et à travers »<sup>5</sup>. Il paraît ridicule en effet de vouloir parler d'« affection » pour une société. Aussi, pour Paul DIDIER, la notion est inutile et « ne veut pas dire grand-chose, d'où l'emploi d'une expression latine ». La critique est sans doute excessive, même si elle contient une part de vérité. La collaboration commune permet au moins deux choses : distinguer la société d'autres contrats et réprimer certains abus.

**[132] Utilité pour déterminer l'existence même de la société.** — La participation aux activités sociales permet de se prononcer sur la *qualification de société dans des cas douteux*<sup>6</sup>. Il convient alors de rechercher si les parties contractantes, à travers leurs comportements, se sont conduites en fait comme des associés, c.-à-d. si elles étaient guidées par des intérêts communs au sein d'une organisation collective. Ainsi comprise, la notion de participation aux activités sociales, malgré son *imprécision*, est d'une utilité certaine parce qu'elle offre une *vue synthétique* du contrat de société. Fondamentalement, ce qui distingue le contrat de société des autres conventions (vente, louage, prêt, etc.), c'est la *convergence des intérêts* orientés vers un même but<sup>7</sup>.

Voilà pourquoi la *cession d'un fonds de commerce* avec participation du cédant aux bénéfices futurs de l'acquéreur est une vente et non une société, car l'exploitation se fait exclusivement par le cessionnaire, seul maître de l'entreprise. De même, la participation aux bénéfices de l'entreprise promise par l'employeur à ses salariés fait subsister le *contrat de travail*, car les salariés restent subordonnés aux directives de l'employeur qui reste seul maître à bord (v. n° [43]). Il en est encore ainsi du *prêt participatif* (v. n° [44]), qui reste un contrat de prêt, malgré la participation du créancier social aux résultats de la société : le prêteur n'intervient pas dans la gestion de l'entreprise, apanage

<sup>1</sup> VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, 1978, préf. F. Terré, p. 79 ; en ce sens, v. A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Paris, 2004, Préf. Y. Guyon, n° 163, p. 145.

<sup>2</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, 1961, p. 67.

<sup>3</sup> PIC, De l'élément intentionnel dans le contrat de société, *Ann. Dr. com.* 1906, I, p. 53 ; RIPERT, Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation, *Ann. Dr. com.* 1904, p. 53.

<sup>4</sup> SERLOOTEN, L'*affectio societatis*, une notion à revisiter, in : Aspects actuels du droit des affaires, *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Paris, p. 1007 ; TILQUIN/SIMONART, *Traité*, T. 1, n° 633.

<sup>5</sup> TILQUIN/SIMONART, *Traité*, T. 1, n° 633 ; COIPEL, La société dans tous ses états, in : *Le droit des sociétés, Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 51 (p. 56).

<sup>6</sup> CARPANTIER/WUIDAR, Analyse conceptuelle de l'*affectio societatis* en droit luxembourgeois, in : *Le Bicentenaire du Code civil. Une contribution luxembourgeoise*, Luxembourg, 2005, p. 343.

<sup>7</sup> HAMEL/LAGARDE, n° 386.

du statut d'associé. La collaboration commune permet encore de reconnaître les sociétés créées de fait entre *concubins* ou *époux*. Ainsi, afin que le travail non rémunéré effectué par un(e) concubin(e) au profit du fonds de commerce de son partenaire soit qualifié d'apport en industrie, il faut qu'il y ait une volonté des intéressés d'exploiter ce commerce sur un pied d'égalité<sup>1</sup>. La collaboration commune permet également de distinguer la société d'autres situations telles *l'indivision* (v. n° [41]) : l'indivision est un état passif, subi ; la société, un état actif orienté vers la recherche de bénéfices sur la base d'une collaboration commune.

Exemple : Deux concubins achètent un immeuble en commun en vue de le donner en location à des tiers. Tous les éléments caractérisant le contrat de société sont réunis.

Si, en revanche, l'immeuble est acquis par les concubins pour y habiter ensemble, l'esprit du lucre fait défaut et il n'y a pas de société entre les concubins<sup>2</sup>. A fortiori en est-il de même si la construction de la maison s'explique par le projet de mariage : il y a certes mise en commun d'apports, mais non pas de volonté de s'enrichir<sup>3</sup>.

La participation aux activités sociales sert également à identifier les *sociétés fictives*. Une société est fictive, si elle a l'apparence d'une véritable société, mais n'est, en fait, qu'une façade. La fictivité de la société peut être dénoncée par toute personne y ayant intérêt, et elle peut être prouvée par tout moyen. La fictivité de la société présente un intérêt certain pour les créanciers personnels des prétendus associés, puisqu'une société fictive est nulle et donc juridiquement inexistante. Les créanciers personnels évitent, par la dénonciation de la fictivité de la société, que soit procédé à une liquidation qui verrait alors les créanciers sociaux être payés en préférence à eux. La fictivité de la société est décelée, en pratique, par l'absence d'un élément constitutif de la société dont on va pouvoir déduire l'absence

d'une *affectio societatis*.

**[133] Utilité du concept pour la situation des associés.** — La collaboration commune permet également de comprendre certaines règles de fonctionnement des sociétés destinées à empêcher que les intérêts des uns ne soient illégitimement sacrifiés sur l'autel des intérêts des autres. La volonté de s'associer, contrairement à la plupart des autres contrats, doit en effet présenter un *caractère permanent* : alors que le consentement en droit commun des contrats ne doit exister qu'au moment de la conclusion du contrat, la volonté de s'associer doit exister tant que la société elle-même existe (d'où l'analogie qui est faite avec le contrat de mariage). Mais si l'*affectio societatis* est la volonté de l'associé de se comporter réellement comme tel tout au long de l'existence de la société, il faut se poser la question du sort à conférer aux situations où cette volonté vient à disparaître en cours de route, soit chez tous les associés, soit chez l'un d'entre eux.

C'est ainsi que la mésentente grave entre les associés peut justifier la *dissolution judiciaire* de la société, lorsque la collaboration entre les associés est devenue impossible (v. n° [637]). Cette situation est à distinguer de celle où il n'y avait jamais d'*affectio societatis* en premier lieu, qui est le scénario des sociétés fictives (v. n° [132]). L'hypothèse de disparition de l'*affectio societatis* est celle où l'*affectio societatis* existait à l'origine, mais, d'une manière ou d'une autre, a disparu par la suite. Le plus souvent, cette dernière situation se dessinera d'une manière lente. Les associés, au départ, étaient motivés et souhaitaient vivement exploiter une entreprise sur un pied d'égalité, de manière commune, et se partager ce qui pourra résulter de cette exploitation, qu'il s'agisse d'éléments positifs ou négatifs. Si l'exploitation commune était à l'origine active, la lassitude a pu, avec le temps, s'installer. De la lassitude au désaccord, il n'y a généralement qu'un pas. Mais le désaccord même profond sur la volonté de rester en société, synonyme de perte de l'*affectio societatis*, n'est pas en soi suffisant pour obtenir la dissolution judiciaire de la société. Il faudra un élément additionnel : sa paralysie mettant en péril l'existence

<sup>1</sup> Si le concubinage peut être l'occasion d'une société, il ne constitue pas pour autant nécessairement par lui-même une société. On ne saurait assimiler en effet la symbiose affective à un partage en nature des bénéfices de la société. La vie en commun, si elle n'est pas accompagnée d'un but de lucre, n'entraîne jamais création d'une société (de fait) : Lux. 4 nov. 1987, Cour 13 mars 1989, *Pas.* 27, p. 312 ; Cour 22 octobre 1997, R. n° 18 905, comm. FAYOT, *Ann. Dr. Lux.* 2001, p. 586 ; Cour 14 nov. 2001, R. n° 24 466, comm. FAYOT, *Ann. Dr. Lux.* 2001, p. 586.

<sup>2</sup> Cour 11 janv. 1994 n° 15 138 ; Cour 31 janv. 2001, *Pas.* 32, p. 202 ; Cour 20 mai 2009, n° 34 091, *Bull. Barreau* 2009, p. 140.

<sup>3</sup> Cour 27 octobre 2004, *Pas.* 32, p. 619.

même de la société (v. n° [637]).

Parfois même, une faculté d'*exclusion* ou de *retrait* permet, en maintenant la structure sociale, de se séparer d'un associé démuné de la volonté de collaborer sur un pied d'égalité. Il ne s'agit pas d'exclure tout associé qui serait en froid avec ses pairs. Les différends peuvent en effet être d'intensité variable. Si un minimum de mésentente entre deux associés semble normal, puisque tous les associés ne poursuivent pas forcément les mêmes buts, et peuvent donc être amenés à se trouver en situation de désaccord sur l'un ou l'autre point, cela ne justifie pas les mesures d'exclusion éventuelles. Mais le désaccord peut aller jusqu'à une paralysie totale du fonctionnement de la société, ce qui peut, si cela se prolonge, la conduire à sa perte. C'est uniquement là que se pose la question de l'exclusion d'un associé. Toutefois, le principe est que l'on ne peut pas exclure un associé contre sa volonté. Il fallait s'y attendre. Cependant, le contrat de société est certes un contrat synallagmatique, mais ce n'est pas un simple contrat. On exige de l'associé plus que son seul consentement : il doit avoir l'*affectio societatis*, cette volonté d'œuvrer en commun, sur un pied d'égalité, et à en assumer ensemble les conséquences, qu'elles soient positives ou négatives. Partant de là, le juge peut éventuellement pousser un associé vers la sortie de la société si celui-ci ne remplit plus ces conditions (v. n° [294]).

## CHAPITRE 3 LES CONDITIONS DE FORME DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

La constitution des sociétés se trouve entourée d'un certain formalisme, tant dans l'intérêt des associés eux-mêmes (section 1) que des tiers (section 2), qui doivent être informés de l'existence de la société.

### Section 1. Entre les associés

L'acte constitutif de la société est appelé « statuts » (§ 1); ils prennent la forme écrite<sup>1</sup> (§ 2).

#### § 1. LES STATUTS

**[134] Contenu des statuts.** — Les statuts ou acte constitutif de la société constituent la charte fondamentale de la société. Ils doivent donc contenir « *tout ce qui est de l'essence du contrat de société* »<sup>2</sup>. Les clauses statutaires peuvent dès lors être définies comme regroupant *toutes les clauses ayant pour objet de réglementer le fonctionnement de la société ainsi que les relations collectives entre les associés*<sup>3</sup>.

Comme les statuts d'une société ont pour objet de régir les relations entre les associés d'un côté, et entre les associés et la société d'un autre côté, ils pourront être utilement complétés par un *règlement intérieur*<sup>4</sup>. Ce document interne à la société, dont le charme semble principalement résider dans sa discrétion, a vocation à apporter des précisions d'ordre pratique sur l'organisation et le fonctionnement de la société, qui ne sont pas

déjà contenues dans les statuts (par exemple, des informations d'ordre secondaire qui peuvent faire l'objet de fréquents réajustements ou modifications et qui n'ont donc pas lieu de figurer dans les statuts). Les statuts posent ainsi les règles de base du fonctionnement d'une société et le règlement intérieur les complète en précisant certaines modalités. Mais en aucun cas, le règlement intérieur ne doit suppléer les dispositions statutaires. Et a fortiori, il ne doit pas contenir de dispositions contraires aux statuts.

Son domaine d'application principal est le cercle des sociétés coopératives. Toutefois, même si la loi sur les sociétés commerciales est muette à ce sujet, la validité du règlement intérieur dans les autres sociétés ne fait pas de doute<sup>5</sup>, bien que le règlement intérieur soit plutôt inhabituel dans les sociétés. Le règlement intérieur, comme son nom l'indique, n'est pas publié. Nécessairement adopté par quelqu'un, le règlement intérieur ne sera revêtu que de l'autorité des décisions de l'organe qui l'a émis<sup>6</sup>. Les associés pourront donc, éventuellement, être liés par ses dispositions, en fonction de la compétence de l'organe qui a émis le règlement intérieur. En raison de son absence de publicité, le règlement interne ne sera, par contre, pas opposable aux tiers : les tiers ayant traité avec la société se sont fiés aux statuts concernant les règles de fonctionnement de la société ; ils auront le droit de prendre cette situation apparente pour réelle.

Le contenu minimal des statuts est fixé, à peine de nullité de la société, de manière commune pour les sociétés à risque illimité (art. 4ter L1915)<sup>7</sup> : la dénomination sociale ; siège social ; objet social ; la désignation des apports des associés. Pour les différentes formes de sociétés à risque limité, on est renvoyé aux différentes sections propres à chaque forme sociétaire : art. 27 L1915 (SA) ; art. 101-18 L1915 (SAS) ; art. 103 L1915 (SCA) ; art. 184 L1915 (SARL). Cepen-

<sup>1</sup> La société existe même sans écrit et produit ses effets entre associés ; l'écrit n'est exigé qu'à titre de preuve : Lux. 6 déc. 1982, n° 26 868 (v. cependant n° [179]).

<sup>2</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 383.

<sup>3</sup> Les statuts de société ont la nature d'un contrat « régissant à la fois les rapports entre actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent » : CJUE, 10 mars 1992, *Bull. Joly soc.* 1992, p. 768, § 247, note BLAISE ; *Defr.* 1992, 1367, obs ; LE CANNU ; *JCP E* 1994, I, 369, obs. REINHARD, n° 11.

<sup>4</sup> LE CANNU, Le règlement intérieur des sociétés, *Bull. Joly* 1986, n° 6, p. 726.

<sup>5</sup> HEMARD et alii, t. I, n° 918 ; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, T. II, n° 916.

<sup>6</sup> BASDEVANT, Le règlement intérieur du conseil d'administration, *RTDF* n° 1, 2008, p. 56 ; LAGA, Le règlement d'ordre intérieur dans les sociétés, *RPS* n° 7142, p. 729.

<sup>7</sup> Art. 4ter L1915 : « Les actes constitutifs des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple et des sociétés civiles doivent, à peine de nullité, contenir les indications suivantes: 1° la dénomination de la société et son siège; 2° l'objet de la société; 3° la désignation des apports des associés ».



dant, en raison du renvoi opéré par les différentes dispositions à celles applicables aux SA, on a en réalité un régime unique de contenu minimal pour les sociétés à risque limité :

- l'identité des associés fondateurs (v. n° [880]);
- la forme de la société ;
- la dénomination sociale ;
- le siège social ;
- l'objet social ;
- le montant du capital souscrit, le montant initialement versé du capital souscrit et, le cas échéant, le montant du capital autorisé ;
- les catégories d'actions et leurs droits afférents;
- la forme (nominative, au porteur ou dématérialisée) des actions ;
- la spécification de chaque apport en nature, les conditions auxquelles il est fait, le nom de l'apporteur et les conclusions du rapport du réviseur d'entreprise ;
- la cause et la consistance des avantages particuliers attribués aux fondateurs ;
- le nombre de droits non représentatifs du capital exprimé ainsi que les droits y attachés ;
- les règles autres que supplétives qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de gestion, de représentation à l'égard des tiers, de contrôle de la société ainsi que la répartition des compétences entre ces organes;
- la durée de la société ;
- le montant des frais au sens large qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge en raison de sa constitution.

**[135] Utilité des statuts.** — Souvent les statuts ne font que répéter sous une autre forme les dispositions légales s'imposant de toute façon aux parties. Dans ce cas, ne créant pas de règles juridiques nouvelles, les statuts ne sont que de peu d'utilité. Mais la loi ne règle pas tout, et dans certaines hypothèses elle ne prévoit que des *dispositions supplétives*. Les dispositions supplétives sont celles qui s'appliquent à défaut de disposition

expresse en sens contraire prise par les associés de la société.

Exemple : Le vote au sein du conseil d'administration. La loi prévoit que le vote a lieu à la majorité des administrateurs présents ou représentés. Elle permet cependant aux statuts de prévoir une majorité plus forte (art. 64 L1915).

Parfois également, la loi laisse *expressément le soin aux statuts de régler les modalités techniques* de la mise en œuvre d'une règle qu'elle a posée.

Exemple : L'exclusion d'un associé dans une association sans but lucratif est prévue par la loi. Celle-ci laisse toutefois le soin aux statuts de déterminer les cas de figure susceptibles d'aboutir à l'exclusion des associés.

C'est dans ce domaine que les statuts prennent toute leur importance : les associés indiqueront en effet dans les statuts de la société les règles dérogoatoires aux règles supplétives légales et ils mettront en œuvre la loi, là où elle le prévoit. Enfin, les statuts indiqueront également les règles juridiques additionnelles que les associés se seront données dans les domaines qui ne sont pas du tout réglés par la loi (ex. : insertion d'une limite d'âge pour les dirigeants).

Les *dispositions impératives ou d'ordre public*, en revanche, s'imposent aux associés, de sorte que des dispositions statutaires violant de telles dispositions seront réputées non écrites.

**[136] Force obligatoire des statuts.** — Ni la loi de 1915, ni une autre loi, ne règle la situation d'un acte accompli en contravention aux statuts. La question se pose dès lors si, par exemple, un acte posé en violation des statuts est susceptible d'entraîner la nullité de l'acte concerné. En l'absence de dispositions légales à cet effet, il convient de s'en remettre au droit commun. La réponse à cette question recevra donc une réponse différente, selon que la violation des statuts ne concerne que les associés ou également les tiers.

Concernant les *associés*, les statuts étant un contrat, il y a lieu d'appliquer l'*article 1134 du Code civil*, aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Comme les statuts sont une convention conclue entre les associés de la société, leur violation est partant une viola-

tion de la loi des parties.

Les *associés initiaux* étant parties au contrat de société, les statuts s'imposent évidemment à eux par application du droit commun des contrats (art. 1165 C.civ.). Mais il doit en être de même pour tous les *associés subséquents*, c.-à-d. ceux qui acquièrent les droits sociaux à la suite d'une cession des droits sociaux ou d'une augmentation de capital ultérieure. En effet, chaque associé est censé avoir pris connaissance des statuts dont il a accepté toutes les clauses, y compris celles qui s'ajoutent après son entrée en société.

Les actes posés par les associés se limitent en principe aux résolutions adoptées en assemblée. On pourrait du coup penser que, entre associés, une violation de la loi des parties devrait être susceptible d'entraîner, tout autant qu'une violation de la loi elle-même, la nullité de l'assemblée. Cependant, les violations des statuts n'étant pas énumérées à l'article 12 septies 1915 parmi les causes de nullités des résolutions adoptées en assemblée, il n'en résultera en principe qu'un droit à des dommages-intérêts (v. n° [256] et s.).

Conformément au droit commun en matière de contrats, le contrat de société n'a pas d'effet obligatoire vis-à-vis des *tiers*, car nul ne peut être engagé par un acte auquel il n'est pas partie. Ce n'est rien d'autre que l'article 1165 du Code civil qui dispose que « les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties et ne nuisent ni ne profitent aux tiers ». Ce principe est la conséquence logique du principe d'autonomie de la volonté : la volonté des parties ne peut créer d'obligations qu'entre elles, car on ne peut être créancier ou débiteur que si on l'a voulu. Mais ce principe fait l'objet d'une double nuance. D'un côté, si les contractants au contrat de société ne peuvent imposer au tiers les obligations en découlant, ils peuvent cependant opposer aux tiers l'existence du contrat (« *opposabilité des statuts aux tiers* »). C'est ainsi que le tiers ne pourra en principe saisir un bien que l'associé a apporté en société. D'un autre côté, les tiers peuvent invoquer contre la société à leur profit la situation créée par les statuts (« *invocabilité des statuts par les tiers* »). Aussi, le tiers ayant contracté avec le gérant statutaire de la société pourra exiger que la société exécute ses obligations, celle-ci ayant agi par son représentant légal.

On peut du coup se demander si l'invocabilité des statuts peut être modulable, ce qui aurait pour effet de rendre pour les tiers les *statuts partiellement inopposables à la société*<sup>1</sup>. On pourrait songer par exemple à l'hypothèse où les statuts indiqueraient une limitation des pouvoirs des dirigeants dans le cadre d'une clause statutaire déclarée non-invocable par les tiers. Dans ce cas, les tiers ne pourraient se référer à cette clause, afin d'obtenir la nullité du contrat signé par le dirigeant dénué de pouvoirs ; le tiers resterait donc tenu. Il y aurait une certaine logique à adopter cette solution : si les statuts indiquent que les tiers ne sauraient se prévaloir de certaines dispositions contenues dans les statuts, pourquoi ne pas respecter ce choix effectué par les associés, sachant que la loi est elle-même muette sur la faculté à restreindre l'invocabilité des statuts par les tiers ? Par ailleurs, il ne serait pas satisfaisant que les tiers puissent invoquer à leur profit une limitation statutaire que la société n'entend pas invoquer elle-même.

## § 2. LA FORME DES STATUTS

[137] **Une forme écrite.** — L'article 1834 C.civ. exige que les statuts des sociétés soient *établis par écrit*. Cette exigence n'est pas nouvelle puisqu'elle remonte à l'ordonnance de Blois de 1579 pour les sociétés constituées entre étrangers avant d'être généralisée par l'ordonnance du commerce de 1673. L'article 1834 C.civ. retient que : « toutes les sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société (...) ». L'article 1834 C.civ. pose donc une simple règle de preuve ; le défaut d'écrit n'affecte pas l'existence de la société en tant que telle. L'exigence de l'écrit s'est toutefois, avec le temps, chargée de sens. De simple règle de preuve, l'écrit est en effet devenu une condition de validité du contrat de société, l'article 4 de la loi de 1915 exigeant en effet l'écrit pour toutes les sociétés commerciales comme civiles, « *à défaut de nullité* ».

<sup>1</sup> Dubitatif : LE CANNU, Peut-on rendre inopposable par les tiers une clause des statuts limitant les pouvoirs d'un gérant de SARL ?, *BJS* 2014, p. 177 ; v. également ROUAD, Les limitations statutaires du pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société, *Rev. sociétés* 2014, p. 415,

Le contrat de société doit être non seulement écrit, mais il doit également constituer un « acte spécial » : il doit donc s'agir d'un acte n'ayant d'autre but que de créer la société, ce qui s'oppose à l'idée d'un contrat de société inclus dans un autre contrat dont il ferait partie<sup>1</sup>.

Les statuts sont rédigés en *français* ou en *allemand*, au choix des parties (art. 36 al. 1<sup>er</sup> L9.12.1976 relative au notariat). Le recours à la *langue anglaise* est cependant autorisé, à condition de la faire suivre par une version française ou allemande (la langue anglaise seule peut même être utilisée pour les ASSEP ainsi que les SEPCAV). En cas de contrariété de texte, la version française ou allemande fera seule foi, sauf si les parties en ont convenu autrement.

**[138] Signature des statuts.** — En principe, c'est *l'associé lui-même* qui signe les statuts en tant qu'acte constitutif de la société. Mais en pratique il se fera la plupart du temps représenter par un mandataire. Le *mandataire* pourra être librement choisi parmi les associés ou en dehors d'eux. La plupart du temps, le mandataire est un professionnel (avocat, fiduciaire, ...) agissant sur la base d'une *habilitation spéciale* : la constitution d'une société constitue en effet un acte de disposition, en raison des apports effectués par l'associé et des obligations ainsi acceptées. Il doit donc être limité à la constitution de la société et comporter les indications essentielles concernant celle-ci (forme juridique, dénomination, ...). Le mandat pourra être donné *sous seing privé*.

Le contrat de société est conclu au jour de la signature des statuts, qui marque l'échange des consentements entre les associés. La société acquiert sa personnalité juridique à ce moment-là (v. n° [169]). C'est donc à cette date-là qu'il convient de se placer pour déterminer si les conditions requises pour la validité du contrat de société sont remplies (v. n° [67] et s.).

**[139] Intervention du notaire.** — Les règles varient en fonction du type de société (art. 4 L1915) :

- les *sociétés à risque limité* (SA, SARL – à l'exception cependant de la SARL-S -, SCA) doivent toujours, sous peine de nullité, être constituées par-devant notaire;
- les *sociétés à risque illimité* (SNC, SCS, S.C., société coopérative) ainsi que la SARL-S, en revanche, peuvent se contenter d'actes sous seing privé.

Cette différence de traitement traditionnelle en droit luxembourgeois trouve sa justification dans l'étendue variable des risques courus par les associés : lorsqu'ils sont grands, la personnalité morale et sa stabilité importent moins, de sorte qu'on peut se contenter d'écrits privés ; lorsqu'ils sont faibles, la société en tant que personne morale prend toute son importance, et il convient de *réduire les nullités pour vices de forme au strict minimum*, par la voie du contrôle notarial préalable.

L'acte sous seing privé doit être dressé « en se conformant (...) à l'article 1325 du Code civil ». Il faut donc *autant d'originaux qu'il y a de parties*. Il est seulement dérogé à cette règle en présence de sociétés civiles et coopératives : pour ces sociétés, deux originaux suffisent (art. 4 L1915). Cet allègement des formalités administratives trouve son fondement dans des considérations d'ordre pratique (hypothèse du grand nombre de participants dans la coopérative avec des montants faibles par participant). Voilà pourquoi, en contrepartie, cet allègement administratif se trouve compensé par l'obligation, pour ces sociétés, de publier leurs statuts en intégralité (et non pas par extraits, v. n° [141]).

Le *notaire* intervient afin de prévenir les vices de constitution des sociétés. Cette solution, résultant d'une obligation de la *première directive communautaire de 1968* en matière de droit des sociétés, a été jugée meilleure que le système alternatif proposé par la directive au choix des États membres : le *régime du contrôle préalable* à caractère administratif (greffe du tribunal de commerce, système français) ou judiciaire (Allemagne, Pays-Bas, Italie). Le contrôle a priori par le notaire a été explicitement jugé équivalent par la directive (art. 10) au contrôle préalable administratif ou judiciaire. C'est ce système qui a été retenu par le Luxembourg parce qu'il est moins formaliste et qu'il évite les retards dans le traitement des dossiers.

<sup>1</sup> CORBIAU, ad art. 4, p. 10.

## Section 2. Vis-à-vis des tiers

Les tiers ne doivent pas rester dans l'ignorance de la société. Il faut de ce fait publier les statuts (§ 1) et immatriculer la société au RCS (§ 2).

### § 1. LA PUBLICITÉ DE LA CONSTITUTION

**[140] Mesure d'opposabilité aux tiers.** — Contrairement à d'autres législations, notamment le droit français, la publicité de l'acte constitutif n'a pas pour effet de conférer à la société sa personnalité juridique : celle-ci existe dès l'accord des parties, indépendamment de toute condition de forme<sup>1</sup> et de publication (v. n° [169]). La publicité n'est pas une formalité de constitution mais seulement une formalité de fonctionnement, en ce sens qu'il ne s'agit que d'une mesure d'opposabilité aux tiers d'une société existante<sup>2</sup> qu'elle sert donc à informer<sup>3</sup>.

Exemple : Une société anonyme agit nécessairement par son organe, le conseil d'administration ou le directoire, composé de personnes physiques ou morales. Si la nomination au conseil d'administration n'a pas été publiée, les tiers peuvent considérer la nomination, qui est certes valable dans les relations internes, comme non avenue à leur égard<sup>4</sup>.

**[141] Étendue et modalités de la publication.** — Il est superflu de s'appesantir sur l'intérêt de la publicité. Pour les associés tout d'abord, mais également pour les créanciers sociaux que cela concerne au plus haut degré. C'est le régime de publicité légale en effet qui permet aux différentes personnes concernées de déter-

miner avec précision les éléments essentiels concernant la société avec laquelle elles traitent ou dans laquelle elles sont intéressées en tant qu'associés.

C'est ainsi que les statuts de la société, après enregistrement auprès de l'*Administration de l'Enregistrement et des Domaines* et paiement des formalités d'enregistrement, font l'objet d'une publication via une plate-forme électronique centrale, appelée le « *Recueil électronique des sociétés et associations* » (ou « *RESA* »). Le RESA a remplacé, suite à la loi du 27 mai 2016, le *Mémorial, Recueil Spécial des Sociétés et Associations* existant jusqu'alors. De manière générale, toutes les questions liées à la méthode et aux types de publication ainsi qu'aux effets de celle-ci sont maintenues regroupées dans la loi modifiée du 19 décembre 2002: les lois particulières relatives aux différents types de personnes morales pouvant dès lors se limiter à indiquer le type de publication voulu (intégral, par extrait ou par mention) et à renvoyer pour le surplus à la loi de 2002. Cette technique a pour avantage de garantir une uniformité des procédures et une centralisation des dispositions dans un seul texte antérieurement réparties entre la loi de 2002, la loi du 10 août 1915 (art. 9 en particulier) et les lois spéciales (ASBL/fondations, SICAV, GIE/GEIE, etc.). La consultation du RESA permet de suivre le rythme de création des sociétés ; en outre, chacun peut prendre connaissance gratuitement des statuts d'une société particulière auprès du préposé au RCS et en recevoir copie intégrale ou partielle, après paiement des frais afférents (art. 19-4 § 2 L27.05.2016).

L'origine lointaine de l'obligation de publication se trouve dans l'ordonnance de Blois de 1579 applicable aux seuls étrangers, étendue aux sociétés entre nationaux par une ordonnance de 1629. Confirmée par la grande ordonnance sur le commerce de 1673, elle a été reprise dans le Code de commerce de 1808 (art. 42 et 45). Le Code de commerce n'organisait toutefois qu'une publication rudimentaire sous la forme de la transcription de l'acte de société sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce, et son affichage durant trois mois dans les salles d'audience du même tribunal. Cette publication fut jugée insuffisante et transformée en une publication au *Mémorial* lors de la réforme législative de 1915.

<sup>1</sup> Mais sous réserve bien sûr de la nullité de la société, v° n° [146].

<sup>2</sup> SIMONT, Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation, in : DABIN et alii, *Les sociétés commerciales*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985, p. 61 (n° 6).

<sup>3</sup> SIMONT, Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation, in : DABIN et alii, *Les sociétés commerciales*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985 ; Lux. 3 févr. 1970, *Pas.* 21, p. 61.

<sup>4</sup> Lux. 17 janv. 1990, n° 38 274.

L'étendue de la publication varie en fonction du type de société concerné :

- les statuts des sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et société en commandite par actions sont publiés en entier (« *publication intégrale* »), car il s'agit de renseigner les tiers aussi largement que possible sur la personne morale, seul gage des créanciers sociaux (art. 8 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Les statuts des sociétés coopératives et sociétés civiles sont également publiés en entier, car il s'agit de pallier le nombre restreint d'originaux susceptibles d'exister (v. n° [139]) ;
- les statuts des sociétés en nom collectif et en commandite simple sont *publiés par extraits* seulement (art. 15 L1915)<sup>2</sup>. On invoque souvent l'argument de discrétion existant dans ces sociétés de personnes pour justifier cette solution. Comme les associés de ces sociétés encourent une responsabilité personnelle (v. n° [51]), une publication limitée de l'essentiel des statuts est jugée suffisante (art. 5 L1915).

Le Conseil de l'Union européenne a adopté en 2003 une directive<sup>3</sup> visant à simplifier et à moderniser l'information sur les sociétés. Suite à ces changements apportés à la 1<sup>re</sup> directive, les États membres sont tenus d'autoriser les sociétés à déposer leurs actes et indications par voie électronique à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007. Le Luxembourg a transposé cette directive par la loi du 20 avril 2009. Depuis lors, les sociétés ont la possibilité de choisir entre le support papier et la voie électronique en ce qui concerne les documents à publier

<sup>1</sup> Art. 8 L1915 : « Les actes de société anonyme, de société par actions simplifiée, de société en commandite par actions, de société à responsabilité limitée, de société coopérative et de société civile sont publiés en entier. Les mandats authentiques ou privés annexés à ces actes ne sont soumis ni à la publication au Recueil électronique des sociétés et associations, ni au dépôt auprès du registre de commerce et des sociétés ».

<sup>2</sup> Art. 5 L1915 : « Les actes de société en nom collectif, de société en commandite simple et de société en commandite spéciale sont publiés, par extraits, aux frais de la société ».

<sup>3</sup> Directive 2003/58/c du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003, JO L.221 du 4 sept. 2003, p. 13-16.

[142] **Registre de Commerce et des Sociétés (« RCS »)**<sup>4</sup>. — À cette publication au RESA s'ajoute le dépôt de certaines informations au RCS. Réformé et modernisé par la loi du 19 décembre 2002, le RCS exige (art. 6 L19.12.2002) de toute société qu'elle indique :

- la dénomination sociale et, le cas échéant, l'abréviation et l'enseigne commerciale utilisées ;
- la forme juridique ;
- l'adresse précise du siège social ;
- l'indication de l'objet social ;
- le montant du capital social, ou, en cas de capital variable, l'indication du montant en dessous duquel il ne peut être réduit ;
- dans le cas des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple et des sociétés à responsabilité limitée, les noms, prénoms, date et lieu de naissance des associés, ou s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination sociale, leur forme juridique, leur adresse privée ou professionnelle précise et le nombre de parts sociales détenues par chacun ;
- s'il s'agit de personnes morales, le numéro d'immatriculation au RCS doit être indiqué si la législation de l'État dont la société relève prévoit un tel numéro ;
- les noms, prénoms, date et lieu de naissance ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société (administrateurs, délégués à la gestion journalière, membres du directoire, membres du conseil de surveillance, liquidateurs), le régime de signature, la date de nomination et la date d'expiration du mandat. S'il s'agit de

<sup>4</sup> GONNER/ERARD, Loi concernant le Registre de Commerce et des Sociétés, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 413.

personnes morales, le numéro d'immatriculation au RCS doit être indiqué si la législation de l'État dont la société relève prévoit un tel numéro ;

L'adresse des personnes physiques à indiquer est celle de leur résidence privée, et non l'adresse professionnelle. Pour les personnes morales, il s'agit bien évidemment de leur *siège statutaire*. Lorsque la personne morale est de droit étranger, le concept de siège statutaire peut faire défaut. Aussi l'inscription est-elle à faire au RCS dans les mêmes conditions que celles prévalant dans le pays d'origine de la personne morale de droit étranger<sup>1</sup>.

- les noms, prénoms, date et lieu de naissance ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale et l'adresse privée ou professionnelle précise du commissaire ou du réviseur d'entreprises, la date de nomination et la date d'expiration du mandat. S'il s'agit de personnes morales, le numéro d'immatriculation au RCS doit être indiqué si la législation de l'État dont la société relève prévoit un tel numéro ;
- la date de constitution de la société ainsi que sa durée ;
- pour les sociétés résultant d'une fusion ou d'une scission : la dénomination sociale, la forme juridique, l'adresse précise du siège social et le numéro d'immatriculation au RCS de toutes les sociétés y ayant participé ;
- pour les sociétés commerciales soumises à publicité de leurs comptes annuels, la date de clôture de l'exercice social.

La publicité légale s'opère en fait par le biais de *trois volets emboîtés* les uns aux autres. Elle commence par un dépôt dans le *dossier* de la société tenu au RCS. Ce dépôt entraîne automatiquement publication au RESA par les soins du gestionnaire du RCS. En cas de discordance entre ce qui est déposé et ce qui est publié, le dépôt prévaut, car c'est le mode de publicité légale prévu par la 1<sup>re</sup> directive communautaire. Le gestionnaire du RCS procède également aux inscriptions

nécessaires au *RCS à Luxembourg*. Les sociétés n'ont donc en fait qu'à s'occuper du dépôt des pièces au dossier de la société ; tout le reste sera fait d'office par le gestionnaire du registre.

Le RCS a été réformé en 2002, suite à quoi le gestionnaire doit procéder à un « *examen sommaire du formulaire* » de réquisition<sup>2</sup>. Le gestionnaire du Registre a compris cette disposition comme l'obligeant à procéder à un contrôle de la légalité des actes à déposer. Il en a conclu qu'il pouvait (devait) *refuser le dépôt et la publication de tout document dont la loi n'imposait pas spécifiquement et obligatoirement la publication*. C'est ainsi que la loi n'envisageant pas l'hypothèse d'une révocation d'une décision prise en assemblée par cette même assemblée de dissoudre la société, le RCS avait estimé que l'assemblée décidant la révocation de la dissolution n'était pas susceptible d'être déposée au RCS. Mais cela allait au-delà de la mission confiée au gestionnaire du RCS par les textes applicables : son contrôle se limite à un *contrôle de conformité du formulaire par rapport aux actes sous-jacents*. De ce fait, le gestionnaire ne saurait s'opposer au dépôt de l'assemblée ayant décidé la révocation<sup>3</sup>. Cette décision est tout à fait généralisable : si la loi prévoit le dépôt d'un acte sans envisager l'hypothèse de sa révocation, cette dernière est, en raison du principe du parallélisme des formes, à adopter par le même organe et sous les mêmes formes que lors de l'acte révoqué ; l'acte révoqué doit pouvoir être déposé de la même manière que l'acte initial (acte notarié, sous seing privé). En revanche, pour les actes pour lesquels le parallélisme des formes ne saurait jouer, telle que la question de la décharge accordée ou refusée, le RCS peut refuser l'inscription des documents pour lesquels la loi ne prévoit aucune obligation de dépôt<sup>4</sup>.

**[143] Défaut de publication.** — L'obligation de publication incombe soit au notaire, soit aux parties, selon que l'acte est notarié ou sous seing privé. La publication se fait par voie de *dépôt auprès du préposé du RCS*, endéans le mois de la constitution de la société (art. 19-1 L27.05.2016). Une fois le dépôt effectué, le rôle et la responsabilité des associés et notaire

<sup>2</sup> Art. 5 al. 1<sup>er</sup> du règ. gd. du 23 janv. 2003.

<sup>3</sup> Lux. 19 mai 2006, n° 528/06, note THIELEN/LE QUEEREN, *Codex* 2006, p. 197 ; SCHWACHTGEN, L'interprétation par le RCS et des Sociétés des dispositions de la loi du 12 déc. et du règlement grand-ducal d'exécution du 23 janv. 2003, *ACE* n° 6, 2006, p. 30.

<sup>4</sup> Lux. 23 mai 2008, n° 704/08.

<sup>1</sup> Circulaire RCS07/001 du 16 octobre 2007.

s'achèvent, le préposé du RCS prenant l'initiative et la responsabilité de la publication des statuts au Mémorial. La publicité n'est donc complète qu'une fois le dépôt et la publication au Mémorial cumulativement réalisés. Elle produit ses effets dès le moment de la parution au Mémorial qui doit intervenir dans les quinze jours du dépôt (art. 19-2 § 2 L27.05.2016). L'absence de publication comme la publication tardive entraînent diverses sanctions.

Le Code de commerce sanctionnait traditionnellement le défaut de publication par la *nullité de la société*. La nullité pouvait être invoquée non seulement par les tiers contre la société (on l'aurait compris), mais également entre associés (on pouvait encore l'accepter), et sans doute encore par les associés eux-mêmes contre les tiers, ou du moins les tiers entre eux (là, c'était excessif). Cette solution rigoureuse présentait de nombreux inconvénients, notamment pour les tiers : si la société n'existait que du jour de la publication, les tiers n'avaient d'action que contre celui avec lequel ils avaient traité. Plutôt que de protéger les tiers, la sanction permettait aux associés indélicats de se tirer d'affaire à bon compte. Voilà pourquoi la loi de 1915 modifia sensiblement le régime des sanctions.

Une *amende administrative* égale à 0,1% du capital social de la société, avec un maximum de 1 000 € pourra être prononcée contre la société. Cette amende est due, que les statuts n'aient pas été déposés ou qu'ils l'aient été, quoique tardivement (art. 10 al. 1<sup>er</sup> L1915).

La société sera irrecevable dans ses *actions judiciaires* intentées le cas échéant contre les tiers (art. 10 § 3 L1915)<sup>1</sup>. Ainsi, le tiers que la société voudrait citer devant les tribunaux pourra opposer une fin de non-recevoir à une telle action<sup>2</sup>. La fin de non-recevoir n'est que temporaire, en attendant la régularisation de la situation par la société sous forme de publication de ses statuts.

<sup>1</sup> Art. 10 § 3 L1915: « toute action intentée par une société dont l'acte constitutif n'aura pas été publié au Mémorial (...) sera non recevable »; v. également art. 22 L19.12.2002.

<sup>2</sup> Lux. 7 juill. 1933, *Pas.* 13, p. 61 ; Lux. 27 févr. 1948, *Pas.* 14, p. 387.

La principale sanction sera sans doute la *non-opposabilité aux tiers des statuts non publiés* (art. 9 § 4 L1915)<sup>3</sup>. Les associés ne peuvent pas se prévaloir à l'égard des tiers des actes que la société peut avoir accomplis, parce que l'existence de la société n'a pas été postée à leur connaissance. En revanche, les tiers peuvent soit se prévaloir de l'existence de la société, soit la considérer comme leur étant inopposable, et partant considérer qu'ils avaient traité avec une société en nom collectif, soit encore rejeter l'existence de la société toute entière, et soutenir qu'ils avaient traité avec les associés individuellement<sup>4</sup>. Le défaut de publication peut être invoqué par n'importe quel tiers, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, sauf si la société peut prouver que le tiers avait connaissance des statuts.

La publication étant complète le jour même de la publication au Mémorial, il est concevable que les tiers aient été dans l'ignorance de l'existence et de la teneur des statuts s'ils ont traité, peu de temps après, la publication. Pour cette raison, les tiers qui ont traité avec la société avant le *seizième jour de la publication* de la publication des actes (statuts, ...) pourront considérer que ces actes ne leur sont pas opposables, à condition cependant de prouver qu'ils avaient été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance.

## § 2. L'IMMATRICULATION AU RCS

**[144] Organisation.** — Jusqu'en 1909, il n'existait au Luxembourg aucune institution susceptible de réaliser une publicité générale de tous les faits intéressant

<sup>3</sup> Art. 9 § 4 L1915 : « Les actes ou extraits d'actes ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication au RESA, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes ou extraits d'actes non encore publiés. Pour les opérations intervenues avant le seizième jour qui suit celui de la publication, ces actes ou extraits d'actes ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance. »

<sup>4</sup> VAN OMMESLAGHE, Commentaire, Doc. Parl. n° 1496, 1970-71, p. 58.

l'activité des commerçants, individus et sociétés. Comme les registres de commerce français (1919) et belge (1924) n'existaient pas encore à l'époque, le législateur luxembourgeois s'est inspiré très directement des *institutions similaires du droit allemand* (et du droit suisse). Différents règlements grand-ducaux intervenus durant les années quatre-vingt ont dépoussiéré quelque peu cette institution. Une première réforme de fond (loi du 26 avr. 1987) a permis de fusionner le registre aux firmes et le RCS. Une deuxième réforme (loi du 19 déc. 2002) a procédé à une modernisation des règles de publicité, en transférant la charge de la publicité à un GIE fonctionnant sous l'autorité du ministre de la Justice. Ce GIE (le « Gestionnaire du RCS » ou RCSL) regroupe l'État et les chambres professionnelles (Chambre de commerce ; Chambre des métiers) et a la responsabilité de la gestion du registre, obtenu par voie de fusion des deux registres existant jusqu'alors (Luxembourg et Diekirch) en un seul registre situé au Luxembourg. La consultation du registre est dorénavant possible par voie informatique.

Le RCS est divisé en quatre sections, dont une pour les sociétés commerciales. Il contient deux types d'informations :

- des données signalétiques et juridiques pour chaque société (capital social, etc.) ;
- des données financières (comptes annuels).

Le RCS comprend plusieurs documents :

- un *livre-journal* renseignant par ordre chronologique les inscriptions qui ont été faites (art. 12 arr. gd. 23 déc. 1909) ;
- un *répertoire alphabétique* sous la forme de classeur par fiches, les fiches sociétaires renseignant la raison de commerce, la forme sociale, le siège social ainsi que leur numéro d'inscription au RCS (art. 13 arr. gd. 23 déc. 1909) ;
- un *dossier individuel* par société contenant toutes les pièces ayant trait à la société en question (art. 14 arr. gd. 23 déc. 1909).

[145] **Procédure.** — L'immatriculation au RCS est

une *formalité administrative* exigée pour toute société commerciale ainsi que pour les groupements d'intérêt économique. Elle est opérée au moyen d'une réquisition faite par le *requérant*, *notaire* ou partie au contrat le cas échéant. La requête est analysée par le RCSL, notamment quant à la question de la libre disponibilité de la dénomination sociale (art. 5 al. 3 règ. gd. 23 déc. 2003).

Tous les actes, y compris les statuts, dont la publication au Mémorial est requise par la loi doivent être déposés auprès de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines (art. 30 arr. gd. 23 déc. 1909), concomitamment avec le paiement des frais de publication. Le préposé, après analyse de la requête, la transmet, en cas d'accord, au ministère d'État, service central de législation, aux fins de publication. La transmission a lieu dans les quarante-huit heures du dépôt de la requête (art. 35 arr. gd. 23 déc. 1909).

L'inscription au RCS, loin de constituer une simple formalité administrative pour la société, peut être lourde de conséquences : en effet, lorsque la société n'est pas immatriculée, elle ne pourra agir en justice, si son action trouve sa cause dans une activité commerciale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 2 de la loi du 23 déc. 1909 portant création d'un RCS ; une action en paiement d'un chèque n'a pas sa cause dans l'activité commerciale de la société mais dans le droit cambiaire, de sorte que la société n'est pas irrecevable à agir malgré sa non-immatriculation ; Cour 28 avr. 1992, n° 13 265.



## CHAPITRE 4 LES DIFFICULTÉS ENTOURANT LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

Deux situations doivent être distinguées : celle, plus fréquente, du traitement juridique des irrégularités susceptibles d'être intervenues en cours de constitution de la société (section 1) ; l'autre, exceptionnelle, où des actes sont accomplis par les fondateurs pour compte de la future société (section 2).

### Section 1. Les conséquences des irrégularités de la constitution : les nullités

La nullité porte atteinte à la survie de la société ; il s'agit donc plutôt d'une mesure exceptionnelle (§ 1). De plus, l'exercice de l'action en nullité est enfermé dans une réglementation étroite tendant à éviter le plus possible le prononcé de cette sanction (§ 2).

#### § 1. LES CAUSES DES NULLITÉS

**[146] Limitation des causes de nullité de la société.** — En droit commun, un acte irrégulier est un acte nul et ne saurait produire d'effets. La nullité met normalement rétroactivement à néant l'acte qui en est frappé. Pendant longtemps, ce principe s'est également appliqué au contrat de société.

Il ne faut pas faire l'amalgame entre l'*acte constitutif*, d'une part, et les *modifications statutaires*, d'autre part. Les vices de constitution sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la société avec sa mise en liquidation. Lorsqu'en revanche les modifications statutaires sont frappées d'un vice, la nullité des modifications statutaires n'affecte pas la survie de la société. L'annulation d'une réforme des statuts n'entraîne donc pas la mise en liquidation de la société. La même remarque doit être faite pour la nullité du *contrat de souscription* : le droit commun des contrats y reste applicable, car la nullité du contrat de souscription ne fait, en principe, pas tomber la société.

Le Code civil ne comporte aucune disposition propre aux nullités de société. Considérée comme un

contrat, la société se trouvait soumise aux conditions de validité qui lui étaient propres (apports, partage des bénéfices et des pertes) et à celles communes à l'ensemble des contrats (consentement, capacité, ...). À ces causes générales, le Code de commerce en ajoutait une propre aux sociétés de commerce : à défaut de publication, les sociétés étaient nulles, sans que la nullité ne puisse être opposée aux tiers par les associés (art. 42 C.com.) ; les tiers, par contre, avaient le choix de se prévaloir ou de l'apparence ou de la nullité de l'acte de société. La loi de 1915, dans un souci de limiter les causes de nullité, abrogea l'article 42 C.com. (art. 177) ; afin de pérenniser les situations des sociétés commerciales, l'action en nullité est prescrite après 5 ans à dater de la publication des statuts de la société (art. 157 L1915). Mais les causes de nullité restaient nombreuses : il y avait, d'un côté, les nullités relatives sanctionnant le vice de consentement ainsi que les incapacités de protection individuelle chez l'associé ; pour le reste, les nullités sanctionnant les règles de fond étaient absolues et pouvaient donc être intentées par tout intéressé.

Mais l'expérience a montré que cette approche ne pouvait plus être maintenue, le contrat de société s'inscrivant non seulement dans la durée, mais intéressant également, outre les associés, les tiers, le personnel de la société, etc. La nullité du contrat de société retentit sur un nombre parfois considérable d'autres contrats passés par la société avant qu'elle n'ait été déclarée nulle. Dans un souci de protection des tiers, la directive CEE n° 68/151 du 9 mars 1968 a restreint les cas de nullité aux cas particulièrement graves. La directive ne concernant que les sociétés de capitaux ainsi que les SARL, il s'en est suivi un régime de nullités distinguant selon que la société est une société à risque limité ou une société à risque illimité. Les nullités des sociétés à risque limité (SA, SARL, SCPA) étaient régies par un régime restrictif de nullités limitativement énumérées (« *pas de nullité sans texte* ») aux articles 4 et 12ter de la loi sur les sociétés commerciales. Suite à la réforme de 2013, le régime des nullités des sociétés en commandite simple a été aligné sur

celui des sociétés à risque limité. Pour les sociétés à risque illimité (hormis la SEC), des cas de nullité additionnels pouvaient s'ajouter.

La loi du 10 août 2016 a parachevé cette longue marche du législateur, au profit d'un régime largement commun des causes de nullité pour toutes les formes de sociétés. L'objectif de la législation en la matière restant la protection des tiers qui traitent avec une société susceptible d'être annulée, les causes de nullité des sociétés, commerciales comme civiles, sont limitativement énumérées à l'article 12ter L1915 (« ne peut être prononcée que dans les cas suivants ») : il n'y en a plus que quatre regroupées en deux paragraphes ; le § 1<sup>er</sup> concerne les sociétés à risque limité ; le § 2 les sociétés à risque illimité. Les causes de nullité mentionnées à l'article 12ter L1915 ne mentionnent ni la nullité pour *fictivité de la société*, ni l'annulation de la société pour *fraude*, si tous les associés ont concouru à la fraude<sup>1</sup>.

Lorsqu'elle est ouverte, l'action en nullité suit un régime juridique précis aboutissant à la liquidation de la société, sauf si la société a été régularisée depuis lors. Enfin, les nullités de sociétés résultant de fautes commises lors de la constitution engageront la responsabilité de ceux qui les ont commises.

**[147] Défaut d'acte notarié.** — Les sociétés de capitaux ainsi que la SARL doivent, sous peine de nullité, être formées par un *acte notarié* (art. 4 al. 2 et 12ter § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915 : « si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme notariée »).

La nullité pourra également résulter de la nullité de l'acte constitutif passé devant notaire, si l'acte notarial est nul en tant qu'acte notarié (art. 68 de la loi du 25 Ventôse an XI). Même si la nullité de l'acte notarial ne s'identifie pas en tant que tel à la nullité de la société, elle entraîne cette nullité<sup>2</sup>.

Pour les autres sociétés, il faut également un écrit, sauf que celui-ci peut également prendre la forme d'un

*acte sous seing privé* (art. 4 al. 1<sup>er</sup> L1915).

**[148] Défaut d'indication au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit.** — Une autre cause de nullité est rencontrée si les *statuts* de la société ne contiennent *aucune indication* au sujet de leur *dénomination*, de leur *objet social*, des *apports* et du montant de leur *capital* souscrit (« si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit » ; art. 12ter § 1 n° 2 L1915 pour la SA, SCA et la SARL ; art. 115 § 1<sup>er</sup> pour la société coopérative ; art. 16 al. 7 pour la SEC pour laquelle l'absence d'indication du capital social ou des apports ne constitue cependant pas une cause de nullité). La loi ne sanctionne que l'*absence d'indication* et écarte partant la nullité, lorsque les indications existent dans l'acte, mais sont soit *incomplètes*, soit *contraires à la loi*. Ni l'imprécision donc de l'objet social, ni l'illégalité de la dénomination sociale (p.ex. raison sociale pour une société anonyme) n'entraînent donc la nullité de la société.

Dans les sociétés à risque limité, les fondateurs sont tenus solidairement de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite (art. 31, 103 et 184 L1915). Les apports annulés devant simplement être comblés, la société à risque limité n'est pas affectée par la nullité de certaines souscriptions.

**[149] Objet social illicite ou contraire à l'ordre public.** — La nullité sera ainsi prononcée si l'objet social est, soit intégralement, soit partiellement<sup>3</sup>, illicite ou contraire à l'ordre public (« si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public » ; art. 12ter § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915 pour les SA, SCA et les SARL : art. 12ter § 2 n° 1 L1915 pour les autres sociétés). Le caractère illicite ou contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ne constitue une raison d'annulation que s'il existe *au moment de la constitution* de la société même ; si celle-ci a un objet social licite au début de ses activités pour ensuite, en cours de vie sociale, entamer des

<sup>1</sup> V. cependant: SCHILLER, La fraude, nécessaire *deux ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés, *Rev. sociétés* 2014, p. 211.

<sup>2</sup> SIMONT, op.cit, p. 97.

<sup>3</sup> COIPEL, n° 62.

activités illicites, elle n'est pas annulable de ce chef.

L'objet social est licite s'il est permis d'être exercé par la société en question en vertu de la loi ; il sera *illicite* si la loi interdit l'exercice de l'activité en question par la société. Le caractère licite de l'objet social est apprécié non pas par rapport à l'*objet social effectivement exercé*, mais sur la base de celui décrit dans les statuts. La CJUE justifie cette solution par le souci de protéger les tiers (v. n° [171])<sup>1</sup>. Cette solution n'emporte cependant pas totalement la conviction, parce que la nullité d'une société opère sans rétroactivité, de sorte à préserver les droits des créanciers (v. n° [155]). Comme il est improbable que les fondateurs inscrivent dans les statuts le caractère illicite de l'activité qu'ils entendent mener, l'exigence d'un objet illicite rend le texte largement inapplicable dans les faits, s'il est limité à l'objet statutaire<sup>2</sup>.

L'objet social ne doit pas être confondu avec la *cause*, comprise comme le mobile ayant amené les associés à conclure le contrat de société. La cause n'est pas visée par l'article 12ter L1915, qui se limite à l'objet social. Aussi, la société ayant un objet social licite, mais où le mobile des associés est illicite, ne peut être annulée. C'est ainsi qu'une société qui a été constituée afin de soustraire le patrimoine de l'associé à ses créanciers à une cause illicite, mais elle ne sera pas annulable pour autant, si l'activité exercée n'est pas illicite en elle-même.

L'*ordre public* désigne une règle d'organisation de la vie sociale, à ce point importante qu'on ne peut y déroger, et à laquelle on est contraint de se soumettre (art. 6 C.civ.)<sup>3</sup>. L'ordre public peut être politique et viser à protéger le bon fonctionnement des institutions ; il peut être économique et viser à diriger l'économie (ex. : législation sur les prix) ou à protéger certaines personnes (ex. : protéger les consommateurs). L'ordre public est souvent textuel, en ce sens qu'il est

directement prohibé par une loi d'ordre public (p.ex. : objet social portant sur la livraison de produits à un pays frappé d'embargo). Ce cas se ramène en fait à celui de l'objet social illicite. Mais l'ordre public peut également être virtuel ; n'étant pas sanctionné par un texte, il est dégagé par le juge sur la base de principes généraux, qui sanctionnera dans ce cas l'activité comme étant contraire à l'ordre public, alors même qu'elle n'est interdite en tant que telle par aucun texte.

Même si la loi ne vise formellement que la contrariété de l'objet social à l'ordre public, il est sans doute permis d'y rattacher le cas de l'objet social contraire aux *bonnes mœurs*, c.-à-d. le cas de l'objet social contraire aux coutumes et à la morale de la société à un moment donné. Les bonnes mœurs constituent un ensemble de principes de conduite impératifs se rattachant au droit. Les bonnes mœurs se rencontrent dans d'autres domaines du droit (ex. : atteinte à la pudeur) mais sont difficilement concevables en droit des sociétés, sauf en ce qui concerne l'objet social qui pourrait contrevenir aux bonnes mœurs (ex. : une société dont l'objet social serait l'impression et la commercialisation de livres offensants).

**[150] Insuffisance du nombre d'associés ou de fondateurs valablement engagés.** — La nullité sera également prononcée si la société ne comprend pas *au moins deux fondateurs*<sup>4</sup> *valablement engagés* (art. 12ter L1915)<sup>5</sup>. Sauf évidemment pour les sociétés qui peuvent être unipersonnelles dès leur constitution (les SARL, SA et SAS) où il suffit d'un seul fondateur valablement engagé. Lorsque le type de société requiert des associés à statut différent, comme dans la société en commandite (simple ou par actions), il faudra au moins un associé commandité et un associé commanditaire.

L'article 12 § 2 n° 3 L1915 ne vise que la SEC, l'article 12 § 1<sup>er</sup> n° 4 applicable aux SCA n'exigeant qu'un seul fondateur.

<sup>1</sup> CJUE *Marleasing*, 13 nov. 1990, *RDC* 1991, p. 875; *RS* 1991, p. 532, note CHAPUT.

<sup>2</sup> LECOURT, *Objet social illicite et nullité de sociétés*, *Rev. sociétés* 2016, p. 219.

<sup>3</sup> Cour 2 juin 1978 : « un véritable trouble social (...) incompatible avec certains principes ou certaines structures fondamentales du droit luxembourgeois ».

<sup>4</sup> Pour le concept ; v. n° [881].

<sup>5</sup> Art. 12ter L1915 : « si la société ne comprend pas au moins un fondateur valablement engagé ».

Mais comme l'article 102 L1915 exige au moins un actionnaire indéfiniment et solidairement responsable et au moins un actionnaire qui n'engage qu'une mise déterminée, il faut lire le § 1<sup>er</sup> n° 4 de manière analogue à celui applicable à la SEC, en ce sens qu'il faudra deux fondateurs valablement engagés, l'un en tant que commandité, et l'autre en tant que commanditaire.

**[151] Causes additionnelles de nullité dans les sociétés à risque illimité.** — En raison de l'uniformisation des causes de nullité pour toutes les sociétés (commerciales comme civiles) ainsi que du caractère limitatif des causes de nullité énoncées à l'article 12ter L1915, il n'existe plus de causes de nullité absolue, relative ou d'annulabilité, même dans les sociétés à risque illimité. En particulier, la nullité de la société ne pourra pas résulter de l'une des causes de nullité des contrats en général (consentement, ...), ou du contrat de société en particulier (apports, ...).

Donc, dans le *vice du consentement*, l'inexistence du consentement dans le chef d'un associé ne constitue pas une cause de nullité de la société ; la seule conséquence en sera la nullité de la qualité d'associé, la société restant valablement constituée à l'égard des autres associés. Les apports annulés devant simplement être comblés (art. 31, 103 et 184 L1915), la société ne sera pas affectée par la nullité de certaines souscriptions. Le vice du consentement pourra résulter par exemple d'une erreur, qui devra cependant porter sur la substance et non la valeur du contrat. Elle peut également porter sur la personne d'un associé, sous condition cependant que la considération de cette personne ait été la cause essentielle de la convention. Le consentement se trouve également vicié s'il a été obtenu par la suite de manœuvres dolosives sans lesquelles il ne se serait pas engagé dans la société.

L'*incapacité* de contracter n'entraînera plus la nullité relative de la société (« nullité de protection »). Cependant, la personne que la loi entend protéger pourra l'invoquer afin d'être déliée de son contrat d'apport. Si elle s'en prévaut, la nullité de l'engagement de l'incapable n'entraînera pas l'annulation de la société, sauf dans l'hypothèse tout à fait exceptionnelle de la constitution d'une société exclusivement avec des

incapables.

L'article 12ter § 1<sup>er</sup> et § 2 in fine L1915<sup>1</sup> a aligné, suite à la loi du 10 août 2016, le régime juridique de la *clause léonine* dans les sociétés à risque illimité sur celui applicable dans les sociétés à risque limité : plutôt que d'entraîner la nullité de la société, la clause léonine n'est dorénavant plus que réputée non écrite.

## § 2. LA MISE EN ŒUVRE DES NULLITÉS

**[152] Personnes susceptibles d'invoquer la nullité.** — Pour intenter l'action, il faut avoir un *intérêt personnel* à agir.

Lorsque la nullité sanctionne une *nullité absolue*, tout tiers *intéressé* justifiant d'un intérêt personnel<sup>2</sup> pourra agir en nullité. La nullité de la société ne rétroagissant pas (v. n° [155]), elle ne porte pas atteinte non plus par elle-même aux engagements pris par la société envers les tiers, de sorte que les tiers ne justifient que rarement d'un intérêt personnel à agir.

Sur la base de ces considérations, l'action en nullité introduite par un *concurrent de la société* n'est sans doute pas recevable. Certes, le concurrent aura un intérêt à voir disparaître la société dont il demande la nullité. Toutefois, cet intérêt économique ne constitue pas un droit juridiquement protégé seul visé par le concept d'« intérêt à agir »<sup>3</sup>.

Lorsque la nullité a pour objet la protection d'intérêts particuliers, ceux d'une personne déterminée ou d'un groupe de personnes, elle est relative ; il s'ensuit, comme pour toute *nullité relative*, que seule la personne que la loi a voulu protéger pourra agir en

<sup>1</sup> Art. 12 § 2 n° 3 al. 3 L1915 : « Si les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes sont contraires à l'article 1855 du Code civil, ces clauses sont réputées non écrites. »

<sup>2</sup> DE PAGE, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., n° 89 ; MARTY/RAYNAUD, Traité de droit civil, T. II, p. 182 ; HOUPIBOSVIEUX, n° 774 ; ESCARRA/RAULT, T. 1<sup>er</sup>, n° 169 ; HEMARD et alii, t. 1<sup>er</sup>, n° 121.

<sup>3</sup> SIMONT, La loi du 6 mars 1973, *Rev. prat. soc.* 1974, p. 216.

nullité. Éventuellement, ce droit pourra être reconnu aux créanciers se prévalant de l'action oblique. Ce sera donc principalement l'associé qui agira en nullité de la société, et accessoirement les dirigeants, les curateurs ou liquidateurs, voire les salariés de la société. La nullité relative est toujours susceptible d'être confirmée par la suite, par la personne que la loi entend protéger<sup>1</sup>.

**[153] Délais pour agir.** — En droit commun, il faut distinguer les *nullités absolues* et les *nullités relatives*, la prescription étant trentenaire pour les premières et décennale pour les secondes. Cette distinction ne s'applique que subsidiairement aux sociétés, le droit des sociétés ayant opté de manière générale pour une *courte prescription de 5 ans* pour les actions en nullité (art. 157 L1915). Ce choix se justifie en raison des conséquences de l'annulation d'une société, conséquences qui sont bien plus graves que celles de l'annulation d'un contrat ordinaire : la société nulle a exercé une activité depuis sa création, de sorte que la nullité de l'acte de société mettrait en péril un nombre considérable de contrats passés par la société depuis sa création. Le point de départ pour le calcul du cours de la prescription est la publication de la constitution au Mémorial (autrement il n'y a aucune sécurité juridique à préserver)<sup>2</sup>. Le délai de prescription s'applique, en matière de nullités de société, de la même manière aux nullités invoquées à *titre principal* comme à celles invoquées à *titre d'exception*<sup>3</sup>.

**[154] Décision judiciaire d'annulation.** — La nullité d'une société ne peut être prononcée que par les tribu-

naux (art. 12 quater § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup>. La nullité ne saurait donc résulter d'un *accord entre les associés*<sup>5</sup>, ni d'une *transaction*. Bien que la loi ne le dise pas explicitement, il est admis que l'action en nullité doit être dirigée *contre la société elle-même*, sous peine d'irrecevabilité<sup>6</sup> ; le *défendeur* est nécessairement la société, car c'est elle qui est visée. On peut exercer autant d'actions en nullité qu'il y a des causes de nullité.

La nullité de la société doit être *obligatoirement prononcée par décision judiciaire*, à l'exclusion de tout autre moyen (v. n° [146]). La compétence des tribunaux luxembourgeois se limite aux sociétés de droit luxembourgeois, l'annulation d'une *société étrangère* ressortissant de la compétence exclusive des tribunaux de l'État où la société étrangère a son administration centrale.

L'autorité du jugement d'annulation n'est pas limitée aux seules parties au litige mais vaut à l'égard de toute personne (autorité « *erga omnes* »)<sup>7</sup> ; elle s'impose donc même à ceux qui n'ont pas été parties au débat (art. 12 quater § 1<sup>er</sup> al. 3 L1915)<sup>8</sup>. L'absence d'effet rétroactif entraîne l'impossibilité pour les tiers d'invoquer la nullité de la société, afin de se soustraire à leurs engagements. En vue de son opposabilité aux tiers, la décision d'annulation est publiée au Mémorial. Normalement, c'est à partir de la date de *publication* que la décision d'annulation produit ses effets à l'égard

<sup>1</sup> Cour 5 avr. 2006, *Somalux S.A.*, n° 28 131 ; Cour 14 juill. 2010, n° 34 800.

<sup>2</sup> Voilà pourquoi la courte prescription de 5 ans ne s'applique pas aux associations en participation ainsi qu'aux associations momentanées : Cour 25 mars 1940, *Pas.* 12, p. 60.

<sup>3</sup> Art. 12 quater § 2 L1915 (« ne peut être opposée (...) même par voie d'exception (...)»). En droit commun, la prescription n'atteint que l'action, elle ne concerne pas l'exception de nullité qui est, au contraire, perpétuelle. La loi sur les sociétés commerciales déroge ainsi au droit commun.

<sup>4</sup> Il est admis qu'une sentence arbitrale produit les mêmes effets, la nullité du contrat de société n'entraînant pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qui y est contenue : COIPEL, n° 166.

<sup>5</sup> La seule reconnaissance de la nullité par les associés reste donc sans effet. Par contre, ces personnes ont toujours le droit de décider la dissolution de la société en respectant les règles de forme et de fond prévues à cet effet (v. n° [627]).

<sup>6</sup> COIPEL, n° 167.

<sup>7</sup> Ce qui n'empêche cependant point un tiers d'intenter une nouvelle action en nullité, si le juge rejette la première demande : la décision de rejet d'une demande d'annulation n'a qu'une autorité relative : VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 390.

<sup>8</sup> Ce qui n'empêche toutefois ces tiers de pouvoir faire tierce opposition endéans les 6 mois de la publication de la décision ; art. 12 sexies L1915.

de tous. Toutefois, cette date peut être *reportée dans le temps*, pour les opérations intervenues avant le 16<sup>e</sup> jour qui suit celui de la publication, si le tiers peut prouver qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'en avoir connaissance. De même, la prise d'effet peut être *avancée dans le temps*, la décision d'annulation étant opposable aux tiers, dès avant sa publication, si la preuve de la connaissance de la décision peut être rapportée. L'associé, ni d'ailleurs la société, ne peuvent jamais opposer la nullité de la société aux tiers, tant que la décision judiciaire n'est pas intervenue (art. 12 quater §1 al. 3 L1915). Procéder autrement aboutirait à donner une prime à ceux qui n'ont pas respecté la loi (l'intérêt pour demander l'annulation doit être « légitime »).

**[155] Effets de la décision d'annulation : la liquidation de la société.** — La décision d'annulation est gouvernée par deux idées directrices.

Tout d'abord, la décision judiciaire aura un caractère constitutif et non pas déclaratif (annulation « *ex tunc* ») ; elle ne produira donc ses *effets que pour l'avenir* (art. 12 quater § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915). Cette solution, empruntée à la résiliation des contrats, peut a priori paraître surprenante, car, en règle générale, la nullité opère rétroactivement : les faux associés devraient donc reprendre leurs apports et régler leurs relations pécuniaires, sans tenir compte des statuts, sur la base des principes du droit extracontractuel (enrichissement sans cause, gestion d'affaires et responsabilité civile, selon les sphères d'application ordinaires de ces principes). Mais surtout cela aurait gravement nui aux intérêts des tiers ayant conclu avec la société : celle-ci s'évanouissant soudainement, ils devraient agir contre les « associés » pris isolément. Dans l'intérêt des tiers, il était préférable de laisser inchangées les parties contractantes par le passé et de laisser dès lors subsister à la fois le contrat liant les associés et celui conclu entre la personne morale et les tiers.

Ensuite, l'article 12 quinquies L1915 établit, tant à l'égard des tiers qu'entre associés, un régime unique pour toutes les sociétés dotées de la personnalité morale, en ce que la « nullité d'une société prononcée par une décision judiciaire (...) entraîne la liquidation de la

société (...) ». Le *droit commun de la liquidation* s'appliquant en la matière (v. n° [639]), les sociétés annulées seront réputées continuer à exister pour les besoins de leur liquidation et pourront, le cas échéant, être déclarées en faillite. La nullité mettant fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat de société (v. n° [155]), les *engagements pris par la société avant le prononcé de la décision* d'annulation resteront valables (art. 12 quinquies al. 2 L1915). Le caractère non rétroactif de la nullité empêche de ce fait que les créanciers sociaux puissent être considérés comme ayant traité avec les associés eux-mêmes plutôt qu'avec la société. La même remarque vaut évidemment pour les associés eux-mêmes, de sorte qu'il est tout à fait possible qu'un actionnaire reste tenu au versement du capital social qu'il a souscrit mais qu'il n'a pas encore libéré.

Les tribunaux peuvent, dans leur décision d'annulation, nommer les liquidateurs et déterminer le mode de liquidation (art. 12 quinquies 3<sup>e</sup> al. L1915). La *nomination des liquidateurs* n'est donc pas obligatoire mais constitue une simple faculté pour le juge. Malgré l'emploi du pluriel « liquidateurs » à l'article 12 L1915, il est admis que les tribunaux peuvent se contenter de nommer un liquidateur unique<sup>1</sup>. Lorsque plusieurs liquidateurs sont nommés par les tribunaux, ceux-ci prendront soin d'indiquer si les liquidateurs peuvent agir seuls ou ne le peuvent qu'en collège.

Les effets de la décision d'annulation étant ceux d'une liquidation après dissolution, la société sera maintenue pour le passé. Par conséquent, le liquidateur commencera à *payer les créanciers sociaux*. Ce n'est que si les créanciers sociaux ont tous été payés que les associés pourront *reprendre leurs apports*, et percevoir le cas échéant en sus un *boni de liquidation*.

**[156] Rapports entre associés.** — D'après le droit commun, la société nulle devrait avoir pour conséquence que chaque associé reprenne ses apports, franc de toute charge, sans pouvoir prétendre à aucun droit sur les bénéficiers. Telle est bien la règle à suivre au

<sup>1</sup> COIPEL, n° 191.

regard des incapables ou des associés dont le consentement a été vicié, lorsque la société est frappée de nullité relative. Mais il en va différemment des associés ne bénéficiant pas d'une protection de la loi et des nullités absolues du contrat de société. À leur égard, la reprise des apports est subordonnée à la contribution aux pertes qui a pour contrepartie la participation aux bénéfices. Malgré l'annulation de la société, ce qui aurait pu faire penser que l'on ferait abstraction de la charte fondamentale de la société, la répartition des bénéfices et des pertes se fait d'après les statuts de la société. En fait, en vertu de l'absence d'effet relatif, la société est, à l'égard des associés, considérée comme ayant existé valablement jusqu'à la date de son annulation, laquelle est assimilée à une dissolution prononcée par la justice.

**[157] Régularisation d'une société annulable.** — La législation luxembourgeoise ne contient aucune disposition relative à la régularisation éventuelle d'une société annulable. La *décision judiciaire d'annulation* étant *constitutive* et non pas *déclarative*, il faut logiquement admettre la possibilité de régulariser le vice qui entachait la société avant cette date, et éviter ainsi la décision d'annulation. La nullité agissant au jour du prononcé et non pas au jour de la demande en nullité, l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. La possibilité de régularisation est ouverte de la même manière pour toutes les causes de nullité, même lorsque l'*illicéité* ou la *contrariété* à l'*ordre public* de l'objet social sont invoquées<sup>1</sup>. La nullité n'apparaît ainsi que comme l'*ultimum subsidium*, du fait de la possibilité très largement admise d'une régularisation. Cette possibilité de régularisation des sociétés annulables se conçoit d'autant mieux que le souci du législateur communautaire était de ne faire des nullités qu'une sanction de caractère exceptionnel ; le juge saisi d'une action en nullité

devrait même, en l'absence de tout texte, pouvoir accorder des délais à la société afin de régulariser sa situation.

**[158] Responsabilités.** — Il existe deux cas d'ouverture d'une action en responsabilité :

- la première implique qu'une *nullité* ait été *prononcée*. Elle est prévue à l'égard des fondateurs des sociétés à risque limité<sup>2</sup>. Elle met à charge des fondateurs la réparation du préjudice qui est une suite immédiate de la nullité prononcée par application de l'article 12 quinquies L1915 ;
- la seconde suppose, au contraire, que la *cause de nullité n'existe plus*. Elle tend à réparer le préjudice causé, nonobstant la disparition de la nullité, par l'irrégularité dont la société était initialement entachée. En d'autres mots : si l'action en nullité devient irrecevable à défaut d'intérêt, en raison d'une régularisation (v. n° [157]) ou parce que l'action en nullité est prescrite (v. n° [153]), le requérant pourra néanmoins agir sur la base de l'article 1382 du Code civil pour obtenir réparation du préjudice que l'irrégularité peut lui avoir causé (art. 157 L1915 : « sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient dus »).

Dans chaque hypothèse, il s'agit d'une responsabilité pour faute, contractuelle ou délictuelle selon le cas, qui peut être engagée par tous ceux qui prouvent avoir subi un dommage. Il s'agit donc non seulement de la société elle-même (ou de son liquidateur), mais le cas échéant également des associés, des créanciers sociaux, et plus généralement de toute personne établissant son intérêt à agir.

## Section 2. La reprise des engagements de la société en voie de formation

La question de la reprise des engagements de la so-

<sup>1</sup> SIMONT, La loi du 6 mars 1973, *Rev. prat. soc.* 1974, p. 223, n° 97.

<sup>2</sup> Article 31 § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915 pour les SA ; art. 184 n° 3 pour les SARL ; art. 103 pour les SCA.

ciété en formation pose moins de problèmes au Luxembourg que dans d'autres pays, en raison du fait que la date de naissance de la société y est plus rapide (§ 1). Dans les rares cas où la problématique se pose, la difficulté consistera à déterminer les conditions sous lesquelles les actes posés par les fondateurs deviennent des actes de la société (§ 2).

### § 1. UNE PROBLÉMATIQUE LIMITÉE EN PRATIQUE

[159] **Société en voie de formation.** — La société passe souvent par plusieurs étapes avant de parvenir à la vie juridique. Ces étapes sont souvent rapides, mais elles peuvent également l'être moins selon la diligence plus ou moins grande des parties et de leurs conseils. Parfois, cependant, la société non encore constituée doit agir vite pour se mettre en mesure d'accomplir son objet social : location d'un local, embauchage de personnel, etc. Ces opérations accomplies avant la naissance de la société posent la question de la reprise de ces engagements par la société une fois constituée<sup>1</sup>. À l'étranger, notamment en France, la question est d'importance, car la société n'y a d'existence juridique que du moment où elle a été immatriculée au RCS. La Belgique lui a emboîté le pas avec la loi du 13 avril 1995, en ce sens que désormais les sociétés n'y acquièrent la personnalité morale qu'à partir du dépôt de leur acte constitutif (art. 2 al. 3 Code des sociétés belge, art. 1832 al. 3 C.civ. belge). On conçoit que dans ces pays la question ait une importance pratique certaine, car des délais significatifs peuvent survenir depuis la signature des statuts et leur dépôt.

Au Luxembourg, en revanche, la naissance de la société a lieu plus tôt, au moment de la signature des statuts (v. n° [169])<sup>2</sup>. La question de la reprise des

engagements par la société présente dès lors au Luxembourg une question d'importance bien moindre, car la société en formation est une société en devenir, de sorte à n'avoir qu'une brève durée de vie: la société en formation, à ne pas confondre avec la société de fait, vise la situation des actes préparatoires à l'exploitation future accomplis par les fondateurs pour le compte de la société, avant que les statuts n'aient été signés.

[160] **Nécessité d'une réglementation du sort des engagements pris pour compte de la société en voie de formation**<sup>3</sup>. — La loi sur les sociétés commerciales, dans sa version antérieure à la loi du 23 novembre 1972, ne contenait aucune disposition quant à la reprise des actes accomplis par la société en voie de formation.

Les difficultés qui s'y posaient se trouvaient résolues par référence au droit commun, notamment par référence aux concepts de gestion d'affaires, d'enrichissement sans cause et de porte-fort<sup>4</sup>. La *gestion d'affaires*<sup>5</sup> (art. 1372 C.civ.) est le service rendu de manière spontanée par une personne au profit d'une autre. L'exemple classique est celui d'une personne qui intervient pour bâcher l'immeuble de son voisin, parti en vacances, dont la toiture a été emportée par la tempête. La gestion d'affaires se caractérise donc notamment par le fait que le gérant ait eu l'intention d'agir dans l'intérêt d'un tiers<sup>6</sup>. La gestion d'affaires repose sur la reconnaissance du devoir d'entraide : il est équitable que celui qui est venu en aide bénévolement ne supporte

---

d'arrondissement à Luxembourg, lequel définit la société en formation comme étant la société valablement constituée mais « non encore immatriculée ». Cet arrêt s'est inspiré erronément des dispositions légales françaises en la matière.

<sup>3</sup> SIMONT, Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation, in : *Les sociétés commerciales*, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985 ; SIMONT, Les actes accomplis au nom d'une société en formation, *RPS*, p. 65 ; VAN DER HAEGEN/VERBAEKEN, L'adaptation de la législation belge à la première directive de la CEE relative aux sociétés, *JT* 1974, p. 129 ;

<sup>4</sup> ESCARRA/RAULT, *Traité de sociétés commerciales*, T. 2, n° 743, Paris, 1950-60.

<sup>5</sup> BOUT, La gestion d'affaires en droit français contemporain, th. Aix, 1972.

<sup>6</sup> Lux. 2 févr. 1931, *Pas.* 12, p. 477.

---

<sup>1</sup> Cour 29 janv. 2003, n° 26 150 : « La société est en formation dès que les fondateurs ont manifesté leur volonté concrète de constituer une société et qu'ils ont commencé une exploitation anticipée ».

<sup>2</sup> Il ne faut dès lors pas porter une trop grande attention à l'arrêt du 15 juill. 1988 (n° 356/88) du Tribunal



pas les conséquences financières de son bénévolat. Conformément au droit commun, si le géré (ici la société) ratifie la gestion du gérant, la gestion d'affaires se transforme a posteriori en mandat, de sorte que c'est la société qui se trouve engagée vis-à-vis des tiers pour toutes les obligations contractées par le gérant. Si la société ne ratifie pas la gestion du gérant, il faudra distinguer selon qu'il a indiqué ou non au tiers qu'il agissait pour la société en voie de formation : dans le premier cas, le gérant n'a aucune obligation, celle-ci incombant à la société ; dans le second cas, le gérant aura agi en son nom personnel, le tiers n'ayant d'action que contre lui.

L'*enrichissement sans cause* est un concept construit par la jurisprudence à partir de la notion d'équité et vise les cas de figure où une personne s'est enrichie indûment sans qu'il y ait eu de remise d'une chose : si une personne s'est enrichie au détriment d'une autre qui s'est appauvrie corrélativement et que l'enrichissement est sans cause (pas d'acte juridique, pas de règle légale ou coutumière, pas de faute de l'appauvri), l'enrichi devra restituer à l'appauvri tout ou partie de l'enrichissement.

La *promesse de porte-fort* (art. 1120 C.civ.), obligation autonome, est l'engagement personnel pris par une personne le promettant, d'obtenir le consentement d'un tiers au sujet d'un acte juridique, comme par exemple la vente d'un bien, sous peine, s'il n'y parvient pas, de devoir indemniser son cocontractant<sup>1</sup>. La promesse de porte-fort suppose donc une garantie explicite du promettant d'exécuter ou de faire exécuter l'engagement principal souscrit par un tiers. Si la société, une fois constituée, ratifie les opérations faites par le porte-fort, cette ratification écartera pour le porte-fort toute obligation personnelle, tout se passant comme si la société avait initialement contracté avec le cocontractant. Le refus de ratification, quant à lui, aura pour conséquence de priver le contrat de toute efficacité<sup>2</sup> (p.ex. : l'immeuble acquis sera restitué), le promettant devant toutefois indemniser son cocontractant du préjudice résultant de cette non-ratification<sup>3</sup>. Une obligation accessoire sous la forme d'un cautionnement peut être adossée à la promesse de porte-fort. Tel sera le cas si la personne promet non seulement la ratification d'un engagement par un tiers (« *porte-fort ratification* »), mais si en plus elle garantit la bonne exécution d'un engagement par un tiers (« *porte-fort exécution* »).

<sup>1</sup> Art. 1120 C.civ. : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

<sup>2</sup> BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, th., Caen, 1933.

<sup>3</sup> Cour 17 janv. 2001, *Pas.* 32, p. 191.

Dans ce cas, le promettant sera dégagé de son obligation principale, la ratification, en cas de souscription par le tiers ; mais il ne sera dégagé de son obligation secondaire qu'à la parfaite exécution de cet engagement par le tiers. Le porte-fort exécution joue donc en tant que garantie d'exécution<sup>4</sup>.

Ces dispositions ont été jugées insuffisamment protectrices des tiers par la première directive communautaire en matière de droit des sociétés. En effet, sous l'ancien droit, il ne se posait certes aucune difficulté si la société ratifiait les actes accomplis pour compte de la société en voie de formation : qu'il y ait eu gestion d'affaires ou promesse de porte-fort, la société seule était tenue. Mais il en allait différemment dans l'hypothèse de la non-ratification : celui qui se porte fort ne doit jamais exécuter lui-même l'acte pour lequel il s'est porté fort, son obligation se limitant au versement de dommages-intérêts ; quant au gérant d'affaires, il n'assume de responsabilité personnelle qu'en cas de faute spécifique distincte de sa seule intervention au titre de gérant<sup>5</sup>.

## § 2. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

[161] **Reprise des engagements par la société.** — La reprise de l'engagement par la société *vaut ratification* ; elle empêche donc la naissance de l'obligation personnelle du promoteur qui se trouve libéré de façon rétroactive vis-à-vis du tiers. Afin de ne pas laisser les tiers trop longtemps dans l'incertitude, la reprise des engagements doit avoir lieu *dans les deux mois de la constitution* de la société, ou si la société n'est pas constituée, dans les deux ans de la naissance de l'engagement. Lorsque la reprise est tardive, le tiers bénéficiaire disposera de deux débiteurs : la société, car elle a ratifié ; mais également le promoteur, la condition résolutoire<sup>6</sup> étant accomplie.

La reprise de l'engagement, si elle n'est certes pas

<sup>4</sup> BARBERI, *Promesse de porte-fort*, *BJS* 2006, p. 482.

<sup>5</sup> VAN OMMESLAGHE, *op.cit.*, p. 79.

<sup>6</sup> Il existe une controverse quant à la question de savoir si l'engagement du promoteur est de type suspensif ou résolutoire ; v. MALHBERBE/LAMBRECHT, n° 440.

automatique<sup>1</sup>, n'est cependant soumise à *aucune forme particulière* ; elle peut être expresse comme tacite, pour autant qu'elle soit certaine, tout en émanant bien sûr de l'organe social compétent<sup>2</sup>.

Dans tous les cas de figure, la reprise des engagements par la société ou ratification ne sera *opposable aux tiers* que si le fondateur indique, lors de la passation de l'acte, qu'il agit pour le compte de telle ou telle société en formation<sup>3</sup>. Afin de ne pas induire le tiers sur le régime de la responsabilité des associés, les promoteurs devraient sans doute indiquer au moins la forme juridique de la future société. La ratification est remarquable d'un point de vue théorique, car elle équivaut à une reprise rétroactive des engagements, les engagements étant réputés contractés dès l'origine par la société. Il s'ensuit que les fondateurs sont rétroactivement libérés de toute obligation à l'égard des tiers contractants.

**[162] Responsabilité personnelle et solidaire des promoteurs.** — Aussi ce système a été profondément remanié suite à la loi de 1972 introduisant en droit luxembourgeois l'article 12 bis L1915. Suivant ce texte, qui est d'application pour toutes les sociétés commerciales, *les personnes physiques ou morales qui agissent pour compte de la société en voie de formation* (les « promoteurs ») deviennent personnellement et solidairement responsables des engagements pris, si la société ne reprend pas ceux-ci<sup>4</sup>. Protectrice de l'intérêt des tiers, la responsabilité existe, que l'engagement ait été pris au titre de la gestion d'affaires ou au titre de la promesse de portefort. Le promoteur, obligé de

s'exécuter, pourra cependant, tout comme par le passé, *exercer contre la société un recours* fondé soit sur la gestion d'affaires, soit sur l'enrichissement sans cause<sup>5</sup>. Bien entendu, comme par le passé, la *ratification* par la société décharge les fondateurs de toute responsabilité, les engagements étant alors réputés avoir été contractés par la société dès l'origine (art. 1338 C.civ.).

L'article 12 bis L1915 se réfère aux « *engagements à quelque titre que ce soit* » et a donc une portée tout à fait générale, quoique limitée aux relations externes de la société, donc celles résultant d'opérations impliquant des tiers (à l'exclusion donc des contrats et actes avec les associés ou fondateurs). Il vise donc non seulement les *contrats* mais également les *actes juridiques unilatéraux*, car les deux créent des liens de droit (des « engagements »). Faut-il y inclure les obligations délictuelles et quasi délictuelles ? Sans doute non, par référence aux règles de la responsabilité du mandataire : la représentation n'y joue que pour les actes juridiques, et non pas pour les faits juridiques tels les quasi-délits<sup>6</sup>. Il faut admettre dès lors que la société, lorsqu'elle ratifie un engagement constitutif d'un quasi-délit, commet un quasi-délit se superposant à celui du promoteur, sans l'absorber<sup>7</sup> : le promoteur est responsable pour l'avoir commis ; la société, lorsqu'elle l'a repris.

**[163] Non-reprise par la société des engagements des promoteurs.** — Si la société ne reprend pas l'engagement, elle y demeurera totalement étrangère, de sorte que ce sera le promoteur qui assumera seul la responsabilité de l'engagement. La *responsabilité* des promoteurs n'est pas à comprendre en tant qu'obligation d'indemniser les tiers avec dommages-intérêts en cas de non-reprise des actes par la société.

<sup>1</sup> Cour 30 avr. 1997, n° 16 751.

<sup>2</sup> Le paiement par la société de la dette contractée par le fondateur n'est pas toujours suffisant pour démontrer la ratification tacite : Cour 6 mai 1998, *Pas.* 31, p. 34.

<sup>3</sup> Cour 6 mai 1998, *Pas.* 31, p. 34.

<sup>4</sup> L'engagement du promoteur est frappé d'une condition suspensive (« si ») et non pas résolutoire : le souci légitime de protection des tiers ne doit pas aller jusqu'à leur donner la possibilité d'assigner le promoteur en passation de l'acte dès sa signature ; en ce sens COIPEL, n° 234.

<sup>5</sup> COIPEL, n° 237.

<sup>6</sup> DE PAGE, *Traité de droit civil*, T. V, n° 361 ; STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, 1982, n° 268.

<sup>7</sup> SIMONT, Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation. In : *Les sociétés commerciales*, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985, p. 82.

Ce que le législateur vise ici, c'est d'obliger le promoteur d'honorer en son propre nom l'engagement qu'il a pris pour compte de la société<sup>1</sup> : il devra le cas échéant s'exécuter en nature. L'article 12 bis L1915 visant la protection des tiers, il n'existe aucune responsabilité d'un promoteur vis-à-vis d'un autre promoteur<sup>2</sup>.

La responsabilité des promoteurs est *personnelle et solidaire*. Elle est personnelle en ce sens qu'elle ne joue que dans la mesure où le promoteur est intervenu personnellement à l'acte ; le simple accord du promoteur n'est pas suffisant pour entraîner sa responsabilité<sup>3</sup>. La loi prévoit que la responsabilité des promoteurs entre eux est solidaire, s'il existe plusieurs promoteurs. La loi restant muette sur la responsabilité de la société avec les promoteurs, celle-ci n'existe donc point.

Par ailleurs, l'article 12 bis L1915 constituant une simple *disposition impérative* (et non pas d'ordre public), les tiers peuvent renoncer à la protection légale, par exemple en convenant avec le promoteur que sa responsabilité personnelle et solidaire ne jouera pas (« sauf convention contraire ») en cas de non-reprise de l'engagement par la société. Afin d'échapper à sa responsabilité, le fondateur pourra donc subordonner la naissance de l'engagement à la condition suspensive de sa reprise par la société.

---

<sup>1</sup> COIPEL, n° 233. C'est ainsi que l'achat d'immeuble fait pour compte de la société deviendra un achat pour compte du promoteur lui-même, si la société ne reprend pas l'engagement.

<sup>2</sup> Lux. 30 nov. 1988, n° 34.097.

<sup>3</sup> SIMONT, *op.cit.*, p. 83.



### **Titre 3. L'organisation de la société**

[164] **Présentation.** — Dans un souci d'efficacité dans la gestion sociale, le droit attribue, la plupart du temps, la personnalité juridique à la société, de sorte que c'est la société elle-même qui agit, et non la collectivité des associés (chapitre 1). Dans la pureté des principes, la totalité des pouvoirs de gestion appartient aux seuls associés (chapitre 2). Il n'est cependant guère concevable, surtout dans les structures sociétaires à large actionnariat, de réunir à chaque fois les associés pour débattre des décisions de gestion à prendre. Les nécessités et la complexité de la gestion sociale nécessitent que le fonctionnement au quotidien de la société soit confié à des organes sociaux spécialisés agissant pour compte de la société et donc de ses associés (chapitre 3). Afin de garantir que l'activité des organes de gestion soit effectivement accomplie dans l'intérêt de la société, il fallait prévoir des mécanismes de contrôle en confiant cette fonction à des organes autonomes (chapitre 4). Ainsi s'établit une division tripartite des pouvoirs.



**CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ EN TANT QUE  
PERSONNE MORALE<sup>1</sup>**

[165] **Présentation.** — La société ne se résume pas seulement à un contrat ; elle est également (la plupart du temps) une personne juridique à part. C'est là l'un des principaux particularismes du contrat de société, en ce qu'il donnera régulièrement naissance à une personne distincte de celle des associés. La société n'étant pas une personne physique, on utilise le terme de « personne morale ». L'attribution (Section 1) de la personnalité morale à une société sert non seulement à l'identifier, à marquer son existence (Section 2). Elle lui permet également de devenir titulaire de droits et d'obligations, au même titre que les personnes physiques, et donc de disposer de la « personnalité juridique » (Section 3). La personnalité morale s'inscrit donc dans une logique d'identification et d'action de la société.

**Section 1. L'attribution de la personnalité morale**

La personnalité morale présente des particularités certaines par rapport à la personnalité juridique des personnes physiques (§ 1). Ces particularismes expliquent également les solutions retenues sur le plan du droit positif en ce qui concerne la naissance et la fin de la société (§ 2).

<sup>1</sup> BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, Paris, 2004 ; DAL/DUMONT, *La personnalité juridique des sociétés*, in : CENTRE JEAN RENAULD, *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999 ; METZLER, *La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise*, *Pas.* 1950, p. 1 ; MICHAUD, *La théorie de la personnalité morale*, 3<sup>e</sup> éd. par TROTABAS, 2 vol. 1932.

**§ 1. LA NATURE DE LA PERSONNALITÉ MORALE<sup>2</sup>**

[166] **Une lente évolution : de l'indivision vers l'existence juridique.** — Si A et B constituent ensemble une société, il n'est a priori pas évident d'en déduire qu'il y aurait dorénavant trois personnes juridiques : A et B bien sûr, mais également la société issue du contrat<sup>3</sup>. Sur quel texte fonder cette conclusion ?

Au temps de POTHIER, seules les compagnies royales de commerce et d'industrie bénéficiaient de la personnalité morale, et on expliquait cela par les actes de concession royale auxquels ces sociétés devaient leur existence. Tout comme POTHIER, le Code civil, quand il définissait en 1804 la société comme un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettaient en commun quelque chose, entendait que la société fût une communauté entre particuliers, organisée sous forme de copropriété, une indivision comparable à l'indivision héréditaire.

Toutefois, selon l'article 529 C.civ. : « Sont meubles par la détermination de la loi, (...) les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » D'après ce texte, les actions émises par des sociétés détenant des immeubles sont des meubles dans le chef des associés. Pourtant, des immeubles détenus en commun par plusieurs personnes restent en principe des immeubles pour ces personnes ; ils sont seulement détenus en indivision. Si les droits des associés dans une société détenant un immeuble sont des meubles, c'est donc qu'ils portent sur autre chose que l'immeuble lui-même. Mais il faut bien que l'immeuble appartienne à quelqu'un. N'appartenant

<sup>2</sup> SIMONART, *La personnalité morale en droit comparé*, Bruxelles, 1995.

<sup>3</sup> Comp. METZLER, *La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise*, *Pas.* 15, p. 1.

pas aux associés, il ne reste que la société. Elle est donc un sujet de droit. Cela a permis de fonder, non sans mal, la personnalité morale des sociétés anonymes, seules visées à l'article 529 C.civ.

Les autres sociétés de commerce devaient attendre deux années supplémentaires et l'entrée en vigueur du *NCPC*. L'article 68 de ce texte disposait en effet que les sociétés de commerce devaient être assignées « en leur maison sociale », et non pas au domicile de chacun des associés. Comme on peut présumer qu'une personne n'est assignée que parce qu'elle doit sans doute quelque chose, on en a déduit que le législateur avait entendu conférer la personnalité morale aux sociétés de commerce.

Restait enfin la *société civile*. Sous l'influence d'un auteur belge<sup>1</sup>, la Belgique a conclu dans un premier temps à l'inexistence de la personnalité morale de la société civile. La doctrine dominante française (LYON-CAEN, AUBRY et RAU) lui emboîta le pas, jusqu'à ce que la Cour de cassation française se prononce en 1891 au profit de la personnalité morale des sociétés civiles ; en forçant quelque peu les textes du Code civil et en se bornant à affirmer plutôt que de démontrer. Malgré les critiques portées à cet arrêt de la Cour de cassation, la doctrine s'accorda néanmoins à trouver la solution comme étant heureuse. La jurisprudence luxembourgeoise devança sur ce point l'étranger en confirmant dès 1875 la personnalité morale des sociétés civiles<sup>2</sup>. La jurisprudence fut consacrée par le législateur en 1933 avec l'article 3 L1915.

La personnalité morale en droit des sociétés doit être distinguée de la *personnalité morale en droit fiscal*. Certaines sociétés ont certes la personnalité morale, mais n'ont pas la personnalité fiscale. Dans ce cas, le droit fiscal attribue directement aux associés les biens détenus ainsi que les revenus perçus par la société<sup>3</sup>, comme s'ils exploitaient une entreprise individuelle. Le

droit fiscal qualifie de « transparentes » les sociétés de personnes ; dans ce cas, l'impôt est établi non pas au nom de la société, mais au nom de chaque associé<sup>4</sup>. Les sociétés sont « opaques » dans le cas contraire, c.-à-d. lorsque leur personnalité fiscale est pleinement reconnue et que, par conséquent, l'impôt sur le revenu est établi en leur nom.

Quelle que soit leur forme, civile ou commerciale, les sociétés ont en commun d'avoir la personnalité morale. L'article 2 de la loi de 1915 déclare ainsi pour les sept espèces de sociétés commerciales que « *chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés* ». Il en est de même pour les sociétés civiles qui « constituent pareillement une individualité juridique distincte de celle des associés » (art. 3 L1915). Seules quelques sociétés, plutôt rares en pratique, n'ont pas d'individualité juridique distincte de celle de leurs associés : les sociétés commerciales momentanées, les sociétés commerciales en participation et les sociétés en commandite spéciale (art. 2 al. 4 L1915).

**[167] Justifications de l'existence de la personne morale<sup>5</sup>.** — Si l'existence de la personnalité morale est certaine, pour la plupart des sociétés, la raison de cette existence reste cependant controversée. Il existe au moins trois conceptions pour justifier l'existence de la personnalité morale.

La première est liée à la notion de *patrimoine d'affectation*. Selon cette conception, la possession d'un patrimoine affecté à la réalisation d'un but suppose la personnalité morale<sup>6</sup>.

---

personnes juridiques en matière fiscale, *IFA LXXIVa*, Deventer, 1989, p. 363 ; STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

<sup>4</sup> V. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

<sup>5</sup> DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – Contribution à la théorie de la personnalité morale*, 2 vol., Paris, 2006 ; LE CANNU (dir.), *Le Code de commerce de 1807 et le mystère de la personnalité morale*, in : *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Paris, 2008, p. 211.

<sup>6</sup> PERCEROU, *La personnalité morale, patrimoine*

---

<sup>1</sup> THIRY, Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés ? *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1854, p. 412.

<sup>2</sup> Cour 11 mars 1875, *Pas.* 1, p. 63.

<sup>3</sup> V. KAUFFMAN/KAUFFMAN, La non-reconnaissance des



Cette théorie d'inspiration allemande n'a guère la faveur dans nos conceptions du droit. Les biens qui sont simplement affectés à un but n'appartiennent réellement à personne, d'où la création du patrimoine d'affectation. Du coup, on peut hésiter sur l'applicabilité éventuelle de l'article 539 C.civ., selon lequel les biens vacants et sans maître appartiennent au domaine public. Ce n'est évidemment pas ce qui est recherché dans une société. Il est dès lors préférable de comprendre le patrimoine d'affectation comme la consécration juridique de biens communs appartenant aux différents membres du groupement. Comme il fallait éviter l'état anarchique de l'indivision du droit romain, il a fallu trouver autre chose : ce fut chose faite avec la propriété en main commune (« *gesamthändisches Eigentum* »). L'inconvénient de cette institution juridique, que l'on retrouvait au Moyen-Âge avec les communautés domestiques et par la suite avec les communautés taisibles, est qu'elle était devenue tout à fait marginale dans le quotidien. Assoir sur de telles bases une technique juridique récente et vitale pour la plupart des entreprises ne pouvait réellement être envisagé.

La deuxième est appelée *théorie de la réalité*. Elle repose sur l'idée selon laquelle la personnalité morale a une existence réelle que le législateur n'aurait qu'à constater. Aux termes de cette théorie, rencontrée souvent en doctrine française<sup>1</sup>, la société est un groupement humain ayant un centre d'intérêt distinct de celui de ses associés, une volonté collective et une activité particulière.

La théorie de la réalité peut elle-même être subdivisée en trois<sup>2</sup>.

La *théorie organique ou biologique* : la personnalité morale a une existence comparable à celle des personnes physiques. Elle est un corps, un organisme dans lequel les cellules composantes ont perdu leur individualité pour constituer un tout, une nouvelle personne civile. Cette thèse largement défendue en Allemagne, notamment par GIERKE, a été résumée comme

suit<sup>3</sup> : « La société n'est pas une fiction, un symbole, une pièce de la machinerie étatique, un nom collectif pour les individus, mais un organisme vivant et une personne réelle, avec un corps, des membres et une volonté qui lui est propre. Elle-même peut vouloir, elle-même peut agir. Elle a des volontés et agit par les hommes qui sont ses organes, comme l'homme a des volontés et agit au travers de son cerveau, de sa bouche et de ses mains. Ce n'est pas une personne fictive [...]. C'est un groupe, et sa volonté est une volonté de groupe ».

La *théorie de la réalité sociologique* : cette thèse fut notamment défendue par DURKHEIM. Pour ce grand sociologue, « la société n'est pas une simple somme d'individus (...) mais une réalité spécifique qui a ses caractères propres »<sup>4</sup>. La société est une « individualité » dans la mesure où elle a une existence intrinsèque qui fédère et fait d'elle une unité cohésive et durable. Ayant une volonté collective, distincte des volontés individuelles de ses membres, la société aurait une réalité similaire à celle des personnes physiques, même si elle n'existe pas en chair et en os.

La *théorie de la réalité technique*<sup>5</sup> : cette thèse fut notamment défendue par MICHOUUD. Selon cet auteur, il existe deux sortes d'intérêts juridiques : les intérêts individuels et les intérêts collectifs. Les premiers sont ceux des personnes physiques, les seconds ceux des personnes morales. Dès lors qu'il existe un intérêt collectif organisé distinct des intérêts individuels des membres du groupement, et que cet intérêt est juridiquement digne d'être protégé, l'État devrait reconnaître cet intérêt collectif en postulant l'existence d'une personnalité morale. Cette théorie tente ainsi à la fois de tenir compte de la société comme phénomène social et de rester respectueuse de l'autorité étatique, puisqu'il appartient à l'État seul de reconnaître l'existence de la personne morale.

### [168] La personne morale est une fiction juridique.

— Pour les tenants de la théorie de la fiction, la personnalité morale n'existe pas réellement : elle est une création purement artificielle. Comme toutes les fictions juridiques, elle dépendrait de la volonté du législateur. La personnalité morale n'existerait ainsi que

*d'affectation*, th., Paris, 1951.

<sup>1</sup> Cass. fr. 28 janv. 1954, *Dall.* 1954, p. 217, note LEVASSEUR : « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par la suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

<sup>2</sup> MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3<sup>e</sup> éd. par TROTABAS, 2 vol., Paris, 1932.

<sup>3</sup> MAITLAND, *Political theories of the Middle Age*, 1900, p. xxvi.

<sup>4</sup> DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1956, p. 103 et 143.

<sup>5</sup> MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3<sup>e</sup> éd. par Trotabas, Paris, 1932 ; CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Paris, 1935.

dans un but purement pratique<sup>1</sup>. C'est l'approche retenue en droit belge<sup>2</sup> et luxembourgeois<sup>3</sup>.

La personnalité morale comme fiction remonte à POTHIER. La théorisation la plus connue en a été proposée par SAVIGNY qui a inspiré l'école dite de la fiction<sup>4</sup>. Dans cette conception, les personnes morales sont de simples artifices créés pour des raisons d'efficacité. Cette approche de la nature de la personne morale fut de tous temps critiquée, la critique étant parfois facile : « Dire que des biens d'un groupement appartiennent à une personne fictive, c'est dire, en termes à peine déguisés, qu'ils n'appartiennent à personne<sup>5</sup> ». Ou pour reprendre l'expression de BRINZ<sup>6</sup> : « autant accrocher un chapeau à un portemanteau peint sur le mur ».

Le doyen HAMEL, en se demandant si la personnalité morale n'est au fond qu'un attribut juridique attaché à certains groupements d'affaires pour des raisons d'utilité pratique, pose la bonne question : la personnalité morale est conférée à certains groupements d'affaires afin que ceux-ci puissent posséder un patrimoine ; leur fonctionnement est calqué sur celui des personnes physiques par l'effet d'une fiction de la loi. La thèse de la fiction de droit a convaincu<sup>7</sup> : existant indépendamment de la loi et antérieurement à elle, les individus ont des droits résultant de la nature ; les sociétés, au contraire, n'existent qu'en raison de la loi et ne disposent de droits que dans la mesure où la loi a bien voulu leur en accorder. Seuls les individus ont une véritable personnalité ; par contre, la person-

nalité morale accordée à des groupements est le résultat d'un artifice, les personnes morales étant des créations de pure technique. La personnalité morale est donc une fiction juridique. Seule la loi peut user de ce procédé ; elle seule peut, par une disposition expresse, accorder, à son gré d'ailleurs, la personnalité morale à un groupement.

Les sociétés ne sont pas des *personnes physiques* ; elles ont beau être des sujets de droit et disposer des mêmes droits et être tenues des mêmes obligations que les personnes physiques, mais l'assimilation ne saurait être totale. Il existe en effet des *différences certaines* entre la personnalité juridique des personnes morales et la personnalité juridique des personnes physiques. D'une part, l'existence d'une personne physique ne découle pas d'un acte juridique. D'autre part, on ne peut délibérément restreindre l'existence d'une personne physique à un but en décidant de limiter la reconnaissance de l'individu à ce but. Enfin, on ne peut limiter l'existence d'une personne physique quant à sa durée en décidant qu'elle n'existera que pour un certain nombre d'années. L'existence d'une personne morale, en revanche, dépend d'un acte de volonté, d'un contrat. Cet acte juridique peut restreindre cette existence, l'assortir de limites. L'assimilation des personnes morales ou personnes physiques a donc ses limites.

## § 2. LA PERSONNALITÉ MORALE DANS LE TEMPS

**[169] Début de la personne morale : la théorie de la libre constitution.** — À partir de quel moment la société, personne morale, naît-elle ? Est-ce à partir du moment de l'échange de volontés portant sur le contrat de société ? Lors de la signature de l'acte notarial ? Ou est-ce que la société n'existe qu'à partir du moment où toutes les formalités de constitution, notamment les formalités de publicité, ont été accomplies ? La question présente un intérêt pratique en raison des actes qui doivent être accomplis pendant la période de la formation de la société.

L'article 1843 du Code civil résout comme suit cette question : « *la société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque* ». Donc, *la personnalité morale prend naissance dès l'accord des*

<sup>1</sup> HAMEL, La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, chr. p. 141.

<sup>2</sup> GANSHOF VAN DER MEERSCH, Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit, *J.T.* 1970, p. 568 ; Cass. belge 28 avril 1966, *Pas.* 1966, I, p. 1087.

<sup>3</sup> Cour admin. 1<sup>er</sup> février 2007, n° 21 364 : « l'existence de la personnalité morale ne dépend point de la nature des choses, mais est issue de façon fictive et juridiquement artificielle de la législation ».

<sup>4</sup> F. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, ou Traité de droit romain actuel, dans lequel cette question est étudiée dans le tome 4, publié en 1845.

<sup>5</sup> MICHOD, op.cit., T. 1, p. 18.

<sup>6</sup> BRINZ, *Pandekten*, 3<sup>e</sup> éd., T.1, p. 126.

<sup>7</sup> Récemment : SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995.

parties sur le contrat de société<sup>1</sup>, d'où le nom de « *théorie de la libre constitution* »<sup>2</sup>. Seules les sociétés en participation, les sociétés momentanées ainsi que des sociétés de fait<sup>3</sup> dérogent à ce principe, puisqu'elles n'ont pas la personnalité morale.

Parfois le législateur déroge à cette règle en reportant la date de naissance de la personnalité juridique à la date de publication du groupement au Mémorial, sinon au RCS : association sans but lucratif et fondation (Mémorial) ; GIE et GEIE (RCS) ; Société Européenne (RCS). La raison est qu'en droit étranger la naissance de la personnalité morale est généralement conditionnée par la satisfaction des exigences de publication et non pas par l'accord de volontés, les textes communautaires retenant de ce fait cette solution également.

L'acte constitutif peut toutefois fixer une *date ultérieure* pour le commencement de la société en retardant dans le temps la date de naissance de la société. L'inverse, en revanche, n'est pas possible : la société ne saurait être créée par un acte ayant un *effet rétroactif*, fixant la date de naissance à une date antérieure à l'accord des volontés. La société peut donc au mieux reprendre les droits et obligations antérieurs à sa constitution<sup>4</sup>.

Exemple : Il est parfois nécessaire de conclure par avance des contrats de travail avec des personnes qui seront les salariés de la société. Si la société existe en tant que personne morale dès la conclusion du contrat, ces actes sont passés en son nom. C'est la société qui se trouve engagée. Au contraire, si elle naît à la suite des formalités de constitution, notamment des formalités de

publicité, ce sont les fondateurs, c.-à-d. les comparants à l'acte constitutif, qui se trouvent personnellement engagés. Ce problème se pose, d'une manière générale, pour toutes les sociétés.

**[170] Fin de la personne morale.** — La durée de la société est déterminée par les associés. La loi exige que la durée de la société soit indiquée dans les statuts et soit *publiée*, afin d'en informer les tiers (art. 6 dernier alinéa L1915).

Les associés peuvent décider que la société sera dissoute au bout d'une certaine durée, par exemple trente ans. La société sera dans ce cas à *durée limitée*. L'article 1865 Code civil décide ainsi que « la société finit par l'expiration du terme pour laquelle elle a été contractée ». Si, en revanche, les associés ne prévoient pas de durée limitée, la société aura une *durée illimitée* (art. 1844 C.civ.). Les associés disposeront bien évidemment toujours de la possibilité de dissoudre anticipativement la société, en suivant les règles prévues en matière de changements statutaires (v. n° [522]).

Si la durée de la société est limitée (nombre d'années, date précise, évènement déterminé), la société sera dissoute de plein droit à l'arrivée du terme qui se calculera depuis la date de la constitution de la société (v. n° [169]). Les associés peuvent toutefois échapper à cette dissolution en prorogeant la société pour une durée nouvelle ou pour une durée illimitée. Pareille décision, impliquant modification du pacte social, sera prise suivant les conditions requises pour modifier les statuts de la société. La *prorogation* devra nécessairement être votée avant l'expiration du terme statutaire ; passé ce délai, la société est dissoute et les associés n'auront d'autre ressource que de reconstituer une société nouvelle et de liquider l'ancienne. Afin d'éviter ce risque, les statuts prévoient parfois une *clause de prorogation tacite*. On se trouvera dans cette situation si les statuts prévoient une durée relativement courte mais qui sera prorogée tacitement, par périodes de même durée, sauf volonté contraire d'un ou de plusieurs associés notifiée à la société dans un certain délai avant l'expiration de chaque période en cours.

La dissolution de la société n'entraîne pas la disparition immédiate de sa personnalité morale ; celle-ci

<sup>1</sup> Et non comme un tribunal a pu le penser de manière certes isolée suite à la « procédure d'immatriculation » ; Lux. 15 juill. 1988, n° 356/88.

<sup>2</sup> CORBISIER, Les lignes de force des récentes réformes, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 13 ; VAN OMMESLAGHE, Commentaire du projet de loi luxembourgeois, Doc. n° 1496, 1970-71, n° 19, p. 56. Le tribunal d'arrondissement a donc estimé à tort que c'était la procédure d'immatriculation qui conférerait la personnalité morale à la société. Lux. 15 juill. 1988, n° 356/88.

<sup>3</sup> Cour 20 mars 1991, n° 11451.

<sup>4</sup> BOURS/HERMANT, Les principes généraux du droit des sociétés, in : *Traité pratique de droit commercial*, T. 4, Diegem, 1998, p. 44.

subsiste pour les besoins de la *liquidation* tant que l'acte de clôture de liquidation n'aura pas été publié (v. n° 435).

## Section 2. La personnalité morale sert à identifier la société

Comme les personnes physiques, les sociétés ont un nom (§ 1), un domicile (§ 2) ainsi qu'une nationalité (§ 3).

### § 1. LE NOM

[171] **Distinction traditionnelle entre la « raison sociale » et la « dénomination sociale ».** — Toute société a un nom qui permet de l'individualiser. Le nom des sociétés commerciales est appelé « *raison sociale* » (par référence aux « livres de raison des commerçants » de l'ancien droit) ou « *dénomination sociale* », termes souvent employés l'un pour l'autre. Pourtant, il s'agissait bien de deux choses différentes : les sociétés de personnes avaient une « raison sociale », tandis que la « dénomination sociale » était réservée aux sociétés de capitaux. La dénomination sociale se définissait négativement par rapport à la raison sociale : comme la raison sociale incluait le nom d'un ou de plusieurs associés indéfiniment responsables, la dénomination sociale devait être rédigée de telle manière à éviter qu'un tiers puisse imaginer une responsabilité illimitée des associés. La dénomination sociale excluait donc tout recours au nom d'une personne physique. Le terme générique « nom » visait la raison sociale, ou la dénomination sociale, en fonction de la société concernée.

La raison sociale est la formule sous laquelle la société s'engage. Elle correspond à « la firme » du droit allemand. Elle n'a rien de fantaisiste, parce qu'elle ne doit pas tromper les tiers. Ainsi la société constituée entre Pierre, Paul et Guillaume pourra opérer sous la raison sociale « Pierre, Paul et Guillaume » ou encore « Pierre, Paul et Cie » ou encore « Pierre et Cie », ... Les tiers sauront ainsi que Pierre, au moins, dans le troisième exemple, Pierre et Paul, au moins, dans le second, Pierre, Paul et Guillaume, dans le premier, sont associés en nom, c.-à-d. tenus

indéfiniment des dettes sociales. Le crédit qu'ils feront à la société se mesurera sur celui qu'ils feraient à ces associés.

La raison sociale, en incluant les noms des associés, avait pour objectif premier de renseigner les tiers sur les associés engagés personnellement dans la société ; il s'agissait d'éviter que les tiers ne soient induits en erreur sur la solvabilité de la société (et de ses garants).

Cette indication était à ce point importante que si, dans la raison sociale d'une société en nom collectif, figurait le nom d'une autre personne, il en résultait la responsabilité solidaire et indéfinie de ses fondateurs et de ceux qui l'ont toléré (à savoir celui ou ceux qui a/ont accepté que leur nom figure à tort dans la raison sociale), en cas de préjudice subi par des tiers<sup>1</sup>. La responsabilité solidaire et indéfinie de la personne dont le nom figurait à tort dans la raison sociale n'impliquait point que cette personne devienne du coup un associé de la société<sup>2</sup>, car elle n'avait pas participé au contrat de société. Sa responsabilité solidaire et indéfinie était exclusivement basée sur l'article 1382 C.civ. sanctionnant les délits et quasi-délits. Sa mise en cause nécessitait dès lors un comportement fautif de sa part, ce qui était le cas si elle avait connaissance du fait que son nom figurait à tort dans la raison sociale et qu'elle l'avait toléré. À la responsabilité civile de la personne dont le nom avait été erronément inclus dans la raison sociale pouvait s'ajouter la responsabilité pénale des personnes ayant procédé à cette inclusion, sans doute des associés eux-mêmes. L'inclusion pouvait être faite de mauvaise foi, pour induire les tiers en erreur sur la solvabilité réelle de la société, de sorte qu'ils accordaient un crédit exagéré à la société constitutif de l'infraction d'escroquerie du Code pénal (art. 496 C. pén.)<sup>3</sup>. Bien que l'hypothèse fût plutôt rare en pratique, si la composition du cercle des associés changeait, de sorte que l'un des associés dont le nom faisait partie de la raison sociale venait à quitter la société, il fallait modifier la raison sociale. La modification ne prenait effet vis-à-vis des tiers qu'au jour de la publication prévue à l'article 11 bis L1915.

Il ne fallait pas confondre la raison sociale avec le *nom commercial*. Celui-ci est un nom de fantaisie que n'importe quelle société, comme n'importe quel commerçant personne physique, peut adopter pour attirer l'attention du public. « Au Bon Livre », « Chez Omar », « Aux Deux Pigeons », voilà des exemples de nom commercial. C'est le nom sous lequel un commerce est connu de sa clientèle ; il est de ce fait cessible, ensemble avec le fonds de commerce. Le nom commercial est protégé contre la concurrence déloyale (v. n° [173]).

<sup>1</sup> FREDERICQ, t. IV, n° 191.

<sup>2</sup> Lux. 11 juill. 2008, n° 926/08, *Bull. Barreau* 2008, p. 159.

<sup>3</sup> CORBIAU, ad art. 15, p. 53.

[172] **Uniformisation du nom au profit de la « dénomination sociale ».** — La loi du 10 août 2016 a abrogé la raison sociale pour les sociétés à risque illimité, celles-ci étant dorénavant (art. 4 bis L1915) également identifiées par une « dénomination sociale » ou « par l'objet de leur entreprise » (ex. : « Au Pain de Julie »). Suite à ce changement, toutes les sociétés commerciales ne sont dorénavant désignées que par leur nom, qui sera soit une dénomination sociale, soit l'objet de leur activité<sup>1</sup>.

La dénomination sociale permet d'identifier la société, car elle lui est propre. Elle est toujours indiquée dans les statuts et fait l'objet d'une mesure de publicité (art. 6 L1915). La dénomination sociale peut être un mot de la langue courante (« L'été chaud ») ou inventé (« Climatech »), un sigle (« SEO »), une phrase tirée soit de l'objet de l'entreprise (« Au pain de Julie »), soit de la fantaisie des associés (« Au plaisir gourmand »). Comme il n'y a plus de raison sociale dans les sociétés à risque illimitée, les règles quelque peu tâillonnes ayant existé par le passé en ce qui concerne le nom des associés figurant dans la raison sociale n'ont plus de raison d'être non plus (v. n° [171]). Il faut en déduire qu'il est tout à fait possible, dans toute société commerciale, d'incorporer dans la dénomination sociale le nom d'un ou de plusieurs associés, la plupart du temps le nom de leur fondateur, y compris, le cas échéant, le nom des commanditaires (v. n° [721]). L'absence d'indication dans les statuts du nom est lourdement sanctionnée dans les sociétés, car elle entraîne la nullité de la société (v. n° [148]).

Les sociétés sont en principe libres de choisir leur nom, sauf les limitations éventuelles imposées par le législateur à ces sociétés qui veulent bénéficier d'un statut particulier, très souvent fiscal. Afin de bien

<sup>1</sup> Art. 4bis. (1) L1915 : « Les sociétés mentionnées sous l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2, ainsi que les sociétés en commandite spéciale, sont qualifiées par une dénomination sociale qui peut être soit la dénomination particulière, soit la désignation de l'objet de leur entreprise. »

marquer le caractère dérogatoire au droit commun, le législateur impose parfois l'utilisation d'expressions ou d'abréviations spécifiques, afin de rendre les tiers attentifs au fait qu'il ne s'agit pas là d'une société ordinaire. Il en a été ainsi des sociétés bénéficiant du régime fiscal de la loi du 31 juillet 1929 ; celles-ci devaient nécessairement inclure la référence au terme de « *holding* » dans leur dénomination sociale<sup>2</sup>. Il en est de même des « *sociétés de gestion de patrimoine familial* » qui doivent mentionner leur nature particulière en adjoignant le sigle « *SPF* » à leur nom (art. 1<sup>er</sup> § 2 L11.5.2007).

Le nom de la société, contrairement à ce qui se passe en principe pour les personnes physiques, n'est pas immuable. Il peut être modifié en suivant les procédures de modification des statuts. Le changement de nom ne modifie en rien la personnalité morale de la société.

[173] **Protection du nom : l'action en changement de la dénomination sociale**<sup>3</sup>. — La dénomination sociale est un attribut de la personne morale et est en quelque sorte l'équivalent du nom patronymique des personnes physiques. Elle est de ce fait protégée par la loi (art. 4 bis al. § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915<sup>4</sup>, anc. art. 25 L1915 et art. 186<sup>5</sup>) : les sociétés nouvellement constituées doivent s'abstenir d'adopter un nom identique ou analogue à celui d'une autre personne morale déjà existante (art. 4bis al. 2 L1915 : « cette dénomination

<sup>2</sup> Pour une approche doctrinale de la notion de holding, qui est davantage une notion fonctionnelle que conceptuelle, v. : CASTRES SAINT MARTIN-DRUMOND, *Les sociétés dites « holdings »*, th. Paris, 1982 ; COURET/MARTIN, *Les sociétés holdings*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1997.

<sup>3</sup> ELVINGER A./ELVINGER M., La protection de la dénomination sociale en droit luxembourgeois, in : *Jura Vigilantibus, Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, 1994.

<sup>4</sup> Art. 4bis al. § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « (...) Si elle (la dénomination ou désignation) est identique, ou si sa ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu ».

<sup>5</sup> Lux. 21 janv. 1987, n° 35 438.

ou désignation doit être différente de celle de toute autre société »). La société luxembourgeoise<sup>1</sup> dont le nom est protégé peut intenter une action en protection de nom contre la société qui ne respecterait pas cette obligation. L'action obligera la société visée à changer de nom (art. 4 bis al. 2 L1915<sup>2</sup>; d'où parfois le nom d'« action en changement de nom »). Lorsqu'elle existe, la protection porte non seulement sur le nom statutaire *in extenso*, mais également la *dénomination abrégée* s'il y en a une<sup>3</sup>. La protection du nom ne concerne pas les seules sociétés de droit luxembourgeois mais s'étend également aux sociétés étrangères. Il suffit qu'il y ait risque de confusion, au Luxembourg, entre les deux sociétés<sup>4</sup>.

Cette action est soumise à deux conditions.

- Il faut une *priorité de possession*<sup>5</sup>. Comme il ne s'agit pas d'une affaire de protection du nom commercial, la publicité de la possession de la dénomination sociale par une certaine société n'est pas importante ; il suffira d'établir l'antériorité de l'acte constitutif de société.
- Il faut un risque de confusion ou d'erreur. L'action en changement du nom exige donc un *risque de confusion* à apprécier par rapport à l'homme moyen normalement attentif<sup>6</sup>. Il faut que cette personne risque de prendre l'une des deux sociétés pour l'autre sur la base de son impression globale des deux sociétés concernées<sup>7</sup>. La raison ou dénomination sociale qui présente un caractère original ac-

centué bénéficie d'une protection renforcée en raison des risques additionnels de confusion avec des dénominations similaires<sup>8</sup>. L'action est ouverte non seulement si les noms sont identiques, mais également si la ressemblance *peut induire en erreur*<sup>9</sup>. Les raisons pour lesquelles la société entend protéger son nom peuvent être multiples : un simple « intérêt de convenance » suffit<sup>10</sup>. En particulier, la société demanderesse ne devra pas prouver un risque de détournement de clientèle, cette question n'étant pertinente que dans le cadre de l'action en concurrence déloyale (v. n° [174]).

Exemple : Le terme « Alliance » étant fort répandu au Luxembourg concernant les sociétés, il n'y a guère de risque de confusion entre une « Alliance Capital SA » et une « Allianz Kapitalanlage ». La situation est en revanche différente pour un nom de fantaisie peu fréquent tel « Cognis » ; elle devrait pouvoir agir avec succès dans une action en protection de nom contre une société appelée « Kognis ».

L'action en modification du nom doit s'exercer dans des *délais raisonnables* à partir de la prise de connaissance de l'existence d'une société à dénomination similaire<sup>11</sup>. Si la société ne réagit pas rapidement, elle perdra son droit à l'action en modification<sup>12</sup>.

**[174] Action en concurrence déloyale.** — Au Luxembourg, dans la très grande majorité des cas, les sociétés exercent leurs activités sous leur dénomination sociale, de sorte que leur nom commercial se confondra avec celle-ci. Dans ce cas, la dénomination sociale bénéficiera non seulement du régime de l'action en changement de nom (v. n° [173]), mais également de la protection accordée par la loi au nom commercial.

S'il y a antériorité dans le nom commercial, et par ailleurs risque de confusion possible auprès de la clien-

<sup>1</sup> Les sociétés de droit étranger ne peuvent agir en changement de nom : Cour 23 févr. 2005, n° 28 233, *Bull. Barreau Jeune Barreau* 2006, p. 151.

<sup>2</sup> Lux. 29 mars 1994, n° 195/94.

<sup>3</sup> T'KINT, observ. sous Comm. Bruxelles 15 mars 1957, *RPS* 1962, n° 5062.

<sup>4</sup> Lux. 12 avr. 1952, note VAN DER MENSBRUGGHE, *RPS* 1963, p. 296 ; Cour 20 mars 2002, *Pas.* 32, p. 231.

<sup>5</sup> Lux. 12 avr. 1962, *Pas.* 18, p. 510 ; Lux. 25 mai 1989, n° 38429 ; Lux. 29 mars 1994, n° 195/94.

<sup>6</sup> Cour 20 mars 2002, *Pas.* 32, p. 231.

<sup>7</sup> Cour 11 janv. 2006, n° 29 231, *Bull. Jeune Barreau*, n° 3/2006, p. 75.

<sup>8</sup> Cour 20 mars 2002, *Pas.* 32, p. 231.

<sup>9</sup> Lux. 29 mars 1994 n° 195/94.

<sup>10</sup> Lux. 21 janv. 1987, n° 35 438.

<sup>11</sup> Cour 11 janv. 2006, n° 29 231, *Bull. Jeune Barreau*, n° 3/2006, p. 75.

<sup>12</sup> Lux. 21 janv. 1987, n° 35 438 ; Cour 11 janv. 2006, n° 29 231, *Bull. Conf. Jeune Barreau*, n° 3/2006, p. 75 ; Cour 13 juill. 2011, *JT Luxbg*, 2012, p. 82.

tèle, la société pourra ainsi saisir les tribunaux sur la base de la loi relative aux pratiques de concurrence déloyale (« action en concurrence déloyale »)<sup>1</sup>. L'article 15 de la loi du 30 juillet 2002 sanctionne en effet la concurrence déloyale, si une activité est exercée sous un *nom commercial similaire* à celui d'une autre société dans les limites du rayonnement commercial de cette dernière, en créant ainsi la *confusion* entre deux entreprises actives dans une même branche d'activité. Afin de pouvoir aboutir, l'initiateur de l'action en concurrence déloyale doit démontrer que les faits critiqués sont contraires aux usages honnêtes en matière commerciale et qu'ils ont détourné ou sont susceptibles de *détourner la clientèle*<sup>2</sup>. Le risque de confusion est à apprécier concrètement, en tenant compte des « aptitudes d'une clientèle moyenne », et couvre tant le risque de confusion visuel que phonétique<sup>3</sup>. Il peut porter sur une confusion de la société avec une société concurrente, tout comme il pourra faire croire à des liens existant entre les deux sociétés<sup>4</sup>. L'exigence d'un préjudice est donc assouplie par la loi par rapport aux principes posés par les articles 1382 et 1383 C.civ., en ce sens qu'il suffit d'un préjudice possible (plutôt que « certain », comme en droit commun de la responsabilité civile)<sup>5</sup>.

L'action en protection de nom se distingue donc de l'action en concurrence déloyale. L'action en protection de nom, appréciée de manière abstraite, existe du simple fait du risque de confusion engendré par la similitude des noms de deux sociétés différentes. Nulle exigence donc que les deux sociétés soient concurrentes<sup>6</sup>. L'action en concurrence déloyale requiert un

risque de détournement de clientèle. Par ailleurs, elle ne s'applique que sur le territoire national et ne protège donc pas contre l'usage de la dénomination sociale faite à l'étranger<sup>7</sup>. Ainsi, en cas de similitude de nom de deux sociétés induisant en erreur, l'action en protection du nom aboutira, mais l'action en concurrence déloyale échouera, si les sociétés exercent des activités différentes.

Concernant le *risque de confusion*, il faut distinguer trois situations :

- la société adopte un *nom de fantaisie*. Elle acquiert de ce fait la propriété exclusive sur ce nom, si elle est la première à s'en servir de façon constante et régulière<sup>8</sup> ;
- la société est *désignée par son objet social*. Dès lors que l'activité en question n'est pas spécifique mais exercée par un grand nombre de sociétés, le risque de confusion est inévitable et les tribunaux doivent faire preuve d'une « certaine tolérance »<sup>9</sup>. Pour acquérir un droit exclusif sur le nom, il faudra que le nom, en raison de son usage constant par la société, aboutisse à la longue à identifier le nom à la société dans l'esprit du public. À défaut, l'utilisation d'un nom similaire par d'autres sociétés est possible s'il existe une différence de désignation suffisante<sup>10</sup>.

Le critère retenu par les tribunaux est celui du *risque de confusion* apprécié du point de vue de la « clientèle moyenne »<sup>11</sup>, la « personne normalement attentive »<sup>12</sup>. La ressemblance doit pouvoir induire en erreur le client moyennement averti. Il importe peu, à cet égard, que les sociétés en question soient de même nationalité<sup>13</sup>, aient une clientèle commune<sup>14</sup>, des activités similaires<sup>1</sup>, voire soient concu-

<sup>1</sup> Lux. 10 févr. 1989, *Société de droit allemand Intercargo* ; v. aussi *Pas.* 28, La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise, p. 85, n° 54.  
<sup>2</sup> Cour 12 octobre 2005, n° 30 232.  
<sup>3</sup> Lux. 27 mars 2007, *Bull. Barreau* 2007, p. 79 (une société dénommée « M2 » ne crée pas de risque de confusion avec une autre société dénommée « METERCARRE »).  
<sup>4</sup> Cour 28 mai 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 155 (confusion possible entre « *Luxlift* » et « *LiftLux*. »).  
<sup>5</sup> Cour 26 nov. 2003, n° 27 151, *Capucins Diffusion SARL*, *Pas.* 32, p. 463.  
<sup>6</sup> Cour 20 mars 2002, *Pas.* 32, p. 231.

<sup>7</sup> Cour 6 févr. 2002, *Papyrus S.A.*, *Pas.* 32, p. 206.  
<sup>8</sup> Lux. 27 mars 1987, n° 37.150.  
<sup>9</sup> Lux. 12 avr. 1962, *Pas.* 18, p. 510 ; Lux. 27 mars 2007, *Bull. Barreau* 2007, p. 79.  
<sup>10</sup> Cour 29 janv. 1974, *Pas.* 22, p. 430 ; Lux. 30 avr. 1986, n° 36289 ; Lux. 27 mars 1987, n° 37150 ; Lux. 29 mars 1994, n° 195/94 (VI).  
<sup>11</sup> Cour 29 janv. 1974, *Pas.* 22, p. 430.  
<sup>12</sup> Diekirch 19 juin 1990, n° 72/90.  
<sup>13</sup> Lux. 12 avr. 1962, *Pas.* 18, p. 510 ; Lux. 29 mars 1994, n° 195/94 (VI).  
<sup>14</sup> Lux. 30 avr. 1986, n° 36289.

rentes<sup>2</sup> ;

- la société utilise le *nom d'une personne physique*. Si une personne physique portant le même nom que la dénomination sociale exerce des activités concurrentes, le risque de confusion ne peut être éliminé qu'en obligeant la personne physique à mentionner son prénom. Il n'est évidemment pas possible de l'empêcher d'exercer sa profession sous son nom patronymique.

## § 2. LA LOCALISATION DE LA SOCIÉTÉ : SON SIÈGE SOCIAL<sup>3</sup>

La détermination précise du siège social est nécessaire pour toute société (A), car elle entraîne d'importantes conséquences sur le plan pratique (B).

### A. LA DÉTERMINATION DU SIÈGE SOCIAL

[175] **Concept de siège social.** — Tout comme les personnes physiques ont un domicile, les sociétés ont un siège social. Ce siège doit être *indiqué dans les statuts*. C'est le siège statutaire de la société. Le siège social présente certains caractères :

- il est *obligatoire* pour toute société. Impératif de police judiciaire, le siège social permet d'ancrer l'activité juridique de la société dans l'espace, tant pour les tiers que dans les rapports internes ;
- il est *unique*, sauf que, en cas de discordance entre le siège statutaire et le siège social réel, les tiers auront la possibilité de s'en tenir au *siège fictif* ou de se prévaloir du siège réel. Le siège social fictif peut également être *frauduleux*, ce qui sera le cas si le choix de l'endroit du siège social fictif a été motivé par des intentions illégitimes visant à procurer à son auteur un avantage illicite. Au nombre des mo-

biles d'établissement illégitimes, on peut notamment relever la volonté de contourner des dispositions fiscales ou sociales, des règles de compétence juridictionnelle, échapper au droit de la faillite du pays, ...

- il est *fixe*, en ce sens qu'il se trouve localisé à une adresse précise résulte. Résultant d'une démarche intentionnelle des fondateurs réalisée dans les formes requises, à défaut pour une société d'avoir matérialisé ultérieurement sa volonté de le déplacer ailleurs, le siège social sera légalement réputé se situer à l'endroit mentionné dans les statuts. Fixité ne veut cependant pas dire immutabilité, les personnes morales pouvant, en effet, modifier librement la localisation du siège social, dans le respect des règles prévues par la loi.

L'obligation d'indiquer le siège social dans les *statuts* existe de façon formelle pour la société anonyme (art. 27 n° 3 L1915), la société en commandite par actions (art. 105 n° 2 L1915) et la société à responsabilité limitée (art. 184 L1915). Pour les autres sociétés, la loi est muette ; l'indication du siège social dans les statuts résulte plutôt des usages de la profession ainsi que de la nécessité de pouvoir identifier la société.

Sous peine d'être fictif<sup>4</sup>, le siège social statutaire doit correspondre au lieu du siège réel de la société (appelé « *administration centrale* », v. n° [186]). Le siège social est l'endroit où la société peut être trouvée pour les besoins de la vie juridique, où sont tenus les documents sociaux requis par la loi, où fonctionnent les organes sociaux d'administration et de direction. Le siège social est le *centre de la vie juridique de la société*, à l'instar de ce qu'énonce l'article 102 C.civ. pour les personnes physiques. Pour reprendre la formulation traditionnelle, « (...) le lieu où se tiennent les assemblées générales des associés, les réunions du conseil d'administration, c.-à-d. les décisions les plus importantes intéressant la vie des sociétés »<sup>5</sup>. Le siège social

<sup>1</sup> Diekirch 19 juin 1990, n° 72/90.

<sup>2</sup> Lux. 21 janv. 1987, n° 35438.

<sup>3</sup> BREINIGER/DELVAUX/WILDGEN, *Réflexions sur le siège social dans une société anonyme*, *Bull. Dr. et Banque* n° 15, 1990, p. 6.

<sup>4</sup> NAVEZ, *L'identification et les sanctions du siège social fictif ou frauduleux en droit belge des sociétés*, *RPS* n° 7, 2016, p. 829.

<sup>5</sup> Lux. 18 avr. 2008, R.G. n° 105744, *Jurisnews* vol. 1,



est donc l'endroit où se trouvent le cœur et le cerveau de la société, c.-à-d. l'endroit où se concentre l'activité de conduite des affaires sociales effectuée par les organes sociaux.

Le siège social est à distinguer du *siège d'exploitation* de la société, qui correspond à l'endroit où la société poursuit son activité industrielle ou commerciale. Les sociétés ont nécessairement une seule administration centrale. Elles peuvent cependant posséder plusieurs sièges d'exploitation. Les sièges d'exploitation jouent un rôle essentiellement matériel, technique et économique, donc subordonné.

**[176] Siège social auprès d'un tiers : la domiciliation des sociétés<sup>1</sup>.** — Toutes les sociétés n'ont pas les moyens de disposer d'un local privatif en tant que propriétaire ou locataire. Pour cette raison, une société peut être domiciliée dans les locaux d'une *société de domiciliation*. C'est l'hypothèse de la fixation du siège social dans des locaux occupés en commun par d'autres sociétés (« *domiciliation collective* » ; ex. : les filiales du groupe sont domiciliées chez la société-mère). Le domiciliaire peut établir chez lui le « *siège statutaire* » de la société ou se limiter à mettre à disposition un « *siège quelconque* » à la société ayant son siège statutaire ailleurs.

Si la personne accueille sous ses toits le siège statutaire d'une société, il sera clairement le « domiciliaire » de la société. Mais en est-il de même si cette personne limite ses activités à la mise à disposition de certains services seulement, le siège statutaire se trouvant ailleurs ? A priori, la volonté du législateur est d'attribuer une portée large au concept de « *siège quelconque* » d'activité, de sorte à inclure dans le champ d'application de la loi les personnes mettant leur adresse à disposition d'autres sociétés, afin que celles-ci puissent les utiliser vis-à-vis de tiers. Des difficultés de délimitation du concept subsistent néanmoins<sup>2</sup> : les boîtes aux lettres<sup>3</sup> et lignes téléphoniques suffisent pour créer un « *siège quelconque* » d'activité, mais non pas le

simple compte bancaire et coffre-fort loué auprès d'instituts bancaires. De même, les bureaux loués échappent à la loi sur la domiciliation, si les contrats de location sont conformes aux usages du marché, c.-à-d. s'il s'agit d'une jouissance de locaux privatifs et à usage exclusif. Par contre, si la *location s'accompagne d'une prestation de services*, il faut, au moment de qualifier le contrat, rechercher l'élément dominant. Si le contrat vise en ordre principal la prestation d'un travail, il y a louage de services, et donc domiciliation, même si des locaux sont également loués<sup>4</sup>.

La question de la qualification du contrat en contrat de domiciliation ou contrat de louage de services (contrat de location) n'est pas purement académique. La loi du 31 mai 1999 sur la domiciliation constitue en effet une *loi d'ordre public*. Si une personne ne remplissant pas les qualifications pour agir en tant que domiciliaire effectue des prestations de domiciliation, faussement désignées par les parties « convention de bail », le contrat encourra la nullité. Étant censé ne jamais avoir existé, le contrat nul ne saurait engendrer non plus un quelconque droit à un *paiement* de la part du domiciliaire. Il devra du coup rembourser ce qu'il aura encaissé au titre de ce contrat nul.

Dans un souci d'offrir des garanties sérieuses aux sociétés domiciliées et de préserver la réputation de la place financière, l'activité de domiciliaire est réservée à certaines professions réglementées (loi du 31 mai 1999)<sup>5</sup> : établissements de crédit et autres professionnels du secteur financier, avocats, réviseurs d'entreprises ainsi que les experts-comptables (mais non les simples comptables). La domiciliation effectuée par un prestataire ne remplissant pas ces conditions entraînera la nullité de la convention de domiciliation, et partant, l'obligation de restitution de la rémunération ainsi perçue<sup>6</sup>.

Le domiciliaire étant un tiers à la société domiciliée, les sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés échappent à la loi sur la domiciliation, qu'elles se trouvent à la tête du groupe ou à un échelon inférieur (art. 28-1 § 1 de la loi de 1999). Mais il faut que la société domiciliaire soit « *un associé exerçant une influence significative sur la conduite des affaires de la société* ». Emprunté au droit du secteur financier, notamment à l'agrément de l'actionariat des établissements bancaires, ce

12/2008.

1 BRUCHER/BERNA/BERNARDY, La domiciliation en droit luxembourgeois, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg, 2014, Vol. III, p. 1473.

2 Circulaire CSSF 02/65 du 8 juill. 2002.

3 Du moins lorsque le service de boîte aux lettres se trouve accompagné de la transmission du courrier: Lux. 8 mai 2006, n° 1507/2006, *Bull. Barreau* 1/2008, p. 18.

<sup>4</sup> Cour 16 déc. 2015, *Pas.* 37, p. 821.

<sup>5</sup> V. circulaires CSSF 01/28 et CSSF 01/29 des 6 et 7 juin 2001.

<sup>6</sup> Cour 16 déc. 2015, *Pas.* 37, p. 821.

terme vise les associés directs comme indirects. Une société peut donc domicilier auprès d'elle des sociétés du groupe, ses filiales biens sûr, mais également d'autres sociétés telles que ses sous-filiales, à la seule condition qu'elle puisse exercer une influence raisonnable sur celles-ci. Cette condition doit être présumée remplie si le pourcentage de capital détenu directement ou indirectement excède 10%<sup>1</sup>. Mais comme il s'agit d'une question de pur fait, le test des 10% n'est pas le seul critère à prendre en considération ; par exemple, la possibilité pour un associé de nommer les dirigeants de la société sur la base d'une convention d'associés doit également être considérée comme remplissant le critère légal, même si l'associé en question ne dispose que d'un très faible pourcentage des droits sociaux de la société. En raison d'un ajout à cet article par une loi du 19 décembre 2002, l'exception de groupe a été étendue à toutes les domiciliations intergroupes, donc également aux domiciliations conclues avec des sociétés-sœurs ainsi que la société-mère (ultime)<sup>2</sup>.

La société de domiciliation, appelée domiciliataire, doit établir dans ce cas une *convention de domiciliation* avec la société domiciliée, convention publiée par extraits. La domiciliation peut porter tant sur le domicile de la société que sur son domicile secondaire. Le *domicile* de la société correspond à l'administration centrale, les deux termes étant synonymes. Le *domicile secondaire* n'est jamais l'administration centrale de la société : il s'agit d'un endroit de moindre importance où s'exercent certaines activités de la société. En fait, ce terme est synonyme du concept de siège quelconque d'exploitation (v. n° [192]).

Le domiciliataire est obligé de *connaître l'identité réelle* des membres des organes de la société domiciliée ainsi que ses associés et maintient auprès de lui l'ensemble de la documentation administrative et comptable de la société. Devant s'assurer par ailleurs que les organes statutaires et les mandataires ne contrevennent pas à la loi sur les sociétés commerciales, le

domiciliataire encourt une responsabilité certaine. Aussi, en contrepartie, il disposera de certains droits vis-à-vis de la société domiciliée, consistant non seulement à obtenir tous les documents nécessaires à l'exécution de ses obligations, mais aussi à dénoncer la convention de domiciliation sans préavis en cas de faute grave (non-respect de la L1915 ; non-remise des documents au domiciliataire, etc.) commise par la société.

**[177] Siège social fictif.** — Lorsqu'il ne correspond pas au siège réel de la société, le siège statutaire sera fictif, en ce qu'il ne correspond pas au lieu où les fonctions de direction de la société sont effectivement exercées de manière stable. Le fait, pour une société, d'avoir installé son siège statutaire auprès d'un domiciliataire est cependant insuffisant à établir le caractère fictif de ce siège, dès lors que la société a pu opérer normalement à partir de ce siège.

La fictivité du siège social est souvent le résultat, non pas de considérations de droit des sociétés, mais fiscales. Il peut en effet être tentant de *délocaliser artificiellement le siège social* d'une société sur le territoire d'un paradis fiscal. Bien que la société déclare son siège dans ce paradis fiscal (en général simple adresse de domiciliation), elle exerce non seulement réellement son activité ailleurs, mais elle sera également dirigée depuis l'étranger. Le Luxembourg, comme la plupart des autres pays, connaît un critère alternatif de rattachement des sociétés au droit fiscal luxembourgeois : en raison de leur siège statutaire au Luxembourg ; en raison de leur administration centrale (siège réel) au Luxembourg. Dès lors qu'elle est en mesure de prouver que la société a un siège social fictif à l'étranger et que son siège réel se trouve dans le pays, l'administration fiscale luxembourgeoise imposera cette société à l'impôt luxembourgeois, comme si son siège statutaire s'y trouvait.

Lorsque la fictivité du siège est établie, *les tiers ont une option* : ils peuvent, en vertu de la théorie de l'apparence, choisir entre le siège statutaire et le siège réel. Ils peuvent assigner la société soit devant le tribunal du siège statutaire, soit devant celui du siège réel.

*La société, quant à elle, ne peut opposer aux tiers le siège statutaire s'il est fictif.* Elle ne peut davantage leur opposer le siège réel si les tiers entendent s'en tenir au siège statutaire.

**[178] Déplacement du siège social à l'intérieur du**

<sup>1</sup> Par référence à la « participation qualifiée » de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 10 de la Directive 89/646/CE du Conseil du 15 déc. 1989 visant la coordination des activités bancaires : Cour n° 398/06 du 11 juill. 2006.

<sup>2</sup> Le tout est loin d'être d'une clarté cristalline ; v. ELVINGER, *L'évolution législative de la décennie 1993-2003*, AJLB, p. 3 (30).

**pays.** — Le siège social n'est pas immuable ; il peut être déplacé à l'intérieur du pays<sup>1</sup>. Le siège social étant indiqué dans les statuts, tout déplacement de ce siège requiert en principe une modification des statuts en observant les conditions prévues à cet effet<sup>2</sup>. Afin de préserver une certaine flexibilité, les statuts autorisent toutefois souvent à l'avance un tel transfert et prévoient que le déplacement du siège social à l'intérieur d'une même commune, voire entre différentes communes, peut être valablement décidé par les organes dirigeants, sans concertation préalable avec les associés. Ce mode simplifié de décision est licite mais doit être constaté par acte notarié (art. 67-1 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 pour la SA)<sup>3</sup>. Qu'il y ait ou non-modification des statuts, le déplacement du siège social doit être publié pour être opposable aux tiers. L'opposabilité aux tiers interviendra non pas à partir du moment du dépôt du transfert au RCS, mais lorsque le nouveau siège social aura été publié au RESA, ce qui peut prendre un certain temps. Durant l'intervalle de temps séparant le dépôt au RCS et la publication au Mémorial, le transfert de siège ne pourra être valablement opposé aux tiers<sup>4</sup>.

Il faut donc distinguer le transfert de siège social à l'intérieur d'une commune et le transfert d'une commune à une autre. Le premier est permis sans modification des statuts, à la seule condition que les statuts n'indiquent pas de manière précise la localisation du siège social au sein d'une commune déterminée. Le second nécessite un changement des statuts, sauf si les associés ont par avance accepté le principe du transfert. Cette conclusion se dégage pour les sociétés à risque limité des dispositions de la loi de 1915 : celle-ci distingue en effet les statuts et les actes émanant de la société : si les statuts doivent indiquer le siège social (art. 7 n° 3; art. 184 L1915), les documents sociaux doivent fournir « l'indication précise » du siège social (art. 76 ; art. 187 L1915).

<sup>1</sup> Pour les transferts vers l'étranger et vice-versa, v. n° [188].

<sup>2</sup> Lux. 21 mai 1986, I. S.A. ; Lux. 13 juill. 1984, n° 826/84.

<sup>3</sup> Art. 67-1 L1915 pour la SA; v. RUPPERT, La mobilité des sociétés, in : A. PRŪM (éd.), Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés, p. 161 (164). V. pour la situation antérieure : Lux. 21 mai 1986, I. S.A.

<sup>4</sup> Cour 31 janv. 1948, *Bull. Jeune Barreau* 2008, p. 199.

## B. LES CONSÉQUENCES DU SIÈGE SOCIAL

La détermination de l'administration centrale est importante à plusieurs égards :

**[179] Loi applicable à la société.** — C'est à la loi du siège social qu'il appartient de régir l'ensemble des questions relatives à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution, à la liquidation et au partage de la société. Doivent dès lors être soumises à la *lex societatis*<sup>5</sup> : les délibérations des assemblées générales ; les droits des associés ; le statut des administrateurs ; la liquidation des sociétés ; etc.

**[180] Compétence des tribunaux.** — En cas de litige impliquant la société, celle-ci doit être assignée devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve son siège social. L'assignation au siège social résulte de l'art. 41 NCPC. Ce même article permet toutefois également l'assignation devant la juridiction du lieu où la société a une succursale, à la double condition qu'elle y ait un représentant qualifié pour traiter avec les tiers et que le litige soit né dans le ressort d'activité de la succursale<sup>6</sup> (théorie dite des « gares principales »). La théorie des gares principales offre ainsi une option au demandeur entre le tribunal du lieu du siège social et celui de la succursale.

De façon générale, les actes de procédure devront être signifiés au siège social de la société.

**[181] Faillite de la société.** — En cas de faillite, celle-ci sera prononcée par le tribunal du lieu du siège social.

Les sociétés ayant de nos jours souvent des activités transfrontalières, se pose la question si la décision de mise en faillite de la société par les tribunaux luxembourgeois n'est pas susceptible d'être remise en cause par le juge étranger, en raison d'activités de la société

<sup>5</sup> On entend par *lex societatis* le corps de règles qui régit la constitution, le fonctionnement interne et externe ainsi que la dissolution des sociétés. Elle vise donc à la fois les règles d'acquisition et de perte de la personnalité juridique et les autres règles du droit des sociétés.

<sup>6</sup> Cour 29 juin 1993, *Pas.* 29, p. 250.

sur ce territoire. La matière est réglée par un règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité<sup>1</sup>. Aux termes de l'article 3 paragraphe 1<sup>er</sup> du règlement en question, ce sont les juridictions de l'État membre sur lequel se trouve le « centre des intérêts principaux » (le « COMI » ou « *Center of Main Interest* ») du débiteur qui sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Ce concept autonome<sup>2</sup> du droit communautaire vise moins le lieu où la société gère habituellement ses intérêts<sup>3</sup>, que le lieu où se trouvent les organes de direction et de contrôle de la société, c.-à-d. l'endroit à partir duquel la société gère son destin<sup>4</sup>. On peut l'assimiler à l'endroit où se trouve l'administration centrale de la société au sens du droit luxembourgeois, même si ce concept autonome de droit communautaire met l'accent sur les « éléments objectifs et vérifiables par les tiers » (v. n° [186])<sup>5</sup>.

De ce fait, les tribunaux luxembourgeois ne seront pas compétents si la société a son siège statutaire au Luxembourg, le centre de ses intérêts étant en France par exemple<sup>6</sup>. Les filiales

d'un groupe ayant leur existence propre, il n'existe aucune raison de penser que le centre des intérêts principaux de la filiale se trouve par principe au siège de la société mère. L'appartenance à un groupe ne doit pas, par principe, avoir d'influence sur la compétence territoriale de la juridiction compétente<sup>7</sup>. Aux filiales d'un groupe s'applique la même règle que pour toutes les sociétés, à savoir la présomption (réfragable) que le centre des intérêts principaux se situe au siège statutaire de la société (art. 3 § 1<sup>er</sup> 2<sup>e</sup> phrase règ.). Cette présomption sert la sécurité juridique, les tiers pouvant légitimement s'attendre à ce que la société ait son centre des intérêts principaux là où elle le prétend, c.-à-d. au siège indiqué dans ses statuts. Pour que le centre des intérêts principaux puisse se situer auprès de la société mère, il faudra non seulement que les décisions les plus importantes ayant trait à la filiale y soient prises, mais également que les tiers n'aient pas pu penser que le centre de décision se trouve au siège statutaire de la filiale (hypothèse de la filiale simple « boîte aux lettres »).

Les conditions d'ouverture de la faillite n'étant pas harmonisées en Europe, il pourrait être tentant pour une société en proie à des difficultés financières de transférer ce centre à l'étranger, sous des cieux plus cléments, afin d'échapper à sa mise en faillite. Dans un souci louable d'éviter le *forum shopping*, la Cour de justice des communautés européennes retient que la juridiction initialement saisie demeure compétente si le déplacement du centre des intérêts principaux est postérieur à la présentation de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (mais avant l'adoption de la décision d'ouverture par le juge national)<sup>8</sup>. Par demande d'ouverture il faut comprendre toute saisine du juge compétent visant à reconnaître son insolvabilité et qui entraînera tout dessaisissement, au moins partiel, de la gestion

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 ; v. GRASSO/KURTH, Les difficultés d'interprétation du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : loi applicable et reconnaissance des procédures d'insolvabilité, *ACE* n° 8, 2009, p. 12.

<sup>2</sup> CJUE *Interedil Srl*, 20 oct. 2011, aff. 396/09 ; CJUE *Rastelli Davide e C. Snc*, 15 déc. 2011, aff. 191/10 ; comm. BOON, Nouveaux éclairages de la jurisprudence communautaire au sujet du COMI, *Jurisnews. Droit des sociétés*, Vol. 5 n° 1/2012.

<sup>3</sup> Considérant 13.

<sup>4</sup> CJUE 20 oct. 2011, aff. C-396/09, *Interedil Srl*, note MINNE, *Bull. Dr. et Banque*, n° 50, 2012, p. 50.

<sup>5</sup> CJUE 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, note REMY, *DS* 2006, p. 360 ; note MENJUCQ, JCP, *La Semaine juridique*, II, 10088 ; JACOBY, Le siège social au regard des procédures d'insolvabilité, *J.T.L.* n° 1 2009, p. 23 (26) : « (...) une société qui développe ses activités au vu et sus de tous, dans ou à partir du pays de son siège statutaire (...) est considérée comme y ayant son centre des intérêts principaux » ; CJUE *Interedil* 20 oct. 2011, aff. 396/09 (cet arrêt apporte des précisions utiles du « centre des intérêts principaux » au sens de l'art. 3 du règlement CE n° 1346/2000).

<sup>6</sup> Lux. 7 avr. 2006, *Bull. Jeune Barreau* 2006, p. 130.

<sup>7</sup> CJUE 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, note REMY, *DS* 2006, p. 360 ; note MENJUCQ, JCP, *La Semaine juridique*, II, 10088.

<sup>8</sup> CJUE 17 janv. 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, note VALLENS, *DS* 2006, p. 346. Le *forum shopping* n'est cependant pas entièrement éliminé, du moins en droit luxembourgeois. En effet, si la plupart des pays retiennent le jour de l'introduction de la demande pour apprécier la compétence territoriale de la juridiction saisie, il en va différemment du droit luxembourgeois qui se base sur la date de la cessation des paiements. Une société luxembourgeoise en cessation de paiements pourra dès lors échapper aux règles d'insolvabilité luxembourgeoises si elle transfère son centre des intérêts principaux à l'étranger avant de saisir les tribunaux.

du patrimoine de la société<sup>1</sup>.

L'article 16 § 1<sup>er</sup> du règlement pose une règle générale appelée « *principe d'universalité de la faillite* ». Il en résulte qu'une décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 du règlement est reconnue dans tous les autres États membres. Sa reconnaissance ne peut être refusée que dans l'hypothèse exceptionnelle d'une contrariété manifeste des effets de celle-ci à l'ordre public de l'État membre devant reconnaître la décision (art. 26).

**[182] Publicité légale.** — Le siège social détermine le lieu où doivent être accomplies les formalités légales de publicité, où doivent être déposés certains documents destinés à l'information des associés et où sont conservés les procès-verbaux des réunions de l'organe de gestion et des assemblées des associés.

**[183] Nationalité.** — Le siège social détermine enfin la *nationalité* de la société (v. n° [184]).

### § 3. LA NATIONALITÉ DE LA SOCIÉTÉ

Les sociétés, comme les personnes physiques, ont une nationalité (A). Cette nationalité peut changer en raison d'événements portant sur la localisation du siège social (B).

#### A. LA STATIQUE DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS : LA LOI APPLICABLE À LA SOCIÉTÉ

**[184] Intérêt de la notion.** — Les liens juridiques et politiques de nationalité ne se conçoivent réellement bien que pour des personnes physiques. Il est cependant généralement admis qu'une société, tout comme une personne physique, dispose d'une nationalité<sup>2</sup>. En effet, tout comme pour les personnes physiques, le concept de nationalité, appliqué aux sociétés, peut être défini largement comme « le lien qui unit une personne à un État »<sup>3</sup>. Bien que la loi sur les sociétés

commerciales ne pose pas de principe à cet égard, la question de la nationalité n'en est pas moins évoquée lorsque, dans les textes particuliers, la loi reconnaît aux associés le pouvoir de changer la nationalité de la société (v. n° [188]). La nationalité des sociétés a un intérêt pratique certain, car elle permet de *rattacher la société à un système juridique national déterminé*. La nationalité détermine la loi applicable à la constitution, au fonctionnement de la société, à sa dissolution et de façon générale la loi applicable à la validité et à la régularité des opérations sociales<sup>4</sup>. Lorsque la société a la nationalité luxembourgeoise, elle est dite « *de droit luxembourgeois* » ; dans le cas inverse, elle est de « *droit étranger* ».

Cette manière d'aborder la question de la nationalité des sociétés, certes commode, n'en reste pas moins critiquable sur le plan théorique. En effet, ce n'est pas la nationalité qui détermine la loi applicable à une société mais la localisation de son administration. Une société ayant son administration centrale au Luxembourg sera soumise à la loi luxembourgeoise ; ayant son administration centrale au Luxembourg, la société aura du coup également la nationalité luxembourgeoise. La nationalité d'une société n'a donc *pas de fonction déterminante* ; elle n'est que la conséquence déterminée du rattachement de l'administration centrale au territoire luxembourgeois. Vu sous cet angle, le concept de nationalité n'a qu'une utilité très limitée en droit des sociétés. La nationalité de la société aura cependant un intérêt pratique certain en matière de traités bilatéraux d'investissement, où la protection y conférée est en principe limitée aux nationaux du pays signataire à la convention.

**[185] Critères.** — Deux critères sont envisageables, le premier centré sur les associés, et le deuxième sur la société même.

Le premier, d'origine anglo-saxonne, retient la *loi d'autonomie*, encore appelée *système de l'incorporation*.

<sup>1</sup> CJUE 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, note REMY, *DS* 2006, p. 360.

<sup>2</sup> LEVEN, *De la nationalité des sociétés*, th., Paris, 1899 ; LEVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1984.

<sup>3</sup> MAZEAUD, *La nationalité des sociétés*, *Clunet* 1928, p.

30.

<sup>4</sup> Lux. 21 avr. 1971, *Pas.* 22, p. 63.

Dans la loi d'autonomie, les associés choisissent librement la loi de formation de leur groupement. Sur le plan pratique, le choix de la loi applicable coïncidera avec le lieu de constitution de la société et l'endroit où se trouve le siège social statutaire : les associés choisissent la loi luxembourgeoise comme loi gouvernant la société, parce qu'ils créent la société au Luxembourg et qu'elle y a également son siège social statutaire. Serait ainsi luxembourgeoise toute société créée et enregistrée au Luxembourg. Ce critère du *jus soli* n'a jamais été retenu au Luxembourg, en raison de son caractère jugé artificiel<sup>1</sup>. Dans le système de la loi d'autonomie, la nationalité de la société ne correspond pas nécessairement à des attaches réelles avec le territoire national.

Mais le système de l'incorporation a la faveur de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (à présent « CJUE »). C'est ainsi qu'elle a jugé qu'une société valablement constituée disposait de la pleine capacité juridique dans l'État du siège réel, sans que ce dernier État ne puisse dénier ou seulement infléchir la capacité juridique de la société<sup>2</sup>. Était visée la situation d'une société immatriculée au RCS d'Amsterdam (« *Überseering* »), qui exerçait son activité en Allemagne et qui y entretenait également son siège effectif de direction. Au regard du droit privé allemand en matière de rattachement des sociétés, la société ne remplissait pas les conditions de reconnaissance de sa capacité juridique et ne pouvait donc pas agir en justice en Allemagne. Le refus de la capacité juridique était basé sur la dissociation du siège statutaire et réel de la société. La Cour de justice des communautés européennes estima que l'approche allemande constituait une restriction non justifiée à la liberté d'établissement.

<sup>1</sup> Ce qui n'empêche pas qu'il semble gagner du terrain en doctrine, notamment en raison de la jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement : v. p.ex. MARESCEAU, Belgium, get ready to compete for corporate charters : une plaidoirie pour l'introduction de la théorie du siège statutaire, in : *La modernisation du droit des sociétés* (ouvrage collectif), Bruxelles, 2014, p. 111 ; v. également PRÜM/STEICHEN, Siège réel ou incorporation, in : PRÜM (sous la dir. de), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Bruxelles, 2016, p. 439.

<sup>2</sup> CJUE 5 nov. 2002, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Bull. Joly Sociétés, n° 4 2003, p. 452, note LUBY.

L'arrêt *Inspire*<sup>3</sup> consacre également la mise en concurrence des systèmes juridiques sur un plan communautaire. La Cour de justice des communautés européennes eut ainsi l'occasion de statuer sur la loi néerlandaise qui, pour lutter contre le développement de sociétés étrangères exerçant l'intégralité de leurs activités sur le territoire néerlandais, imposait à toute société immatriculée dans un autre État mais ayant son siège effectif de direction aux Pays-Bas, d'avoir un capital social minimum de 18 000 €. La Cour estima cette loi contraire au principe de libre établissement, la société *Inspire Art*, constituée valablement en Grande-Bretagne sans exigence de capital social minimum, devant pouvoir exercer la totalité de ses activités aux Pays-Bas, sans se voir opposer des dispositions de droit interne de ce pays restreignant la liberté d'établissement. Il en découle notamment que le Luxembourg n'est plus libre d'imposer des règles nationales restrictives aux sociétés valablement constituées dans un autre État membre et dont le siège effectif de direction se trouve au Luxembourg. Tel est même le cas si la société exerce l'ensemble de ses activités sur le territoire luxembourgeois et si la société n'a été créée dans l'autre État qu'en vue de bénéficier d'une législation plus avantageuse. Le droit luxembourgeois des sociétés doit donc accepter le « *company law shopping* » intra-communautaire.

Le deuxième critère est le *critère du siège réel*. Suivant ce critère retenu en jurisprudence<sup>4</sup>, la société a la nationalité luxembourgeoise si son siège réel (ou administration centrale dans la terminologie luxembourgeoise) se trouve au Luxembourg. C'est en quelque sorte le critère du « *jus soli* » appliqué aux sociétés. Il permet de traiter de manière identique des sociétés se trouvant dans une situation essentiellement similaire : les sociétés constituées au Luxembourg avec administration centrale au Luxembourg, et les sociétés constituées à l'étranger, mais dont l'administration centrale se trouve au Luxembourg. Il met un frein également au « *law shopping* » où une société « boîte aux lettres » est constituée dans un pays à législation favorable, tout en exerçant toutes ses activités au Luxembourg. Le grand intérêt de la théorie du siège réel est de combattre les fraudes, en retenant un critère factuel plutôt que formel.

<sup>3</sup> CJUE 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd*, aff. 167/01.

<sup>4</sup> Cour 8 octobre 1947, *Pas*, 14, p. 346 ; Lux. 21 avr. 1971, *Pas*, 22, p. 63.

Mais le critère du siège réel n'est pas sans inconvénients non plus.

Il faut choisir entre le « *centre d'exploitation* » et le « *centre de décision* ». Le centre d'exploitation est l'endroit où la société concentre son activité de production et de commercialisation. Mais ce critère cadre mal avec l'économie du numérique ainsi que la structure de l'économie luxembourgeoise axée sur la localisation au Luxembourg de sociétés dont le rôle se limite à coordonner la gestion et le contrôle de filiales lui appartenant. Aussi lui préfère-t-on le critère du centre de décision, compris comme étant l'endroit d'où partent les directives données à l'entreprise (v. n° [175]). La localisation du centre décisionnel est indépendante du *critère du contrôle*. Suivant ce critère, la société a la nationalité de ceux qui ont fourni les capitaux ou de ceux qui la dirigent. Exception faite des périodes de trouble durant les périodes de guerre et d'après-guerre<sup>1</sup>, la jurisprudence n'a jamais retenu le critère du contrôle comme critère de détermination de la nationalité des sociétés<sup>2</sup>. Seule importe la localisation de l'endroit où se trouvent matériellement adoptées les décisions concernant la société ; si elles le sont au Luxembourg, la société sera luxembourgeoise.

Le siège réel compris comme *centre de décision juridique de la société* repose sur la recherche d'un élément de fait ; il est de ce fait parfois difficilement identifiable, de sorte que les tribunaux tiendront compte d'un faisceau d'éléments dont aucun n'apparaît à lui seul suffisant. Cette recherche est devenue d'autant plus difficile que les moyens de télécommunication moderne (visioconférence, ...) ne permettent pas toujours de situer le centre de la vie juridique et administrative d'une société. Il peut également être source d'insécurité juridique si le siège réel est situé en dehors du pays du siège statutaire (le Luxembourg). Enfin, ce critère n'est plus adapté dans un contexte européen, la CJUE ne laissant que peu de place aux États membres d'imposer leur droit des sociétés à des sociétés constituées dans un autre État membre. La raison d'être du critère du siège réel se trouve ainsi minée dans ses fondements mêmes.

Ces limites et inconvénients n'existent pas lorsqu'on applique le critère de l'incorporation : la loi applicable à la société sera aisée à identifier et ne changera plus par la suite, même si le siège réel venait à être transféré vers un autre pays. Le critère de l'incorporation est donc gage de sécurité juridique. Mais comme le critère de l'incorporation permet aux fondateurs d'échapper aux règles contraignantes normalement applicables au pays d'établissement réel de la société, il y a un risque de nivellement

vers le bas dans les législations nationales, qui devront continuellement s'ajuster sur le « marché » de la mise en concurrence des systèmes juridiques. Il faudrait donc dans ce système prévoir des correctifs, afin de protéger les tiers et de garantir une saine concurrence.

La nationalité se détermine par le lieu de son administration centrale (v. n° [186]): si l'administration centrale se situe au Luxembourg, la société est luxembourgeoise et comme telle soumise à la loi luxembourgeoise, même si l'acte constitutif a été passé à l'étranger (art. 159 L1915).

Exemple : Une société constituée au Royaume-Uni sera gouvernée par le droit luxembourgeois si son administration centrale se trouve au Luxembourg.

Bien que le texte ne vise pas spécifiquement la situation des sociétés constituées au Luxembourg, et où l'administration centrale se trouve à l'étranger, il faut déduire *a contrario* de l'article 159 L1915 que dans ce cas la loi luxembourgeoise ne sera pas applicable à la société.

Exemple : Une société constituée au Luxembourg, mais dont l'administration centrale est située en France, sera régie par le droit français et non luxembourgeois.

Le droit étranger n'étant pas nécessairement basé sur les mêmes principes que le droit luxembourgeois, des difficultés de double rattachement ou de double non-rattachement peuvent en résulter (v. n° [188]).

L'administration centrale marque le mieux le rattachement territorial de l'activité sociale. Le rattachement de la société au pays de l'administration centrale, plutôt que celui de l'incorporation, est le résultat de la méfiance du législateur à l'égard de la multiplication des sociétés constituées à l'étranger « pendant un voyage des fondateurs »<sup>3</sup>. En un mot : il s'agit d'éviter les fraudes. Le siège social compris comme l'administration centrale l'emporte évidemment sur le *siège d'exploitation*. Cette position est parfaitement justifiée. Le siège d'exploitation ne constitue en effet qu'un centre de l'activité technique. Au surplus, une

<sup>1</sup> Cour 8 octobre 1947, *Pas.* 14, p. 346.

<sup>2</sup> Lux. 21 avr. 1971, *Pas.* 22, p. 63.

<sup>3</sup> Rapport PIRMEZ, in GUILERY, *Commentaire législatif*, I, n° 86, p. 150.

société peut avoir des sièges d'exploitation dans plusieurs pays, tandis qu'elle doit posséder un siège social unique qui est le lieu de réunion des administrateurs, des assemblées générales et le centre administratif qui tient la comptabilité sociale.

**[186] Administration centrale.** — La nationalité d'une société est déterminée en fonction de l'endroit où la société a son administration centrale.

À l'origine, le concept d'administration était un concept utilisé dans le secteur financier. C'est ainsi que les banques ne sont agréées au Luxembourg que si elles y ont leur administration centrale<sup>1</sup>. Il en est de même des organismes de placement collectif<sup>2</sup>. Pour ces derniers, l'administration centrale est comprise comme l'ensemble des moyens humains et techniques nécessaires à l'administration comptable et administrative des organismes de placement collectif<sup>3</sup>.

Mais par la suite, le concept d'administration a également fait son entrée en droit des sociétés. C'est ainsi que le siège des groupements d'intérêt économique se trouve au lieu de leur administration centrale<sup>4</sup>. De même, le siège statutaire de la société européenne doit correspondre au siège de son administration centrale<sup>5</sup>. Dans un souci d'uniformisation de la terminologie juridique, il a été décidé à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi sur la société européenne de remplacer le terme de « principal établissement » par celui d'« administration centrale » (L25.8.2006).

Il résulte clairement du projet de loi<sup>6</sup> que le concept d'administration centrale devrait avoir le même sens que celui de principal établissement précédemment (v. n° [175])<sup>7</sup> et que ces deux expressions devraient de ce

fait être « interchangeables »<sup>8</sup>, de sorte qu'il faut retenir que la nationalité des sociétés est déterminée en droit luxembourgeois en fonction de l'endroit où sont adoptées les décisions les plus importantes de la société (v. n° [175]).

Administration centrale, domicile, siège réel et principal établissement sont des termes qu'il est aisé de confondre. Le « domicile » au sens de l'art. 102 C.civ. est défini de la même manière pour les personnes physiques et morales. C'est le lieu où se trouve le « principal établissement » de la personne concernée. L'« administration centrale » a remplacé, dans le domaine de la loi de 1915, l'expression « principal établissement », sans apparemment en altérer la substance, de sorte que le domicile d'une société commerciale devrait être au lieu de son administration centrale.

La loi de 1915 ne parle pas expressément de « siège réel », pas plus d'ailleurs que de « siège statutaire ». Elle ne recourt qu'à l'expression « siège social », qui se comprend, dans le contexte où ce terme est utilisé, comme étant le siège statutaire. Lorsqu'il s'agit par contre de rattacher une société au droit national, la loi parle de domicile (art. 159 al. 2 L1915), une société ayant la nationalité luxembourgeoise, si son domicile se trouve au Luxembourg. En Belgique, le rattachement se fait par référence au « principal établissement », compris comme étant le siège réel de la société<sup>9</sup>. En France, on vise exactement la même chose, tout en parlant de la loi du « siège social ». Autrement dit, dans un contexte international, le « siège social » est le « siège réel », alors qu'il s'agit du « siège statutaire » dans l'ordre purement interne du Luxembourg, une fois effectué le rattachement au Luxembourg. Le concept de siège réel est compris en droit international privé en tant que principal établissement plutôt qu'en tant que synonyme de l'administration centrale des sociétés, telle que comprise dans le contexte des organismes de placement collectif.

Cette approche, certes un peu formaliste, sert en définitive

<sup>1</sup> Art. 5 al. 1<sup>er</sup> Loi du 5 avr. 1993, texte coordonné, Mémorial A n° 164, 2003, p. 3202.

<sup>2</sup> Circ. IML 91/75 du 20 janv. 1991.

<sup>3</sup> V. KREMER/LEBBE, Les organismes de placement collectif, Bruxelles, 2001, p. 265.

<sup>4</sup> Art. 12 règlement CE n° 2137/85 du Conseil du 25 juill. 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique.

<sup>5</sup> Art. 7 du règlement CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

<sup>6</sup> Doc. n° 5352, session 2003-2004, ad art. 3, p. 32.

<sup>7</sup> Dans le même sens : BÉGUIN, Le rattachement de la société européenne, in : La société européenne (sous la direction de Klaus HOPT et alii), Paris, 2003, p. 31 ; pour le droit luxembourgeois BROUXEL/NOBLE, La société eu-

ropéenne, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg, t. 3, Bruxelles, 2004, p. 1209 (n° 36-34) ; SPANG, Réflexions sur la société européenne et le droit commun des sociétés, *Bull. Droit et Banque* n° 36, 2005, p. 7. L'art. 48 al. 1<sup>er</sup> du traité de l'Union européenne va dans le même sens puisqu'il met les deux termes sur le même plan.

<sup>8</sup> CORBISIER, Les lignes de force des récentes réformes, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 13 (36).

<sup>9</sup> THIRION/BADA, *Droit international et privé des sociétés*, 2009, Bruxelles, p. 34.



mieux les intérêts du Luxembourg que la définition large fournie du siège social par la *Cour de justice de l'Union européenne*. La CJUE inclut également le « *centre de direction de l'entreprise* »<sup>1</sup> dans le faisceau d'éléments à prendre en considération, afin de déterminer le siège de direction effective d'une société. Dans les grandes sociétés, celui-ci se trouvera la plupart du temps à l'étranger, même lorsque l'administration centrale se trouve clairement au Luxembourg en raison de réunions physiques tenues à Luxembourg<sup>2</sup>. Avec le critère du centre de direction de l'entreprise, il serait possible d'arguer qu'une société détenue par un actionnaire majoritaire, voire unique, étranger aurait son siège réel à l'étranger, au motif que la société luxembourgeoise n'aurait d'autre choix que d'entériner sur le plan juridique les souhaits de la personne qui la contrôle. Le critère de l'administration centrale permet d'éviter cet inconvénient, la société étant de nationalité luxembourgeoise dès lors que si ses décisions les plus importantes sont *formellement adoptées au Luxembourg*<sup>3</sup>.

Aucune difficulté n'existe bien évidemment à déterminer le lieu du principal établissement, *si tous les éléments concordent* : si toutes les réunions de l'organe de gérance et toutes les réunions des associés ont lieu au Luxembourg et que la société y tient ses livres et archives juridiques, la société a bien sûr son administration centrale au Luxembourg. Mais si ces facteurs sont *localisés à différents endroits*, en partie au Luxembourg et en partie à l'étranger, la question devient beaucoup plus délicate. Un premier principe est acquis, à savoir qu'il faut déterminer le lieu de l'administration centrale sur la base d'une *appréciation d'ensemble des éléments à prendre en considération* : facteurs juridiques (l'endroit où se réunissent les organes de la société) ; facteurs administratifs (l'endroit où est tenue la comptabilité ; l'endroit où se trouvent les documents administratifs). Le deuxième principe est moins certain, mais à notre faveur : la distribution juridique et factuelle des pouvoirs au sein des sociétés s'opérant de nos jours plutôt en faveur de l'organe de gérance, moteur de direction et d'impulsion, qu'au profit de l'assemblée des associés, principalement un organe de contrôle et de supervision, un poids particulier est à conférer à l'endroit où se réunit la gérance de la société.

**[187] Statut des sociétés étrangères.** — Si la société a

<sup>1</sup> CJUE 28 juin 2007, *Planzer Luxembourg SARL*, aff. 73/06.  
<sup>2</sup> V. en sens contraire cependant : CONNAC, Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés, *J.T.L.* n° 1 2009, p. 2 (4).  
<sup>3</sup> Par analogie, THIRION (sous la coordination de), *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles 2009, n° 46 et s., p. 37.

son administration centrale à l'étranger, elle sera régie par la loi étrangère pour tout ce qui concerne les conditions de son existence et l'étendue de sa capacité. Elle sera reconnue de plein droit au Luxembourg, indépendamment de l'existence ou non d'accords internationaux y relatifs (art. 158 L1915)<sup>4</sup>. Les sociétés étrangères peuvent ester en justice, avoir un patrimoine, être créancières au Luxembourg. Elles jouissent des mêmes droits au Luxembourg que les sociétés luxembourgeoises. Cette assimilation de la société étrangère à la société nationale joue dans les deux sens, puisqu'elle oblige la société étrangère agissant en justice au Luxembourg à se soumettre aux lois de procédure et de compétence luxembourgeoises<sup>5</sup>.

Tout en se montrant très libéral sur le terrain de la *jouissance des droits*, le législateur luxembourgeois maintient un certain contrôle quant à l'*exercice des droits* des sociétés étrangères. Ce contrôle s'exerce d'abord sous la forme d'autorisations pour faire le commerce. Les sociétés étrangères sont soumises aux mêmes règles que les sociétés luxembourgeoises quant aux activités commerciales et industrielles qu'elles envisagent d'accomplir au Luxembourg. Le contrôle s'exerce également sous la forme de mesures de publicité applicables aux seules sociétés étrangères. Dès lors qu'une société étrangère possède au Luxembourg une succursale ou un siège quelconque d'opération, elle est tenue<sup>6</sup> de se soumettre aux mêmes formalités que les sociétés luxembourgeoises en ce qui concerne la publication et le dépôt de ses actes<sup>7</sup> et de ses comptes annuels<sup>8</sup>. Elle sera réputée élire domicile à cet endroit, et

<sup>4</sup> Avant la loi de 1915, il fallait un traité international ; v. Cass. 13 juin 1890, *Pas.* 2, p. 620 ; CE 10 août 1893, *Pas.* 3, p. 236.  
<sup>5</sup> Cour 2 févr. 1956, *Pas.* 16, p. 425.  
<sup>6</sup> Par l'intermédiaire du gérant de la succursale luxembourgeoise : Cour 22 mars 1926, *Pas.* 11, p. 239.  
<sup>7</sup> Cour 22 mars 1926, *Pas.* 11, p. 239.  
<sup>8</sup> Seuls les comptes du siège social sont à publier, la succursale étant, du point de vue comptable, intégrée dans le siège : Cour 14 déc. 2011, *JT Luxbg.* 2012, p. 87.

non pas à l'administration centrale située à l'étranger, pour que les tribunaux luxembourgeois puissent statuer sur toutes les affaires traitées par la société à partir de ce domicile élu<sup>1</sup>.

Les tribunaux<sup>2</sup> ont défini la *notion de succursale ou de siège d'opérations* d'une société étrangère au sens de l'article 160 L1915 par référence au lieu où la société « accomplit régulièrement des actes rentrant dans le cadre de ses activités commerciales », à condition qu'elle y soit « représentée par un mandataire capable de l'engager envers les tiers ». Ce qui importe donc, c'est que les tiers traitent directement avec la société sur le territoire luxembourgeois.

Les concepts de succursale et de siège d'opération sont souvent assimilés en pratique mais visent des situations quelque peu différentes : toute succursale est nécessairement un siège d'opération, mais tout siège d'opération n'est pas nécessairement une succursale. Le *siège d'exploitation* est l'équivalent de l'établissement stable du droit fiscal : il vise tout établissement durable de la société au pays, à condition que la société y traite avec les tiers. La *succursale* jouit par ailleurs d'une certaine autonomie par rapport au siège social de la société : elle forme une partie indépendante d'un point de vue technique, économique et financier<sup>3</sup>.

La liberté d'établissement prévue par le Traité de Maastricht permet aux succursales de s'immatriculer librement dans un pays, même si le siège social n'a pas d'activité effective. Ceci permet notamment aux opérateurs économiques de constituer une société dans un État membre dont les règles de droit des sociétés sont peu contraignantes et d'ouvrir, par la suite, des succursales à l'étranger. Cette position ultralibérale résulte de l'arrêt *Centros* rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 1999 et a pour conséquence d'empêcher qu'un État membre puisse refuser l'immatriculation d'une succursale sur la base du « *forum shopping* ». La société constituée à l'étranger n'a pas besoin de remplir un critère économique consistant dans un lien effectif et continu avec l'économie de l'État où elle a été constituée ; le siège statutaire suffit donc au titre de critère de rattachement<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> VAN RYN, T. II, 1<sup>re</sup> éd., n° 1133.

<sup>2</sup> Cour 22 mars 1926, *Pas.* 11, p. 239 ; Cour 19 nov. 1970 *Pas.* 21, p. 426.

<sup>3</sup> En détail : DAZIN, Le régime juridique de la succursale, *JurisNews Droit des sociétés*, vol. 8 n° 5-6/2015.

<sup>4</sup> CJUE 9 mars 1999, *Centros Ltd*, Rec. 1999, p. I-1459, *RPS* 2000, p. 42, n° 6799.

## B. LA DYNAMIQUE DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS : LE TRANSFERT DE SIÈGE SOCIAL

[188] **Possibilités de principe pour les sociétés d'émigrer ou d'immigrer**<sup>5</sup>. — Du point de vue du droit luxembourgeois, le changement de nationalité ne peut résulter que d'un transfert volontaire de l'administration centrale : une société étrangère peut ainsi devenir luxembourgeoise si l'administration centrale s'établit au Luxembourg après la création de la société à l'étranger (« *immigration de la société* ») ; de même, une société luxembourgeoise peut devenir étrangère si l'administration centrale, initialement située au Luxembourg, est transférée par la suite à l'étranger (et à condition que l'État d'accueil reconnaisse lui-même ce transfert ; « *émigration de la société* »).

Il ne faut évidemment pas confondre la *cause et l'effet*. Une société ne peut jamais en tant que telle changer de nationalité. Elle ne peut que transférer son administration centrale. La société sera soumise aux lois luxembourgeoises, si l'administration centrale a été transférée au Luxembourg, ou aux lois étrangères, si l'administration centrale se situe dorénavant à l'étranger. Ce n'est qu'en raison de ce transfert d'administration

<sup>5</sup> AUTENNE/DE WOLF, La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social, *Cahiers de droit européen* n° 5-6, 2007, p. 647 ; KOVAR, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, *D.* 2009, p. 465 ; THIRION et alii, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, 2009, p. 11 ; MASSARD, Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois, *Pas.* 25, 4/2012, p. 769 ; MAQUET/NAVEZ, Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale ; in : MALHERBE (Éd.), *Droit des affaires et sociétés*, Bruxelles, 2013, p. 161 ; MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, th., Bibl. de droit privé n° 285, Paris, 1997 ; MYNERS, Les transferts de siège de sociétés, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 329. SCHWARZ, La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne, *Journal de droit européen*, 2014, p. 139 :

centrale que la société change de nationalité<sup>1</sup>. Autrement dit : le facteur de rattachement d'une société au droit luxembourgeois est constitué par la localisation au Luxembourg de son administration centrale ; la nationalité ne constitue aucun préalable nécessaire à la détermination de la loi applicable à la société, mais en est la conséquence.

Le transfert de l'administration centrale vers l'étranger n'a cependant pas toujours pour conséquence de faire perdre sa nationalité à la société et de ne plus rendre applicable la loi de 1915. Cette situation ne surviendra que si le transfert d'administration centrale s'opère au profit d'un pays appliquant à la théorie du siège réel. En cas de transfert vers un pays appliquant la théorie de l'incorporation, ce pays ne reconnaîtra pas la société comme étant la « sienne ». Selon le droit du pays de l'incorporation, la société restera une société luxembourgeoise, puisqu'elle a été constituée au Luxembourg. En application de ce renvoi au premier degré, un retour au droit luxembourgeois du for interviendra, de sorte que la société restera luxembourgeoise et gouvernée par la loi de 1915.

Il faut également se demander, si le *simple déplacement objectif de l'administration centrale*, à lui seul, suffit pour opérer un changement de nationalité de la société. Ou faut-il en sus une *manifestation de volonté*? La loi de 1915, en ce qui concerne les sociétés anonymes, indiquait, jusqu'à sa réforme par la loi du 10 août 2016, que le simple déplacement de l'administration ne suffisait pas ; il fallait que ce déplacement ait été voulu avec toutes ses conséquences juridiques en termes de loi applicable. D'où la nécessité d'un vote en assemblée des actionnaires<sup>2</sup>. S'agissant d'un changement d'une des bases essentielles du contrat de société, le changement de nationalité ne pouvait être imposé aux actionnaires minoritaires ; il fallait donc l'unanimité. La loi du 10 août 2016 a modifié cette disposition, en alignant le changement de nationalité sur les modifications statutaires en général ; il suffit donc d'une majorité qualifiée. Même si ce changement législatif vise à favoriser la mobilité des sociétés, il n'en reste pas moins qu'une décision de la part des associés continue à être exigée, afin que la nationalité de la société puisse changer. Il faut en conclure qu'une société luxem-

bourgeoise ayant transféré son administration centrale à l'étranger, sans que les associés ne votent en assemblée en faveur du changement de nationalité en résultant en principe dans le cours normal des choses, restera luxembourgeoise.

La validité du transfert international de l'administration centrale avec *maintien de la personnalité morale* a longtemps été contestée au Luxembourg<sup>3</sup> comme à l'étranger<sup>4</sup>. La doctrine estimait traditionnellement qu'il devait nécessairement y avoir *dissolution de la société ancienne* et *création d'une société nouvelle*. On voyait en effet dans le changement de nationalité une modification d'un élément essentiel du contrat de société, ce qui entraînait la dissolution du contrat de société initial au profit d'un nouveau contrat sociétaire. Une autre approche aboutissant au même résultat consistait à partir du constat que la personnalité morale n'est que le fruit d'une fiction juridique<sup>5</sup>. La personnalité juridique étant une qualité offerte par la loi d'un pays déterminé, celle-ci ne pourrait survivre, si la société se soustrait à la loi de ce pays, en transférant son administration centrale à l'étranger. Le transfert impliquerait ainsi la dissolution de la société dans le pays où le rattachement juridique aura cessé d'exister. De nos jours, il n'est plus douteux qu'une société puisse changer de nationalité, le transfert de siège social étant devenu une simple modification statutaire. Or le changement de statuts n'opère pas dissolution de la

<sup>1</sup> En détail : MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2008.

<sup>2</sup> Art. 67-1 L1915 : « Sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale extraordinaire, délibérant comme il est dit ci-après, peut modifier les statuts dans toutes les dispositions. Néanmoins le changement de la nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires ne peuvent être décidés qu'avec l'accord unanime des associés et des obligataires ».

<sup>3</sup> DUPONG, Le changement de la nationalité d'une société anonyme luxembourgeoise, in : *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, Luxbg, 1986, p. 175.

<sup>4</sup> BISCHOFF, Observations sur la validité du transfert international du siège social, in : *Mélanges D. Bastian*, Paris 1974, p. 23 ; LAGARDE, note sous arrêt Banque Ottomane, *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 101 ; PILLET, *Les personnes morales en droit international privé*, n° 109 ; NIBOYET, *Traité*, II, 2<sup>e</sup> éd., n° 751 ; WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés commerciales*, Bruxelles, 6<sup>e</sup> éd., n° 1097. Le transfert vers la Belgique, avec maintien de la personnalité morale, d'une société anglaise a été reconnu par la Cour de Cassation belge en 1965 : Cass. (belge) 12 nov. 1965, arrêt LAMOT, *Rev. crit. jurisp. belge* 1966, p. 392.

<sup>5</sup> PILLET, op.c., § 109.

société suivi de sa reconstitution.

Avant 1987, dans le silence de la loi, certains considéraient la personnalité juridique comme un bienfait de la loi, de sorte qu'elle disparaîtrait nécessairement lorsque la loi l'ayant accordée cesse elle-même de s'appliquer. Mais les *inconvenients pratiques et commerciaux* de la thèse de la perte de la personnalité juridique « la rendent suspecte »<sup>1</sup>. Sans oublier qu'elle se concilie plus difficilement avec la *liberté d'établissement du droit communautaire* que la thèse du changement de nationalité avec préservation de la personnalité morale (v. ci-après). Enfin, la problématique résulte de toute façon d'une certaine confusion. Il est tout à fait possible de considérer en droit que le statut juridique d'une société doit être immuable, tel que c'est le cas pour les pays basés sur le *système de l'incorporation*. Dans ce cas, le changement de nationalité devrait entraîner la perte de la personnalité morale. Mais si, comme pour le Luxembourg, la nationalité est basée sur des *considérations factuelles*, en exigeant que les règles applicables à la société soient celles du siège réel, on accepte par avance que la nationalité puisse changer si les données économiques changent elles aussi. Il n'existe aucune raison d'en déduire une perte de la personnalité juridique de la société.

La loi du 7 septembre 1987 a coupé court à la problématique en prévoyant la possibilité d'un changement de nationalité des sociétés anonymes. Le changement de nationalité de la société entraînant un risque éventuel d'augmentation des engagements des associés, le consentement requis de la part des associés devait présenter une intensité particulière, en ce sens qu'il fallait l'*accord unanime des associés* (art. 67-1 L1915)<sup>2</sup>. Une disposition similaire fut introduite pour les SARL (art. 199 L1915). La loi reconnaissait en même temps également aux associations sans but lucratif (art. 26-1 L21.04.1928) ainsi qu'aux sociétés européennes (v. n° [1084]) la possibilité de changer de nationalité. Il est également possible d'induire cette conclusion de l'art. 159 L1915 aux termes duquel la loi luxembourgeoise s'applique aux sociétés constituées à l'étranger, si l'administration centrale se trouve au Luxembourg. Ces dispositions seraient dépourvues de sens s'il fallait en déduire que la personnalité morale disparaîtrait nécessairement en raison d'un changement de nationalité. En effet, en raison de l'agencement des textes, le changement de nationalité se trouve assimilé à un changement des statuts. Or, ce dernier, en tant que tel, n'entraîne jamais la disparition de la

société. Par ailleurs, les associés sont toujours en mesure de décider à l'unanimité la dissolution d'une société et sa reconstitution à l'étranger, sur la base des principes généraux du droit des contrats. Il faut en déduire que la finalité de ces dispositions n'est point de rappeler ce que l'on connaît déjà, mais d'énoncer une règle nouvelle : la possibilité de changer de nationalité pour une société, avec maintien de la personnalité. Cependant, comme le changement de loi applicable est d'une gravité certaine, la loi exigeait l'unanimité des associés.

Le changement de nationalité de la société entraîne également un changement de la législation applicable, ce qui peut avoir des répercussions significatives sur la société et son fonctionnement. Cependant, à l'heure de la mobilité des sociétés, il a semblé opportun au législateur que cette décision, certes incisive, puisse se prendre non plus à l'unanimité seulement, mais qu'une majorité renforcée suffirait. Pour cette raison, la loi du 10 août 2016 décida de modifier l'article 67-1 L1915 en ce sens que le changement de nationalité ne constitue plus une décision devant être prise à l'unanimité en assemblée extraordinaire ; il suffit maintenant que les conditions de quorum et de majorité requis pour tout changement aux statuts soient respectées (v n° [239]).

**[189] Consécration par le droit communautaire de la mobilité internationale des sociétés.** — De nos jours, l'appréciation de la question du changement de nationalité ne peut de toute façon se faire qu'à l'aune du droit européen traitant de la mobilité internationale des sociétés. La mobilité des sociétés au sein du marché unique peut prendre des formes multiples telles la création de filiales ou de succursales, le transfert du siège ou la fusion transfrontalière. La problématique du droit des sociétés relève, d'une part, de la liberté d'établissement, sur le plan du droit primaire, et, d'autre part, d'une mise en œuvre législative plus spécifique, sur le plan du droit dérivé.

Certes, la mobilité des sociétés n'a pas encore fait l'objet d'une *réglementation communautaire*. La possibilité pour une société de transférer son siège social peut cependant prendre appui sur plusieurs articles du Traité de l'Union européenne. Les plus importants sont les articles 49 et 54 du Traité CE qui consacrent la liberté d'établissement des personnes morales au même titre que celle garantie aux personnes physiques.

L'article 293 al. 3 du Traité CE (abrogé par le traité de Lisbonne) disposait que les États membres s'engageront entre eux,

<sup>1</sup> BATIFFOL, Le changement de nationalité des sociétés, *Trav. com. fr. dr. int. privé* 1966-1969, p. 65 (p. 68).

<sup>2</sup> La loi du 10 août 2016 a remplacé l'exigence de l'unanimité, en ce qui concerne les SA, par celle applicable aux changements statutaires : art. 67-1 § 1<sup>er</sup> L1915.

en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, la reconnaissance mutuelle des sociétés ainsi que le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège de pays en pays. Une Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales avait même été conclue à cet effet, mais, faute de ratification par les Pays-Bas, elle est demeurée lettre morte. La proposition de la 14<sup>e</sup> Directive du Parlement et du Conseil sur le transfert frontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux<sup>1</sup> ainsi que l'article 8 al. 1<sup>er</sup> du règlement communautaire sur la société européenne<sup>2</sup> vont toutes dans le sens de la possibilité pour une société de transférer son siège au sein de l'Union européenne.

La *jurisprudence communautaire* a certainement œuvré dans le sens de la possibilité, sous certaines réserves, pour une société de transférer son siège au sein de l'Union européenne<sup>3</sup>. Aux termes de ces arrêts, il faut distinguer, du point de vue de l'État de l'émigration, si le transfert de siège social opère un changement de la loi applicable : l'État de l'émigration pourra s'opposer au transfert de siège social s'il n'est pas accompagné par un changement de la loi applicable. Cette position constituera cependant une entrave interdite en droit communautaire si la société entend rompre tout lien juridique avec l'État de l'émigration.

Même si l'émigration et l'immigration de sociétés constituent les deux faces de la même médaille, la Cour traite différemment les deux situations : le pays d'immigration (l'État d'accueil ; arrêts *Centros*, *Inspire Art*, *Überseering*) doit accepter le transfert de la direction effective, même si le siège statutaire reste dans le pays d'émigration (l'État membre d'origine). En revanche, le pays d'émigration (arrêts *Daily Mail*, *Cartesio*) peut tout à fait empêcher les sociétés constituées selon le droit

du pays de dissocier le lieu du siège statutaire et celui de la direction effective sous peine de mise en dissolution de la société. Les arrêts *Daily Mail* et *Cartesio* ont été rendus dans le contexte de pays ayant adopté la théorie de l'incorporation en ce qui concerne le rattachement des sociétés au droit national. Si ces États membres ont le droit de sanctionner par un arrêt de mort le transfert de direction effective, un évènement qui en principe n'a aucune importance quant à l'application du droit national de ces pays, il doit en être de même a fortiori pour les États membres, qui comme le Luxembourg utilisent le siège de direction effective comme critère de rattachement des sociétés. Le Luxembourg pourrait dès lors appliquer les règles de la dissolution judiciaire forcée (v. n° [638]) dans les cas de figure où seule l'administration centrale se trouve transférée à l'étranger, le siège statutaire restant au Luxembourg, s'il entendait y voir une infraction grave à la législation sur les sociétés commerciales.

**[190] Conditions requises pour opérer le transfert de siège.** — Le transfert du siège d'une personne morale vers (d'un) territoire soumis à un ordre juridique différent entraîne, en principe, le rattachement à la législation d'accueil (le Luxembourg en cas d'immigration de la personne morale ; le pays étranger en cas d'émigration vers ce pays), et, par voie de conséquence, la soumission à une nouvelle loi de société (celle du Luxembourg en cas d'immigration ; celle du pays étranger en cas d'émigration). Il s'agit donc d'une situation de conflit mobile au sens du droit international privé. Le transfert international de siège, s'il est certes possible pour toutes les sociétés, doit cependant remplir deux conditions particulières (en sus du vote en assemblée générale extraordinaire, v. n° [188]) :

- les *statuts doivent être mis en harmonie* avec les exigences du pays de l'administration centrale ;
- *l'autre pays* (le pays d'émigration ou d'immigration) *doit permettre le transfert* de l'administration centrale avec maintien de la personnalité morale de la société.

Cette exigence s'explique aisément. Si le pays d'origine assimile le transfert de siège social à une liquidation de la société, la société est alors déjà considérée comme dissoute au moment de son arrivée au Luxembourg. Il y a donc nécessairement reconstitution de la société au Luxembourg. Mais il en va de même dans le cas inverse de la migration d'une société luxembourgeoise vers l'étranger. Si le pays

<sup>1</sup> Proposition de la 14<sup>e</sup> Directive du Parlement et du Conseil sur le transfert frontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux, *JOCE* C138, 5 mai 1997.

<sup>2</sup> Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) *JOCE* C294 du 10 nov. 2001.

<sup>3</sup> CJUE *Centros*, 9 mars 1999, aff. 212/97 ; CJUE *Inspire Art*, 30 septembre 2003, aff. 167/01 ; CJUE *Inspire Art*, 30 septembre 2003, aff. 167/01 ; CJUE *Cartesio*, 16 déc. 2008, aff. 210/06 ; note KOVAR, *Recueil Dalloz*, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, p. 465 ; note IDOT, *Europe* 2009, p. 33.

d'accueil considère pareille immigration nécessairement comme une reconstitution de société, la société ne saura préserver sa personnalité morale suite au transfert de siège, non pas en raison du droit luxembourgeois, mais du fait de la loi du pays d'accueil.

Exemples : a) Une société constituée au Royaume-Uni et ayant son siège statutaire à Londres transfère son administration centrale au Luxembourg. Le droit anglais étant basé sur la théorie de l'incorporation, le transfert de l'administration centrale est ignoré par le droit anglais. Il est dès lors possible à la société anglaise de transférer son administration centrale à Luxembourg, sans perdre sa personnalité juridique au moment du transfert. Pour le droit luxembourgeois, la société est devenue luxembourgeoise. Cependant, il s'agit de la même société que celle qui a été constituée au Royaume-Uni. La société aura donc la double nationalité, car elle restera également soumise au droit anglais ; mais elle n'est pas un jumeau « dédoublé », car il n'y a pas eu réincorporation au Luxembourg. b) Une société constituée au Luxembourg et ayant son siège statutaire à Luxembourg transfère son administration centrale au Royaume-Uni. La société n'est plus luxembourgeoise selon le droit luxembourgeois, puisque son administration centrale a été transférée au Royaume-Uni. Mais le droit anglais, ne connaissant que le système de l'incorporation, considère que la société est restée luxembourgeoise. Appelé renvoi au premier degré en droit international privé, ce renvoi par le droit anglais au droit luxembourgeois a pour conséquence que la société, plutôt que de n'être gouvernée par le droit d'aucun État, continuera à être régie par le droit luxembourgeois<sup>1</sup>.

Pour certains, il faudrait par ailleurs qu'un *réviseur d'entreprises* certifie que l'actif net comptable de la société soit au moins égal au capital social souscrit. Cette demande n'est généralement formulée qu'à l'égard des migrations de sociétés vers le Luxembourg et vise à s'assurer de la réalité du capital social. Mais l'intervention du réviseur d'entreprises n'est nullement exigée par la loi. Elle contrevient par ailleurs au principe de la liberté d'établissement, en rendant plus difficile la migration vers le Luxembourg de sociétés établies dans d'autres États membres. Enfin, on ne voit pas l'utilité d'une telle mesure : si une société a subi des pertes à l'étranger faisant que son actif net comptable soit maintenant inférieur à son capital social, le

capital social n'est pas de ce fait fictif ; il suffit que les tiers soient dûment informés des pertes passées, objectif qui sera atteint si la société applique les règles comptables et de publicité luxembourgeoises<sup>2</sup>.

Ces conditions ne jouent bien évidemment que dans la mesure où le transfert de siège est *effectif*. Il ne suffit donc pas d'une boîte à lettre dans le pays, afin de pouvoir rattacher la société au Luxembourg. De même, le droit des sociétés luxembourgeois continuera à s'appliquer, si un contrat de domiciliation avec une société luxembourgeoise est établi avec un prestataire étranger, afin de faire échapper la société au droit luxembourgeois ; encore faudra-t-il que l'administration centrale ait été réellement transférée auprès de ce prestataire de services.

**[191] Siège statutaire et administration centrale à des endroits différents.** — Normalement, le siège indiqué dans les statuts correspond à l'administration centrale de la société. Mais cette indication ne vaut qu'à titre de *présomption simple* et ne lie ni les juges, ni les tiers (art. 2 al. 3 L1915). Le siège statutaire n'est pris en considération qu'autant qu'il correspond à la réalité. L'indication du siège statutaire peut être combattue par toute personne intéressée : si la direction effective de la société ne se trouve pas au lieu indiqué par les statuts, c'est évidemment le siège réel (l'administration centrale) qui l'emportera sur le siège statutaire, purement fictif. Les tiers auront dans ce cas le choix de s'en tenir aux apparences, le siège statutaire, ou de retenir le siège effectif, c.-à-d. l'administration centrale.

Ceci pose une question intéressante pour la société concernée : le fait que le siège statutaire ne correspond pas à celui de l'administration centrale constitue-t-il une *infraction grave à la loi de 1915* justifiant sa dissolution judiciaire (v. n° [638])<sup>3</sup> ? Sans doute pas : on ne

<sup>1</sup> V. Paris 19 mars 1966, *Clunet* 1966.118, note GOLDMAN, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1967, p. 85, note LAGARDE, *Rev. dr. com.* 1967, p. 332, note LOUSSOUARN ; RIGAUX/FALLON, *Droit international privé*, t. 2, Bruxelles, 1993, n° 1602, p. 753.

<sup>2</sup> V. à ce sujet : BELLAMINE/PAUWELS, Le transfert du siège social d'une société anonyme étrangère vers le Luxembourg : de la théorie à la pratique, *JurisNews, Regard sur le droit des sociétés*, Vol. 3, 7/2010, p. 113.

<sup>3</sup> Prudemment en ce sens dans un contexte international :

saurait déduire de la présomption simple de la loi quant à l'*identité des sièges statutaire et réel* une obligation pour la société de faire coïncider les deux, sous peine de contrevenir à la loi de 1915. Si le fait que le siège statutaire et le siège de direction effective d'une société sont localisés dans deux endroits différents peut a priori paraître suspect, il peut cependant exister de bonnes raisons à cela. Il suffit de songer aux transferts de siège à caractère international vers un pays dont le droit des sociétés est basé sur la théorie de l'incorporation : ce dernier ne pourra pas accueillir le siège statutaire de la société, car dans ses conceptions une société incorporée au Luxembourg restera toujours luxembourgeoise et partant devra garder son siège statutaire au Luxembourg. Le maintien du siège statutaire au Luxembourg ne procédera dans ce cas aucunement d'une volonté de fraude mais uniquement d'une impossibilité légale due au respect du droit étranger. La même remarque peut d'ailleurs être faite pour les transferts de siège d'un pays de l'incorporation vers le Luxembourg : le siège statutaire restera nécessairement dans le pays de l'incorporation ; il ne pourra donc pas être transféré au Luxembourg où se trouvera pourtant, par la suite, le siège réel de la société. Dans un pays ouvert sur l'étranger, tel le Luxembourg, de tels transferts de siège social doivent rester possibles.

On peut d'ailleurs faire remarquer que l'article 159 in fine de la loi de 1915 limite l'hypothèse d'une infraction grave à la loi au cas de figure où la société n'a pas de *domicile « connu »*. On conçoit aisément que le législateur ait entendu sanctionner par la voie de la dissolution judiciaire les sociétés qu'on ne peut pas localiser parce qu'elles n'ont plus d'adresse. Ce n'est évidemment pas le cas si la société a son siège statutaire et son administration centrale dans deux endroits différents. Le siège statutaire est connu du public, de sorte que la société peut y être touchée. Comme

l'endroit de l'administration centrale se trouvera également, en règle générale, indiqué dans les statuts, les associés comme les tiers auront en fait aussi la possibilité de s'adresser à la société au siège de son administration centrale. L'article 159 L1915 doit plutôt être lu comme confirmant la licéité d'une dissociation du siège statutaire et de l'administration centrale. Dans une telle situation, sauf à devoir appliquer la clause de renvoi mobile (v. n° [188]), la loi luxembourgeoise ne s'appliquera que dans la mesure où l'administration centrale se trouvera au Luxembourg (art. 159 al. 1<sup>er</sup> L1915).

Enfin, il ne faut pas oublier non plus *le lien implicite existant entre la dissolution judiciaire* de l'art. 203 L1915 et les sanctions pénales prévues dans la loi de 1915 : les infractions graves à la loi de 1915 sont toutes sanctionnées pénalement. Comme la dissolution des sièges statutaire et administration centrale n'est pas pénalement sanctionnée, elle ne devrait pas constituer non plus une contravention grave à la loi de 1915.

**[192] Droit fiscal.** — Le changement de nationalité intéresse également le droit fiscal.

C'est ainsi que la loi fiscale soumet à l'imposition luxembourgeoise les sociétés dont le siège statutaire ou l'administration centrale est transféré au Luxembourg. Ces sociétés deviennent des contribuables fiscaux imposables sur la base de leur revenu mondial (des « contribuables résidents »). Lorsque le pays d'émigration a conclu une convention fiscale contre la double imposition avec le Luxembourg, le pouvoir d'imposition est toujours accordé au pays où se trouve l'administration centrale de la société. Voilà pourquoi, dans ces cas-là, il ne suffit pas de transférer le siège statutaire au Luxembourg ; il faut également (ou mieux : pour le moins) transférer l'administration centrale de la société au Luxembourg<sup>1</sup>.

L'entrée de la société dans l'orbite fiscale est assimilée à une

---

CONNAC, art. cit., p. 5 ; affirmatif : MASSARD, Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois, *Pas.* 25, 4/2012, p. 769.

---

<sup>1</sup> En détail : STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4 éd., Luxembourg, 2013 ; EOD., Le siège social au regard du droit fiscal, *JTL* 2009 n° 1, p. 6.

création de la société. L'actif net comptable de la société doit dès lors être réévalué afin de l'aligner à la valeur marchande des différents éléments le composant. Mais comme la société a préservé sa personnalité juridique, il n'existe aucune raison de réévaluer l'actif net de la société également dans ses comptes sociaux, la société continuant les valeurs comptables d'origine après leur transfert de siège. Il faut, dans ce cas, établir un bilan fiscal distinct reprenant les différents postes d'actif à leur valeur marchande. La différence ira à un poste de capitaux propres supplémentaires. Sa distribution ultérieure aux actionnaires représentera certes une distribution de dividendes au sens du droit des sociétés mais constituera un remboursement de capital au regard du droit fiscal (donc, en principe pas de retenue à la source).

Exemple : a) Une société panaméenne transfère son siège statutaire au Luxembourg, son administration centrale restant au Panama. Son actif net comptable est de 1 000 (actif brut de 2 300 moins le passif exigible de 1 300), son actif net évalué à la valeur marchande s'élevant à 1 200. Le Panama n'ayant pas conclu de convention fiscale avec le Luxembourg, la société deviendra un contribuable résident luxembourgeois. Le bilan fiscal renseignera un actif net de 1 200, les capitaux propres fiscaux de la société s'élevant à 1 200 (soit les capitaux propres comptables de 1 000 plus un surplus d'évaluation de 200). b) Une société française opérant pareil transfert ne deviendra pas un résident fiscal luxembourgeois, car il existe une convention fiscale avec le Luxembourg. Pour transférer la résidence fiscale au Luxembourg, il faudra donc transférer l'administration centrale de la société au Luxembourg. La localisation du siège statutaire n'importe pas au regard de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, comme d'ailleurs dans toutes les conventions fiscales internationales (sauf peut-être à titre de présomption simple de la localisation de l'administration centrale au lieu du siège statutaire).

Dans le même sens, *une société transférant son siège statutaire ainsi que son administration centrale à l'étranger* perd son statut de résident fiscal. Ce transfert est assimilé à une dissolution-liquidation de la société et aboutit de ce fait à imposer les plus-values latentes.

Il devrait en être de même si la seule administration centrale est transférée vers l'étranger, dans un pays conventionné, car là aussi le Luxembourg perdra son pouvoir d'imposition. Mais dans ce cas-là, le législateur ne répute pas dissoute la société au point de vue fiscal, ce qui permet d'échapper à la taxation des plus-values latentes (art. 172 al. 2 LIR).

### Section 3. La personnalité morale permet à la société d'agir

**[193] Présentation.** — La conséquence la plus importante de l'existence de la personnalité morale est son autonomie par rapport aux agissements de ses associés. Cette autonomie est double : *financière*, la société ayant son patrimoine propre distinct de celui de ses associés et dirigeants (§ 1); *juridique* ensuite, la société en tant que sujet de droit pouvant agir et contracter comme toute autre personne (§ 2).

#### § 1. L'AUTONOMIE FINANCIÈRE DE LA PERSONNE MORALE

Comme toute personne juridique, la société personne morale est titulaire de droits et sujet d'obligations ayant une valeur pécuniaire et qui constituent son patrimoine (A). Au sein de son patrimoine, le capital social revêt une importance particulière (B); il constitue la principale composante des capitaux propres de la société (C).

#### A. LE PATRIMOINE SOCIAL

Le concept du patrimoine social s'intègre dans les théories plus générales du patrimoine.

Le *droit fiscal* s'écarte ici du droit des sociétés, en ce qu'il distingue les sociétés transparentes et les sociétés opaques. Les sociétés transparentes n'ont pas de patrimoine social au regard du fisc (v. n° [4]).

**[194] Théories du patrimoine.** — Elles sont au nombre de deux.

La notion de patrimoine, déjà connue en droit romain, a été construite au XIX<sup>e</sup> siècle par AUBRY et RAU. Leur théorie, appelée « *classique* », a été contestée sans toutefois être réellement remise en cause. Dans cette vision classique, le patrimoine est assimilé à « l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique ». C'est ainsi que le patrimoine est, d'une part, une universalité juridique, c'est-à-dire qu'il contient *tout ce qui a une valeur pécuniaire pour une per-*



sonne. Il est constitué d'un actif (ses droits, plus précisément ses biens) et d'un passif (ses obligations, ses dettes). L'un et l'autre se compensent au sein du patrimoine (par exemple, si vous devez une somme d'argent, elle sera payée en prenant sur une partie de votre actif) et constituent, pour les créanciers, l'ensemble sur lequel ils pourront exercer leur droit de gage général (l'article 2284 du Code civil prévoit d'ailleurs que ce droit de gage s'exercera sur tous les meubles et immeubles du patrimoine, que ceux-ci soient présents ou à venir, donc sur l'actif). Cette universalité de droits est, d'autre part, une émanation de la personnalité juridique. En effet, la notion de patrimoine est étroitement liée à la personne : il n'y a pas de patrimoine sans personne pour le détenir. Toujours, selon la conception classique, les biens ne sont pas considérés isolément ; ils font partie d'un ensemble et forment une universalité. D'où l'expression de la « *théorie de l'unicité du patrimoine* ».

Cette conception a été contestée par la suite, car elle ne permet pas de séparer le patrimoine de son titulaire qui en est le support. La théorie du patrimoine d'affectation lui a été substituée. Selon la *théorie moderne du patrimoine d'affectation*, un ensemble de biens et de dettes trouve sa cohérence dans une affectation commune au but déterminé, indépendamment du rattachement à une personne. Le patrimoine est donc un ensemble de biens affectés à une destination particulière. Par conséquent, une personne physique peut avoir un patrimoine général et un patrimoine spécial, affecté par exemple à une personne morale. Elle peut transmettre le patrimoine spécial, actif et passif, sans que cela affecte son patrimoine général.

La théorie du patrimoine d'affectation a très certainement contribué à la création et au *développement des personnes morales*. Elle trouve encore sa consécration dans l'existence des *sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée*, des *sociétés anonymes unipersonnelles*, et, dernièrement, des SASU.

C'est également à la théorie du patrimoine d'affectation qu'il faut recourir pour expliquer la création, au sein d'une seule et même personne morale, de plusieurs patrimoines distincts dans le cadre de « compartiments » (v. n° [973]). Dans la théorie classique, la personne morale, tout comme les personnes phy-

siques, ne dispose que d'un seul patrimoine, aussi indivisible que sa personnalité. Ce principe reste certes en vigueur mais peut se trouver écarté par la loi. Il en va ainsi par exemple des *compartiments créés au sein d'un organisme de placement collectif* aboutissant à autant de subdivisions du patrimoine de la société et rendant ainsi « étanches » les compartiments entre eux au regard des dettes assumées par les différents compartiments de la même entité juridique (art. 133 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 20 déc. 2002)<sup>1</sup>. Ce modèle a été repris par les *fonds de pension* (art. 8 n° 10 et 33 de la loi du 8 juin 1999) et les *sociétés de titrisation* (art. 5 de la loi du 22 mars 2004).

**[195] Composition du patrimoine social.** — L'actif et le passif constituent les deux parties du patrimoine d'une société.

À la constitution de la société, l'*actif social* est composé de l'ensemble des biens apportés par les associés qui reçoivent en échange des titres leur conférant des droits de nature mobilière. L'actif social varie tout au long de la vie de la société, selon les créances générées par l'activité sociale et les biens acquis par la société. Il comprend l'ensemble des biens qui permettent à la société de poursuivre son activité et de réaliser ses objectifs (immeubles, fonds de commerce, matériel, stocks, créances, etc.).

Pour obtenir une vue détaillée de l'actif social, il y a lieu de se reporter à la *loi comptable* (dans sa version actuelle, la loi du 28 décembre 2015, Mém. A n° 228, p. 6228). Celle-ci classe les différents éléments composant l'actif social en fonction de leur pérennité dans l'entreprise. Tout d'abord, l'actif immobilisé, le plus stable, qui comprend les immobilisations corporelles, incorporelles et financières. Viennent ensuite les éléments de l'actif circulant (stocks, créances, liquidités).

Dans un bilan, l'actif doit toujours être égal au passif. Le *passif social* est constitué des ressources de l'entreprise : les capitaux propres (passif immobilisé) et les dettes (passif circulant). À titre de passif circulant, il comprend l'ensemble des sommes dues par la société aux personnes autres que les associés au titre de leurs apports. Il s'agit donc des montants qui sont dus aux créanciers de la société (établissements bancaires,

<sup>1</sup> En détail : KREMER/LEBBE, *Les organismes de placement collectif*, Bruxelles, 2001, p. 73.

fournisseurs, etc.), y compris les comptes courants des associés, car il ne s'agit pas d'apports (v. n° [91]). Parmi ces dettes, il y en a qui sont certaines (le « passif exigible » : banques, fournisseurs, etc.), d'autres seulement probables (les « provisions pour risques et charges »). Les capitaux propres, y compris le capital social, constituent le passif immobilisé. Du point de vue comptable, le *capital social*, tout comme les capitaux propres, figurent au passif du bilan. Il y a deux raisons à cela :

- tout d'abord, le capital social d'une société représente *les ressources que les associés ont laissées de façon permanente à la société*. Comme par convention comptable, les ressources d'une société figurent au passif du bilan, l'actif regroupant les emplois ; il est logique d'indiquer les capitaux propres au passif du bilan, car les apports des associés financent la société de la même manière que le crédit bancaire ;
- ensuite, d'un point de vue juridique, *la société doit restituer les apports aux associés*, en valeur ou en nature, lors de la dissolution du groupement. L'associé est donc un créancier de dernier rang, avec un statut particulier (v. n° [196]), dans la société ; inversement, la société est tenue de certaines obligations patrimoniales vis-à-vis de ses associés.

**[196] Un créancier dans la société et non pas un créancier de la société.** — Le patrimoine social implique que la société soit propriétaire des biens qui lui ont été apportés. Ce patrimoine est le sien et non celui de ses associés. Si les associés ne disposent ainsi d'aucun droit sur le patrimoine social, et pas davantage sur les apports qu'ils ont effectués, ils ne sont pas copropriétaires non plus de l'actif social<sup>1</sup>. C'est la société qui est propriétaire des biens. L'associé est donc simplement *titulaire de droits sociaux* et possède à l'égard de la société un *droit de créance né du contrat de société*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cour 11 mars 1999, *Pas*, 31, p. 124.

<sup>2</sup> « L'associé n'est pas un créancier de la société, mais il est créancier dans la société » ; Cour 10 juill. 2002, n° 23 054,

Que l'associé ait un droit de créance sur la société peut, à première vue, paraître étonnant. Cette conclusion se comprend cependant en raison des divisions posées par le Code civil en matière de droits. Il n'est pas discuté en effet que l'associé ait un droit sur le patrimoine de la société. Mais comme ce droit n'est pas de propriété et qu'il faut bien le qualifier, on estime que l'associé a un droit de créance (de type particulier) sur la société. En effet, le Code civil ne connaît que deux types de droits, le droit de propriété et le *droit de créance*. Si ce n'est l'un, c'est donc forcément l'autre. Chaque associé, par l'effet de son obligation d'effectuer un apport à la société, perd la propriété du bien apporté. En contrepartie, il va recevoir un certain nombre de droits sociaux, proportionnellement à l'importance de son apport. Chaque apporteur ayant abandonné la propriété du bien à la société, il va se retrouver créancier de celle-ci à raison de son apport.

L'associé est créancier des bénéficiaires et du remboursement de son apport au moment de la liquidation. La créance des associés présente cependant une particularité : elle ne pourra être remboursée qu'après le désintéressement intégral des créanciers sociaux. La société devra d'abord payer les dettes sociales ; ensuite seulement, les associés obtiendront la réalisation de leur créance (s'il reste quelque chose).

Aussi, alors même que la société ne possède que des meubles, les parts et actions des associés n'en restent pas moins des *meubles* (par détermination de la loi ; v. art. 529 C.civ.). Ce principe est applicable en toutes circonstances : l'associé qui remet ses parts sociales au titre de sûreté subit les règles du nantissement et non celles de l'hypothèque ; la saisie des parts et actions suit le régime des saisies mobilières ; etc.

En cas de *décès* d'un associé, ses héritiers n'ont aucun droit sur les biens de la société et ne peuvent donc pas faire apposer les scellés sur ceux-ci.

En contrepartie des risques courus, l'associé dispose de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux sur la société : droit d'accès aux assemblées sociales ; droit d'information et de contrôle ; droit de vote ; droits pécuniaires tels que le droit au dividende, le droit au remboursement de l'apport, le droit au boni de liqui-

---

*Bull. Barreau*, 2004, p. 27 ; TA Lux, 4 mars 2010, n° 318/10, *Luxalpha*, *Bull. Joly*, 1<sup>er</sup> sept. 2010, n° 5, p. 395, note RIASSETTO : « L'actionnaire d'une société non dissoute (...) n'est sûrement pas créancier de sa part d'actif ».

dation  
(v. n° [227] et s.).

**[197] Patrimoine social et patrimoine personnel de l'associé.** — Il résulte également de la séparation du patrimoine social des patrimoines privés des associés que le patrimoine de la société est étranger aux *créanciers personnels des associés* ; ces derniers peuvent certes saisir les droits sociaux remis à l'associé en rémunération de son apport, mais non le patrimoine social lui-même<sup>1</sup>. Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de *compenser dettes sociales et dettes personnelles* : un associé n'est pas autorisé à refuser de payer l'un de ses créanciers personnels, au motif que ce dernier doit de l'argent à la société.

À l'inverse, le patrimoine social est le *gage des créanciers sociaux* : celui qui contracte avec la société acquiert contre elle seulement un droit de saisie général. Si la société tombe en cessation de paiements, la procédure de liquidation frappe la société elle-même et épargne les associés. Cela dit, dans certaines sociétés, les associés sont indéfiniment responsables du passif social. Dans ces sociétés, les créanciers sociaux sont autorisés à poursuivre leur dû sur le patrimoine social et sur le patrimoine de chacun des associés : l'ensemble forme à leur profit une sorte de gage commun (v. n° [55]).

L'*extension de la faillite* est automatique, en dehors de tout comportement fautif, à l'égard des associés en nom collectif. Elle est la conséquence logique de leur responsabilité indéfinie et solidaire du passif social. Dans d'autres cas, il peut y avoir extension du passif social aux dirigeants et aux associés. Ainsi, le gérant de la SARL qui a confondu les biens de la société et ses biens propres peut être condamné à combler le passif social (v. n° [381] et s.).

<sup>1</sup> Cour 17 nov. 1998, *Pas.* 30, p. 506.

## B. LE CAPITAL SOCIAL<sup>2</sup>

Le patrimoine social ne doit pas être confondu avec le capital social.

**[198] Notion de capital social.** — Bien que constituant une exigence légale, la définition du capital social n'est donnée par aucun texte. C'est avant tout une *notion comptable*<sup>3</sup>. Le capital social figure au passif du bilan de l'entreprise. Il ne faut pas le confondre avec l'actif social qui comprend tous les biens détenus par la société, ni avec les capitaux propres de la société (v. n° [202]), dont il forme cependant l'une des composantes. Le capital social constitue en fait une dette d'une nature particulière de la société envers ses associés. Le capital social correspond à la *valeur nominale de l'ensemble des actions*. Mais il faut avouer que cette définition du capital social est circulaire, car l'action est définie comme étant une fraction du capital social.

On pourrait être tenté de définir le capital social comme étant *l'ensemble des valeurs apportées par les associés à la société et qui ont été rémunérées par la remise de droits sociaux*<sup>4</sup>. Mais cette définition est quelque part inexacte : certains apports ne rentrent pas dans le capital social (la prime d'émission, ...) ; d'autres éléments qui font clairement partie du capital social ne résultent pas d'un apport à la société (les réserves converties en capital). Faute de mieux, on définira le capital social comme représentant la *somme arrêtée dans les statuts qui a été apportée par les associés, et qui leur sera remboursée à terme*. Il s'agit donc d'un seuil chiffré, abstrait en ce sens qu'il ne représente aucun bien déterminé, destiné à servir de coussin financier au

<sup>2</sup> DABIN, L'extension de la notion juridique de capital social, *RPS* n° 7141, p. 683 ; DANA-DEMARET, *Le capital social*, Paris, 1989 ; GORE, La notion de capital social, in : *Mélanges RODIÈRE*, Paris, 1982, p. 85 ; TILQUIN/SIMONART, t. 2, n° 1906 ; MORTIER, *Opérations sur capital social*, Paris, 2010.

<sup>3</sup> V. sur le sujet : BURBI, Le capital social et sa représentation comptable, in : PRÛM (sous la dir. de), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2016, p. 183.

<sup>4</sup> TA 8 déc. 2011, n° 133 408, *BJB* 2013 n° 7/2013, p. 136.

profit des créanciers ; le risque ne passera aux créanciers sociaux qu'en cas de pertes excédant ce seuil.

Le capital social a une triple fonction<sup>1</sup> :

- entre associés, il constitue une *clef de répartition des droits entre les associés* ainsi qu'un *droit de retour* des associés, ceux-ci ayant vocation à récupérer leurs apports à la dissolution de la société ;
- vis-à-vis des tiers, le capital social constitue le *gage commun* que les associés s'interdisent de rembourser préalablement aux créanciers sociaux. Il ne faut évidemment pas se méprendre sur le sens de cette expression. Le capital social n'est pas gagé et ne peut être saisi non plus par les créanciers de la société. En cas de défaut de remboursement de ses dettes par la société, les créanciers ne pourront toujours que saisir les actifs de la société ; le capital social n'est que la traduction comptable des apports des associés qui se reflètent dans les avoirs de la société.

Le capital social se subdivise sur le plan conceptuel en un capital souscrit et un capital appelé et non appelé. Le *capital souscrit* est le montant que les associés ont promis d'apporter à la société (v. n° [89]). Le *capital appelé* est la partie du capital souscrit dont la société a demandé la libération à ses associés (v. n° [84]). Le *capital non appelé* est la partie du capital souscrit dont la société n'a pas encore demandé la libération. Il s'agit d'une créance liquide mais incertaines, car elle sera fonction d'une décision discrétionnaire des organes sociaux le moment venu ; elle ne doit donc pas encore être exécutée et ne porte pas d'intérêts.

Le capital social se distingue du *patrimoine social*. Tous les apports effectués à la société et participant à la constitution du capital ne représentent qu'une partie du patrimoine social qui s'enrichira ou s'appauvrira au gré des résultats financiers. Le capital social est indépendant des résultats de la société, tandis que le montant des capitaux propres varie en fonction de la rentabilité de l'entreprise. En raison du principe de fixité du

capital social (v. n° [200]), ce dernier constitue le noyau dur du patrimoine social de la société. Le capital social n'est pas non plus égal à *l'actif brut* (v. n° [195]), avec lequel il coïncide pendant une période très courte au moment de la constitution de la société. Le patrimoine social va dépasser le capital social au fil du temps, si les bénéfices n'ont pas été entièrement distribués. Inversement, en cas de pertes, le patrimoine social devient inférieur au capital social. Le patrimoine social est égal à *l'actif net* de la société, obtenu en retranchant de l'actif brut les dettes envers les tiers ainsi que les provisions pour risques et charges (le passif circulant, v. n° [195]). En d'autres termes, l'actif net est égal à la somme du capital social et des réserves, à laquelle il y a lieu d'ajouter ou de soustraire le bénéfice ou la perte du dernier exercice.

**[199] Devise du capital social.** — En raison de la liberté contractuelle, les statuts ne doivent pas obligatoirement fixer le capital social en euros mais peuvent l'exprimer dans toute devise. La fixation du capital social en une devise donnée aura pour conséquence que la *comptabilité* de la société sera tenue dans cette même devise.

Mais il faut garder à l'esprit que si la devise du capital peut consister en une devise étrangère, le *bilan fiscal* sera en principe établi en euros. De ce fait, si une société tient une comptabilité commerciale en dollars parce que la devise de son capital social est en dollars, elle établira en parallèle un bilan fiscal distinct en euros. Il est dès lors tout à fait possible qu'une société réalise un bénéfice commercial en dollars et une perte fiscale en euros (et inversement), selon l'évolution des cours de change. Tout cela crée le bonheur des professionnels des chiffres et le désarroi du commun des mortels. Afin d'éviter ces tracasseries comptables, les sociétés pourront opter, sous certaines conditions, pour l'établissement de leur bilan fiscal dans la devise de leur comptabilité, ce qui constitue une source de simplification bienvenue (circ. LIR du directeur des contributions L.G.-A n° 60 du 16 juin 2014).

Une difficulté parfois rencontrée en pratique est celle où la société est constituée avec un capital social exprimé en devise

<sup>1</sup> V. COURET, *Utilité et formes de capital et financement des sociétés* ; in : PRŪM (sous la dir. de), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2016, p. 165.

étrangère, le montant du capital social étant calculé au plus juste, c.-à-d. à un montant correspondant au minimum légal là où il existe (ex. : SARL). Si par la suite, en raison d'un *affaiblissement de la devise étrangère*, le montant du capital social converti en euros tombe en dessous du minimum légal, se pose la question de savoir si la société doit procéder à une augmentation de son capital social. Tel n'est cependant pas le cas : la question du minimum légal vise uniquement à garantir que les associés fournissent les valeurs requises au moment de la constitution de la société et qu'ils ne prélèvent pas ces valeurs par la suite ; or, dans le cas d'un *affaiblissement de la devise étrangère*, le minimum légal était bien atteint au moment de la constitution de la société.

**[200] Fixité du capital social.** — Le capital social, une fois défini, en principe ne changera plus par la suite. Cette règle de la fixité ou de l'*intangibilité du capital social* est souvent mal comprise. Elle ne signifie pas que le montant du capital social ne puisse plus être modifié par la suite ; il suffit en effet de l'accord des associés, donné selon les conditions prescrites pour la modification des statuts, pour que le capital social puisse changer<sup>1</sup>. La fixité du capital social ne doit pas non plus être confondue avec son « invulnérabilité », le capital social pouvant se trouver entamé en raison des pertes subies par la société.

La fixité du capital social a une portée nettement plus réduite : elle signifie que les dirigeants ne peuvent pas toucher au capital social indiqué dans les statuts et au bilan de la société en procédant à des distributions aux associés (art. 167 L1915). Le principe de fixité implique également que la société reconstitue le capital social en présence de pertes courantes ou passées, avant de distribuer des dividendes aux associés. La distribution de dividendes présuppose en effet l'existence de réserves distribuables ; lorsqu'elles font défaut, les distributions constituent en fait un prélèvement sur le

capital social.

Si le principe de la fixité du capital social constitue un principe applicable en principe à toutes les sociétés, il existe toutefois quelques exceptions à cette règle.

C'est ainsi que la *société coopérative* dispose d'un capital variable (v. n° [738]). Cette disposition s'explique par le souci de permettre aux associés de se retirer de la société, lorsqu'ils ne veulent plus faire partie du mouvement corporatif. Dans les sociétés coopératives, il faut souvent cumuler deux qualités : celle de salarié (ou de client), et celle d'associé. Lorsque l'associé quitte la société en tant que salarié ou décide de ne plus y faire ses achats, il faut organiser son retrait. Celui-ci est assuré par voie de remboursement du capital à l'associé.

La *société d'investissement à capital variable* (« SICAV »), comme son nom l'indique, dispose également d'un capital variable<sup>2</sup>. La SICAV est une société anonyme présentant la particularité que son capital social peut à tout moment augmenter ou diminuer, soit en raison d'apports nouveaux, soit en raison de retraits d'associés. La SICAV constitue un organisme de placement collectif ; elle investit dans des placements boursiers et financiers suivant le principe de la répartition des risques, l'investissement étant financé par la voie de la collecte de l'épargne publique ou privée. La règle de la variabilité du capital s'explique au regard de la SICAV par le souci de préserver un maximum de mobilité aux associés. La même règle s'applique aux *sociétés d'investissement en capital à risque* (« SICAR » ; art. 4 al. 2 L12.05.2004). Dans ces sociétés, le remboursement de capital n'est assujéti à d'autres règles que celles posées par les statuts de la société.

On déduit généralement du principe de fixité plusieurs autres conséquences ayant trait aux opérations de modification du capital. Celles-ci font l'objet d'une réglementation stricte qui se soucie d'informer les tiers et d'assurer l'égalité des associés entre eux. Le *souci d'information des tiers* prédomine lors des réductions de capital social des sociétés à risque limité (v. n° [494]) ; celles-ci n'offrent aux créanciers sociaux que le capital social comme garantie de paiement. L'*égalité des associés* se trouve au cœur des dispositions relatives aux augmentations de capital, car celles-ci peuvent conduire à une dilution de la participation de l'associé qui n'est

<sup>1</sup> La jurisprudence belge parle de « chiffre en dessous duquel les associés s'interdisent de ramener la valeur de l'avoir net par des distributions de dividendes ou par des remboursements » ; v. DABIN, L'évolution des conditions de constitution des SA et des SARL, in : DABIN et alii, *Les sociétés commerciales*, éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985, p. 9 (n° 16).

<sup>2</sup> RIASSETTO, Éclairage sur le capital variable, l'exemple de la SICAV, in : PRÜM (sous la dir. de), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Bruxelles, 2016, p. 253.

pas en mesure d'y souscrire (v. n° [481]).

Ainsi entendu, le principe de fixité du capital social ne l'empêche pas de bouger en cours de vie sociale : il pourra être augmenté soit par des apports nouveaux (v. n° [1028]), soit par incorporation de réserves (v. n° [491]); il pourra être réduit par reprise d'apports (v. n° [1036]) ou par suite de pertes (v. n° [1037]).

**[201]Utilité du capital social.** — Le capital social a une triple utilité.

Tout d'abord, le capital social constitue une *source de financement pour la société*. En faisant des apports à la société, les associés financent celle-ci sans la garantie d'une rémunération. Leur engagement a bien évidemment pour objectif le partage des bénéfices, mais cet objectif est tempéré par l'obligation de contribuer aux pertes en cas de difficultés. La prise de risque pour les associés est donc importante et constitue la plupart du temps la condition d'un financement complémentaire par des tiers (banques, ...). Toute société, afin de pouvoir exister, a besoin d'un capital social. En l'absence d'un capital social, la société serait entièrement financée par voie de dettes, ce qu'aucun banquier n'accepterait. Comment la société pourrait-elle inspirer confiance aux tiers, si elle vivait sans fonds propres, c.-à-d. si les associés ne consentaient pas eux-mêmes au moindre sacrifice financier ? Les apports représentatifs du capital social ne sont évidemment pas « gelés » mais servent à financer l'activité sociale.

Ensuite, du moins dans le cas des sociétés à risque limité, le capital social est le seul *gage des créanciers sociaux*. Les autres sociétés, à savoir les sociétés à risque illimité, peuvent se contenter d'un capital peu élevé ou même symbolique. Le capital social est l'une des mentions obligatoires des statuts pour toutes les sociétés et doit faire l'objet d'une publicité (art. 6 et 8 L1915). Son défaut de publication est une cause de nullité des sociétés à responsabilité limitée (art. 12ter L1915). L'expression « gage des créanciers » est évidemment ambiguë, dans la mesure où elle laisse entendre que le capital social pourrait être gagé. À l'évidence, il n'en est rien : le capital social n'est pas un actif saisissable pour

les créanciers sociaux ; il ne constitue que la représentation comptable des apports des associés que ceux-ci ont convenu de laisser à la société. Le seul véritable gage des créanciers est l'actif social. L'idée de gage des créanciers sociaux vise plutôt le fait que le capital social constitue un *seuil* en dessous duquel il ne faut pas tomber. C'est l'hypothèse où la société procède à des distributions au profit de ses associés ayant pour conséquence de faire tomber ses capitaux propres en dessous du montant du capital social (v. n° [282]). Mais c'est également celle où les pertes entament les capitaux propres de manière à ce qu'il baisse de manière excessive par rapport au capital social (v. n° [885]).

Enfin, le capital social constitue une *clef de répartition des droits et obligations entre les associés*. Le capital social permet, entre associés, de définir le droit de vote au sein de la société et la manière de distribuer les bénéfices entre associés. Ainsi, la proportion de capital social détenue par chaque associé détermine en principe des droits pécuniaires (droit aux dividendes) et non pécuniaires (droit de vote) ; celui des associés qui détient la majorité du capital social exerce le contrôle de la société. Le capital social fixe également l'étendue de la responsabilité des associés dans l'ordre interne des rapports entre associés (la contribution aux pertes). La répartition du capital social entre les associés permet de déterminer les droits et obligations de chacun d'eux.

### C. LES CAPITAUX PROPRES DE LA SOCIÉTÉ<sup>1</sup>

**[202]Définition.** — Le capital social est à distinguer des capitaux propres (ou « fonds propres ») de la société. On obtient les capitaux propres de deux manières différentes aboutissant bien évidemment au même résultat.

- les capitaux propres d'une société peuvent être

<sup>1</sup> V. A. STEICHEN/V. STEICHEN, *Guide comptable luxembourgeois*, Luxbg, 1984, p. 129 ; STEICHEN, *Mécanismes financiers des entreprises luxembourgeoises*, Luxbg, 1988.

déterminés *par voie de soustraction*. Ils se calculent dans ce cas en retranchant le passif circulant de son actif. Ils représentent ainsi l'actif net de la société, c.-à-d. les avoirs qui restent disponibles pour les associés après remboursement du passif circulant ;

- les capitaux propres peuvent également être déterminés *par voie d'addition*. Ils représentent en effet l'ensemble des sommes investies par les associés dans la société, soit sous la forme d'apports, soit sous la forme d'autofinancement. Ils comprennent, outre le capital social (v. n° [201]), la prime d'émission, les réserves et le report à nouveau. Ce sont donc les fonds dont la société a la maîtrise et qu'elle n'est pas susceptible de se voir réclamer en cours de vie sociale, sauf décision des associés.

Si les deux approches aboutissent certes au même résultat, elles poursuivent cependant des finalités bien distinctes. La détermination des capitaux propres par voie de soustraction s'inscrit dans une *approche patrimoniale*, visant à déterminer le surplus de valeur dont dispose la société. Cette « valeur résiduelle » représente la richesse des associés, c.-à-d. le montant qui pourra leur être distribué sous une forme ou une autre, au plus tard à la liquidation de la société. Il s'agit également du coussin de sécurité des créanciers de la société : plus les capitaux propres sont élevés, plus le risque de non-recouvrement de leurs créances est faible. C'est l'approche implicitement retenue par le législateur dans les textes de loi.

Le calcul des capitaux propres par voie d'addition reflète une *approche fonctionnelle* des capitaux propres, où ceux-ci sont considérés comme des ressources financières de la société. Les capitaux propres participent, ensemble avec le passif exigible, au financement de la société et constituent ainsi un déterminant essentiel de la capacité de financement de la société. Contrairement au passif externe, cependant, les capitaux propres sont des ressources non exigibles ; elles sont durablement à la disposition de la société, en attendant sa dissolution ou une répartition intérimaire entre les associés (dividendes, remboursement de capital).

Les capitaux propres servent à rembourser, lors de la liquidation de la société, les apports faits auparavant par les associés. Ils reflètent, bien mieux que le capital social, la valeur économique de la société.

**[203] Prime d'émission.** — La prime d'émission est une somme conventionnellement payée par ceux qui

souscrivent au capital de la société, soit à sa constitution, soit en cours de vie, en sus des sommes inscrites au capital social de la société. La prime d'émission est donc *l'excédent du prix d'émission sur la valeur nominale des droits sociaux* attribués à l'apporteur. Ce supplément de prix constitue très souvent, en quelque sorte, un *droit d'entrée* à payer par l'apporteur à l'occasion d'une augmentation de capital, dont le montant correspond à l'évolution positive de la valorisation des titres d'une société par rapport à leur valeur nominale.

Exemple : une SARL a un capital social de 100 000 euros divisé en 10 000 parts de 10 euros chacune. Si les réserves de la société se chiffrent à un total de 40 000 euros, la valeur de marché d'une part sociale sera :  $(100\ 000 + 40\ 000) / 10\ 000 = 14$  euros. Ainsi, en cas d'augmentation de capital de 10 000 parts à 10 euros par part, une prime d'émission additionnelle de 4 euros pour chaque part acquise doit être versée à la société, afin que les droits financiers des anciens associés restent préservés. Sans cette prime, la valeur de marché d'une part ne serait en effet plus que de :  $(200\ 000 + 40\ 000) / 20\ 000 = 12$  euros. Avec une prime de  $10\ 000 \times 4 = 40\ 000$  euros, la valeur de marché d'une part sociale restera fixée à :  $(200\ 000 + 40\ 000 + 40\ 000) / 20\ 000 = 14$  euros. Les anciens associés ne sont pas lésés, les nouveaux associés payant le juste prix.

Rien n'empêche, cependant, de verser une prime d'émission *à la constitution*. Dans ce cas, la prime ne peut évidemment se justifier par un écart qui existerait, au moment de la constitution de la société, entre la valeur de marché des droits sociaux et leur valeur nominale ; les deux coïncident nécessairement. Il s'agit dans ce cas de mettre un volant financier additionnel à la société susceptible d'être utilisé par la gérance pour compléter un versement futur de dividendes, un remboursement aux associés en dehors des formalités contraignantes de la réduction de capital, etc.

**[204] Apports non rémunérés par des droits sociaux : le « compte 115 ».** — La prime d'émission étant due, comme son nom l'indique, en raison d'une émission de droits sociaux, on ne saurait émettre une prime en dehors de tout contexte d'émission. Pourtant, un associé détenant déjà tout le capital social d'une société luxembourgeoise voudra parfois injecter des capitaux additionnels dans la société, sans émettre des

droits sociaux additionnels. On évite ainsi des délais, il n'y a pas de changements à apporter aux statuts, le notaire ne doit pas être dérangé, etc.

Cet apport ne pouvant tomber sous la définition de la prime d'émission, en l'absence de toute émission d'actions, il faudra se résoudre à recourir à une autre technique : ce sera la « *capital contribution* » appelée « apport en capitaux propres non rémunéré par des titres » dans le plan comptable normalisé luxembourgeois (« compte 115 »). On veillera évidemment à documenter l'apport dans le cadre d'un contrat d'apport, afin d'éviter toute discussion éventuelle quant à la nature juridique du paiement, celui-ci ayant pu, en l'absence de la rédaction du contrat d'apport, également être interprété comme représentant un prêt accordé par l'associé.

Les praticiens sont parfois mal à l'aise avec l'idée d'un apport qui ne serait pas rémunéré par des actions. En effet, seuls des apports effectifs peuvent rentrer dans la formation du capital social de la société ; ces apports sont rémunérés par l'émission d'actions. On en déduit parfois hâtivement que les apports vont nécessairement dans le capital social des sociétés et donnent obligatoirement lieu à attribution d'actions de la part de la société (ou à une augmentation de leur valeur nominale). Du coup, il n'y aurait pas de place pour l'apport rentrant certes dans les capitaux propres de la société mais ne concourant pas à la formation du capital social de la société.

Mais il s'agit d'une vision erronée des choses : s'il n'est pas possible d'émettre du capital social sans apports (à l'exception de la conversion des réserves), tout apport ne rentre pas nécessairement dans le capital social de la société. La prime d'émission en constitue un exemple, les parts bénéficiaires en constituent un autre

(v. n° [985]). Le capital social peut recueillir certains apports seulement, car ce sont les actionnaires qui fixent dans les statuts de la société le montant du capital social, en acceptant du même coup de se plier à la règle de l'intangibilité et de la fixité du capital social (v. n° [201]). La « *capital contribution* » constitue un

apport, car il y a un transfert de valeurs au profit de la société, sans que l'associé ne bénéficie de ce fait d'un droit de créancier sur la société. L'apporteur n'a par ailleurs aucune intention de faire un don à la société (et il n'en fait d'ailleurs pas s'il détient toutes les actions de la société, car l'apport non rémunéré ne l'appauvrira pas)<sup>1</sup>. Augmentant les « fonds de la société » (art. 1853 C.civ.), cet apport informel permettra à la société de réaliser des bénéfices additionnels par la suite et donc à l'associé de bénéficier de dividendes plus élevés sur ses actions.

Il appartiendra au contrat d'émission de la « *capital contribution* » de prévoir les modalités de rémunération et de remboursement de cet apport assez particulier. La plupart du temps, l'apport n'est pas rémunéré, de sorte qu'il permettra de grossir le montant des dividendes aux associés sur leurs droits sociaux. Comme il s'agit d'un apport au sens du droit des sociétés, sa rémunération éventuelle suivra le régime des bénéfices distribuables ; de même, l'apporteur étant tenu de contribuer aux pertes, le remboursement de l'apport ne peut avoir lieu qu'aux conditions où le remboursement serait possible s'il portait sur une prime d'émission (v. n° [281]).

**[205] Réserves.** — Lorsque la société réalise des bénéfices, elle sera confrontée à un choix : distribuer les bénéfices sociaux aux associés sous forme de dividendes (v. n° [271]) ou les réinvestir dans la société au titre d'autofinancement. Ce dernier est intéressant pour la société, car il permet d'éviter le recours aux crédits bancaires. En cas de réinvestissement, les bénéfices sociaux sont mis en réserve. Les réserves permettent de prémunir la société contre les risques financiers, en parant aux pertes éventuelles futures<sup>2</sup>. Ces réserves

<sup>1</sup> En ce sens également: KOLBACH, Apport en société non rémunéré par l'émission de nouveaux titres de société, *ACE* 2010, n° 9, p. 22; LOLY et alii, Apports à une société non rémunérés par des titres représentatifs en capital – aspects pratiques, *ACE* 2012/2, p. 13.

<sup>2</sup> RESTEAU, Traité des sociétés anonymes, t. III, 3<sup>e</sup> éd., p. 233, n° 1531 quinquièmes parle de « bas de laine de la société ».



portent différents noms en fonction de leur caractère plus ou moins obligatoire ou facultatif. Leurs caractères communs sont qu'elles :

- sont en principe *durablement* (mais non définitivement) à disposition de la société ; ceci distingue les réserves du report à nouveau qui ne présente qu'un caractère temporaire, intercalaire.
- la résultante de la décision des associés de ne pas distribuer tous les bénéfices distribuables. Les réserves ont donc pour base comptable le bénéfice comptable de la société, de sorte qu'on peut postuler l'axiome qu'une réserve ne peut être alimentée qu'en raison d'opérations ayant transité par le compte de pertes et profits de la société.

Les réserves se distinguent de l'amortissement comme des provisions.

L'*amortissement*, contrairement au caractère général des réserves, a une affectation spécifique, en ce qu'il porte sur une immobilisation déterminée. L'amortissement est une charge comptable, en ce qu'il mesure l'usure du bien immobilier en raison du temps ou de l'usage qui en a été fait. Contrairement à la réserve, qui est une affectation des résultats, l'amortissement influe sur le résultat comptable. Enfin, l'amortissement doit être pratiqué, même en l'absence de bénéfices, alors que les réserves ne sont constituées que parce qu'il y a des bénéfices.

Entre la réserve et la *provision*, la distinction est également aisée à opérer. La provision implique le risque, à défaut de certitude, d'une charge amoindissant le patrimoine social. Il s'agit de nouveau d'un élément que le comptable prendra en considération en vue de déterminer le bénéfice de l'exercice en cours.

**[206] Réserve légale.** — La mise en réserve résulte parfois encore d'une *disposition légale*. C'est ainsi que la loi prévoit, pour les sociétés à risque limité, l'obligation de prélever annuellement 5% du bénéfice comptable (après diminution des pertes antérieures reportées) et de l'affecter à une réserve spéciale, dite « réserve légale ». L'obligation de doter la réserve légale cesse lorsqu'elle atteint 10% du capital social de la société (si le capital social est augmenté, la réserve légale doit être de nouveau dotée), de sorte que toute dotation supplé-

mentaire ira dans un compte de réserve distribuable. La réserve légale n'est distribuable qu'au moment de la dissolution de la société.

Le but de la réserve légale est d'obliger les sociétés à mettre des montants additionnels de côté pour des « coups durs » futurs éventuels. Il s'agit en quelque sorte d'un gage additionnel profitant aux créanciers sociaux. De ce fait, il n'existe aucune objection de principe à *doter l'intégralité (soit les 10%) de la réserve légale la première année*, voire même à la constitution de la société, afin d'être déchargé de l'obligation de doter la réserve les années subséquentes. La réserve légale a largement perdu de son utilité de nos jours.

Contrairement à ce que certains croient parfois, la réserve légale n'est pas une réserve de trésorerie, une somme d'argent que la société devrait bloquer. La réserve légale est une inscription comptable au passif de l'entreprise ; il s'agit donc d'une ressource pour la société qu'elle va utiliser pour financer des investissements, du crédit client, des placements de trésorerie et du stock.

Anachronique, la réserve légale a été éliminée par le législateur en ce qui concerne les SICAV ainsi que les SICAR. À terme, elle devrait être abolie pour toutes les sociétés.

La réserve légale peut évidemment être incorporée au capital social, ce qui obligera par la suite la société à recommencer la dotation d'un poste de réserve. Comme il s'agit d'un matelas de sécurité, rien n'empêche la société d'utiliser la réserve légale afin d'apurer des pertes reportées. Mais en aucun cas, la réserve légale ne pourra être distribuée aux associés, ni servir au rachat des droits sociaux.

**[207] Réserves statutaires.** — La mise en réserve peut également résulter d'une obligation contractuelle des associés. Appelées « réserves statutaires », ces réserves sont automatiquement constituées, en cas de bénéfices, *en vertu des statuts* de la société. Prévue par les statuts, la dotation aux réserves statutaires s'impose à l'assemblée des associés et se superpose à la réserve légale (v. n° [206]). Pour arrêter la dotation dans l'hypothèse où le montant fixé dans les statuts n'a pas encore été atteint, ou afin de pouvoir procéder à la distribution de la réserve statutaire, les associés devront modifier les statuts ; une simple décision prise en

assemblée ordinaire ne sera donc pas suffisante, mais il faudra une assemblée extraordinaire. Tout comme la réserve légale, les réserves statutaires peuvent servir à apurer des pertes ou être incorporées au capital social ; elles ne pourront pas non plus servir aux fins de rachat des droits sociaux.

Les réserves statutaires sont un instrument important dans la politique de financement de la croissance de la société : elles alimentent son autofinancement. De ce point de vue, leur rôle est double : d'une part, elles servent directement au financement du développement de la société ; d'autre part, elles contribuent à la création d'une capacité d'endettement additionnelle, qui pourra elle aussi servir à financer les investissements projetés. Les créanciers sociaux verront d'un bon œil également la réserve statutaire, dont le fonctionnement est proche de celui de la réserve légale : plus la réserve statutaire augmente, plus la protection des créanciers sociaux devient importante.

**[208] Réserves libres.** — La mise en réserve résultera généralement d'une *décision prise par les associés*. On parlera alors de « réserves libres » ou « réserves facultatives » (ce qui est préférable à la terminologie rencontrée encore parfois, évoquant des « réserves extraordinaires »), car elles ne sont imposées par aucun texte et ont été librement décidées par les associés. L'assemblée ordinaire des associés pourra procéder à la distribution ultérieure des réserves libres, les utiliser en vue de racheter des droits sociaux, d'apurer des pertes ; etc. L'incorporation au capital social sera également possible, mais nécessitera un changement des statuts.

**[209] Réserves indisponibles.** — Tout comme la réserve légale, la réserve indisponible constitue une réserve qui ne peut faire l'objet d'une distribution aux associés. La réserve indisponible est imposée par la loi en cas d'acquisition par certaines sociétés de ses propres droits sociaux. Là où cette obligation existe, la réserve indisponible portera sur un montant égal à la valeur à laquelle les droits sociaux ont été acquis par la société. Cette réserve devra être maintenue au bilan aussi longtemps que les actions ou parts correspondantes sont comptabilisées à l'actif du bilan de la société.

**[210] Réserves cachées.** — Les réserves que l'on vient d'analyser s'appellent « réserves officielles ». Elles sont à distinguer des « réserves cachées ». Les réserves cachées surviennent lorsque la comptabilité omet certains enrichissements ou indique des appauvrissements qui, pourtant, n'existent pas.

Les enrichissements trouvent généralement leur cause dans l'existence de *plus-values latentes relatives aux biens* de la société : ces biens peuvent valoir plus qu'ils ne sont renseignés en comptabilité. Le principe comptable dit « *principe de prudence* » impose en effet aux sociétés d'enregistrer en comptabilité toute perte probable, tout en leur interdisant de constater les bénéfices tant qu'ils n'auront pas été réalisés (« *principe de réalisation* »). Le principe de prudence empêche que la société évalue ses biens de l'actif social au-dessus de leur coût d'achat (« *mark to market* » ; pour l'exception récente introduite en droit positif, v. n° [441]), mais l'oblige à constater les pertes éventuelles en corrigeant la valeur de l'actif social vers le bas, si la valeur réelle est inférieure au coût d'achat historique des biens. L'application du principe de prudence s'applique également au passif social. Appelé « *principe du plus bas du coût d'achat et de la valeur marchande* » (« *lower of cost or market* »), ce principe comptable explique l'essentiel des réserves occultes existant dans les sociétés. On parlera dans ce cas de « *réserves latentes* » : elles ne sont en rien répréhensibles, car elles résultent de la simple application des conventions comptables.

Généralement, pour des sociétés prospères, le *fonds de commerce* ou « *goodwill* » constitue la principale réserve occulte de la société. Le fonds de commerce est un bien incorporel. Le droit comptable interdit l'enregistrement du fonds de commerce<sup>1</sup> lorsqu'il est créé par la société elle-même (et autorise son inscription à l'actif social lorsqu'il a été acquis à titre onéreux). Le

<sup>1</sup> La loi ne définit pas le fonds de commerce ; il s'agit des différents éléments corporels et incorporels servant à grouper et à retenir la clientèle ; v. Cour 12 nov. 2014, *Pas*, 37, p. 340 (« une universalité mobilière ») ; DE JUGLART/IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, T. 1, 4<sup>e</sup> éd., 1988, n° 150-1.

fonds de commerce constitue un élément important en matière d'évaluation des sociétés et augmente, lorsqu'il est significatif, de façon considérable la valeur de la société.

Les réserves cachées peuvent cependant également avoir une origine moins louable et provenir d'*appauvrissements n'existant pas en réalité*. On parlera alors de « *réserves occultes* ». La société peut par exemple provisionner des risques et charges n'existant pas, corriger vers le bas la valeur de certains biens, alors même que leur valeur marchande dépasse le coût d'achat des biens concernés. Plusieurs motifs, éventuellement contradictoires, peuvent inspirer en ce domaine la politique suivie. Certaines sociétés visent ainsi à réduire l'impôt sur les bénéfices des sociétés, en ne renseignant pas ses bénéfices réels. La société peut également chercher à contenir l'appétit de ses associés sur le plan de la politique des dividendes. La faculté pour les dirigeants de constituer des réserves occultes est limitée par deux séries de règles : des règles de *droit comptable*, inspirées du souci de présenter des comptes annuels reflétant la situation financière réelle de la société ; des règles de *droit fiscal*, inspirées surtout par le souci d'empêcher l'évasion fiscale. Les réserves occultes rendent par définition les comptes sociaux infidèles et sont susceptibles de constituer des délits de faux bilans.

**[211] Report à nouveau.** — Le report à nouveau constitue le bénéfice résiduel dont l'affectation est reportée à l'exercice suivant. Il a par nature un caractère provisoire, de sorte qu'on peut y voir quasiment un dividende différé.

S'il est *crédeur*, le poste report à nouveau constitue un bénéfice en attente d'affectation. Il sert dans ce cas très souvent à lisser le montant des dividendes mis en distribution : en cas d'exercices moins bons, l'assemblée puisera dans le poste de report à nouveau afin de financer une partie des dividendes ; lorsque l'année est meilleure que la moyenne, l'assemblée alimente le report à nouveau pour la partie des bénéfices sociaux qui ne sont pas mis en distribution.

Lorsqu'il est *débiteur*, le poste report à nouveau représente les pertes constatées qui n'ont pas été impu-

tées sur des réserves ni résorbées par une réduction du capital social ; elles devront être déduites du bénéfice de l'exercice suivant ou ajoutées au déficit dudit exercice.

## § 2. L'AUTONOMIE JURIDIQUE DE LA PERSONNE MORALE

La société ayant la personnalité morale dispose également de l'autonomie juridique. Elle est capable d'agir en tant que société, à l'instar des personnes physiques (A). La responsabilité de la société est le corollaire naturel de l'autonomie de la société, car l'activité de la société peut causer des préjudices aux associés comme aux tiers (B).

### A. LA SOCIÉTÉ, EN TANT QUE SUJET DE DROIT, EST À MÊME D'AGIR

En tant que sujet de droit, la société dispose de la capacité d'agir (1). Elle peut donc effectuer avec des tiers des opérations en son nom et pour son compte. Mais comme la société est un être fictif, elle a besoin de personnes physiques pour agir. Les tiers doivent dès lors bénéficier de certaines garanties juridiques vis-à-vis de ces personnes physiques (2).

#### 1. CAPACITÉ DE LA SOCIÉTÉ

La capacité juridique est l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à exercer ces droits elle-même. Elle se décompose en une :

- capacité de jouissance, soit l'aptitude à être titulaire de droits, par exemple détenir le droit de propriété sur un immeuble. C'est donc la possibilité de disposer de droits garantis par les règles de droit ;
- capacité d'exercice, soit l'aptitude à exercer les droits dont on est titulaire, par exemple vendre l'immeuble que l'on possède.

**[212] Principe de la pleine capacité de jouissance** — Aucun texte ne restreint *a priori* la capacité de jouissance des personnes morales. Cette conclusion résulte du Code civil qui prévoit que : « La capacité de jouissance est la règle, l'incapacité l'exception » (art. 1123

C.civ.). Cette disposition du Code civil s'applique pleinement aux personnes morales, qu'il s'agisse de sociétés commerciales ou civiles, luxembourgeoises ou étrangères. En conséquence, la société peut être titulaire de tous les *droits pécuniaires* (c'est le cas classique : détenir des immeubles, ...) et *extra-pécuniaires* (p.ex. : une société a le droit de défendre sa réputation et son honneur) qui ne lui sont pas expressément refusés par un texte (p.ex. : la loi sur la protection des consommateurs ne s'applique qu'aux particuliers) ou par la nature des choses (p.ex. : une société ne peut faire l'objet d'un harcèlement sexuel ; elle ne saurait être un employé). Elle a la capacité d'agir et de se défendre en justice, l'action étant exercée en son nom et non au nom de ses associés.

Mais cette pleine capacité de principe subit les limites de la spécialité légale et de la spécialité statutaire.

**[213] Restrictions portées à la capacité de jouissance par le principe de la spécialité légale<sup>1</sup>.** La soumission à la règle de la spécialité légale implique que les sociétés soient constituées aux fins prévues par la loi. Elles doivent donc être constituées pour *partager des bénéfiques* (v. n° [80] et s.). Elles ne sauraient donc se cantonner dans une *activité non lucrative*, notamment de bienfaisance, réservée aux associations. Pour les mêmes raisons, une société ne saurait en principe consentir de *libéralités*, à peine de nullité des libéralités<sup>2</sup>, car l'activité de la société est intéressée, sauf s'il existe un espoir que la libéralité sera compensée à l'avenir par une contrepartie : le mobile intéressé existe dans ce cas-là. Le principe de spécialité légale restreint donc le principe de la pleine capacité de jouissance des sociétés, l'activité des sociétés étant finalisée par la loi.

<sup>1</sup> MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., 1924 et 1932 ; JEULIN, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, th. Paris, 2007 ; RANDOUX, *La spécialisation des sociétés*, in : *Études dédiées à A. Weill*, Paris, 1983, p. 471.

<sup>2</sup> Rien n'empêche cependant la société de bénéficier de libéralités.

Dans ce domaine, il faut cependant se méfier des apparences. Ce qui est défendu à la société est la *libéralité* au sens juridique du terme, c.-à-d. les actes marqués par le désir d'enrichir autrui à ses propres dépens. Certains actes à titre gratuit ne remplissent pas cette condition. Il en est ainsi par exemple de l'*apport à fonds perdus* fait à la société par l'actionnaire détenant 100% des parts sociales ou actions. Cette opération ne constitue pas une libéralité, car la valeur des titres augmente à hauteur de l'apport. La perte pour l'associé n'est qu'apparente. Il s'agit en fait d'un apport. De même, les subsides à des fêtes ou concours, les donations faites à des institutions de recherche, et de façon plus générale le *mécénat* sont possibles pour une société si ces actes visent à améliorer au moins sur le long terme l'image de marque de la société, de sorte à pouvoir s'expliquer par un espoir de retombées financières futures<sup>3</sup>.

En outre, une société ne peut avoir n'importe quelle activité. Ainsi, *certaines activités sont strictement réservées à certaines formes de sociétés*.

Il en est ainsi, par exemple, des activités d'assurances, bancaires, ainsi que des autres professionnels du secteur financier ; ces activités sont interdites aux SARL, en raison de l'insuffisance de leur surface financière pour garantir les droits des tiers (art. 180 L1915). Elles ne peuvent être exercées que sous la forme de société anonyme ou de société en commandite par actions. Jusqu'à la loi du 10 août 2016, qui a modifié l'art. 188 L1915, l'appel public à l'épargne et l'émission de titres négociables était interdit dans les SARL (art. 188 L1915). Les sociétés de titrisation doivent prendre la forme d'une société à risque limité ou d'une société coopérative organisée comme une société anonyme. Il en va de même des sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR), sauf que celles-ci peuvent également adopter la forme d'une société en commandite simple. Si le cercle variable des sociétés éligibles pour certaines activités peut paraître quelque peu étonnant, voire contradictoire, il répond en fait toujours à une certaine logique historique : la SARL est exclue en ce qui concerne les banques, car l'activité bancaire est exercée de manière collégiale, et non pas la forme d'une gérance unique. Les sociétés de titrisation ainsi que les SICAR, en revanche, ne nécessitent qu'une infrastructure plus légère susceptible d'être réalisée par un gérant dans le cadre d'une SARL. La SEC fait son apparition dans la SICAR pour des raisons fiscales, afin de permettre à ceux qui le souhaiteraient de bénéficier du régime de la transparence fiscale (v. n° [4]).

Inversement, *d'autres activités doivent nécessairement*

<sup>3</sup> SIMONART, *Le mécénat et l'entreprise*, R.D.C. 1992, p. 598 ; VAN RYN/HEENEN, t. 1<sup>er</sup>, p. 256.

être exercées sous une forme sociétaire. Il en est ainsi, par exemple, des activités exercées par les avocats et les officines pharmaceutiques.

La méconnaissance du principe de spécialité légale engendre des *sanctions* qui vont de l'impossibilité pour une société de s'immatriculer au RCS, à la nullité des actes accomplis, en passant par la mise en cause de la responsabilité des fondateurs ou des dirigeants.

**[214] Spécialité statutaire : l'objet social<sup>1</sup>.** — Une société n'a la personnalité morale que pour les besoins du but fixés à la constitution. C'est le principe de la spécialité statutaire des personnes morales, selon lequel l'existence des personnes morales est *limitée par le but poursuivi*. Ce but de la société, appelé « objet social », doit être précisé dans le contrat de société (v. n° [73] et s.). Généralement, l'objet social de la société est la réalisation de bénéfices au moyen de l'exercice d'une activité commerciale définie, par exemple une activité d'achat pour revendre. Lors de la dissolution de la société, c'est le but de liquidation qui devient l'objet social : la personnalité morale ne survit que dans la mesure de ce but.

Les associés sont maîtres de la délimitation du périmètre de l'objet social dans les statuts. Aussi, si un doute subsiste, et puisque les associés n'ont pas saisi l'occasion qui leur était donnée de le dissiper, en adoptant une formulation précise dans les statuts, ce doute doit profiter aux tiers. Il en résulte que les actes considérés comme entrant dans l'objet social et que les dirigeants peuvent donc accomplir *sont à interpréter de manière large*. Il s'agit non seulement de tout acte concernant la gestion courante de la société, mais aussi plus généralement de toute opération contribuant à la réalisation de l'objet social, ce qui peut inclure des actes de disposition (achats et ventes de biens immobiliers ; les prises de participation ainsi que les cessions ; ...). Pour cette raison, il est utile de compléter

l'énumération positive des actes que la société envisage d'accomplir dans le cadre de son objet social par une *définition négative*, se résumant à une liste d'actes que la société s'abstiendra d'accomplir.

Ne pouvant agir que dans la limite de son objet statutaire, la société n'a aucune capacité pour les *actes accomplis en dehors de l'objet social* (v. n° [371] et s.). Des exemples d'actes accomplis en dehors de l'objet social sont : la vente du fonds de commerce de la société, épuisant ainsi l'objet social (s'il n'y a qu'un fonds) ; le cautionnement consenti par les dirigeants de la société, si le cautionnement est sans rapport avec l'objet social. Lorsque les dirigeants accomplissent des actes en dehors de l'objet social, ils agissent sans pouvoirs. Comme le défaut de pouvoirs est une *cause de nullité* des contrats, la société comme les tiers pourront en principe la demander. Cette conclusion protectrice des associés se trouve cependant écartée dans les sociétés à risque limité, où le souci de protection des tiers l'emporte sur l'intérêt des associés : dans ces sociétés, la gérance engage la société, même lorsqu'elle agit en dehors de l'objet social (v. n° [216]).

L'objet social ne doit pas seulement figurer dans les statuts, mais également au *Registre du commerce*. La loi requiert en effet que les sociétés y fassent inscrire toutes les activités qu'elles exercent, c.-à-d. celles correspondant à leur objet social. Le non-respect de cette obligation est durement sanctionné, l'article 22 (1) de la loi modifiée de 2002 sur le Registre du commerce frappant d'irrecevabilité toute action intentée par une société en raison d'un acte qui ne rentre pas dans son objet social<sup>2</sup>. C'est ainsi qu'elle ne pourra pas agir par la voie judiciaire pour obtenir le recouvrement forcé de sa créance, si celle-ci se rattache à une activité qui ne rentre pas sous l'objet social déposé au RCSL.

<sup>1</sup> MAQUET/DUPONT, Au cœur de la société, son objet social, in : *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 221.

<sup>2</sup> Art. 22 (1) « Est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action » ; Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57.

[215] **Capacité d'exercice.** — La volonté d'une société s'exprime par des *organes* de gestion, dans la prise des décisions, et par des organes de représentation, dans l'exécution de ces décisions. Les organes de *représentation* sont obligatoirement une personne physique, car seule une *personne physique* dispose de la capacité d'exercice. Seuls les organes de représentation ont qualité pour agir au nom de la société, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer entre les actes conservatoires, d'administration ou de disposition. Les *associés*, isolément ou en groupe, individuellement ou par l'intermédiaire d'un vote en assemblée, ne peuvent engager la société. Une société ne peut faire aucun acte juridique autrement que par ses représentants légaux<sup>1</sup>.

L'autonomie juridique de la société fait que les *actes de procédure* doivent, à défaut de nullité de l'acte de procédure<sup>2</sup>, indiquer l'organe qualifié pour représenter la société. Mais ils pourront faire abstraction du nom des personnes physiques représentant la société ; il suffit que mention soit faite de la dénomination sociale de la société, de sa nature juridique, de son siège social ainsi que de son organe (art. 153 Nouveau NCPC). Ce ne sont, en effet, pas les dirigeants mais la société seule qui est poursuivie en justice<sup>3</sup>.

Cela explique également pourquoi le dirigeant d'une société peut, le cas échéant, *témoigner en justice* dans une affaire concernant la société qu'il dirige : si personne ne peut témoigner dans sa propre cause, le dirigeant pourra néanmoins intervenir, car l'action contre la société, personne juridique à part, n'est pas dirigée contre lui<sup>4</sup>.

L'identité des personnes physiques agissant en tant qu'organe serait certes utile pour permettre de déterminer si les personnes en question ont effectivement pouvoir pour agir pour compte de la société. *Mentionner l'identité des personnes physiques* n'est cependant pas nécessaire en raison de la présomption de régularité attachée aux actions en justice introduites par les sociétés, les

tribunaux présument que la décision d'introduire une action en justice a été régulièrement décidée<sup>5</sup>.

Tous les actes accomplis par les représentants de la société seront réputés accomplis par la société elle-même et non par ses associés. Autrement dit, la société agit en son nom personnel. C'est la société qui se trouve engagée par les contrats conclus en son nom ; les délits de ses représentants sont les siens et non de ses représentants (v. n° [361] et s.).

Exemple : L'action contestée en concurrence déloyale exercée contre l'administrateur d'une société anonyme est irrecevable devant le tribunal, car les actes déloyaux n'ont pas été posés par l'administrateur en son nom personnel mais en sa qualité de représentant de la société anonyme. L'action doit dès lors être dirigée contre la société anonyme et non contre le dirigeant<sup>6</sup>.

## 2. PROTECTION DES TIERS

[216] **Présentation.** — La nécessité pour une personne morale de recourir à la technique de la représentation constitue pour les tiers une source d'insécurité. Ces derniers peuvent en effet redouter que le représentant n'ait pas été nommé dans des conditions régulières, ou ne soit pas investi des pouvoirs de conclure l'acte déterminé par les statuts. Le droit des sociétés pallie ces incertitudes par trois dispositions.

[217] **Publicité de la nomination.** — Tout d'abord, les textes réputent régulière la *désignation ou la cessation des fonctions d'un représentant légal qui a fait l'objet d'une mesure de publicité*. La purge des vices éventuels réalisée par cette publicité dispense les tiers de vérifier la validité de la désignation. La société, quant à elle, ne peut invoquer l'invalidité de cette nomination pour se soustraire à ses obligations, dès l'instant où elle a été régulièrement publiée. Cette réglementation répond à l'impératif de sécurité des transactions en faisant prévaloir l'apparence sur la réalité (v. n° [352]).

[218] **Pouvoirs des dirigeants.** — Ensuite, *les représentants sociaux sont présumés avoir les pleins pouvoirs*

<sup>1</sup> Lux. 18 déc. 1987, n° 495/87 ; Lux. 17 janv. 1990, n° 38.274 ; Lux. 10 mars 1993, *Euro-Mediterranean Estates S.A.H.* ; Cour 25 mars 1993, n° 100/93.

<sup>2</sup> Cass 21 mars 1996, *Pas.* 30, p. 5.

<sup>3</sup> HOSCHEIT, La représentation en justice des personnes morales de droit privé, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1996, *Pas.* 31, p. 53, n° 21 ; v. également VENARD, Action et représentation en justice des personnes morales, *J.T.* 2002, p. 225.

<sup>4</sup> Lux. 14 mars 2008, *Bull. Barreau* 2008 p. 98.

<sup>5</sup> Lux. 16 mai 2002, *Clearstream c/Backes*, n° 1220/2002.

<sup>6</sup> Lux. 13 juill. 2007, *Bull. Jeune Barreau* 2008, p. 27.

pour engager la société. Une distinction s'impose toutefois. Les pleins pouvoirs, pour les sociétés à risque illimité (les commandites dérogent toutefois à cette règle : v. n° [720]), n'existent que dans la limite de l'objet social.

On peut se demander ce qu'il advient des actes accomplis au-delà de l'objet social (actes « *ultra vires* ») dans les sociétés à risque illimité. Une chose est sûre : ils ne les lient pas, ne leur sont donc pas opposables. Par conséquent, ces actes ne peuvent être invoqués par elles à leur profit. La doctrine traditionnelle<sup>1</sup> enseigne que de tels actes ne sauraient faire l'objet non plus d'une approbation de la part des associés. Ceci paraît étonnant, alors que la spécialité statutaire est seulement destinée à protéger les associés dans les sociétés à risque illimité. Si les associés renoncent unanimement à cette protection, on ne voit pas pourquoi l'acte en question n'engagerait pas la société.

Dans les sociétés à risque limité, en revanche, le représentant légal engage la personne morale au-delà de cet objet. Les limitations statutaires éventuelles aux prérogatives des dirigeants demeurent dans ces sociétés inopposables aux tiers, sauf à prouver que ceux-ci en ont eu connaissance en dehors de la publication des statuts (v. n° [358]).

Enfin, conformément à la technique de la représentation propre à la théorie de l'organe (v. n° [361] et s.), les engagements souscrits par le représentant sont ceux de la société. Celle-ci est donc tenue de les exécuter, même si le représentant a cessé ses fonctions, quitte à se retourner contre lui. Seule l'hypothèse de la collusion frauduleuse entre le tiers et le représentant légal fait obstacle à l'application de cette règle. Il résulte de l'identification de l'organe à la société que, sur le plan de la *responsabilité civile*, la société est engagée directement par la faute de l'organe (art. 1382 C.civ., soit en raison d'une responsabilité pour fait personnel) et non par la faute du préposé (art. 1384 C.civ., hypothèse de la responsabilité pour fait d'autrui)<sup>2</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une responsabilité pénale que l'organe sera déclaré responsable (au lieu de la société).

<sup>1</sup> VAN RYN, *Principes*, T. 1, p. 255.

<sup>2</sup> Lux. 14 juill. 1982, n° 25 458, *Bulletin du Cercle François Laurent II*, 1987, p. 1, Cour 4 mai 1988, n° 6 998.

B. LA SOCIÉTÉ DOIT ASSUMER LES CONSÉQUENCES ÉVENTUELLEMENT DOMMAGEABLES DE SES ACTES

**[219] Présentation.** — La société doit assumer les conséquences éventuellement dommageables de ses actes. Cette responsabilité est la plupart du temps civile (1) ; mais depuis l'abandon du principe d'irresponsabilité pénale des personnes morales, la responsabilité de la société peut également être engagée sur le plan pénal (2).

1. RESPONSABILITÉ CIVILE

En acquérant la personnalité morale, la société devient un sujet de droit. C'est donc elle seule qui remplit, selon les circonstances, les fonctions d'employeur, d'entrepreneur, de propriétaire, de contractant. Du même coup, c'est la société qui assume la responsabilité contractuelle et délictuelle des préjudices qu'elle a pu causer aux tiers en raison des *actes de son organe de gestion*. Cette responsabilité est personnelle à la société, de sorte qu'il ne faudra pas prouver en sus la responsabilité personnelle de l'organe de gestion ; elle pourra sous certaines conditions se cumuler avec la responsabilité du dirigeant (v. n° [396] et s.).

Faire payer la société est évidemment intéressant pour les victimes, car la solvabilité de la société est habituellement beaucoup plus grande que celle de la personne physique auteur du dommage.

**[220] Responsabilité contractuelle.** — La responsabilité contractuelle de la société est basée sur les articles 1147 et s. C.civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

La faute résultera dans ce cas de l'inexécution d'une convention ou de sa mauvaise exécution. La faute n'est pas à prouver en cas d'inexécution d'une *obligation de*

*résultat* (ex. : transporter en un lieu précis à une date précise des marchandises). L'absence de résultat est alors constitutive de la faute. La faute doit, en revanche, être prouvée en cas d'inexécution d'une *obligation de moyens* (ex. : la société d'avocats qui a donné des conseils erronés). Dans ce dernier cas, le résultat n'est pas garanti, le créancier devant démontrer le manque de prudence ou de diligence dans le choix des moyens et leur mise en œuvre.

**[221] Responsabilité délictuelle.** — La responsabilité délictuelle de la société est engagée à la suite d'un fait juridique, c.-à-d. d'un évènement qui a produit un *dommage à autrui* (p.ex. : une personne est blessée par une machine de l'entreprise ; les actes de concurrence déloyale). La responsabilité délictuelle pourra avoir deux sources différentes se rejoignant en termes de personnes ultimement responsables vis-à-vis des tiers. Dans les deux cas de figure, les tiers pourront cependant intenter directement contre la société une action en responsabilité civile, sans avoir à mettre en cause le dirigeant ou le préposé qui a commis la faute.

La responsabilité est souvent causée par le fait des *organes de la société*. Dans ce cas, elle s'appréciera par rapport à l'article 1382 C.civ. : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Les organes étant des mandataires, le lien de subordination nécessaire à la responsabilité du commettant pour les faits de son préposé fait défaut, de sorte que l'action en *responsabilité du fait des gérants* fondée sur l'article 1384 al. 3 C.civ. est exclue à l'égard des organes sociaux. La faute commise par l'organe social est assimilée à la faute de la société, le fait de l'organe étant assimilé au fait de la personne morale elle-même. Il s'agit donc d'une responsabilité pour fait personnel.

Contrairement au droit belge, la responsabilité de la personne morale n'est pas subordonnée à la preuve d'une responsabilité personnelle de l'organe ; la société sera responsable sur la base de sa volonté propre telle qu'exprimée par les organes<sup>1</sup>.

Pour que l'action en responsabilité existe à l'égard de la société, il faudra toutefois que l'acte litigieux entre *dans la sphère des attributions de l'organe dirigeant*. Les limitations statutaires aux pouvoirs des dirigeants n'exonèrent cependant pas la société : si l'acte entre dans le champ de compétence des organes sociaux tel que défini par la loi, la responsabilité de la société sera engagée, même si l'organe de gestion aura dépassé les pouvoirs conférés par les statuts. La responsabilité personnelle du dirigeant n'existera donc qu'en présence d'une faute dite détachable des fonctions (v. n° [401]).

Les faits délictueux peuvent également avoir été commis par les *salariés de la société*. À leur égard (*responsabilité du fait des préposés*), la responsabilité de la société s'apprécie par rapport à l'article 1384 al. 3 C.civ. : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde (...) – les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Il s'agit donc d'une responsabilité pour fait d'autrui, où la société répond des fautes commises par son préposé dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, si le préposé agit en dehors de ses fonctions, la société n'encourt aucune responsabilité. Ce qui importe, c'est qu'il existe, d'un côté, un « lien de causalité ou de connexité » entre le fait dommageable et l'exercice des fonctions du préposé, et, d'un autre côté, que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte de la société<sup>2</sup>. Inversement, la société n'est pas responsable des « actes étrangers aux fonctions » du préposé. L'acte étranger aux fonctions est l'acte « sans rapport avec les fonctions, ni quant au temps et au lieu, ni quant à sa finalité, ni quant aux moyens utilisés par le préposé »<sup>3</sup>.

publiques, 3<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2014, n° 40.

<sup>2</sup> Diekirch 18 févr. 1959, *Pas.* 17, p. 512.

<sup>3</sup> Lux. 8 mars 1979, *Pas.* 24, p. 240.

<sup>1</sup> RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et*



2. RESPONSABILITÉ PÉNALE<sup>1</sup>

[222] **Évolution des idées.** — Traditionnellement, la responsabilité pénale était, dans le système luxembourgeois, une responsabilité « individuelle », la peine ne pouvant être prononcée que contre un « être réel, auteur de l'infraction, mais non pas contre un être moral »<sup>2</sup> (« *societas non delinquere potest* »). L'irresponsabilité des personnes morales constituait donc un principe du droit pénal<sup>3</sup>.

Mais, comme tout principe général, il souffrait d'exceptions. En effet, tout comme en Belgique<sup>4</sup> et en France<sup>5</sup>, aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'opposait à ce qu'une amende pénale soit infligée à une personne morale. Il en était par exemple ainsi des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises par le Conseil des communautés européennes (art. 85-86 Traité de Rome). La France admet le principe de la responsabilité pénale des personnes morales depuis la mise en vigueur du nouveau Code pénal en 1994. Par ailleurs, la doctrine moderne se montrait généralement favorable à la responsabilité des personnes morales<sup>6</sup>, ne

fût-ce que parce que la responsabilité pénale des personnes morales augmente sensiblement les chances de trouver un débiteur solvable pour le paiement de l'amende. Dans un sens similaire, l'OCDE, le Conseil de l'Europe ainsi que l'ONU ont créé tout un arsenal juridique d'instruments contraignants pour le Luxembourg visant à sanctionner pénalement les personnes morales sous certaines conditions : lutte contre les organisations criminelles ; contre la fausse monnaie ; contre le terrorisme ; traites des êtres humains ; etc.

Aussi la loi du 3 mars 2010 a-t-elle introduit en droit luxembourgeois le principe de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>7</sup>.

L'argumentaire de la doctrine classique semblait assez convaincant. Tout d'abord, le but de la responsabilité pénale est de poursuivre pour condamner. Cette finalité ne donne tout son sens qu'avec des êtres de chair susceptibles d'être emprisonnés. Ensuite, la société, être abstrait, ne peut vouloir ni exécuter une infraction ; c'est l'auteur matériel de l'infraction qui doit subir les conséquences dommageables de l'infraction qu'il a commise, sans pouvoir transférer le coût de la sanction pénale sur la société. Enfin, la spécialité statutaire n'est guère concevable avec des actes pénalement répréhensibles : si la société reste dans son objet social, elle devrait rester dans la légalité ; et si elle est sortie de son objet social, ce fait ne devrait pas pouvoir lui être imputé.

Mais ces arguments ont dû céder devant l'opinion publique. Il peut en effet paraître choquant qu'une société puisse bénéficier de l'impunité pénale en raison d'actes qui ont été commis dans son intérêt, ceci d'autant plus qu'elle dispose parfois de moyens financiers importants. L'irresponsabilité pénale paraissait d'autant plus choquante qu'il fallait bien que quelqu'un soit pénalement responsable : cela ne pouvait donc être que la personne physique, la plupart du temps le dirigeant, ayant

<sup>1</sup> Pour l'ancien droit : HUSS, La responsabilité pénale des personnes morales, Rapport à la conférence de Messine 30 avr. – 5 mai 1975 ; HUSS, Die Strafbarkeit der juristischen Personen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1978, p. 237 ; SPIELMANN, La responsabilité des personnes morales, *Ann. Dr.Lux.* n° 4, 1994, p. 127 ; Cour 4 juin 2002, n° 144/02 ; pour le droit actuel : HAMER/ROMANIELLO, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Diegem, 1999 ; OVERATH et alii, *La responsabilité morale des personnes morales*, Bruxelles, 2007.

<sup>2</sup> Cour 10 janv. 1948, *Pas.* 14, p. 307 ; Cass. 29 mars 1962, *Pas.* XXVIII, p. 450 ; plus récemment Lux. 2 déc. 1987, n° 2 022/87 ; Cour 22 avr. 2003, n° 26 050.

<sup>3</sup> MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899.

<sup>4</sup> VAN HOUTTE, La responsabilité des sociétés de commerce, *J.T.* 1949, p. 148.

<sup>5</sup> C.C. n° 82-143 D.C. du 30 juill. 1982, B. GENEVOIS, La jurisprudence du conseil constitutionnel, *S.T.H.* Paris, 1988, n° 418, p. 257 ; VAN HOUTTE, La responsabilité des sociétés de commerce, *J.T.* 1949, p. 148.

<sup>6</sup> SPIELMANN, La responsabilité des personnes morales,

*Ann. Dr.Lux.* n° 4, 1994, p. 127 ; EOD., La responsabilité des personnes morales en droit pénal luxembourgeois et étranger : vers une responsabilité pénale des personnes morales ?, *Bull. Droit et Banque* n° 30, 2000, p. 41 ; EOD., La responsabilité pénale des personnes morales, *Bull. Cercle Fr. Laurent* 1999 IV, p. 1 ; FERREIRA, L'introduction en droit luxembourgeois d'un régime général de responsabilité pénale des personnes morales : une révolution juridique de grande envergure, *ACE* n° 6 2010, p. 12.

<sup>7</sup> Mém. A n° 36 du 11 mars 2010, p. 614 ; V. SCHILTZ, Les personnes morales désormais pénalement responsables, *JT Luxembourg* 2010 n° 11, p. 157.

matériellement commis l'infraction pénale. Mais cette infraction ne lui bénéficiait pas. Permettre à une société d'échapper aux conséquences pénales de ses infractions était donc jugé comme étant également inéquitable<sup>1</sup>.

**[223] Sociétés concernées.** — Le champ d'application de la responsabilité est vaste. Sont concernées toutes les personnes morales, à l'exception de l'État et de ses communes : les sociétés de droit privé ou de droit public ; les autres groupements d'affaires tels le GIE ; les associations et fondations. Les sociétés ne disposant pas de la personnalité morale, par contre, échapperont par nature à la responsabilité pénale : la société en formation ; le groupe de sociétés ; la société en participation ; la société momentanée. La nullité ne rétroagissant pas, les sociétés nulles peuvent encourir une responsabilité pénale (v. n° [146]). Il en est de même des sociétés étrangères, dans la mesure bien évidemment où l'infraction aura été commise sur le territoire national (principe de territorialité de la loi pénale). De même, les sociétés dissoutes gardant leur personnalité morale tant que la liquidation n'aura pas été clôturée (v. n° [639]), l'infraction commise avant comme après la dissolution de la société pourra être reprochée à celle-ci. Pour éviter le risque de clôture hâtive de la liquidation, afin d'éviter la responsabilité pénale de la société, l'action publique qui normalement s'éteint au jour de la perte de la personnalité morale pourra encore être exercée exceptionnellement ultérieurement, si la dissolution-liquidation a été faite dans un esprit de fraude (afin d'échapper aux poursuites ; art. 2 C. instr. crim.). Le même raisonnement devrait être applicable à la responsabilité pénale de la société absorbée dans le cadre d'une fusion : la responsabilité pénale n'est pas transmise à la société absorbante par l'effet de la fusion, sauf en cas de fraude ; la dette pénale d'amende existante, par contre, comme toute dette, se transmet en raison de la fusion.

**[224] Infractions visées.** — Le législateur n'a pas

<sup>1</sup> ROUJOU DE BOUBEE, Responsabilité pénale des personnes morales : essai d'un bilan, in : *Mélanges A. Decocq*, Paris, 2004, p. 535.

voulu dresser une liste des infractions susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale de la société. De ce fait, toutes les infractions qualifiant de « crimes » ou de « délits » au sens du Code pénal ou de lois spéciales (loi de 1915 ; etc.) relèvent du champ d'application de la loi. Conformément au droit pénal commun, il faudra prouver la commission de l'élément matériel et de l'élément moral par les organes de la société. L'élément moral ou psychologique renvoie à l'état d'esprit de l'auteur de l'acte répréhensible : l'auteur devait savoir que son acte était défendu par la loi pénale (ex. : l'organe de gestion sait que si elle publie le bilan en l'état il sera faux), ou qu'il s'abstenait d'un acte sachant qu'il était ordonné par la loi pénale (ex. : l'organe de gestion sait que, en ne prévoyant pas de porte de secours, elle ne respecte pas les règles en matière de sécurité au travail). L'élément matériel est l'acte (ex. : la publication du faux bilan) ou l'omission (ex. : les portes de secours ne sont pas construites) qui révèle l'élément moral.

On sait que le Code pénal procède à une division tripartite des infractions en peine criminelle pour les crimes, peine correctionnelle pour les délits et peine de police pour les contraventions (on remarquera le raisonnement à l'envers : la gravité de l'infraction dépend de la gravité de la peine). C'est ainsi que les peines d'emprisonnement de plus de cinq ans (la « réclusion ») constituent une peine criminelle, la peine d'emprisonnement de cinq ans au plus relevant du domaine de la peine correctionnelle. La responsabilité pénale de la société est limitée aux infractions pénales graves, en ce sens qu'elle est exclue en matière de *contraventions*<sup>2</sup>.

**[225] Lien fonctionnel de l'infraction avec la société.** — La responsabilité de la personne morale ne pourra jouer que si l'infraction aura été commise « au nom et dans l'intérêt » de la société (art. 34 C. pénal)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Lux. 15 mars 2011, n° 923/2011, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 141.

<sup>3</sup> Art. 34 C. pén. : « Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par

La personne morale agissant par ses organes, l'infraction commise par son organe lui sera directement imputable, car l'organe exprime sur le plan juridique la volonté de la personne morale. Comme l'infraction devra être commise « *au nom* » de la société, la société pourra être pénalement responsable en raison des infractions commises par ses *organes* (organe de gestion, assemblée des associés, conseil de surveillance, etc.) ainsi que ses représentants légaux limités aux dirigeants *de droit ou de fait*. Les infractions commises par les *préposés* ne sont dès lors pas visées, car les préposés n'agissent pas au nom de la société. Il en sera différemment cependant si le préposé dispose d'un pouvoir de représentation de la société. Le propre de la représentation est en effet que l'acte est réputé effectué directement entre le tiers cocontractant et le représentant, ici la société. Il n'est pas nécessaire de rechercher si la personne morale a commis des infractions distinctes de celles reprochées à ses organes, sa responsabilité pénale s'analysant en une responsabilité du fait personnel par représentation.

L'infraction doit également avoir été commise « *dans l'intérêt* » de la société. Sont visées en premier lieu les infractions se traduisant par un intérêt pécuniaire direct ou indirect pour la société, que l'infraction lui permette de s'enrichir (ex. : une société verse un pot de vin pour obtenir un contrat avec une administration) ou d'éviter une perte (ex. : le pot de vin est versé à un inspecteur fiscal, afin qu'il fixe la cote d'impôt à un chiffre inférieur à celui prévu par la loi). Les cas où la société est elle-même victime de l'infraction ne tombent évidemment pas sous cette définition, telle l'infraction profitant au dirigeant ou à un tiers, plutôt qu'à la société. L'infraction devant pouvoir être rattachée à la société, la société n'encourra aucune responsabilité pénale en raison d'actes qui ne

peuvent lui être imputés, tels les actes commis en dehors de son objet social ; les actes commis par un dirigeant dans son intérêt personnel, voire au préjudice de la société ; etc.

**[226] Conséquences de la responsabilité pénale.** — Selon l'alinéa 2 de l'article 34 C. pén., « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions ». La solution contraire aurait permis au dirigeant de s'assurer de son impunité personnelle, ce qui ne pouvait être l'objectif du législateur. Le *cumul des responsabilités* n'est donc pas automatique mais pourra être prononcé. Il appartiendra à l'autorité poursuivante de décider, sur la base du principe d'opportunité, s'il y a lieu de poursuivre les dirigeants ainsi que la société, ou l'un des deux seulement<sup>1</sup>. Le critère retenu pourrait être la gravité de l'infraction : les infractions d'imprudence ou de négligence, parce qu'elles tiennent la plupart du temps à une organisation défectueuse de la société, pourraient n'entraîner que la responsabilité pénale de la société ; contrairement aux infractions plus graves, dans lesquelles le dirigeant a pris un part personnelle et déterminante, et qui devraient en premier lieu mettre uniquement en cause la responsabilité pénale du dirigeant. Cependant, dans ce cas, si la société a pu retirer profit de la commission de l'infraction, un cumul de responsabilité semble approprié.

Logiquement, le législateur a fait de *l'amende* la peine principale à l'égard des personnes morales. Son taux maximum est de € 750 000 pour les crimes et du double de celui prévu pour les personnes physiques pour les délits (art. 36 C. pén.). S'y ajoute la possibilité de *dissolution forcée*. S'agissant de la sanction la plus lourde théoriquement envisageable, la dissolution n'interviendra que dans des circonstances restrictives :

- si la personne morale a été uniquement créée pour commettre les infractions en question ;

---

les articles 35 à 38. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. Les alinéas précédents ne sont pas applicables à l'État et aux communes.

---

<sup>1</sup> Lux. 15 mars 2011, n° 923/2011, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 141.

- si l'objet social de la personne morale a été intentionnellement détourné afin de commettre les faits incriminés, à la condition supplémentaire que l'infraction soit sanctionnée pour les personnes physiques par des peines d'emprisonnement de trois ans au moins (art. 38 C. pén.).

**CHAPITRE 2 LES ASSOCIÉS**

[227] **Présentation.** — L'associé n'est pas défini dans la loi. Il est généralement compris comme étant une personne qui est partie au contrat de société, de sorte que la notion d'associé renvoie à celle de la société. L'associé est ainsi une personne fait un apport en société, en transférant la propriété juridique des biens apportés à la société, de sorte à perdre tout droit réel sur ces biens. En raison de l'apport, la société devient débitrice vis-à-vis de l'associé de certaines obligations : l'obligation de permettre à l'associé de rester associé dans la société ; l'obligation de le laisser participer aux assemblées, etc. Ces obligations caractérisent un lien de droit obligeant la société à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'associé est ainsi créancier d'obligations à l'égard de la société, les liens juridiques qui unissent l'associé à la société constituant des *rapports de créancier à débiteur d'obligations*<sup>1</sup>.

Les droits de l'associé sont très souvent des droits fondamentaux qu'aucune personne extérieure ne peut lui retirer s'il n'a pas donné son accord<sup>2</sup>. Ils sont appelés « *droits propres* » de l'associé et constituent « l'irréductible élément contractuel » au cœur du droit des sociétés<sup>3</sup>. C'est la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle qui a mis en relief l'existence de droits propres, lorsqu'elle fut confrontée aux besoins de l'évolution du droit des sociétés commerciales, et la question de savoir jusqu'où pouvait être modifiée leur organisation première. Si la liste exhaustive relatant les différents droits propres est difficile à établir avec certitude, parce qu'elle subit

l'évolution du droit des sociétés<sup>4</sup>, il ne fait pas de doute cependant que certains de ces droits sont exercés dans le cadre des assemblées (section 1) et d'autres en dehors de tout contexte d'assemblée (section 2). Ces droits peuvent par ailleurs faire l'objet d'aménagements entre les associés (section 3).

**Section 1. Les droits que les associés exercent dans le cadre des assemblées**

[228] **Présentation.** — La participation des associés à la vie sociale est naturellement variable selon les formes de sociétés envisagées et les dispositions statutaires. C'est dans les sociétés en nom collectif qu'elle est en principe la plus intense, puisqu'il est de principe dans ces sociétés que tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts. Si, dans les autres sociétés dotées de la personnalité morale, la gestion suppose des organes spécifiques, les associés n'en jouent pas moins un rôle important. De façon générale, c'est d'eux que dépendent la désignation des dirigeants et leur révocation. Les associés doivent également approuver les comptes (v. n° [444]) ; ce sont eux qui décident des modifications statutaires.

Nous distinguerons les deux prérogatives essentielles du droit de participation à la vie sociale : les droits politiques (§ 1) et les droits financiers (§ 2). Ces droits sont la plupart du temps exercés par une personne concentrant sur sa tête tous les attributs du droit de propriété sur les droits sociaux en question. Mais il n'en va pas toujours ainsi (§ 3).

<sup>1</sup> Concernant l'interaction Code civil et la loi de 1915 : ARVIS, La loi de 1915 et le droit des obligations : ruptures et réconciliations, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 45.

<sup>2</sup> La détention de droits sociaux confère une parcelle de pouvoir dans la société ; v. : SPANG, L'acquisition du pouvoir dans les sociétés, *ADL* Vol. 22, 2012, p. 203.

<sup>3</sup> HEMART, TERRE et MABILAT : *Sociétés commerciales*, t II, n° 349.

<sup>4</sup> GERMAIN, La renonciation aux droits propres des associés - illustrations, in : *Mélanges en l'honneur du Pr. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz 1999, p. 401.

§ 1. LES DROITS POLITIQUES : LE DROIT DE PARTICIPER À LA VIE SOCIALE :

Les associés ne sauraient pleinement jouer leur rôle s'ils restent dans l'ignorance sur les événements pertinents de la gestion sociale. Aussi disposent-ils d'un droit à l'information (A). Cela leur permettra d'exercer leur droit de vote en connaissance de cause lors de l'assemblée (B). Celle-ci peut, comme tout organe décisionnel, subir certains dysfonctionnements susceptibles d'entraîner la nullité des résolutions adoptées en assemblée (C).

A. LE DROIT À L'INFORMATION DES ASSOCIÉS

[229] **Présentation**<sup>1</sup>. — Le droit de contrôle des associés est lié au droit d'information sur l'action des dirigeants, puisque s'informer, c'est déjà une façon de contrôler. Ces droits ne résultent d'aucune disposition d'ordre général mais sont consacrés par des textes particuliers pour certaines sociétés. Là où ils existent, ils traduisent le souci du législateur de permettre l'exercice effectif du droit de contrôle, sans toutefois que les associés puissent abusivement paralyser le bon fonctionnement des organes sociaux, ni porter atteinte au nécessaire secret des affaires. Si le droit à l'information n'est véritablement réglementé que pour les sociétés à risque limité, il faut néanmoins conclure à l'existence d'un principe général du droit à l'information des associés quel que soit le type de société concerné. Ce droit à l'information prend des formes diverses ; il est généralement exercé dans un contexte de fonctionnement normal de la société, dans le contexte des assemblées ordinaires devant approuver les comptes sociaux (1), mais parfois également en situation de crise (2).

<sup>1</sup> BRAUSCH, Shareholder information, ALFI 1994 Year Book, 1994.

1. LE DROIT À L'INFORMATION DES ASSOCIÉS EN SITUATION NORMALE

[230] **Droit d'obtenir les documents sociaux.** — Une information spécifique à caractère financier n'est explicitement prévue qu'à l'occasion des assemblées générales des sociétés à risque limité ayant à approuver les comptes annuels de l'exercice écoulé<sup>2</sup>. Il permet aux associés de prendre connaissance, au siège de la société, des documents pertinents en vue de l'assemblée des associés devant statuer sur les comptes sociaux de l'exercice écoulé (rapport de gestion, bilan, ...). Pour les autres sociétés, les textes ne prévoient rien, mais il faut admettre au profit des associés, en raison de l'obligation financière illimitée qu'ils encourent, ainsi que par application des règles du mandat, un droit de regard important sur la gestion des affaires sociales. Comment la collectivité des associés saurait-elle si la gérance a fait preuve des diligences imposées par la loi, si elle n'avait pas le droit d'obtenir les documents pertinents afin d'exercer ce pouvoir de contrôle et d'appréciation ?

[231] **Obligation d'information spontanée à charge des dirigeants.** — En parallèle, on remarquera que les dirigeants (les liquidateurs lorsque la société est en liquidation) ont eux-mêmes une obligation d'informer. De façon générale, celle-ci existe à l'occasion de l'approbation des comptes annuels, laquelle suppose que les associés appelés à les voter aient été éclairés sur leur portée et sur la marche des affaires. Sauf à vider de son sens l'obligation d'information à charge des dirigeants, il faut veiller à ce que l'information des associés ait lieu à intervalles réguliers, peu de temps après la clôture de l'exercice social. Voilà pourquoi le législateur exige dans les sociétés de capitaux (SA, SCA) que

<sup>2</sup> Art. 72 L1915 pour les SA ; art. 103 L1915 pour les SCA ; art. 198 L1915 pour les SARL. L'article 101-18 pour la SAS prévoit un renvoi aux règles applicables à la SA, sauf pour certains articles. Comme l'article 72 L1915 n'est pas exclu du principe de renvoi, le droit d'information individuel existe donc également au profit des actionnaires de SAS.

l'assemblée annuelle soit tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice social (art. 70 al. 1<sup>er</sup> L1915).

La loi frappe par ailleurs d'une amende de 500 € à 25 000 € les dirigeants qui n'ont pas soumis les comptes annuels à l'assemblée générale des associés (sociétés à risque limité, coopératives) dans les six mois de la clôture de l'exercice social (art. 163 n° 2 L1915).

Pendant longtemps, on considérait cette *infraction* comme étant « *purement matérielle* ». Une infraction est dite purement matérielle lorsqu'on induit le dol, la volonté consciente de ne pas respecter la loi, de la seule existence de l'infraction. Les infractions purement matérielles ont ceci de particulier qu'elles ne permettent pas aux dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité en invoquant, par exemple, des causes de justification. Depuis un arrêt du 6 juillet 2010<sup>1</sup>, l'*élément moral* requis pour toute infraction pénale se trouve également exigé ici, en ce sens qu'il faut une transgression de la loi librement et consciemment commise par les dirigeants. Par contre, cette infraction ne requiert pas de dol spécial, la loi n'exigeant pas que les dirigeants aient agi dans une intention frauduleuse. L'infraction existera par exemple également si les dirigeants n'ont pas respecté les délais légaux afin de se donner les moyens d'établir des bilans exacts (il ne faut pas confondre le dol avec le mobile). Il appartiendra bien évidemment au dirigeant d'avancer une cause exonératoire de responsabilité, sachant que la seule difficulté de joindre les actionnaires n'est pas suffisante. Il lui faudra démontrer avoir accompli toutes les diligences qui incombent à sa fonction.

**[232] Droit de poser des questions lors de l'assemblée.** — Les dirigeants étant des mandataires sociaux, les dispositions en matière de reddition des comptes formulées à l'article 1993 du Code civil sont applicables : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. »

Cette obligation de reddition de compte doit s'entendre tout d'abord *au sens comptable*. Le mandataire doit en effet fournir un compte de gestion faisant apparaître tout ce qu'il a reçu en lieu et place du man-

dant, mais aussi toutes les avances, frais, pertes ou honoraires qui lui sont dus. Cette obligation est transposée, sur le plan du droit des sociétés, par l'obligation des dirigeants de présenter les projets de comptes sociaux à l'assemblée que celle-ci arrêtera.

Cependant, la reddition de compte implique également, *au sens juridique*, que le mandataire explique sa conduite et en fournisse un compte rendu. Cette obligation peut être fondée sur l'article 1315 du Code civil qui énonce que celui qui se prétend libéré de son obligation doit le justifier<sup>2</sup>. Lorsque la gérance est unique, il est clair qui devra répondre aux questions des associés. En présence de gérance collégiale, les questions s'adressent logiquement aux dirigeants agissant dans le cadre de leur collègue ; il n'est dès lors pas indispensable que tous les dirigeants soient présents à l'assemblée, tant qu'une réponse raisonnable peut être fournie aux associés.

Imposer au dirigeant de devoir justifier sa conduite implique corrélativement le droit pour les associés de lui poser des questions. Le droit d'information ne servirait évidemment à rien si les dirigeants étaient libres de refuser d'y répondre. Les dirigeants doivent pouvoir justifier d'un intérêt légitime s'ils entendent procéder ainsi. Les motifs d'un refus de réponse pourraient consister dans le fait que les informations à communiquer seraient sensibles pour la société (ex. : des informations concernant une reprise de la société) ou frappées d'une clause de secret (ex. : une clause de secret contenue dans un contrat de fourniture).

En droit commun des mandats, c'est au mandant, et à lui seul, que le mandataire doit rendre compte de sa gestion, les autres personnes n'ayant pas de droit de regard sur ce qui a été fait par le mandataire. Le mandat social ayant été conféré à la gérance par la *collectivité des associés*, ayant agi dans le cadre d'une assemblée

<sup>1</sup> Cour 6 juill. 2010, n° 307/10, note BURBI, *tax TODAY* 31 janv. 2010.

<sup>2</sup> Art. 1315 C.civ. : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

d'associés, l'assemblée des associés peut très certainement poser les questions qu'elle juge utiles à la gérance, auxquelles celle-ci devra normalement répondre. Mais cela n'implique pas pour autant un *droit individuel des associés de poser des questions* en assemblée, car les dirigeants ne sont pas les mandataires des associés pris individuellement. Un tel droit individuel de poser des questions existe cependant dans certaines situations :

- les dirigeants doivent pour le moins rendre compte aux *associés exposés à une responsabilité indéfinie* concernant les questions qui leur ont été posées par ceux-ci ;
- concernant les *associés exposés à une responsabilité limitée*, le droit de poser des questions profite pour le moins aux commanditaires, l'article 19 al. 2 L1915 prévoyant un droit de contrôle au profit de chaque commanditaire de SECS<sup>1</sup>. Dans les sociétés de capitaux ainsi que les SARL, ce droit est non seulement l'accessoire du droit d'assister à l'assemblée, mais également la condition nécessaire pour tout vote éclairé sur les points figurant à l'ordre du jour. Endéans cette limite, pour le moins, le droit individuel de poser des questions existe. Mais le rôle des associés n'est pas seulement de voter sur les questions figurant à l'ordre du jour d'une assemblée ; ils doivent aussi voter la décharge de la gérance ou, alternativement, décider de rechercher la gérance en responsabilité. Un vote sur ces questions n'est possible que si chaque associé a le droit de poser à l'assemblée toute question qu'il juge pertinente en relation avec la gestion écoulée de la société.

Il faut donc conclure à l'existence d'un droit absolu (non susceptible d'être limité dans les statuts) pour tout associé, quel que soit le type de société concerné, et quel que soit le pourcentage de capital détenu, de

poser des questions à la gérance dans le cadre d'une assemblée d'associés, sur tous les aspects de la gestion sociale, dans les limites de l'exercice normal d'un droit à l'information. Les dirigeants seront obligés d'y répondre, sauf si une réponse devait s'avérer en contradiction avec l'intérêt social (ex. : divulgation d'un secret d'affaires susceptible de profiter à un concurrent). La sanction de la méconnaissance du droit à l'information est la nullité des décisions de l'assemblée (v. n° [258]).

## 2. LE DROIT À L'INFORMATION EN SITUATION EXCEPTIONNELLE : L'EXPERTISE DE GESTION<sup>2</sup>

**[233] Phase préliminaire du droit d'interrogation écrit en dehors de toute assemblée.** — Indépendamment des assemblées générales, où la discussion est la règle, le droit de poser des questions écrites devrait également être admis pour les associés, car il semble normal de leur accorder le droit de connaître à tout moment l'état des affaires sociales. Mais ce souci légitime ne trouvait aucun appui dans les textes, exception faite de la possibilité pour les associés de saisir le tribunal visant à obtenir la désignation d'un expert (le « commissaire spécial ») pour établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. 154 L1915). On y recourait en présence de « circonstances exceptionnelles »<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> DELAHAYE, *L'expertise de gestion*, th., Rennes, 1991 ; GUYON, *L'expertise de gestion*, *Jurisl. sociétés*, Fasc. 134-1 ; PREVOT, *L'expertise de gestion*, *Rev. Jurisp. comm.*, 1998, p. 126.

<sup>3</sup> Art. 154 (dans sa version avant la loi du 10 août 2016) : « Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, dans des circonstances exceptionnelles, sur requête d'actionnaires et de coopérateurs possédant le cinquième des intérêts sociaux, signifiée avec assignation à la société, nommer un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société. Il entend les parties en chambre du conseil et statue en audience publique. Le jugement précisera les points sur lesquels portera l'investigation et fixera la consignation préalable à effectuer pour le paiement des frais ; ces frais pourront être com-

<sup>1</sup> Art. 19 al. 2 L1915 : « Les avis et les conseils, les actes de contrôle et de surveillance et les autorisations données aux gérants pour les actes qui sortent de leurs pouvoirs n'engagent pas l'associé commanditaire ».



La loi du 10 août 2016 a réformé l'expertise de gestion<sup>1</sup>. Celle-ci contient *deux phases* : une phase préliminaire où les associés posent des questions écrites aux dirigeants sur certains actes de gestion de la société ; une phase judiciaire, ensuite, au cas où la phase préliminaire a eu des résultats insatisfaisants.

Concernant la phase préliminaire, le droit d'interrogation par écrit existe dans toutes les sociétés commerciales, durant toute son existence, donc également durant la phase de liquidation de celle-ci. Ce droit n'appartient qu'aux *associés* (y compris à l'usufruitier), à condition que celui ou ceux (la possibilité existe de se grouper) qui entendent poser les questions détiennent 10% du capital social ou des droits de vote de la société ; les statuts peuvent cependant abaisser ce seuil (ils ne pourraient pas le relever).

La généralité du texte ne permet pas de distinguer les actions libérées et celles qui ne le sont pas ; par ailleurs, les actions non

---

pris dans ceux de l'instance auxquels donneraient lieu les frais constatés. Le rapport sera déposé au greffe ».

<sup>1</sup> Art. 154 (dans sa version suite à la loi du 10 août 2016) : « Un ou plusieurs associés représentant au moins 10% du capital social ou 10% des voix attachées à l'ensemble des titres existants, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit à l'organe de gestion des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés contrôlées au sens de l'article 309 de la présente loi. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt des sociétés comprises dans l'obligation de consolidation. Une copie de la réponse doit être communiquée à la personne chargée du contrôle légal des comptes. A défaut de réponse dans un délai d'un mois, ces associés peuvent demander au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la ou les opérations de gestion visées dans la question écrite. S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les frais à la charge de la société. Le juge détermine si le rapport doit faire l'objet d'une publicité. L'usufruitier d'actions ou de parts sociales bénéficie également des droits énoncés au présent article ».

encore libérées représentent elles aussi le capital social de la société. De ce fait, les actionnaires n'ayant pas encore libéré leurs apports et n'ayant donc pas encore rempli leurs engagements envers la société peuvent eux aussi poser les questions.

Le droit d'information porte « *sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société* ». Il vise donc à éclairer l'associé sur la gestion sociale, que l'associé soupçonne une gestion déficiente ou qu'il veuille tout simplement en savoir davantage sur certaines opérations conclues par la société<sup>2</sup>. Le droit d'information ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations déterminées, c.-à-d. sur des actes de gestion clairement identifiés, et non pas sur la gestion d'ensemble de la société, sur la nature des choix stratégiques faits par la société, c.-à-d. sur sa politique générale, ou sur la régularité des comptes sociaux (ceci est l'affaire de l'auditeur ; l'expert de gestion n'est pas un contre-auditeur). Souvent, le droit d'information sera utilisé par les associés afin de se constituer des preuves avant d'intenter une action en responsabilité contre les dirigeants. Mais il ne s'agit pas là d'une exigence procédurale, de sorte que la demande sera recevable même si une action éventuelle en responsabilité serait déjà prescrite.

La *finalité du droit d'interrogation* est purement informative et vise à permettre aux associés de mieux apprécier si certaines opérations sont éventuellement contraires à l'intérêt social. Ce droit d'information, dans les groupes de sociétés tenues de consolider leurs comptes (v. n° [591]), porte également sur les filiales de la société ; dans ce cas, l'intérêt des opérations analysées sera apprécié par rapport à l'intérêt du groupe. En raison de la finalité de l'expertise de gestion, ni la circonstance que l'opération à analyser ait reçu l'approbation de la collectivité des associés, ni le fait que l'associé demandeur se soit abstenu de partici-

---

<sup>2</sup> Les opérations en assemblée générale ne relèvent pas de l'art. 154 L1915 (ex. : rémunération de la gérance fixée en assemblée ; une distribution de dividendes) parce qu'elles ont déjà été traitées ; celles conclues entre associés (ex. : cessions de droits sociaux) n'en relèvent pas non plus, car elles n'impliquent pas la société.

per à l'assemblée ayant approuvé l'opération en question, ni le fait qu'il n'ait exercé aucun recours contre les résolutions adoptées en assemblée ne sont de nature à faire obstacle à sa demande d'expertise de gestion.

**[234] Phase judiciaire de l'expertise de gestion.** — À défaut de réponse dans le délai d'un mois ainsi qu'en cas de réponse non satisfaisante, s'ouvre la possibilité de la phase judiciaire. Elle permet à ces associés de demander au tribunal la nomination d'un expert de gestion. La demande est à adresser au tribunal de commerce, statuant le cas échéant en référé<sup>1</sup>, en invoquant de manière précise les points sur lesquels portera l'investigation du commissaire spécial. Avant de décider s'il y a lieu de faire droit à sa demande (l'expertise de gestion présente un caractère facultatif pour le tribunal : « s'il est fait droit à la demande (...) »), le tribunal devra apprécier :

- si le demandeur ne dispose de toute façon pas déjà d'*informations suffisantes*. La phase préliminaire constituant une condition préalable à la saisine du tribunal, l'expertise de gestion aura donc un caractère subsidiaire, à laquelle les associés ne peuvent recourir qu'après avoir épuisé sans succès la phase préliminaire ;
- le *caractère sérieux* de la demande. À cette fin, le tribunal se demandera si les faits allégués par le demandeur paraissent suffisamment suspects, au regard de l'intérêt social, afin de justifier l'expertise. L'expertise de gestion se trouvant en amont d'une éventuelle action en responsabilité, la recevabilité de la demande judiciaire ne sera évidemment pas conditionnée par la preuve de l'existence d'une opération qui serait contraire à l'intérêt social. Mais le tribunal ne manquera pas d'exiger du demandeur qu'il fournisse des indices précis et concordants de nature à justifier une présomption d'irrégularité

<sup>1</sup> Le « référé » n'en est pas vraiment un, car la preuve de l'urgence n'est pas requise. C'est la raison pour laquelle on dispose que le tribunal siège « comme » en matière de référé. Le renvoi au référé vise ici la forme, et non le fond.

qu'il y a lieu d'éclairer.

S'agissant d'une véritable « expertise », et en l'absence de textes spécifiques à ce sujet contenus dans la loi de 1915, il y a lieu d'appliquer par analogie les *règles en matière d'expertise judiciaire*. Notamment, la mission du commissaire spécial devra se dérouler dans le respect du principe du contradictoire<sup>2</sup>. L'expert enverra son rapport au tribunal dans les délais impartis, ainsi qu'une copie à l'auditeur de la société. Enfin, le tribunal décidera s'il y a lieu de publier le rapport de gestion, selon les modalités qu'il fixera.

**[235] Interaction avec l'expertise judiciaire de droit commun.** — Aux termes de l'art. 461 C. proc. civ. : « L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge. » Cette disposition permet au juge saisi d'un litige d'ordonner une mesure d'instruction sous forme d'expertise, d'office ou à la demande des parties, pour l'éclairer dans l'administration judiciaire de la preuve. Si les associés ne détiennent pas le minimum requis, rien ne les empêchera donc de demander un expert dans les conditions de droit commun sur la base de cet article.

À condition de respecter cependant son champ d'application naturel. L'expertise de gestion de l'art. 154 L1915 vise à établir une preuve « à futur » (« *in futurum* »), en ce qu'elle permet à l'associé demandeur de faire administrer une preuve en justice avant tout procès. En droit procédural commun, une mesure d'instruction n'est cependant pas une fin en soi. Elle est destinée à apporter à un juge un éclairage sur une question de fait sur laquelle s'opposent les parties. En ce sens, elle est subordonnée à l'existence préalable d'un procès. Il faudra dès lors distinguer deux situations :

- soit l'associé demandera au tribunal qu'il ordonne une mesure d'instruction avant tout procès, dans le seul but de conserver certains éléments de preuve

<sup>2</sup> DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Expertise de gestion et principe du contradictoire, *Rev. sociétés* 1998, p. 45.

(art. 154 L1915) ;

- soit l'associé est déjà en litige avec la société ; dans ce cas, il pourra demander une expertise dans le cadre du procès en cours, sans devoir satisfaire un minimum de détention dans le capital de la société (art. 461 C. proc. civ.).

## B. LE DROIT DE VOTE<sup>1</sup>

Sur le plan des principes, le droit de vote constitue l'une des prérogatives essentielles de tout associé (1), ce qui justifie un minimum de règles légales en la matière (2). S'agissant d'un droit propre revenant à chaque associé, son exercice parallèle peut aboutir à des frictions entre associés, d'où la nécessité pour les associés de respecter également les intérêts légitimes des autres associés (3).

### 1. LE DROIT DE VOTE INDIVIDUEL DANS LE CADRE DE LA COLLECTIVITÉ DES ASSOCIÉS

Le droit de vote s'exprime dans le cadre des résolutions adoptées en assemblée. Il faut donc s'intéresser dans un premier temps à la nature des décisions retenues par cet organe (a), avant d'aborder la question du droit de vote en tant que critère de pouvoir au sein de la société (b).

#### a) LA NATURE DE LA RÉOLUTION ADOPTÉE EN ASSEMBLÉE D'ASSOCIÉS

**[236] La résolution de l'assemblée n'est pas un contrat.** — Toute tentative éventuelle visant à qualifier les résolutions adoptées en assemblée comme l'expression d'un contrat se bornant à exprimer le consentement individuel des associés, est vouée à l'échec. En effet, le contrat suppose, pour se former, un échange des consentements, c.-à-d. la rencontre d'une offre émise par une personne et d'une acceptation par

une autre. Le critère de la qualification de contrat réside dans cet échange. Certes, il existe des « contrats-organisation » qui se forment par un agrégat de consentements identiques et non plus opposés. Celui-ci vise à organiser une activité entre les parties et non une permutation de leurs biens. Sans mettre en cause la pertinence de cette classification, qui convient à la société elle-même (v. n° [7]), il semble qu'il faille l'écarter s'agissant de la résolution d'assemblée. Le but de cette dernière n'est pas d'organiser une activité, de répartir une tâche entre les associés contractants, mais de fixer l'opinion des associés sur une question précise, relevant de leur compétence.

À s'en tenir au critère classique d'échange des consentements, la qualification purement contractuelle de la résolution d'assemblée doit être écartée. En effet, en la matière, il ne saurait y avoir à proprement parler d'offre et d'acceptation, sauf à voir très artificiellement la première dans le projet soumis au vote par les dirigeants et la seconde dans l'émission du suffrage. Le processus contractuel suppose en principe l'existence de négociations, même limitées, entre l'offrant et l'acceptant. Rien de tel en matière de résolution d'assemblée, la volonté individuelle des associés cristallisée dans leur vote n'étant pas le fruit d'une négociation préalable. Bien au contraire, le projet de résolution est préparé par les dirigeants sociaux et soumis tel quel à l'approbation de l'assemblée, qui pour l'essentiel n'aura d'autre choix que de l'accepter ou de le rejeter. La résolution de l'assemblée générale est donc exclusive de toute qualification contractuelle.

**[237] La résolution de l'assemblée en tant qu'acte juridique collectif.** — La résolution en assemblée d'associés constitue plutôt un acte juridique collectif. Cette catégorie particulière d'acte juridique, transposition des théories allemande et italienne de l'acte complexe<sup>2</sup>, a été introduite dans la doctrine française de

<sup>1</sup> T'KINT, Les actions et le droit de vote, *RPS* 1989, p. 242, KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, th. Paris, 2001.

<sup>2</sup> ROUJOU DE BOUBEE, Essai sur l'acte juridique collectif, Paris, p. 170 et s. et plus récemment, ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contrac-*

droit privé par M. le Professeur Gabriel Roujou de Boubée. Elle peut se définir comme un « faisceau de volontés concordantes, ayant toutes le même contenu et orientées vers le même but ».

L'acte collectif se caractérise par un concours de volontés. Chacune des parties exprime la sienne, par le mécanisme de l'adhésion. Dès lors, en matière de résolution d'assemblée, il est possible de voir dans l'émission du suffrage une *déclaration individuelle de volonté*. En d'autres termes, le vote exprime la volonté de l'associé.

L'agrégation de ces volontés individuelles permet d'obtenir la décision de l'assemblée générale qui a donc une *nature collective*. Pour preuve : si chaque associé peut soulever la nullité de la résolution résultant d'un défaut de convocation de ses coassociés (v. n° [257]), on reconnaît que la résolution est un acte collectif. Elle a besoin du concours de tous les associés pour être valablement formée. Si l'un d'entre eux n'a pas été mis en mesure de manifester sa volonté, par le biais de son droit de vote, alors les autres ont un droit égal à soulever l'irrégularité de la décision prise. Dans ces conditions, le droit de vote apparaît, non pas comme un droit purement contractuel, destiné à sauvegarder les droits pécuniaires de l'apporteur de capital, mais comme une fonction permettant la participation de chacun à l'élaboration de la décision collective.

Mais encore faut-il, outre un concours de volontés, que ces volontés aient le *même contenu* et visent à la *réalisation du même but*. De prime abord, il pourrait sembler paradoxal, eu égard à l'existence de la loi de la majorité, d'affirmer que les volontés émises par les associés ont toutes le même contenu. En réalité, la contradiction n'est qu'apparente. Chaque associé, lorsqu'il émet son vote, exprime sa conception de l'intérêt social. Dès lors, les volontés émises par les

associés ont toutes le même contenu, la conception de chacun de l'intérêt social. En d'autres termes, ce sont les appréciations portées sur ce dernier qui sont susceptibles de s'opposer, et non le contenu de chaque volonté lui-même. En participant au vote, l'associé participe à la formation de la volonté sociale, à la définition de l'intérêt collectif.

#### b) LE DROIT DE VOTE EN TANT QU'INSTRUMENT DU POUVOIR AU SEIN DE L'ASSEMBLÉE

**[238] L'assemblée générale des associés en tant qu'organe suprême.** — Les dirigeants étant des mandataires sociaux, exécutant la mission de gestion de la société qui leur a été confiée par la société, le centre du pouvoir d'une société ne peut, sur le plan juridique, résider chez les dirigeants. La société ayant été instituée par les associés, qui en fixent l'objet social, qui nomment et révoquent les dirigeants, ce sont les associés qui concentrent sur leurs têtes le pouvoir au sein d'une société. Ce pouvoir se trouve normalement exercé dans le cadre d'assemblées d'associés.

L'assemblée des associés est l'*expression de la volonté collective des associés* et devient par ce fait l'expression de la volonté de la société elle-même. Détenant le « *pouvoir suprême* » au sein de la société<sup>1</sup>, l'assemblée des associés est assurément un rouage essentiel dans toute société. Mais elle n'est prévue explicitement que dans les *sociétés à risque limité* (art. 67 et s. L1915 pour les sociétés de capitaux ; art. 193 pour les SARL). Dans les *sociétés à risque illimité*, elle ne peut être induite que de dispositions éparpillées, tel l'article 142 qui prévoit pour les sociétés en général que : « à défaut de convention contraire, le mode de liquidation est déterminé et les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale des associés. » Ce même texte fixe des conditions de majorité spécifique pour les SNC et SCS<sup>2</sup>. Cependant, la

<sup>1</sup> PASSELECQ, n° 2459.

<sup>2</sup> Art. 142 L1915 : « Dans les sociétés en nom collectif (...), les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social ; à défaut de cette majorité, il est statué par les tribunaux. Dans les sociétés en commandite simple, à défaut d'autres stipulations dans le contrat social, les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment d'associés représentant les trois quarts des

*tuels*, Bibl. dr. priv., t. 254, Paris, 1996, n° 299 ; adde, en droit public, MOREAU, *A la recherche de l'acte complexe. L'exemple du droit public français*, Droits, t. 7, Paris, 1988, p. 75.

gérance doit également rendre compte, à intervalles réguliers, aux associés de sociétés à risque illimité, des résultats de la gestion sociale, conformément au droit commun des mandats, et doit faire approuver annuellement leurs comptes sociaux par les associés. Le mandat social ayant été conféré par la collectivité des associés, c'est donc également à cette même collectivité d'associés que la gérance devra présenter les comptes et rendre compte. Une assemblée ordinaire d'associés doit donc se réunir au moins une fois par an, également dans les sociétés à risque illimité, dans le but de statuer sur les comptes sociaux. Le laconisme des textes régissant les *sociétés civiles* fait que l'exigence de la tenue d'une assemblée au moins par an n'existe que pour les sociétés commerciales. Il appartiendra de ce fait aux statuts de la société civile de prévoir si la prise de décision des associés se fait en assemblée ou par d'autres moyens.

Si l'assemblée des associés détient certes le pouvoir suprême au sein de la société, ses pouvoirs ne sont cependant pas illimités. L'assemblée des associés doit notamment respecter :

- le *principe de spécialité légale*, en respectant le but pour lequel la loi a institué la société (v. n° [213]) ;
- le *principe de la répartition légale des pouvoirs*, en respectant les pouvoirs expressément attribués par la loi aux autres organes de la société (ex. : l'assemblée ne saurait agir dans des domaines où la gérance est compétente en raison de la loi) ;
- le *principe du respect de l'intérêt social* (v. n° [363] et s.), qui oblige l'assemblée à adopter ses résolutions dans un but commun des associés (v. n° [7] et [129] et s.).

**[239] Types d'assemblées d'associés.** — On distingue sur le plan théorique les *assemblées générales*, qui réunissent tous les associés, et les *assemblées spéciales*, qui sont des sous-assemblées et qui réunissent les titulaires de droits sociaux d'une catégorie particulière. Les assemblées spéciales ne sont nécessaires que s'il s'agit de statuer sur des projets de résolution visant à affecter les droits et obligations des titulaires de ces personnes. De telles résolutions sont plutôt rares en pratique, de sorte que l'assemblée d'associés est presque toujours une assemblée générale d'associés. La distinction entre

l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée extraordinaire, par contre, est plus utile.

L'*assemblée générale ordinaire* est compétente pour adopter toutes les décisions qui n'entraînent pas une modification de statuts. Il s'agit, en premier lieu, de toutes les décisions relatives au contrôle de la gérance. Ce contrôle de gestion est généralement a posteriori mais peut exceptionnellement également être a priori. Dans le contrôle a posteriori entrent les décisions par lesquelles l'assemblée approuve les comptes sociaux et le rapport de gestion de l'exercice écoulé. Il faut également rattacher à cette forme de contrôle, là où il existe, les décisions qui approuvent ou désapprouvent les conventions réglementées conclues entre la société et ses dirigeants (v. n° [903]). Le contrôle préalable, moins fréquent, inclut toutes les décisions par lesquelles l'assemblée donne son autorisation à des actes qui ne sont pas encore conclus et qui dépassent les pouvoirs de la gérance (v. n° [214]). Le contrôle préalable relève lui aussi du contrôle de gestion plutôt que de la gestion elle-même ; l'assemblée se borne en effet à donner son approbation à la décision du conseil d'administration de passer les actes, mais ne les passe pas elle-même. L'assemblée ordinaire se prononce en second lieu sur un certain nombre de questions qui ne concernent pas le contrôle de la gestion à proprement parler. Ainsi, elle nomme, en cas de besoin, de nouveaux administrateurs et auditeurs (commissaire, réviseur d'entreprise). Par ailleurs, elle décide quelle sera l'affectation des résultats annuels pouvant être mis en distribution.

Les assemblées générales se réunissent la plupart du temps aux dates prévues par les statuts : ce sont les *assemblées ordinaires statutaires*, leur objet étant d'approuver les comptes sociaux et la gestion sociale de l'exercice écoulé. Mais des assemblées d'actionnaires ordinaires peuvent aussi se réunir extraordinairement ; elles portent alors le nom d'*assemblées ordinaires réunies extraordinairement* (à ne pas confondre avec les assemblées extraordinaires). Une autre approche consiste à distinguer les *assemblées ordinaires, particulières et extraordinaires*. L'assemblée ordinaire est l'assemblée générale annuelle ou statutaire, l'assemblée extraordinaire étant celle au cours de laquelle un vote doit intervenir à la majorité qualifiée (changements de statuts, dissolution de la société). L'assemblée particulière est

celle qui n'est ni ordinaire ni extraordinaire, en somme l'assemblée ordinaire réunie extraordinairement.

L'*assemblée extraordinaire* est celle qui a pour objet une modification des statuts de la société. La pratique montre que les assemblées extraordinaires sont assez fréquentes. Les plus usuelles sont celles qui modifient le capital social (v. n° [480]), immédiatement ou à terme seulement<sup>1</sup>. Mais de façon plus générale, comme pour tout contrat, toute clause du pacte social peut faire l'objet de modifications, les changements statutaires pouvant porter sur les modifications de l'objet social, la dissolution de la société, la transformation, etc. Le droit de procéder à des changements des statuts est d'ordre public, de sorte que les statuts ne sauraient interdire les modifications statutaires. En revanche, il n'est pas interdit dans les statuts de fixer des conditions de quorum et de majorité renforcées par rapport aux dispositions législatives et de prévoir, par exemple, pour le changement de l'objet social l'unanimité des actionnaires.

**[240] Mode de consultation des associés dans les sociétés.** — La loi de 1915 reste parcellaire concernant le mode de consultation des associés. Elle pose des règles pour *certaines formes de sociétés* (SARL, SA, SCA, SCOOP sous la forme d'une SA) qui seront analysées au moment de la revue de ces différentes formes sociétaires.

Pour les *autres sociétés* (société civile, ...), la loi reste muette sur le sujet, sauf qu'elle évoque par le détour l'existence d'une assemblée générale au sein de ces sociétés, lorsqu'il s'agit de nommer le liquidateur de la société (art. 142 L1915)<sup>2</sup>. Il faut en déduire que, si les associés de ces sociétés peuvent valablement adopter leurs résolutions en assemblée, ils n'y sont cependant pas obligés non plus (sauf dans l'hypothèse de l'art. 142 L1915), de sorte qu'il est tout à fait possible pour

les associés de prendre leurs décisions de manière informelle, en dehors de toute assemblée. La forme des décisions collectives sera fixée dans les *statuts* (présence physique, consultation écrite). En pratique, les statuts prévoient généralement que les décisions collectives des associés se prennent en assemblée. Ni la loi de 1915, ni le Code civil ne prévoyant de règles particulières en matière de quorum et de majorité, ces règles seront donc arrêtées dans les statuts de la société. Reste à savoir ce qu'il faut faire dans le silence des statuts.

Dans le *silence des statuts*, si une décision est à adopter par un groupe de personnes, il y a lieu de se référer au droit commun des « *assemblées délibérantes* ». Il s'agit nécessairement des règles applicables aux corps politiques délibérants, soit celles de la Chambre des députés. À défaut de dispositions spécifiques dans les statuts, il faudra donc consulter le Règlement de la Chambre des députés pour toutes les questions telles celles du temps de parole, de la constitution d'un bureau, du rôle du scrutateur, des votes blancs, des votes nuls, etc. La conséquence en est également que, dans le silence des statuts, le vote se fera par tête, chaque associé disposant d'un vote, indépendamment de la quote-part de capital détenue par lui.

## 2. LES RÈGLES LÉGALES EN MATIÈRE DE DROIT DE VOTE

**[241] Présentation.** — Malgré l'absence de textes à portée générale sur le sujet, les associés se sont toujours vus reconnaître un droit de vote. Ce droit est en effet inhérent à la qualité d'associé<sup>3</sup>, qui implique un droit de participer aux affaires sociales (v. n° [130] et s.) dans le cadre des assemblées d'associés. Le droit de vote, exprimé en assemblée, se calculera différemment selon les sociétés à risque limité et illimité, ce qui se conçoit en raison de la nature de ces sociétés (a). Une fois quantifié, le droit de vote s'exercera de manière

<sup>1</sup> C'est l'hypothèse de l'émission d'obligations convertibles en actions (v. n° [508]).

<sup>2</sup> Article 142 L1915 : « A défaut de convention contraire, le mode de liquidation est déterminé et les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale des associés ».

<sup>3</sup> ROUSSILLE, Le droit de vote de l'associé, droit fonamental ?, *Rev. sociétés* 2014, p. 7 (« un attribut du droit de propriété »).

similaire dans les différentes sociétés (b).

a) LE CALCUL DU DROIT DE VOTE

[242] **Un droit de vote par tête ou fonction du capital social détenu.** — Celui qui détient un nombre suffisant de droits de vote pour emporter la décision dicte sa vision aux autres associés, dans une société régie par la loi de la majorité. Si l'unanimité est requise, alors chacun est en mesure d'imposer ses vues. Il est donc important de déterminer comment fonctionne le droit de vote dans les sociétés. Le mode de détermination du droit de vote est fonction du type de société : *par tête* dans les sociétés de personnes, il est *fonction du capital social détenu* dans les sociétés de capitaux ainsi que les SARL. Le principe dans les sociétés de capitaux étant « *une action – une voix* », les actions à droit de vote plural, c.-à-d. les actions qui, pour une même valeur nominale, donnent un droit de vote multiple de celui des actions ordinaires, sont en principe prohibées en droit luxembourgeois<sup>1</sup>. Il est toutefois possible de créer des actions prioritaires sans droit de vote dans les sociétés de capitaux (v. n° [979]) et de moduler le droit de vote vers le haut comme vers le bas, au moyen de la prime d'émission exigée dans une classe de droits sociaux, mais non dans l'autre (v. n° [1034]).

Le législateur luxembourgeois ne se méfiant pas, par principe, des actionnaires omnipotents disposant à l'assemblée d'un pouvoir votal important, la loi luxembourgeoise ne limite pas, dans les sociétés de capitaux, le droit de vote à un pourcentage déterminé du capital social détenu : si un actionnaire dispose de 50% ou plus du capital social, il sera donc en mesure d'imposer ses vues lors des assemblées générales ordinaires des actionnaires.

<sup>1</sup> Il avait été prévu d'en créer le régime juridique dans le cadre de la loi du 10 août 2016, mais en raison de l'opposition du Conseil d'État devant le risque de « fascisme actionnaire », ce projet a été abandonné (doc. parl. n° 5730 (4), ad art. 67).

Afin de limiter le poids d'un actionnaire majoritaire aux assemblées, on recourt parfois à une *limitation statutaire de la puissance votale*<sup>2</sup>. Tel sera par exemple le cas si les statuts d'une société anonyme dérogent au principe de la proportionnalité du droit de vote par rapport à la participation détenue, au profit d'un nombre de voix maximal au profit de l'actionnaire (du style: « nul ne saurait voter pour plus de 20% du capital social existant »). Ces clauses peuvent être envisagées à l'occasion de toute assemblée générale, ou de certaines seulement (AGO ; AGE ; ...). Les clauses de limitation de la puissance votale peuvent être classées en deux catégories: la clause de plafonnement et la clause d'ajustement.

La *clause de plafonnement* consiste à fixer un seuil, exprimé en pourcentage du nombre total des droits de vote, au-delà duquel les droits de vote détenus par l'actionnaire seront tout simplement ignorés en assemblée générale. La *clause d'ajustement*, encore plus rare, vise à neutraliser mathématiquement les effets de l'absentéisme en attribuant à l'actionnaire le pourcentage de votes à l'assemblée, quel que soit le taux de présence en assemblée, correspondant à la fraction du capital social détenu par lui. La clause limitative des droits de vote peut être prévue pour toutes les formes de décisions à prendre ou pour certaines d'entre elles seulement (nomination et révocation des dirigeants par exemple) ou pour certaines assemblées générales seulement (la plupart du temps surtout pour les assemblées ordinaires). L'insertion de la clause aux conditions prévues pour les *changements statutaires* est même possible en cours de vie de la société, l'unanimité n'étant pas exigée en raison du fait que la clause ne se traduit pas par une augmentation des engagements des associés vis-à-vis de la société.

Dans une optique contractualiste de la société, ces dispositions semblent tout à fait licites, tant qu'elles respectent le principe d'égalité entre les associés (v. n° [124] et [975])<sup>3</sup>. En outre permettent-elles de maintenir le caractère coopératif de la société et de protéger les minoritaires, en réduisant l'influence excessive des gros actionnaires. Mais elles ne sont guère conciliables avec la loi. Il est vrai que dans sa version de 1915, la loi contenait effectivement une disposition visant à limiter la puissance votale (art. 71 L1915), en ce qu'aucun actionnaire ne pouvait voter aux assemblées pour plus de 2/5<sup>e</sup> des actions émises et 1/5<sup>e</sup> des actions en circulation. Mais une loi du 7

<sup>2</sup> COURET, Le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes, *Droit et patrimoine févr.* 1993, p. 50.

<sup>3</sup> CORBISIER, La société et ses associés, *Droit des sociétés* : les lois des 7 et 13 avr. 1995, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, 1995, n° 201 ; DE CORDT, L'égalité entre actionnaires, Bruxelles, 2004, p. 665.

septembre 1987 abrogea cette disposition, de sorte qu'il ne restait que l'article 67 § 4 L1915 : « Tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation. » Le projet de loi n° 5730 avait envisagé de réintroduire la possibilité d'une limitation du droit de vote, cette fois-ci dans le cadre des statuts des sociétés, dans le cadre d'un nouvel article 71 L1915 que les auteurs du projet de loi entendaient voir adopter : « Les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque titulaire de titres dispose dans les assemblées, ordinaires et extraordinaires, à condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote ». Mais un amendement gouvernemental retira cette proposition de texte, ce qu'il justifia comme suit : « Une limitation, même facultative, de la puissance votale n'est pas opportune. La suppression de l'article 71 par la loi du 7 septembre 1984<sup>1</sup> n'a pas été considérée comme un désavantage pour les sociétés commerciales au Luxembourg. » Il faut en conclure qu'une limitation de la puissance votale n'est ni imposée par la loi, ni laissée aux choix des associés dans le cadre des statuts.

## b) L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE

**[243] Modulations apportées à l'exercice du droit de vote.** — Il est de principe que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Il s'agit là d'une *règle d'ordre public*<sup>2</sup> instaurée dans toutes les sociétés non seulement dans l'intérêt de chaque associé, mais également dans celui de la société.

Les *conventions de vote* doivent également respecter ce principe. De ce fait, la convention qui aboutit à dépouiller son bénéficiaire de son droit est nécessairement nulle (v. n° [338]). Mais doit être tenue pour valable celle qui maintient à l'associé une certaine indépendance de jugement (par exemple, quand un actionnaire s'engage à voter pour les candidats d'un groupe déterminé à la gérance, tout en gardant une liberté de choix au sein de ce groupe).

Les statuts, tout comme les conventions d'associés, peuvent prévoir un *droit de veto* (v. également n°

[910])<sup>3</sup>. Dans les sociétés à risque illimité, la liberté contractuelle prenant toute son importance, les statuts peuvent prévoir librement le droit de vote entre les associés, ce qui inclut la faculté d'instaurer un droit de veto réservé à l'un ou l'autre des associés. Dans les sociétés à risque limité, le droit de vote est en principe proportionnel aux droits sociaux détenus. L'attribution d'un droit de veto met donc à mal le principe d'égalité entre les associés, et plus particulièrement le lien entre le droit de vote et la participation au capital. Mais il faut éviter d'en déduire que, sauf dans les SAS, le droit de veto constituerait une clause statutaire réputée non écrite dans les sociétés à risque limité. Une telle position rigoureuse pourrait de toute façon être facilement contournée, le même résultat pratique pouvant être obtenu si les statuts prévoient la règle de l'unanimité. À la différence du droit de veto, qui profitera généralement à une personne déterminée, tous les associés pourront se prévaloir du bénéfice procuré par l'exigence du vote à l'unanimité, de sorte que le principe d'égalité des associés sera préservé. Par ailleurs, l'idéal démocratique du principe de souveraineté et d'égalité participe davantage à une conception institutionnelle que contractuelle de la société. La société en droit luxembourgeois étant avant tout un contrat (v. n° [7]), on ne voit pas d'obstacles de principe à ce qu'un droit de veto soit accordé à un associé, en raison de dispositions contractuelles (statuts, pacte d'associés, ...). Ce droit de veto pouvant cependant être détourné de sa finalité, et partant abusé, on appliquera par analogie les sanctions applicables aux abus de minorité (v. n° [255]).

**[244] Vote par l'associé ou par son représentant.** — Le droit de vote est exercé par l'associé *lui-même* physiquement présent en assemblée. Mais rien n'empêche qu'il s'y fasse représenter par une personne de son choix, sauf si les statuts limitent le choix du mandataire (p.ex. : seul un autre associé peut être mandataire). La

<sup>1</sup> La loi en question est celle du 7 septembre 1987.

<sup>2</sup> T'KINT, Les actions et le droit de vote, *RPS* 1989, p. 243.

<sup>3</sup> V. en détail : HOVASSE, Le droit de veto, dossier, *DS* 2014, p. 13



technique du *vote par procuration*, expressément autorisée pour les SA (art. 67 § 3 L1915<sup>1</sup>), est valable dans toutes les sociétés et très fréquente en pratique au Luxembourg. Le mandataire dispose des mêmes droits que l'associé qu'il représente, en termes de droit de prendre la parole, de droit de poser des questions, etc. Le mandat portant sur un acte juridique, à savoir le vote en assemblée, la participation à l'assemblée n'étant qu'un simple fait juridique, l'associé ayant nommé un représentant pour voter pour lui en assemblée ne sera pas empêché de ce fait d'assister à l'assemblée. Le mandat étant en principe personnel, le mandataire ne saurait *se substituer une autre personne*, sauf si la procuration l'y autorise expressément. L'intention du législateur ayant été d'assurer au mieux l'exercice du droit de vote et de permettre à l'actionnaire empêché d'exprimer sa volonté, le vote par mandataire est d'ordre public et reste donc possible, même en présence d'une clause statutaire en sens contraire. Par contre, les statuts peuvent encadrer la forme que la procuration doit adopter ; à défaut, elle sera libre.

La procuration peut être orientée ou libre. Dans l'hypothèse du « *mandat impératif* », l'associé impose ses décisions à son représentant qui ne fait que les relayer à l'assemblée, en y votant selon les instructions reçues. Le mandataire pourra cependant s'écarter des instructions reçues si leur exécution risquerait de compromettre les intérêts de l'associé. Le « *mandat libre* » est celui où le mandataire peut décider à l'assemblée comme bon lui semble, dans l'intérêt bien évidemment de l'associé qu'il représente. Il appartient à l'actionnaire désireux de se faire représenter de décider, s'il entend limiter les pouvoirs de son mandataire, en lui imposant de voter dans un certain sens ou si, au contraire, ce dernier pourra disposer de toute liberté de vote : c'est l'hypothèse fréquente des procurations en blanc.

La portée du mandat doit être précisée quant à sa durée et quant à son caractère parfois global. Concernant la durée, le mandat est, la plupart du temps, limité à *une seule assemblée* (ce qui inclut les assemblées successives avec le même ordre du jour). Mais rien n'empêche l'associé de conférer un mandat pour toutes les assemblées à tenir durant une *période de temps*

*déterminée*, voire même pour une *durée illimitée* (*procuration permanente*), tant que la procuration n'est pas irrévocable. Le mandat doit parfois être global ; dans d'autres cas, il peut être fractionné. C'est ainsi que dans les hypothèses où le vote se fait par tête, le mandat est nécessairement global : un associé ne peut pas donner mandat pour partie à un mandataire et voter en personne pour l'autre partie. Pas plus qu'il ne peut fractionner le mandat en plusieurs mains. En revanche, dans les cas de figure où le vote est fonction du nombre de droits sociaux détenus, cette modalité de représentation n'est pas interdite, l'associé pouvant donner procuration pour une partie de ses droits sociaux et exercer son droit de vote en vertu de l'autre. De même, il peut désigner plusieurs mandataires votant chacun pour une fraction de ses droits sociaux.

En principe, il n'existe aucune limitation (sauf disposition statutaire en sens inverse) du nombre des mandats susceptibles d'être reçus par un mandataire. En pratique, le président de l'organe de gestion bénéficie, la plupart du temps, de la plupart des procurations émises par les associés absents, de manière à pouvoir peser sur le sens des décisions à prendre lors de cette assemblée.

Le *vote à distance*, par correspondance ou forme électronique (page web sécurisée, formulaire électronique, ...) permet à l'associé de donner son point de vue sur chacun des projets de résolution présentés à l'assemblée. Dans sa forme la plus simple, le vote à distance ne permet pas la discussion entre les participants à l'assemblée, seuls des écrits circulant. Dans cette version, le vote à distance porte atteinte au caractère collégial de l'assemblée, basé sur l'idée de discussions et d'échanges de points de vue sur des projets de résolution. Pour pallier cet inconvénient, la société peut envisager d'assurer une participation effective à distance à l'assemblée, par voie de transmission de l'assemblée en temps réel ou de communication bidirectionnelle en décalé.

**[245] Cession du droit de vote.** — Les associés peuvent trouver un intérêt à temporairement transférer à autrui le droit de vote. La validité de cette opération est discutée en doctrine<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 67 § 3 L1915 : « Tout actionnaire a, nonobstant toute disposition contraire, mais en se conformant aux règles des statuts, le droit de voter par lui-même ou par mandataire ».

<sup>2</sup> DAIGRE, Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel

Traditionnellement, on voyait dans le droit de vote une prérogative d'ordre public attachée au statut d'associé, de sorte que le droit de vote était considéré *incessible*, ni supprimable par convention entre les parties. Mais le fondement juridique de cette position a toujours été difficile à établir. Très généralement, les adeptes de cette position estimaient que le droit de vote serait une prérogative qui devrait s'analyser comme un accessoire de la créance que constitue le droit social. Il garantirait les droits pécuniaires de l'associé et la rémunération du risque couru en permettant à l'associé de voter en assemblée. Une cession du droit de vote serait ainsi de nature à ôter à l'apporteur de capital la garantie de la protection de ses intérêts. L'incessibilité du droit de vote se comprend donc, en doctrine classique, comme une *mesure de protection de l'associé*.

Mais le développement récent du droit des sociétés montre à suffisance que l'on peut très bien être un associé sans pour autant disposer du droit de vote (ex. : les actions préférentielles sans droit de vote). Par ailleurs, la loi prévoit elle-même différentes hypothèses où le droit de vote est susceptible d'être supprimé, suspendu, aménagé. En cas de démembrement de propriété du droit social, le droit de vote peut être conféré au seul usufruitier, ou uniquement au nu-propriétaire, même si les deux sont des associés. Aussi, plutôt que de postuler le principe de l'incessibilité du droit de vote, il faudrait plutôt partir du constat qu'*aucun texte n'interdit la cession du droit de vote*. Il peut donc être cédé. La nature contractuelle du droit

---

de l'associé ?, *JCP éd. E.* 1996 I n° 575 ; HOVASSE, La protection des associés sans droit de vote lors des opérations de restructuration des sociétés, *RID écon.* 1990 p. 319 ; du PONTAVICE, Exposé introductif, *RJ com.* nov. 1990, n° spécial, Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, p. 9 ; BAJ, La cessibilité du droit de vote, *Cah. Dr. Entr.* 4/1996 p. 16 ; et surtout SCHMIDT, Rapport de synthèse, *Cah. Dr. Entr.* 4/1996 p. 25 ; La finalité du pouvoir dans les sociétés cotées, *Les Echos* 31 janv. 1996 ; COURET, Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue, *BJS* 2015, p. 153.

individuel d'associé autorise la cession d'un élément constitutif de ce droit. Puisque ce droit est un droit propre à l'associé, rien ne lui interdit non plus d'en disposer comme bon lui semble.

**[246] Décision de l'assemblée.** — Afin qu'une décision soit valablement adoptée, des conditions de quorum et de majorité devront être réunies. La loi prévoit des règles minimales que les statuts peuvent adopter, mais uniquement en prévoyant des règles de quorum et de majorité plus élevées.

La question de la majorité doit être distinguée de celle du *quorum*. Le quorum est une condition additionnelle exigée pour la tenue de certaines assemblées seulement et visant à garantir que la décision prise par l'assemblée obtienne l'adhésion d'une fraction suffisante de l'ensemble des actionnaires. L'exigence du quorum permet de pallier les défauts résultant de l'absence d'un grand nombre d'actionnaires aux assemblées, ce qui a parfois pour conséquence que des décisions prises à une forte majorité des présents ne représentent en fait qu'une faible minorité de l'ensemble des actionnaires de la société. On pourrait certes dire que les absents ont tort et qu'ils n'avaient qu'à aller à l'assemblée ou s'y faire représenter. C'est sans doute exact, mais la loi a préféré intervenir en imposant pour certaines délibérations un quorum minimum. Le quorum est la *fraction des actions émises qui doivent être présentes ou représentées à l'assemblée* pour qu'une décision soit régulièrement prise. Si le quorum n'est pas atteint, la délibération ne peut pas avoir lieu et l'on ne peut procéder au vote, quand même l'unanimité des présents serait d'accord sur la mesure à prendre. Le renforcement des conditions de quorum augmentant les garanties pour les actionnaires pour que la décision prise en assemblée obtienne l'adhésion d'une large fraction des actionnaires, rien ne s'oppose à un renforcement statutaire des règles de quorum (l'inverse ne serait en revanche pas possible). Le « quorum » est donc le nombre minimum de voix présentes ou représentées fixé par la loi ou par les statuts pour que les associés d'une société puissent valablement délibérer. Le quorum est différent selon la

nature des questions sur lesquelles les associés doivent débattre : en règle générale, il n'y a pas de quorum pour les assemblées ordinaires, l'assemblée étant toujours réputée en nombre pour délibérer, contrairement aux assemblées extraordinaires où il faut un quorum. Il appartient au bureau de séance désigné de s'assurer que l'assemblée d'associés peut régulièrement se tenir, et notamment que le quorum éventuellement prévu par la loi ou les statuts est réuni. Visant à garantir une certaine représentativité des associés dans le processus décisionnel, le quorum doit être respecté non seulement au début de l'assemblée, mais également pendant toute sa durée. Lorsque le quorum n'est pas atteint, l'assemblée ne peut pas procéder au vote.

Il faut se garder de confondre le « quorum » avec la « majorité ». Une fois réunie la fraction de capital nécessaire à la tenue de l'assemblée (le « quorum »), la majorité est le nombre de voix minimum qu'une proposition de vote doit rassembler pour être considérée comme adoptée. La majorité se calcule différemment selon les sociétés : par tête dans les sociétés à risque illimité ; en capital dans les sociétés à risque limité. Selon le type de société et la nature de la décision à prendre, la majorité requise peut être :

- *simple* ou relative, ce qui sera le cas si la décision est adoptée, lorsque les votes favorables l'emportent sur les votes défavorables, quel que soit le nombre de voix émis ;
- *absolue*, si la proposition doit obtenir au moins la moitié des voix présentes plus une ;
- *qualifiée*, si elle requiert, par exemple, les deux tiers ou les trois quarts des votes émis. Elle n'est généralement retenue que pour les assemblées générales extraordinaires décidant de la modification des statuts ou de la dissolution de l'association ;
- *l'unanimité*, ce qui exige l'accord de tous les associés et crée donc l'équivalent d'un droit de veto au profit de n'importe quel associé. L'unanimité n'est requise que si l'on touche aux droits propres des associés.

La règle majoritaire est la transposition, sur le plan

des groupements d'affaires, de celle existant dans le domaine politique, les *démocraties* fonctionnant d'après ce modèle. Celui qui détient la majorité au sein d'un organe décisionnel détient normalement le pouvoir, car il sait imposer ses décisions à la minorité<sup>1</sup>. Ainsi que l'a relevé CARBONNIER, la *loi de la majorité* est un « procédé qui tend à favoriser l'action ». La loi de la majorité est garante d'efficacité, en évitant les blocages dans la vie sociale. Aussi le législateur a-t-il retenu ce modèle dans les sociétés à risque limité, où les besoins d'efficacité sont les plus grands. Il en va différemment, cependant, des sociétés à risque illimité : le principe de majorité n'y est pas applicable, sauf disposition contraire des statuts, de sorte que les décisions s'y prennent en principe à l'*unanimité*.

En droit contractuel, on ne sait pas, en principe, modifier un contrat sans l'accord des deux parties. Et lorsque, comme en matière sociétaire, l'accord est multipartite, il faudra l'accord de tout le monde. La règle de l'unanimité est donc le principe de droit commun appliqué au contrat de société. Cette règle remonte à l'époque romaine où la société commerciale fonctionnait sur le principe unanime. Il en était de même au Moyen-Âge, à travers l'institution de la « communauté taisible ». La communauté taisible est la communauté familiale qui se forme tacitement par la poursuite de la vie en commun entre descendants après le décès du chef de famille. Pour le droit canonique, l'unanimité constituait un idéal, notamment en matière électorale. La règle de l'unanimité n'est pas non plus inconnue dans les autres systèmes juridiques, car le droit hébraïque la connaît à travers l'institution du Sanhédrin<sup>2</sup>. Si la règle de l'unanimité a été sacrifiée en droit des sociétés, c'est principalement pour « la nécessité de faire vivre, au prix des modifications nécessaires, l'être qui a été créé »<sup>3</sup>. Il s'agit d'un mode pacifique de résolution du conflit où la minorité doit s'incliner devant le vote majoritaire, afin de permettre à la société de continuer à se développer, en s'adaptant tel que

<sup>1</sup> FINDLING/RONZEL, L'actionnaire majoritaire de la société anonyme : un pouvoir sans limites ? *JTLux*. 2016, p. 38.

<sup>2</sup> Sur tous ces points, RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1994, n° 40 et s.

<sup>3</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, reprint 1992, n° 40, p. 95.

nécessaire<sup>1</sup>.

D'autres justifications ont été avancées au fil du temps, mais elles présentent toutes certaines faiblesses. On a avancé que tous les associés auraient accepté par avance la loi du groupe dans une société. Mais l'idée de s'incliner par avance devant une volonté inconnue paraît assez irréaliste. Il en est de même de la fiction consistant à considérer que l'assemblée représentant les associés, elle aurait tout pouvoir pour prendre des engagements même contre la volonté ponctuelle des associés. Mais l'on ne voit pas comment un représentant pourrait prendre une attitude contraire à la volonté explicite du représenté. La présomption d'expression de l'intérêt général du vote majoritaire est également parfois avancée, mais elle bute sans doute sur le caractère fictif du postulat. En définitive, le souci d'efficacité constitue le seul argument, quoique suffisant, en faveur du vote majoritaire : dans un groupement composé d'un grand nombre de sujets, il faut instaurer une certaine discipline en termes de processus décisionnel, afin de permettre au groupement de se développer convenablement.

### 3. LES LIMITES À L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE : LE VOTE NE PEUT ÊTRE « ABUSIF »

[247] **Présentation.** — La société est constituée dans l'intérêt des associés, ces derniers étant eux-mêmes liés par une communauté d'intérêt (a). Cet intérêt commun doit également être respecté par les associés au moment du vote en assemblée. C'est ainsi que la majorité ne doit pas abuser de son pouvoir au détriment de la minorité (b) ; mais la situation inverse, où la minorité agit au détriment de la majorité, quoique plus rare en pratique, est également concevable (c).

#### a) LA SOCIÉTÉ EST CONSTITUÉE « DANS UN BUT COMMUN »

[248] **Devoir de loyauté**<sup>2</sup>. — De source jurispruden-

tielle, le devoir de loyauté est généralement abordé sous l'angle des obligations imposées au dirigeant envers la société comme les associés (v. n° [366]). Mais le devoir de loyauté, encore appelé principe d'exécution de bonne foi des conventions, s'impose également aux associés, en matière de contrat de société, comme en droit des obligations en général. Cette obligation de loyauté existe tant vis-à-vis de la société que des associés.

*L'associé doit rester loyal vis-à-vis de la société.* Cette obligation est avant tout une obligation extrapatrimoniale à charge de l'associé. Mais elle a aussi des prolongements sur le terrain patrimonial : un associé ne saurait nuire à la société dont il fait partie. Est-ce à dire qu'il ne peut pas lui faire concurrence ? La question a prêté à controverse. Il est indiscutable qu'il faut répondre par l'affirmative, lorsque l'associé fait un apport en industrie là où cet apport est possible. Il en est de même si l'associé a fait un apport en nature du fonds de commerce exploité par la société, ou s'il participe lui-même à la vie sociale. L'apporteur d'un fonds de commerce étant assimilé au vendeur d'un fonds, il doit ainsi une obligation de garantie comme tout autre vendeur, ce qui interdit tout acte de concurrence. Dans les autres cas, il n'existe aucune *obligation de non-concurrence* : la simple qualité d'associé n'interdit point l'exercice d'une activité concurrente de celle de la société<sup>3</sup>. L'obligation de non-concurrence ne pourra résulter que d'une *clause statutaire*. Si elle est insérée dans les statuts au cours de la vie sociale, elle requiert l'unanimité des associés, car elle équivaut à une augmentation des engagements des associés. Lorsqu'elle est valable, la clause de non-concurrence n'en reste pas moins limitée dans ses effets : le principe de proportionnalité empêche que la société puisse interdire toute activité généralement quelconque partout dans le monde et pour toujours ; le principe de la liberté du travail et de l'industrie restreint la portée de

<sup>1</sup> RIPERT, La loi de la majorité dans le droit privé, in : *Mélanges Sugiyama*, Paris, 1940, p. 351.

<sup>2</sup> KEUTGEN/DE CORDT, La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés, in : *Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, 1997, p. 191 ; LE NABASQUE, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999, p. 282 ; NURIT-PONTIER, La loyauté en droit des sociétés, *Dossier Actes pratiques & ingénierie financière*, 2011, p. 6.

<sup>3</sup> SAINTOURENS, La liberté pour l'associé de concurrencer la société, *Rev. sociétés* 2015, p. 585.

la clause de non-concurrence dans le temps et dans l'espace, et dans la mesure seulement où l'activité projetée par l'associé est susceptible de faire concurrence à l'activité sociale. La clause de non-concurrence ne saurait avoir pour effet d'empêcher le débiteur de continuer à exercer sa profession.

*L'associé doit également rester loyal vis-à-vis des autres associés.* Cette obligation, qui n'est pas spécifique au contrat de sociétés, résulte du fait qu'en droit contractuel général, et donc également en droit des sociétés, le Code civil disposant que : « *Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi* ». Il s'agit du principe de respect de la parole donnée. Une fois engagées dans une relation contractuelle, les parties doivent exécuter ce contrat de bonne foi. Les parties ont ainsi un devoir de loyauté, voire même une obligation de collaboration ou de coopération, pour parvenir au but qu'elles poursuivent. Plusieurs éléments composent la bonne foi. En premier lieu, l'obligation de bonne foi couvre l'obligation de loyauté. Elle s'impose à tout débiteur et créancier. Il s'agira pour le débiteur d'exécuter le contrat conformément à son engagement et à la probité. De son côté, le créancier devra s'abstenir d'avoir un comportement qui rendrait difficile l'exécution de la prestation. D'autre part, la bonne foi dans l'exécution d'un contrat implique aussi qu'une partie ne doit pas invoquer abusivement une clause du contrat. Une partie ne peut pas non plus déjouer les attentes légitimes de son contractant, par un changement brutal de comportement (par exemple faire fonctionner le contrat d'une manière différente de celle qui avait été prévue à l'origine, puis par la suite, demander une application littérale). La bonne foi sous-entend également une obligation de coopération. Cela signifie que chaque partie agit au mieux des intérêts de l'autre.

C'est ce deuxième aspect qui intéressera le droit de vote des associés en assemblée. Le contrat de société étant un « contrat organisation » dans lequel les associés espèrent gagner ensemble, tout en acceptant également de perdre ensemble le cas échéant, les intérêts des associés sont en principe structurellement convergents (v. n° [131]). Aussi, les associés ont un intérêt

commun à ce que la société fonctionne convenablement, à ce que les résolutions nécessaires à cette fin soient adoptées en assemblée, dans la mesure où elles relèvent de sa compétence. Il en résulte une forme de *solidarisme contractuel* où chaque associé, tout en poursuivant son intérêt propre, ne peut pas faire complètement abstraction des intérêts légitimes de ses autres associés. Pour renvoyer à l'heureuse formule du Pr Germain : l'assemblée est le forum par excellence où règne la règle de « l'intérêt de chacun poursuivi par tous »<sup>1</sup>.

**[249] Concrétisation du devoir de loyauté sur le plan du droit de vote.** — L'associé, en votant à l'assemblée, ne peut pas totalement faire abstraction de ce devoir de loyauté. Certes, il vote d'abord dans son intérêt personnel ; mais il ne peut pas faire abstraction non plus des intérêts légitimes de ses autres associés. Il s'ensuit que le droit de vote doit être analysé sous un double angle : tout d'abord, comme « droit-prérogative », c.-à-d. en tant qu'instrument de défense des intérêts patrimoniaux de l'actionnaire ou associé<sup>2</sup> ; mais également en tant que « droit-fonction » au service de la société<sup>3</sup>.

Dans la conception « *droit-fonction* », basée sur l'enseignement du doyen JOSSERAND, le droit est analysé comme une véritable fonction, en quelque sorte une charge, devant être exercée conformément à sa finalité sociale. Dans l'optique droit-fonction, le droit de vote individuel est exercé dans l'intérêt exclusif de l'ensemble des associés, et non dans l'intérêt égoïste de l'associé. L'analogie avec la démocratie politique est certaine, le citoyen ayant l'honorable charge de déposer sa voix aux urnes. En conséquence, le droit de vote devrait être obligatoire et se faire par tête, et non pas en fonction du capital détenu (comme dans certaines

<sup>1</sup> GERMAIN, L'intérêt commun des actionnaires, Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?, *JCP E* 1996, suppl. n° 4, p. 13, spéc. p. 13.

<sup>2</sup> COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1947, n° 56.

<sup>3</sup> DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 224.

sociétés), car ceux qui ont investi plus ne sont pas nécessairement plus sages que les autres.

Dans la conception de « *droit-prérogative* », c'est le droit subjectif, propre à l'associé, qui prévaut<sup>1</sup>. L'associé exerce son droit de vote avant tout dans son intérêt propre ; il s'agit d'un droit individuel destiné à garantir ses droits financiers dans la société. Plus il aura investi dans la société, plus il pourra perdre, ce qui justifie qu'un droit de vote plus important soit accordé aux associés détenant une fraction importante du capital. Et comme il s'agit d'un droit de protection de l'associé, celui-ci pourra y renoncer, en s'abstenant de voter si cela lui plaît. L'idée du législateur en matière de droit de vote est proche de la « main invisible » d'Adam Smith : tout comme les entreprises dans un système d'économie libérale, en recherchant leur intérêt personnel, servent l'intérêt général, le fait qu'un associé poursuive son intérêt personnel au moment du vote permet de présumer qu'il contribuera à œuvrer dans l'intérêt social. Ce « pouvoir » de l'associé se caractérise notamment par la liberté propre aux « droits-prérogatives » : liberté de voter comme bon lui semble, liberté de ne pas participer au vote.

La conception « droit-prérogative » est celle qui a cours au Luxembourg. Du coup, on peut se demander si cette conception est conciliable avec les sanctions d'*abus de majorité et de minorité*. On pourrait penser que non : si le législateur accorde à un associé le droit de voter dans son intérêt particulier, on voit difficilement comment l'exercice de ce droit pourrait dégénérer en abus. Mais cela n'est vrai que si l'on raisonne par rapport à l'associé *in concreto*. La difficulté s'estompe si l'on analyse l'exercice du droit de vote par rapport à l'associé-type : s'il est fait abstraction de l'intérêt propre de l'associé, afin de ne retenir que son intérêt apprécié de manière objective, cet intérêt consistera clairement à voir son investissement porter autant de fruits que possible. Les votes émis seront abusifs ou

non selon qu'ils sont ou non contraires à cet intérêt de l'associé, apprécié de manière abstraite.

## b) L'ABUS DE MAJORITÉ<sup>2</sup>

**[250] Critères de l'abus de majorité.** — Évidemment, face à la majorité, il y a une minorité qui doit se soumettre aux décisions prises par la majorité en assemblée. Cependant, les abus sont la tendance naturelle<sup>3</sup> de ceux qui ont le pouvoir de décision, de sorte qu'il fallait mettre en place des contre-pouvoirs et des techniques de contrôle. Si la loi de la majorité est respectable, lorsqu'elle exprime la volonté sociale, la minorité des actionnaires devant alors s'incliner pour des raisons de satisfaction des intérêts de la collectivité des associés, elle l'est beaucoup moins lorsqu'elle ne sert pas l'intérêt de tous mais uniquement l'intérêt de certains, même s'il s'agit du groupe le plus important. La protection des actionnaires minoritaires se fait au moyen de la notion d'abus de majorité, qui constitue une application de la théorie générale de l'abus de droit. Tout comme l'abus de droit, l'abus de majorité est une création purement jurisprudentielle. Il y aura abus, et donc vote déloyal, si les associés majoritaires usent des droits dont ils sont titulaires *au détriment*

<sup>1</sup> V. en ce sens également : LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris, 2002.

<sup>2</sup> BOUSQUET, L'abus de majorité, *RS* 1976, p. 479 ; COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th., Louvain, 1947 ; DURO/GOEBEL, Quelques aspects de l'abus de majorité en droit luxembourgeois des sociétés, *Re-pères, bulletin économique et financier, BIL* II/1996, n° 45, p. 7 ; SCHAEFFER, Les minorités dans les sociétés de capitaux luxembourgeois, in : *Feuilles de liaison de la Conférence St-Yves* n° 47-50 ; ELVINGER, Les minorités en droit des affaires, Rapport luxembourgeois, *Les annales de droit luxembourgeois* 2005, p. 197 ; CAPRASSE/AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, 2010, p. 189 ; HERMELINSKI, Sanctions de l'abus de majorité et minorité en droit luxembourgeois, *ACE* 2013/7, p. 10.

<sup>3</sup> « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ». Cette formule de Montesquieu, tirée de « De l'esprit des lois », revêt une acuité toute particulière en droit des sociétés.

*d'autrui*. La théorie de l'abus de majorité tente ainsi de trouver un équilibre entre l'aspect personnel, égoïste, du droit de vote et son aspect fonctionnel mû par l'intérêt social : le principe reste celui du droit de voter de manière égoïste, et ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le vote ainsi pris pourra être mis en cause<sup>1</sup>. Ainsi compris, l'abus de majorité résultera de la combinaison de deux éléments<sup>2</sup>:

- la résolution sociale a été prise contrairement à l'intérêt général de la société ;
- la résolution a été adoptée dans l'unique but de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires.

L'exigence de la *résolution sociale prise contrairement à l'intérêt général de la société* constitue l'élément objectif de l'abus de majorité. Il trouve sa base dans l'obligation de loyauté des associés et actionnaires devant œuvrer dans un but commun<sup>3</sup>. C'est ainsi que la décision de dissolution anticipée d'une société par la majorité est objectivement contraire à l'intérêt social si la société était en plein essor et que ses résultats étaient bons. Ce critère ne suffira cependant pas.

La résolution doit également avoir été *adoptée dans l'unique but de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires*. C'est l'élément subjectif de la définition de l'abus de majorité, renvoyant aux mobiles personnels de la majorité. Les intérêts des associés n'étant, de par leur nature, pas tous les mêmes, ni même concordants, l'abus de majorité doit être réservé aux cas d'abus manifestes et non

pas devenir le terrain d'affrontement des intérêts opposés des associés. Le jeu normal de la vie sociétariaire fait que des conflits et oppositions de points de vue naissent tôt ou tard entre les associés. De ce fait, l'abus de majorité n'existera que s'il y a eu atteinte à l'intérêt général de la société dans l'unique but de favoriser les associés majoritaires<sup>4</sup>. Il ne suffit donc pas de vérifier que les associés majoritaires aient consciemment et intentionnellement nui aux associés minoritaires, mais il faudra en outre que tel ait été leur dessein unique<sup>5</sup>.

Bien que cette définition soit quelque peu circulaire (une décision qui est contraire à l'intérêt général compris comme l'intérêt de tous les associés est nécessairement contraire à l'intérêt des minoritaires), elle permet de souligner qu'il faut la mauvaise foi de la part du groupe majoritaire. Le vote majoritaire ne devient abusif que parce que la majorité essaie de nuire aux droits légaux ou statutaires des minoritaires ; qu'elle entend les évincer de la société ; ou encore qu'elle ait un effet spoliateur pour les minoritaires, dans l'ordre interne, ou dans l'ordre externe, p.ex. en favorisant une autre société détenue par l'associé majoritaire.

Si la doctrine cite souvent la *mise en réserve systématique* comme étant l'exemple d'un abus de majorité, il n'est cependant pas évident de conclure à l'existence d'un abus lorsque l'assemblée met en réserve les bénéfices sociaux durant plusieurs exercices sociaux<sup>6</sup>. La mise en réserve profite en effet à la société

<sup>1</sup> Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627 (« un caractère exceptionnel »).

<sup>2</sup> Lux. 13 octobre 1989, n° 319/89 ; Lux. 5 déc. 1997, n° 46 403 ; Cour 10 févr. 1999, n° 19 248 ; Lux. 16 mai 2013, n° 137 017 ; Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627.

<sup>3</sup> SAERENS, L'abus (en droit des sociétés), mais dans quel but ?, in : MALHERBE (Éd.), *Droit des affaires et sociétés*, Bruxelles, 2013, p. 21 ; NABASQUE, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999, p. 273 ; GODON, *Bulletin Joly Sociétés* n° 11, 2002, p. 1197, note sous Cour de cassation française, 18 juin 2002.

<sup>4</sup> Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627. En ce sens SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, 2004, n° 318 et s. Pour D. SCHMIDT, l'abus de majorité existerait dès que la décision majoritaire est telle qu'elle profite en fait aux seuls associés majoritaires. Le critère de l'intérêt social n'aurait pas lieu à être analysé.

<sup>5</sup> Plus réservé quant à l'exigence de l'élément intentionnel : COPPENS, Du caractère intentionnel de l'abus de majorité, *RPS* 1955, n° 4517, p. 292. Pour Pierre COPPENS, l'élément intentionnel compris comme intention de nuire n'est pas requis. Mais il faut une « délibération égoïste insoucieuse des droits des coactionnaires ».

<sup>6</sup> En ce sens déjà : SCHMIDT, note sous Cass. Fr. (com.) 22 avr. 1976, *RS* 1976, p. 483 ; v. également SCHLUMBERGER, L'abus de majorité lié à l'absence de distribution de bénéfices, *Rev. sociétés* 2016, p. 526.

et donc indirectement également à tous les associés. Par ailleurs, le droit luxembourgeois connaît les SICAV capitalisantes ayant pour caractéristique une décision par avance, dans les statuts, de la mise en réserve automatique des bénéfices sociaux. La mise en réserve systématique des bénéfices sociaux (le « syndrome de l'écureuil ») n'est, par elle-même, jamais abusive, puisque les majoritaires ne touchent pas non plus de revenus. Un élément critiquable doit s'ajouter à la mise en réserve systématique. Tel pourrait par exemple être le cas si les bénéfices réinvestis servaient à acquérir des entreprises favorisant directement ou indirectement les associés majoritaires. Une autre possibilité serait que les majoritaires participent sous une forme ou une autre au résultat de la gestion sociale (salaires, loyers, etc.), de sorte que la politique de mise en réserve systématique vise principalement à encourager le départ des associés minoritaires. L'abus pourrait également consister dans le fait à exercer une pression sur les minoritaires pour vendre à vil prix aux associés leurs droits sociaux, les minoritaires étant découragés que leurs apports soient restés improductifs trop longtemps.

La réduction de capital motivée par des pertes, suivie d'une augmentation de capital (le « coup d'accordéon », v. n° [302]), peut constituer un abus de majorité, si la finalité réelle du coup d'accordéon est d'éliminer des actionnaires minoritaires, dont on sait qu'ils n'ont pas les moyens financiers d'injecter des capitaux additionnels<sup>1</sup>.

Une *dissolution anticipée de la société* qui viserait à permettre à l'actionnaire majoritaire de récupérer l'activité sociale dans sa propre société constituerait par contre un abus de majorité, tout comme la vente en dessous de la valeur de marché d'un actif à une société détenue par les majoritaires. En sens inverse, la cession par une société de la totalité de ses actifs à des tiers ne constitue pas un abus de majorité, si cette cession s'expliquait en raison des difficultés financières de la société.

**[251] Sanction de l'abus de majorité.** — La sanction de l'abus de majorité consiste soit en la condamnation des majoritaires à des indemnités conformément au droit commun de la responsabilité, soit en l'annulation de la délibération votée<sup>2</sup>, soit encore, quoique plus

exceptionnellement, en la désignation d'un administrateur judiciaire provisoire<sup>3</sup>. Le cumul des deux sanctions classiques, l'annulation et l'indemnisation, peut d'ailleurs constituer le mode adapté de réparation intégrale du préjudice subi par les minoritaires.

L'action en nullité peut être engagée par tout associé, y compris ceux ayant voté en faveur de la décision litigieuse, ou par la société elle-même au travers de son représentant légal. Si le juge accueille l'action, la décision abusive est annulée rétroactivement, de sorte que, par exemple, la distribution des sommes qui ont été abusivement affectées en réserve par les associés majoritaires peut être ordonnée.

L'abus ayant été commis par les majoritaires et non pas par la société, les débiteurs de l'indemnité sont les premiers et non pas la seconde (autrement les minoritaires subiraient eux-mêmes une partie de l'indemnité). Selon que le dommage est subi par les minoritaires ou la société, le bénéficiaire de l'indemnité sera le cercle des associés minoritaires ou la société, le principe restant que seul celui ayant subi le dommage peut recueillir l'indemnité.

**[252] Droits des actionnaires minoritaires.** — De façon générale, si les associés minoritaires doivent se plier, en principe, aux règles de la majorité, il existe cependant un certain nombre de dispositions légales visant à protéger la fraction minoritaire dans le capital social d'une société (rép. min. du 11.1.1995 au député Grethen) :

- c'est ainsi que dans les sociétés anonymes une assemblée générale des actionnaires doit être convoquée à la demande d'actionnaires représentant 10% au moins du capital social (art. 70 al. 2 L1915). Dans le même sens, l'organe de gestion est

<sup>1</sup> En ce sens la jurisprudence française : v. BRIGNON, Coup d'accordéon annulé : l'opération était-elle frauduleuse ?, *BJS* 2014, p. 325 ; MONNET/HOVASSE, Abus de majorité et réduction de capital motivée par des pertes, *Droit des sociétés*, mai 2006, p. 25.

<sup>2</sup> C'est la sanction normale : ELVINGER, Les minorités en droit des affaires, *Ann. Dr.Lux.* n° 15, 2005, p. 197 (p. 204).

<sup>3</sup> Lux. 13 octobre 1989, n° 319/89 ; CAPRASSE/AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, 2010, p. 239. L'administrateur judiciaire provisoire aura pour mission de voter au nom des minoritaires dans le sens de l'intérêt social, mais sans porter atteinte aux droits légitimes des minoritaires.



obligé de proroger l'assemblée des actionnaires à la demande d'actionnaires représentant 10% au moins du capital social ;

- les actionnaires ou associés représentant 20% au moins du capital social peuvent requérir du tribunal de commerce la nomination d'un ou de plusieurs commissaires afin de faire vérifier les livres et comptes de la société (art. 154 L1915) ;
- l'augmentation des engagements des associés ne peut être réalisée sans l'accord de chacun des associés concernés (v. n° [306]), donc également avec l'accord des minoritaires ;
- enfin, des protections spéciales sont prévues par la loi en matière de fusions et de scissions de sociétés anonymes. Tantôt il s'agit d'un droit de convocation spécial d'assemblées à la demande d'actionnaires possédant 5% au moins du capital social de la société absorbante (art. 264 (c) ; 279 (1) (c) ; 292 (c) ; 306 (c)). Tantôt encore il s'agit d'un droit de retrait au profit des actionnaires de la société absorbée de faire acquérir leurs actions par la société absorbante (art. 282 (a) L1915).

c) L'ABUS DE MINORITÉ<sup>1</sup>

**[253] Critères de l'abus de minorité.** — L'idée que la minorité puisse abuser de ses pouvoirs est plus récente, la minorité n'étant justement pas en mesure d'imposer ses vues à la majorité. L'abus de minorité ne se conçoit dès lors que dans les circonstances où un ou plusieurs associés disposent d'une *minorité de blocage* empêchant que la résolution projetée puisse être adoptée. La

minorité peut engager sa responsabilité civile en empêchant par son comportement le vote d'une délibération sociale régulière. L'abus pourra résulter du fait que la minorité ne participe pas à l'assemblée, là où un quorum est nécessaire pour la validité de la décision ; alternativement, la minorité ne vote pas les résolutions exigeant une majorité renforcée. Ainsi compris, l'abus de minorité permet de protéger les majoritaires des minoritaires qui bloquent certaines décisions sociales vitales pour la société. L'abus de minorité se rencontre donc uniquement en matière de décisions prises en assemblée extraordinaire, là où intervient le concept de « *minorité de blocage* ». L'*abus d'égalité* est une variante de l'abus de minorité ; il aboutit à la même conséquence et suit donc le régime de l'abus de minorité, dans la mesure où, dans les deux cas, l'associé qui fait obstruction empêche la prise de décision.

Pour permettre aux autres associés de passer outre l'obstruction des minoritaires, la jurisprudence recourt à la conception civiliste de l'abus de droit, en créant l'abus de minorité. L'abus de minorité se définit symétriquement par rapport à l'abus de majorité ; il se caractérise par la réunion cumulative de deux conditions :

- d'une part, la *décision adoptée doit être contraire à l'intérêt social* ;
- d'autre part, elle doit avoir été prise *dans l'unique dessein de favoriser les minoritaires au détriment de l'ensemble des autres associés*.

**[254] Une mesure à périmètre d'application réduit.** — Par définition, les minoritaires ont un pouvoir plus restreint que les majoritaires et sont donc en principe moins susceptibles de commettre un abus en assemblée. Être un associé minoritaire n'implique aucunement qu'il faille sacrifier ses intérêts personnels au profit de ceux de l'associé majoritaire, ce qui autorise par principe l'associé minoritaire de voter contre des résolutions proposées par l'associé majoritaire. Si cela permet de bloquer la prise de résolution, l'associé majoritaire devra l'accepter. Les minoritaires ont ainsi le droit de ne pas partager les points de vue des majori-

<sup>1</sup> ARENDT, La protection des minorités dans les sociétés anonymes en droit luxembourgeois, in : *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, 1965, p. 127 ; BOIZARD, L'abus de minorité, *RS* 1988, p. 365 ; LE CANNU, L'abus de minorité, *Bull. Joly* 1986, p. 429 ; Cass. (com.) Paris 15 juill. 1992, *RS* 1992, p. 400, note MERLE ; SIMONT, Réflexions sur l'abus de minorité, in : *Mélanges Ronse*, Bruxelles, 1986, p. 307 ; HERMELINSKI, Sanctions de l'abus de majorité et minorité en droit luxembourgeois, *ACE* 2013/7, p. 10.

taires, et de défendre égoïstement leurs intérêts légitimes.

Mais la situation ne sera pas la même, si la minorité refuse systématiquement, sans raison avouable, toutes les résolutions présentées par les majoritaires et s'installe dans une opposition purement négative (la « *résistance abusive* »)<sup>1</sup>, en faisant étalage d'un excès d'égoïsme. Il existe donc une différence entre le droit de vote « contre », qui, à l'évidence, est légitime, et l'opposition abusive illicite. L'abus de minorité résulte donc du blocage d'une décision qui perpétue le « statu quo » entre les deux groupes d'associés, ce blocage puisant sa source dans la poursuite, par les minoritaires, d'un *but personnel directement contraire aux intérêts de la société* ; le contexte est souvent une mauvaise querelle visant uniquement à nuire au groupe majoritaire aux dépens flagrants de l'intérêt social.

Dispositif exceptionnel ne devant jouer que dans des hypothèses limitées, l'abus de minorité reçoit une interprétation restrictive. Aussi, il ne suffit pas, pour invoquer l'abus de minorité, que la décision souhaitée par les majoritaires soit seulement opportune pour la société ; elle doit être, si ce n'est nécessaire à sa survie, du moins *indispensable pour la poursuite de ses activités*. Il ne peut être question d'abus de minorité, si les minoritaires ont simplement une autre vue que les majoritaires de l'intérêt social.

Il en est parfois ainsi lorsque les minoritaires refusent de voter une *augmentation de capital* nécessaire à la survie de la société, une *transformation de la société* afin de l'adapter aux besoins changeants de son activité économique ou encore une *prorogation du terme sociétaire*. Le vote contre ces projets de résolution est aisé à comprendre comme étant contraire à l'intérêt social. Mais cela ne suffit pas : il faut que le minoritaire recherche encore un avantage personnel au détriment de la majorité. Cet avantage personnel pourrait consister, par exemple, dans le désir de récupérer à son profit les activités de la société prématurément dissoute. On le voit donc : il n'existe pas

une séparation nette entre les deux composantes de l'abus de minorité qui sont moins étanches en pratique qu'elles ne paraissent a priori : si un associé minoritaire est en principe libre d'opposer son veto à une augmentation de capital, lorsque celle-ci est seulement souhaitable, il en va différemment lorsque la survie de la société est en jeu.

Cette exigence se comprend d'autant mieux que l'abus de minorité présente des difficultés inconnues à l'abus de majorité. Dans l'abus de majorité, une décision a été adoptée que les minoritaires contestent. Le juge amené à trancher se posera rétrospectivement la question de savoir si l'associé majoritaire a tiré un avantage personnel dans la résolution au détriment du minoritaire. Cela n'est pas nécessairement facile mais reste du domaine du possible. Confronté à une situation possible d'abus de minorité, le juge devra se projeter dans le futur, ce qui est beaucoup plus difficile. Il *devra mettre en balance* l'atteinte à l'intérêt social que le vote négatif a pu réaliser et la conformité à cet intérêt du projet repoussé. Cet intérêt social, dans une approche prospective, peut être la survie de la société, mais également sa croissance et sa prospérité. Mais ce serait sans doute trop demander au tribunal que d'analyser la résolution rejetée sous l'angle des perspectives de développement de la société. Autrement, tout refus de voter une augmentation de capital pourrait être un abus de minorité, car le renforcement des capitaux propres de la société en résultant lui permet de mieux prospérer dans le futur. Afin de rendre la théorie opérationnelle, il faut donc se résoudre à limiter l'abus de minorité aux hypothèses où le refus de voter le projet de résolution *met gravement en péril* l'existence même de la société.

**[255] Sanction de l'abus de minorité.** — Lorsque l'abus de minorité est retenu, sa sanction prendra normalement la forme d'une condamnation à des *indemnités*<sup>2</sup>. Cette obligation se fonde sur l'article 1142 C.civ. et les sanctions en matière d'obligations de faire. Ceci distingue, sur le plan des sanctions, l'abus de

<sup>1</sup> Sur la délicate distinction entre la légitime sauvegarde des intérêts personnels et l'égoïsme constitutif d'un abus de minorité : COURET, Abus de minorité, *RS* mars 2013, p. 150.

<sup>2</sup> ELVINGER, Les minorités en droit des affaires, *Ann. Dr.Lux.* n° 15, 2005, p. 197 (p. 209).

minorité et l'abus de majorité : contrairement à ce qui se passe dans l'hypothèse de l'abus de majorité, l'abus de minorité ne peut entraîner la nullité de la délibération, puisque dans l'hypothèse, aucune décision positive n'a pu être prise.

Mais cette réparation ne permet pas de neutraliser les minoritaires, qui pourront persévérer dans leur refus de vote et continuer ainsi à bloquer la vie sociale. Une réparation en nature, sous la forme d'une exécution judiciaire de la résolution abusivement refusée par les minoritaires (la théorie du « *jugement valant acte ou vote* »)<sup>1</sup> n'est guère compatible avec le droit des sociétés luxembourgeois, car cela amènerait le juge à se substituer à certains associés en assemblée. Seuls les associés votent, le juge ne vote pas et ne peut donc dicter non plus le vote des associés. Il ne saurait donc se substituer aux organes sociaux légalement compétents en réputant adoptée, par la voie judiciaire, une décision à laquelle les minoritaires se sont opposés (v. également n° [475]).

En revanche, il devrait être possible pour les juges de désigner un *mandataire de justice* aux fins de représenter les minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom, afin d'adopter des décisions qui sont conformes à l'intérêt social, sans porter atteinte pour autant aux intérêts légitimes des minoritaires. Le mandataire gardant son libre arbitre, il n'est pas acquis que, une fois nommé, il vote effectivement dans le sens souhaité par la majorité. Cette situation pourra survenir si le mandataire de justice aboutit à la conclusion que les minorités avaient raison de voter contre la résolution.

Le juge pourra sans doute également *neutraliser les droits sociaux des minoritaires* en renvoyant le projet bloqué devant l'assemblée générale composée uniquement des majoritaires<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Paris, 25 mai 1993, *D.* 1993, p. 541, note COURET ; en détail : MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th., Paris, 2004.

<sup>2</sup> Cass. com. Paris 15 juill. 1992, *JCP éd. E* n° 49, p. 375,

### C. LES NULLITÉS DES ASSEMBLÉES<sup>3</sup>

Les décisions adoptées en assemblée peuvent être irrégulières pour différentes causes (1). Les résolutions irrégulières pourront faire l'objet d'une annulation judiciaire (2).

#### 1. LES CAUSES DE NULLITÉ

**[256]Présentation<sup>4</sup>.** — Jusqu'à la loi de 2016 introduisant l'article 12 septies à la loi de 1915, il n'existait aucun texte permettant de déterminer les différents cas de nullité des assemblées. La jurisprudence combla cette lacune en retenant qu'en cas de violation des formalités substantielles ou de règles impératives, la nullité était sans condition<sup>5</sup>, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger si l'irrégularité avait pu raisonnablement influencer la décision prise lors de l'assemblée. Dans les autres cas, les irrégularités affectant la convocation et la tenue d'une assemblée générale n'étaient sanctionnées par une nullité que si l'omission des formalités avait vicié les décisions intervenues<sup>6</sup>.

Depuis la réforme en 2016 de la loi de 1915, le *régime général* des nullités se trouve expressément organisé à l'article 12 septies L1915. Il est complété par un certain nombre de *dispositions spéciales* relatives à certaines sociétés (ex. : les assemblées changeant les statuts doivent suivre les mêmes règles de forme que celles ayant constitué la société : art. 11 L1915) ou à certaines opérations (ex. : les fusions de sociétés : art.

note GUYON.

<sup>3</sup> ARVIS, La nullité des délibérations des assemblées générales d'actionnaires dans la jurisprudence luxembourgeoise, *DAOR* n° 107, 2013, p. 296.

<sup>4</sup> Pour une analyse critique, v. ELVINGER, Le carrousel des nullités dans la loi du 16 août 2016 de la loi sur les sociétés commerciales : modernisation ou régression, protection ou insécurité ?, *JTLux.* n° 47, 2016, p. 129. Selon cet éminent auteur, la législation serait tantôt inutile, tantôt inappropriée.

<sup>5</sup> Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800 ; Lux. 19 juin 2015, *Pas.* 37, p. 732.

<sup>6</sup> Lux. 29 oct. 1993, n° 41 316.

276 L1915). Seul le régime général sera traité dans cette section. Traitant des décisions prises en « assemblée générale », l'article 12 septies L1915 vise non seulement les résolutions adoptées par les *assemblées générales ordinaires*, mais également celles des *assemblées extraordinaires*. La nullité, d'après les textes, ne vise que « la décision prise par une assemblée générale » et non l'assemblée elle-même. La distinction est importante, car l'annulation d'une résolution n'entraîne pas, contrairement à l'annulation de l'assemblée même, celle des autres.

**[257] Irrégularités de forme ayant pu influencer la décision.** — Les nullités pour vice de forme sont prévues à l'article 12 septies §1<sup>er</sup> n° 1 L1915 : « lorsque la décision prise est entachée d'une irrégularité de forme, si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision ». Ces nullités sanctionnent les nullités encourues en raison de l'inobservation d'une règle de forme relative aux tenues des assemblées : contenu de l'avis de convocation ; admission des associés ; organisation des scrutins ; ... L'irrégularité dans le mode de convocation de l'assemblée<sup>1</sup> ainsi que la participation au vote dans l'assemblée des personnes non qualifiées<sup>2</sup> en constituent des exemples fréquents en pratique. L'annulation est soumise à trois conditions :

- une formalité n'a pas été respectée ;
- cette formalité a été obligatoire ;
- son non-respect a pu avoir une influence sur la décision.

C'est surtout ce dernier point qui est intéressant : l'annulation d'une décision d'assemblée irrégulière ne sera jamais automatique, dès la constatation d'une irrégularité. Pour que la nullité soit prononcée, il faut que l'irrégularité ait pu exercer une *influence déterminante sur le vote*, les tribunaux disposant dans ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (d'où

l'expression « théorie appréciative »)<sup>3</sup>. L'action en nullité ne pourra aboutir si les tribunaux arrivent à la conclusion que l'assemblée générale aurait de toute façon adopté la décision contestée<sup>4</sup> ; inversement, le tribunal devra prononcer la nullité si le demandeur rapporte de manière raisonnable la preuve (la certitude absolue n'est pas requise) que si la formalité avait été respectée, l'issue de la décision aurait sans doute été différente.

Des associés détenant 50% du capital social n'ont pas été admis à l'assemblée. Leur vote ayant très certainement pu influencer l'issue de l'assemblée, la résolution doit être annulée.

Une personne tierce arrive à se « glisser » parmi les actionnaires à l'assemblée et prend part au vote. Si, défalcation faite du vote de l'intrus, la résolution aurait néanmoins été votée à la majorité requise, la décision de l'assemblée ne sera pas annulable. En revanche, si le quorum n'est atteint qu'en prenant en compte les actions de l'intrus, les résolutions éventuellement prises en assemblée seront automatiquement nulles, car l'assemblée n'aurait pas dû se tenir.

L'article 12 septies § 1<sup>er</sup> n° L1915 n'est pas qu'une question de calculs. Ainsi, par exemple, une assemblée ayant voté à l'unanimité une décision n'exigeant qu'une majorité absolue<sup>5</sup> pourra être annulée si un actionnaire détenant 20% du capital n'a pas été invité à assister à l'assemblée. En effet, si le vote de cet actionnaire en lui-même n'a pas pu changer l'issue du vote pris par la majorité, il n'est pas exclu que sa présence eût pu modifier le cours des choses, en influençant les opinions des autres associés. L'action en nullité pour irrégularité dans la convocation d'une assemblée générale d'associés n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représen-

<sup>1</sup> Lux. 29 oct. 1993, n° 41 316.

<sup>2</sup> Cour 13 juin 1928, *Pas.* 11, p. 426.

<sup>3</sup> V. en détail : ARVIS, La nullité des délibérations des assemblées générales d'actionnaires dans la jurisprudence luxembourgeoise, *DAOR* n° 107, 2013, p. 302.

<sup>4</sup> Cour 14 juill. 2010, R.G. n° 34 800.

<sup>5</sup> Dans le vocabulaire électoral, *majorité simple* et *majorité absolue* sont des notions distinctes. La majorité absolue est égale au nombre de voix supérieur à la moitié du suffrage exprimé (au moins 50 % des voix plus une). La majorité simple (aussi dite relative), par contre, est un nombre de voix supérieur à celui qu'obtiennent les concurrents. Les assemblées en droit des sociétés devant uniquement voter pour ou contre une résolution, et non choisir entre plusieurs variantes, la majorité en assemblée sociétaire se comprend, à défaut d'autre précision, comme nécessitant une majorité absolue.

tés.

Plus délicate est l'hypothèse où des associés minoritaires qui auraient dû prendre part au vote n'ont pas été invités à l'assemblée. Même si, arithmétiquement parlant, leur vote n'avait pas pu faire la différence, leur simple présence à l'assemblée aurait peut-être modifié l'opinion des actionnaires. Il appartiendra au juge de rechercher l'influence possible de l'irrégularité sur le comportement de l'assemblée et d'annuler les décisions si cette influence, à défaut d'être certaine, est cependant probable.

Comme les organes de gestion doivent en principe être en mesure de rapporter à tout instant le caractère régulier de la convocation à l'assemblée, l'incapacité à rapporter cette preuve entraînera la nullité de l'assemblée pour vice de forme, car il est impossible d'apprécier en fait dans une telle situation si les résolutions prises en assemblée ont pu être influencées.

Dans son appréciation des conséquences à tirer de l'irrégularité de forme, le tribunal tiendra compte des intérêts protégés et de la mesure dans laquelle ils auront été préjudiciés. Par exemple : si la gérance oublie de convoquer l'associé majoritaire à l'assemblée et que celui-ci participe néanmoins à l'assemblée, les résolutions adoptées en assemblée ne sont pas annulables, car l'associé a pu participer à l'assemblée, comme tous les autres.

**[258] Violation des règles relatives au fonctionnement de l'assemblée et à son ordre du jour.** — La nullité peut également être prononcée « en cas de violation des règles relatives à son fonctionnement ou en cas de délibération sur une question étrangère à l'ordre du jour lorsqu'il y a intention frauduleuse » (art. 12 septies § 1<sup>er</sup> n° 2 L1915). Cette cause de nullité est proche de celle du n° 1, en ce qu'elle constitue également pour l'essentiel une nullité de forme, et aurait pu être fusionnée avec elle. Par principe, une assemblée ne peut statuer que sur les points qui figurent à l'ordre du jour et qui ont été mentionnés dans l'avis de convocation. Mais il ne s'agit là que d'un principe se trouvant écarté dans quatre hypothèses :

- l'assemblée des actionnaires pourra délibérer sur une question ne figurant pas à l'ordre du jour, si cette question relève de toute façon, d'après la loi, de la compétence annuelle de l'assemblée. Il en est ainsi par exemple de l'approbation des comptes sociaux ;

- l'assemblée pourra également délibérer sur une question si elle est *implicitement contenue dans l'ordre du jour*. Est implicitement ou raisonnablement contenu dans l'ordre du jour ce qui lui est intimement lié, ce qui s'y trouve en substance ou y est suffisamment connexe. Par exemple, si l'assemblée a pour ordre du jour la décharge aux administrateurs, il est logique de conclure sur la compétence de l'assemblée pour décider également des indemnités à verser aux administrateurs, car les deux sont liés;
- l'ordre du jour contenant généralement, pour des raisons de commodité, une mention « *Divers* », l'assemblée pourra également se saisir de certaines questions ne figurant pas à l'ordre du jour, à condition toutefois qu'elles soient d'importance mineure. Il n'est en effet pas possible pour les autorités convoquantes de « voiler » sous un ordre du jour anodin des questions qui pourraient s'avérer importantes, si ce n'est gênantes<sup>1</sup> ;
- l'assemblée des actionnaires détient également une compétence naturelle pour les *incidents d'assemblée*, résultant de la révélation de circonstances imprévues plaçant l'assemblée dans la nécessité de prendre rapidement certaines décisions. L'urgence et l'intérêt social fondent dans cette situation la compétence de l'assemblée. Ainsi, par exemple, la découverte, au moment de l'approbation des comptes sociaux, d'infractions graves aux statuts et à la loi commises par les administrateurs justifie leur révocation immédiate, même si cette question ne figurait pas à l'ordre du jour de l'assemblée.

Pris à la lettre, le n° 2 § 1<sup>er</sup> de l'article 12 septies n'entraînerait la nullité des résolutions adoptées en violation des règles en matière d'ordre du jour que s'il y a eu « *fraude* » (« lorsqu'il y a eu intention frauduleuse »). La fraude est l'acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter ; il s'agira souvent de nuire aux intérêts légitimes

<sup>1</sup> Sur cet « ordre du jour implicite », v. CORBIAU, Des règles relatives aux réunions de l'assemblée des actionnaires dans les sociétés anonymes, *RPS* 1907, p. 163.

d'autres associés. *Fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout) : cette maxime juridique latine étant d'application générale, elle permet d'obtenir l'annulation de toute décision frauduleuse adoptée en assemblée, pas uniquement celle où la fraude concerne l'ordre du jour. Inversement, il n'y a aucune raison de traiter les irrégularités en matière d'ordre du jour différemment de celles visées au n° 1 § 1<sup>er</sup> article 12 septies L1915, de sorte qu'il devra être possible d'obtenir la nullité des décisions non frauduleuses adoptées en présence d'une irrégularité tenant à l'ordre du jour, à condition seulement que cette irrégularité ait raisonnablement pu influencer sur la décision adoptée. En définitive, une irrégularité de forme, qu'elle tombe sous le n° 1 ou 2 § 1<sup>er</sup> de l'article 12 septies L1915, rendra la résolution de l'assemblée annulable, si l'irrégularité est frauduleuse, et alternativement, si elle a pu avoir une influence sur la décision adoptée. Par exemple : une assemblée générale sera annulée pour fraude si certains associés avaient été exclus de la réunion par ruse et artifice, le bureau de l'assemblée ayant prétexté, pour les éliminer, un argument fallacieux pour leur refuser l'accès à l'assemblée.

En droit commun, la mise en œuvre de l'adage *fraus omnia corrumpit* aboutit seulement à ce que l'acte frauduleux ne puisse avoir d'effets à l'égard de la victime, au regard de laquelle l'acte sera donc inopposable. Par contre, l'acte frauduleux restera valable vis-à-vis des autres personnes comme des fraudeurs mêmes. La transposition de cette analyse sur le plan du droit des sociétés présente des limites certaines, en ce qu'elle ne permettrait pas toujours de rétablir la victime dans ses droits. Il suffit de songer à une augmentation de capital frauduleuse : la déclarer simplement inopposable à la victime n'empêchera pas l'associé d'être dilué, si les droits sociaux nouvellement émis ne sont pas annulés également. De ce fait, la nullité d'un acte frauduleux, afin d'être pleinement efficace, devra souvent produire des effets *erga omnes* et donc aboutir à la nullité de l'acte tout entier.

Les « règles relatives au fonctionnement » sont suffisamment larges, afin de pouvoir également inclure les règles en matière de *délibération de l'assemblée*. De ce fait, les résolutions adoptées en assemblée en violation des règles impératives en matière de quorum et de majorité peuvent être annulées sur la base de ce fondement. Ces « règles » sont souvent formalisées dans la loi de 1915, mais pas nécessairement, les statuts pouvant créer des règles spécifiques, tel un renforcement des conditions de quorum ou de majorité prévues par la loi. Aussi, une violation des règles de quorum ou de majorité fixées dans les statuts devrait également cons-

tituer une cause de nullité des résolutions adoptées en assemblée.

**[259]Excès de pouvoir ou détournement de pouvoir.** — La nullité pourra être prononcée lorsque la décision prise est entachée de « tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir » (art. 12 septies § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915). Il s'agit ici de nullités de fond.

L'*excès de pouvoir* résultera d'une violation de la loi ou des statuts (*irrégularité quant à l'objet*). Celle-ci peut résulter de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Un organe de la société est incompetent lorsqu'il empiète sur l'attribution d'un autre organe (p.ex. : l'assemblée prend une décision que la loi réserve à la gérance). L'incompétence peut également être temporelle, en ce sens que la décision contestée a été prise par un organe qui n'était plus en fonction (p.ex. : une résolution adoptée par l'assemblée après qu'elle ait été clôturée). De manière générale, il y aura excès de pouvoir, chaque fois que l'assemblée aura violé une règle de droit juridique s'imposant à elle, qu'il s'agisse de dispositions impératives ou d'ordre public. On peut songer par exemple au cas d'une résolution qui a été adoptée en assemblée sans le quorum et les conditions de majorité nécessaires.

Le *détournement de pouvoir* vise les situations où l'assemblée use de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ses pouvoirs lui ont été conférés (*irrégularité quant au but*). Dans une situation d'excès de pouvoir, l'organe n'avait pas de pouvoirs, mais a statué quand même ; l'organe qui commet un détournement de pouvoirs avait bien le pouvoir d'agir, mais a abusé de ce pouvoir en l'utilisant dans un but illégal. Il y a deux catégories de détournement de pouvoir :

- une décision contestée a été prise dans un but d'intérêt particulier, alors que les décisions de l'assemblée devraient être adoptées dans l'intérêt commun à tous les associés (hypothèse de l'abus de majorité comme de minorité ; v. n° B.3.b) ;
- une décision a été prise dans un but d'intérêt commun à tous les associés, mais pas celui qui de-

vrait être poursuivi. Cette hypothèse est nettement plus difficile à concevoir en pratique (ex. : une société est dissoute anticipativement et reconstituée dans la foulée avec certains associés).

**[260]Exercice de droits de vote suspendus.** — La nullité pourra également être prononcée « lorsque des droits de vote qui sont suspendus en vertu d'une disposition légale non reprise dans la présente loi, ont été exercés et que, sans ces droits de vote illégalement exercés, les quorums de présence ou de majorité requis pour les décisions d'assemblée générale n'auraient pas été réunis » (art. 12 septies § 1er n° 4 L1915).

Le terme essentiel de cette disposition est la référence aux dispositions légales, que l'on peut trouver ailleurs que dans la loi de 1915. Pour l'essentiel, il s'agira de la législation en matière de sociétés cotées en bourse, qu'il s'agisse de la publicité des participations importantes ou des offres publiques d'acquisition. En clair, l'actionnaire d'une société cotée qui dépasse certains seuils significatifs en termes de droits de vote ou de capital doit informer l'autorité de contrôle, celle-ci informant à son tour le public. Cette information permet aux autres actionnaires et au marché de savoir qui contrôle une société cotée, la finalité du dispositif étant la transparence des marchés. Cela permet aussi de mettre en œuvre le dispositif des offres publiques d'acquisition. Si l'actionnaire qui dépasse un seuil ne le déclare pas, il encourt une sanction particulière consistant dans la privation des droits de vote attachés aux actions excédant le seuil non déclaré, pour toute assemblée d'actionnaires. Si l'actionnaire exerce illégalement les droits de vote frappés de suspension, l'article 12 septies § 1<sup>er</sup> n° 4 L1915 considérera que les résolutions adoptées en assemblée seront annulables, si les quorums de présence et de majorité n'ont été réunis qu'au moyen des droits de vote frappés de suspension. Le calcul est donc purement mathématique : si les quorums de présence ou de majorité étaient acquis en toute hypothèse, l'assemblée ne sera pas annulable et inversement.

**[261]Pour toute autre cause prévue par la loi de 1915.** — La nullité pourra finalement encore résulter

« pour toute autre cause prévue dans la présente loi » (art. 12 septies § 1er n° 5 L1915). Cette cause de nullité est doublement limitée :

- elle ne s'applique qu'à titre subsidiaire, en ce sens que pour les causes de nullité autres que celles visées aux n° 1 à 4 de l'article 12 septies L1915 ;
- elle ne s'applique que dans la mesure où la cause de nullité résulte de la loi de 1915. Celle-ci prévoit l'exigence d'un certain nombre de rapports destinés à éclairer l'assemblée. Ces rapports peuvent être récurrents (p.ex. : le rapport de gestion ; le rapport du réviseur d'entreprises ; ...) ou ponctuels (p.ex. : le rapport relatif à la constitution d'une SE ; le rapport du réviseur d'entreprises dans le cadre des apports en nature ; ...). La preuve de l'absence du rapport suffira pour obtenir l'annulation des décisions prises en l'absence du rapport, là où il était exigé, sans qu'il ne faille démontrer leur impact éventuel sur les décisions en question.

Par contre, les dispositions qui régissent la *nullité des contrats*, qu'il s'agisse des règles générales (consentement, capacité, dol, ...) ou spécifiques au contrat de société (interdiction des clauses léonines, ...), étant visées au *Code civil*, et non à la loi de 1915, ne pourront être sanctionnées dans le cadre de l'article 12 septies n° 5 L1915. Cela n'est pas entièrement satisfaisant, parce que, aux termes de l'article 1134 du Code civil, le contrat a, entre les associés, la même force que la loi, de sorte que la *violation d'une disposition impérative des statuts* devrait être autant génératrice de nullité que celle de la loi elle-même. Cette conclusion n'est en définitive vraie que pour les violations des règles statutaires en matière de quorum ou de majorité (v. n° [258]).

## 2. LE RÉGIME DE L'ACTION EN NULLITÉ

Le régime de l'action en nullité est déterminé aux §§ 2 à 4 de l'article 12 septies L1915.

### a) LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION EN NULLITÉ

**[262]Droit d'agir en nullité : la décision doit faire**

**grief.** — La droit d'agir en nullité appartient à « *tout intéressé* » (art. 12 septies § 2 L1915). Ce terme renvoie implicitement à la terminologie employée au NCPC selon laquelle une personne ne peut être qualifiée d'« intéressé » que si elle peut établir un intérêt personnel et légitime, né et actuel au moment de l'introduction de son action. Autrement dit : la nullité, si elle devait être prononcée, doit être susceptible, par son résultat, de procurer un bénéfice au demandeur.

À strictement parler, aucun *grief* n'est requis. Le grief se distingue de l'intérêt, en ce qu'il procure un avantage matériel ou moral réel, et non pas simplement théorique. Cette exigence, quoique non formulée expressément par les textes, y est cependant implicitement contenue, le droit des sociétés cherchant à minimiser les hypothèses d'annulation comme à en restreindre les conséquences. Il ne suffit pas qu'une irrégularité soit susceptible de nuire à l'intéressé, mais il faut en sus qu'elle lui porte réellement préjudice. Pas de nullité sans grief<sup>1</sup>. Cette exigence peut se justifier doublement. Premièrement, elle constitue une application par analogie de l'article 264 du Nouveau NCPC<sup>2</sup>, qui exige que l'acte irrégulier dont la nullité est demandée ait entraîné des conséquences dommageables pour le demandeur, en raison de la marge d'appréciation laissée aux tribunaux pour statuer sur les demandes en nullité. Deuxièmement, les nullités pour irrégularité ne sont jamais automatiques, en ce sens qu'elles nécessitent une appréciation de la part des tribunaux. On peut penser qu'un tribunal ne voudra prononcer une résolution prise en assemble adoptée irrégulièrement, alors qu'il pourrait également la sauver en déboutant l'intéressé dans sa demande, que si la résolution a des effets défavorables pour l'intéressé, en nuisant à ses intérêts.

La question de savoir *si la société elle-même peut demander l'annulation* d'une résolution de l'assemblée passée en son nom est controversée. S'il ne fait pas de doute, en tant que défenderesse dans l'action intentée contre elle, que la société pourra soulever la nullité d'une décision à titre d'exception, on peut hésiter, par contre, sur la question de savoir si la société peut elle-même agir au titre d'une personne « intéressée ». Si tous les associés sont unanimes, on ne voit pas à quel titre la société pourrait avoir un intérêt légitime à rechercher l'annulation de la décision : son rôle n'est pas de veiller aux intérêts des tiers, et la conformité de la résolution à l'intérêt social exprimé par le vote unanime ne permet pas à la société que la résolution pourrait lui être nuisible. Il en sera différemment, par contre, lorsque des minoritaires ont voté contre la résolution. Dans ce cas, la possibilité d'un abus de majorité (de minorité) existera, hypothèse pour laquelle une action en nullité est ouverte (v. n° [259]). L'abus n'existant qu'en cas de résolution contraire à l'intérêt social, la société, par l'intermédiaire de sa gérance, devrait également pouvoir agir pour faire constater cet abus et obtenir la nullité de la résolution.

Le droit d'action, là où il est ouvert à la personne, pourra être exercé autant de fois qu'il y aura des causes de nullité, le tribunal compétent pouvant rejeter certaines actions, mais non pas d'autres.

Afin de déterminer s'il existe un intérêt légitime à agir, il faudra distinguer, conformément au droit commun, les nullités absolues et les nullités relatives.

**[263] Types de nullités.** — Il existe deux types de nullités.

La *nullité relative* vise à protéger un *intérêt particulier*. Ainsi, l'autre partie et les tiers sont exclus du domaine des titulaires de cette action. La raison est simple : cette nullité concerne la *protection individuelle* d'un cocontractant, soit en raison de ses qualités personnelles génératrices d'une fragilité, soit en raison de sa position particulière au sein du rapport contractuel. C'est donc ce contractant, exclusivement, qui pourra mettre en œuvre cette action. La plupart des causes de nullité prévues à l'article 12 septies L1915 visent à protéger les intérêts propres à un ou plusieurs associés, et tombent donc dans la catégorie des nullités relatives. L'*associé « intéressé »* sera non seulement celui qui aura déjà été associé au moment de l'adoption de la résolution contestée, et qui le sera encore au moment de

<sup>1</sup> BUCHBERGER, Défaut de convocation à une assemblée de SARL : pas de nullité sans grief, *BJS* 2016, p. 149 ; SAINTOURENS, Pas de nullité d'une décision de l'assemblée sans grief, *Rev. sociétés* 2016, p. 237.

<sup>2</sup> MENETRY, *Procédure civile luxembourgeoise, Approche comparative*, Bruxelles, 2016, n° 302.



l'introduction de l'action en nullité, mais également celui qui ne devient associé que suite à l'adoption de la résolution, ou qui n'est plus associé au moment de l'introduction de l'action en nullité, toutes ces personnes pouvant avoir un intérêt à voir la résolution annulée.

Chaque associé ayant un droit individuel à l'observation de la loi comme des statuts de la société, tout associé pourra intenter une action en nullité contre les décisions prises irrégulièrement en assemblée. L'action est individuelle, l'associé défendant ici un *droit propre* contre la société ; elle pourra donc également être exercée par un associé minoritaire.

Les *tiers* ne sont en principe pas concernés par l'assemblée, qui ne concerne que les associés et la société. Leur droit d'agir en nullité sera donc exceptionnel ; il n'existera que :

- dans le cadre de l'action oblique (art. 1166 C.civ.), c.-à-d. lorsque les associés restent inactifs et que cette inaction leur est préjudiciable ; ou
- si la règle de fonctionnement visait à protéger leurs intérêts propres, et non ceux des associés.

La *nullité absolue* vise à sanctionner les hypothèses dans lesquelles le contrat va à l'encontre de l'*intérêt général*. Cette action est ouverte pour sanctionner un contrat néfaste à la société, qu'il soit contraire à l'ordre public sociétaire ou à l'ordre public en général. Ce sont les cas les plus graves, il faut une sanction absolue. Étant l'exception plutôt que la norme en matière d'assemblées des associés, les nullités absolues peuvent être actionnées par *toute personne* justifiant d'un intérêt légitime (créanciers sociaux ; gérance ; auditeur ; ...).

**[264] Nullité invoquée par un associé ayant pris part à l'assemblée.** — Une personne agissant en justice n'ayant pas le droit de se contredire, en adoptant des positions opposées sur la même cause, l'associé ne sera en principe pas recevable à invoquer la nullité, s'il a voté en faveur de la décision attaquée ou s'il a expressément ou tacitement renoncé à se prévaloir de la cause nullité (art. 12 septies § 2 al. 2 L1915). Dans ce cas, en effet, il aura pris part à l'irrégularité et sera

tenu par l'attitude qu'il a pu adopter en assemblée.

Il est cependant dérogé à ce principe en deux séries de cas. Premièrement, quelle que soit le type de nullité, un associé ayant voté la résolution irrégulière pourra toujours agir en nullité, s'il n'a pas agi en connaissance de cause à l'assemblée, ce qui sera le cas si son consentement a été vicié. Deuxièmement, les nullités qui résultent de la violation d'une règle d'ordre public, devraient pouvoir être sanctionnées le plus largement possible, de sorte que la participation de l'associé à l'irrégularité ne l'empêchera pas d'agir par la suite en nullité. On admet en effet qu'une personne ne peut renoncer à une protection qui est octroyée (plutôt qu'accordée) par une disposition d'ordre public.

Supposons par exemple qu'une personne ait uniquement émis des droits sociaux nominatifs et qu'elle ait convoqué ses associés par lettre recommandée seulement. Bien que la gérance ait oublié de convoquer un associé à l'assemblée, celui-ci, informé par d'autres associés de la tenue prochaine de l'assemblée, y assiste néanmoins. Après avoir été mis en minorité au moment du vote, l'associé non convoqué entend obtenir la nullité des décisions prises en assemblée, au motif que les règles de forme n'auraient pas été observées (à son égard). Mais comme il a participé au vote, les décisions que l'assemblée a prises n'auraient pu être différentes si les règles de forme avaient été respectées à son égard. L'assemblée ne sera dès lors pas annulée par le tribunal.

**[265] Régularisation.** — La régularisation consiste en la validation de l'acte qui est entaché d'une cause de nullité ; elle se manifeste par une réparation qui consiste à apporter à l'acte l'élément de validité qui lui manquait. L'action en nullité n'est plus recevable lorsque la cause de nullité a été réparée, car il n'y a plus d'intérêt à agir. La nullité n'étant pas une fin en soi, la possibilité d'une régularisation doit exister en matière de nullités commises en assemblée, même en l'absence de tout texte.

Dans le silence de la loi, on peut penser que la régularisation pourra intervenir *avant l'introduction de la demande en nullité*, comme *en cours d'instance*. Il faudra dans ce cas cependant que le tribunal n'ait pas encore statué sur l'action qui a été introduite devant lui ou qu'il ait accordé un délai pour couvrir les nullités. La

régularisation prendra généralement la forme d'une *nouvelle assemblée*, aux fins de prendre une nouvelle décision remplaçant celle adoptée dans l'assemblée annulable. Alternativement, si la cause de nullité réside dans le non-respect de droits particuliers de certains associés, une *renonciation expresse* de la part de ceux-ci à se prévaloir de l'irrégularité vaudra régularisation. Cette possibilité ne sera évidemment pas possible si la cause de nullité réside dans une infraction à une disposition d'ordre public.

**[266] Renonciation à l'exercice de l'action.** — En droit commun, la personne qui est habilitée à exercer une action en nullité peut parfaitement renoncer au droit d'invoquer la nullité. La confirmation éteint le droit d'agir en nullité, de sorte que le confirmant ne pourra plus demander l'annulation de l'acte qu'il vient de confirmer. La confirmation entraîne en effet la validation rétroactive du contrat qui est ainsi purgé dès l'origine de ses vices. Ce principe s'applique également dans le domaine des assemblées d'associés annulables. Il faudra distinguer cependant selon le type de nullité.

En cas de *nullité relative*, la confirmation est en principe possible, car la personne protégée a la maîtrise de l'action en nullité. Il faudra, d'un côté, que la personne susceptible d'agir en nullité découvre la cause de nullité ; la confirmation ne se présument pas, il faudra ensuite une volonté certaine de confirmer sans équivoque l'acte.

En cas de *nullité absolue*, la confirmation est en principe illicite. Admettre la possibilité d'une confirmation irait à l'encontre de l'intérêt général, qui suppose que tout intéressé puisse demander l'annulation.

**[267] Prescription de l'action.** — Aux termes de l'article 157 L1915 dernier alinéa : « sont prescrites par six mois toutes actions en nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société (...) ». Ce délai est applicable à toutes les actions en nullité des décisions adoptées en assemblée, sous réserve des délais spécifiques prévus ailleurs dans la loi de 1915 (ex. : art. 276 § 1<sup>er</sup> (c) L1915 en matière de fusions ; ...).

Le *délai commence à courir* « à compter de la date à laquelle les décisions prises sont opposables à celui qui invoque la nullité ou sont connues de lui ou auraient dû l'être, compte tenu des circonstances ». La date de départ pour le calcul de la période de six mois commence donc à partir de la date de prise de connaissance, réelle ou présumée, de la décision annulable. Généralement, les délais commencent à courir suite à la publication de l'assemblée au journal officiel. Ils sont reportés dans les cas de dissimulation, jusqu'au jour de la découverte de la dissimulation. Toutefois, si l'intéressé a obtenu connaissance de la résolution à une date antérieure (p.ex. : parce qu'il a participé à l'assemblée ou parce qu'il a reçu une copie du procès-verbal de l'assemblée), le délai de cinq ans est calculé à partir de cette date antérieure.

La prescription de l'action en nullité doit être distinguée de *l'exception de nullité*, qui est un moyen de défense opposé à une action en exécution d'un contrat. L'hypothèse de départ est simple : il s'agit du créancier qui assigne son cocontractant en exécution d'une obligation viciée. Le débiteur, constatant l'expiration de son délai pour agir en nullité par voie d'action, pourra soulever, par voie d'exception, la nullité. Il s'agit là d'une application classique de l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ». L'exception de nullité, contrairement à l'action en nullité, est perpétuelle et pourra donc être opposée, même si l'action en nullité est prescrite, tant que l'acte vicié n'aura pas été régulièrement exécuté.

#### b) LES CONSÉQUENCES DU PRONONCÉ EN JUSTICE DE LA NULLITÉ

**[268] Prononcé de la nullité.** — L'action en nullité « *est dirigée contre la société* » (art. 12 septies § 3 L1915) ; elle sera introduite auprès du tribunal d'arrondissement (art. 12 septies § 2 L1915). En cas d'urgence, de dommage imminent et de trouble manifestement illicite au sens des articles 932 et 933 NCPC, le tribunal pourra être saisi en *référé* ; cela permettra de suspendre l'exécution de la résolution

attaquée, en attendant que le juge du fond statue sur la demande en annulation (art. 12 septies § 3 L1915).

La loi oblige le tribunal à prononcer la nullité lorsqu'il a constaté l'irrégularité (« *le tribunal (...) prononce* »). La sévérité de la formulation retenue dans la loi ne doit cependant pas faire perdre de vue que si le prononcé de la nullité est certes obligatoire, le tribunal disposera cependant, la plupart du temps, d'une marge d'appréciation, lorsqu'il s'agit de qualifier les faits (p.ex. : quand il faudra apprécier si une irrégularité a pu influencer l'issue du vote ; lorsqu'il s'agira de déterminer l'existence d'un abus de majorité ou de minorité ; ...). Cette marge d'appréciation est à saluer afin de limiter les cas d'annulation à ceux qui sont indispensables. Le tribunal tiendra sans doute compte de la gravité des faits ainsi que de l'importance du préjudice subi par le plaignant.

**[269]Effets de la nullité.** — Sous réserve de dispositions spécifiques en sens contraire (p.ex. : les fusions et les scissions), l'annulation judiciaire anéantit rétroactivement les résolutions irrégulières adoptées par l'assemblée (« ce qui est nul, est de nul effet »). Cette *destruction rétroactive* supprime les droits et obligations nés de l'assemblée irrégulière. Il devient donc impossible de demander l'exécution des résolutions annulées par le tribunal, la situation ayant existé avant l'adoption des résolutions annulées devant être rétablie (ex. : l'administrateur irrégulièrement révoqué est réputé avoir été resté administrateur ; l'augmentation de capital irrégulière implique que le capital social soit resté inchangé en droit ; ...). Le tribunal pourra cependant retenir que la société ne pourra se prévaloir de la nullité à l'égard des *tiers de bonne foi*, s'il le juge nécessaire eu égard aux droits acquis par ces derniers (art. 12 septies § 4 L1915).

La nullité de l'assemblée peut engendrer des *nullités en cascade*. Il suffit de songer aux résolutions adoptées par le conseil de gérance, auquel participait un dirigeant irrégulièrement nommé en assemblée. Il faudra dans ce cas mettre en balance la gravité des conséquences d'une nullité en cascade et la gravité de l'irrégularité afin de limiter les nullités en cascade à

celles qui sont véritablement nécessaires.

L'annulation des délibérations n'empêche pas la recherche éventuelle de la *responsabilité de l'auteur* à l'origine de la nullité. Il faudra, conformément au droit commun, établir un préjudice, une faute (ce qui sera sans doute aisé en raison de la nullité) et un lien de causalité entre les deux.

**[270]Annulation d'une décision régulière d'une assemblée générale par une assemblée générale subséquente.** — Quoique conceptuellement distincte de la question de la nullité des assemblées, la problématique des décisions valablement adoptées par une première assemblée, sur lesquelles une assemblée subséquente voudrait revenir dessus, en est cependant suffisamment proche sur le plan des conséquences pratiques pour être traitée ici. S'il devait être possible pour une deuxième assemblée d'annuler les décisions prises par la première assemblée, cette annulation prendrait nécessairement la forme d'une *abrogation avec effet rétroactif* de la décision adoptée par la première assemblée. D'où le parallèle avec la nullité des assemblées. Dans le silence des textes, il y a lieu d'admettre la possibilité pour une deuxième assemblée de revenir sur ce qui aura été décidé valablement à l'occasion d'une assemblée antérieure. La seule réserve sera celle que la deuxième assemblée ne pourra remettre en cause des *situations déjà définitivement acquises* suite à la première, que ces situations déjà acquises profitent aux tiers ou à certains associés de la société.

Concernant les *tiers*, la situation se comprendra aisément : si l'assemblée a, par exemple, décidé d'approuver une opération importante pour la société, telle la cession de l'immeuble d'exploitation, le tiers qui aura acquis cet immeuble ne pourra voir la vente annulée en raison de la volteface des associés.

Mais la situation n'est pas différente pour les *associés* de la société. On pourrait penser par exemple à l'annulation d'une décision de mise en distribution des dividendes. Suite à cette décision, chaque associé dispose d'un droit de créance sur la société pour le

paiement du dividende. Pour revenir sur cette décision, il faudra l'accord de tous les associés. Une variante serait l'hypothèse d'une distribution non proportionnelle non prévue dans les statuts: ces associés qui auront bénéficié de cette décision, en recevant plus qu'ils n'auraient normalement dû percevoir, devront tous donner leur accord pour revenir à la proportionnalité, car une majorité ne peut modifier un droit individuel d'un associé sans son accord.

## § 2. LES DROITS FINANCIERS : LE DROIT AUX DIVIDENDES

[271] **Présentation.** — Pour tout associé, la possession de droits financiers présente un intérêt certain, car la détention des droits sociaux s'inscrit dans une logique de rentabilité de l'investissement projeté. Les droits financiers se déclinent de deux manières différentes quoique complémentaires :

- Négativement. L'associé a un droit essentiel de portée générale : celui de ne pas se voir imposer sans son consentement une augmentation de ses engagements (v. n° [306]).
- Positivement. Il a droit aux dividendes. Seul ce deuxième aspect nous intéressera ici : l'associé a droit aux dividendes (A), mais dans la mesure uniquement où ceux-ci sont réels (B).

### A. LES DIVIDENDES PROVIENNENT DE SOMMES QUALIFIÉES DE « DISTRIBUTABLES » PAR LA LOI

Le dividende est à la fois un concept juridique (1) et un calcul mathématique (2).

#### 1. LE CONCEPT JURIDIQUE DE DIVIDENDE

Si la notion juridique du dividende est certes unique (a), sa forme reste cependant variable (b).

#### a) LA NOTION DE DIVIDENDE<sup>1</sup>

[272] **Présentation.** — Le dividende est la *rémunération versée aux associés d'une société en contrepartie de leurs apports au capital de l'entreprise*. La notion de dividende se distingue ainsi nettement de la notion de bénéfices sociaux qui constatent le montant de l'enrichissement de la société durant l'exercice écoulé. Le dividende, par contre, est la répartition de cette richesse entre les associés. Il est soumis à un *double aléa* :

- il faut des sommes distribuables ;
- l'organe habilité à statuer sur la mise en distribution d'un dividende doit avoir adopté une résolution en ce sens.

Le droit aux bénéfices ne signifie donc pas qu'un associé doive nécessairement percevoir des dividendes. D'abord parce que si une société a vocation à faire des bénéfices, ce n'est pas pour autant qu'elle en réalise nécessairement, la société pouvant être en pertes. Ensuite, en raison de ce que, même dans l'affirmative, elle n'est pas tenue de les partager au fur et à mesure entre ses membres et qu'elle peut aussi les mettre en réserve. Les associés n'ont ainsi aucun droit de créance sur le dividende, tant que l'organe compétent, généralement l'associé, n'a pas décidé sa mise en distribution.

Le droit des sociétés se distingue ici du *droit fiscal*. On sait qu'en droit fiscal, les bénéfices dans les *sociétés de personnes* sont réputés réalisés dès la clôture de l'exercice comptable et acquis à cette date à chacun des associés. Les associés de ces sociétés indiqueront dès lors leur quote-part dans les bénéfices sociaux parmi leur revenu imposable de l'année, même en l'absence de toute distribution de dividendes. En droit des sociétés, en revanche, le droit des associés sur les bénéfices de la société (de personnes) n'est que conditionnel. La société de personnes a en effet un patrimoine distinct de celui de ses associés, de sorte que les sommes encaissées par la société demeurent les siennes tant qu'aucune décision de mise en distribution n'aura été prise.

<sup>1</sup> BROUXEL et alii, Les distributions de dividendes aux actionnaires, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 171.

Autrement dit : les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant que la mise en distribution des bénéfices distribuables n'ait été arrêtée par l'organe compétent.

[273] **Nature juridique du dividende.** — La nature juridique des dividendes a longtemps été controversée. La Cour de cassation française a d'abord décidé d'assimiler les *bénéfices sociaux* aux *fruits civils*, c'est-à-dire aux revenus qui rémunèrent la mise à disposition d'une chose<sup>1</sup>. Elle en déduisit qu'ils s'acquiraient au jour le jour, puisque tel est le régime des fruits civils (art. 586 C. civ.)<sup>2</sup>. Cela n'est pas réellement contestable, parce que le bénéfice social est obtenu à la suite des différentes opérations conclues par la société durant l'exercice comptable ; il est donc progressivement constitué au rythme des opérations intervenues durant l'année. La jurisprudence en déduisait erronément que les dividendes étaient répartis *pro rata temporis*, ce qui procédait d'une confusion entre les bénéfices sociaux et les dividendes. Par conséquent, en cas d'aliénation de droits sociaux au cours de l'exercice, les dividendes devaient être partagés *pro rata temporis* entre le cédant et le cessionnaire. Puis cette solution, qui gommait la distinction existant entre bénéfices et dividendes, fut abandonnée au profit d'une conception des dividendes, où ceux-ci ne sont acquis que par la seule décision d'attribution en assemblée générale<sup>3</sup>. Les dividendes cessèrent d'être assimilés à des fruits civils. La Cour de cassation française s'en tient depuis lors à la formule

selon laquelle les dividendes « *participent de la nature des fruits* », ce qui constitue une nuance sémantique ayant toutefois son importance : les dividendes ne sont pas des fruits, mais s'en rapprochent suffisamment à bien des égards. La nature des dividendes ne changera d'ailleurs pas, selon que les dividendes sont prélevés sur les *bénéfices distribuables de l'exercice* écoulé ou sur les *réserves de la société*, car les réserves ne sont que des bénéfices antérieurs non distribués. La nature du dividende ne saurait en effet changer selon l'échéancier temporel du paiement (v. également n° [292]).

La qualification de « fruits » est justifiée<sup>4</sup>, même si le dividende ne constitue pas un revenu périodique s'acquérant au jour le jour, parce que la qualification alternative n'est clairement pas appropriée : les dividendes sont, comme tout fruit, le résultat de ce qu'une chose (ici la société) dégage sans altération de sa substance ; en cela, les dividendes se distinguent des *produits* dont la réalisation diminue la substance de la chose (p.ex. : le remboursement des apports aux associés). Les dividendes ont seulement pour particularisme de ne pas avoir de périodicité et de fixité ; ceci les différencie des loyers et de l'intérêt qui courent au jour le jour. Les bénéfices sociaux ne confèrent de droits aux associés qu'à partir du moment où ils ont été mis en distribution par décision de l'assemblée des associés ; ils ne deviennent des revenus (« fruits ») pour l'associé qu'à partir du moment où ils sont attribués sous la forme de dividendes. Les dividendes reviennent donc nécessairement à la personne qui possède la qualité d'associé au jour de la décision par l'assemblée générale qui vote leur distribution.

[274] **La décision de distribuer un dividende trans-forme le droit financier collectif de l'associé en un droit de créance individuel.** — L'associé a un droit « sur » les dividendes et non pas un droit « aux » divi-

<sup>1</sup> Cass. civ. I<sup>o</sup>, 21 octobre 1931, DP 1931, 1, 100.

<sup>2</sup> Art. 586 C.civ.: « Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils ».

<sup>3</sup> Cass. Belge 16 janv. 1964, *RPS* 1964, n° 146. Cass. com. 23 octobre 1984 : *Bull. civ.* IV, n°281 ; Cass. com. 23 octobre 1990, *Bull. civ.* IV, n°247 ; Cass. com. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* IV, n°163, *Bull. Joly* 1999, p. 1104, § 258, note COURET ; *RTD com.* 2000, p. 138, note STORCK ; Cass. com. 5 décembre 2000, *Dr. sociétés* 2001, n°45, obs. F-X LUCAS ; Cass. civ. I<sup>o</sup> 17 février 2004, n° 03-19416 ; Cass. com. 19 septembre 2006, n° 03-19416.

<sup>4</sup> Rapport de la Commission juridique (11/07/2016), Projet de loi n° 5730, session 2015-2016, p. 11 : « le bénéfice distribuable constitue un fruit ».

dendes<sup>1</sup> ; les dividendes n'existent en effet que dans la mesure où l'assemblée aura décidé de les distribuer : elle peut décider d'affecter les bénéfices en réserves, en totalité ou en partie. Ceci a pour conséquence pratique de ne faire naître la *créance de dividendes* qu'à compter de la décision de l'assemblée générale qui décide de leur distribution. Cela est entièrement logique : le bénéfice social naît dans le seul patrimoine de la personne morale ; tant qu'une décision formalisée par l'organe compétent n'intervient pour décider de sa distribution aux associés, le bénéfice social restera dans le patrimoine de la société. En l'absence de décision formalisée, il n'y a donc aucune créance de dividendes. Celle-ci présente certaines caractéristiques :

- tout d'abord, le droit de l'associé, une fois la décision de l'assemblée générale prise, se transforme d'un *droit social* en *droit de créance certaine et liquide*. La créance existant dans le chef de l'associé, plus aucune assemblée générale postérieure ne pourra l'annuler, sauf en cas d'accord unanime des associés (ou du moins de ceux vis-à-vis desquels la dette de paiement du dividende doit disparaître). Par voie de conséquence également, le montant de dividendes à distribuer sera porté parmi les dettes au passif du bilan de la société.

L'associé qui devient ainsi créancier à l'égard de la société suite à la mise en distribution de dividendes gardera cette qualité lors d'une *faillite* éventuelle de la société survenue avant le paiement du dividende, de sorte qu'il fera partie de la masse des créanciers ordinaires de la société.

- en revanche, la créance n'est pas encore *exigible*. De ce fait, l'associé ne saurait obliger la société à lui verser son dividende à une *date butoir*, par exemple pendant l'année. Si la mission des dirigeants de mettre en paiement le dividende présente un caractère purement matériel, il appartient aux seuls dirigeants de décider de la date de mise en paiement opportune, si l'assemblée n'a pas déjà statué en la matière. En cas de résistance de la part de ces der-

niers, le droit de réclamer son « dû » appartient à l'assemblée générale et non pas à l'associé pris individuellement<sup>2</sup>. En sens inverse, rien ne s'oppose à ce qu'un associé *renonce à son droit* de participer à la répartition des bénéfices d'un exercice écoulé ; le dividende auquel il aura renoncé viendra augmenter les sommes distribuables aux autres associés ;

- la *créance de dividendes* revient à celui qui est un associé de la société au jour de l'assemblée ayant arrêté la mise en distribution de dividendes. En conséquence, l'acquéreur de droits sociaux a droit aux dividendes non échus, c.-à-d. à ceux qui n'ont pas encore été décidés par l'organe compétent au moment de l'acquisition. En sens inverse, la personne ayant cédé ses droits sociaux avant la date de l'assemblée, n'étant plus un associé au jour pertinent, n'aura aucun droit aux dividendes, même si la distribution provient de la répartition de réserves accumulées durant l'époque où le cédant était associé. En pratique, cette règle supplétive se trouve aménagée conventionnellement, soit dans les statuts, soit dans l'acte de cession, au profit du cédant.

#### b) LA VARIÉTÉ DE DIVIDENDES ET LEUR PAIEMENT

[275] **Dividende annuel.** — Normalement, c'est l'assemblée générale ordinaire qui approuve les comptes sociaux qui détermine également le montant des bénéfices mis en distribution. Les comptes annuels sont arrêtés une fois par an par l'organe de gestion et approuvés par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. C'est à ce moment-là également que l'assemblée décide de l'affectation des résultats : une partie ira à la réserve légale, une autre partie sera utilisée pour doter les réserves statutaires si elles existent, le solde sera à la disposition de l'assemblée. Celle-ci pourra décider de mettre en distribution tout ou partie des bénéfices distribuables. Il s'agira des « *dividendes ordinaires* », parce qu'ils sont décidés lors de

<sup>1</sup> MICHA-GOUDET, Nature juridique des dividendes, *J.C.P.*, 1995, éd. E, 68.

<sup>2</sup> AUTENNE, Dividende non exigible et droit de l'actionnaire, *RPS* 1969, p. 1.

l'assemblée générale annuelle qui arrête les comptes sociaux de l'exercice écoulé. La décision de l'assemblée sera basée sur une proposition d'affectation des bénéfices distribuables de l'organe de gestion ; mais l'assemblée ne sera pas tenue par cette proposition, de sorte à pouvoir changer vers le haut comme vers le bas le montant de la distribution proposée.

L'assemblée générale des actionnaires n'est bien sûr pas obligée de tout distribuer ; par prudence, elle constitue souvent des réserves libres destinées à servir d'autofinancement à la société. Le montant exact des bénéfices distribuables effectivement distribués et réinvestis dans la société peut fortement varier d'une année à l'autre et constitue parfois la source de conflits entre ceux privilégiant une distribution maximale (souvent les actionnaires minoritaires) et ceux préférant un réinvestissement important dans une perspective de développement continu de l'entreprise (souvent les actionnaires majoritaires). Si l'assemblée reporte les bénéfices en avant, ils seront normalement à disposition de l'assemblée statuant sur les comptes sociaux du prochain exercice comptable.

Lorsqu'une société, au lieu de distribuer ses bénéfices, les réinvestit, elle impose à ses actionnaires un sacrifice de revenus. L'autofinancement s'analyse donc en une épargne forcée. Mais ce que l'actionnaire perd en revenus, il le retrouve en capital, puisque l'action représente un droit à une quote-part de l'actif social qui aura augmenté par l'autofinancement. L'actionnaire verra ainsi la valeur de ses actions croître. D'une certaine façon donc, abstraction faite des considérations fiscales dessous, l'actionnaire devrait être indifférent entre la perception de dividendes ou leur réinvestissement dans la société.

Néanmoins, une réduction excessive des bénéfices distribués finit par affecter les cours des actions, conformément à l'adage : « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ! ». La répartition de l'actif social entre les actionnaires n'étant qu'une perspective d'avenir parfois fort théorique, les actionnaires préféreront généralement les actions distribuant des dividendes à celles n'en versant pas. D'où la nécessité pour les sociétés de procéder à une politique de distribution raisonnable, ménageant à la fois les intérêts des actionnaires et les nécessités de financement de l'expansion de la société.

Les difficultés liées à l'autofinancement excessif se font surtout remarquer dans les petites sociétés anonymes, dominées par un cercle restreint d'actionnaires dont la plupart se retrouvent d'ailleurs également au conseil d'administration de la société. En l'absence de cotation en bourse et de liquidité des actions, la politique d'autofinancement profite généralement principalement aux actionnaires majoritaires, soucieux avant tout de réaliser leur projet industriel, ceci d'autant plus que ces action-

naires ayant la maîtrise de l'entreprise, pourront librement décider du moment où ils voudront céder leurs actions. Les actionnaires minoritaires, en revanche, ne pourront ni influencer la politique de distribution, ni trouver des acquéreurs pour leurs titres sociaux : ils sont en quelque sorte prisonniers de la société et se trouvent à la merci des actionnaires majoritaires.

Ceci pose la question de savoir si l'assemblée peut également distribuer en cours d'année, à une date autre que la date de l'assemblée générale annuelle ordinaire, des sommes distribuables. S'il s'agit des bénéfices de l'année sociale en cours, la procédure de l'*acompte sur dividendes* s'appliquera (v. n° [276]). Mais il est également possible que la distribution porte sur des réserves disponibles constituées durant les exercices précédents (on parlera de « *dividendes extraordinaires* »). Il n'y a aucune raison de penser que les modalités de distribution autorisées par la loi constitueraient un système fermé et que, par conséquent, aucune distribution par l'assemblée générale ne serait possible en dehors des cas expressément prévus par la loi. Si la décision de distribuer un dividende sur des réserves existantes sera la plupart du temps prise en assemblée ordinaire annuelle statuant sur les comptes sociaux de l'exercice écoulé, peut donc également être prise à une date différente, antérieure ou ultérieure<sup>1</sup>. Les réserves n'étant disponibles que dans la mesure où elles n'ont pas été entamées par des pertes de l'exercice social en cours, il est sans doute prudent, à défaut de constituer une exigence légale, d'établir une situation intérimaire, afin d'éviter de distribuer des dividendes fictifs (v. n° [282]). Comme les réserves disponibles font partie des sommes distribuables pour déterminer le montant de l'*acompte sur dividendes*, il s'ensuit que l'assemblée des

<sup>1</sup> En détail : DE WOLF, Observations du pouvoir de l'assemblée de procéder en tout temps à la distribution de réserves disponibles antérieurement constituées, *RPS* 1003, p. 389 ; WILLERMAIN, La distribution par l'assemblée générale d'une société anonyme d'un dividende en cours d'exercice, *R.C.J.B.* 2003, p. 571 ; SIMONT/FORIERS, La distribution de réserves disponibles en cours d'exercice, in : *Liber Amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, 2004, p. 597.

actionnaires et l'organe de gestion ont un droit concurrent pour décider la mise en distribution des réserves disponibles<sup>1</sup>.

Si en principe l'assemblée décide souverainement, endéans le montant des sommes distribuables, du montant du dividende, il existe cependant deux situations où l'assemblée perd ce pouvoir de décision. Il se peut tout d'abord que la société ait émise des *actions à dividende prioritaire* sans droit de vote. Dans ce cas, le premier dividende, le dividende prioritaire, est fixé sous forme de pourcentage du nominal des actions dans les statuts (v. n° [698]) ; ce pourcentage s'impose à l'assemblée générale des actionnaires. De même, une société peut prévoir, même pour ses actions ordinaires, une *clause de premier dividende* : celui-ci est égal à un montant représentant un pourcentage déterminé de la valeur nominale des droits sociaux. Il sera obligatoirement distribué s'il existe un bénéfice distribuable, car les statuts font la loi des parties. Par conséquent, l'assemblée ne pouvant faire abstraction des statuts, ni les violer, l'associé ayant un droit sur le versement du dividende statutaire, dès le moment où l'assemblée générale a arrêté les comptes sociaux et déterminé le bénéfice social<sup>2</sup>. La clause de premier dividende est parfaitement valable et doit être distinguée de la *clause d'intérêt fixe* qui attribue à l'associé un bénéfice annuel, même en l'absence de bénéfices distribuables. Cette clause est nécessairement nulle<sup>3</sup>, car elle est susceptible de porter atteinte à l'intégrité du capital social, en ce qu'elle prévoit même, en l'absence de tout bénéfice, le paiement d'un intérêt aux associés. Sur le plan pénal, il y aurait distribution de dividendes fictifs.

**[276]Dividende intérimaire : l'acompte sur dividende.** — L'assemblée n'est cependant pas le seul organe de la société disposant du pouvoir de décider d'une distribution de dividendes. C'est ainsi que dans les sociétés de capitaux (SA, SCA), la loi prévoit la possibilité d'un dividende intérimaire (un « acompte sur dividende »). L'organe compétent pour décider le versement de l'acompte sur dividende est l'organe de gestion (conseil d'administration, gérant-commandité) et non pas l'assemblée. La technique de l'acompte sur

dividende est également pratiquée dans les SARL, et il n'existe aucune raison de l'interdire dans les autres types de sociétés si les statuts le prévoient ainsi (v. n° [823]).

Avant la loi de 1983, la question de la légalité de la distribution d'acomptes sur dividendes était controversée (elle l'est toujours pour la SARL, v. n° [823]). L'article 72-2 L1915 autorise cette distribution depuis lors mais l'entoure de certaines garanties :

- la faculté de distribuer des dividendes intérimaires doit résulter des statuts ;
- la distribution ne peut excéder le bénéfice distribuable réalisé depuis la clôture de l'exercice précédent calculé selon les mêmes méthodes que le bénéfice distribuable annuel (v. n° [281]).

Il faut donc notamment calculer la dotation à la réserve légale ainsi qu'aux réserves statutaires. Le bénéfice distribuable s'obtiendra en retranchant les montants ainsi calculés de la somme du bénéfice de l'année en cours, des réserves distribuables ainsi que des résultats reportés. Certains praticiens en déduisent qu'aucun acompte sur dividende ne pourrait être distribué durant la *première année* d'existence de la société, à défaut d'exercice comptable déjà clôturé. Mais cette lecture est erronée : ce que la loi entend interdire, c'est le versement de dividendes avant que les comptes annuels de l'exercice écoulé n'aient été approuvés par l'assemblée des actionnaires. S'il n'y a pas d'exercice précédent, cette question ne se pose tout simplement pas, de sorte que les sociétés peuvent distribuer un acompte sur dividendes également durant leur premier exercice social.

- le montant distribuable doit résulter de *comptes sociaux* établis à cette fin et dûment vérifiés, quant à l'existence de dividendes distribuables, par l'auditeur de la société. Les comptes sociaux intérimaires audités ne doivent pas dater de plus de deux mois à la date de décision de mise en distribution de l'acompte sur dividende ;

La forme de ces comptes annuels intérimaires n'importe pas ; ce qui compte seulement, c'est que le montant des bénéfices distribuables en ressorte de manière vérifiable. La loi exige à strictement parler que les « *fonds disponibles* » soient suffisants, ce qui pourrait être lu comme exigeant que la société dispose des *liquidités* suffisantes pour la mise en paiement du dividende. C'est évidemment confondre les problèmes de trésorerie et ceux tenant à l'existence de bénéfices.

<sup>1</sup> En ce sens également : BOONE, The distribution of interim dividend by a société à responsabilité limitée, *ALJB* n° 41, 2008, p. 33 (p. 40) ; WINANDY, p. 523.

<sup>2</sup> T'KINT, note sous Tribunal Bruxelles du 7 nov. 1957, *RPS* 1958, n° 4834.

<sup>3</sup> Avant la loi de 1915, la jurisprudence concluait cependant à la validité de la clause ; v. CSJ 3 août 1883, *Pas.*, p. 151,



Ce que la loi exige, c'est que la société dispose de bénéfices distribuables, la manière dont elle finance leur distribution relevant de la gestion financière de la société n'intéressant pas le droit des sociétés.

Lorsque les conditions ci-dessus sont remplies, la décision de la mise en distribution d'un acompte sur dividendes appartient au seul *organe de gestion*.

Par le passé, le moment du dividende intérimaire ainsi que sa fréquence se trouvaient également strictement encadrés. Le premier acompte sur dividende ne pouvait être versé, ni avant la tenue de l'assemblée générale ayant approuvé les comptes sociaux de l'exercice écoulé, ni avant le premier jour du 7<sup>e</sup> mois de l'exercice en cours. Un deuxième et dernier acompte sur dividende pouvait être décidé au plus tôt par l'organe de gestion trois mois après la décision de verser un premier acompte sur dividendes (le 1<sup>er</sup> octobre pour les sociétés clôturant leur exercice comptable au 31 décembre). La loi du 23 mars 2007 a heureusement mis fin à ces conditions inutiles si ce n'est contre-productives, de sorte qu'il est désormais possible de verser durant tout l'exercice social autant de dividendes intérimaires que jugés nécessaires ou opportuns.

L'acompte sur dividende étant basé sur des résultats provisoires de la société, il se peut que les dividendes ainsi distribués excèdent le montant du bénéfice distribuable de l'exercice. Plutôt que d'obliger l'organe de gestion à demander la restitution de l'indu auprès des actionnaires, la partie du dividende ne correspondant pas à des bénéfices distribuables sera reportée sur les prochains exercices et s'amputera sur les mises en distributions de ces exercices.

La situation est différente cependant lorsque l'acompte sur dividende a été distribué en contravention aux dispositions de l'article 72-2 L1915. Les actionnaires doivent dans ce cas restituer à la société les dividendes fictifs, si la société prouve que les actionnaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution au moment du versement du dividende ou qu'ils ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances (art. 72-4 L1915). S'y ajoutent les mêmes responsabilités civile et pénale pour les administrateurs qu'en présence de dividendes fictifs (v. n° [282]). Le montant du bénéfice distribuable devant être vérifié par l'auditeur, celui-ci pourra également voir sa responsabilité mise en cause, si l'une des conditions de l'article 72-2 L1915 n'a pas été respectée.

**[277] Boni de liquidation.** — Sur le plan des principes, le partage des bénéfices ne devrait avoir lieu qu'au moment de la dissolution de la société, car ce n'est

qu'à ce moment-là que celui-ci pourra être déterminé sur la base de l'ensemble des opérations effectuées par la société durant son existence. C'était d'ailleurs la seule règle envisageable en matière de partage des bénéfices jusqu'à l'époque de COLBERT. Mais la nécessité de trouver des capitaux à l'époque de la révolution industrielle a créé un usage permettant aux associés de partager les bénéfices également en cours de vie sociale. La loi de 1915 a codifié cet usage. Les bénéfices mis en distribution n'étant pas récupérables auprès des associés, en cas de pertes subséquentes, on ne saurait cependant assimiler le dividende annuel à une distribution partielle du boni de liquidation anticipé; il s'agit en fait d'une rémunération définitive des apports des associés que ceux-ci ont décidé vouloir faire échapper aux aléas sociaux, ce qui aurait été le cas, si les bénéfices sociaux avaient été réinvestis dans la société.

Si la répartition du boni de liquidation, s'il y en a un, ne peut être écartée au profit des associés, car il s'agit de l'essence même du contrat de société (apporter en vue d'en retirer des bénéfices), les associés ne disposent cependant d'aucun droit juridique sur une distribution annuelle des bénéfices; le rôle de l'assemblée des associés n'est pas seulement de constater l'existence de bénéfices distribuables, mais également de décider de leur répartition éventuelle entre les associés. De ce fait, les bénéfices distribuables peuvent être répartis annuellement entre les associés, mais il peut également être décidé de différer la mise en distribution des bénéfices distribuables, en les reportant sur l'exercice suivant, ou en les transférant à des postes de réserves. Il est tout à fait licite pour une société de mettre, au besoin chaque année, les bénéfices en réserve, afin d'utiliser les sommes ainsi conservées pour financer des investissements futurs. Les associés profiteront évidemment de cette *non-distribution*, de façon indirecte, par voie d'une augmentation de la valeur de leurs titres, ou de façon directe, au moment de la

liquidation de la société<sup>1</sup>. Le boni de liquidation sera d'autant plus élevé que la société aura thésaurisé ses bénéfices.

Le principe d'une répartition annuelle, communément pratiqué, n'est donc nullement imposé par la loi; l'assemblée générale, sous réserve de ne pas commettre un abus de majorité, peut valablement déclarer la *mise en réserve systématique des bénéfices sociaux*; en ce cas, la vocation de chaque associé se trouve reportée sur le boni de liquidation, lorsque la société sera liquidée. Sous réserve de ce qui a été dit en matière d'abus de majorité (v. n° [250] et s.), on peut même aller plus loin et affirmer qu'il devrait être possible de constituer une *société sans dividende*, c.-à-d. une société où les bénéfices ne seraient distribués aux associés qu'au jour de sa liquidation<sup>2</sup>. En effet, si la vocation même d'une société est de rémunérer les associés en raison de leurs investissements en capital, aucune règle de droit des sociétés n'impose cependant un rythme prédéfini au partage des résultats. Celui-ci sera effectué, la plupart du temps, sur une base annuelle. Mais rien n'empêche que ce moment soit différé au jour où la société vient à disparaître. Ce qui importe seul, c'est que les associés disposent d'un droit à obtenir un partage des bénéfices, à la date fixée dans les statuts. En principe, une telle manière de procéder ne saurait nuire aux intérêts financiers des associés, qui pourront toujours encaisser leur droit sur les réserves en vendant tout ou partie de leurs droits sociaux.

Exemple : A détient 10% du capital de la société au capital de 1 000 ; la société n'ayant pas distribué de dividendes, ses réserves s'élèvent à 5 000. A détient donc un droit sur les réserves pour un montant de 500, ce qui lui permettra normalement de vendre ses droits sociaux pour un prix de  $100 + 500 = 600$ .

**[278] Paiement du dividende.** — Le paiement peut être fait en une seule fois (dividende annuel), ou de

manière fractionnée (acomptes sur dividendes). Il est uniquement fait à l'associé titulaire des droits sociaux, sauf accord de l'associé autorisant que le paiement soit fait à une autre personne, tel son époux<sup>3</sup>.

En principe, le dividende est payé *en numéraire* (X euros par actions), par virement de la créance de dividende sur le compte bancaire de l'associé.

Les statuts, tout comme l'assemblée, peuvent cependant également offrir aux actionnaires une option entre le paiement du dividende en numéraire et son *paiement sous forme d'actions nouvelles*. Cette option, qui ne porte que sur le mode de paiement du dividende, ne remet pas en cause sa nature juridique ; les actions nouvelles sont réputées souscrites en numéraire par l'actionnaire qui libère son apport par compensation avec sa créance de dividende qu'il détient contre la société. L'émission de droits sociaux gratuits n'enrichit pas véritablement son bénéficiaire, puisque la valeur de l'ensemble des actions détenues par l'associé ne change pas ; elle ne constitue de ce fait pas non plus un revenu imposable pour l'actionnaire et échappe du coup pas à l'obligation de perception de retenue à la source applicable en cas de versement de dividendes<sup>4</sup>.

Exemple : La société a émis 100 000 actions d'une valeur nominale de € 50 chacune. Elle dispose par ailleurs de réserves distribuables de € 2 500 000. La valeur réelle d'une action est donc égale à sa valeur nominale, à laquelle il y a lieu d'ajouter la quote-part d'une action dans les réserves distribuables, soit € 25 ( $= 2\,500\,000 / 100\,000$  actions), soit au total € 75.

Supposons que la société décide de distribuer un dividende de € 2 500 000 sous la forme d'actions gratuites. Ceci entraînera une émission d'actions nouvelles de 50 000 actions ( $= 2\,500\,000 / 50$ ).

Si un actionnaire possède 10 000 actions, il recevra 5 000 actions gratuites. Avant distribution des actions gratuites, son portefeuille valait  $10\,000 \text{ actions} \times 75 = € 750\,000$ . Il dispose maintenant de 75 000 actions valant chacune plus que € 50, ce qui laisse donc inchangée la valeur de son patrimoine.

<sup>1</sup> La seule limite à la mise en réserve est l'*abus de majorité* ; v. n° [248].

<sup>2</sup> MASSART, La société sans dividende, in : *Mélanges Michel Germain*, Paris, 2015, p. 525.

<sup>3</sup> NAUDIN, Seul l'époux associé a qualité pour percevoir les dividendes, *Rev. sociétés* 2015, p. 190.

<sup>4</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

Bien que cela soit plus rare en pratique, rien n'empêche non plus un versement de dividende *en nature* (« dividende en nature »), par exemple sous la forme d'une distribution de biens immobiliers appartenant à la société.

La *date de mise en paiement* des dividendes résultera souvent des statuts. À défaut, l'assemblée des actionnaires décidera de la date de mise en paiement, ou laissera le soin d'en arrêter la date à la gérance de la société. La gérance disposera dans ce cas d'un droit discrétionnaire pour arrêter la date de paiement du dividende, le versement du dividende pouvant même être effectué avec un décalage temporel important, parce que, par exemple la société a rencontré d'importantes difficultés financières<sup>1</sup>. S'il n'existe donc pas de date limite au bout de laquelle les dividendes doivent avoir été distribués, les associés devront cependant garder à l'esprit que les *dividendes non réclamés* dans un délai de cinq ans se prescrivent au profit de la société (art. 157 L1915). Le point de départ du délai de prescription se calculera puis la date où la créance de dividendes est née.

Lorsque *l'associé cède son droit social* après la prise de décision par l'assemblée mais avant la mise en distribution du dividende, la question de la personne ayant droit au dividende n'est pas claire : s'il est sans doute acquis que le dividende ne constitue pas un fruit civil qui s'acquiert au jour le jour, mais un droit naissant suite à la décision de l'assemblée, on peut cependant hésiter si la qualité d'actionnaire revient à celui qui a été actionnaire au jour de l'assemblée ou à celui qui est actionnaire au jour de la distribution<sup>2</sup>.

**[279]Aspects fiscaux de la politique de distribution**

<sup>1</sup> AUTENNE, Dividende non exigible et droit de l'actionnaire, *RPS* 1969, n° 5 461, p. 1. Certains estiment cependant qu'en vertu du principe d'annualité le dividende devrait être mis en distribution au plus tard à la fin de l'exercice comptable où l'assemblée décide de la mise en distribution. Sur la controverse v. MALHERBE/LAMBRECHT, *Précis de droit des sociétés*, n° 1122.

<sup>2</sup> JADAUD, la répartition des bénéfices sociaux ente cédant et cessionnaire de parts sociales, *Semaine Juridique (JCP)*, 1996, éd. E, n° 48, p. 494.

**des bénéfiques sociaux.** — L'impôt sur le revenu de collectivités frappe les bénéfiques sociaux, qu'ils soient ou non distribués. Au contraire, l'impôt sur le revenu des personnes physiques ne frappe que les dividendes effectivement perçus par les actionnaires. Ces dividendes sont imposés à hauteur de 50% seulement, afin de tenir compte de la double imposition économique, quoique au taux d'imposition marginal ordinaire de l'actionnaire. Avec un taux marginal d'imposition de l'ordre de 40%, le taux effectif d'imposition sera donc la plupart du temps de 20%. Les gains de cession que les associés sont susceptibles de réaliser au moment de la cession de leurs actions dans la société échappent en principe à l'impôt, sauf si la cession a eu lieu dans les six mois de leur achat, ou si le cédant détient 10% au moins du capital de la société. De prime abord, donc, l'autofinancement est fiscalement avantageux et préférable au versement de dividendes. Le régime fiscal luxembourgeois encourage donc les sociétés à réinvestir leurs bénéfices plutôt qu'à les distribuer.

2. LA DÉTERMINATION DU MONTANT DES SOMMES DISTRIBUABLES

**[280]Du bénéfice comptable ....** — Les sociétés déterminent chaque année leur *résultat comptable*. Le résultat s'obtient en comparant les charges aux produits. Lorsque la différence entre les produits et les charges d'une société est positive, son résultat net affiche un *bénéfice*. Quand cette différence est négative, on parle de déficit ou de *perte*. Dans la plupart des cas, les sociétés dégageant un bénéfice sont soumises à l'impôt sur les sociétés (appelé « impôt sur le revenu des collectivités »). La part restant après imposition est alors appelée *bénéfice net*. Ce bénéfice net est ensuite réparti entre les associés sous forme de *dividendes* et la société elle-même, sous la forme de réserves comptables, pour accroître sa capacité d'autofinancement.

Il existe deux grandes techniques comptables en matière de constatation du bénéfice net comptable d'une société. La société peut recourir à un système de *comptabilité de caisse* : les recettes sont dans ce cas comptabilisées au moment de l'encaissement

des produits, et les dépenses au moment du paiement des charges. Le système de *comptabilité d'engagement*, par contre, implique que les recettes et les dépenses soient comptabilisées, dès qu'elles sont certaines dans leur principe et déterminées dans leur montant, et cela même si elles ne sont pas encore payées. La comptabilité d'engagement est une méthode dans laquelle les produits et les charges engendrés par l'activité de l'organisme sont enregistrés au cours de l'exercice pendant lequel les faits générateurs desdits produits et charges ont été constatés, la date d'encaissement ou de décaissement des fonds n'étant pas prise en compte. C'est ainsi qu'une vente conclue en l'année 01 est constatée en comptabilité l'année 01, même si elle n'est encaissée qu'en 02. En comptabilité de caisse, par contre, la constatation comptable du bénéfice sera retardée jusqu'en 02.

Les sociétés appliquent la technique de la comptabilité d'engagement. Il n'en a pas toujours été ainsi : au XIV<sup>e</sup> siècle, suite à plusieurs scandales financiers, où la société répartissait entre les associés des bénéfices en provenance d'opérations encours *en cours de réalisation*, le procureur général français DUPIN exprima une thèse devenue célèbre : « on ne partage pas des espérances, même bien fondées ; on ne partage pas une clause, mais des écus. Un dividende, avant sortir de la caisse, doit d'abord y être entré ». Par cette formule, largement commentée en doctrine, le procureur DUPIN inversa la conception du bénéfice acquis qui avait cours jusqu'alors : une distribution de dividendes ne pouvait baser que sur *un bénéfice ayant fait l'objet d'un encaissement*. On revenait ainsi aux conceptions traditionnelles en matière de distribution des bénéfices de liquidation.

Cette conception restrictive du bénéfice acquis n'allait cependant pas s'imposer sur le long terme. Sans tenter une définition précise de ce que pouvait être un bénéfice « acquis », la jurisprudence glissa progressivement vers un concept de « bénéfice actuel » qui ne devait « pas se faire attendre de longues années », et d'un « bénéfice encaissé » à un bénéfice qui devait uniquement faire l'objet « d'un encaissement prochain ». Au fil des arrêts, il devenait de plus en plus clair que le bénéfice distribuable ne devait pas nécessairement être « liquide », mais *le résultat d'opérations totalement réalisées ou presque*. Ce n'était rien d'autre que de dire que le dividende distribuable pouvait résulter d'une comptabilité d'engagement.

**[281].... au bénéfice distribuable.** — Si les dividendes sont en premier lieu financés sur base du bénéfice net de l'année, certains ajustements doivent cependant être opérés, afin d'obtenir la *somme distribuable*. La somme distribuable comprend le bénéfice net de l'exercice, auquel s'ajoute l'éventuel report bénéficiaire (ou se retranchent les éventuelles pertes antérieures) et se déduisent les dotations aux réserves

obligatoires et statutaires (v. n° [205] et s.). L'article 72-1 L1915 formule cette idée autrement, tout en disant exactement la même chose : « (...) aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque, à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer ». Quoique limité dans sa formulation aux seules sociétés par actions, cet article énonce une idée fondamentale s'appliquant dans toutes les sociétés : on ne peut distribuer que l'excédent comptable procuré par la gestion sociale. Formulé autrement : la distribution doit laisser intact le montant capital augmenté des réserves non-distribuables.

Exemple :

La société clôture son exercice comptable comme suit :	
- capital social (1 000 actions • 1 000):	1 000 000
- réserve légale :	92 000
- réserves statutaires :	200 000
- réserves libres :	130 000
- report à nouveau bénéficiaire :	50 000
- bénéfice de l'exercice :	100 000

Sachant que les statuts prévoient une allocation automatique aux réserves statutaires de 10% l'an calculé sur le bénéfice de l'exercice, l'organe de gestion demande à son conseiller juridique de calculer le montant du bénéfice distribuable.

Le conseiller juridique procède en deux étapes. Il détermine d'abord le montant susceptible d'être distribué sur base des chiffres de l'exercice écoulé, soit :

- réserves libres :	130 000
- report à nouveau bénéficiaire :	50 000
- bénéfice de l'exercice :	<u>100 000</u>
total	280 000

Mais cette somme n'est pas égale au montant de bénéfice distribuable, car il faut déduire les dotations à la réserve légale ainsi qu'aux réserves statutaires :

- total théorique	280 000
- /. réserve légale (= 100 000 x 5%):	5 000
- /. réserves statutaires (= 100 000 x 10%):	<u>10 000</u>
= bénéfice distribuable	265 000

C'est à l'assemblée générale de décider du montant du dividende. En approuvant les comptes, elle peut en outre voter la distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. Il existe deux catégories de réserves, les unes étant facultatives et les autres obligatoires. La distribution ne saurait

porter que sur les premières. En outre, dans les sociétés à risque limité la loi prévoit que, à peine de nullité, il doit être fait, sur le bénéfice de l'exercice, diminué le cas échéant des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'une « réserve légale » qui cesse d'être obligatoire lorsqu'elle atteint le dixième du capital social.

La loi (art. 72 L1915 pour les SA) prévoit l'obligation de doter la réserve légale dans la mesure où il existe des « bénéfices nets ». Ce terme peu comptable (on pourrait penser qu'il existerait un « bénéfice brut » ce qui n'est pas le cas), renvoie sans doute à l'idée que la dotation à la réserve légale doit être faite avant toute distribution de dividendes aux associés. Comme la distribution de dividendes est calculée après déduction des pertes reportées, il s'ensuit que la *dotation à la réserve légale* se détermine, le cas échéant, après déduction des pertes reportées. Ainsi, p.ex., si la société a un report de pertes de 1 000 tout en ayant réalisé des bénéfices de 1 500 durant l'exercice écoulé, la dotation à la réserve légale se calcule comme suit :  $10\% \cdot (1\,500 - 1\,000) = 50$ .

La *prime d'émission* constitue une réserve indisponible ou distribuable, selon la décision prise par les actionnaires au moment de sa constitution<sup>1</sup>.

Le bénéfice distribuable effectivement mis en distribution sera réparti entre les différents actionnaires. Le dividende est *fixé par action* (p.ex. : € 2 par action). Il faut bien sûr tenir compte des clauses statutaires accordant éventuellement un dividende prioritaire aux actions privilégiées (v. n° [980]), ainsi que d'un premier dividende éventuel calculé sous la forme d'un pourcentage du montant libéré et non amorti des actions (p.ex. : 5% sur la valeur nominale des actions). Les actions de jouissance n'ont pas droit à ce premier dividende, mais participeront à la distribution du solde souvent appelée « superdividende ».

Exemple : Supposons un bénéfice distribuable de € 265 000, l'assemblée ayant décidé une mise en distribution de 70%. Si le capital social est composé d'actions ordinaires (50%) et privilégiées (50%), les actions privilégiées bénéficiant d'un dividende supplémentaire prioritaire de 5%, les statuts prévoyant par ailleurs un premier dividende commun de 3%, le droit aux dividendes se calculera comme suit :

- bénéfice distribuable : € 265 000
- bénéfice distribué : € 185 500 (= 265 000 x 70%)

- dividende prioritaire : € 25 000 (= 1 000 000 x 50% x 5%)
- dividende prioritaire par action : € 50 (= 25 000/500 actions)
- premier dividende : € 4 815 (= 160 500 x 3%)
- premier dividende par action : € 4,82 (= 48 500/1 000)
- superdividende : € 155 685 (= 185 500 - 25 000 - 4 815)
- superdividende par action : € 155,69

Une action privilégiée perçoit donc :  $50 + 4,82 + 155,69 = € 210,51$ , l'action ordinaire :  $4,82 + 155,69 = € 160,51$ . À titre de contrôle, en additionnant le total perçu par les actions privilégiées (= 500 x 210,51) et ordinaires (= 500 x 160,51), on obtient € 185 500 (aux différences d'arrondi près), soit le montant effectivement distribué.

## B. LES SANCTIONS EN CAS DE VERSEMENT DE DIVIDENDES FICTIFS

**[282] Concept de dividendes fictifs<sup>2</sup>.** — Tout dividende distribué en violation des règles relatives à l'existence des bénéfices distribuables (v. n° [281]) constitue un dividende fictif.

Exemple : La société a le bilan suivant :

Capital social	100
Prime d'émission	200
Réserve légale	10
Réserves libres	0
Pertes reportées	./ 160
Bénéfice de l'exercice	50
Capitaux propres	200

Le bénéfice distribuable s'établit dans ce cas à :  $200$  (capitaux propres) -  $100$  (capital social) -  $10$  (réserve légale) =  $90$ . On arrive évidemment au même résultat que la méthode soustractive en additionnant les différents postes à prendre en considération (on supposera que la prime d'émission est qualifiée de distribuable par les statuts) :

Prime d'émission	200
Réserves libres	0
Pertes reportées	./ 160
Bénéfice de l'exercice	50
= Bénéfices distribuables	90

Une distribution excédant un montant de 90 serait donc constitutive d'un dividende fictif pour la partie du montant dépassant 90 (p. ex. : si le dividende versé est de 120, il sera fictif à hauteur de  $120 - 90 = 30$ ).

<sup>1</sup> STEICHEN, La prime d'émission, *Bull. Dr. & Banque* n° 25, 1996, p. 53.

<sup>2</sup> BECQUEY, *La distribution de dividendes fictifs*, Paris, 1939 ; VOUTSIS, *La Distribution de dividendes fictifs : conséquences pénales et civiles*, Paris, 1965.

Cette distribution est *périlleuse à trois égards* :

- *pour la société* : les dividendes distribués aux associés existent bel et bien. Ce qui est fictif en revanche, ce sont les bénéfices. Autrement dit, en distribuant de faux bénéfices, on distribue en réalité le capital social. Saignée à mort, la société considérée se vide ainsi de sa substance. Cette situation de prospérité apparente, fallacieuse, abuse également dangereusement les tiers ;
- *pour les créanciers de la société* : le capital social constitue leur gage. Par conséquent, s'il est distribué entre les associés, ils perdent leur garantie.
- enfin, *pour les tiers en général* : La distribution de bénéfices laisse penser que la société est prospère puisqu'elle peut distribuer des sommes d'argent. Les tiers sont alors dupés sur la situation réelle de celle-ci.

**[283] Sanctions pour les dirigeants.** — Devant la gravité de ces risques, le législateur a prévu certaines conséquences visant à éviter que de telles situations ne se rencontrent en pratique. En sanctionnant la distribution de dividendes fictifs, le législateur protège dans le même temps les créanciers sociaux, les associés, mais aussi la société. Ces objectifs ne se rencontrent réellement que dans les *sociétés à risque limité*, où le capital social est le gage unique des créanciers. Pour cette raison, les sanctions attachées aux versements de dividendes fictifs sont limitées à ces sociétés seulement.

Sur le *plan pénal*, les dirigeants de sociétés de capitaux et de SARL s'exposent à des peines sévères (jusqu'à deux ans de prison et/ou jusqu'à € 125 000 d'amende ; art. 167 L1915<sup>1</sup>). L'infraction doit avoir un

*élément matériel*, ce qui implique qu'elle doit nécessairement se matérialiser par un fait extérieur. Il faut donc une « répartition », c.-à-d. un versement opéré au profit des associés ; les propositions de versement de dividendes fictifs repoussées par l'assemblée ne sont de ce fait pas punissables. L'*élément moral* de l'infraction requiert que l'auteur ait eu connaissance des inexactitudes comptables et du caractère fictif du dividende distribué, et ceci quel qu'en soit le mobile (dol général). Par conséquent, le délit n'est pas constitué lorsque le dirigeant social ne découvre qu'après coup l'inexactitude des comptes, qui a entraîné une distribution de dividendes fictifs, sans qu'il ne le sache.

Souvent, le dividende fictif résultera de *faux bilans*, ce qui peut en sus aboutir à une condamnation pour usage de faux. La fraude consiste soit à majorer l'actif de la société, soit à minorer le passif de celle-ci. L'*inexactitude « à la hausse »* a pour but de faire apparaître les résultats pour meilleures qu'ils ne sont. Elle consiste à surévaluer des éléments d'actifs ou à simuler même l'existence d'éléments d'actifs, qui en réalité n'existent pas. Au contraire, l'*inexactitude « à la baisse »* est destinée à présenter la société sous un jour beaucoup plus favorable. Elle consiste à sous-évaluer une dette ou tout simplement à omettre d'inscrire à l'inventaire une charge.

Sur le *plan civil*, la distribution de dividendes fictifs constitue une infraction à la loi et donc une faute de régularité (v. n° [282]) susceptible d'engager la responsabilité civile des administrateurs, si le versement de dividendes fictifs a causé un préjudice pour la société (p.ex. : le versement du dividende fictif a entraîné la faillite de la société). La mission de l'auditeur n'étant ni de vérifier le montant des distributions, ni de révéler l'existence de dividendes fictifs à l'assemblée, mais seulement de vérifier les comptes sociaux, l'auditeur n'encourra aucune responsabilité, ni pénale, ni civile,

<sup>1</sup> Art. 167 L1915 : « Sont punis de la même peine (emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement), les gérants ou administrateurs qui, en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré la répartition aux actionnaires de dividendes ou d'intérêts non prélevés sur les bénéfices réels ainsi que les administrateurs ou gérants qui contrevenaient aux dispositions des articles 72-2 et 198bis ». Article 72-2 (1) L1915 :

« Il ne peut être procédé à un versement d'acomptes sur dividendes que si les statuts autorisent le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à le faire. Ce versement est en outre soumis aux conditions suivantes : (...) » ; Art. 198bis L1915 : « (1) Il ne peut être procédé à un versement d'acomptes sur dividendes que si les statuts autorisent les gérants à le faire. Ce versement est en outre soumis aux conditions suivantes : (...) ».

en cas de distribution de dividendes fictifs.

**[284]Sanctions pour les associés : l'obligation de restitution des dividendes fictifs reçus en connaissance de cause.** — Le versement régulier de dividendes a été, courant le XIV<sup>e</sup> siècle, une concession de la logique juridique à la pratique des affaires, car on s'était rendu compte qu'il ne serait pas possible de contraindre les associés à attendre le terme de la société pour en retirer les fruits. La deuxième concession était qu'il paraissait difficile d'exiger la restitution des dividendes ainsi versés, en cas de liquidation déficitaire. Il en a résulté la règle que tout dividende régulièrement versé était définitivement acquis par les associés.

Par contre, il n'y avait aucune raison d'épargner les associés, s'ils avaient perçu des dividendes fictifs. La réalité du bénéfice est en effet une condition essentielle de la régularité de la distribution. Il n'est que logique que les associés soient obligés à restituer les dividendes reçus irrégulièrement, car ils n'auraient jamais dû les encaisser en premier lieu. L'art. 72-4 L1915 prévoit du coup que : « toute distribution faite en contravention aux articles (...) doit être restituée par les actionnaires qui l'ont reçue (...) ». De par ces dispositions, le législateur s'efforce de préserver l'intangibilité du capital social, en dissuadant les dirigeants de dissiper sa substance. L'action en répétition de dividendes fictifs tend à rétablir la réalité juridique par la sommation faite à l'associé qui aurait perçu ces dividendes de les restituer dans les caisses la société. C'est ce qu'on appelle la « *répétition des dividendes* ». Cette obligation de restitution est prévue à l'art. 72-4 L1915<sup>1</sup> en ce qui concerne

les sociétés par actions et à l'article 201 L1915<sup>2</sup> pour les SARL. Elle doit être exercée endéans 5 ans de la date du versement<sup>3</sup>. Cela signifie qu'au-delà de ce délai, l'associé qui aurait reçu même si de manière irrégulière, un dividende ne pourra plus être poursuivi pour la restitution ; la prescription sera éteinte.

L'action en restitution des dividendes fictifs n'est cependant ouverte que « (...) si la société prouve que ces actionnaires connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer, compte tenu des circonstances. » On peut songer par exemple aux situations où les actionnaires auraient participé de concert avec la société distributrice à un montage, afin de soustraire le capital social aux créanciers sociaux, en raison de la faillite imminente de la société. En sens inverse, les associés échapperont à l'obligation de restitution s'ils ont perçu en toute bonne foi les dividendes fictifs. Il appartiendra au demandeur de l'action à démontrer qu'ils ne l'étaient pas, ce qui sera sans doute assez facile à établir si les dividendes fictifs ont été versés en l'absence de tout état financier. Par contre, lorsqu'un bilan a été établi et vérifié par un homme de l'art, c.-à-d. si toutes les garanties extérieures organisées par la loi ont été respectées, les associés seront présumés être de bonne foi.

Un parallèle peut être fait à ce sujet avec les dispositions équivalentes pour les sociétés en commandite simple. Avant la Loi de 1915, la loi ne réglait pas l'action en répétition pour les sociétés de personnes. On appliquait du coup les règles des articles 1376 et suivants du Code civil, ce qui avait pour conséquence que la bonne foi des associés ne pouvait les faire échapper

<sup>1</sup> Art. 72-4 L1915 : « Toute distribution faite en contravention aux articles 72-1, 72-2, 72-3 ainsi qu'à l'article 72ter de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises doit être restituée par les actionnaires qui l'ont reçue, si la société prouve que ces actionnaires connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer, compte tenu des circonstances ».

<sup>2</sup> Article 201 L1915 : « La répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis est admise contre les associés qui les ont reçus. (...) ».

<sup>3</sup> Art. 157 (SA) : « Sont prescrites par cinq ans : - toutes actions de tiers contre les associés ou actionnaires à partir de la publication, soit de leur retrait de la société, soit d'un acte de dissolution, soit de l'arrivée de son terme contractuel ; - toutes actions de tiers en restitution de dividendes indûment distribués, à partir de la distribution ; (...) » ; art. 201 L1915 (SARL) : « (...) L'action en répétition se prescrit par cinq ans à partir du jour de la répartition ».

per à la répétition, leur mauvaise foi les obligeant même à restituer les intérêts des sommes perçues (art. 1378 C.civ.). Cette solution s'expliquait par le fait que les associés des sociétés de personnes étaient la plupart du temps mieux au fait des affaires sociales que les actionnaires dans les sociétés anonymes. Mais cette solution n'était pas entièrement justifiée pour les commanditaires dans les sociétés en commandite simple. Pour cette raison, l'ancien article 17 Loi de 1915 retint que : « L'associé commanditaire peut être contraint par les tiers à restituer les intérêts et les dividendes qu'il a reçus s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société et, dans ce cas, s'il y a fraude, mauvaise foi ou négligence grave de la part du gérant, le commanditaire pourra le poursuivre en paiement de ce qu'il aura dû restituer. » Cet article a été modifié par la loi du 12 juillet 2013, en ce sens que le droit à restitution vis-à-vis des commanditaires n'existera dorénavant que dans la mesure où un droit à restitution aura été prévu dans les statuts<sup>1</sup>.

### § 3. L'EXERCICE DES DROITS POLITIQUES ET FINANCIERS PAR LES « ASSOCIÉS ÉCLATÉS »

**[285] Présentation.** — La plupart du temps, les droits sociaux sont détenus par une seule personne. Mais cette règle n'est pas obligatoire. Ainsi, plusieurs personnes peuvent détenir en commun des droits sociaux dans le cadre d'une indivision (A), tout comme elles peuvent démembler le droit de propriété sur un droit social dans le cadre de l'usufruit et la nue-propriété (B).

#### A. LES DROITS SOCIAUX DÉTENUS EN COPROPRIÉTÉ : L'INDIVISION

**[286] Qualité d'associé dans l'indivision.** — L'indivision est une situation juridique dans laquelle *plusieurs personnes exercent des droits de même nature sur un même bien* ou sur une même masse de biens, sans pour autant que leurs parts respectives se trouvent matériellement divisées. En pratique, l'indivision peut résulter de l'achat d'un bien à plusieurs, mais elle peut

<sup>1</sup> Art. 19 L1915 : « Les distributions et remboursements aux associés, ainsi que les conditions dans lesquelles la société en commandite simple peut demander leur restitution, sont régis par le contrat social. »

aussi avoir lieu dans de nombreuses autres situations (divorce des époux, décès, ...). L'indivision se retrouve notamment en matière de succession lorsque, après le décès, les biens du défunt appartiennent à ses héritiers, sans que leurs parts respectives soient matériellement individualisées. Chaque indivisaire se voit alors attribué une quote-part. La fin de l'indivision n'aura alors lieu qu'à l'issue du partage des biens, ce dernier pouvant parfois n'être effectué qu'après plusieurs années. Les indivisaires s'exposent alors aux risques nés des contraintes de l'indivision, la principale étant l'unanimité exigée pour les prises de décision les plus importantes.

Lorsqu'elle porte sur des droits sociaux, l'indivision est caractérisée par l'existence de droits communs portant sur les droits d'associé, celui-ci constituant une masse commune indivise. On peut du coup hésiter quant à la question de savoir qui, parmi les personnes dans l'indivision, serait l'*associé*. Serait-ce l'indivision seule<sup>3</sup> ? Comme l'indivision n'a pas la personnalité morale, une telle conclusion semble difficile à justifier. L'opinion d'Alain Viandier, selon laquelle *le statut d'associé devrait être reconnu à chaque indivisaire*, emporte dès lors la conviction<sup>4</sup>. C'est d'ailleurs l'approche implicitement adoptée par le législateur, qui permet à chacun des coindivisaires de participer aux assemblées d'associés<sup>5</sup>. Les indivisaires ayant tous la qualité d'associé, chaque indivisaire est titulaire d'une quote-

<sup>2</sup> ANSAULT, La consécration du droit de participation des indivisaires aux assemblées d'associés, *Actes pratiques & Ingénierie financière*, mai-juin 2014, p. 1 ; FLOUR, La qualité d'actionnaire et l'indivision, *Rev. soc.* 1999, p. 569 ; SEGUR, Le sort des parts sociales en régime de communauté, *Rev. soc.* 1959, p. 140.

<sup>3</sup> ESCARRA/RAULT, n° 588.

<sup>4</sup> VIANDIER, *La notion d'associé*, th., Paris, 1978, n° 239 ; en ce sens déjà : HEMARD et alii, n° 616.

<sup>5</sup> Art. 73 in fine : « Le droit à communication des documents, appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions. Ils peuvent assister aux assemblées générales, mais avec droit de vote ou voix consultative seulement selon les cas. »



part de la masse indivise de droits sociaux détenus en indivision.

**[287]Nécessité de passer par un mandataire commun.** — Si chaque indivisaire est ainsi un associé, la copropriété des titres qu'il détient n'est cependant pas sans conséquence sur l'exercice de ses prérogatives d'associé. Il est évident en effet que les pouvoirs de l'associé indivis sont étroitement liés aux mesures à prendre. Si certaines prérogatives, qui traduisent les droits politiques de l'associé, peuvent sans doute être exercés seules, d'autres prérogatives, celles se rattachant aux actes de disposition, ne peuvent être exercées que par l'indivision en tant que collectivité.

Dans les sociétés par actions (SA, SAS, SCPA), le législateur a trouvé la parade, en prévoyant que les indivisaires sont représentés par un mandataire unique aux assemblées d'associés (art. 38 L1915)<sup>1</sup>. Tant que ce mandataire unique n'aura pas été désigné, la société par actions pourra *suspendre l'exercice du droit de vote* aux assemblées, sans préjudice du droit des actionnaires indivisaires d'obtenir les mêmes informations que celles disponibles aux autres actionnaires (v. n° [1001]). La formulation de l'article 38 L1915 est suffisamment large pour inclure la possibilité pour le coindivisaire, à défaut d'accord sur la personne, de demander la *désignation du mandataire commun par la voie judiciaire*. Le mandataire commun ayant pour mission de voter en assemblée, c.-à-d. de poser un acte juridique, les indivisaires, qui sont des associés, ne sont pas empêchés pour autant d'*assister à l'assemblée* ; il

<sup>1</sup> Article 38 L1915 : « S'il y a plusieurs propriétaires d'une action ou coupure d'action, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents, à l'exclusion du droit à l'information prévu à l'article 73, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action ou de la coupure ». L'article 38 L1915 ne concerne que les droits conférés par l'indivision, et ne porte donc pas également sur les charges de l'indivision. Aussi, la société ne pourra pas poursuivre pour le tout l'un des indivisaires, en vue de la libération intégrale de l'action. En ce sens FREDERICQ, t. IV. n° 348 ; contra, RESTEAU, *Sociétés anonymes*, n° 638.

s'agit d'un simple fait juridique hors du champ du mandat donné au représentant des indivisaires<sup>2</sup>.

Le principe de l'indivisibilité de l'action ne jouant que dans les sociétés par actions ainsi que la SARL (art. 186 L1915)<sup>3</sup>, il appartiendra aux *statuts* de régler le mode d'exercice du droit de vote de droits sociaux indivis dans les *autres types de sociétés*. À défaut de dispositions statutaires, chaque coindivisaire pourra assister aux assemblées, parce que chacun d'eux est associé dans la société. Il en est de même de leur mandataire commun, qui exercera seul le droit de vote des coindivisaires.

Normalement, l'indivision n'est qu'un état temporaire, la *sortie de l'indivision* étant réalisée, soit par attribution des parts sociales indivises à l'un des coindivisaires (avec compensation financière pour les autres), soit par la répartition entre eux des parts sociales indivises (p.ex. : 50 parts sociales à l'un et 50 parts sociales à l'autre), soit par la vente des parts sociales avec répartition du prix.

**[288]Droits financiers.** — En tant que copropriétaires des droits sociaux, chacun des indivisaires a la qualité d'associé, mais la propriété collective implique l'indivisibilité des prérogatives y afférentes et donc leur exercice collectif. Les droits sociaux détenus en indivision peuvent rapporter de l'argent sous la forme de dividendes. Ces dividendes seront versés sur le compte en indivision pour ensuite être répartis entre les coindivisaires en fonction de leur quote-part de détention. Enfin, pour sortir de l'indivision, les coindivisaires ont

<sup>2</sup> PORACCHIA/BARBIER, Le copropriétaire indivis de droit sociaux est un associé qui a le droit de participer aux décisions collectives, *BJS* 2014, p. 212.

<sup>3</sup> Art. 186 L1915 : « S'il y a plusieurs propriétaires d'une part, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents, à l'exclusion du droit à l'information prévu à l'article 73, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de la part ». L'article 38 L1915 ne s'applique qu'en ce qui concerne les droits conférés par l'indivision, mais non pas aux charges de l'indivision. Aussi, la société ne pourra pas poursuivre pour le tout l'un des indivisaires, en vue de la libération intégrale de l'action. En ce sens FREDERICQ, t. IV. n° 348 ; contra, RESTEAU, *Sociétés anonymes*, n° 638.

plusieurs possibilités : vendre les droits sociaux et s'en partager le prix à proportion des quotes-parts respectives ; partager les droits sociaux entre les coindivisaires ; un des coindivisaires vend sa quote-part à un autre coindivisaire ou à un tiers.

## B. LE DÉMEMBREMENT DES DROITS SOCIAUX : L'USUFRUIT ET LA NUE-PROPRIÉTÉ

**[289]Présentation générale.** — La part sociale peut également faire l'objet d'un démembrement de propriété, en un *usufruit* et une *nue-propriété*<sup>1</sup>. L'usufruit correspond au droit d'utiliser le bien et d'en retirer les fruits (article 582 C.civ.)<sup>2</sup>, comme par exemple percevoir les loyers d'un bien loué. Ce droit est par nature viager, mais il est possible de prévoir des usufruits plus courts (par exemple l'usufruit consenti à une société ne pourra excéder 30 ans). La nue-propriété correspond au droit de disposer du bien, mais dans le respect des droits de l'usufruitier. Elle donne vocation à terme à être complétée par l'usufruit, à échéance de son terme. La réunion des deux donne un droit de propriété plein et entier.

Cette situation se rencontre parfois lorsque le propriétaire d'une entreprise entend se retirer des affaires, en transférant ses droits dans la société à ses enfants, tout en continuant à en toucher les dividendes. Un autre cas de figure est celui où le propriétaire d'un portefeuille de droits sociaux décède, en laissant l'usufruit à son époux et la nue-propriété aux enfants communs. Même si l'usufruit sur les droits sociaux est plutôt fréquent en pratique, il n'est pas totalement

exempt de difficultés juridiques. Certes, le Code civil prévoit, en ses articles 578 à 624, le régime de l'usufruit en général. L'article 1852 C.civ. comporte par ailleurs des règles supplétives relatives aux prérogatives de l'usufruitier et du nu-propriétaire, lorsque le démembrement de propriété porte sur des droits sociaux. Si la disposition ne vise, certes, formellement que la « part », elle vaut cependant, en raison de la généralité de sa formulation, pour toutes les sociétés. Malgré ces textes, le démembrement de droits sociaux soulève les mêmes questions que l'indivision, avec, en prime, celle de la répartition des revenus générés par les droits sociaux entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

**[290]Statut d'associé.** — La première a trait à la personne qui aura la qualité d'associé dans la société : s'agit-il du nu-propriétaire, de l'usufruitier ou des deux ? Que le nu-propriétaire soit un associé, en raison de son apport à la société, ne fait guère de doute. Mais faut-il en conclure que seul le nu-propriétaire est *associé* ? Si l'on s'en remet aux règles générales du Code civil (art. 578), il faudrait sans doute conclure que l'usufruitier n'est pas un associé, car le droit d'user d'un bien d'autrui ne peut pas en même temps constituer la propriété de ce bien. On y ajoute souvent l'argument supplémentaire spécifique au droit de sociétés, selon lequel l'apport est consubstantiel au statut d'associé ; l'usufruitier n'ayant pas fait d'apport, il ne saurait être associé.

Cependant, comment soutenir raisonnablement que le fondateur d'une société qui a fait don à ses enfants de la nue-propriété des droits sociaux n'est pas apporteur ? L'argument d'absence d'apport reste également discutable dans l'hypothèse où l'usufruitier a constitué son droit moyennant versement d'une somme d'argent au propriétaire des droits sociaux. Il faudrait donc également dénier la qualité d'associé au cessionnaire de droits sociaux. Par ailleurs, l'usufruitier, à défaut d'être un propriétaire au sens classique du terme, détient certains droits pécuniaires (le droit aux dividendes) et politiques (le droit de vote pour certaines résolutions) normalement conférés par les droits sociaux. Son usufruit peut par ailleurs perdre toute valeur si la

<sup>1</sup> KOLBACH, Les démembrements de propriété et l'usufruit des droits sociaux, *Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, n° 1, 2007, p. 3 ; MARIA/PAYEN/LEONARDIS, Le démembrement des droits sociaux en droit des sociétés et en droit fiscal luxembourgeois : un régime juridique sui generis ?, *Jurisnews. Regard sur le Droit des Sociétés*, Vol. 3, n° 10/2010, p. 125.

<sup>2</sup> Art. 582 C.civ. : « L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit ».

société subit des pertes, de sorte que l'usufruitier contribue également aux pertes, comme tout associé. L'usufruitier semble donc bien être également un associé.

La difficulté disparaît si l'on aborde la qualité d'associé non pas du point de vue des apports mais de leur contrepartie : les droits sociaux délivrés. Dans ce cas, il n'y a aucun problème à dire qu'une personne est associée à ceci, mais pas à cela, c.-à-d. qu'elle est associée aux dividendes, mais non au reste. Comme ni le nu-proprétaire ni l'usufruitier n'a la plénitude du droit de propriété, *tous les deux sont des associés* dans la société<sup>1</sup>, mais des *associés parcellaires* seulement. Ils pourront donc tous les deux assister aux assemblées d'associés, même si l'un des deux seulement (en fonction de la nature de la résolution à adopter) pourra voter (v. [291]). Le droit à communication aux documents qui seront discutés en assemblée appartient également à chacun d'eux (art. 73 in fine L1915)<sup>2</sup>. Les statuts ne sauraient aménager de droit de participation aux assemblées prévu par la loi, en prévoyant par exemple une représentation automatique du nu-proprétaire par l'usufruitier.

**[291] Droit de vote.** — La seconde question concerne le titulaire du droit de vote. Le droit de vote aux assemblées sera exercé tantôt par l'usufruitier, tantôt par le nu-proprétaire, *en fonction de l'objet des décisions à*

*prendre*. L'usufruitier ayant *droit aux dividendes*, le droit de vote relatif aux décisions concernant l'affectation des bénéfices sera réservé à l'usufruitier. Le droit de vote pour toutes les autres décisions reviendra en principe au nu-proprétaire (art. 1852bis C.civ. al. 1<sup>er</sup>)<sup>3</sup>.

La précision à l'article 1852bis C.civ. était utile, car la doctrine hésitait sur la personne qui devait être investie du droit de vote. Certains distinguaient selon le type d'assemblée concerné, l'usufruitier étant pressenti pour voter aux assemblées ordinaires, le nu-proprétaire aux assemblées extraordinaires<sup>4</sup>. D'autres pensaient que le droit de vote devait toujours revenir au nu-proprétaire, car, même nu, celui-ci était encore propriétaire. Enfin, le droit de vote pour l'usufruitier avait également des partisans parce que l'exercice du droit de vote est généralement compris comme étant un acte d'administration<sup>5</sup>.

Mais il ne s'agit là que d'une règle supplétive, à laquelle les statuts pourront déroger (art. 1852 C.civ. : « *sauf dispositions contraires des statuts* »). Les aménagements statutaires peuvent s'avérer utiles dans ce domaine, afin de réduire les risques de désaccord entre l'usufruitier et le nu-proprétaire quant à l'exercice du droit de vote. Une question qui pourrait poser problème, sans précisions dans les statuts, est celle du droit de vote pour les distributions de *dividendes prélevés sur des réserves facultatives*. L'article 1852bis C.civ. n'attribuant le droit de vote à l'usufruitier que pour les questions d'« affectation des bénéfices », il n'est pas douteux que l'usufruitier pourra voter sur les distributions financées sur la base du bénéfice de l'année écoulée ; le report à nouveau créancier n'étant que le reflet de bénéfices en instance d'affectation, le droit de vote de l'usufruitier portera également sur celui-ci. La réponse est plus délicate cependant concernant les dividendes prélevés sur des réserves facultatives. Les

<sup>1</sup> En ce sens la doctrine moderne : COZIAN, Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?, *JCP* éd. E 1994, I, n° 374 ; DAIGRE, Un arrêt de principe : le nu-proprétaire ne peut être totalement privé de son droit de vote, *Bull. Joly* 1994, p. 249, § 62 ; DERUPPE, Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions, *Defrénois* 1994, art. 35894, p. 1137 ; CHAZAL, L'usufruitier et l'associé, *Bull. Joly* 2000, p. 679, § 158 ; VIANDIER, *La notion d'associé*, th, Paris, 1978, n° 278 (le nu-proprétaire seul est l'associé).

<sup>2</sup> Art. 73 in fine : « Le droit à communication des documents appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-proprétaire et à l'usufruitier d'actions. Ils peuvent assister aux assemblées générales, mais avec droit de vote ou voix consultative seulement selon les cas ».

<sup>3</sup> Art. 1852bis n° 1 C.civ. : « le droit de vote appartient au nu-proprétaire, à l'exception des décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier (...) ».

<sup>4</sup> COCARD, *De l'usufruit des actions et obligations*, th. Caen, 1938.

<sup>5</sup> LYON-CAEN/RENAULT, *Traité*, t. II, n° 845.

auteurs sont partagés, certains estimant que l'affectation des réserves facultatives à une distribution relève du seul pouvoir du nu-proprétaire, d'autres estimant au contraire qu'elle relève du pouvoir de l'usufruitier. D'où l'utilité des précisions dans les statuts. En l'absence de telles précisions et en cas de désaccord, la société devra, par analogie avec les règles en matière d'indivision, suspendre les droits de vote attachés aux droits sociaux concernés tant que le désaccord existera, la question étant de savoir si les statuts peuvent aller jusqu'à exclure le nu-proprétaire du droit de vote au profit de l'usufruitier, pour toute résolution à adopter.

La principale question, en présence d'aménagements apportés par les statuts au droit de vote de l'usufruitier, est celle de savoir si les statuts peuvent aller jusqu'à *exclure le nu-proprétaire de tout droit de vote*, quelle que soit la résolution à adopter. Sur le plan du droit des sociétés, une telle situation ne paraît pas critiquable, car l'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire ne relève pas de l'ordre public sociétaire. Le droit de vote du nu-proprétaire ne saurait être analysé comme un attribut essentiel du statut d'associé réservé au nu-proprétaire, si la loi permet elle-même, sans limitations apparentes, un aménagement statutaire du droit de vote en cas de démembrement des droits sociaux. Par contre, une éviction totale du nu-proprétaire en termes de droit de vote pourrait affecter la substance de son droit de manière difficilement compatible avec les règles générales posées au Code civil en matière de démembrement de propriété : l'usufruitier pourrait par exemple voter la dissolution de la société ; les droits sociaux viendraient à disparaître, et donc également la nue-proprété assise sur ses droits. L'usufruitier disposerait dans de telles situations d'un pouvoir proche d'un propriétaire, ce qui pose inévitablement la question de savoir si les règles posées à la partie générale du Code civil en matière de démembrement de propriété ne se trouveraient pas dénaturées. L'usufruitier deviendrait le propriétaire d'un droit réel innommé, dont la validité juridique serait pour le moins douteuse, les droits réels

étant ceux qui ont été limitativement prévus par la loi. Il faudrait pour le moins accorder un droit de surveillance au nu-proprétaire sur les actions de l'usufruitier. En pratique, cela implique que le nu-proprétaire puisse participer aux assemblées, même s'il n'a pas le droit d'y voter.

La situation est a priori moins compliquée si les statuts entendent *supprimer le droit de vote de l'usufruitier*, car la loi ne lui réserve en principe le droit de vote que si la résolution à adopter porte sur la mise en distribution de dividendes. Si les statuts venaient à réserver le droit de vote pour ces résolutions au nu-proprétaire, ce dernier pourrait par exemple décider de réinvestir systématiquement les bénéfices de la société, de façon à faire perdre toute utilité pratique à l'usufruit. Mais comme l'usufruitier bénéficie de la protection du Code civil (art. 599)<sup>1</sup>, interdisant au nu-proprétaire de nuire d'une quelconque manière aux droits de l'usufruitier, la mise en réserves systématique des bénéfices sociaux semble être un faux problème, surtout si l'on conclut, comme nous, au droit de l'usufruitier sur les réserves de la société (v. n° [292]). Il ne devrait donc pas y avoir d'obstacles juridiques à la suppression du droit de vote de l'usufruitier.

**[292] Droits financiers.** — La question des droits financiers en matière de démembrement de propriété sur des droits sociaux est également sujette à controverse.

Pourtant, le *Code civil* est très clair concernant les dividendes : l'article 582 précise que « l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit ». Le premier droit de l'usufruitier est donc de pouvoir bénéficier des revenus tirés du bien. Dans notre cas, le droit de l'usufruitier de parts sociales est celui de percevoir les bénéfices distribués ou de contribuer aux pertes, dans les mêmes proportions.

<sup>1</sup> Art. 599 C.civ. : « Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier ».

*L'usufruitier aura donc droit aux dividendes*, ceux-ci étant des « fruits » (v. n° [273]), tandis que *le nu-proprétaire touchera la partie « capital »* : le produit de la cession de la nue-proprété à l'occasion de la transmission de droits sociaux ; la valeur nominale des droits sociaux en cas de réduction de capital ; le remboursement des apports lors de liquidation de la société ; etc.

Concernant le droit sur les *réserves* de la société, on peut déduire du Code civil que les réserves vont intégralement à l'usufruitier<sup>1</sup>, car celui-ci a le même droit de jouissance que le plein propriétaire, à qui reviennent évidemment les réserves de la société (art. 578 C.civ.)<sup>2</sup>. Cette lecture des textes semble d'autant plus justifiée, que la distribution des réserves constitue le versement d'un dividende, que la jurisprudence considère comme constituant un « fruit » (v. n° [273]). Or, il n'est pas fait de distinction en matière de qualification des dividendes, selon qu'ils portent sur l'exercice écoulé ou les bénéfices thésaurisés, que les réserves soient distribuées en cours de vie de la société ou dans le cadre d'un boni de liquidation. L'article 1852 C.civ., qui donne à l'usufruitier le droit de vote sur l'affectation des bénéfices, ne se conçoit pas autrement que dans un contexte où l'usufruitier a le droit sur les réserves : s'il perdait le droit aux dividendes, en raison de la mise en réserves des bénéfices de l'exercice, l'usufruitier ne manquerait pas de toujours mettre en distribution toutes les sommes théoriquement distribuables. On peut donc retenir que tout ce qui n'est pas conservation de la « substance » étant des fruits, le remboursement des apports ira au nu-proprétaire, le surplus, donc les réserves, allant à l'usufruitier.

Cette simplicité apparente des textes du Code civil sur le démembrement de propriété en général se trouve

<sup>1</sup> Le point sur cette problématique discutée en doctrine : MORTIER, Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes, *BJS* 2015, p. 409.

<sup>2</sup> Art. 578 C.civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. »

cependant quelque peu obscurcie en raison des *textes spécifiques du droit des sociétés*. C'est ainsi que l'article 1852bis C.civ. attribue à l'usufruitier le « droit au bénéfice que la société décide de distribuer », et non pas le « droit au bénéfice distribuable », tel qu'initialement envisagé dans le projet de loi 5730. Cette différenciation entre le bénéfice distribué et distribuable n'a de sens que si le bénéfice distribuable, quoique non distribué, donc les réserves, ne va pas automatiquement à l'usufruitier. L'article 32-1bis L1915, qui attribue au nu-proprétaire le droit d'obtenir les actions gratuites qui résultent d'une conversion des réserves en capital, l'usufruitier des droits sociaux existants obtenant un usufruit sur les droits sociaux additionnels est pareillement gênant sur le plan des principes<sup>3</sup> : soit les réserves reviennent au nu-proprétaire, et on ne concevrait pas que les actions gratuites soient à démembrement, afin de constituer un usufruit ; soit les réserves vont à l'usufruitier, et dans ce cas les actions nouvelles devraient lui être attribuées en pleine propriété. La même remarque peut être faite concernant l'article 32-3 § 8 L1915 : celui-ci attribue à l'usufruitier de droits sociaux existants un usufruit sur les droits sociaux nouvellement obtenus par le nu-proprétaire dans le cadre d'une augmentation de capital<sup>4</sup> ; on ne comprend pas bien pourquoi la souscription au capital effectuée par le nu-proprétaire devrait entraîner constitution d'un usufruit sur les actions ainsi émises, si l'usufruitier ne fait pas lui-même d'apport.

Face à ces incertitudes, l'on peut se demander si les *statuts* ne pourraient pas lever le doute, en précisant les

<sup>3</sup> Art. 32-1bis L1915 : « En cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, les actions nouvelles appartiennent au nu-proprétaire, sous réserve des droits de l'usufruitier ».

<sup>4</sup> Art. 32-3 (8) L1915 : « Lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit préférentiel de souscription qui leur est attaché appartient au nu-proprétaire. (...) Les actions nouvelles appartiennent au nu-proprétaire pour la nue-proprété et à l'usufruitier pour l'usufruit. (...) ».

droits sur les réserves en cas de démembrement de propriété sur des droits sociaux. Cela ne serait toujours que l'application par analogie de l'article 1852 C.civ., qui permet aux statuts de déroger au texte supplétif posé par la loi en matière de droit de vote (v. n° [291]). Certes, il n'appartient pas aux associés de faire d'un produit un fruit et inversement, la qualification retenue par le Code civil s'imposant aux associés. Mais ceci n'est justifié que dans la mesure où la distinction entre les droits financiers de l'usufruitier et du nu-propiétaire est facile à établir, à l'abri de tout doute. Tel n'est cependant pas le cas. Il est dès lors permis de penser que si l'article 578 du Code civil est certes une disposition d'ordre public, en ce qui concerne le démembrement de propriété en général, il en va autrement des démembrements de propriété sur des droits sociaux : il faut tenir compte de nombreux facteurs, y compris de la volonté des parties, ce qui justifie que l'on accorde le droit aux associés de régler dans les statuts la question du droit sur les réserves, la règle de l'article 578 C.civ. ne s'appliquant ainsi qu'à défaut de dispositions statutaires en sens contraire.

Le droit sur les réserves ainsi résolu, il reste à voir les droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire lors de la *cession des droits sociaux démembrés*. Chacun pourra évidemment vendre ses droits sur le droit social : l'usufruitier procédera à une cession séparée de son usufruit<sup>1</sup>, le nu-propiétaire de sa nue-propiété<sup>2</sup>. Ces cessions seront possibles, sans qu'il ne faille solliciter et obtenir l'accord de l'autre. L'usufruitier et le nu-propiétaire étant tous les deux des associés, des restrictions pourront cependant résulter de la loi de 1915 comme des statuts (p.ex. : procédure d'agrément). En sens inverse, il est certain que ni l'usufruitier, ni le nu-propiétaire ne peut vendre seul le bien dans son inté-

gralité ; il faudra pour cela qu'ils agissent d'un commun accord, en vendant la pleine propriété. Dans un tel cas, sauf convention contraire, le prix de vente sera partagé entre eux, selon la valeur respective de chacun de leurs droits.

## Section 2. Les droits que les associés exercent en dehors du cadre des assemblées

**[293] Présentation.** — Les associés apportent une mise à la société ; en contrepartie, ils obtiennent la qualité d'associé. Ce droit ne peut leur être enlevé contre leur gré (§ 1). Par contre, les associés ont le droit de sortir de la société (§ 2).

### § 1. LE DROIT AU MAINTIEN DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ

En adhérant au contrat de société, les associés s'engagent à fournir certains apports en contrepartie de leur statut d'associé. Le contrat de société ne pouvant, en principe, être unilatéralement rompu ou modifié à l'égard d'eux, chaque associé a le droit de rester associé (A) et le droit de ne pas être obligé à s'engager financièrement au-delà de ce qu'il a convenu lui-même avec la société (B).

#### A. LE DROIT DE RESTER ASSOCIÉ

**[294] Licéité de la clause d'exclusion.** — L'associé est partie à un contrat synallagmatique. En contrepartie de son engagement dans la société, notamment financier, il dispose du droit de ne pas être exclu de la société. Admettre le contraire reviendrait à reconnaître l'existence d'une « expropriation de droit privé »<sup>3</sup> interdite par l'article 545 C.civ.<sup>4</sup> Le principe n'est

<sup>1</sup> Art. 595 C.civ. : « L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit ».

<sup>2</sup> La nue-propiété désigne le droit de disposer à sa guise de son bien (abusus) ; v. art. 544 C.civ. : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses (...) ».

<sup>3</sup> Pour paraphraser la terminologie utilisée abondamment par la doctrine française (« expropriation d'utilité privée »). Ce terme n'est sans doute pas approprié dans le contexte luxembourgeois (et belge) : v. les critiques de DE PAGE, *Traité de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, t. IV, n° 1199.

<sup>4</sup> Art. 545 C.civ. : « Nul ne peut être contraint de céder sa

cependant pas absolu. La loi envisage en effet un certain nombre de cas d'exclusion (les « *cas légaux d'exclusion* »):

- dans les sociétés coopératives (v. n° [745] ; [752]) ;
- dans les associations (v. n° [29]) ;
- dans les sociétés anonymes, lorsque l'actionnaire ne libère pas en temps voulu les actions qu'il a souscrites (v. n° [875]).

En dehors des cas expressément prévus par la loi, la question s'est posée de savoir si l'on pouvait déroger au droit des associés de faire partie de la société, en insérant une clause d'exclusion dans les statuts (« *exclusion conventionnelle* »)<sup>1</sup>. L'exclusion d'un associé se conçoit assez facilement dans les *sociétés de personnes* en raison de leur caractère personnalisé. C'est dans les *sociétés de capitaux*, notamment les sociétés anonymes, que les clauses d'exclusion présentent le plus de difficultés, car elles ne devraient pas servir à écarter les associés uniquement au motif qu'ils sont gênants. Cependant, en raison de l'absence de disposition légale interdisant ce type de clause, et sur la base du principe de la *liberté contractuelle*, leur validité ne fait plus de doutes de nos jours<sup>2</sup>. La prévision conventionnelle qui organise par

avance le départ forcé éventuel d'un associé nie, certes, le droit de l'associé de rester en toutes circonstances dans la société ; mais cette précarisation de sa situation a été librement acceptée par l'associé au moment de la conclusion du contrat de société, qui *a accepté, lors de son entrée en société, le risque d'être obligé un jour de la quitter prématurément*. Cette situation se rencontre souvent en présence d'associés dont le statut d'associé est lié à leur qualité de salarié au sein de la société (ou de filiales de la société s'il s'agit d'un holding). En perdant sa qualité de salarié, l'associé voit en même temps éteindre son droit de rester associé<sup>3</sup>. Par le passé, en l'absence de texte autorisant un droit d'exclusion statutaire, les praticiens préféraient souvent faire signer à l'associé une promesse unilatérale de vente de ses droits sociaux, ce qui arrivait au même résultat par le biais d'un chemin qui paraît mieux balisé. Suite à la réforme de 2016, la licéité des clauses d'exclusion ne fait plus de doutes. Ces clauses peuvent être introduites dans toutes les formes sociales. La plupart du temps, l'exclusion sera directe et résultera des statuts, du pacte d'associés ou d'une convention extrastatutaire d'associés (1) ; parfois, elle est plus sournoise, parce qu'indirecte, l'exclusion n'étant que la conséquence pratique d'une opération autre que l'exclusion (2).

propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste indemnité ».

<sup>1</sup> CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé*, Paris, 1965 ; STORCK, La continuation d'une société par l'élimination d'un associé, *RS* 1982, p. 233 ; REINHARD, L'exclusion d'un actionnaire, *RTD com.* 1989, p. 684 ; DE BERMOND DE VAUX, La mésestente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?, *JCP* 1990, II, 15.921 ; MARTIN, L'exclusion d'un actionnaire, in : La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, *RJ com.* 1990, n° spécial novembre, p. 94 ; TILQUIN, Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé, *RPS* 1991, p. 1.

<sup>2</sup> DAIGRE, La perte de la qualité d'actionnaires, *Rev. sociétés* 1999, p. 535 ; GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, n° 49. Ceci tranche avec l'opinion inverse souvent défendue par le passé. Il suffit de songer à Rodière qui y voyait une « monstruosité juridique » : ROIDIÈRE, note s. Rouen, 8 févr. 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 507.

#### 1. L'EXCLUSION CONVENTIONNELLE DE L'ASSOCIÉ

**[295] Nature juridique.** — On peut hésiter sur la qualification juridique de l'exclusion conventionnelle. On pourrait y voir une *promesse unilatérale de contrat de vente*, donnant un droit au bénéficiaire de la promesse de conclure ou non la vente<sup>4</sup>. Si le bénéficiaire de l'option d'achat est la société, il faudrait, dans ce cas, également tenir compte des règles en matière d'intangibilité du capital social, ce qui pourrait rendre

<sup>3</sup> DONDERO, L'actionnaire précaire, et l'éviction qui n'en est pas une, *BJS* 2015, p. 629.

<sup>4</sup> MICHINEAU, Sociétés par actions simplifiées. L'associé évincé sans clause d'exclusion ou le subterfuge de la promesse unilatérale de vente, *Rev. Soc.* 2015, p. 36.

malaisé le rachat par la société de ses propres droits sociaux. D'où l'insertion fréquente dans les statuts d'un droit de transfert au profit d'autres associés (ou de tiers). Dans ce cas, l'exclusion intervient à l'initiative de la société, qui reste cependant tiers au transfert. Lorsque l'exclusion n'est pas automatique, le bénéficiaire de l'option d'achat, généralement la société, disposera d'un délai fixé dans les statuts endéans lequel l'option doit, sous peine de déchéance, être levée. Ce délai sera fixé à partir du fait générateur permettant l'exclusion de l'associé. La société désireuse de lever l'option en excluant l'associé devra donc justifier du respect de ce délai.

Il est cependant préférable de voir dans une clause d'exclusion *une simple application d'une clause résolutoire du contrat de société* limité à l'associé exclu, le contrat de société restant en place pour les autres associés. Ce n'est toujours que l'application du droit commun en matière de droit des obligations, la clause résolutoire déterminant au Code civil les circonstances dans lesquelles le contrat sera résolu. Ainsi vue, la clause d'exclusion n'est rien d'autre que le retrait forcé d'un associé pour une cause connue à l'avance et à laquelle il a donc également consenti. L'associé qui est exclu de la société perçoit non pas une *indemnité* réparant un préjudice, mais un *prix*, celui des droits sociaux dont il se trouve dorénavant privé. L'exclusion prendra la forme d'une cession forcée des droits sociaux détenus par l'associé à exclure, généralement à la société.

**[296] Consentement de l'associé.** — Il n'y a aucune raison de refuser de reconnaître les clauses d'exclusion statutaires *introduites dès l'origine*, si les conditions de leur mise en œuvre, et notamment les modalités d'indemnisation, sont clairement définies<sup>1</sup>. Dans ce cas, en effet, l'actionnaire accepte par avance les conditions de l'exclusion. Par contre, l'introduction *en cours de vie sociale* nécessitera l'accord unanime de tous les

associés<sup>2</sup>. Lorsqu'il s'agira de *modifier une clause d'exclusion existante*, l'unanimité sera de nouveau requise, si la modification envisagée crée des obligations nouvelles (ex. : nouveaux cas d'exclusion) ; autrement, il suffira de respecter les conditions prévues pour les changements des statuts.

L'exigence de la condition de l'unanimité ne va pas de soi. Certains pensent qu'il suffit que les conditions prévues pour les modifications des statuts soient réunies<sup>3</sup>. Mais on peut voir dans l'introduction d'une clause d'exclusion une décision aboutissant à *augmenter l'engagement des associés*, ce qui n'est possible qu'à l'unanimité (v. n° [308]). Celui qui doit sortir de la société en raison d'une clause d'exclusion subit en effet une diminution de ses droits (celui de rester associé). On peut également justifier l'exigence de l'unanimité sur la base de la théorie classique de *l'intangibilité des droits « acquis » des associés*<sup>4</sup>. Ou, plus simplement, on peut y voir une expression du droit contractuel : en application de l'article 1134 du Code civil<sup>5</sup>, les règles d'un contrat ne peuvent être modifiées sans l'accord de l'ensemble des parties ou pour les causes que la loi autorise. Or, la loi n'évoque l'exclusion d'un associé que dans des cas limitativement énumérés. Aussi, l'exclusion, basée sur la liberté contractuelle, nécessitera le consentement individuel de chaque associé, non pas au jour de l'exclusion, mais au moment du changement du contrat de société que sont les statuts.

**[297] Personne habilitée à arrêter l'exclusion.** — Les statuts définiront la personne compétente pour statuer sur l'exclusion. La plupart du temps, il s'agira d'un organe de la société (l'organe de gestion ; l'assemblée) ou tel autre collège existant au sein de la société (comité ad hoc, ...). Rien n'interdit cependant d'attribuer la

<sup>1</sup> V. Paris, 7 juin 1988, RS 1989, p. 246, note DANADÉMARET.

<sup>2</sup> LE NABASQUE, Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires, *RJDA* 3/95, p. 200, n° 30 ; MORTIER, Clause d'exclusion d'un associé : unanimité ou nullités en cascade !, *BJS* 2015, p. 359.

<sup>3</sup> CAILLAUD, L'exclusion d'un associé, *S.1966*, t. 14, p. 250.

<sup>4</sup> HEMARD/TERRE/MABILAT, t. 1<sup>er</sup>, 1972, n° 362 ; GERMAIN, La renonciation aux droits propres des associés : illustrations, in : *Mélanges F. Terré*, Paris, 1999, p. 410.

<sup>5</sup> Art. 1134 C.civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».



compétence décisionnelle à un individu (administrateur-délégué, un tiers), voire les tribunaux. Dans les situations où l'assemblée est l'organe compétent pour statuer sur l'exclusion, l'associé à exclure ne pourra être privé de son droit de vote que la loi lui accorde en toute circonstance (art. 67 § 4 L1915)<sup>1</sup>.

**[298] Motifs de l'exclusion.** — L'exclusion ne peut jamais être arbitraire. Elle doit par ailleurs constituer une mesure exceptionnelle, en ce qu'elle déroge au droit propre de l'associé de rester au sein de la société ; elle est donc d'interprétation stricte.

Endéans ces limites, les motifs de l'exclusion peuvent être objectifs ou subjectifs. En présence de motifs d'exclusion *objectifs* (perte de la qualité de salarié, activité concurrente alors que les statuts interdisaient une telle activité en dehors de la société, ...), le rôle de l'organe compétent se limite à constater la survenance de la cause d'exclusion qui opère en réalité comme une « éviction »<sup>2</sup>. Avec l'éviction on reste dans la pure administration de la société. Lorsque l'exclusion est basée sur des facteurs *subjectifs* (mésentente grave entre associés imputable à l'associé à exclure, acquisition des droits sociaux en violation d'une clause d'agrément statutaire, ...), l'intervention de l'organe compétent sera nécessaire, moins pour constater l'exclusion que pour l'arrêter. Ne présentant pas, contrairement à l'exclusion, de caractère automatique, l'exclusion basée sur des facteurs subjectifs constitue en réalité une sanction disciplinaire<sup>3</sup>.

Le principal cas d'application pratique des motifs subjectifs est lié à la faute de l'associé à exclure. L'exclusion d'un associé doit en effet rester possible en cas de *mésintelligence grave et permanente* au sein de la société imputable à un associé.

L'exclusion de l'associé fautif constitue dans ce cas une application particulière de la résolution des contrats synallagmatiques. Il ne saurait être question cependant d'exclure par cette voie les associés jugés trop remuants, mais uniquement ceux qui se trouvent à l'origine d'une situation de blocage total et irrémédiable. Il est dans l'intérêt social que la situation de paralysie ne perdure pas, de sorte qu'il ne devrait pas y avoir d'obstacle de principe au mécanisme de l'exclusion. Mieux vaut l'exclusion que la dissolution judiciaire de la société (v. n° [637]).

On peut se demander si un tribunal saisi d'une demande en dissolution judiciaire de la société pourrait se limiter à exclure certains associés. Même si une telle possibilité serait souhaitable, elle ne paraît toutefois pas ouverte aux tribunaux<sup>4</sup>. Ce constat peut être généralisé : lorsque les statuts sont muets sur le sujet, on ne voit pas à quel titre l'exclusion pourrait être possible.

L'exclusion, lorsqu'elle n'est pas *de plein droit* en raison de facteurs objectifs, ne saurait être *discrétionnaire*, de sorte qu'il faudra démontrer l'existence d'un « motif légitime »<sup>5</sup>, c.-à-d. qu'il faudra vérifier non seulement que les conditions d'exclusion prévues par les statuts (ou le pacte d'actionnaire) se trouvent effectivement remplies, mais également que l'exclusion n'est pas abusive. La décision d'exclusion devra dans ce cas être *motivée par rapport à l'intérêt social* (comme pour toute décision sociale) ainsi que le *devoir de loyauté*, la société étant contractée pour l'intérêt commun des parties (v. n° [130]). C'est par rapport à cette double finalité que la mesure d'exclusion devra être analysée : l'associé à exclure doit être la cause de graves dysfonctionnements dans la société ; en ce faisant, il doit avoir manqué à ses obligations contractuelles vis-à-vis des autres associés. Dans une telle situation, il faut accepter que l'intérêt individuel de l'associé soit primé par l'intérêt supérieur de la collectivité des associés.

<sup>1</sup> Art. 67 § 4 : « Tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire des statuts, prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ».

<sup>2</sup> GALLOIS-COCHET, L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire, *Rev. sociétés* 2014, p. 9.

<sup>3</sup> GERMAIN/VATINET, Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé, in : *Mélanges Guyon*, Paris, 2003, p. 397.

<sup>4</sup> TILQUIN, Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé, *RPS* 1991 n° 6560, p. 31 et bibliographie y citée ; v. également DURO/GOEBEL, BIL, *Bulletin économique et financier* I/1998, n° 52, p. 11.

<sup>5</sup> ANSAULT, La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction, *Rev. sociétés* 2016, p. 228 ; CORBISIER, La société et ses associés, in : *Droit des sociétés. Les lois des 7 et 13 avr. 1995*, Bruxelles, 1995, pp. 105 et s. (p. 211).

Un exemple d'exclusion injustifiée pourrait être le cas suivant. Un employé d'une société est également actionnaire de la société. Aux termes des statuts, l'assemblée des actionnaires peut exclure l'actionnaire de la société, en rachetant les actions à leur valeur nominale, si celui-ci perd son statut d'employé. Pierre est salarié et actionnaire, mais il perd son emploi le 1<sup>er</sup> mars de l'année, à un moment où un repreneur était en négociations avancées avec la société pour acquérir toutes les actions avec une prime importante. L'exclusion de Pierre visant uniquement à assurer un profit d'opportunité aux autres actionnaires au détriment de Pierre, la décision de l'assemblée est entachée de fraude et de mauvaise foi, de façon à devoir être déclarée nulle.

**[299] Procédure : application du principe du contradictoire<sup>1</sup>.** — L'associé devant être exclu doit également pouvoir être entendu par l'organe devant prononcer l'exclusion. On connaît l'importance du principe du contradictoire en droit procédural<sup>2</sup>. A priori, son application en droit des sociétés est plutôt inattendue, car la personne (organe) ayant à statuer sur l'exclusion n'est pas une juridiction.

Mais cette règle procédurale est pleinement justifiée ici, l'exclusion portant une *atteinte suffisamment grave au droit propre de l'associé de rester dans la société*. Elle doit de ce fait être entourée d'un certain formalisme visant à garantir que les conditions requises aux fins d'exclusion sont toutes effectivement réunies. Le principe du contradictoire n'est évidemment utile que dans les situations où la personne (organe) ayant à statuer sur l'exclusion dispose d'une *marge d'appréciation*. Tel sera le cas si l'exclusion est basée sur des motifs subjectifs ; et, dans l'hypothèse d'une exclusion pour des raisons objectives, si l'exclusion n'est pas automatique, en ce sens que les statuts permettent à la personne (organe) de renoncer à l'exclusion, si elle le juge utile, ou inversement, de ne prononcer l'exclusion que si elle l'estime nécessaire (« *exclusion facultative* »). Par contre, lorsqu'il n'y a rien à discuter, parce que la

personne (organe) ne doit que constater la survenance de la cause objective d'exclusion, pour en tirer les conséquences mécaniques que les statuts lui imposent, le principe du contradictoire n'aura pas sa place dans la procédure d'exclusion, la personne (organe) n'étant que l'agent d'exécution de la décision arrêtée au préalable par les associés dans les statuts (« *exclusion obligatoire* »).

Le débat contradictoire avec l'associé à exclure permettra à celui-ci de faire valoir ses arguments justifiant le cas échéant son maintien au sein de la société, et contribuera ainsi à une décision éclairée de la part de la personne (organe) devant statuer sur l'exclusion. Ce débat permettra également à la personne (organe) de s'assurer que l'exclusion est *conforme à l'intérêt social*. L'associé exclu de manière contraire à l'intérêt social pourra obtenir l'annulation judiciaire de la résolution d'exclusion, que l'organe décisionnel ait été l'organe de gestion (« *abus* »)<sup>3</sup> ou l'assemblée (« *abus de majorité* »).

À cette fin, l'associé doit être *convoqué à la réunion de l'organe* devant statuer sur l'exclusion, et avoir été mis en mesure de préparer sa défense. Les motifs qui fondent la décision d'exclusion ainsi que le prix pour les droits sociaux détenus par l'associé doivent dès lors être communiqués à l'associé, ensemble avec la notice de convocation. Bien évidemment, si l'organe habilité à statuer sur l'exclusion est l'assemblée, l'associé qui ne participerait pas à l'assemblée en question ne pourrait arguer par la suite du non-respect éventuel du principe du contradictoire, puisque ce non-respect lui serait entièrement imputable.

La violation du principe du contradictoire, là où il doit être respecté, ne permet cependant pas de contester la validité juridique de la décision d'exclusion sur ce fondement. La *nullité* d'une décision sociale ne peut en effet résulter que de la violation d'une disposition légale impérative. La loi n'élevant pas le respect du principe du contradictoire au niveau d'une disposition

<sup>1</sup> LUCAS, Le principe du contradictoire en droit des sociétés, in : CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 21<sup>e</sup> éd., 2015, p. 877.

<sup>2</sup> ASCENCI, *Du principe de la contradiction*, coll. « Bibliothèque de droit privé » t. 454, Paris, 2006.

<sup>3</sup> Cour d'appel de Bruxelles, 29 févr. 2000, *StradaLex*, p. 265, n° 6814.

légale (ce qui veut dire, a fortiori, qu'elle n'est pas « impérative » non plus), la violation de ce principe ne pourra être sanctionnée que par des *dommages et intérêts*.

[300] **Prix.** — En matière d'exclusion, il faut parler de « prix » et non « d'indemnité ». L'associé qui se trouve exclu ne reçoit pas une indemnité, réparant un préjudice, mais un prix. L'exclusion entraîne en effet nécessairement une cession, la deuxième étant la conséquence nécessaire de la première. Qui dit cession à titre onéreux dit « prix », plutôt que « compensation »<sup>1</sup>. L'exclusion ne devant pas être un moyen commode pour s'enrichir aux dépens de l'associé exclu, il faudra racheter ses droits sociaux au prix convenu dans les statuts ; dans le silence des statuts, ce prix devra refléter la valeur de marché des droits sociaux dont l'associé est titulaire, car il ne s'agit pas de la spolier. Il faut donc faire abstraction des circonstances ayant donné lieu à la procédure d'exclusion, en particulier du comportement éventuellement fautif de l'associé exclu. On dérogera cependant à ce principe, lorsque l'associé a été exclu en raison de la perte de son statut de salarié au sein du groupe, si les droits sociaux rachetés lui avaient été remis à l'origine à un prix de faveur, voir gratuitement ; dans ce cas, le rachat avec une décote participe à l'équilibre général de la convention, et ne constitue pas une sanction pécuniaire qui serait prohibée<sup>2</sup>. C'est également à la date de l'exclusion que la personne dont les droits sociaux ont été rachetés perd sa *qualité d'associé*. Cette solution n'est inscrite nulle part dans les textes mais se justifie dans un souci de protection de l'associé à exclure.

Mais les choses sont rarement aussi simples en pratique. Au lieu d'être *déterminé*, le prix n'est souvent que *déterminable* et implique certains arbitrages. Ceux-

ci peuvent porter sur des questions de classification de l'associé : est-il un « good », un « bad » ou un « *intermediate leaver* » ? Cette classification influera la plupart du temps sur le mode de calcul du prix fixé dans les statuts. Ces classifications ne sont pas toujours étanches, et donnent souvent un pouvoir d'appréciation à la personne (organe) ayant à statuer sur la fixation du prix. Elles peuvent également porter sur les méthodes d'évaluation retenues : lorsque le rachat est à faire sur la base de la valeur de marché des actions, des approches différentes peuvent être retenues afin de déterminer la valeur de l'action. Les paramètres de la formule de fixation des prix peuvent être basés sur des valeurs bilantaires uniquement ; les données du compte de résultat ; un mélange des deux ; combiner de manière variable le prospectif et le rétrospectif ; appliquer des décotes en fonction des pourcentages du capital détenu ; etc. Ces différents paramètres seront la plupart du temps déterminés par l'une des parties seulement, généralement la société, ou par voie d'expert. Cela ne sera critiquable que si la fixation du prix de vente s'avère être laissée en définitive à « l'entière discrétion » de la société<sup>3</sup>.

[301] **Recours judiciaire.** — L'associé exclu dispose d'un recours judiciaire contre la décision d'exclusion<sup>4</sup>. Ce recours pourra porter sur les conditions de forme ainsi que de fond entourant son exclusion. Tantôt, le tribunal vérifiera s'il y a eu violation des conditions de forme arrêtées dans les statuts. Tantôt, il contrôlera que la qualification des faits rentre dans les différents motifs envisagés par les statuts au titre d'une exclusion et qu'ils sont réellement établis ; il contrôlera également si l'exercice du pouvoir discrétionnaire, là où il existait, n'a pas violé l'intérêt social, autrement dit, s'il n'y a pas eu d'abus (de majorité). Si, à l'issue de cette revue, il aboutit à la conclusion que l'associé

<sup>1</sup> THALLER mentionnait parmi les droits propres de l'associé « celui de ne pas être exclu de la société sans compensation », *D.* 1893, 1, p. 11.

<sup>2</sup> SCHLUMBERGER, La validité de la décote de prix d'une clause de *bad leaver*, *BJS* 2017, p. 23.

<sup>3</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Bruxelles, 1938, n° 36, p. 72 et éd. 1997, n° 41, p. 88.

<sup>4</sup> SAINTOURENS, note sous Cass. fr. (com.) 21 oct. 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 102.

n'aurait pas dû être exclu, le juge annulera la décision d'exclusion, ce qui entraînera la « réintégration » de l'associé au sein de la société.

## 2. UNE EXCLUSION INDIRECTE : LE COUP D'ACCORDÉON<sup>1</sup>

**[302] Finalité économique de la technique juridique.** — Lorsque la société subit des pertes importantes, les associés peuvent être amenés à injecter des fonds supplémentaires dans la société, afin d'éviter la faillite. Mais cette augmentation de capital peut s'avérer difficile à réaliser, les associés pouvant craindre de jeter le bon argent après le mauvais : l'existence d'importantes pertes reportées présente souvent un aspect psychologique dissuasif tétanisant les associés comme les tiers. Il peut du coup être judicieux de procéder dans un premier temps à une réduction de capital, aux fins d'un « *nettoyage du bilan* ». L'objectif est d'aligner le montant du capital social sur le montant réel des contrevaleurs actives. La *réduction de capital* (v. n° [494]) permet à la société d'« éponger » ses pertes. S'il est procédé dans la foulée à une *augmentation de capital*, on se trouve en présence, dans le jargon financier, d'un « *coup d'accordéon* », par analogie avec le mouvement de l'instrument bien connu que l'on compresse pour l'étirer ensuite.

**[303] Analyse juridique : une contribution aux pertes anticipée.** — Le « coup d'accordéon » débute donc par une *réduction du capital suivie d'une augmentation du capital*. Le but et le résultat de la réduction de capital sont d'éliminer les pertes comptables accumulées du bilan de la société, en les imputant sur le capital social de la société, qui se trouve réduit en conséquence. Le coup d'accordéon n'est en principe rien d'autre qu'une mise en œuvre anticipée de la contribution aux pertes sociales (v. n° [117]). La réduction de capital accompagnant le coup d'accordéon ne fait que constater la perte de la totalité du capital, les action-

naires n'ayant, de ce fait, plus de droits financiers dans la société.

**[304] Conséquences juridiques : exclusion indirecte des associés qui ne participent pas à l'augmentation de capital subséquente.** — Les associés auront le choix entre effectuer un nouvel apport, sans que cela constitue pour eux une obligation, et se trouver indirectement exclus de la société. Chacun demeurant libre de souscrire à l'augmentation du capital, on ne saurait assimiler le coup d'accordéon à une *augmentation des engagements financiers* des associés<sup>2</sup>. Le coup d'accordéon n'est rien d'autre que la réalisation du risque d'associé.

Par contre, le coup d'accordéon pose problème lorsque les pertes accumulées excèdent le montant du capital social de la société. Dans ce cas, il consiste à ramener le capital à zéro, sous la condition suspensive d'une augmentation concomitante de capital, en vue de sa reconstitution. Il s'agit d'un procédé efficace mais drastique d'assainissement de la situation financière des sociétés. Son utilité est dans ce cas de préparer l'assainissement financier de l'entreprise par l'entrée d'un tiers au capital de la société et de préparer la reprise du versement d'un dividende, car il n'est pas possible de verser un dividende tant que les pertes reportées dépassent les sommes autrement distribuables (réserves facultatives, ...).

Si le coup d'accordéon peut donc être vital pour la société, il suscite cependant souvent la colère chez certains associés. Ceux-ci seront contraints de souscrire à l'augmentation de capital s'ils veulent rester dans la société. La réduction de capital à zéro emporte l'exclusion de fait des associés du capital social, puisque leurs droits sociaux sont annulés. Ceci justifie pour le moins que le maintien de leur droit préférentiel de souscription (v. n° [1030]) lors de l'augmentation de capital suivant cette réduction soit considéré comme une condition de validité de l'opération. Mais si les

<sup>1</sup> SYLVESTRE-TOUVIN, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, Aix-Marseille, 2003.

<sup>2</sup> Com. (France) 17 mai 1994, *Bull Joly* 1994, p. 485 note DAIGRE ; *RS* 1994, p. 485, note DANA-DEMARET.

associés n'exercent pas leur droit de souscription, ils seront définitivement exclus de la société.

**[305] Limites juridiques à l'opération.** — Le coup d'accordéon ne se justifiant que par le souci d'*assurer la survie de la société*, cette condition sera implicite à la licéité du coup d'accordéon<sup>1</sup>. Si l'exclusion indirecte de certains associés est le dommage collatéral du coup d'accordéon, il faudra l'accepter en tant que conséquence non voulue, quoique inévitable de l'opération « vérité ». La situation sera différente cependant, si le coup d'accordéon a été détourné de sa finalité, pour en fait éliminer les associés minoritaires qui ne peuvent ou ne veulent pas suivre l'augmentation de capital (abus de majorité : v. n° [250] et s.).

L'associé évincé, qui désire contester la licéité du coup d'accordéon, devra donc rapporter la preuve que l'opération est contraire à l'intérêt social. Cette preuve sera difficilement rapportable car, par définition, un coup d'accordéon améliore mécaniquement la situation financière et comptable de la société. Souvent également, le coup d'accordéon est imposé par la loi, lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social (v. n° [885]) ; on voit mal comment un associé évincé pourrait se plaindre d'une telle opération si elle permet de se mettre en conformité avec la loi.

Pour être couronnée de succès, l'associé évincé devra rapporter la preuve que le coup d'accordéon a été détourné de sa finalité, les associés ayant voté la résolution ayant recherché un avantage personnel au détriment de l'associé évincé. Par exemple, s'il y a suppression du droit préférentiel de souscription, permettant à un tiers de renflouer la société en souscrivant à l'augmentation de capital, il faudra voir concrètement ce qui se passe pour chacun des associés. Si, compte tenu de la situation de la société, la faillite de la société était la seule autre alternative, l'opération ne peut pas avoir nui aux associés. Et si, d'autre part, les associés majoritaires ont subi le même sort, il n'y aura pas de

problème avec la licéité de l'opération, même si certains associés, voire tous se trouvent exclus de la société. La situation sera différente cependant si, par exemple, l'augmentation de capital survient via la compensation avec un compte-courant détenu par un associé majoritaire : cette opération ne peut être motivée par un besoin de trésorerie de la société ; elle permet uniquement d'éliminer l'associé minoritaire de la société, ce qui ne devrait pas être le but recherché dans l'opération. Il faut donc analyser concrètement les circonstances de l'opération : si le coup d'accordéon constitue un ballon d'oxygène permettant de desserrer l'étau financier qui asphyxiait l'entreprise, il sera licite, contrairement à la situation où l'associé majoritaire vise uniquement à se débarrasser de certains associés.

#### B. LE DROIT DE NE PAS ÊTRE OBLIGÉ À UNE AUGMENTATION DE SES ENGAGEMENTS

**[306] Interdiction d'aggraver la dette des associés contre leur gré : le principe d'intangibilité des engagements des associés.** — Une société en proie à des difficultés financières peut demander à ses associés d'augmenter leur participation dans la société au moyen d'apports nouveaux, afin de sauver la société de la faillite. Pour compréhensible qu'une telle demande puisse être, elle n'est cependant pas susceptible d'entraîner une quelconque obligation juridique à charge des associés.

En effet, la limite financière à laquelle les associés sont tenus vis-à-vis de la société est le montant du capital auquel ils ont souscrit. La société ne saurait les

<sup>1</sup> TA 8 déc. 2011, n° 133 408, *BJB* 2013 n° 7/2013, p. 136.

<sup>2</sup> MONNET, Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements initiaux des associés, in : *Mélanges J. Pailhuseau*, Paris, 2003, p. 403 ; NABASQUE, La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés, *DS*, Actes pratiques, déc. 1997 ; RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD com.*, 2000, p. 27 ; LE NABASQUE, Interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement, *BJS* 2001, n° 2, p. 193 ; TAORMINA, Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés, *RS* 2002, p. 267.

contraindre d'aller plus loin. Cette solution protectrice est un *principe général du droit des sociétés*<sup>1</sup> pour les sociétés en général et se trouve spécifiquement consacré pour les sociétés à risque limité par la formulation selon laquelle « *l'augmentation des engagements des associés ne peut être décidée qu'avec l'accord unanime des associés (...)* »<sup>2</sup>. Disposition d'ordre public sanctionnée par la nullité absolue et qui peut donc être demandée par tout associé, l'interdiction d'aggraver la dette des associés contre leur gré constitue un droit propre des associés.

Le Code civil ne définit ni l'*engagement* ni l'*obligation*. Pire, il entretient parfois la confusion entre eux. Il conviendrait cependant de les distinguer. Le premier doit être appréhendé uniquement comme la source de la seconde. En d'autres termes, l'engagement devrait être entendu comme la convention ou le contrat dont émanent les obligations. Lorsque la loi dispose que les engagements des associés ne peuvent pas être augmentés sans leur consentement, il est nécessaire de savoir à quoi l'on fait référence. Ces dispositions font directement suite à celles prévoyant les conditions en vue de modifier les statuts, autrement dit le contrat de société ; l'augmentation des engagements vise de ce fait nécessairement les obligations des associés. L'existence de ce principe n'aurait en effet aucun sens si le terme « engagement » était considéré au sens large, en tant que convention source d'obligations ; il ne ferait alors que réitérer le principe de possibilité de changer le contrat de société, et on ne verrait ici qu'une redondance du législateur.

La règle protectrice en matière d'engagements supplémentaires se fonde directement sur la *théorie contractuelle de la société* et vise donc à protéger l'associé contre les engagements supplémentaires auxquels il n'aurait pas consenti librement. Bien évidemment, l'associé, dont on sollicite une augmentation de ses obligations d'ordre patrimonial, ne commet aucune faute s'il refuse de réserver une suite favorable à cette demande. Mesure de protection des associés, on comprend aisément que l'assemblée des associés puisse augmenter les engagements des associés si ceux-ci

participent au vote et donnent leur accord. La loi protège uniquement les associés contre toute aggravation de leur dette envers la société à laquelle ils n'ont pas consenti. D'où l'exigence de l'accord unanime si la société entend que chaque associé soit mis à contribution.

**[307] Une aggravation de la dette des associés constitue une augmentation de leurs engagements.** — La loi ne définit pas la notion d'augmentation des engagements des associés. Il ne saurait faire de doute cependant que des charges pécuniaires additionnelles sous la forme du versement d'une somme d'argent supplémentaire ne sauraient être imposées à l'associé contre son gré<sup>3</sup>, comme d'ailleurs, de manière générale, pour toute opération portant aggravation de la dette de l'associé envers la société ou envers les tiers. Aussi, l'assemblée ne pourra contraindre la minorité des associés à :

- faire de nouveaux apports ;
- allonger la durée de l'engagement des associés envers la société ;
- augmenter leurs obligations au passif social au-delà de ce que la loi sur les sociétés commerciales ou les statuts prévoit ;
- transformer une société à risque limité en une société à risque illimité, ce qui aboutit à augmenter indirectement la responsabilité financière des associés.

**[308] Une diminution des droits des associés constitue ou non une augmentation de leurs engagements, selon la gravité de la mesure.** — La formulation du législateur a pour elle la qualité de la concision, mais pas nécessairement celle de la clarté. La jurisprudence, suivant la jurisprudence française, a opté pour une *compréhension restrictive* dudit principe, en restrei-

<sup>1</sup> HOUPIBOSVIEUX, T. II, n° 1262 ; LYON-CAEN/RENAULT/AMIAN, T. 2, n° 867-5.

<sup>2</sup> Art. 67-1 L1915 pour les SA ; art. 103 L1915 pour les SCA ; art. 199 L1915 pour les SARL.

<sup>3</sup> Cour 13 juin 1928, *Pas.* 11, p. 426 : « leur demander plus qu'ils n'ont promis ». Si les statuts ou le pacte d'actionnaires prévoient une augmentation des engagements, celle-ci aura été consentie par l'associé, de sorte qu'il sera également tenu de s'exécuter.

gnant sa portée aux seules obligations pécuniaires et en excluant de son champ la diminution des droits<sup>1</sup>. Cette interprétation est justifiée parce que la seule véritable obligation de l'associé est constituée par l'apport en société et, dans les sociétés à responsabilité illimitée, par une obligation aux dettes sociales. L'engagement de l'associé étant l'obligation financière résultant de son adhésion au pacte initial, cet engagement ne pourra être augmenté contre la volonté de l'associé. Toutes les autres prérogatives dont l'associé peut se prévaloir à l'égard de la société sur la base du pacte social ne constituent qu'une diminution de ses droits, si le changement opéré aux statuts les affecte négativement.

Cette opposition manichéenne des situations, entre l'aggravation des engagements et la diminution des droits, est parfois artificielle, notamment en présence de situations qui se situent en réalité à la frontière des deux qualifications. Pour cette raison, la jurisprudence limite ce principe aux décisions qui ne constituent que de « *simples aménagements* » des droits des associés. S'il y a, par contre, « *remise en cause décisive* » de droits d'associé, la gravité des changements à opérer justifie l'application du principe d'intangibilité des engagements<sup>2</sup>.

De ce fait, la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée ne doit pas être adoptée à l'unanimité, car la substitution de parts simplement cessibles aux actions négociables ne constitue qu'un aménagement du droit de l'associé de sortir, s'il le désire, de la société. La décision relative à l'introduction d'une clause restreignant la libre négociabilité des actions (clause de préemption) ne constitue également qu'un aménagement de droits<sup>3</sup>, contrairement aux décisions visant à instaurer une clause d'inaliénabilité qui remettent en cause le droit même pour l'associé de sortir de la société. Concernant les obligations nouvelles sous la forme de nouvelles *obliga-*

*tions de faire* (obligation de demeurer en relation avec la société, interdiction de sortir de la société), ou *de ne pas faire* (insertion d'une clause de non-concurrence à la société), il faudra donc analyser leur caractère plus ou moins incisif : elle sera ou non régie par le principe d'intangibilité des engagements, selon qu'il s'agit ou non d'une diminution substantielle des droits des associés. Pour prendre un exemple : l'introduction d'une clause de non-concurrence interdisant à un ancien associé toute forme de concurrence envers la société, ultérieurement après sa création, sera une augmentation des engagements de l'associé en raison de l'atteinte portée à la liberté du travail et du commerce ; si, par contre, la clause de non-concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace, la mesure ne constituera qu'un simple aménagement des droits de l'associé.

Cette approche nuancée de la problématique est justifiée, car elle permet d'établir un équilibre entre les intérêts de l'associé et de la société. Dissocier diminution des droits et augmentation des engagements est une manière de *faire prévaloir, dans une certaine mesure, l'intérêt social sur celui de l'associé*. En s'engageant dans la société, les associés acceptent de sacrifier une partie de leur liberté et, par suite, d'annihiler une partie de leurs droits au bénéfice de la société. Pour cette raison, il est conforme à la volonté du législateur de ne pas conférer un domaine trop large au principe d'intangibilité des engagements, en y intégrant la diminution des droits. L'associé accepte par hypothèse de se soumettre à la loi de la majorité concernant le *contrat de société*, car il s'agit d'un contrat de nature particulière : un *contrat-organisation* (v. n° [7]). Comme, dans ce contrat, les associés poursuivent un intérêt commun et sont réputés agir dans la perspective de sa réalisation, ils sont présumés agir pour le bien de tous ; cela justifie que seuls certains d'entre eux peuvent être autorisés à modifier le contrat pour compte de tous. Cependant, outre le contrat de société que les associés concluent entre eux, chacun conclut également un *contrat d'apport* avec la société (v. n° [82]). À l'inverse du contrat de société, le contrat d'apport s'inscrit dans la catégorie des contrats-échange qui réalise une permutation de biens et de services : l'associé remet son apport à la société qui lui transmet en contrepartie des droits sociaux. Société et associé sont incontestablement tenus à des obligations réciproques qui caractérisent sa nature synallagmatique et induisent nécessairement l'existence d'intérêts divergents. Aussi le consentement individuel de l'associé est nécessaire lorsqu'une décision porte atteinte

<sup>1</sup> Lux. 28 avr. 2016, n° 398/2016, rôle 162 980.

<sup>2</sup> Lux. 28 avr. 2016, n° 398/2016, rôle 162 980.

<sup>3</sup> Lux. 28 avr. 2016, n° 398/2016, rôle 162 980.

à ses intérêts. Alors que l'associé a accepté de sacrifier sa liberté en concluant le contrat de société, en acceptant par avance que le vote majoritaire puisse s'imposer à lui, il n'a pas renoncé pour autant à la stabilité de sa situation en souscrivant son contrat d'apport. La difficulté provient du fait que les droits et les obligations de l'associé appartiennent communément à ces deux contrats. Aussi *un compromis doit-il être réalisé entre le principe de flexibilité accepté dans le premier et le principe d'immuabilité imposé dans le second*. Ce compromis peut être réalisé grâce aux droits « essentiels ». En effet, seule la modification de ces derniers, qualifiés de droits « propres », doit requérir le consentement individuel de l'associé.

La distinction entre les engagements et la diminution des droits et, au sein de cette deuxième catégorie, entre les diminutions incisives et celles qui ne le sont pas est évidemment d'un maniement délicat. Comment distinguer, sans risque d'arbitraire, ce qui est substantiel de ce qui ne l'est pas ? Pour surmonter cette incertitude, certains proposent une nouvelle lecture du principe d'intangibilité des engagements : celui-ci ne s'appliquerait qu'aux *engagements nouveaux* ; la loi de l'unanimité, par contre, ne s'appliquerait pas aux modulations des *engagements existants*<sup>1</sup>. L'engagement nouveau sera non seulement celui dont va être tenu l'associé dès la décision prise, mais également l'augmentation future et potentielle de l'engagement qu'implique la décision prise. Aussi la modification statutaire en cours de vie sociale, qui comprend en germe une augmentation des engagements, sera subordonnée à la loi de l'unanimité. C'est ainsi que, si les associés souhaitent insérer dans les statuts, en cours de vie sociale, une clause d'appel de fonds destinée à se réaliser ultérieurement, le consentement individuel de tous les associés sera requis. L'engagement nouveau s'oppose à un engagement qui a été initialement souscrit dans les statuts et, donc, accepté par les associés. L'engagement initialement souscrit inclut également sa modification subséquente, pour autant qu'elle ait été prévisible ; dans ce cas, il ne s'agit que du prolongement d'un engagement antérieurement accepté qui ne

nécessite donc pas le consentement individuel de l'associé.

## § 2. LE DROIT DE SORTIR DE LA SOCIÉTÉ

Il est fréquent que les associés-fondateurs de la société ne soient pas nécessairement les mêmes que ceux qui détiennent le capital de la société au moment de sa dissolution : de nouveaux associés peuvent s'adjoindre en cours de route ; certains associés-fondateurs peuvent avoir quitté la société entre-temps. Cette sortie d'associés existants peut être voulue par eux (A) ou leur avoir été imposée (B).

### A. LA VOIE NORMALE : LA CESSION À UN AUTRE ASSOCIÉ OU À UN TIERS

La plupart du temps, l'associé qui entend sortir de la société vend ses droits sociaux à un autre associé ou à un tiers (1). Mais d'autres cas de cession sont également envisageables (2).

#### 1. LA CESSION OUVERTE<sup>2</sup>

**[309]Présentation.** — Le droit de rester associé n'a pas pour corollaire le droit pour l'associé de sortir de la société quand bon lui semble. Il faut distinguer en la matière selon le type de société concerné.

En principe, aux termes de l'article 1861 C.civ., « chaque associé (...) ne peut pas, sans ce consentement (à savoir celui des associés), associer une tierce personne à la société ». Autrement dit, dans la *société civile*, les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés (v. n° [695]). Cette règle existe également dans les *sociétés en nom collectif* (v. n° [708]), les *sociétés en commandite simple* (v. n° [731]) et dans une moindre mesure dans les *sociétés à responsabilité limitée* (v. n° [826] et s.). Dans les *sociétés de personnes* donc, l'incessibilité est la règle et la cessibilité l'exception.

<sup>1</sup> LE NABASQUE, La notion d'engagements nouveaux, *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 37.

<sup>2</sup> LECLERCQ, *Les conventions de cession*, Bruxelles, 2009.



Il en va autrement dans les *sociétés par actions*. Ici, la personne de l'actionnaire importe moins. Aussi, le principe est celui de la libre cessibilité des actions, les restrictions apportées à ce principe étant l'exception. Elles seront étudiées plus en détail pour la société anonyme (v. n° [971] et s.), sachant que les mêmes règles valent pour la société en commandite par actions ainsi que les SAS.

Les règles juridiques en matière de prix de cession sont communes à toutes les formes de société (a). Ces règles s'inscrivent dans un contexte financier qu'un juriste doit pour le moins appréhender sommairement (b). Concernant l'opposabilité de la cession à la société comme aux tiers, par contre, certaines distinctions doivent être faites (c).

#### a) LE PRIX DE CESSION

**[310] Principe de la libre fixation du prix.** — Le prix de cession est librement arrêté par l'acquéreur et le vendeur et résultera du jeu de l'offre et de la demande. De ce fait, les actions et parts peuvent être cédées à un prix élevé ou dérisoire, en fonction du degré d'information et de connaissance des parties, de leur situation de force respective, etc.

Aux termes de l'article 1591 C.civ., le prix de la vente « doit être déterminé et désigné par les parties ». Il n'est cependant pas nécessaire que le montant en soit fixé, dans le principe, d'une manière absolue. Il suffit, pour la formation de la vente, que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté, ni de l'une ni de l'autre des parties. À défaut d'être *déterminé*, le prix de vente doit donc être *déterminable*. Le prix de vente, fixé par référence aux capitaux propres de la société à établir par un professionnel du chiffre, est ainsi déterminable, tandis que celui qui ne sera pas arrêté par les parties, dans le cadre d'un accord ultérieur, n'est ni déterminé, ni déterminable. C'est au jour de la cession que s'apprécie le caractère déterminé ou déterminable du prix de cession. Lorsqu'il fait défaut, le contrat de vente est annulable.

Conformément au Code civil, il est loisible aux parties de désigner un « arbitre » ou « expert » ayant pour mission la fixation du prix de vente (art. 1592 C.civ.)<sup>1</sup>. Mandataire commun des deux parties (le vendeur et l'acquéreur), l'expert aura autorité pour apprécier lui-même les clauses éventuellement obscures de la convention le nommant, afin de déterminer la nature exacte de sa mission. Sa décision s'imposera aux parties, de sorte que l'on peut dire que l'expert est « juge du prix » ou il « dit » le prix<sup>2</sup>.

**[311] Protection conventionnelle de l'acquéreur.** — L'acquisition de droits sociaux, permettant de prendre le contrôle d'une société, peut présenter certains risques. En effet, il y a le passif que l'on voit et celui qui peut ne pas être connu au jour de la cession, mais qui pourtant reste imputable à la gestion du cédant. De même, il peut y avoir des actifs que l'on croyait exister mais qui se révèlent être d'une valeur moindre ou encore être absents de la cession. Or, tous ces imprévus entraînent une diminution de la valeur des droits sociaux.

Une *convention de garantie de passif* permet de sécuriser l'acquéreur contre cette dévaluation patrimoniale, le vendeur lui garantissant la situation de celle-ci au jour de la cession. Ce type de clause a été créé par les praticiens du droit afin de prémunir les acquéreurs contre l'apparition, après la cession, d'un évènement dont la cause ou l'origine serait antérieure à la cession et qui se traduirait par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif ayant pour conséquence une réduction de la situation nette de l'entreprise. Lorsqu'elle vient à jouer, la clause de garantie de passif permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction du prix de vente à hauteur du passif social que les comptes sociaux, erronément, n'indiquaient pas le jour de la

<sup>1</sup> Art. 1592 C.civ. : « Il (le prix de vente) peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers: si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

<sup>2</sup> RANDOUX, note sous Cass. Com. 23 nov. 1993, *RS* 1994, p. 275 (278) ; en détail : COHEN, *Arbitrage et société*, th., Paris, 1993.

cession<sup>1</sup>.

La garantie de passif est l'expression la plus usitée, mais elle peut recouvrir des réalités différentes, à savoir :

- *une garantie de passif pure et simple* : le cédant s'engage à ne couvrir que les passifs qui pourraient se révéler après la cession, alors même qu'ils ont leur origine antérieurement à celle-ci (p.ex. : un passif fiscal mal estimé);
- *une garantie de passif et d'actif* : ici, en plus de garantir l'éventuelle apparition de passifs, le cédant garantit les éventuelles diminutions d'actifs ou défauts d'actifs (p.ex. : créances impayées ou litigieuses dont l'origine est antérieure à la cession) ;
- *une garantie d'actif net* : ce type de garantie bénéficie aussi au cédant. En effet, elle a pour finalité de contrebalancer les pertes subies par le repreneur avec les éventuels compléments d'actif. On parle souvent de compensation entre les bonnes et les mauvaises nouvelles (p.ex. : un passif fiscal surestimé ; des provisions pour risques liés à un procès que la société gagne ; ...).

Lorsqu'une clause de garantie de passif fait défaut, l'acquéreur n'a guère d'autres choix que d'invoquer les protections classiques en matière de droit des obligations : garantie d'éviction ; garantie des vices cachés ; erreur et dol.

**[312] Garantie d'éviction.** — La garantie d'éviction en matière de cession de droits sociaux est prévue par le Code civil. Ainsi, selon l'article 1625 du Code civil, « la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ». Selon l'article 1626 du Code civil, « quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre

<sup>1</sup> Aucune faute ne doit être prouvée ; il suffit de prouver la perte de valeur : Cour 23 févr. 2005, *Bull. Jeune Barreau* 2006, p. 155.

dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». Ces dispositions s'appliquent à toute vente, et donc aussi à la vente de droits sociaux.

Mais la garantie d'éviction prévue par le Code civil ne protège guère l'acquéreur de droits sociaux contre des prix excessifs : elle *porte sur l'objet de la vente*, à savoir les droits sociaux, et non sur les actifs de la société, car ce sont les droits sociaux qui ont été vendus, et non pas le fonds de commerce de la société. Voilà pourquoi l'acquéreur de droits sociaux ne saura annuler la vente au titre de la garantie d'éviction, si une partie de la clientèle s'est évanouie peu de temps après l'opération d'achat. Afin de pouvoir réussir dans son action, il faudrait que l'acquéreur se trouve dans *l'impossibilité matérielle ou juridique de poursuivre l'activité ou de réaliser l'objet social*<sup>2</sup>. En revanche, tant qu'il existe une possibilité de poursuivre ou de relancer l'activité ou d'accomplir l'objet social, la garantie d'éviction ne saurait jouer<sup>3</sup>.

**[313] Garantie des vices cachés.** — La garantie des vices cachés (art. 1641 et s. C.civ.)<sup>4</sup> ne joue également qu'un rôle réduit dans le cadre de la cession des droits sociaux. En effet, toute révélation concernant la situation financière de la société n'affecte pas, en principe, l'usage des droits sociaux, mais *seulement le patrimoine de la société*, et corrélativement la valeur des droits sociaux, mais non leur usage. Comme seuls les vices affectant les droits sociaux eux-mêmes justifient la mise

<sup>2</sup> En ce sens la jurisprudence française ; v. COURET, note sous Cass. com. 17 déc. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2003 n° 3, p. 302.

<sup>3</sup> DAIGRE, *Bulletin Joly Sociétés* 1999, p. 1184 ; le détail sur la question : AUBRY, Les obligations de non-concurrence du cédant de droits sociaux en l'absence de clause contractuelle, in : *Mélanges Michel Germain*, Paris, 2015, p. 25.

<sup>4</sup> Art. 1641 C.civ. : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

en œuvre de la garantie, à l'exclusion donc de ceux portant sur leur valeur<sup>1</sup>, la garantie ne jouera donc pas si l'acquéreur achète des droits sociaux pour un prix surfait.

En revanche, elle jouera en présence de *vices occultes empêchant ou restreignant l'usage des droits acquis*. Cette situation sera plutôt exceptionnelle : on peut penser p.ex. à l'impossibilité de participer aux assemblées ; l'exclusion du droit aux bénéfices ; l'impossibilité pour la société de poursuivre son activité économique ; etc.<sup>2</sup>. Même la révélation de dettes, notamment fiscales, ne constitue pas un vice caché, alors même qu'elles absorbent la quasi-totalité de l'actif de la société ; il suffit que la société ait pu poursuivre son activité pendant un certain temps. Cette solution, qui peut paraître sévère pour l'acquéreur, est cependant justifiée parce que ce passif inconnu de l'acquéreur est une dette de la société et non une charge du cédant. On peut également faire l'analogie avec le droit des cessions de créances, où le cédant garantit uniquement l'existence de la créance, mais non la solvabilité du débiteur, même pas sa solvabilité actuelle (art. 1694 C.civ.)<sup>3</sup>. Par analogie, la cession de droits sociaux ne saurait être annulée au motif que la société, dont les droits sociaux ont été cédés, vaudrait moins que le prix payé par l'acquéreur<sup>4</sup>.

**[314] Erreur.** — Comme tout contrat, celui qui prévoit la cession de droits sociaux peut être annulé pour vice du consentement du vendeur. Puisque la validité du consentement d'un cocontractant doit être appréciée au moment de la formation du contrat, il con-

viendra de se placer au moment de la conclusion du contrat de cession des droits sociaux pour apprécier si la partie qui invoque un vice de consentement a contracté en connaissance de cause. L'acquéreur de droits sociaux peut commettre deux types d'erreur, dont seule une constitue un vice de consentement.

La plupart du temps il commettra une *erreur sur la valeur*, en payant trop cher les droits sociaux. Conformément au droit commun de l'erreur, et donc du principe de la prohibition générale de l'annulation pour *lésion*, l'erreur sur la valeur ne pourra emporter la nullité du contrat de cession. La révélation d'une moins-value inopinée n'est ainsi pas constitutive d'un vice de consentement. Exceptionnellement, la jurisprudence assimilera à une erreur sur la substance la cession de droits sociaux basée sur des *états financiers erronés*. Si l'acquéreur des droits sociaux n'avait pas acquis les droits sociaux en question, s'il avait connu la situation financière réelle de la société, il y aura erreur sur la substance et, partant, possibilité de faire annuler la transaction<sup>5</sup>. Plus souvent, les états financiers ne sont pas erronés, mais tout simplement *pas à jour*. Dans ce cas, le vendeur commettra une réticence dolosive, s'il avait en sa possession des informations financières qu'il n'a pas communiquées à l'acquéreur. Cette réticence dolosive est susceptible d'engendrer une erreur sur la substance, si les éléments additionnels d'information non communiqués auraient dissuadé l'acheteur de contracter.

Plus rarement l'acquéreur des droits sociaux subira une *erreur sur la substance*. C'est le type d'erreur envisagé au Code civil (art. 1110 C.civ.<sup>6</sup>) ; elle est une cause de nullité du contrat. L'erreur sur la substance consiste en une erreur sur les qualités substantielles en considération desquelles les parties ont contracté. Afin

<sup>1</sup> Cour 8 mars 1994, n° 15 494.

<sup>2</sup> Lux. 11 mars 1994, n° 40 279 et 40 845.

<sup>3</sup> Art. 1694 C.civ. : « Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé ».

<sup>4</sup> Les droits sociaux ne sont pas des droits de copropriété puisque les différents associés n'ont individuellement aucun droit sur l'actif de la société qui appartient à cette dernière. Dès lors, par élimination et par application de la *summa divisio* entre droits réels et droits de créance, il faut considérer que les droits sociaux constituent des droits de créance sur la société.

<sup>5</sup> Cour 18 mai 2006, *Bull. Barreau* 2006, n° 8, p. 204 ; Lux. 15 févr. 2008, n° 4/08, *Bull. Barreau* 2008, p. 93.

<sup>6</sup> Art. 1110 C.civ. : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

de pouvoir être retenue, cette erreur doit avoir été la *cause déterminante de l'acquisition des droits sociaux*<sup>1</sup>. L'erreur devra donc porter sur l'aptitude de l'objet à réaliser la fin voulue par celui qui achète : l'acquéreur des droits sociaux devait ignorer que la société concernée était dans l'impossibilité manifeste, c.-à-d. insurmontable, de réaliser son objet social et de poursuivre, de façon rentable, une activité économique. Les cas d'application pratique de l'erreur sur la substance en matière de cession de droits sociaux sont donc a priori plutôt rares : une erreur sur la substance peut survenir, si la société devient insolvable peu de temps après l'acquisition des droits sociaux ; si la société ne peut plus avoir d'activité économique ; ...

[315] **Dol**<sup>2</sup>. — Un autre terrain sur lequel l'acheteur déçu pourra se placer est le dol (art. 1116 C.civ.)<sup>3</sup>. On notera que la présence d'une clause de garantie de passif ne saurait être un obstacle à la mise en œuvre d'une action fondée sur le dol. Réciproquement, l'absence d'une clause de garantie de passif ne devrait pas être un obstacle à une action fondée sur le dol.

Le dol nécessite, outre l'intention de tromper, des *manœuvres positives* qui peuvent être définies comme toutes espèces d'agissements tendant à créer une fausse apparence. La production de faux bilans peut constituer une forme de dol, comme toutes les autres machinations visant à gonfler fictivement l'actif et diminuer virtuellement le passif de la société.

Mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent à assimiler aux manœuvres dolosives les *simples mensonges*. Il importe alors peu qu'il s'agisse de documents mensongers (p.ex. : un contrat de distribution de produits falsifié) ou alors de simples allégations mensongères (p.ex. : l'indication orale que ce contrat existe-

rait), puisqu'un simple mensonge non appuyé par des actes extérieurs peut constituer un dol<sup>4</sup>. Peu importe également que le mensonge soit oral ou écrit, dès lors qu'il a été déterminant du consentement du cocontractant. Toutefois, ne sont pas répréhensibles les mensonges qui entrent dans la catégorie du « *dolus bonus* », c'est-à-dire les allégations qui consisteraient à vanter de manière exagérée les caractéristiques du bien vendu. Déjà la Rome antique n'y voyait « qu'un bon tour joué par un homme habile à un partenaire trop naïf ».

Si le vendeur n'est pas impliqué dans la gestion de la société, il pêchera la plupart du temps uniquement par omission, en ne renseignant pas l'acheteur sur les erreurs contenues dans le bilan qui ne lui sont pas attribuables. Se pose ainsi la question de savoir si la *réticence*, c'est-à-dire le fait pour le vendeur de garder volontairement le silence, peut être constitutive d'un dol, si elle a provoqué une erreur déterminante dans le chef de l'acquéreur des droits sociaux. Ainsi, si elle porte sur un fait qui, s'il avait été connu de l'acquéreur, l'aurait empêché de contracter, la réticence pourra entraîner la nullité du contrat de cession<sup>5</sup> ; le dol qui a conduit l'une des parties à contracter à des conditions moins avantageuses justifie seulement l'octroi de dommages-intérêts et non l'annulation du contrat. Si la réticence dolosive provient du dirigeant de la société, tiers au contrat de vente, et non impliqué à la cession sous quelle que forme que ce soit, il n'y aura pas de place pour le dol.

*Par rapport à l'erreur*, l'avantage principal du dol naît de ce que toute erreur peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 1116 du Code Civil, alors que seules sont prises en compte les erreurs sur la substance et sur la personne dans le cadre de l'article 1110 du Code Civil. En outre, le dol n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité de la cession ; il offre également la possibilité au demandeur de ne réclamer que le versement de dommages-intérêts, contrairement aux autres vices

<sup>1</sup> Par analogie : Cour 16 déc. 2015, *Pas*, 37, p. 821.

<sup>2</sup> MOUSSERON, L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, *JCP* éd. E 2006, n° 22, p. 261.

<sup>3</sup> Art. 1116 C.civ. : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

<sup>4</sup> Cass. civ. (France) 6 novembre 1970 : « un simple mensonge non appuyé d'actes extérieurs peut constituer un dol » ; *JCP* 1971 II 16942 note GHESTIN.

<sup>5</sup> GHESTIN, La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, *D.* 1971, chr., p. 247.

du consentement. Enfin, l'erreur nécessite que soit rapportée la preuve d'une impossibilité de continuer l'exploitation. Or, en matière de dol, une telle preuve n'a pas à être rapportée: la tromperie du cocontractant ayant entraîné une erreur suffit pour que la nullité de la cession soit envisagée.

Si la réticence dolosive peut ainsi protéger l'acquéreur de droits sociaux, ce n'est cependant pas la panacée, permettant à chaque fois à l'acheteur déçu de se retourner contre le vendeur. Le principe est que chacun doit s'informer sur ce qui l'intéresse. Dès lors, le *devoir de s'informer* est le principe et l'obligation d'information à la charge du cocontractant n'est que l'exception. D'ailleurs, la règle était déjà posée par les Romains avec les maximes « *emptor debet esse curiosus* » (l'acheteur doit être curieux) et « *caveat emptor* » (l'acheteur doit se tenir sur ses gardes). Si l'acquéreur n'a pas accompli son devoir, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même ; il ne pourra pas réclamer une réticence dolosive de la part de son cocontractant, alors qu'il pouvait facilement prendre connaissance de l'information. Celui qui peut connaître de façon peu coûteuse une information qui l'intéresse ne peut reprocher à son cocontractant de ne pas lui avoir transmis cette information. Il faut en déduire que les *documents publiquement consultables* ne sauraient tomber sous le coup d'une obligation d'information à charge du vendeur.

Il faut également tenir compte de la situation du cédant comme du cessionnaire. Si l'acquéreur est déjà *associé*, il aura à sa disposition les mêmes informations que le vendeur, ce qui devrait suffire à éliminer l'erreur pour dol. En sens inverse, si la qualité d'associé se dédouble de fonctions de *direction* au sein de la société, on sera en présence d'une asymétrie d'informations entre le vendeur et l'acheteur, justifiant que l'on soit plus sévère au regard du vendeur en termes d'obligations d'information. Le dirigeant détiendra souvent des informations déterminantes que l'acquéreur n'était pas en mesure d'obtenir par lui-même. Si des informations suffisamment tangibles sont connues exclusivement par le dirigeant en raison de ses fonctions, celui-ci devra non pas conseiller l'acquéreur sur l'opération envisagée, mais il devra du moins loyalement l'informer de ces informations privilégiées, afin que l'acquéreur éventuel puisse se décider en connaissance de cause. Il serait injustifié en effet qu'un dirigeant qui est lui-même partie à la cession puisse tirer avantage des connaissances qu'il a acquises dans le cadre de ses fonctions, afin de céder à un prix plus avantageux que justifié, en raison de l'ignorance de certains éléments pertinents par l'acquéreur. Cette *obligation de loyauté*, qui doit inclure, outre le dirigeant, tout autre organe de la société, tel son conseil de surveillance, existera dès lors que le dirigeant sera directement impliqué dans l'opération de cession, soit en tant que cessionnaire, soit en

simple intermédiaire ou initiateur de l'opération<sup>1</sup>.

La partie ayant été la victime du dol devra bien sûr prouver « l'excès de prix » que le dol l'a conduit à payer (ou « l'insuffisance de prix » qu'elle a subie du fait du dol). Le dol étant un fait juridique, tous les moyens de *preuve* sont admissibles. Sa preuve sera donc plus facile à prouver que l'erreur. Les éléments constitutifs du dol sont souverainement appréciés par les juges du fond. L'action en annulation est donc soumise aux règles inhérentes à ce type de nullité: d'une part, la demande ne peut être formée que par la victime du dol ou ses héritiers, d'autre part, le contrat est susceptible de confirmation, enfin l'action se prescrit par cinq ans au jour de la découverte du dol (art. 1304 C. civ.)<sup>2</sup>.

#### b) LA VALEUR DES DROITS SOCIAUX

Les droits sociaux constituant une quote-part du capital de la société, évaluer les droits sociaux revient à la même chose qu'évaluer la société. La valeur d'un droit social s'obtient en divisant la valeur de la société par le nombre de droits sociaux en circulation. Il existe des ouvrages détaillés et parfois difficiles d'accès pour les juristes en matière d'évaluation de sociétés, d'où une tendance naturelle des juristes de botter en touche quand on passe aux chiffres. Pourtant, la question de l'évaluation d'une société n'est pas si compliquée que ça à cerner, du moins dans ses grandes lignes.

**[316] Approche patrimoniale.** — L'approche la plus directement accessible pour le juriste est l'approche patrimoniale. Cette approche est liée au passé de

<sup>1</sup> DECKERT, Le devoir de loyauté du dirigeant envers les associés dans le cadre de cessions de droit sociaux : confirmations et interrogations, *Rev. sociétés* 2016, p. 509 ; SCHLUMBERGER, Le caractère circonscrit du devoir de loyauté des dirigeants sociaux, *BJS* 2016, p. 709.

<sup>2</sup> Art. 1304 C. civ. : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ».

l'entreprise : une société, c'est avant tout une histoire, une accumulation de richesse, d'actifs et de passifs. Cette *méthode statique* est simple à mettre en œuvre mais fautive d'un point de vue théorique. Elle consiste à valoriser les entreprises sur la base de leurs bilans. Le plus simple est de prendre les *capitaux propres* tels qu'ils résultent des comptes sociaux publiés.

Cette approche présente l'inconvénient d'être influencée par les *règles comptables* dont notamment le principe de prudence. Ce principe exige que la société enregistre toutes les pertes probables, tout en reportant la date d'enregistrement des bénéfices probables jusqu'au jour de leur réalisation effective (« ne pas vendre la peau de l'ours avant de l'avoir abattu »). De ce fait, les capitaux propres comptables de la société ne renseignent pas les plus-values latentes existant le cas échéant. Voilà pourquoi on ajuste la valeur comptable des capitaux propres du montant des plus-values et moins-values occultes ou latentes. Cela permet d'aboutir à une valeur dite « *valeur intrinsèque* » des capitaux propres, plus satisfaisante que la valeur comptable : elle consiste à agréger l'ensemble des actifs d'une entreprise, à les réévaluer à leur valeur actuelle de marché et à en déduire les dettes, elles aussi actualisées à aujourd'hui. On parle également d'*actif net réévalué* (ANR).

Exemple : une société dispose d'un actif net comptable de 1 000 comprenant un terrain acquis pour 100 il y a cinquante ans. Ce terrain a une valeur de marché de 400. Tous les autres postes de l'actif net comptable reflètent leur valeur de marché. Dans ce cas, la société dispose d'un ANR de :  $ANR = 1\ 000 + (400 - 100) = 1\ 300$ . Au minimum, le vendeur voudra encaisser ce montant en vendant 100% de la société.

**[317] Approche par les flux.** — Mais en réalité, ce que les sociétés achètent, ce ne sont pas des performances passées mais des *espoirs de rentabilité future*<sup>1</sup>. Ce qui motive un investisseur, c'est la capacité à générer des bénéfices et à encaisser des dividendes. D'où la

<sup>1</sup> Cour 23 févr. 2005, n° 28 005 : la valeur des actions « implique en général un pari sur la bonne ou mauvaise fortune future de la société ».

supériorité des *méthodes dynamiques* évaluant une société sur la base de sa capacité bénéficiaire actuelle et future.

Un associé percevant ses revenus en provenance de la société sous forme de dividendes, l'idée sera donc d'évaluer une société par *addition des dividendes futurs*. Comme un dividende de 1 € aujourd'hui vaut plus qu'un dividende de 1 € dans une année, et ainsi de suite, il faut rapporter les *flux de dividendes futurs* aux prix d'aujourd'hui, ce qui est fait au moyen de taux d'actualisation. L'actualisation est en fait l'inverse de la capitalisation. Quand on place de l'argent, et que l'on perçoit des intérêts qui s'ajoutent à la somme placée à l'origine, de sorte à générer à leur tour des intérêts, on parle de capitalisation. L'actualisation est le procédé inverse : elle permet de déterminer ce qu'une somme d'argent qui sera encaissée dans le futur vaut aujourd'hui ; à cette fin on rapporte cette somme d'argent futur en équivalent d'argent d'aujourd'hui, en divisant cette somme par un taux d'actualisation. Le *taux d'actualisation* (« i ») est le taux de rendement d'un placement sans risque (ex. : emprunt étatique), auquel il y a lieu d'ajouter une prime de risque permettant d'intégrer le risque économique général (récession, ...) et le risque économique spécifique de la société (faillite, ...).

Exemple : 100 placés en banque aujourd'hui au taux de 5% rapporteront 5 dans 1 an. Il s'ensuit qu'il est équivalent pour une personne de disposer d'un dividende de 100 aujourd'hui ou de 105 dans 1 an. Du coup, un dividende de 100 dans 1 an ne vaut pas 100 en termes de pouvoir d'achat d'aujourd'hui, mais seulement  $100/1,05 = 95,25$ , car un montant de 95,25 placé aujourd'hui au taux de 5% rapportera un intérêt de € 4,75 dans 1 an ; l'investisseur récupérera donc 100 dans 1 an.

La valeur actuelle V d'un capital C placé au taux de placement « p » durant 1 année s'obtient donc en additionnant le rendement de ce placement (C x p) à sa valeur actualisée (C x p)/(1 + i) à la valeur actualisée du capital dans un an [(C / (1 + i))]. V se calcule donc comme suit :

$$V = \frac{C \times p}{(1 + i)} + \frac{C}{(1 + i)}$$

Si i = p, on aura :  $V = [(100 \times 5\%)/(1 + 0,05)] + [100/(1 + 0,05)] = 4,25 + 95,25 = 100$ . La valeur actualisée après un an du capital ainsi que son rendement sont donc égaux dans cet exemple au capital de départ. Cela est parfaitement logique, car

si le rendement est égal au taux d'actualisation, le placement à sa valeur actualisée ne génère ni revenu, ni perte, le rendement nominal compensant la perte de valeur du capital. Si « p » est de 8%, on aura :

$$V = [(100 \times 8\%)/(1 + 0,05)] + [100 / (1 + 0,05)] = 7,61 + 95,25 = 102,86$$

Le même raisonnement peut être fait pour un investissement en actions, la valeur d'une action (V) n'étant rien d'autre que le dividende probable de l'année 1 (Div<sub>1</sub>) ainsi que du prix de vente de l'action à la fin de l'année 1 (PV<sub>1</sub>), actualisé au prix d'aujourd'hui (i).

$$V = \frac{Div_1}{(1 + i)} + \frac{PV_1}{(1 + i)}$$

Comme l'horizon d'investissement n'est pas d'une année, il faut raisonner sur une période d'investissement infinie. À l'infini, le prix de vente d'une action ne vaut plus rien, en raison du facteur d'actualisation (1 + i)<sup>t</sup>, de sorte qu'on peut négliger ce terme. Autrement dit, une action d'une société vaut la somme actualisée de ses flux de dividendes futurs. Si le dividende est constant et l'horizon temporel infini :

$$V = \frac{Div}{i}$$

Ainsi, si une société distribue à l'infini un dividende annuel de 100, en présence d'un taux d'actualisation de 5%, la valeur de la société sera de V = 100/0,05 = 2 000.

Lorsque le dividende, comme c'est souvent le cas, croît à un taux constant (g), la formule d'évaluation devient :

$$V = \frac{Div}{(i - g)}$$

Dans l'exemple précédent, si le taux de croissance des dividendes est de 3% :

$$V = 100 / (0,05 - 0,03) = 5 000.$$

Un associé minoritaire ne devrait évaluer son investissement qu'à partir des flux de dividendes futurs, car il n'a pas d'emprise sur la politique financière de la société. Un associé majoritaire pourrait par contre décider de distribuer plus ou moins de dividendes, selon ses vues sur les besoins de la société ainsi que ses besoins personnels. Pour l'associé majoritaire, il est donc plus pertinent d'évaluer son investissement à partir des bénéfices futurs de la société (« B »), plutôt que de ses dividendes. Comme une société retient généralement un certain pourcentage de ses bénéfices au titre d'autofinancement, on comprendra aisément que la même société évaluée à partir des bénéfices vaudra plus que si elle est évaluée à partir des dividendes ; la différence constitue la *prime de contrôle*. Le modèle

d'évaluation à partir des bénéfices repose sur la même logique que le modèle précédent basé sur les dividendes :

$$V = \frac{B}{i}$$

et

$$V = \frac{B}{(i - g)}$$

Si une société réalise chaque année des bénéfices nets de 150 et qu'elle distribue 2/3 aux associés : V = 150 / 0,05 = 3 000. Si le bénéfice croît de 3% par an : V = 150 / (0,05 - 0,03) = 7 500. Sur la base des flux de dividendes, la valeur de la société serait de : V = 100/0,05 = 2 000 et de V = 100/(0,05 - 0,03) = 5 000 (on retrouve ainsi les valeurs de l'exemple précédent).

**[318] Une méthode combinant l'approche patrimoniale et celle par les flux : le fonds de commerce.** —

Une société qui dispose d'un actif net réévalué (ANR) est censée réaliser un certain rendement (p) sur cet actif. Si elle réalise ce rendement (p x ANR), la société ne fait rien d'extraordinaire, car tout placement risqué effectué ailleurs engendrerait un rendement similaire. Certaines entreprises réalisent cependant des bénéfices (B) qui dépassent ce rendement : R = B - (p x ANR). Cette différence (R) constitue une *rente économique*. Elle résulte du caractère spécifique de l'approche de l'entreprise, de ses activités, de la qualité particulière de ses produits, de sa position sur le marché, etc. Cela se traduit par un surplus de rentabilité réellement dégagée par l'entreprise par rapport à la rentabilité normale des actifs investis dans l'exploitation.

Exemple : une société disposant d'un ANR de 1 000 réalise des bénéfices annuels de 100. Le taux de rendement normal d'une entreprise similaire est de 6%. Dans ce cas, la rente annuelle que la société génère est de : R = 100 - (0,06 x 1 000) = 100 - 60 = 40.

Le profit excédentaire que l'investisseur réalise est appelé « *fonds de commerce* » ou « *goodwill* ». Cette rente, à défaut d'être indéfinie dans le temps, existera probablement un certain nombre d'années (k). Le fonds de commerce (GW) s'obtient dès lors par capitalisation de la rente annuelle sur plusieurs années : GW = k x R. La valeur de la société s'obtiendra en additionnant le fonds de commerce à l'actif net réévalué :

$$V = ANR + GW$$

Exemple : dans l'exemple précédent, on estime que la rente aura une durée de 15 ans. Dans ce cas :  $GW = 15 \times 40 = 600$ . La valeur de la société sera de :  $V = ANR + GW = 1\,000 + 600 = 1\,600$ .

### c) OPPOSABILITÉ À LA SOCIÉTÉ ET AUX TIERS

**[319] Présentation.** — *Entre les parties*, on applique les règles générales du contrat de vente telles que posées par le Code civil. Selon l'article 1583 C.civ : « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

La *société* et les *tiers* n'étant pas parties au contrat de vente, la question de la validité de la vente entre les parties doit être distinguée de celle qu'est son opposabilité à la société comme aux tiers. Les règles d'opposabilité varient selon la nature des droits sociaux transférés et le type de société concerné.

**[320] Sociétés à risque illimité.** — Dans les sociétés à risque illimité, la cession se fait selon les mêmes formes de cession que la créance civile (art. 21 L1915)<sup>1</sup>. L'opposabilité de la cession à la *société* résultera, conformément à l'art. 1690 C.civ., auquel ces dispositions renvoient, d'une « notification » à la société ou d'une « acceptation » par la société. La « *signification* » suppose un acte extrajudiciaire, en pratique une signification par huissier. L'« *acceptation* » renvoie à la simple prise de connaissance de la cession de créance, un

<sup>1</sup> Art. 21 L1915 : « (...) ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après avoir été notifiés à la société ou acceptés par elle. Ils ne peuvent cependant avoir d'effet vis-à-vis des tiers quant aux engagements sociaux antérieurs à leur publication, sauf lorsque le tiers en avait connaissance ou ne pouvait les ignorer ». Cet article ne s'applique en tant que tel qu'aux SECS. Pour les SNC, il n'existe aucune disposition législative, mais il n'y a pas de raison de ne pas appliquer les principes de l'article 21 L1915 par analogie. La société civile n'étant traité qu'au Code civil, l'art. 1690 C.civ. s'appliquera.

consentement éventuel de la cession n'étant pas requis ; ce sera la lettre recommandée à la société, ou la signature par la société au titre de « en présence » de l'acte de vente, s'il prend la forme écrite. La publication de la cession des droits sociaux n'est donc nullement une condition de son opposabilité à la société.

La situation est différente concernant l'opposabilité de la cession *aux tiers*, autres que la société dont les parts sont cédées. Les tiers sont uniquement informés des événements pertinents concernant les sociétés en raison de leur publication au RCS. Les associés des sociétés de personnes figurent au RCS, à la constitution de ces sociétés ; il en est de même des cessions de droits sociaux, le RCS renseignant à tout instant le cercle des associés actuels de la société<sup>2</sup>. Tant que les formalités de publication n'auront pas été accomplies, la cession des droits sociaux ne sera pas opposable aux tiers ; une simple connaissance de leur part de la cession ne suffira pas.

**[321] Sociétés à risque limité.** — Dans les sociétés à risque limité, il faut distinguer selon que les droits sociaux sont nominatifs ou au porteur.

Les *actions nominatives* n'existent que dans les sociétés par actions. Elles sont créées au profit d'une personne déterminée dont le nom se trouve mentionné sur un registre spécial, le registre des actions nominatives (v. n° [977]). L'inscription à ce registre ne crée pas la titularité sur les droits d'associé faisant l'objet de l'inscription<sup>3</sup>, mais rend opposable à la société comme

<sup>2</sup> Art. 6 L2002 sur le RCS : « Toute société commerciale dotée de la personnalité morale est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique: (...) dans le cas des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple, les nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse privée ou professionnelle précise des associés solidaires, (...) ». Art. 6bis : « Toute société en commandite spéciale est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique: (...) 4° les nom, prénoms, date et lieu de naissance des associés commandités(...) »; Art. 10 : « Toute société civile est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique: (...) 4° les nom, prénoms, date et lieu de naissance des associés (...) ».

<sup>3</sup> Cour 7 mai 2015, *Pas.* 37, p. 370, note RIASSETTO (« un



aux tiers les droits de l'associé inscrit au registre (art. 40 L1915<sup>1</sup>. Il faut donc distinguer le titre de propriété et le titre de preuve. Le registre indique également les cessions éventuelles, ensemble avec le nom du cédant et du cessionnaire. Le transfert effectué, celui dont le nom figure sur le registre des actionnaires nominatifs est seul présumé être le titulaire des actions inscrites à son nom, vis-à-vis des autres associés, de la société, comme des tiers.

L'inscription étant l'œuvre de la société, elle constitue le principal instrument de preuve en faveur de l'associé contre la société et les tiers. Elle ne pourra être invoquée par la société contre l'associé (cédant et cessionnaire) que si la déclaration de transfert a été signée par celui-ci sur le registre des actionnaires nominatifs, ou si l'inscription a été faite conformément aux règles posées par l'article 1690 C.civ. (dans ce cas, la force probante n'existe que vis-à-vis du cessionnaire-signataire). Si l'inscription est faite par la société sur la base de « correspondance ou d'autres documents probants » (art. 40 L1915), la preuve contre l'actionnaire ne pourra être faite qu'à l'aide de ces documents<sup>2</sup>.

La règle est la même pour les transmissions de parts sociales dans les *SARL*, où l'opposabilité de la transmission aux tiers sera uniquement fonction du respect de l'art. 190 al. 2 L1915 (v. n° [835])<sup>3</sup>.

Les règles traditionnelles du Code civil prévues en

---

moyen de preuve (...); n'est pas à considérer comme titre de propriété »).

<sup>1</sup> Art. 40 L1915 : « La propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit par l'article précédent. (Loi du 6 avril 2013) (...) La cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le même registre, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoirs, ainsi que suivant les règles sur le transport des créances établies par l'art. 1690 du Code civil. Il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire. (...) ».

<sup>2</sup> FREDERICQ, *Principes*, T. 1, n° 848.

<sup>3</sup> Art. 190 al. 1915 : « Elles ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après qu'elles aient été notifiées à la société ou acceptées par elle en conformité avec les dispositions de l'article 1690 du code civil ».

matière de transmission de biens meubles corporels trouvent application en présence d'*actions au porteur* : le transfert de propriété sera opposable à la société comme aux tiers dès que la tradition matérielle du titre aura été effectuée. Il s'ensuit notamment que l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire des titres au porteur quand bien même son cédant ne l'était pas. En sens inverse, des cessions de droits sociaux intervenues dans un souci de fraude aux droits des créanciers, à défaut d'entraîner la nullité de la cession, rendront ces cessions inopposables aux créanciers du vendeur (action paulienne)<sup>4</sup>.

## 2. LES AUTRES CAS DE SORTIE VOLONTAIRE DE L'ASSOCIÉ

Plutôt que de céder ses droits sociaux à un autre associé ou à un tiers, l'associé peut, dans certains cas, sortir de la société en s'en retirant au moyen d'une reprise de ses apports (a). Il peut également rester l'associé en titre, tout en cédant les droits économiques de sa participation (b).

### a) LA REPRISE DES APPORTS PAR L'ASSOCIÉ : LE DROIT DE RETRAIT<sup>5</sup>

**[322] Liberté contractuelle.** — Le droit de retrait peut être défini comme la faculté pour un associé d'obliger la société (ou ses associés) à procéder au rachat de ses droits sociaux. Le droit de retrait existe de manière spécifique dans les sociétés cotées (v. n° [327]) ainsi que dans l'hypothèse particulière des OPA (v. n° [577] et s.). Pour le reste, il n'est explicitement prévu qu'en matière de sociétés coopératives (art. 116 L1915). Dans ces sociétés, il traduit le principe de la «

---

<sup>4</sup> LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, in : *Mélanges Y. Guyon*, Paris, 2003, p. 615 ; GIL, L'action paulienne : un instrument de protection du cédant des parts sociales, *BJS* 2016, p. 38.

<sup>5</sup> CORBISIER, La société et ses associés, in : *Droit des Sociétés, Coll. Droit des sociétés*, Vol. 6, Bruxelles, 1995, p. 204.

porte ouverte » propre au droit de la coopération.

Le projet de loi n° 5730 se proposait de prévoir un droit de retrait de l'associé individuel du contrat de société, qui ne remettrait pas celui-ci en cause dans son ensemble, sur la base de la démonstration d'un juste motif. Cette proposition n'a cependant pas été adoptée, le législateur préférant s'en remettre à la liberté conventionnelle. À défaut de disposition statutaire prévoyant un droit de retrait, l'associé risque donc de se trouver exposé à la « prison et spoliation »<sup>1</sup>.

**[323] Droit de retrait implicite<sup>2</sup>.** — Se pose dès lors la question si, en l'absence de tout texte particulier, l'associé bénéficie d'un droit de retrait implicite de la société<sup>3</sup>. On pourrait songer au *retrait pour juste motif* s'inscrivant dans un climat social tel qu'on ne peut raisonnablement exiger du retrayant qu'il le subisse plus longtemps. La crainte de devoir acheter les droits sociaux du minoritaire en cas d'abus pourrait non seulement s'avérer une arme dissuasive mais également une sanction plus efficace que l'annulation d'une résolution, qui ne corrige que le passé sans préparer le futur. Accorder un droit de retrait permettrait également au retrayant de ne pas devoir recourir à la procédure de dissolution judiciaire de la société pour justes motifs (v. n° [637]).

Le fondement de ce droit pourrait être l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de société : la bonne foi constitue un impératif qui domine toute la vie d'un contrat, tant durant la phase de sa conclusion que celle de son exécution ; elle prescrit d'adopter un comportement honnête. Si les autres associés ne se comportent pas de bonne foi vis-à-vis d'un associé, le retrait de l'associé constituerait une mesure de protection utile de l'associé, à condition qu'il soit « digne »

de profiter de cette mesure. Contrairement à la procédure de l'exclusion centrée sur l'intérêt social, l'intérêt individuel de l'associé est ici mis au premier plan. Pour obtenir le retrait, il faudra rapporter la preuve de l'existence d'un comportement fautif imputable aux associés dont on exige le rachat. Lorsque les associés majoritaires poursuivent leurs intérêts personnels au mépris des actionnaires minoritaires (abus de majorité), en rendant la situation quasiment inextricable, le droit de retrait des associés minoritaires paraît la sanction appropriée du comportement fautif des majoritaires.

**[324] Conséquences du retrait d'un associé dans le chef de la société effectuant le retrait<sup>4</sup> : l'autocontrôle.** — Le retrait d'un associé consiste pour la société à racheter ses propres droits sociaux auprès d'un ou de plusieurs associés, l'associé perdant la qualité d'associé à hauteur des droits sociaux rachetés. En lui-même, le terme « rachat » est quelque peu impropre, car il suppose une vente initiale de ses propres actions par la société, ce qui n'est pas le cas. Mais le terme est commode et est généralement utilisé dans la pratique. La conséquence du rachat est que la société détiendra ses propres actions. Effectué à valeur marchande des titres cédés, le rachat peut répondre à deux motivations différentes :

- le rachat peut viser à rembourser une partie des apports effectués par les associés (« *rachat-remboursement* »). Le rachat se présente alors comme une opération d'apport vue à l'envers, la partie du prix de rachat dépassant la valeur nominale (la « prime de remboursement ») constituant une prime d'émission inversée ;
- le rachat peut également viser à faciliter la sortie d'un associé dans la société (« *rachat-cession* »). Il in-

<sup>1</sup> LACOMBE, note D. 1973, p. 580.

<sup>2</sup> MARCHAND, The retrait litigeux, analysis and perspective of a noteworthy principle, ACE 2016/8, p. 16.

<sup>3</sup> Favorable à cette thèse : GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, th. Poitiers, 2005.

<sup>4</sup> MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, th., Paris, 2003 ; McGAW, Le « rachat » d'actions propres et opérations assimilées par la loi du 12 mars 1998, *Codex* 2/2001, p. 40.

tervient lorsque l'associé ne trouve pas d'acquéreur pour ses droits sociaux, la société intervenant comme acquéreur temporaire, en attendant de remplacer les droits sociaux auprès de tiers ou d'associés existants.

Le rachat et l'autocontrôle en résultant sont cependant également problématiques sur le plan juridique :

- le rachat constitue un *remboursement de capital sur le plan économique*, car il diminue le gage des créanciers, les droits sociaux détenus en autocontrôle ayant une valeur nulle (il ne s'agit pas d'un actif susceptible d'être utilisé par la société pour rembourser aux associés leur mise). Le rachat diminue donc à due concurrence le montant des capitaux propres de la société, sans pour autant constituer une réduction de capital. Le capital social est fictif à hauteur des actions rachetées ;
- il provoque un « *verrouillage* » de la société et rend de ce fait impossible l'acquisition de la société par des tiers (la société détenant indirectement elle-même son propre capital), de même que le jeu normal de la vie sociétaire, les administrateurs étant assurés de rester en place si les actions autocontrôlées atteignent 50% du capital social au moins.

Le « verrouillage » est nuisible au bon fonctionnement de la société, car il permet à la société de voter à ses propres assemblées. Ce serait s'exposer aux risques que les dirigeants ne confondent leurs intérêts et ceux de leurs associés.

L'autocontrôle peut résulter du fait de la *société elle-même* comme de tiers. L'acquisition des droits sociaux de la société faite par des *tiers* est assimilée à une acquisition de la société elle-même, si le tiers agit, certes, en son propre nom, mais en définitive pour le compte de la société (art. 49-2, al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>.

On comprend dès lors la volonté du législateur de fixer le cadre juridique de l'autocontrôle dans les sociétés où le capital social constitue le gage unique des

créanciers sociaux.

L'art. 49-2 L1915 traite du rachat d'actions dans les *sociétés anonymes*, et par voie de ricochet, dans les *sociétés en commandite par actions*. Traitant du maintien du capital social comme gage des créanciers, cet article prévoit des règles relativement contraignantes en matière de rachat qui seront étudiées plus loin (v. n° [1047]) et s.). Concernant la *société à responsabilité limitée*, le rachat n'est possible qu'à l'intérieur des limites posées par l'article 168 L1915. Cet article punit d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5 000 à 125 000 euros « tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires, gérants ou membres du comité de surveillance, auront sciemment racheté des droits sociaux en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire, et ce contrairement aux dispositions de l'article 49-2 dans le cas des sociétés anonymes et de l'article 182 paragraphes (2) à (7) dans le cas des sociétés à responsabilité limitée (...) ». Le principe dans ces sociétés est celui de la licéité du procédé, principe assorti toutefois de réserves importantes destinées à préserver l'intégralité du capital social de la société. Comme le capital social devient fictif à hauteur de la partie auto-détenue, le rachat n'est possible dans ces sociétés qu'à la condition de *disposer de réserves disponibles suffisantes* et à la condition de ne pas distribuer celles-ci par la suite (pour le calcul, v. n° [1049]). Cette exigence de l'existence de réserves disponibles suffisantes ne paraît toutefois pas nécessaire dans deux cas de figure : lorsque *la société revend ses droits sociaux par la suite* ; lorsqu'*elle réduit le capital social à hauteur des parts rachetées*. Dans le premier cas, en effet, l'intégrité du capital social reste préservée, le nouvel acquéreur des droits sociaux prenant la place de l'associé sortant. Dans le deuxième cas, la société ne se soustrait aucunement à l'opération « vérité », car elle ajuste son capital social déclaré à son montant réel.

On peut être divisé sur la question de la détermination de l'organe compétent pour décider du rachat et hésiter entre la compétence de l'*assemblée* et celle des

<sup>1</sup> Art. 49-2, al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, qu'aux conditions suivantes (...) ».

dirigeants<sup>1</sup>. Le principal argument avancé pour justifier la compétence de l'assemblée des associés est le souci d'information des associés. On ne voit cependant aucune raison de refuser aux dirigeants la compétence pour décider du rachat, à condition que les associés soient informés par la suite, en assemblée, des modalités essentielles et des finalités du rachat.

Le rachat doit évidemment respecter le *principe d'égalité* de traitement des associés (art. 49-2 L1915 : « Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et de la loi relative aux abus de marché (...) ») : à cette fin, il doit être offert dans les mêmes proportions à chaque associé, et à défaut, être opéré aux conditions prévues dans les statuts. Rien n'empêche évidemment le rachat de gré à gré, si l'assemblée des associés a accepté à l'unanimité ce principe.

Le rachat n'affecte pas en lui-même le capital social de la société mais peut constituer le prélude d'une réduction de capital subséquente. Mais il n'existe aucune obligation juridique de procéder à l'*annulation des titres rachetés* par la voie d'une réduction de capital. Tant que la société détient ses propres parts sociales, les droits politiques attachés sont paralysés, de sorte que la société ne pourra pas exercer son *droit de vote* aux assemblées<sup>2</sup>. La question de savoir si la société peut encaisser ses propres *dividendes* est sans intérêt, puisque sa situation financière sera la même dans les deux cas (encaissement, non-encaissement).

#### b) LA CESSION CACHÉE : LA CONVENTION DE CROUPIER

[325] **Définition**<sup>3</sup>. — Un résultat analogue à celui

<sup>1</sup> CEREXHE, Le rachat par une société de ses propres actions en droit belge, français et allemand, *RPS* 1962, n° 5027, p. 1.

<sup>2</sup> HOUPIN & BOSVIEUX, n° 491 ; ESCARRA & RAULT, n° 1335.

<sup>3</sup> HOUPIN/BOSVIEUX, t. I, n° 180 ; SCHWING, La nature juridique de la convention de croupier, *RS* 1935, p. 152 ; URBAIN-PARLEANI, Convention de croupier et société en participation, *RS* 1999, p. 753.

d'une cession ouverte des titres sociaux peut être obtenu au moyen d'une convention de croupier. Elle est expressément prévue à l'art. 1861 C.civ.<sup>4</sup> et est généralement étudiée à l'occasion des sociétés en nom collectif. Même si elle présente une incontestable utilité dans les sociétés à risque illimité, la convention de croupier est d'une application générale et *se conçoit dans toutes les formes sociétaires*<sup>5</sup>.

Avec la convention de croupier, un associé (appelé le « cavalier ») s'associe une tierce personne ou un associé existant (qui « monte en croupe », d'où le « croupier ») derrière lui relativement à la part qu'il a dans la société, mais sans que ce croupier devienne pour autant lui-même associé vis-à-vis de la société. La convention de croupier vise ainsi les accords par lesquels un associé consent à *partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société, et ce sans le consentement des autres associés*. Dans ce cas, le croupier paie au cavalier la valeur des parts sociales qu'ils ont convenue et il s'engage à prendre en charge la partie du passif qui pourrait être ultérieurement réclamée au cédant. De son côté, le cavalier s'engage à lui rétrocéder les revenus attachés aux parts cédées. Le croupier participe donc aux résultats sociaux de la société tel un associé, mais il reste en dehors de la structure sociétaire. Une grande flexibilité existe en la matière : le croupier peut être un tiers mais également un associé ; un seul et même associé peut avoir un ou plusieurs croupiers ; enfin, une seule et même personne peut être en même temps le croupier de plusieurs associés.

L'*intérêt de la convention de croupier* est multiple : elle facilite la recherche d'un financier ; il peut s'agir

<sup>4</sup> Art. 1861 C.civ. : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ».

<sup>5</sup> SIMONART, De la possibilité des conventions de croupier relativement aux parts et aux actions détenues dans toute forme de société, *RPS* 1995, n° 6660, p. 5.

d'un stade intermédiaire à une cession ultérieure des droits sociaux ; elle permet de partager les risques financiers avec autrui ; elle réalise sur le plan économique une cession des droits sociaux dans des situations où une cession juridique n'est pas possible en raison d'un défaut d'agrément de la cession par la société. La convention de croupier a donc un objectif purement financier. L'utilisation classique de la convention de croupier est la *société de personnes*, lorsque le cédant ne peut ou ne veut pas obtenir le consentement de ses coassociés. Elle permet alors de réaliser une aliénation économique des parts sans leur cession juridique. Mais elle peut également être utilisée dans les *sociétés de capitaux*, par exemple lorsqu'il s'agit de financer l'acquisition d'une participation dans l'anonymat, ou pour faire face à des difficultés de trésorerie de l'actionnaire qui néanmoins ne veut pas perdre le contrôle de la société.

**[326] Dichotomie entre les droits juridiques et les droits économiques.** — Dans les *rappports entre l'associé et le croupier*, ce dernier acquiert le droit aux bénéfices, contre paiement de la valeur de la part, ainsi que l'obligation au passif. Il y a donc dissociation du titre et de l'émolument, l'associé transmettant à son croupier les résultats économiques de sa participation. Les principaux droits du croupier consistent à être informé sur la situation de la société et à percevoir les produits financiers de son engagement. Mais il lui faudra également contribuer aux pertes comme dans tout contrat de société. On peut dès lors analyser la convention de croupier comme constituant une société en participation (v. n° [757] et s.).

En revanche, dans les *rappports entre la société ou les tiers et l'associé*, la convention étant, de par sa nature, occulte, aucun lien de droit direct vis-à-vis de la société ne naîtra à l'occasion de la convention de croupier. La société ignorant l'existence du croupier, le cavalier conservera la plénitude de ses prérogatives vis-à-vis de la société et des tiers. Le croupier reste inconnu des associés et ne participe pas à la gestion de la société. Il ne pourra pas non plus participer à l'assemblée générale des associés, ni obtenir directement lui-même les

informations destinées aux associés. Car s'il est certes associé, il ne l'est que dans la société en participation, et non dans la société sur laquelle porte la convention de croupier. Le croupier ne saurait donc être tenu non plus d'une obligation aux dettes éventuelle existant dans la société soumise à la croupe. Par contre, le cavalier devra participer aux pertes dans la société en participation ; ceci l'obligera, par voie de conséquence, à indemniser le cavalier des paiements que ce dernier a dû faire dans la société soumise à la croupe en raison de son obligation aux dettes. L'obligation aux dettes atteint donc le croupier par ricochet, via son cavalier<sup>1</sup>.

### B. L'HYPOTHÈSE EXCEPTIONNELLE : LA SORTIE IMPOSÉE

**[327] But de la disposition<sup>2</sup>.** — Il peut arriver que dans un souci de simplification de la structure d'actionariat d'un groupe, la société mère souhaite que sa filiale cotée quitte la bourse. À cet effet, une offre d'achat de leurs actions leur est faite par l'actionnaire majoritaire et les actionnaires minoritaires peuvent être contraints de céder leurs titres. C'est l'hypothèse du retrait obligatoire (encore appelé « *squeeze-out* »). De la même manière, dans un souci de protection des actionnaires minoritaires, la loi peut leur accorder le droit d'obliger la société-mère à racheter leurs titres, afin de pouvoir sortir de la société. C'est l'hypothèse du rachat obligatoire (encore appelé « *reverse squeeze-out* » ou « *sell-out* »). Le rachat obligatoire vise à éviter les charges administratives additionnelles résultant de l'existence d'actionnaires minoritaires au sein de la société ; le retrait obligatoire permet à l'actionnaire minoritaire de ne pas rester prisonnier de ses actions. Le droit de retrait et le rachat obligatoire n'existent que dans le cadre nettement circonscrit de la loi du 21 juillet 2012 (Mém. A n° 152).

<sup>1</sup> SCHLUMBERGER, Le risque attaché au dénouement d'une convention de croupier, *BJS* 2015, p. 564.

<sup>2</sup> En détail : ELVINGER, « Squeeze-out » et « reverse squeeze-out », *Bull. Dr. & Banque* 2012,

[328] **Détention de 95% du capital et des droits de vote.** — La possibilité de rachat et de retrait obligatoire existent si une personne physique ou morale détient 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote d'une société de capitaux. Les actions sans droit de vote ainsi que les obligations convertibles en actions sont donc négligées pour les besoins de ce calcul. Il en sera de même des parts bénéficiaires, sauf si les statuts leur accordent le droit de vote (c'est d'ailleurs la possibilité de parts bénéficiaires votantes qui explique la double condition des 95%). Inversement, si les statuts limitent la puissance votale de telle manière qu'un actionnaire détenant 95% au moins du capital social dispose de moins de droits de vote que 95% du total, la double condition ne sera pas remplie, de sorte que la procédure ne pourra pas être initiée. Le calcul se fait en additionnant les titres détenus « directement » et « indirectement ». Il faut comprendre par là les cas de figure où les actions sont détenues par des personnes liées et soumises à un contrôle commun, comme par des filiales détenues pour plus de 50%.

[329] **Sociétés cotées en bourse.** — La procédure ne s'applique qu'aux sociétés de capitaux dont tout ou partie des valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé ou l'ont été par le passé. Comme cette procédure se fait sans préjudice des règles relatives aux O.P.A., il faudra combiner les dispositions de la loi du 21 juillet 2012 avec la loi sur les O.P.A. (v. n° [580]). Le rachat et le retrait s'exerceront donc en principe après écoulement de la période de trois mois au cours de laquelle les règles de la loi sur les O.P.A. sont applicables. Mais elles s'appliquent surtout dans les cas de figure où l'offrant détenait déjà les 95% avant de lancer son offre. Il en est de même des cas de figure où, suite à une O.P.A., la société n'est plus cotée en bourse (aucune limite de temps n'est posée ici). L'actionnaire minoritaire risque,

dans ce cas, de se retrouver dans une situation inconfortable où l'absence de liquidité du titre rendra sa cession difficile si ce n'est impossible. Dans le même sens, l'actionnaire majoritaire voudra peut-être se débarrasser d'un actionnaire minoritaire trop remuant. Par contre, la procédure ne s'applique pas aux sociétés privées dont les titres ne sont pas cotés en bourse ni ne l'ont été par le passé.

[330] **Droits sociaux visés.** — En ce qui concerne le rachat obligatoire, la loi prévoit qu'il concerne toutes les « valeurs mobilières auxquelles sont attachés des droits de vote dans une société ». Sont donc visées toutes les actions de la société (à condition qu'elles donnent droit au vote), les parts bénéficiaires disposant d'un droit de vote. Par contre, les warrants ainsi que les obligations convertibles ne constituant que des titres de capital différé ou potentiel sont exclus de la procédure de rachat obligatoire, car ils ne comportent aucun droit de vote. Ceci obligera de ce fait l'actionnaire majoritaire de recommencer la procédure lors de l'exercice du droit de conversion ou de souscription. Dans le même sens, les personnes ne disposant pas encore d'un droit de vote en raison de leurs titres (obligations convertibles ; warrants) ne pourront pas exiger le retrait obligatoire tant qu'elles n'auront pas exercé leur droit d'obtention des droits de vote (en convertissant leurs obligations ; en souscrivant au capital social).

[331] **Existence d'un droit d'exclusion implicite dans les sociétés.** — On peut se demander si un associé peut être exclu contre sa volonté de la société, en dehors du cadre spécifique du *squeeze-out* (v. n° [327]), et du droit d'exclusion statutaire (v. n° [294]).

Un *droit d'exclusion implicite* au profit de la société devrait être le complément du droit de retrait (v. n° [322]), dont il est logiquement le revers de médaille. Obliger les majoritaires à acquérir les droits sociaux des minoritaires, au motif qu'ils ont violé l'intérêt social, en abusant de leurs pouvoirs à leur profit, doit avoir pour corollaire le droit de permettre aux majoritaires d'acquérir les droits sociaux des minoritaires, lorsque ceux-ci commettent de manière répétée des abus de minorité.

---

n° 50, p. 21 ; WARKEN, Retrait obligatoire et rachat obligatoire, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014, Vol. IV, p. 2007.

Le fondement juridique d'une telle mesure, qui contrevient de prime abord à l'article 545 du Code civil, interdisant la cession forcée de la propriété, pourrait être trouvé à l'article 1184 C.civ. : un contrat synallagmatique peut être résilié, si une des parties contractantes n'exécute pas ses engagements. En l'occurrence, le minoritaire, qui abuse de son droit d'associé, manque à ses engagements envers ses autres associés ; d'où non pas la dissolution de la société, mais la résolution du contrat unissant le minoritaire aux autres associés. L'exclusion sera nécessairement judiciaire, pour faute commise par le minoritaire, car on voit mal comment un organe de la société, dont la mission est d'agir dans l'intérêt commun de tous les associés, pourrait prendre une telle mesure allant à l'encontre d'un ou de plusieurs associés.

**Section 3. Les aménagements aux droits politiques et financiers en dehors des statuts : les pactes d'actionnaires**

[332] **Présentation.** — La loi sur les sociétés commerciales prévoit le cadre général dans lequel les sociétés commerciales doivent se mouvoir. Ce cadre est lui-même complété par les statuts de la société. Aussi détaillées que ces dispositions puissent l'être, il n'est pas rare qu'il faille les compléter à un moment ou un autre de la vie sociale, afin de tenir compte des particularismes de la situation donnée. Fréquemment, les associés d'une société cherchent à régler, généralement pour une longue période, le contrôle de la conduite des affaires et de la composition du capital de leur société. Ces compléments au régime légal et statutaire peuvent figurer dans un document distinct appelé « *convention extrastatutaire* » ou « *pacte d'actionnaire* »<sup>1</sup>. Instrument

<sup>1</sup> Comp. : BEULEKENS/GRAAS, Les pactes d'actionnaires et la loi du 10 août 1915 : réflexions et perspectives, in : VARIJ AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles,

issu de la pratique, il ne connaît pas réellement de définition. Concept flou jusque dans son nom puisque les termes accords, protocoles, chartes, conventions, consortiums, syndicats, groupements ont été employés pour y faire référence, il recouvre une grande variété de figures contractuelles. Le pacte d'actionnaires, pour reprendre l'expression la plus couramment utilisée en la matière, peut être défini comme étant une *convention distincte des statuts* de la société par laquelle tous les associés, ou certains d'entre eux seulement, complètent ou modifient les statuts de la société, en organisant entre eux, selon un certain équilibre, les relations individuelles qu'ils entretiennent au sein de la société, au regard de la gestion du pouvoir et la détention du capital.

Au sein de cette catégorie générale (§ 1), la convention de vote constitue une modalité particulière du pacte d'actionnaires méritant un traitement à part (§

2015, p. 69 ; BONNARD, L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pacte d'associés, in : *Mélanges Jeantin*, Paris, 1999, p. 139 ; BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Paris, 1991 ; COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Bruxelles, 2010 ; CORBISIER, Les conventions d'actionnaires, in : *Le nouveau droit des sociétés belges* ; DAIGRE/SENTILLES, *Pactes d'actionnaires*, Paris, 1995 ; GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2002 ; HENRY/BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Paris, 2003 ; HOVASSE et al., *Pactes extrastatutaires et partage des bénéfices, Actes Pratiques*, 1995/23 ; MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, Paris, 2014 ; NELISSEN GRADE, De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales, note sous Cass. 13 avr. 1989 *RCJB* 1991, p. 214 ; PARLEANI, Les pactes d'actionnaires, *RJCB* 1991, p. 252 ; POITRINAL, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Statuts/Pactes d'actionnaires*, Paris, 2003 ; RALET, Les conventions d'actionnaires, *DAOR* 1987/7, p. 9 ; SIMONART, La contractualisation des sociétés, *RPS* 1995, n° 6668, p. 75 ; VAN OMMESLAGHE, Les conventions d'actionnaires en droit belge, *RPS* 1989, p. 289 ; VELARDOCCCHIO-FLORES, Les accords extrastatutaires entre associés, th., Aix-en-Provence, 1993.

2).

### § 1. LES PACTES D'ACTIONNAIRES EN GÉNÉRAL

[333] **Utilité des conventions extrastatutaires.** — Les pactes d'actionnaires poursuivent des finalités diverses. En premier lieu, les pactes d'actionnaires peuvent viser à assurer une certaine stabilité au capital de la société, notamment afin de se prémunir contre des offres publiques d'achats hostiles. Cet objectif de pérennité dans l'actionnariat se rencontre fréquemment dans les sociétés familiales, dominées par un groupe restreint de contrôle. Ce même souci transparait dans les « joint-ventures », résultant de la constitution de filiales communes contrôlées par deux groupes différents. Dans ce contexte, la convention extrastatutaire vise à déterminer les modalités pratiques de la vie de la filiale commune afin de garantir le caractère durable des relations entre les deux partenaires. En second lieu, les pactes d'actionnaires ont pour objet d'organiser en amont la vie sociale, en prévoyant les conditions dans lesquelles les actionnaires exerceront leur *droit de vote*. L'attachement au secret des affaires explique également pour partie l'intérêt affiché pour les conventions d'actionnaires, certains arrangements convenus entre les associés devant être ignorés du public, du moins dans l'esprit des signataires du pacte.

Conformément à la nature purement consensuelle du pacte, les stipulations de ce contrat peuvent être amendées ou supprimées, de nouvelles clauses ajoutées, dans les mêmes conditions que celles requises pour la formation du contrat, c'est-à-dire à l'unanimité. Cette simplicité qui préside à la conclusion et à la modification des pactes d'actionnaires contraste avec le formalisme lourd imposé en droit des sociétés pour la modification des statuts. Nous avons déjà relevé qu'il convenait de réunir à cet effet, dans les sociétés anonymes, une assemblée générale extraordinaire soumise à certaines conditions précises de convocation, de délais, de quorum et de majorité.

Mais la véritable utilité du pacte d'actionnaires est sans doute à chercher ailleurs. La poursuite d'un inté-

rêt commun, condition inhérente au contrat de société, et qui s'impose aux actionnaires, n'implique pas que les actionnaires renoncent à leurs intérêts personnels. Alors que *les statuts reflètent ce qui est commun à l'ensemble des associés*, le pacte d'actionnaires fera ressortir les *motivations personnelles des associés*. Par la conclusion de pactes d'actionnaires, certains associés recherchent précisément à satisfaire leurs intérêts personnels et particuliers, qu'il s'agisse principalement de contrôler l'évolution du cercle des associés et d'assurer ainsi la stabilité du pouvoir, d'une part, ou d'organiser la sortie de la société à des conditions privilégiées, d'autre part. Les pactes d'actionnaires permettent aux actionnaires qui le souhaitent de s'unir dans la défense de leurs intérêts. Ils peuvent ainsi s'accorder ponctuellement ou plus durablement. Il en résulte une emprise sur la société qu'aucun des signataires n'aurait pu obtenir seul. Les pactes d'actionnaires sont nés et sont développés au gré des circonstances. Ils peuvent être le support de toutes les stratégies que des actionnaires veulent développer en commun. Le pacte d'actionnaires se situe donc sur un tout autre plan, extérieur au contrat de société, que l'on peut qualifier de parastatutaire, dès lors qu'il peut intégrer et même avoir pour cause de telles considérations qui sont demeurées en dehors du champ contractuel des statuts. Le pacte d'actionnaires est donc un outil sur mesure dont les dispositions sont susceptibles d'être exactement ajustées, dans la limite de l'ordre public et selon l'habileté de leur rédacteur, aux besoins spécifiques de leurs signataires.

Mais cela ne signifie aucunement que les pactes d'actionnaires soient incompatibles avec la finalité du contrat de société. Bien au contraire, ces pactes permettent d'assurer une cohésion au sein du cercle des associés en instaurant un équilibre entre les différents intérêts des acteurs qui font vivre la société. En ce sens, ils complètent le contrat de société et facilitent la poursuite de la propre finalité de ce dernier.

[334] **Pacte d'actionnaires et statuts de la société.** — Le caractère occulte des pactes d'actionnaires et l'opacité qui entoure parfois les véritables raisons de



leurs stipulations en marge des statuts pourraient faire douter de leur validité. Mais ce serait aller un peu vite en besogne : il faut en fait distinguer plusieurs hypothèses, la convention extrastatutaire n'ayant pas la même portée dans chacune d'elles.

Il est bien sûr exclu que les associés puissent, par le biais d'une convention extrastatutaire, contrevenir à l'ordre public sociétaire. Les conventions extrastatutaires sont nécessairement soumises aux mêmes limites et interdictions que les clauses statutaires<sup>1</sup>, ce qui implique que les associés ne peuvent pas tourner la loi qui s'impose à eux en inscrivant dans une convention extrastatutaire ce qui leur est interdit d'inscrire dans les statuts. L'efficacité des pactes d'actionnaires sera par ailleurs subordonnée à leur absence de contrariété à l'intérêt social (comme pour les pactes de votation ; v. n° [339] ; p.ex. : les associés peuvent prévoir une clef de répartition des bénéfices sociaux différente de celle découlant des statuts). Cette exigence se conçoit aisément puisque l'engagement pris dans le cadre du pacte est nécessairement conditionné au respect de l'engagement pris en qualité d'associé, qui lui est, par hypothèse, antérieur et supérieur.

Il tout aussi certain que la clause extrastatutaire qui complète les statuts est valable entre les parties, même si elle reste inopposable aux tiers ainsi qu'à la société (v. n° [334]). Elle résulte de la liberté contractuelle.

La possibilité pour une convention extrastatutaire de déroger aux statuts est en revanche plus controversée. Selon une première thèse, il ne devrait point importer que les associés fixent les règles du jeu dans les statuts ou dans un autre document, de sorte que certains ne voient pas d'obstacles à ce que la convention d'actionnaires extrastatutaire déroge aux statuts<sup>2</sup>. Mais

une autre thèse emporte la conviction. Elle part du constat que le pacte d'actionnaires constitue un accessoire au contrat de société, car il n'y a de pacte que dans la mesure où celui-ci vise à compléter les statuts ou y déroger. L'accessoire est non seulement de moindre importance que le principal, il lui est également logiquement subordonné. Le respect des statuts en tant que charte fondamentale commande donc la nullité des clauses des pactes d'actionnaires qui seraient contraires aux statuts<sup>3</sup>. En effet, le pacte d'actionnaires est un contrat conclu entre des personnes qui présentent une qualité particulière, celle d'être associés d'une même société, et à une fin spécifique pour ces dernières, celle de préciser, en dehors des statuts, les relations qu'elles entretiennent en cette qualité. La conclusion d'un pacte d'actionnaires en complément du contrat de société conduit à la coexistence d'un double réseau de relations entre les actionnaires signataires. L'aménagement par le pacte des relations individuelles que les partenaires entretiennent en leur qualité réciproque d'actionnaire s'ajoute aux relations que l'ensemble des actionnaires entretiennent collectivement avec la société en application du contrat de société préexistant et des statuts qui en ont résulté. Superposé aux statuts, le pacte d'actionnaires est également son subalterne : il n'a de raison d'être et d'utilité, pour les associés qui en sont signataires, que par rapport au contrat de société qu'il complète. En effet, le contrat de société se suffit à lui-même ; au contraire, en l'absence du contrat de société, le pacte d'actionnaires est dépourvu de raison d'être, ce qui révèle sa position subalterne, l'existence d'une certaine hiérarchie entre les statuts et le pacte d'actionnaires.

**[335] Effet relatif des conventions extrastatutaires.**

— Les principaux avantages des pactes d'actionnaires sont leur souplesse ainsi que leur confidentialité, car ils

<sup>1</sup> DAIGRE/SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, Paris, 1995, n° 34 ; ANSAULT, Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire, in : *Mélanges Michel Germain*, Paris, 2015, p. 1 (8).

<sup>2</sup> En ce sens, la doctrine dominante belge : v. p. ex. STAUDT/ KILESTE, Le statut des administrateurs et les pactes d'actionnaires, in : *Les conflits au sein des sociétés*

*commerciales ou à forme commerciale*, Bruxelles, 2004, p. 22, n° 23 et les références ; v. également VELARDOCCHIO, *Les accords extra-statutaires entre associés*, Paris, 1993.

<sup>3</sup> STORCK, *La validité des conventions extrastatutaires*, Paris, 1989, p. 267.

sont ignorés du public. Cet avantage est du même coup leur principale faiblesse, car il limite leur efficacité. Les changements apportés aux statuts sont en effet opposables à tous les actionnaires, y compris à ceux ayant voté contre les modifications (ainsi qu'à leurs ayants cause universels ou à titre universel), comme au public. Les pactes d'actionnaires, en revanche, ont une *valeur purement contractuelle*, de sorte que leurs effets sont liés aux parties ayant signé le pacte (art. 1165 C.civ. : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* »). Ils ne sont donc opposables ni à la société<sup>1</sup>, ni aux autres actionnaires ne les ayant pas signés, ni aux acquéreurs ultérieurs des actions (sauf s'ils adhèrent à la convention, et sauf si le pacte leur est transmis dans le cadre d'un transfert d'une universalité de patrimoine, comme en matière de fusion), ni évidemment aux tiers. Le contrat de société, par contre, est opposable à tous : aux actionnaires actuels et successifs, à la société qui en fait l'objet ainsi qu'aux tiers parmi lesquels figurent les éventuels futurs actionnaires de la société. Et il liera non seulement les signataires initiaux du contrat de société mais également les associés futurs. L'insertion des modifications dans les statuts de la société est donc préférable chaque fois que cela s'avère être possible.

Si les tiers ne participent pas à l'exécution du contrat, ils ne peuvent pas pour autant ignorer l'existence de ce contrat ainsi que la situation de fait et de droit qui en résulte. On dit que le contrat est, sous certaines conditions, *opposable aux tiers*. L'opposabilité du contrat aux tiers s'avère être un principe essentiel permettant d'assurer l'efficacité du contrat, même entre les parties<sup>2</sup>. En effet, en conséquence de ce principe, les tiers ne sont pas en droit de méconnaître le contrat, et ils commettent une faute de nature à engager leur responsabilité civile délictuelle s'ils se rendent

complices de l'inexécution de ses obligations contractuelles par l'un des contractants. L'opposabilité du pacte d'actionnaires aux tiers requiert, comme pour tout contrat de droit commun, la connaissance par le tiers de l'existence dudit contrat. Or, les pactes d'actionnaires ne font l'objet d'aucune publicité obligatoire de nature à révéler leur existence et leur contenu aux tiers. Cela implique que les pactes d'actionnaires ne sont pas, en principe, opposables aux tiers. Pour surmonter cette difficulté, du moins vis-à-vis de la société, il est fréquent de faire participer la société au pacte d'actionnaires, non pas en tant qu'associé (ce qu'elle n'est pas), mais afin de porter le pacte d'actionnaires à sa connaissance et pour finalement le lui rendre opposable.

**[336] Sanctions.** — Normalement, le débiteur de l'obligation convenue dans le pacte d'actionnaire s'exécutera. S'il ne le fait pas, la solution consiste à l'y contraindre, le créancier ayant un droit à une exécution directe, c'est-à-dire à l'exécution en nature. Mais cette exécution en nature n'est pas toujours possible. D'où la distinction, au Code Civil, entre les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

L'*obligation de donner* en matière de pactes d'actionnaires portera la plupart du temps des droits d'associé. Il s'agira d'un transfert de propriété que le signataire du pacte refuse d'exécuter. L'obligation de livrer étant une obligation de faire, cette obligation doit s'exécuter en nature. Le créancier de l'obligation a dès lors le droit d'être mis par la force en possession de son bien. Cette règle, qui a pour fondement le respect de la propriété, implique une saisie-revendication.

Les *obligations de faire ou de ne pas faire* relèvent de la règle de l'article 1142 C. civ. qui exclut toute coercition du créancier sur la personne du débiteur : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution, de la part du débiteur »<sup>3</sup>. Cette règle n'est que le corollaire d'une

<sup>1</sup> Lux. 6 déc. 1999, note FAYOT, *Ann. dr. Lux.* 1991, p. 579. La société est un tiers au pacte d'actionnaires.

<sup>2</sup> GHESTIN, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n° 724.

<sup>3</sup> V. Cass. (frçse) 7 mars 1989, JCP 1989, II.2316, n. REINHARD, D.1989.231 ; réservé : TERRIER/LE

maxime traditionnelle qui dit que nul ne peut être contraint directement à faire quelque chose. Cette règle est fondée sur le respect dû à la personne humaine et en même temps sur l'idée qu'un recours à la force dans les conflits entre particuliers serait un trouble à la paix publique. Ce sont les deux fondements de la règle. Cette sanction étant très souvent une très maigre consolidation pour l'associé victime<sup>1</sup>, le créancier de l'obligation pourra également demander au juge l'exécution par un tiers au frais du débiteur (« faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » ; art. 1144 C.civ.), tant que l'obligation peut encore être exécutée. Lorsque l'obligation contractuelle ne peut plus être exécutée, il y a réparation par équivalent sous forme de dommages-intérêts, ordonnée par le juge. Le montant de ces dommages-intérêts sera apprécié par le juge du fond au regard du principe de réparation intégrale et sera évalué au jour du jugement définitif. L'article 1142 C.civ. constituant une exception au principe de l'exécution en nature, il y a lieu de recourir à celle-ci chaque fois que cela est possible<sup>2</sup>. La meilleure réparation d'une inexécution par le débiteur de ses obligations contractuelles consistant dans l'exécution de l'obligation, le créancier est en droit d'obtenir l'exécution en nature chaque fois qu'elle est possible. L'exécution par équivalent, sous la forme de dommages-intérêts, ne devrait s'appliquer que dans l'hypothèse où l'accomplissement de l'acte requiert l'intervention physique du débiteur. Cette hypothèse étant a priori plutôt exceptionnelle en matière de pactes d'actionnaires, le créancier devrait pouvoir ordonner en règle générale l'exécution en nature de l'acte et, au besoin, y pourvoir lui-même par voie de

décision judiciaire en tenant lieu<sup>3</sup>.

Le régime des *nullités* en matière de délibérations des assemblés d'associés ne pouvant résulter que d'une des causes limitativement énumérées à l'art. 12 septies L1915 (v. n° [256]), et celui-ci ne mentionnant pas les violations des pactes d'associés, il faut en déduire que la méconnaissance d'un pacte d'associés ne peut être la cause de nullité d'une résolution adoptée en assemblée.

## § 2. LES CONVENTIONS DE VOTE EN PARTICULIER<sup>4</sup>

La convention de vote constitue une application particulière du pacte d'actionnaire, en ce qu'elle porte sur l'exercice du droit de vote des associés en assemblée. Outre les règles générales des pactes d'actionnaires qui s'appliquent également ici, la convention de vote est soumise à un certain nombre de règles particulières additionnelles.

**[337] Définition et utilité.** — La convention de vote (ou « pacte de votation ») se définit comme l'engagement par lequel un associé ou un mandataire social (administrateur, gérant, etc.) s'engage à voter dans un sens déterminé ou à s'abstenir de voter<sup>5</sup>. Cet engagement peut être contracté à la constitution de la société ou en cours de fonctionnement de celle-ci, être individuel ou collectif, avoir une portée générale ou

NABASQUE, L'exécution forcée des pactes d'actionnaires, *Droit des sociétés* 1994, n° 14.

<sup>1</sup> BERTREL, Liberté contractuelle et droit des sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés, *RTD com.* 1996, p. 595.

<sup>2</sup> PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, 1952, 2<sup>e</sup> éd. par ESMEIN.

<sup>3</sup> En ce sens VAN CANEGHEM, L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme, *RPS* 1996, n° 6688, p. 31.

<sup>4</sup> DIDIER, Les conventions de vote, in : *Mélanges J. Foyer*, 1997, p. 341 ; STORCK, La réglementation des conventions de vote, *RJ com.* 1991, p. 97 ; VIANDIER, Observations sur les conventions de vote, *JCP* 1986, I, 3253 ; CAPRASSE/AYDOGDU, Contrôle et pactes d'associés, in : *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Bruxelles, 2009, p. 119.

<sup>5</sup> Cette définition est préférable à la définition plus large de la convention de vote entendue comme une « limitation à l'exercice du droit de vote » ; VIANDIER, Observations sur les conventions de vote, *JCP* 1986, n° 3252-3253. L'essence de la convention de vote est moins de restreindre l'exercice du droit de vote que de l'orienter dans un but précis contractuellement arrêté.

être limité à certains points précis.

Les conventions de vote répondent à des considérations très variées. Certaines servent les intérêts d'un groupe d'actionnaires (ex. : la convention de vote intrafamiliale visant à assurer que les membres de la famille votent dans le même sens aux assemblées d'une société dont ils sont des associés). D'autres visent la réalisation d'objectifs à long terme de la société, sans risque de remise en cause systématique chaque année lors des assemblées (ex. : la société holding constituée par deux groupes d'investisseurs, la convention de vote définissant la politique économique ainsi que les principaux axes stratégiques du groupe ; volonté d'opérer une restructuration ; désir d'augmenter le capital social ; ...). Les conventions de vote peuvent concerner toutes sortes de décisions collectives. En pratique, elles concernent le plus souvent : le choix des dirigeants ; la politique d'investissement de la société ; l'agrément de nouveaux associés ; l'approbation en assemblée générale de certaines décisions d'ores et déjà prévues par les associés dans un pacte d'associés. Les conventions de vote sont souvent incluses dans un pacte d'actionnaires, mais elles peuvent résulter de tout autre document contractuel.

La convention de vote se distingue du *mandat de représentation* par son caractère irrévocable durant la période contractuellement prévue ainsi que par le fait que, au lieu d'être libre, le vote est prédéterminé<sup>1</sup>. La convention de vote n'est pas non plus à assimiler au « *mandat en blanc* » : il y a mandat en blanc lorsque l'associé remet une procuration sans indication de mandataire. La personne à qui est remise un mandat en blanc doit être réputée avoir reçu mandat de choisir celui-ci, ou d'exercer elle-même le rôle de mandataire. Les mandats de représentation, tout comme les mandats en blanc, sont révoquables à tout moment, et de ce fait ils ne posent pas les mêmes problèmes juridiques que les conventions de vote.

**[338] Validité des conventions de vote.** — La licéité des conventions de vote a longtemps été discutée voire niée<sup>2</sup> ou pour le moins qualifiée d'« irritante »<sup>3</sup>. La

doctrine considérait alors que le droit de vote était indisponible entre les mains de son titulaire et qu'il constituait une prérogative fondamentale du statut d'actionnaire parce qu'il « sert de garantie au droit pécuniaire de l'actionnaire »<sup>4</sup>. À quoi serviraient en effet les discussions à l'assemblée si le sens des résolutions à adopter est connu par avance, en raison d'engagements des associés de voter dans un sens déterminé ? En effet, les informations données par les dirigeants et les discussions au cours d'une assemblée peuvent faire changer d'avis l'actionnaire. À l'inutilité des discussions s'ajoutent les risques associés à une telle manière de procéder : les discussions à l'assemblée peuvent faire ressortir des éléments nouveaux pour les associés, de nature à influencer leurs décisions ; mais leurs mains sont liées en raison de la convention de vote. On comprend dès lors l'attitude réservée de la doctrine comme de la jurisprudence à l'égard des conventions de vote, en ce qu'elles risquent de porter atteinte aux mécanismes fondamentaux de l'*acte collectif* qu'est l'assemblée des associés.

La jurisprudence belge a cependant progressivement reconnu la validité de ces conventions, suivant en cela l'exemple d'autres pays (Allemagne, États-Unis). Un premier pas fut accompli avec l'arrêt du 13 janvier 1938<sup>5</sup> : la Cour de cassation belge y admit pour la première fois la licéité d'un mandat irrévocable de voter pour un temps limité ou sur un objet déterminé à une assemblée des actionnaires. Un deuxième pas fut accompli en 1961 avec la reconnaissance des pactes syndicaux de votation aux assemblées générales des sociétés anonymes<sup>6</sup>. La dernière étape fut

---

*sociétés anonymes*, T. II, 1933, n° 1227, de HOUPIBOSVIEUX, T. II, n° 1178 et de VAN RYN, T. 1, n° 707.

<sup>3</sup> GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1999, n° 287.

<sup>4</sup> CORDONNIER, note sous Cass. civ. 7 avr. 1932, *DP*. 33.1.153 et *Rev. sociétés* 2000, p. 9.

<sup>5</sup> *Pas.* 1938, I, p. 6 et *RPS* 1938, n° 3700, n. DEMEUR, p. 83.

<sup>6</sup> ROOSE/MAYENS, Syndicats d'actionnaires de société anonyme, *RPS* 1964, p. 57 ; Cour (Bruxelles) 5 juin 1961, *Pas.* 1961, p. 207.

<sup>1</sup> Lux. 28 juin 2002, n° 496/02, note FAYOT, *Ann. Dr. Lux.* 2001, p. 579.

<sup>2</sup> Notamment sous l'influence de RESTEAU, *Traité des*

franchie en 1989<sup>1</sup>, lorsque la Cour de cassation belge admit, de façon générale, la validité des pactes de votation<sup>2</sup>.

La convention de vote a également été consacrée de façon indirecte par le législateur luxembourgeois avec l'article 309 al. 1<sup>er</sup> c) L1915 : cet article oblige une société mère luxembourgeoise à consolider ses filiales, si elle « contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette entreprise, la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés » de la société. C'est admettre implicitement la validité des conventions de vote dans les groupes. La loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières vise également les acquisitions et cessions de droits de vote (art. 9). Sans oublier les actions prioritaires sans droit de vote. De nos jours donc, le droit de vote paraît bien moins intangible qu'auparavant, les conventions de vote étant perçues comme un mécanisme licite d'assouplissement et d'adaptation du droit des sociétés<sup>3</sup>. Un dernier pas a été franchi par la loi du 10 août 2016 : celle-ci a confirmé la validité de la convention de vote dans la société anonyme (art. 67bis § 1<sup>er</sup> L1915<sup>4</sup>) et la société à responsabilité limitée<sup>5</sup>.

**[339] Conditions requises en vue de la validité des conventions de vote.** — La question est débattue, si le droit de vote peut être cédé (v. n° [245]). Par contre, il n'est pas douteux que les modalités d'exercice de ce droit puissent être aménagées (art. 67 bis § 1<sup>er</sup> L1915 : « L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires (...) ». La loi retient donc la formule de la disponibilité limitée du droit de vote, confirmant ainsi la jurisprudence antérieure<sup>6</sup>. La con-

vention de vote pourra être *temporaire* ou ne porter que sur *une ou plusieurs opérations déterminées* (ex. : engagement de voter dans le sens déterminé par un tiers en matière de clause d'agrément). Mais rien n'interdit que des conventions de vote soient conclues pour une *durée illimitée*. Il sera en effet toujours possible, dans ce cas-là, pour un actionnaire de résilier unilatéralement la convention de vote à durée illimitée, avec effet pour et contre tous. En effet, les engagements à durée illimitée peuvent, en droit commun, toujours être résiliés à tout moment par le promettant. Il suffit qu'il agisse de bonne foi et qu'il respecte un préavis adéquat. La convention de vote résiliée par l'un des associés continuera à exister à l'égard des autres associés.

La licéité de la convention de vote s'apprécie non seulement au *moment de la conclusion* de la convention, mais aussi *lors de sa mise en application*. Valables par principe, les conventions de vote sont toutefois nulles sous certaines conditions. Leur nullité pourra résulter du fait qu'elles s'avèrent être contraires aux dispositions de la loi de 1915 ou à l'intérêt social (art. 67 bis § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915) :

- a) la convention ne peut en effet avoir pour objet de *contourner la loi* (« les conventions qui sont contraires aux dispositions de la présente loi »). De façon générale, la convention de vote ne peut pas réaliser légalement ce qui serait impossible d'être réalisé si la convention figurait dans les statuts. En d'autres termes, la convention de vote ne peut avoir un objet contraire à des lois impératives (ex. : une convention par laquelle l'associé s'engagerait à ne pas invoquer la nullité d'assemblées tenues sans ordre du jour) ou d'ordre public sociétaire (ex. : une convention par laquelle l'associé s'engagerait par avance à voter la décharge de la gérance serait illicite). Malgré la terminologie utilisée « la présente

<sup>1</sup> Cass. Belge 13 avr. 1989, *J.T.* 1990, p. 751, note MICHIELS.

<sup>2</sup> Pour la doctrine belge : MICHIELS, *op.cit.* ; VAN OMMESLAGHE, *op.cit.*, p. 312; MALHERBE/LAMBRECHT, *Précis de droit des sociétés*, n° 1075 et s.

<sup>3</sup> BONNARD, L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés, in : *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 139.

<sup>4</sup> Article 67bis L1915 : « (1) L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires ».

<sup>5</sup> JEANTIN, Les conventions de vote, in : La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, *RJ com.* 1990, n° spécial novembre, p. 124.

<sup>6</sup> Lux. 28 juin 2002, n° 496/02 : une convention de vote

destinée à permettre à la société de bénéficier d'une majorité stable est licite tout comme celle visant à organiser les relations entre associés d'un même groupe.

loi »), l'ordre public visé par cette disposition est non seulement l'ordre public sociétaire mais également celui des obligations en général ;

- b) mais la convention ne doit *pas non plus porter atteinte à l'intérêt social* au moment où elle joue. Cette condition, quoique non formellement posée par la loi, lui est implicite et résulte de la nature du droit de vote (v. n° [236] et s.). Ce qui importe, c'est que la convention *ne contrarie pas l'intérêt social* ; il n'est pas requis que la convention soit spécifiquement conforme à l'intérêt social, c.-à-d. justifiée par l'intérêt social. Il suffit donc que la convention de vote ne soit pas dirigée contre celui-ci ; c.-à-d. il suffit qu'elle soit neutre par rapport à l'intérêt social. C'est ainsi, par exemple, qu'une convention de vote destinée uniquement à assurer au dirigeant son maintien dans la société n'est pas nécessairement illicite, car si elle s'explique uniquement par l'intérêt personnel du dirigeant, elle n'est pas nécessairement contraire à l'intérêt social. En revanche, une convention par laquelle les actionnaires s'interdisent de procéder à une augmentation de capital est illicite, car nécessairement contraire à l'intérêt social. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'intérêt social est conçu non pas comme un objectif, mais comme une limite. La convention de vote étant licite, elle ne doit pas être conforme à l'intérêt social, afin d'être valide, mais ne pas contrarier ce dernier, sous peine d'illicéité.

Une place à part doit être réservée aux conventions de vote dans les *groupes de sociétés* : une convention de vote peut s'avérer contraire à l'intérêt de la société prise isolément, mais conforme à l'intérêt du groupe. Lorsque la conformité à l'intérêt du groupe est établie, la convention de vote est licite, même si elle désavantage la société luxembourgeoise partie au groupe<sup>1</sup> : il faut et il suffit que la société luxembourgeoise « tire profit de son appartenance au groupe »<sup>2</sup>.

- c) la nullité pourra également résulter du fait que l'associé s'engage à voter conformément aux *directives données par la société, par une de ses filiales ou encore par l'un des organes de ces sociétés* (art. 67 bis § 1<sup>er</sup> n° 2 L1915). Le rôle des associés est en effet de prendre certaines décisions dans des domaines limités qui s'imposent à l'organe de gestion. Il ne serait pas concevable que les rôles puissent être inversés en obligeant les associés, de par la convention de vote, à aligner leurs décisions sur celles des dirigeants, qu'il s'agisse de ceux de la société même ou d'une de ses filiales ;
- d) sont encore nulles les conventions par lesquelles *un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société* (art. 67 bis § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915). Les conventions de vote sont des conventions entre associés. Ces derniers font des arrangements contractuels entre eux afin d'aménager leurs droits et obligations respectifs. Le bénéficiaire de la convention ne peut dès lors être un organe de la société, mais doit rester le cercle des associés approuvant la convention de vote.

**[340] Renonciation au droit de vote.** — La convention de vote où un associé s'engage à voter dans un sens déterminé doit être distinguée de la renonciation au droit de vote par l'associé. La renonciation est l'acte juridique par lequel un sujet de droit manifeste sa volonté d'abandonner une de ses prérogatives<sup>3</sup>. La nullité d'une renonciation au droit de vote n'est pas douteuse sur le plan des principes, car le droit de vote est une prérogative essentielle de l'associé (v. n° [236] et s.). Or, la renonciation à un droit d'ordre public est interdite en vertu de l'article 6 du Code civil. Dès lors, l'associé ne peut renoncer par avance à se voir attribuer le droit de vote. Mais cette conclusion doit être dou-

<sup>1</sup> VIANDIER, Observations sur les conventions de vote, *Sem. jur.* 1986, n° 3253.

<sup>2</sup> NELISSEN/GRADE, De la validité et de l'exécution de la

convention de vote dans les sociétés commerciales, *RJCB* 1991, p. 231.

<sup>3</sup> Voc. Ass. H. Capitant, V° « Renonciation » ; DREIFFUS-NETTER, Rép. Civ. V° « Renonciation », 1989, n° 1.

blement nuancée.

De manière générale, *dans toute société*, l'associé peut renoncer à participer à une assemblée générale déterminée, par exemple, parce qu'il n'est pas intéressé aux résolutions projetées. Le devoir de loyauté auquel l'associé se trouve soumis en raison de son entrée en société ne fait en effet peser aucun devoir de participation aux assemblées sur cet associé. Celui qui ne participe pas aux assemblées n'y vote pas non plus, ce qui aboutit en pratique à une renonciation au droit de vote. Pourrait-on aller plus loin, et s'obliger conventionnellement à ne pas participer à certaines assemblées, voire à aucune ? La jurisprudence considère qu'une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public. Toute la difficulté réside dans la détermination de la date de naissance du droit de vote. S'il ne fait aucun doute qu'elle naît du seul fait de l'entrée de l'associé dans la société, cette prérogative ne devient effective qu'au moment de la convocation. Dès lors, si la renonciation anticipée au droit de suffrage est inconcevable, l'associé pourrait renoncer à exercer son droit essentiel, entre la convention et la tenue effective de l'assemblée, dont il connaît l'ordre du jour.

Dans les *sociétés par actions* et la *SARL*, l'associé peut également *renoncer contractuellement à exercer son droit de vote*. La loi, en ses articles 67 § 8 L1915<sup>1</sup> pour les sociétés par actions et 195 L1915 pour les *SARL*<sup>2</sup> reconnaît la validité et l'opposabilité des renonciations au droit de vote librement consenties. La renonciation est sur la tête de la personne, et n'affecte donc pas les

droits attachés à l'action en tant que telle. En cas de cession à un autre actionnaire, la renonciation à l'exercice du droit de vote ne suivra donc pas l'action. Désireuse de prémunir les associés contre les risques d'utilisation abusive et généralisée d'une renonciation au droit de vote dans les statuts, la loi exige que la renonciation soit faite dans un acte personnel, séparé des statuts. La renonciation sera la plupart du temps temporaire seulement, mais rien n'interdit cependant une renonciation irrévocable du droit de vote (art. 67 § 8 L1915 : « (...) à ne pas exercer (...) définitivement (...) »). L'actionnaire renonçant à exercer son droit de vote ne perdra pas sa qualité, s'il s'abstient de manière régulière de voter aux assemblées.

La renonciation au droit de vote est à distinguer de la situation où l'actionnaire confère un *mandat en blanc* à une personne de son choix : le mandat pouvant être révoqué à tout moment, l'actionnaire ne se dépouille pas de son droit de vote ; il vote seulement « à l'aveuglette », en s'en remettant aux choix opérés à l'assemblée par le mandataire.

#### [341] Exécution d'une convention de vote illicite.

— Une convention de vote illicite a des conséquences tant pour la convention elle-même que pour les résolutions adoptées par l'assemblée sur la base de cette convention.

*La convention illicite est nécessairement nulle*, car elle contrevient à des dispositions auxquelles les parties ne pouvaient se soustraire. Selon que la disposition violée n'affecte que les intérêts d'un associé déterminé ou qu'elle est susceptible de compromettre le bon fonctionnement des mécanismes de décision de la société, la nullité pourra être *demandée par toute personne*, y compris l'associé qui a émis le vote irrégulier (mise en cause de l'intérêt social), ou seulement *par les signataires de la convention de vote* (disposition affectant les intérêts d'un associé). La plupart du temps, la nullité de la convention de vote ne porte que sur une clause particulière de celle-ci. Dans ce cas, si la *nullité de la clause irrégulière* de la convention de vote affecte l'ensemble des *autres dispositions de la convention de vote*, la nullité de la première entraîne la nullité de la seconde. Si, en revanche, il n'existe entre les différentes

<sup>1</sup> Art. 67 § 8 L1915 « (...) Il est permis à tout actionnaire, à titre personnel, à ne pas exercer temporairement ou définitivement tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'actionnaire renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière. »

<sup>2</sup> Art. 195 dernier alinéa L1915 : « Il est permis à tout associé, à titre personnel, de s'engager à ne pas exercer temporairement ou définitivement tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'associé renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière. »

dispositions de la convention de vote aucun lien d'indivisibilité, la nullité de la clause n'affectera pas les autres dispositions de la convention de vote.

En vertu de l'article 67 bis § 2 L1915<sup>1</sup>, *les votes émis en assemblée générale en vertu des conventions nulles sont en principe eux-mêmes nuls*. Ces votes entraînent la nullité des décisions prises, à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur la validité du vote intervenu. Tel sera le cas si la résolution n'a pas été adoptée différemment, en l'absence de convention de vote, soit parce que l'associé a de toute façon voté dans le sens de la convention de vote, soit parce qu'un vote différent de sa part n'a pas eu d'incidence effective. L'action en nullité se prescrit, comme en droit commun en matière sociétaire, six mois après le fait générateur de la nullité, c.-à-d. du vote.

#### [342] Inexécution d'une convention de vote valable.

— Les conventions de vote ne figurant pas dans les statuts de la société n'engagent que leurs signataires. La société est un tiers par rapport à la convention de vote, de sorte que cette dernière ne produit des effets ni au profit de la société ni contre elle. C'est le *principe de l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers*<sup>2</sup> (art. 1165 C.civ.). Cela signifie que les conventions de vote ne produisent un effet qu'entre les associés-signataires, et non vis-à-vis de la société : le non-respect de la convention correspond seulement à une rupture contractuelle vis-à-vis des autres parties contractantes mais n'est pas opposable à la société (v. également n° [334]). Aussi, un vote en assemblée générale en violation des dispositions d'une convention de vote engagera la responsabilité contractuelle de celui qui a enfreint la convention de vote vis-à-vis des autres associés-signataires mais

n'entamera pas d'irrégularité sur la délibération. Le pacte d'actionnaire, occulte, n'est donc pas opposable à la société elle-même, qui n'est jamais partie prenante. La société ne pourra, du coup, objecter non plus l'existence de la convention de vote, dont elle doit accepter le résultat des votes émis à l'assemblée générale, même si la convention de vote n'a pas été respectée.

Suivant la doctrine dominante<sup>3</sup>, l'inexécution d'une convention de vote valable a pour seule sanction l'attribution de *dommages-intérêts* au cocontractant, le vote adopté en assemblée, en contravention à la convention de vote, restant valable. Elle prend appui, à cet effet, sur l'article 1142 C.civ.<sup>4</sup>. Cet article ne s'applique cependant que dans les cas de figure où une intervention personnelle du débiteur est nécessaire. L'évaluation du préjudice étant souvent difficile (ex. : comment évaluer le préjudice de la perte de stabilité dans la gouvernance de la société?), de sorte que l'*exécution forcée* paraît préférable. Cette possibilité ne se conçoit cependant que dans l'hypothèse où *l'assemblée ne s'est pas encore tenue*. Endéans cette limite, l'exécution forcée devrait souvent être possible, le créancier pouvant, en présence d'une obligation de faire inexécutée, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux frais du débiteur (art. 1144 C.civ.)<sup>5</sup>. L'intervention personnelle du débiteur n'étant généralement pas nécessaire en matière de convention de vote, il est parfaitement concevable que le juge, si nécessaire en référé, ordonne sous astreinte à l'associé récalcitrant de voter comme convenu. Il faudra seulement que l'obligation contenue dans le pacte soit

<sup>1</sup> Art. 67 bis al. 2 : « Les votes émis en assemblée générale en vertu des conventions visées au paragraphe (1), alinéa 2, sont nuls. Ces votes entraînent la nullité des décisions prises, à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur le résultat du vote intervenu. L'action en nullité se prescrit six mois après le vote ».

<sup>2</sup> Art. 1165 C.civ. : « les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties et ne nuisent ni ne profitent aux tiers ».

<sup>3</sup> GUYON, op. cit. n° 291.

<sup>4</sup> Art. 1142 C.civ. : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

<sup>5</sup> Art. 1144 C.civ. : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». ; v. également : VAN CANEGHEM, L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme, *RPS* 1996, p. 31.



suffisamment précise et ne laisse pas de marge d'appréciation à l'associé. Comme les tribunaux ne s'immiscent pas dans la vie sociale, en substituant leur appréciation de l'intérêt social à celui exprimé en assemblée, une *décision judiciaire tenant lieu de la décision prise en assemblée* est improbable (« jugement valant acte »). Par contre, la décision judiciaire devrait pouvoir nommer une personne chargée de voter, au nom de l'associé récalcitrant, dans l'assemblée en question.

La question devient plus délicate encore lorsqu'*une décision sociale a été adoptée* en violation d'une convention de vote. La nullité des actes ou délibérations des organes sociaux ne peut résulter que d'une des causes de nullité limitativement énumérées par la loi de 1915 (v. n° [257] et s.). L'abus de majorité et l'abus de minorité sont les seules causes de nullité susceptibles de s'appliquer (v. n° [250] et s.). La seule démonstration d'une violation de la convention de vote ne suffira donc pas ; il faudra montrer en quoi cette décision a été prise contrairement à l'intérêt social et dans le seul but de favoriser les intérêts du majoritaire (minoritaire) au détriment du minoritaire (majoritaire). Bien entendu, afin de caractériser l'abus de majorité ou de minorité, les juges pourront prendre en compte les dispositions de la convention de vote.



## CHAPITRE 3 LES DIRIGEANTS

[343] **Présentation.** — La société personne morale ne peut exprimer sa volonté et agir que par l'intermédiaire de représentants. Ces derniers sont les « *gérants* » (pour les sociétés en général) ou « *administrateurs* » ou membres du directoire (pour les SA) de la société, collectivement appelés dans ce précis « *dirigeants* » ou la « *gérance* ». Les dirigeants gèrent selon des règles propres à chaque forme de société. Ces règles spécifiques, qui seront examinées plus tard, dans la partie spéciale de ce précis, sont encadrées par des règles communes aux différentes sociétés gouvernant la désignation, les pouvoirs et la responsabilité des dirigeants.

### Section 1. La qualité de « dirigeant »

En raison du statut particulier du « dirigeant » (§ 2), il faut au préalable identifier les personnes ayant cette qualité (§ 1).

#### § 1. L'EXISTENCE DES FONCTIONS DE DIRIGEANT

Les dirigeants sont nommés par les associés (A). Ce pouvoir de nomination a pour corollaire un pouvoir de révocation (B). Dans les deux cas, dans un souci de protection des tiers, des mesures de publicité sont imposées à la société (C).

#### A. L'ENTRÉE EN FONCTIONS

[344] **Personnes susceptibles d'être nommées.** — En principe, la loi n'impose aucune condition pour la nomination des dirigeants, de sorte que le choix est, en règle générale, libre. Les statuts peuvent évidemment prévoir des conditions particulières pour les futurs dirigeants, en termes d'ancienneté, de formation, de disponibilité, etc. Les dirigeants pourront être des personnes physiques, mais également des personnes morales. En particulier, la loi ne demandant aux dirigeants aucune qualification particulière, aucune preuve

de leur aptitude à diriger ne doit être rapportée. Seront vues ci-après les principales restrictions au principe du libre choix.

Il faut admettre que, lorsqu'il s'agit de *personnes physiques*, les dirigeants doivent jouir de la *pleine capacité juridique*, c.-à-d. être des majeurs (ou des mineurs émancipés), et ne pas avoir été placés sous un régime de tutelle ou de curatelle (v. n° [66])<sup>1</sup>. Cette conclusion peut a priori étonner, alors que les dirigeants ne sont que des mandataires, un mandat pouvant par ailleurs être conféré à des incapables<sup>2</sup>. Cette exigence se justifie néanmoins par le fait que le dirigeant, contrairement au mandataire de droit commun, ne se contente pas d'exécuter des ordres qui lui sont donnés par les associés, mais dispose d'un droit et même d'une obligation d'action autonome. Ce pouvoir d'action du dirigeant entraîne un risque de mise en cause de sa responsabilité, ce qui justifie l'exigence de la pleine capacité juridique (le mineur n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement : art. 1310 et 1312 C.civ.).

Ne peuvent pas non plus être nommés dirigeant les dirigeants de droit ou de fait ayant commis une faute grave et caractérisée en relation causale avec la faillite de la société qu'ils géraient, et frappés d'une *interdiction par le tribunal de commerce*<sup>3</sup>. La durée de l'interdiction, qui ne peut être inférieure à un an ni supérieure à vingt ans, est facultative en cas de faillite

<sup>1</sup> D'un avis opposé FREDERICQ, T. 5, n° 416.

<sup>2</sup> Art. 1990 C.civ. : « Un mineur émancipé peut être choisi pour mandataire, mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs ».

<sup>3</sup> Art. 444-1 C.com. : « Si le failli ou les dirigeants de droit ou de fait (...) d'une société déclarée en état de faillite ont contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée, le tribunal d'arrondissement (...) (peut) prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer (...) (une) fonction d'administrateur, de gérant (...) ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse ».

de la société ou du dirigeant et obligatoire en présence de banqueroute (simple ou frauduleuse).

En présence de sociétés dont l'activité professionnelle est réglementée (sociétés relevant de la législation de la place financière, sociétés d'avocats, de réviseurs d'entreprises, ...), l'intérêt général et la protection du public justifient que des exigences spécifiques pour certains, voire pour tous les dirigeants de la société soient posées (diplômes, expérience professionnelle, ...). Ces règles d'*incompatibilité* visent tantôt à assurer la « dignité » de la profession concernée (c'est le cas des professions libérales : avocats<sup>1</sup>, ... ; des membres de cours et tribunaux<sup>2</sup>), tantôt à garantir, dans l'intérêt des tiers, que la gestion sociale soit confiée à des personnes compétentes (entreprises de la place financière<sup>3</sup>, ...), mais sans doute également la disponibilité du professionnel (un avocat ne peut en même temps bien gérer son cabinet et bien gérer une entreprise commerciale). Toujours dans le domaine des incompatibilités, les fonctions de membres du gouvernement, et dans une moindre mesure de parlementaire ou de fonctionnaire (le fonctionnaire travaillant exclusivement pour compte de son employeur, il ne peut en même temps s'occuper de gérer une société), sont incompatibles avec l'exercice de toute activité professionnelle ; on en

déduit l'incompatibilité avec une fonction de dirigeant<sup>4</sup>.

Il n'existe aucune exigence de *nationalité* à l'égard des dirigeants, lesquels pourront indifféremment être des Luxembourgeois, des ressortissants communautaires ou encore des ressortissants d'États tiers. La *résidence* n'importe pas non plus, les dirigeants résidant sur le territoire luxembourgeois ou à l'étranger, en fonction des seules contraintes imposées par les nécessités d'une bonne gestion de la société. Aucune disposition de la loi sur les sociétés commerciales ne prévoit de limite au *nombre de mandats cumulables*. Contrairement au droit français, il n'existe pas non plus de *limite d'âge* pour le mandat de dirigeant.

Les *personnes morales* peuvent également être nommées en tant que dirigeants, sans aucune restriction<sup>5</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient elles-mêmes des sociétés commerciales, ni même des sociétés, mais leur nomination doit évidemment être compatible avec leur objet social. Les personnes morales dirigeantes de sociétés anonymes doivent veiller à se faire représenter auprès de la société anonyme par un *représentant permanent* (v. n° [891]). Dans les autres sociétés, la personne morale dirigeante agira par son organe de gestion, gérant individuel ou gérance collective. Le mandat de dirigeant étant personnel, la personne morale dirigeante ne pourra se faire représenter par un tiers auprès de la société ; rien n'empêche cependant, pour la personne morale dirigeante à gérance collective, de choisir parmi ses propres dirigeants une personne qui sera son représentant auprès de la société dont elle est le dirigeant.

<sup>1</sup> Art. 1<sup>er</sup> L10 août 1991 : « Sont incompatibles avec l'exercice de cette profession: (...) 6. les fonctions de directeur d'entreprise, de gérant ou d'administrateur-délégué de sociétés commerciales et de mandataire général ou d'agent de compagnies d'assurances; (...) ».

<sup>2</sup> Ces personnes, qu'elles appartiennent aux juridictions civiles ou administratives, sont des fonctionnaires publics et partant doivent observer la législation applicable aux fonctionnaires publics (v. infra).

<sup>3</sup> Art. 7 L5 avr. 1993 : « L'agrément est subordonné à la condition que les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que les actionnaires ou associés visés à l'article précédent justifient de leur honorabilité professionnelle. L'honorabilité s'apprécie sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ».

<sup>4</sup> Art. 14 n° 3 L16 avr. 1979 sur le statut des fonctionnaires : « Nul fonctionnaire ne peut, sans l'autorisation préalable du Gouvernement en conseil, participer à la direction, à l'administration ou à la surveillance d'une entreprise commerciale ou d'un établissement industriel ou financier ».

<sup>5</sup> HEENEN, De la possibilité pour une personne morale d'être l'organe d'une société ou d'une association ayant la personnalité juridique, *RPS* 1955, p. 81 ; COIPEL, *Dispositions communes*, n° 271.

[345] **Organe ayant le pouvoir de nommer les dirigeants.** — Les dirigeants sont les mandataires des associés, leur mandat naissant de la décision du mandant acceptée par le mandataire. Les associés seuls peuvent, en tant que mandants, procéder à la désignation des dirigeants, à l'exclusion de tout autre (disposition d'ordre public).

Les dirigeants régulièrement nommés par l'assemblée des associés s'appellent *dirigeants de droit*. Il peut cependant exister à leur côté des *dirigeants de fait*. Ce sont là des personnes qui exercent en fait la direction de la société en lieu et place de son organe légal, c.-à-d. les personnes qui dirigent la société sans avoir été nommées dirigeant de droit de cette société<sup>1</sup> : le père, ancien dirigeant ayant laissé le poste à son fils ou à sa fille poursuivant encore leurs études ; la banque subordonnant l'octroi d'un prêt à la société à l'immixtion dans la gestion de la société ; le salarié omnipotent au sein de la société ; etc. Cette immixtion directe ou indirecte dans la gestion est illicite et expose le dirigeant de fait à des sanctions civiles et pénales ; ces sanctions s'ajoutent à celles applicables au dirigeant de droit, qui ne pourra se retrancher derrière le fait qu'il n'aura été qu'un prête-nom. La règle en la matière est que le dirigeant de fait est tout autant responsable que le dirigeant de droit sur le plan de l'action en comblement de passif<sup>2</sup>. Il en est de même sur le plan pénal : l'auteur pénalement responsable d'une infrac-

tion est en effet la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, cette personne physique étant responsable non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte pénal<sup>3</sup>. Par contre, les responsabilités pour faute de gestion ou pour faute de régularité v. n° [381] et s.) ne sont pas applicables aux dirigeants de fait, la loi ne visant que les dirigeants de droit, car ce sont eux qui sont censés gérer la société. La responsabilité des dirigeants de fait, en raison d'agissements préjudiciables tant à l'égard de la société que des tiers, s'appréciera donc uniquement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil relatif à la responsabilité délictuelle<sup>4</sup>.

La qualité de dirigeant de fait ne peut être présumée mais doit être prouvée par le demandeur. Elle sera appréciée souverainement par les juges du fond sur la base des éléments de fait, par application de la *théorie dite des « faisceaux d'indices »*. Plus précisément, il faut concrètement<sup>5</sup> :

- a) une *action positive*, les actes négatifs, sous la forme d'abstentions étant ignorés ;
- b) l'activité en question doit consister à *diriger et gérer la société*, ce qui exclut les simples conseils ainsi que l'exercice des droits de contrôle conférés par la loi aux associés ;
- c) la personne doit enfin avoir *exercé cette activité en pleine indépendance et liberté*, ou pour reprendre l'heureuse formule de DE SMET : « en dehors ou en dépit des organes légaux institués »<sup>6</sup>.

Ces critères, fort stricts, montrent la répugnance de la jurisprudence à reconnaître cette situation dérogatoire au droit commun, où une personne dirige une société, sans avoir été investie pour exercer cette prérogative<sup>7</sup>. Ainsi comprise, la

<sup>1</sup> Cour 1<sup>er</sup> octobre 1997, n° 12 583, 12 771, 12 859, 12 896 et 20 243 ; v. également RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait, *D.* 1975, chr. 41 ; NOTTÉ, La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives : *JCP* C11980,1,8560 ; DEDESSUS LE MOUSTIER, La responsabilité du dirigeant de fait : *Rev. sociétés* 1997, p. 499 ; TRICOT, Les critères de la gestion de fait : *Dr. et patrimoine* 1998, n° 34, p. 24 ; CABANNES, Le dirigeant de fait, *ACE* 2013/1, p. 3 ; METZLER/PIRET : Le dirigeant de fait : critères de la notion et réflexions sur la responsabilité, in : *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, Vol. III, p. 1517.

<sup>2</sup> DEDESSUS-LE-MOUSTIER, La responsabilité du dirigeant de fait, *RS* 1997, p. 499.

<sup>3</sup> Cass. 29 mars 1962, *Pas.* 18, p. 450.

<sup>4</sup> Cour 1<sup>er</sup> octobre 1997, n° 12 583, 12 771, 12 859, 12 896 et 20 243.

<sup>5</sup> RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), *D.* 1975, Chron. p. 41, n° 5 ; NOTTE, *Les dirigeants de fait de personnes morales de droit privé*, th., Paris 1978.

<sup>6</sup> JASPAR/DE SMET, La notion de gérant de fait, *J.T.* 1984, p. 645 ; RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait*, th. Paris. 1978.

<sup>7</sup> ANSAULT, La notion de dirigeant de fait n'a rien de sésame, *BJS* 2016, p. 230.

qualité de dirigeant de fait se distingue de celle d'*actionnaire majoritaire*, s'il peut certes imposer ses vues à la société, ce dernier le fera cependant uniquement en raison des droits que la loi ou les statuts lui confèrent. Pour la même raison, le *dirigeant de droit de la société mère* ne deviendra pas le dirigeant de fait de la société filiale, s'il se limite à poser des actes de gestion pour compte de la société mère, même si ces actes peuvent, par ricochet, atteindre la filiale ; en effet, si ces actes peuvent certes concerner la filiale, il ne s'agit toujours que des actes de la société mère et non ceux de la filiale.

La plupart du temps, le dirigeant de fait est celui qui dirige toutes les opérations de la société, en utilisant les dirigeants de droit comme des marionnettes<sup>1</sup>. Le dirigeant de fait n'est pas officiellement investi des fonctions de dirigeant mais les exerce en fait. Il négocie et conclut des accords avec les clients ; il décide de la politique économique, financière, salariale de l'entreprise ; il se trouve en relation avec les tiers, etc.

Le mandat doit être accepté par le mandataire afin qu'il devienne le dirigeant de la société. De manière générale, une personne ne devrait accepter d'être nommée dirigeant que si elle se sent capable et disponible pour assumer cette fonction. L'*acceptation* est le fait par une personne de déclarer souscrire à l'offre d'engagement qui lui est proposée : elle constitue la marque apparente du consentement. La loi n'exigeant aucun accord formel, l'acceptation peut être expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, la preuve de l'acceptation tacite peut résulter des circonstances. Par exemple, la preuve que le mandataire a accepté sa mission de dirigeant peut être tirée de ce que la personne concernée a réalisé des actes entrant dans le champ du mandat qui lui a été confié.

## B. LA CESSATION DE FONCTIONS

Le mandat finit :

- par l'arrivée du terme ;
- par la révocation par la société ;
- par la révocation par la société ;
- par la démission ou renonciation ;
- soit encore pour des causes étrangères à la volonté

<sup>1</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 23 054, *Bull. Barreau*, 2004, p. 27.

de l'une et de l'autre partie, tel le décès du dirigeant.

**[346]Arrivée du terme.** — La durée des fonctions de la gérance est librement fixée par les associés, soit dans les statuts, soit lors de la nomination des intéressés. La gérance étant en pratique nommée pour une durée limitée, les gérants doivent cesser leurs fonctions à l'*arrivée du terme*, sans qu'il ne soit nécessaire de leur signifier un préavis. Le gérant qui, malgré l'arrivée du terme, continue à gérer la société ne peut se prévaloir d'un éventuel renouvellement par reconduction tacite de ses fonctions : il doit être considéré comme étant un dirigeant de fait (v. n° [345]).

**[347]Révocation d'un dirigeant ordinaire (non statutaire)**<sup>2</sup>. — Dans la généralité des cas, le dirigeant est désigné par l'assemblée des associés lors d'une assemblée à cet effet. Par application du principe du parallélisme des formes et des règles du mandat du Code civil<sup>3</sup>, les dirigeants pourront être révoqués par les associés, parce qu'ils ont été nommés par eux. L'assemblée des associés pourra donc à tout moment révoquer le dirigeant, qu'il ait été nommé à durée déterminée ou indéterminée.

Étant un mandataire ordinaire, le gérant ordinaire pourra *être révoqué librement* par les associés. Ce n'est toujours que l'application du droit commun en matière de mandat (v. n° [361])<sup>4</sup>. L'assemblée des associés pourra donc révoquer le dirigeant pour toute raison qui lui plaira, sans devoir justifier par ailleurs sa décision. Parce qu'il n'y a rien à discuter, l'assemblée ne sera pas tenue non plus à un éventuel principe du contradictoire, c.-à-d. un éventuel droit pour le dirigeant d'être entendu préalablement à sa révocation.

<sup>2</sup> AUBERT, La révocation des organes de direction des sociétés commerciales, *RTD com.* 1968, p. 977 ; ADOM, La révocation des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. sociétés* 1998, p. 487.

<sup>3</sup> Art. 2004 C.civ : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ».

<sup>4</sup> Art. 2003. C.civ. : « Le mandat finit par la révocation (...), à moins qu'il n'ait été convenu du contraire (...) ».

La société pouvant révoquer librement ses dirigeants, elle ne leur devra en principe aucune *indemnisation* non plus, bien que les statuts puissent en prévoir une. La situation sera différente seulement si la *révocation* est *brutale* et *vexatoire*, de sorte à porter atteinte à l'honneur du dirigeant. Il ne suffit pas que le dirigeant révoqué soit vexé ; il sera la plupart du temps touché dans son orgueil. Il faut une vexation. Celle-ci prendra la plupart du temps la forme d'une reconduite à la porte ou d'une publicité désobligeante : le dirigeant doit quitter la société sur le champ, dès sa révocation ; une publicité désobligeante accompagne sa révocation, où il est porté atteinte à l'honneur du dirigeant révoqué auprès du personnel et du milieu professionnel. Ces comportements peuvent effectivement entraîner une obligation pour la société d'indemniser le dirigeant révoqué à hauteur des dommages ainsi créés. Ces dommages se situent exclusivement sur le plan moral, et ne sauraient viser à compenser le préjudice économique lié à la perte de l'emploi du dirigeant.

**[348] Révocation d'un dirigeant statutaire.** — Parfois, le dirigeant sera désigné dans les statuts (le « *dirigeant statutaire* »). Dans cette hypothèse, il ne pourra être révoqué que dans les deux hypothèses suivantes :

Il pourra toujours être révoqué par l'*unanimité* des associés, en ce compris la voix du dirigeant, s'il est également associé. Le dirigeant pourra voter sur la résolution à adopter parce que le droit des sociétés ne prévoit pas de règles spécifiques en matière de conflits d'intérêts susceptibles d'exister sur le plan des associés.

En l'absence d'unanimité, le dirigeant statutaire pourra également être révoqué s'il existe une « *cause légitime* » (art. 1856 al. 2 C.civ.)<sup>1</sup>. Dans ce cas, tout associé est autorisé à demander la révocation judiciaire du dirigeant, donc même en l'absence d'une décision prise en assemblée<sup>2</sup>. Prévue à l'art. 191 al. 2 L1915

pour les SARL, à l'art. 1856 C.civ. pour les sociétés civiles, et donc également applicable par voie de renvoi implicite (art. 1873 C.civ.) aux sociétés en nom collectif ainsi que les sociétés en commandite simple (y compris spéciale), la cause légitime se distingue de la libre révocabilité des administrateurs de sociétés anonymes. La « cause légitime », équivalente à un « *juste motif* », vise uniquement une incompatibilité entre l'intérêt de la société et la poursuite des fonctions de dirigeant. Cette incompatibilité peut être fautive ou non.

L'incompatibilité est fautive, si elle implique une *faute du dirigeant se rattachant à ses fonctions*, qu'il faudra bien évidemment prouver : faute de gestion (investissements désastreux, non-suivi de la gestion au quotidien, etc.) ; faute de régularité (non-convocation des associés là où la loi le prévoit ; absence d'établissement ou non-dépôt des états financiers etc. ; de manière générale : violation d'une disposition impérative ou d'ordre public de la loi de 1915). La faute, afin de constituer une cause légitime, doit présenter une *certaine gravité*, sans qu'il ne faille exiger la preuve d'un dysfonctionnement particulier de la société, la faute se suffisant à elle-même<sup>3</sup>. La régularisation éventuelle de la faute, tardive ou non, ne changera pas cette appréciation, pas davantage que le caractère habituel de la faute au sein de la société, ou auprès d'autres sociétés. La révocation a, en effet, à la fois une fonction de régulation du fonctionnement de la société et une fonction disciplinaire, en ce qu'elle sanctionne le dirigeant fautif.

L'incompatibilité non-fautive est basée sur des *considérations tirées de l'intérêt social*, l'intéressé n'ayant pas démérité. Le dirigeant statutaire est révoqué parce que sa révocation semble nécessaire aux fins de l'intérêt social<sup>4</sup>. On songe par exemple à la révocation en raison

<sup>1</sup> Art. 1856 al. 2 C.civ. : « Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; (...) ».

<sup>2</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 23 054, *Bull. Barreau*, 2004, p. 27.

<sup>3</sup> BARBIERI, Distinction du juste motif de revocation et du motif légitime d'exclusion d'un gérant associé, *Rev. sociétés* 2016, p. 233.

<sup>4</sup> BAILLOD, Le « juste motif » de révocation des dirigeants,

de la grave mésentente entre les deux dirigeants, de nature à compromettre le bon fonctionnement de la société, ou celle où le dirigeant s'oppose constamment aux demandes raisonnables de l'assemblée des associés. L'intérêt social constituant la cause de la révocation, l'origine du conflit ne doit pas nécessairement être imputable au dirigeant à révoquer ; il suffit qu'elle existe et que la révocation du dirigeant soit vue comme étant le meilleur moyen d'y mettre un terme. À la limite, le conflit ayant été à l'origine du blocage de la société a pu disparaître, mais si la dégradation des relations qu'il a causés n'a pas disparu, il sera légitime de révoquer le dirigeant. Il faut donc distinguer le fait générateur du conflit et la perte de confiance qui peut survivre au premier. Par contre, ne constitue pas une « cause légitime » la révocation du dirigeant lorsqu'une nouvelle majorité désire simplement nommer un nouveau dirigeant social de leur choix. Il en est de même de la perte de confiance non circonstanciée dans le dirigeant, si elle n'est pas étayée par des éléments objectifs liés à l'intérêt social, ainsi que des nominations visant à redresser la situation déficitaire de la société, si l'origine des pertes n'est pas imputable au dirigeant.

**[349] Démission par le dirigeant<sup>1</sup>.** — De leur côté, les dirigeants peuvent renoncer à leur mandat et démissionner de leurs fonctions.

Le droit de démission étant *libre*, les dirigeants n'ont pas besoin de *motiver* leur décision de démissionner<sup>2</sup> et encore moins de la faire agréer bilatéralement par le mandant, à savoir la société<sup>3</sup>. Le dirigeant démissionnaire notifie (il faut un acte positif non équivoque de sa part) sa décision à la société qui ne

peut qu'en « prendre acte », ce qui s'explique aisément, la démission étant par nature un *acte unilatéral* pour lequel aucune acceptation n'est requise ; l'assemblée pourra donner « décharge » immédiatement ou reporter cette décision à plus tard, au jour de l'approbation des comptes sociaux.

Le dirigeant démissionnaire doit toutefois veiller à démissionner de manière à ne pas causer de préjudice à la société, en lui laissant le temps de trouver un successeur. En effet, tenu de veiller à la sauvegarde des intérêts qui lui ont été confiés avec son assentiment, il ne peut donner *effet immédiat* à sa décision de démissionner de ses fonctions que dans la mesure où cela ne nuit pas aux intérêts de la société<sup>4</sup>. La démission produira ses effets au moment où elle a été portée à connaissance de la société, ce qui empêche en principe toute *rétractation* d'une démission, même si le dirigeant entend revenir sur sa décision.

Lorsque la démission a pour effet de rendre irrégulière la composition des organes de gestion, elle restera sans effet tant qu'il n'aura pas été pourvu au remplacement du dirigeant démissionnaire<sup>5</sup>. Tel est le cas par exemple si le nombre des gérants ou administrateurs passe en dessous du minimum légal ou statutaire. En contrepartie doit-on reconnaître le droit au dirigeant démissionnaire de procéder seul (en cas d'inertie des dirigeants restant en fonction) à la convocation d'une assemblée générale ayant pour objet de pourvoir à son remplacement.

**[350] Suites de la cessation des fonctions.** — La cessation des fonctions n'est soumise à aucune formalité particulière, si ce n'est qu'elle doit être *publiée* dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que l'acte de nomination.

Les *effets* de la cessation de fonctions sont évidents : la cessation met fin aux fonctions sociales, en principe immédiatement et en tout cas sans rétroactivité.

*RTD com.* 1983, p. 395.

<sup>1</sup> SOULEAU, La démission des dirigeants de sociétés commerciales, *RTD com.* 1972, p. 21.

<sup>2</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 208/07 ; Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>3</sup> L'art. 2007 C.civ. permet au mandataire de renoncer à son mandat sans que la personne qui a donné mandat ait à donner son assentiment.

<sup>4</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 208/07.

<sup>5</sup> Lux. 19 juin 2015, *Pas.* 37, p. 732.



C. LES MESURES DE PUBLICITÉ ENTOURANT  
L'EXISTENCE DES FONCTIONS DE DIRIGEANT

[351] **Une publicité obligatoire.** — Les dirigeants sont les représentants légaux de la société. Ils prennent non seulement les décisions de gestion pour compte de la société, mais ils les implémentent également vis-à-vis des tiers. Les tiers doivent donc être renseignés sur ce fait qu'une personne prétendant pouvoir agir au nom de la société, a réellement la qualité de représentant légal de cette société. Aussi, la nomination des dirigeants (administrateurs, membres du directoire, gérants, administrateurs provisoires<sup>1</sup>, commissaires aux comptes) doit être publiée dans les mêmes conditions que les statuts sociaux ou leurs modifications (dépôt au greffe ; insertion au RESA ; v. n° [141]). Il en est de même de leur démission ou révocation (art. 11bis n° 3 (a) L1915)<sup>2</sup>.

[352] **Effets d'une absence de publicité.** — Les nominations, révocations et démissions des dirigeants, régulières au regard des statuts, sont *inopposables aux tiers de bonne foi* lorsqu'elles n'ont pas été publiées

régulièrement (art. 19-3 L27.05.2016)<sup>3</sup>.

Cet aspect est surtout important en cas de *révocation du dirigeant par la société*. C'est ainsi qu'un dirigeant régulièrement révoqué par l'assemblée des associés engagera néanmoins la société pour les contrats conclus postérieurement à sa révocation, si les tiers n'avaient pas connaissance de la révocation. En d'autres termes, si la nomination ou la révocation n'a pas été régulièrement publiée, la société ne peut s'en prévaloir à l'égard des tiers. Aux termes de la jurisprudence communautaire, le terme « tiers » est à interpréter de manière extensive, de manière à couvrir non seulement les tiers ayant contracté avec la société, mais également toutes les autres personnes<sup>4</sup>, telles le ministère public<sup>5</sup>. Bien évidemment, dans les relations entre la société et le dirigeant révoqué, la révocation produit ses pleins effets. Aussi, le dirigeant révoqué qui aura traité au nom et pour le compte d'une société engage sa responsabilité à l'égard de la société et de ses associés ; ayant commis une faute, il pourra être condamné à payer des dommages-intérêts pour réparer le préjudice qu'il a causé, conformément aux principes de la responsabilité civile.

<sup>1</sup> Lux. 1<sup>er</sup> juill. 2007, *Bull. Barreau* 2007, p. 168.

<sup>2</sup> Art. 11bis n° 3 (a) L1915 : « § 1. Sont déposés et publiés conformément aux dispositions du chapitre Vbis du titre Ier de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises: (...) 3) L'extrait des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions : a) des administrateurs, membres du comité de direction, directeur général membres du directoire et du conseil de surveillance, gérants et commissaires des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite simple, des sociétés en commandite spéciale et des sociétés civiles, ainsi que des présidents et directeurs des sociétés par actions simplifiées ; b) des délégués à la gestion journalière dans les sociétés anonymes des délégués à la gestion journalière dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée ; c) des liquidateurs dans les sociétés qui ont la personnalité juridique ainsi que, le cas échéant, dans les sociétés en commandite spéciale (...) ».

<sup>3</sup> Art. 19-3 L27.05.2016 : « Les actes ou extraits d'actes ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication au Recueil électronique des sociétés et associations, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes ou extraits d'actes non encore publiés. Pour les opérations intervenues avant le seizième jour qui suit celui de la publication, ces actes ou extraits d'actes ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance. En cas de discordance entre le texte déposé et celui qui est publié au Recueil électronique des sociétés et associations, ce dernier n'est pas opposable aux tiers. Ceux-ci peuvent néanmoins s'en prévaloir, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du texte déposé ».

<sup>4</sup> MATIYCHUK, La responsabilité de l'administrateur entre sa démission et la publication de celle-ci, *D.A.O.R.* 2916/2, p. 14.

<sup>5</sup> Lux. 13 juill. 1998, Cour 27 avr. 1999, *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* n° 91, 1998, p. 59.

Les règles de publicité ont également leur importance dans l'hypothèse où le dirigeant, dont la *nomination régulière n'a pas été publiée*, a contracté avec des tiers au nom de la société. La nomination n'étant opposable aux tiers qu'à partir du jour de sa publication, elle ne leur sera pas opposable, bien que les tiers puissent se prévaloir à leur profit des actes non encore publiés. Si les publications prescrites n'ont pas été faites, les tiers ont le droit, sans avoir à justifier d'un intérêt légitime, de considérer la nomination du dirigeant comme non avenue à leur égard ; ils peuvent par conséquent dénier à celui-ci tous pouvoirs pour engager la société<sup>1</sup>. Cette règle de rigueur destinée à protéger les intérêts légitimes des tiers ne présente cependant aucune utilité lorsque la société est poursuivie en justice par le tiers. Dans ce cas, le dirigeant pourra valablement représenter la société en justice en défense<sup>2</sup>.

Enfin, la question a encore son importance en cas de *démission du dirigeant* : celui-ci sera naturellement intéressé à ne plus encourir d'actions en responsabilité en raison d'actes ou d'omissions commis par la société après sa démission. Là aussi, la démission devra être publiée afin d'être opposable aux tiers. C'est ainsi, par exemple, que le ministère public, qui est également un tiers par rapport à la société, pourra considérer la démission d'un dirigeant comme ne lui étant pas opposable tant qu'elle n'aura pas été publiée<sup>3</sup>.

**[353] Publicité régulière d'une désignation irrégulière.** — Il se peut que la nomination du dirigeant soit

irrégulière au regard des statuts de la société. Tel pourrait être le cas par exemple d'un dirigeant nommé à la majorité des voix des associés, alors que les statuts prévoient l'unanimité. Si la nomination irrégulière est régulièrement publiée au RCS, la société et les tiers se trouveront liés par cette publication ; ne pouvant se prévaloir de cette irrégularité, ils seront engagés par les actes effectués par le dirigeant. En d'autres termes, les publications régulièrement publiées sont tenues pour valables<sup>4</sup>, ce qui constitue un facteur de sécurité juridique appréciable. La société ne pourra opposer au tiers contractant l'irrégularité ayant entaché la nomination du dirigeant pour échapper aux obligations contractées<sup>5</sup>. Il en sera de même du tiers lui-même.

**[354] Situations valant publicité régulière.** — En principe, seuls les mandataires légaux d'une société dûment publiés au RCS sont habilités à agir en son nom à l'égard des tiers. Toutefois, la jurisprudence admet qu'un tiers contractant de la société puisse, sous certaines conditions, exiger de la société l'exécution d'un contrat qui a été souscrit par une autre personne que le représentant légal. La *théorie du mandat apparent* permet au tiers d'exiger de la société qu'elle respecte les obligations convenues avec elle, par une personne qui semblait être son représentant légal, alors qu'elle n'avait en réalité aucun pouvoir. S'agissant p.ex. d'un fournisseur, il pourra ainsi demander le paiement de sa créance sur le fondement d'un mandat apparent du signataire de la commande, même si celui-ci n'avait pas le droit d'engager la société.

Deux conditions doivent être remplies afin de pouvoir invoquer la théorie du mandat apparent:

a) afin de pouvoir invoquer la théorie du mandat apparent, le tiers devait être *objectivement dans l'ignorance de l'absence de pouvoirs* de celui avec qui il a traité. Tout est donc une question de circonstances, le juge retenant un faisceau d'indices (durée des relations commerciales existantes – il faut être

<sup>1</sup> Lux. 17 janv. 1990, n° 38.274.

<sup>2</sup> Cour 12 juill. 2006, n° 31 092, *Bull. Barreau* 9/2006, p. 234.

<sup>3</sup> Lux. 13 juill. 1998, *Bulletin St-Yves* n° 91, p. 59; Cour 27 avr. 1999, *Bulletin St-Yves*, loc. cit. Cette opinion peut cependant être discutée, car une lecture littérale de l'article 19-3 permet de penser qu'il ne devrait régir que les relations des tiers avec la société, mais non pas également avec les dirigeants; en ce sens : MATIYCHUK, La responsabilité de l'administrateur entre sa démission et la publication de celle-ci, *D.A.O.R.* 2016/2, n° 118, p. 14

<sup>4</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69.

<sup>5</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69.

plus prudent lors d'une entrée en relation d'affaires que si un courant d'affaires soutenu existe depuis longtemps – ; utilisation du cachet de la société ; de son papier à en-tête, ...).

L'existence d'un mandat apparent ne pourra en principe être retenue en ce qui concerne les actes passés par un *ancien dirigeant* de la société, dès lors que la cessation de ses fonctions avait été régulièrement publiée avant la conclusion des actes dont le tiers entend se prévaloir ; il suffisait pour le tiers de se renseigner auprès du RCS. Cependant, la situation pourra être différente, si l'acte a été passé peu de temps après la publication, et si le tiers avait l'habitude de faire les contrats avec cet ancien dirigeant. Il est compréhensible que le tiers ne vérifie pas à chaque contrat l'étendue des pouvoirs du dirigeant.

- b) cette ignorance a par ailleurs dû être *excusable*, en ce sens que le tiers avait pu légitimement croire que la personne avec qui il a traité était réellement un dirigeant capable d'engager la société<sup>1</sup>. L'erreur légitime est celle que toute personne moyennement prudente et placée dans les mêmes circonstances aurait également commise. Afin de déterminer si l'erreur est excusable, il faut tenir compte de la qualité du tiers qui se prévaut de l'apparence et de celle du prétendu mandataire. Un tiers professionnel sera moins facilement excusable qu'un profane ; un simple salarié au sein de la société sera moins facilement un mandataire apparent qu'un cadre ; ... Pour légitimer une croyance excusable, il faut bien évidemment, bien que cela ne soit pas suffisant, un lien apparent avec le possible mandant ; si ce lien fait défaut, le tiers ne pouvait légitimement penser que le prétendu mandataire avait un possible mandant.

La théorie du mandat apparent a une utilité indéniable, parce qu'elle permet de protéger les tiers qui ont été induits en erreur concernant les pouvoirs

de représentation ayant existé au sein de la société avec laquelle ils ont conclu des contrats. Encore faut-il que les circonstances de l'espèce puissent expliquer pourquoi le tiers n'a pas vérifié l'exacte limite des pouvoirs de la personne, car un minimum de vigilance peut être exigé de tous ceux qui traitent avec autrui. Pour cette raison, le juge veillera à ce que les deux conditions requises en matière de théorie de l'apparence soient bien, on aimerait presque dire « strictement », remplies<sup>2</sup>.

## § 2. LE STATUT DU DIRIGEANT<sup>3</sup>

**[355] Indépendance du dirigeant.** — Le dirigeant est un mandataire des associés qui lui ont confié la gestion sociale. Il doit s'occuper de ces fonctions de manière diligente, ce qui implique qu'il puisse agir en toute indépendance, sans être soumis à des pressions quelconques, y compris de la part des associés qui l'ont nommé. Le mandataire doit en effet user de son pouvoir d'initiative pour accomplir la mission qui lui a été confiée de la manière la plus conforme aux intérêts de la société.

Si donc, en droit, tous les dirigeants sont nécessairement indépendants dans l'exécution de leur mission, cette indépendance disparaît parfois dans les faits, le dirigeant se trouvant parfois à la solde des associés qui l'ont porté au pouvoir. Pour contrecarrer ce risque, on introduit parfois l'« *administrateur indépendant* » dans l'équation, surtout dans les sociétés cotées en bourse. Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement. Ainsi, par administrateur indépendant, il faut entendre non pas seulement l'administrateur non exécutif, c'est-à-dire celui n'exerçant pas de fonctions

<sup>1</sup> Lux. 2 avr. 2014, *Pas*, 37, p. 392, note CORBISIER (en l'espèce, la solution adoptée par le tribunal paraît bien contestable, pour les raisons pertinentes avancées par I. Corbisier) ; FERRIER, L'absence de croyance légitime exclut le mandat apparent, *BJS* 2016, p. 16.

<sup>2</sup> PREVOST, Représentation des sociétés et mandat apparent, qui a le pouvoir ?, *Rev. sociétés* 2015, p. 733.

<sup>3</sup> DE CORDT (sous la dir. de), *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, 2009.

de direction de la société ou de son groupe, mais encore celui qui est dépourvu de tout lien d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci. On espère que ces personnes pourront jeter en toute indépendance un regard neutre sur la société. L'administrateur indépendant n'ayant aucun lien avec l'actionnaire majoritaire, il est parfois compris comme étant l'administrateur représentant les intérêts des minoritaires. Mais ce n'est pas ça son rôle : il est gardien de l'intérêt social comme tout administrateur devrait l'être ; n'étant pas lié à l'actionnaire majoritaire, on peut penser qu'il pourra mieux jouer ce rôle que celui qui a été mis en place par l'actionnaire majoritaire et qui risque de préférer servir l'intérêt du majoritaire plutôt que l'intérêt commun.

Ainsi compris, l'administrateur indépendant est censé assurer un meilleur fonctionnement du conseil d'administration, en exerçant un contrôle vigilant de la direction de la société. L'administrateur indépendant est souvent présenté comme un organe autonome, distinct du conseil d'administration. Cependant, en droit, il reste un dirigeant comme tous les autres, car tous les dirigeants sont réputés « indépendants » en raison du fait qu'ils exécutent un mandat. Si ce n'est que l'exigence d'indépendance sera particulièrement prise en compte au moment de la nomination de l'administrateur indépendant dans les cas où il en est fait usage.

L'administrateur indépendant est obligatoire pour les sociétés cotées en bourse. C'est ainsi que les « X Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg » prévoient que « Les administrateurs non exécutifs choisissent parmi les administrateurs indépendants un administrateur indépendant senior. Il présidera les comités de nomination et de rémunération. L'administrateur indépendant senior est chargé particulièrement de veiller au strict respect des règles de bonne gouvernance et de l'application rigoureuse des X Principes. Il sera l'interlocuteur privilégié du président du conseil d'administration pour ces do-

maines ».

**[356] Rémunération des dirigeants.** — <sup>1</sup> Les règles du mandat s'appliquent. Les dirigeants peuvent donc exercer leurs fonctions gratuitement ou être rémunérés. Comme pour tout mandat qui relève du droit commercial, le droit à une rémunération peut être présu- mé, sauf dispositions statutaires en sens inverse<sup>2</sup>. La rémunération peut être périodique ou occasionnelle, fixe ou variable, globale pour l'ensemble des membres de l'organe de gestion ou individuelle pour chacun d'eux. Pour les sociétés cotées, des règles spécifiques s'appliquent<sup>3</sup>. On distingue généralement les vacations au conseil d'administration ou de gérance appelées « *jetons de présence* » et les « *tantièmes* », variété de participation aux bénéfices. Il ne faut pas assimiler ces deux concepts aux « dividendes », car ces derniers rémunèrent exclusivement les apports de capital faits par les associés. Les jetons de présence et tantièmes, en revanche, dédommagent les dirigeants pour leur travail accompli durant l'année.

Les *jetons de présence* se distinguent à plusieurs titres des tantièmes. Les premiers rémunèrent la présence effective aux réunions de l'organe de gérance. Fixés par l'assemblée générale des associés, ils constituent la contrepartie de la prestation du dirigeant. Payables quelle que soit la profitabilité de la société, les *jetons de présence* passent dans les charges comptables de la société et sont déductibles pour la société en matière d'impôt sur le revenu des collectivités. Les *tantièmes*, en revanche, constituent une affectation des bénéfices sociaux et ne peuvent donc être versés que dans la limite des bénéfices distribuables. Tout comme les dividendes, les tantièmes ne sont pas déductibles du revenu imposable de la société.

Le principe ainsi que le mode de calcul de la rému-

<sup>1</sup> CATHIARD et alii, La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions, *Actes pratiques & ingénierie sociétair*e n° 104, 2009, p. 3 ; DONDERO et alii, La rémunération des dirigeants sociaux, *Actes pratiques & ingénierie sociétair*e n° 2016, p. 3.

<sup>2</sup> WILLERMAIN, Le statut de l'administrateur de sociétés anonymes : principes, questions et réflexions, *R.P.S.* 2008, n° 6983, p. 236.

<sup>3</sup> Les X Principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg, v. Principe 8.

nération des dirigeants seront souvent prévus dans les *statuts*. À défaut, et conformément au principe « *say on pay* », l'assemblée des associés pourra seule décider d'allouer une rémunération aux dirigeants, les dirigeants ne pouvant s'attribuer eux-mêmes une rémunération (et ne sauraient pas invoquer non plus une délégation de pouvoir en ce sens de la part de l'assemblée). Cette règle se justifie en raison du fait que les tantièmes relèvent clairement de la compétence de l'assemblée, puisqu'il s'agit d'une affectation des résultats de l'exercice écoulé ; on ne concevrait pas que la compétence de l'assemblée vienne à disparaître si la rémunération prenait une autre forme. On peut y ajouter que le contrat de mandat comporte pour le mandataire une obligation de loyauté, de transparence, d'information, de rendre compte ainsi que l'interdiction, visée à l'article 1596 du Code civil, de se porter contrepartie par lui-même ou par personne interposée des biens qu'il est chargé de vendre<sup>1</sup>. Cette disposition spécifique confirme un principe général du droit, suivant lequel quiconque accomplit des actes juridiques pour le compte d'un tiers ne peut intervenir en qualité de partie adverse de ce tiers. La rémunération qui est versée au dirigeant étant nécessairement au détriment des associés, puisqu'elle réduit le montant des bénéfices distribuables, les dirigeants ne sauraient donc intervenir dans sa fixation.

L'approbation des comptes sociaux de l'exercice écoulé vaut ratification implicite de la rémunération des dirigeants, dans la mesure où le principe et le montant de cette rémunération ressortent à suffisance de droit des états financiers, de sorte que les associés ont pu se prononcer en connaissance de cause.

<sup>1</sup> Art. 1596 C.civ. : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par des personnes interposées : - les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; - les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; - les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ; - les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ».

[357] **Dirigeant salarié.** — En sus de leur rémunération en tant que dirigeant, les dirigeants touchent parfois une rémunération salariale additionnelle. Les motivations d'un tel cumul sont variées : protection en cas de révocation en tant que dirigeant, protection sociale renforcée, et de manière générale l'espoir de pouvoir bénéficier d'un statut estimé plus douillet ... C'est l'hypothèse du *cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*.

Sur le plan des principes, il n'existe aucune incompatibilité légale qui empêcherait qu'un mandat de dirigeant ne puisse être confié à un salarié et inversement<sup>2</sup>. Mais le cumul n'est pas automatique. On négligera l'hypothèse du dirigeant salarié qui ne dispose d'aucun des pouvoirs normalement attribués à un dirigeant : dans ce cas, le *mandat social* sera *factif* ; le contrat de travail, bien réel par contre, continue à exister, malgré la nomination du salarié au poste de dirigeant (de paille)<sup>3</sup>. Un cumul n'est envisageable que si le dirigeant exerce, en sus de son activité de dirigeant :

- une *fonction distincte* au sein de l'entreprise<sup>4</sup>. Les fonctions distinctes se rencontrent principalement dans des structures sociétaires complexes, notamment en raison de la taille de la société. Elles se conçoivent moins bien dans de petites structures, où les dirigeants « sont au four et au moulin » ;
- pour laquelle il se trouve dans un *rapport de subordination*, comme tout salarié. Il faut classiquement que le dirigeant ait l'obligation de rendre compte à son employeur des travaux qu'il a accomplis dans le cadre de sa fonction distincte<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cour 5 nov. 1968, *Pas.* 21, p. 82 ; Lux. 10 mars 1989, n° 934/89 ; Lux. 17 janv. 1992, n° 272/92 ; Prés. Trib. Trav. Lux. 17 janv. 1992, n° 272/92.

<sup>3</sup> Lux. 12 janv. 1990, n° 146/90.

<sup>4</sup> Cour 27 mars 1986, n° 8.568 ; Cour 18 avr. 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 120 (des fonctions « nettement dissociables »).

<sup>5</sup> Il n'est évidemment pas suffisant de rendre compte à l'assemblée des associés, car c'est l'essence même du mandat

La subordination propre au contrat de travail ne se conçoit que pour les dirigeants qui doivent répondre de leurs activités à un conseil d'administration ou de gérance. Lorsque la gérance est unique, la subordination fait toujours défaut<sup>1</sup> : associé gérant statutaire de la SARL<sup>2</sup>, qu'il soit majoritaire<sup>3</sup> ou minoritaire<sup>4</sup> ... Il en est de même de la gérance plurielle, si chacun des dirigeants engage seul la société, tel que c'est le cas pour l'administrateur-délégué<sup>5</sup>, unique ou non<sup>6</sup>. En cas de gérance collégiale, sans pouvoir d'engagement de la société sur la seule signature du dirigeant, le lien de subordination sera encore refusé, si la majorité<sup>7</sup> (ou a fortiori la totalité<sup>8</sup>) du capital social de la société est détenue par le dirigeant. Dans tous ces cas, le contrat de travail ne pourra pas être réel. Par contre, le dirigeant associé non-statutaire minoritaire peut le cas échéant prétendre à être également un salarié.

L'idée d'un possible cumul est plus facilement acceptable dans les sociétés à risque limité que les *sociétés à risque illimité*. Si l'associé-gérant peut être tenu responsable pour tout (dans les sociétés commerciales) ou partie (dans les sociétés civiles) du passif de la société, peut-on encore considérer qu'il se trouverait dans une relation de subordination ? La doctrine considère très généralement que ces deux situations devraient être mutuellement exclusives<sup>9</sup>. Pourquoi interdire le cumul dans ces situations-là, si les conditions d'un cumul sont effectivement remplies (fonc-

tions distinctes ; rapport de subordination) ? Il faut bien constater que le cumul n'est contesté par personne, si le contrat de travail s'exerce dans une autre société que celle où l'on est associé. On ne voit pas pourquoi, en rassemblant ces deux qualités au sein de la même société, la situation devrait être différente, de sorte à faire perdre au gérant son statut de salarié. Le cumul devrait donc être possible, si les conditions propres à la qualité de salarié sont réunies, et cette question est indépendante de l'obligation éventuelle aux dettes de la société.

La *charge de la preuve* de l'existence du contrat de travail incombera bien évidemment à celui qui voudra s'en prévaloir, ce qui en pratique sera le dirigeant. L'existence d'un écrit documentant un prétendu contrat de travail ne suffira évidemment pas ; il ne s'agit que d'indices formels non probants, tout comme les fiches de paie ou encore les enregistrements des salaires dans les charges comptables<sup>10</sup>.

Du point de vue *comptable*, la rémunération de l'activité du gérant fait partie des charges de la société, et diminue donc son résultat comptable. Du point de vue *fiscal*, la situation est plus nuancée, puisqu'il faudra distinguer selon que le gérant est ou non également un associé de la société :

- si le gérant n'est pas un associé de la société, les traitements qu'il perçoit pour son activité de gérant constituent des charges déductibles pour la société et des revenus salariaux pour le gérant soumis à la retenue à la source ;
- si le gérant est également associé de la société, les salaires qui lui sont versés sont requalifiés en bénéfices commerciaux, ce qui aura pour conséquence d'augmenter sa part de bénéfice dans la société soumis à l'impôt sur le revenu.

En cas de cumul, deux conventions juridiquement distinctes existent, indépendantes l'une de l'autre. Il faut dans ces cas *appliquer de manière distributive les règles propres à chaque statut*. Notamment, si une personne a commis une faute en sa qualité de dirigeant, elle pourra le cas échéant être révoquée de son poste de dirigeant, son contrat de travail continuant à exister<sup>11</sup>.

social :Lux. 17 janv. 1986, n° 169/85.

<sup>1</sup> Lux. 13 juill. 1989, n° 2 419.

<sup>2</sup> Lux. 8 déc. 1983, *Faillite Décor Center c/Gallion* ; Lux. 17 janv. 1986, n° 169/85 ; Lux. 30 octobre 1987, n° 425/87..

<sup>3</sup> Lux. 28 févr. 1992, n° 112/62.

<sup>4</sup> C. prudh. Esch/Alzette 9 févr. 1984, LJUS n° 98 404 669 ; Lux. 30 octobre 1987, n° 425/87.

<sup>5</sup> Cour 5 nov. 1968, *Pas.* 21, p. 82 ; Lux. 25 mai 1984 n° 1165/84 ; Lux. 10 mars 1989, n° 934/89 ; Lux. 12 janv. 1990, n° 146/90 ; Cour 20 mars 2014, *Pas.* 37, 03/2015, p. 246.

<sup>6</sup> Cour 29 mai 1986, n° 8.259.

<sup>7</sup> Lux. 13 juill. 1989, n° 2.419 ; Cour 27 mars 1986, n° 8.568.

<sup>8</sup> Lux. 14 nov. 1997, n° 716/97.

<sup>9</sup> COURET, La qualité d'associé en nom collectif exclut la possibilité d'être lié à la société par un contrat de travail, *BJS* 2015, p. 646.

<sup>10</sup> C. arb.Lux. 17 janv. 1986, LJUS n° 98 608 127 ; Lux. 19 déc. 1986, n° 490/86.

<sup>11</sup> Cour 18 avr. 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 120.

**Section 2. Les pouvoirs des dirigeants**

**[358] Présentation.** — Toute société est dotée d'un organe de gestion, dont le ou les membres constituent les dirigeants de la société. La nature des pouvoirs des dirigeants intrigue, et c'est par là qu'il faut commencer l'analyse (§ 1). Elle permettra de comprendre pourquoi les règles concernant l'étendue des pouvoirs des dirigeants diffèrent, selon qu'elles sont abordées dans l'ordre interne à la société ou dans leurs rapports avec les tiers (§ 2). Les dirigeants ayant pour mission d'agir dans l'intérêt de la société, leur action s'inscrit dans le contexte plus large de la gouvernance d'entreprise, c.-à-d. de l'ensemble des règles destinées à cadrer la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée (§ 3).

**[359] Conséquences du non-respect par les dirigeants des pouvoirs qui leur ont été conférés : la nullité des résolutions adoptées par la gérance de la société.** — Les résolutions adoptées par la gérance dans le cadre de la gestion de la société peuvent être entachées de différentes irrégularités. Certaines concernant des vices de forme dans le processus d'adoption de la décision contestée (ex. : irrégularité dans la convocation à la réunion de la gérance) ; d'autres touchent le fond. La gérance peut commettre des excès de pouvoir et adopter des résolutions dans des domaines réservés par la loi ou les statuts à l'assemblée. Elle peut également détourner les pouvoirs qui lui ont été attribués de leur finalité, en adoptant des résolutions manifestement contraires à l'intérêt social, dans le but de favoriser les associés majoritaires. La loi de 1915 est muette sur la question de l'annulation éventuelle des résolutions adoptées par la gérance, sur la base de ces motifs, bien que le principe de l'annulabilité ne soit pas contesté. À défaut de texte, il faut sans doute raisonner par analogie, en appliquant l'art. 12 septies L1915 concernant l'annulation des résolutions adoptées en assemblée d'associés également aux résolutions de la gérance de la société.

La nullité d'une résolution de la gérance intéresse non seulement les associés, mais également les tiers. S'il

n'y a aucun inconvénient à appliquer le principe de l'effet rétroactif de la nullité dans l'ordre interne, c.-à-d. entre associés, il en va différemment des tiers de bonne foi : ces derniers ne doivent pas être lésés par l'annulation de la résolution adoptée par la gérance, de sorte qu'elle restera valable à leur égard, si elle a reçu un commencement d'exécution.

**§ 1. LA NATURE DES POUVOIRS DES DIRIGEANTS**

**[360] Présentation.** — Plus que de simples mandataires, les dirigeants « sont » la société (A). Incarnation physique de la société, les dirigeants agissent dans son intérêt (B).

**A. LORSQU'ILS AGISSENT POUR COMPTE DE LA SOCIÉTÉ, LES DIRIGEANTS « SONT » LA SOCIÉTÉ : LA THÉORIE DE L'ORGANE**

**[361] Insuffisances et évolution de la théorie du mandat appliquée au contrat de société.** — On analyse généralement la situation des dirigeants dans le cadre du droit des *mandats* ; c'est ainsi que l'article 57 L1915 indique, en matière de sociétés anonymes : « les administrateurs sont responsables (...) de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu (...) ». Cependant, s'il est certes exact de parler de « *mandat social* », lorsqu'il s'agit de décrire les relations existant entre le dirigeant et la société, cette expression ne doit cependant pas être prise à la lettre. En effet, les dirigeants ne peuvent être les mandataires des associés, puisque les dirigeants agissent au nom et pour compte de la société. Mais ils ne peuvent pas non plus être les mandataires de la société, car le mandat suppose la présence de deux volontés ; or, la société n'a pas de volonté propre (si ce n'est au travers de ses dirigeants). Afin de surmonter cette incohérence, la doctrine a développé un concept de représentation originale de la société : la théorie de l'organe. Un bref rappel historique du droit des sociétés permet de bien cerner l'évolution des idées qu'il y a

eu en la matière<sup>1</sup>.

Initialement, sous POTHIER, la société était administrée par l'ensemble des associés agissant de concert en tant que copropriétaires des biens sociaux. Pour des raisons de praticabilité, POTHIER émit toutefois, dans les sociétés commerciales, l'hypothèse d'un mandat tacite réciproque au profit de chaque associé. Cette idée fut étendue au Code civil aux sociétés civiles (art. 1859 C.civ.)<sup>2</sup>. Mais le Code civil maintint également la possibilité pour chaque associé de s'opposer à l'opération avant qu'elle ne soit conclue, de sorte que les associés disposaient d'un droit de veto vis-à-vis des actes de gestion à accomplir pour compte de la société<sup>3</sup>. Ce pouvoir de veto disparut avec les articles 32 et 37 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes. Avec la disparition du pouvoir individuel d'opposition, il n'y avait plus véritablement de place pour la théorie du mandat tacite.

Parallèlement, on s'est rendu compte que les dispositions du Code civil en matière de mandat devaient être aménagées sur deux points au moins dans le contexte des sociétés. Premièrement, le *mandat général* considéré comme étant applicable aux mandataires sociaux n'aurait, en principe, pas permis aux mandataires sociaux d'agir en toutes circonstances au nom et pour compte de la société, dans la limite de l'objet social<sup>4</sup>. Il aurait normalement fallu un *mandat exprès* pour certains de ses actes, tels que la vente de biens

immobiliers, l'endettement, l'action en justice, etc.<sup>5</sup> Mais exiger un mandat spécial pour ces actes aurait été impraticable. On n'avait dès lors d'autre choix que de considérer que la théorie du mandat général ne s'opposait pas, en présence de mandataires sociaux, aux actes nécessitant normalement un mandat spécial. Deuxièmement, contrairement au droit commun des mandats, le mandant n'est pas une personne individualisée, le mandat social n'étant pas conféré par les différents associés pris individuellement, mais par la collectivité des associés, statuant en assemblée. L'analogie avec la situation du député politique saute aux yeux : le député est uniquement le mandataire du peuple, et non celui des personnes qui l'ont élu. Il en résulte également que le mandant, en tant que collectivité<sup>6</sup>, reste identique à lui-même, malgré les changements qui peuvent intervenir dans sa composition. Un dirigeant ne sera donc pas réputé révoqué en raison d'une modification, même importante, du cercle des associés.

Malgré leurs limites, les règles du mandat gardent cependant une utilité certaine. En effet, lorsqu'il s'agit d'apprécier la *responsabilité des dirigeants vis-à-vis de la société*, ainsi que des règles de *révocation des dirigeants*, les règles du Code civil en matière de droit des mandats s'appliquent pleinement.

En doctrine française, on considère que le mandat liant le dirigeant à la société serait un « *mandat d'intérêt commun* »<sup>7</sup>. Le mandat d'intérêt commun est une création prétorienne apparue au XIXe siècle ; elle est actionnée par le juge, lorsque le contrat présente un intérêt à la fois pour le mandant et pour le mandataire. La notion est surtout utilisée pour l'agent commercial, car la collaboration entre son mandant et lui contribue au progrès de l'entreprise, en créant et développant une clientèle commune ainsi que le chiffre d'affaire. La convergence d'intérêt se trouve

<sup>1</sup> V. également : DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, in : *Mélanges Michel Germain*, Paris, 2015, p. 273.

<sup>2</sup> Article 1859 C.civ. : « A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes: 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; (...)».

<sup>3</sup> Article 1859 C.civ. : « (...) sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue. »

<sup>4</sup> Article 1988 al. 1er C.civ. : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ».

<sup>5</sup> Article 1988 al. 2 C.civ. : « S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

<sup>6</sup> Lux. 28 juill. 1986. n° 832/86 : les dirigeants sont les mandataires sociaux des associés collectivement, et non de l'un ou de l'autre d'entre eux.

<sup>7</sup> ASECIO, Le dirigeant de société, un mandataire spécial, d'intérêt commun, *Rev. sociétés* 2000, p. 683.



ainsi au centre du mandat d'intérêt commun. Le mandat d'intérêt commun tempère le principe posé par l'article 2004 du Code Civil, selon lequel le mandat est librement révocable (révocable à volonté). Le mandat d'intérêt commun n'est en effet pas révocable par la volonté d'une seule des parties, la révocation étant subordonnée à un consentement des deux parties, ou à une cause reconnue en justice, ou enfin selon les clauses du contrat. Si ces conditions ne sont pas respectées par le mandant, une indemnité est due de plein droit au mandataire, sauf en cas de cause légitime de révocation, c'est-à-dire en cas de faute du mandataire.

La qualification de mandat d'intérêt commun n'emporte cependant la conviction, lorsqu'il s'agit de caractériser les relations juridiques entre le dirigeant et la société. En effet, il est de jurisprudence constante que la circonstance que la clientèle appartienne au mandataire est exclusive de l'existence d'un mandat d'intérêt commun, dans lequel la *clientèle est la propriété du mandant, au moins pour partie*. Or, le dirigeant ne développe pas de clientèle propre, ni même partiellement, lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions : toute la clientèle, et tous les bénéfices de son activité iront à la société. La référence au mandat d'intérêt commun semble ainsi une cote mal taillée, visant à protéger les dirigeants contre les risques de révocation intempestive. Il est préférable de s'en tenir au droit commun des contrats, d'où le droit de révocation à volonté de la part du mandat, sauf texte de loi dérogoire.

**[362] En tant qu'organes, les dirigeants sont l'incarnation physique de la société<sup>1</sup>.** — Plus que des mandataires sociaux, les dirigeants sont la société : ils en sont l'« organe »<sup>2</sup>. Être moral et abstrait, la société

ne peut en effet agir par elle-même<sup>3</sup>. Il lui faut donc une ou plusieurs personnes exerçant la gestion sociale en son nom : c'est le rôle des dirigeants. Ceci distingue la société de l'indivision, dans laquelle les membres doivent tous se mettre d'accord avant d'effectuer un acte quelconque. Les sociétés disposant de la personnalité juridique se différencient de leurs associés comme de leurs dirigeants. Les dirigeants, agissant en tant que tels, n'engagent pas leur patrimoine propre, mais celui de la société. C'est la personne morale qui, du fait des actes accomplis par les dirigeants, va acquérir des droits et des obligations ; ses associés en tant que tels ne sont pas impliqués. C'est également la société, par l'intermédiaire de ses dirigeants, qui sera partie au procès, soit en qualité de demanderesse, soit en qualité de défenderesse. Le dirigeant en tant qu'organe constitue ainsi *l'incarnation physique de la société à laquelle il s'identifie*<sup>4</sup>. Si le dirigeant, lorsqu'il agit comme organe de la société, exprime la volonté propre de la personne morale et s'identifie (au sens juridique du terme) à la société, il s'ensuit nécessairement que la personne morale sera engagée directement par les actes accomplis par son organe ; le dirigeant exprime en effet directement et immédiatement la volonté du premier<sup>5</sup>.

En ce sens, l'organe se différencie nettement du *mandataire* : à l'unicité de volonté de l'organe s'oppose la dualité de volontés du mandat, celle du mandant et du mandataire. Contrairement au mandataire, l'organe ne représente pas la personne morale en tant que mandant ; il « est » la *personne morale*<sup>6</sup>. L'article 12 L1915 exprime très clairement cette idée en affirmant que les sociétés « agissent par leurs gérants et administrateurs ». Le concept de l'organe renvoie à l'idée d'une adéquation parfaite entre la société et son organe, sans la dualité du mandant-mandataire qui marque, elle, la simple représentation. L'organe *incarne* l'être moral et

<sup>1</sup> MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2<sup>e</sup> éd. par TROTABAS, Paris, 1924, n° 60; SIMONART, La théorie de l'organe, in: *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, 2004, p. 713, VAN OMMESLAGHE, La théorie de l'organe: évolutions récentes, in: *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, 2004, p. 765.

<sup>2</sup> Bien que la loi attache des conséquences pratiques importantes à l'existence d'un organe, elle ne le définit cependant nulle part. En l'absence de texte, on s'accorde à dire qu'un organe est toute personne ou tout groupement de personnes que la loi de 1915 dénomme par un titre distinctif (l'organe de gestion, le gérant, etc.) en lui attribuant une fonction déterminée dont elle fixe le statut. Les personnes exerçant leurs fonctions uniquement sur la base des statuts ne sont de ce fait pas des organes.

<sup>3</sup> Lux. 17 janv. 1990, n°38.274.

<sup>4</sup> Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57.

<sup>5</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les personnes*, Bruxelles, t. 2, vol. 1, 1990, p. 407, n° 402.

<sup>6</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69.

s'identifie avec celui-ci, de sorte que les actes accomplis par l'organe sont directement imputés à la société. La conception des dirigeants en tant qu'organe de la société explique encore pourquoi les représentants de la société ne doivent pas établir la preuve de leur mandat, lorsqu'ils agissent pour la société: il leur suffit de prouver la publicité de leur nomination (art. 12 L1915).

L'organe pourra résulter de la loi (« *organe légal* » ; ex : le conseil d'administration d'une SA) comme des statuts (« *organe statutaire* »). Cependant, même dans ce dernier cas, l'organe devra résulter d'une base juridique législative en ce sens. C'est ainsi que les articles 53 al. 4 (SA), 103 (SCPA) et 191 bis al. 5 (SARL) permettent aux statuts de donner qualité à un ou plusieurs dirigeants de représenter (seul ou conjointement) la société dans ses actes, sans avoir à établir de procuration ou de décision préalable d'un organe légal de la société. Il suffit que ce pouvoir de représentation ait été dûment publié. Ces personnes sont des organes de la société, leur statut résultant de la loi, sous la forme d'une disposition facultative à laquelle les associés peuvent recourir dans leurs statuts. Les autres institutions créées par les statuts, tel que le conseil de gérance d'une SARL, ne sont pas des « organes » au sens juridique du terme mais un simple mécanisme juridique institué par les statuts, s'ils ne prennent appui sur aucun texte de loi.

Il résulte de l'identification de l'organe à la société que, sur le plan de la *responsabilité civile*, la société est engagée directement par la faute de l'organe (art. 1382 C.civ., soit en raison d'une responsabilité pour fait personnel<sup>1</sup>), et non par la faute du préposé (art. 1384 C.civ., hypothèse de la responsabilité pour fait d'autrui)<sup>2</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une respon-

sabilité pénale que l'organe sera déclaré responsable (au lieu de la société).

## B. *LORSQU'ILS AGISSENT EN TANT QUE SOCIÉTÉ, LES DIRIGEANTS DOIVENT AGIR DANS SON INTÉRÊT : L'INTÉRÊT SOCIAL*

Agissant au nom de la société, les dirigeants ne doivent avoir en vue que les intérêts de celle-ci, lorsqu'ils posent des actes de gestion. Organes vis-à-vis de l'extérieur, les dirigeants sont tenus aux obligations habituellement imposées aux mandataires vis-à-vis de leurs mandants.

### 1. *LE CONCEPT D'« INTÉRÊT SOCIAL »*

[363] **Thèses en présence.** — Chacun s'accorde à reconnaître que la société doit être gouvernée dans l'intérêt social. Mais les opinions divergent quant au contenu de cette notion. Le législateur luxembourgeois s'est bien gardé de définir l'intérêt social, et on le comprendra, car il s'agit essentiellement d'une *notion « souple »*<sup>3</sup>. La seule définition, sans doute redondante, que l'on peut donner de l'intérêt social, c'est qu'il est synonyme de l'« *intérêt de la société* ». La société ayant la personnalité juridique, l'intérêt de la société renvoie donc à l'intérêt d'une personne comprise comme un tout distinct de ses associés.

La société ayant été constituée dans un but précis, toute action ou opération qui permet d'atteindre ce but, ou de le dépasser, est en principe conforme à l'intérêt social. Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette expression : un acte qui serait conforme à l'*objet social* n'est pas nécessairement également conforme à l'intérêt social. La conformité à l'objet social vise uniquement la nature de l'acte. Le respect de l'intérêt social renvoie plutôt à l'idée d'*utilité* pour la société de cet acte, un acte pouvant parfaitement

<sup>1</sup> Art. 1382 C.civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

<sup>2</sup> Art. 1384 C.civ. : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »; v. égale-

mentLux. 14 juill. 1982, n° 25 458, *Bulletin du Cercle François Laurent* II, 1987, p. 1, Cour 4 mai 1988, n° 6 998.

<sup>3</sup> Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57.

rentrer dans l'objet social, tout en étant nuisible à la société. L'intérêt social est donc la « boussole » pour les dirigeants dans leurs actions au quotidien, pour citer des auteurs ayant le goût de la formule<sup>1</sup>. Dominique Schmidt, qui ne l'a pas moins, a précisé malicieusement que cette boussole n'indiquait pas le Nord. Certains auteurs proposent des définitions positives<sup>2</sup>; d'autres approchent la problématique de manière négative<sup>3</sup>. Au final, deux conceptions s'affrontent.

Une *conception patrimoniale* (étroite) identifie l'intérêt de la société à l'intérêt de l'ensemble de ses actionnaires. Cette approche privilégiant la « *shareholder value* » ne manque pas d'adeptes et semble être le seul aiguillon des investisseurs. Basée sur l'enseignement des économistes néoclassiques, cette conception considère que l'entreprise, au-delà de ses responsabilités légales, ne s'exerce que par les seules décisions destinées à améliorer la rentabilité pour les associés, propriétaires de l'entreprise. L'action des dirigeants est donc concentrée sur l'accroissement de valeur de la société<sup>4</sup>, l'intérêt de la société étant de maximiser la richesse de ses associés. L'*intérêt commun des associés*<sup>5</sup> en tant que mesure de l'intérêt social s'inscrit parfaitement dans l'approche contractualiste

de la société qui prévaut en droit luxembourgeois. Si la société naît de la volonté des associés, dans un but d'enrichissement de ceux-ci, aucun droit légitime d'autrui ne peut théoriquement l'emporter sur l'intérêt des associés. Limitant le contenu de l'intérêt social à *l'intersection des intérêts patrimoniaux des associés*, cette conception anglo-saxonne est souvent critiquée comme étant trop réductrice<sup>6</sup>. Jack Welch, le célèbre ex-PDG de General Electric et père spirituel de la *shareholder value*, a lui-même concédé le caractère court-termiste de cette approche: « la *shareholder value* est un résultat, pas une stratégie ». On peut reformuler la proposition : l'intérêt des associés ne sera bien servi sur le long terme que si la société prend également égard aux intérêts de ses fournisseurs, clients, employés, etc.

Une *conception entrepreneuriale* (large) assimile l'intérêt social à l'intérêt général de l'entreprise. Cet intérêt entrepreneurial recouvre non seulement les intérêts des actionnaires (des « *shareholders* »), mais également ceux des travailleurs, des créanciers, etc. (c.-à-d. des « *stakeholders* » que l'on traduira, faute de mieux, par « parties prenantes »). Les « parties prenantes » sont des personnes qui encourent un risque en ayant investi une forme de capital humain ou financier dans l'entreprise. Il s'agit là des « *parties prenantes primaires* », c.-à-d. celles impliquées directement dans le processus économique de l'entreprise et qui ont un contrat explicite avec l'entreprise : actionnaires, salariés, clients, fournisseurs. Les « *parties prenantes secondaires* » ont des relations avec l'entreprise dans le cadre d'un contrat plutôt implicite ou moral : collectivités locales sur le territoire desquelles l'entreprise est implantée, riverains de l'entreprise, etc. L'intérêt social compris comme étant l'intérêt général de l'entreprise est en pratique toujours limité à l'intérêt des personnes faisant partie du cercle des « parties prenantes primaires ». Cette conception se justifie mieux dans une approche institutionnaliste que contractualiste de la

<sup>1</sup> COZIAN et alii, *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> éd., Paris, 2014, n° 401 ; PIROVANO, La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, *D.1997*, p. 189 ; CONSTANTIN, L'intérêt social : quel intérêt ?, in : *Mélanges B. Mercadal*, Paris, 2002, p. 315 ; PORACCHIA / MARTIN, Regard sur l'intérêt social, *RS* 2012, p. 475.

<sup>2</sup> PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, 1967, p. 28 : « le commun dénominateur du respect et de la protection de l'ensemble des intérêts ».

<sup>3</sup> DANA-DEMARET/REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et des groupements financiers*, Paris, 1993, V° « Intérêt social : Intérêt propre de la société, ne se confondant pas avec l'intérêt des associés ».

<sup>4</sup> HEENEN, L'intérêt social, in : *Liber amicorum Paul de Vroede*, t. 2, Diegem, 1994, p. 889.

<sup>5</sup> Art. 1833 C.civ. : « Toute société doit (...) être contractée dans l'intérêt commun des parties ».

<sup>6</sup> VAN OMMESLAGHE/DIEUX, Examen de jurisprudence, *RCJB* 1993, p. 767.

société. Par ailleurs, les risques de la conception entrepreneuriale, dont le charme est politiquement porteur (il apparaît plus correct en effet de protéger les salariés que les spéculateurs), ont été signalés<sup>1</sup> :

- risque de dérive du pouvoir au sein de la société au profit des dirigeants, car ceux-ci sont mieux à même que les actionnaires d'apprécier les multiples intérêts en jeu ;
- risque de voir annuler certaines décisions prises par les assemblées d'associés au motif que si elles sont bien conformes à leur intérêt, elles seraient néanmoins contraires à l'intérêt de l'entreprise ;
- contrariété de la conception entrepreneuriale avec le principe de la spécialité légale, la loi assignant un objectif essentiellement lucratif ;
- enfin, la difficulté de l'arbitrage entre ces différents intérêts, souvent opposés sinon contradictoires, limite l'utilité de ce concept en pratique (est-ce que les intérêts des différentes parties prenantes doivent tous avoir le même poids ?).

**[364] L'intérêt social est l'intérêt de la société qui est en principe l'intérêt des associés.** — Ne se confondant ni avec les intérêts individuels de chaque associé, ni avec les intérêts particuliers du groupe majoritaire, l'intérêt social ne peut être envisagé qu'abstraitement. L'intérêt social est *en premier lieu basé sur la recherche de la maximalisation du profit* et la distribution de bénéfices importants à répartir entre les associés ; l'intérêt social cristallise ainsi l'homogénéité des intérêts individuels des différents associés<sup>2</sup>. Mais ce n'est pas le seul *intérêt financier* des associés qui doit être pris en compte. L'intérêt social, au-delà de son ambiguïté, transcende également l'intérêt individuel de tel ou tel groupe de personnes (associés, dirigeants, tiers, etc.), afin de refléter l'intérêt commun à tous ceux qui interviennent à l'intérieur de la société ou

traitent avec elle. Si l'intérêt social est certes un *intérêt collectif*, il ne faut jamais oublier cependant le but premier de la société qui est de servir les intérêts des seuls associés. De ce fait, si l'intérêt social implique la mise en balance de l'intérêt des différentes parties prenantes, la *primauté des intérêts des associés* doit prévaloir chaque fois que la mise en balance ne fournit pas d'autre solution nette<sup>3</sup>. L'intérêt social est donc en premier lieu et avant tout l'intérêt financier de tous les associés ; l'intérêt d'un seul associé, fût-il l'associé majoritaire, n'est donc pas l'intérêt social.

Il ne faut cependant pas exagérer la portée de cette conclusion et de l'arbitrage en défaveur de la conception entrepreneuriale de l'intérêt social. L'intérêt des actionnaires est celui d'une *croissance sur le long terme de la valeur de leur investissement*, c.-à-d. la recherche de la rentabilité pour les associés présents et futurs ; celle-ci ne verra pas le jour si l'entreprise bafoue les intérêts légitimes des autres parties prenantes. Inversement, on ne voit pas comment les autres parties prenantes pourraient poursuivre durablement leurs intérêts au détriment de ceux des associés ; l'investissement des associés doit rester rentable pour les associés, afin que ceux-ci décident d'en assurer le financement. La poursuite des intérêts à long terme des associés ne se conçoit en définitive que si les intérêts des autres parties prenantes sont également pris en considération et inversement. Il n'y a donc pas opposition, mais plutôt *convergence des intérêts* des associés et ceux des autres parties prenantes.

La rentabilité de l'investissement apparaît ainsi à la fois comme une finalité et une contrainte : finalité pour les associés et contrainte pour les autres parties prenantes qui ne pourront, sous le couvert de la responsabilité sociale de l'entreprise, faire abstraction du fait que celle-ci poursuit d'abord et avant tout un but de lucre. Si la primauté de l'associé reste certes ainsi

<sup>1</sup> SCHMITT, Prolégomènes, *Bull. Joly Sociétés*, n° 4 2004, p. 469.

<sup>2</sup> Art. 1833 C.civ. : « Toute société doit (...) être contractée dans l'intérêt commun des parties ».

<sup>3</sup> Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57 : si la société est de type financier, en tant que société holding, l'approche patrimoniale seule est à retenir.

préservée dans la définition de l'intérêt social, elle est cependant circonscrite et non pas absolue. La recherche de la maximisation de la valeur des droits sociaux et celle de la prospérité de l'entreprise sont beaucoup moins des conceptions opposées en matière d'intérêt social qu'une querelle de mots : la prospérité de l'entreprise entraîne l'enrichissement des associés, et inversement. On comprend dès lors pourquoi la jurisprudence hésite à formuler des principes trop contraignants ; il lui faut pouvoir *garder une grande liberté d'appréciation* afin d'adapter le contenu de l'intérêt social à chaque cas d'espèce, en fonction des circonstances du dossier. Dans cette approche contextuelle de l'intérêt social, la jurisprudence privilégiera sans doute la conception patrimoniale en cas de différends entre les associés, mais elle inclura les intérêts des autres parties prenantes dans son champ de vision, lorsqu'une demande en nomination d'un administrateur est posée, afin d'éviter la faillite de la société. Une faillite ne ferait pas seulement perdre leurs investissements aux associés mais entraînerait également des pertes pour les fournisseurs de la société ; des licenciements, etc. Ces intérêts périphériques à ceux des associés ne peuvent pas être totalement occultés.

**[365] Conséquences d'une violation de l'intérêt social.** — Bien que délicate à opérer de manière précise, la délimitation de l'intérêt social est cependant nécessaire et utile, car elle permet de discipliner l'action des organes. Ce critère permet de comprendre pourquoi on peut :

- *agir en responsabilité civile pour fautes de gestion* contre les dirigeants ayant agi contrairement à l'intérêt social (v. n° [390]), ou pour *abus de biens sociaux*, si ceux-ci ont fait passer leur intérêt personnel avant l'intérêt social (v. n° [417]) ;
- *annuler certaines décisions prises par les assemblées d'actionnaires*, parce qu'elles ont été prises exclusivement dans l'intérêt d'un groupe d'actionnaires au détriment de l'intérêt collectif (abus de majorité, abus de minorité ; v. n° [248] et s.) ;
- nommer un *administrateur provisoire* (v. n° [475]) ;

etc.

La violation de l'intérêt social est donc clairement susceptible d'entraîner des conséquences pratiques dans l'ordre interne de la société. Mais il est moins évident, si elle doit également avoir une incidence dans l'*ordre externe*<sup>1</sup>. La *nullité de l'acte de gestion*, pour violation de l'intérêt social, mettrait en effet à mal la sécurité juridique, le tiers étant la plupart du temps dans l'incapacité à apprécier si un acte de gestion posé par la gérance pourrait s'avérer être contraire à l'intérêt de la société. La réponse à cette question doit rester la même, quelque que soit le type de société concerné.

Dans les *sociétés à risque limité*, le souci de protection des tiers l'emporte sur celui des associés, de sorte que la société est tenue vis-à-vis des tiers, même en cas de dépassement de l'objet social (v. n° [373]). A fortiori doit-on conclure qu'un acte de gestion contraire à l'intérêt social, constitutif d'une violation de gravité moindre qu'une violation de l'objet social, ne devrait pas pouvoir délier la société vis-à-vis des tiers, au.

Cet obstacle posé à la nullité des actes de gestion par les textes communautaires ne s'applique en tant que tel qu'aux sociétés à risque limité. Dans les *sociétés à risque illimité*, la situation est différente, parce que le dépassement de l'objet social n'engage pas la société vis-à-vis de son contractant, qu'il y ait eu ou non fraude dans le chef de la gérance (v. n° [372]). On pourrait du coup songer à étendre à ce groupe de sociétés la solution applicable aux sociétés à risque limité, sauf bien sûr la situation où la société a obtenu le consentement unanime de ses associés. Une telle solution serait bien évidemment dangereuse et aventureuse pour les contreparties tierces. Aussi, dans le silence des textes, il est préférable de ne voir dans le test de l'intérêt social que le compas permettant d'apprécier dans l'ordre interne les actions des organes de la société.

## 2. LES DEVOIRS DES DIRIGEANTS DANS LE CADRE DE LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ

### [366] Obligations principales imposées au dirigeant.

— La société ayant été constituée pour un but précis, exprimé dans son objet social, les dirigeants ont pour principale mission de gérer les intérêts d'autrui, c.-à-d. ceux de la société, dans le respect de l'objet social (v. n° [214]). Dans l'exécution de leur mission, les dirigeants doivent respecter un certain nombre de principes.

<sup>1</sup> Sur la question : MORTIER, Nullité de sûretés pour contrariété à l'intérêt social : cantonnement aux seules sociétés à risque illimité, *BJS* 2015, p. 650.

Les dirigeants doivent agir avec *sérieux*, c.-à-d. ils doivent consacrer le temps et l'attention nécessaires à la bonne exécution de leur mandat. Pour cela, ils doivent s'informer régulièrement sur la situation et les activités de la société, assister aux séances du conseil d'administration, se contrôler mutuellement dans les sociétés à gestion collégiale. Ce n'est qu'à cette condition là qu'ils pourront prendre des décisions éclairées sur la gestion de la société.

La contrepartie du droit d'information des dirigeants (v. n° [909]) est constituée par l'*obligation de confidentialité* qui s'impose à eux<sup>1</sup>. En effet, nombre de sujets abordés par le conseil nécessitent de respecter le « secret des affaires » (risques concurrentiels liés à la divulgation prématurée de projets d'investissements, etc.). En outre, la communication de la société doit être assurée de manière cohérente (risque d'image). En vertu de ce devoir de discrétion, qui n'est certes pas formulé par les textes, mais qui découle de la nature des choses, les dirigeants sociaux ne peuvent, sans l'accord (exprès ou tacite) de la société, dévoiler à des tiers comme aux associés individuels les informations dont ils ont eu connaissance du fait de leurs fonctions. Il n'existe bien évidemment aucune obligation de confidentialité vis-à-vis d'informations que le dirigeant est légalement tenu de communiquer (ex. : publication des comptes sociaux). Les contours de l'obligation de confidentialité sont difficiles à cerner en présence d'associés de référence, souvent majoritaires, ainsi que dans les groupes de sociétés. En l'absence de textes en ce sens, ces associés ne devraient pas bénéficier d'informations privilégiées non disponibles également pour les autres associés.

La gestion de la société doit également être *diligente*, c.-à-d. s'exécuter avec célérité et assiduité<sup>2</sup>. L'urgence

de certaines affaires sociales exige en effet que les dirigeants s'y intéressent de suite et ne reportent pas inutilement la prise de décision à plus tard.

La gestion sociale doit également être compétente. L'exigence de *compétence* vise à garantir qu'une personne, avant d'accepter un mandat de dirigeant, se demande si elle dispose des compétences requises pour œuvrer utilement dans l'intérêt social.

La *bonne foi* exige du dirigeant un comportement loyal : il doit agir de bonne foi dans l'intérêt de la société et non pas dans son intérêt personnel. Mandataire social, le dirigeant est tenu, en application du droit commun, d'un devoir de loyauté à l'égard de la collectivité des associés<sup>3</sup>, et non de l'un ou l'autre groupe d'associés. La première exigence du *devoir de loyauté* est d'éviter les conflits d'intérêts, c.-à-d. les situations où le dirigeant pourrait être amené à privilégier ses intérêts personnels sur ceux de la société qu'il gère. Le contrat de mandat constitue en effet le contrat de confiance par excellence. Aussi, une abondante jurisprudence, civile et pénale, sanctionne le mandataire qui, bien qu'il exécute formellement sa mission, protège ses intérêts, plutôt que ceux du mandant. Le mandat social ne déroge pas à ce raisonnement.

Le devoir de loyauté existe en principe uniquement vis-à-vis des *associés* actuels de la société. Il est cependant dérogé à ce principe, si le dirigeant est vendeur de droits sociaux détenus sur la société qu'il gère. Dans ce cas, il doit également rester loyal à l'égard des *tiers*, s'il entend leur vendre ses droits sociaux (v. n° [315]).

La loyauté vis-à-vis de la société est notamment à risque lorsque le *dirigeant se porte contrepartie* de la société dans une opération spécifique (p.ex. : vente à soi-même d'une voiture de direction ; achat de droits sociaux afin de les revendre à un prix plus élevé, plutôt que de faire effectuer l'opération par la société).

<sup>1</sup> PÈRE, L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration, *D.* 2004, p. 1786 ; TILLEMANN, L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de sociétés, *J.T.* 1993, p. 549.

<sup>2</sup> V. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, th., Paris, 1998.

<sup>3</sup> ASCENCIO, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun, *Rev. sociétés* 2013, p. 362 ; DAILLE-DUCLOS, Le devoir de loyauté du dirigeant, *JCP E* 1998, p. 1486 ; GREVAIN-LEMERCIER, Le devoir de loyauté en droit des sociétés, *RFGÉ* janv. 2014, n° 12 ; TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, 2005, p. 93.

té). La loi n'interdit point au dirigeant de se porter contrepartie de la société pour une transaction déterminée. Il en est de même des marchés que la société conclurait avec une autre société, dans laquelle le dirigeant a un intérêt personnel. Il faudra bien évidemment qu'il agisse « sans fraude » (art. 1856 C.civ.)<sup>1</sup>, c.-à-d. dans des circonstances et conditions normales reflétant les prix du marché. Les « *contrats avec soi-même* » restant naturellement entourés de suspicion légitime, le dirigeant aura la prudence de faire approuver l'opération en question par les associés. Ces opérations constituent clairement un foyer potentiel de conflits d'intérêts qu'il serait préférable d'éviter dans la mesure du possible (v. art. 1596 C.civ. en matière de vente<sup>2</sup>).

Cette même exigence de loyauté *interdit aux dirigeants de faire concurrence à la société* qu'ils dirigent. On peut supposer en effet que les opportunités d'affaires dont ils bénéficient l'ont été dans le cadre de la société qu'ils dirigent ; ils doivent dans ce cas s'abstenir de réaliser à leur seul profit, et ce au détriment de la société, le résultat de cette opportunité d'affaires. Ce principe ne joue cependant que tant que le dirigeant reste en fonction ; l'ancien dirigeant est libre de concurrencer son ancienne structure. Il ne peut cependant faire de concurrence déloyale à la société, dont il était un dirigeant dans le temps (v. n° [174]). Il détient à ce titre des avantages concurrentiels qu'il doit se garder d'exploiter. La ligne de démarcation n'est donc pas facile à tracer.

**[367] Obligation accessoire du dirigeant : rendre compte aux associés.** — Dans les sociétés gérées de manière collégiale, les sociétés anonymes, le dirigeant a d'abord un *devoir d'information du collègue des dirigeants*. Ce droit d'information est nécessaire dans les sociétés fonctionnant sur la base d'une répartition des tâches ; l'organe de gestion collégial gardant le pouvoir général de gestion de la société, tous ses membres doivent être informés de l'action décentralisée des différents dirigeants, afin de garder une vue d'ensemble de la gestion sociale. Ce devoir d'information s'appliquera notamment au dirigeant appelé à s'occuper le cas échéant de la gestion journalière de la

société ainsi qu'aux comités de direction éventuellement institués. L'organe de gestion collégial, à défaut de poser lui-même les actes de gestion, restera responsable vis-à-vis des associés de ce qui a ainsi pu être fait. Il lui faut donc pouvoir surveiller les actes de gestion décentralisés posés par les personnes qu'il a choisies. Cette surveillance ne peut être effectuée que si les personnes s'occupant des différents pans de la gestion sociale rapportent à l'organe de gestion collégiale sur ce qu'elles ont fait.

C'est surtout le *devoir d'information des associés* qui nous intéressera ici. L'article 1993 C.civ. impose à tout mandataire l'obligation de rendre compte de sa gestion<sup>3</sup>. Cela se conçoit aisément parce que les associés disposent de droits politiques sous la forme d'un droit à l'information et d'un droit de vote. Le droit à l'information s'exerce à l'encontre des dirigeants, car ce sont eux qui peuvent, le cas échéant, apporter les réponses aux questions que les associés ont posées. Voilà pourquoi la loi sur les sociétés commerciales exige non seulement dans toutes les sociétés la présentation, par les dirigeants, des comptes annuels à l'assemblée générale devant statuer sur les comptes sociaux, mais elle leur impose également (du moins dans certaines sociétés) la lecture d'un *rapport de gestion* retraçant les faits majeurs de l'année écoulée ainsi que les perspectives d'avenir de la société. Devant rendre compte à l'assemblée de l'exécution de sa mission, la gérance de la société doit *répondre aux questions* que l'assemblée est susceptible de vouloir poser. Si la présence à l'assemblée de la gérance est donc nécessaire, cette obligation pèse sur l'organe de gestion et non sur les différents dirigeants sociaux (en cas de gestion collégiale). La gérance pourra donc être représentée par l'un ou l'autre de ses membres seulement. Le devoir d'information n'existe que vis-à-vis de l'assemblée

<sup>1</sup> Art. 1856 C.civ : « (...) peut faire (...) tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude ».

<sup>2</sup> Art. 1596 C.civ. : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par des personnes interposées: (...) les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre; (...) ».

<sup>3</sup> Art. 1993 C.civ. : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

générale des associés et non pas vis-à-vis des *associés individuels*. Au contraire, l'obligation de discrétion qui s'impose aux dirigeants concernant les informations qu'ils recueillent dans l'exécution de leur mandat social leur interdit de communiquer celles-ci au groupe d'associés ou à la société dont ils représentent en fait<sup>1</sup> les intérêts au sein de l'équipe dirigeant (hypothèse fréquente dans les conseils d'administration des sociétés anonymes).

Le devoir d'information de l'assemblée des associés est à la fois général et spécifique. Il est *général* en ce sens que le dirigeant, comme tout mandataire, doit rendre compte à son mandant, la société, des principaux résultats du déroulement de sa mission. Cette information est nécessaire afin de mettre la société en mesure de déterminer si le dirigeant exécute correctement son mandat social. Mais le devoir d'information est également *spécifique*, le dirigeant devant informer spontanément la société des faits importants dont il a pu acquérir connaissance. Le devoir d'information porte non seulement sur les *informations* obtenues au cours de l'exercice du mandat social, mais également sur celles obtenues en dehors, de manière fortuite. L'obligation d'information ne portera cependant que sur les informations jugées *pertinentes*. Le critère dégagé en doctrine<sup>2</sup> est le « *fait majeur* », défini comme l'évènement susceptible d'entraîner une réaction du mandant. Souvent, le fait majeur est représenté par une difficulté, un incident rencontré par le dirigeant rendant plus difficile, si ce n'est impossible, l'exécution de sa mission. Mais il peut également s'agir d'initiatives entreprises par lui.

Le devoir de loyauté (v. n° [366]) du dirigeant vis-à-vis de la société ne s'épuise cependant pas en une obligation d'information ; le dirigeant est par ailleurs soumis à un véritable *devoir de conseil*. Le dirigeant doit non seulement communiquer toutes les informations

pertinentes aux associés, mais il doit également attirer leur attention sur certaines informations en particulier, s'il estime que ces informations sont d'une particulière importance pour les associés. Le dirigeant doit donc non seulement informer mais également éclairer. Mais ce devoir de conseil n'existe que vis-à-vis de la collectivité des associés, et non pas à l'égard des associés individuels. De ce fait, si un associé entend céder ses droits sociaux, et que le dirigeant dispose d'informations susceptibles d'influer sur le prix de cession, le dirigeant n'est pas obligé d'attirer l'attention du cédant sur les éléments de la situation financière de la société ignorés ou insuffisamment connus et appréciés de la part du cédant.

## § 2. LES POUVOIRS DE GESTION ET DE REPRÉSENTATION

Les pouvoirs de gestion varient en fonction du type de société concerné, la loi distinguant nettement les pouvoirs vis-à-vis des associés et des tiers : les statuts déterminent ces pouvoirs dans les rapports des dirigeants avec les associés, c.-à-d. dans l'« *ordre interne* » (A), tandis que la loi fixe les pouvoirs des dirigeants dans leurs rapports avec les tiers, c.-à-d. dans l'« *ordre externe* » (B). L'exercice de ces pouvoirs s'inscrit dans une politique de gouvernance d'entreprise qui vise à aligner les intérêts des dirigeants sur ceux de la société (C).

### A. DANS LES RAPPORTS INTERNES AVEC LES ASSOCIÉS : LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ

**[368] Dans toutes les sociétés.** — Toute société disposant de la personnalité morale est nécessairement gérée par un dirigeant (gérant, administrateur, ...) ; il est nommé par l'assemblée des associés (dans les statuts ou par la suite). Dans l'hypothèse où les statuts n'ont rien prévu de particulier, les dirigeants pourront accomplir tous les actes qui relèvent de la conduite des affaires sociales. Dans l'exercice de ce pouvoir de gestion, les dirigeants doivent cependant respecter certaines limites d'origine légale qui s'appliquent à toutes les sociétés:

<sup>1</sup> En droit, le dirigeant représente toujours les intérêts de l'ensemble des associés.

<sup>2</sup> PÉTEL, op.cit., p. 253.



- le *principe de spécialité légale* interdit aux dirigeants d'effectuer des opérations qui ne respecteraient pas le but pour lequel la loi a institué la société (v. n° [213]) ;
- le *principe de spécialité statutaire* implique que les dirigeants ne peuvent poser que des actes qui se rattachent directement et indirectement à l'objet social (v. n° [214]) ;
- le *principe de la répartition légale des pouvoirs* oblige les dirigeants à ne pas empiéter sur les pouvoirs expressément attribués par la loi aux autres organes de la société (ex. : les dirigeants ne sauraient agir dans des domaines où l'assemblée est compétente en raison de la loi) ;
- le *principe du respect de l'intérêt social* (v. n° [363] et s.) oblige les dirigeants à limiter leurs actions à celles qui sont dans l'intérêt de la société.

Dans les sociétés à *gérance unique*, les gérants pourront évidemment agir individuellement. Il en va autrement cependant en présence de sociétés à *gérance collégiale*, principalement la société anonyme : cela signifie que les dirigeants, pris individuellement, n'ont aucun pouvoir décisionnel, car ils exercent collectivement leurs fonctions au sein de l'organe de gestion collégial, où les décisions sont adoptées sur base du principe délibératif. Seul l'organe de gestion collégiale aura donc le pouvoir décisionnel.

**[369] En présence de limitations statutaires.** — Dans leurs relations avec la société, les dirigeants doivent également respecter les restrictions à leurs pouvoirs résultant des statuts. *Les restrictions statutaires produisant leurs conséquences au sein de la société*, les statuts pourront par exemple restreindre les pouvoirs de gestion des dirigeants, en leur imposant de prendre l'avis conforme de l'assemblée générale avant de passer certains actes importants. Ces clauses sont parfaitement valables dans l'ordre interne de la société.

*Jusqu'à où peut aller la limitation statutaire des pouvoirs ?* En principe, il appartiendra aux statuts de librement infléchir les pouvoirs des dirigeants, sous la

réserve cependant de ne pas porter atteinte au principe de la répartition légale des pouvoirs prévus par la loi. La société est en effet caractérisée par des organes à la fois hiérarchisés et séparés les uns des autres, de sorte qu'il n'appartiendra pas à l'assemblée d'empiéter sur les pouvoirs des organes de gestion<sup>1</sup>. L'aménagement des pouvoirs des dirigeants ne doit pas entraîner un bouleversement de la répartition légale des pouvoirs. Il trouvera dès lors sa limite là où il aboutirait à supprimer (ou presque), c.-à-d. à vider de leur substance les pouvoirs de gestion des dirigeants.

**[370] Délégation spéciale de pouvoirs et mandats spéciaux.** — La possibilité d'une délégation de pouvoirs de gestion est expressément prévue pour les sociétés anonymes avec le délégué à la gestion journalière (v. n° [925]). Ce n'est toujours que l'application spécifique d'une règle générale du Code civil (art. 1994 C.civ.), aux termes de laquelle la substitution de mandataire est permise<sup>2</sup>. La possibilité d'une délégation de pouvoirs existe donc également dans les autres sociétés, ceci d'autant plus qu'elle peut contribuer à une meilleure gestion de la société.

Mais cette faculté doit se combiner avec le caractère relativement personnel du mandat de gestion sociale ainsi que le caractère de société concernée. Il ne sera ainsi jamais possible de déléguer à autrui l'*intégralité de la gestion sociale*, car cela revient en fait à substituer un tiers en tant que dirigeant à celui régulièrement choisi par les associés (p.ex. : la délégation générale à un tiers de la gestion sociale prévue dans les statuts d'une SA est interdite en droit des sociétés). En revanche, rien n'empêche une *délégation spéciale de pouvoirs*, entendue comme le droit pour une personne d'exercer de manière répétée une partie de la gestion sociale. La plupart du temps, la délégation profitera à un dirigeant de l'organe de gestion (s'il est collégial), mais il n'existe

<sup>1</sup> SIMONT, La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, *RPS* 1974, p. 37.

<sup>2</sup> Art. 1994 C.civ. : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : (...) ».

aucune interdiction de principe, du moins dans les sociétés à risque limité, de déléguer une partie de la gestion sociale à un tiers<sup>1</sup> (ex : le conseil de gérance d'une SARL attribue un pouvoir de gestion jusqu'à 100 000 € à un salarié de la société). La délégation sera possible non seulement lorsqu'elle est prévue par les statuts, mais également dans le silence de ceux-ci (mais non pas lorsque les statuts interdisent la délégation). Dans les sociétés à risque illimité, la situation est différente : l'étendue des risques financiers encourus par les associés dans ces sociétés justifie que la délégation à un tiers y soit interdite, les associés devant être assurés que la gestion sociale soit effectivement exercée par ceux qu'ils ont mandatés<sup>2</sup> (ex. : le gérant de la SEC ne pourrait accorder, dans le silence des statuts, un pouvoir de gestion à un salarié de la société).

La délégation spéciale de pouvoirs est à distinguer du *mandat* accordé à un tiers pour la réalisation d'une *opération déterminée*. Le mandat ne s'inscrit pas, contrairement à la délégation, dans la durée (souvent illimitée dans le temps) ; il est possible dans toutes les sociétés. L'organe de gestion y recourt parfois afin de permettre à l'un des dirigeants ou à un tiers de conclure certaines opérations déjà arrêtées dans leur principe par l'organe de gestion, mais que le mandataire est particulièrement bien qualifié pour exécuter, soit en raison de la localisation géographique de l'opération, soit en raison de la compétence technique de la personne (ex. : le gérant de la société civile donne une procuration à un avocat afin que celui-ci vende un immeuble au nom de la société).

La délégation de pouvoir, comme le mandat est le fait de l'organe social, c'est donc la société qui l'a conféré. La *cessation des fonctions des dirigeants* n'aura de ce fait aucune conséquence juridique sur la délégation

de pouvoir ou le mandat qui continueront à exister tant que les dirigeants n'auront pas été révoqués par la société.

## B. DANS LES RAPPORTS EXTERNES AVEC LES TIERS : LA REPRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ

[371] **Dans toutes les sociétés**<sup>3</sup>. — La société ne doit pas seulement prendre des décisions, elle doit également les implémenter. La transposition des décisions vis-à-vis des tiers pose la question de la représentation de la société, c.-à-d. de la technique juridique qui permet à une personne (l'organe de gestion) d'accomplir un acte juridique au nom et pour compte d'une autre personne (la société). La représentation sociétaire est donc *l'acte d'exécution destiné à extérioriser la volonté sociale*.

Ce pouvoir de représentation appartient aux dirigeants et non aux associés, le dirigeant disposant du *monopole de la gestion sociale*.

Cette affirmation ne tombe pas sous le sens, parce qu'en droit commun du mandat, le mandant conserve le droit concurremment avec son mandataire. Mais la situation d'un dirigeant n'est pas tout à fait assimilable à celle d'un simple mandataire ; il est organe légal, et tient donc ses pouvoirs de la loi et non du pacte social. Les contours des pouvoirs légaux sont fixés par la loi et doivent donc également être respectés par les associés. Les associés ne pourront donc ni annuler les engagements valablement pris par le dirigeant dans le cadre des statuts de la société et de la loi de 1915, ni agir concurremment avec celui-ci<sup>4</sup>. Leur droit d'action dans le cadre de la gestion sociale est donc inexistant, les dirigeants étant investis d'une compétence exclusive en la matière. Ce n'est que dans l'hypothèse exceptionnelle où l'acte de gestion à poser excède les pouvoirs reconnus par la loi aux dirigeants, ce qui sera le cas en présence d'un dépassement de l'objet social, que les associés pourront prendre la décision en lieu et place du dirigeant, celui-ci exécutant par la suite la décision des associés dans l'ordre externe.

<sup>1</sup> Cour 10 juill. 1991, n° 10 974.

<sup>2</sup> En détail : WILLERMAIN, Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés. Questions spéciales, in : MALHERBE (Éd.), *Droit des affaires et sociétés*, Bruxelles, 2013, p. 127.

<sup>3</sup> DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, in : *Mélanges GERMAIN*, Paris, p. 273 ; HIRSCH, Le pouvoir de représentation et la preuve, in : *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Bruxelles, 2010, p. 77.

<sup>4</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 23 054, *Bull. Barreau*, 2004, p. 27.

En application de la théorie de l'organe, les dirigeants n'ont pas à produire de *procuration* pour établir leurs pouvoirs ; il leur suffit de prouver la publication de leur qualité de dirigeant (art. 12 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Aussi les organes de gestion régulièrement publiés engageront la société, à la seule condition qu'ils agissent *au nom de la société* et non en leur nom propre.

Le premier et principal critère à retenir pour déterminer si le dirigeant agit au nom de la société ou en son nom propre est l'*utilisation de la dénomination sociale*. Dans le cas où il n'a pas usé de la dénomination sociale, il n'engage en principe que lui-même<sup>2</sup>, sauf si la preuve peut être rapportée (commencement d'exécution ou ratification par la société) que l'engagement a été souscrit, non pour le compte personnel du dirigeant, mais pour le compte de la société<sup>3</sup>.

Il ne faut pas confondre ce cas de figure avec l'*abus de dénomination sociale*. Tel sera le cas si le dirigeant détourne ses pouvoirs et conclut une opération dont la charge pèse sur la société, sans que celle-ci n'en reçoive la contrepartie que le dirigeant s'approprie (directement ou indirectement). La société ne peut se prévaloir de ce détournement de pouvoir pour demander l'annulation de l'acte ou pour prétendre qu'il ne lui serait pas opposable. Elle ne peut que poursuivre le dirigeant en responsabilité civile. Dans les sociétés de capitaux (SA, SCA) ainsi que les SARL, cet acte a en outre toutes les chances de constituer un délit pénal : l'abus de biens sociaux<sup>4</sup>.

Les dirigeants ne peuvent s'attribuer les *pouvoirs que la loi attribue aux assemblées d'associés* ou à un autre organe (p.ex. commissaire). La restriction est évidente : lorsque la loi attribue elle-même compétence exclusive à un autre organe social, on doit en conclure que l'acte en question est étranger à l'administration au sens large de la société. Les tiers étant censés connaître la loi, la société pourra opposer au tiers le fait que l'acte ait été accompli par un dirigeant n'ayant pas de pouvoir de représentation, de sorte que le dirigeant sera engagé

vis-à-vis du tiers, et non la société. Les tiers pourront également opposer à la société le fait que le dirigeant a excédé ses pouvoirs légaux de représentation.

**[372] Sociétés à risque illimité : la limite de l'objet social<sup>5</sup>.** — Le rôle des dirigeants est de réaliser l'objet de la société : faire des bénéfices en exerçant l'activité décrite aux statuts. Disposant du *pouvoir général de direction de l'entreprise*, ils en définissent la stratégie, la mettent en œuvre par la suite et ont autorité sur le personnel de l'entreprise. Agissant en tout temps dans l'intérêt de la société, ils peuvent non seulement administrer ses biens (le bas du bilan de l'entreprise), mais également aliéner ses biens et engager comme ils l'entendent les biens sociaux (le haut du bilan de l'entreprise).

Il a fallu un certain temps pour que cette idée fasse son chemin. Initialement, le dirigeant était perçu comme étant un mandataire général auquel on appliquait les règles du Code civil : s'il avait donc la plénitude des *pouvoirs d'administration* (art. 1856 C.civ.), il lui était interdit, sauf mandat spécial exprès, de faire des *actes de disposition* (art. 1988 C.civ.). D'où d'interminables discussions sur la liste des opérations interdites aux dirigeants : achat et vente d'immeubles ; endettement ; etc.<sup>6</sup>. La pratique palliait par avance les difficultés en la matière en insérant dans les statuts des listes d'opérations autorisées. Ces listes sont devenues elles-mêmes si longues qu'un jour il a fallu renverser le principe (sans modifier la loi pour autant) et admettre que les dirigeants pouvaient faire tous les actes favorisant l'intérêt social<sup>7</sup>, sauf ce que la loi ou les statuts leur interdisaient expressément de faire. Les dirigeants peuvent donc administrer et disposer : acheter pour revendre ; s'endetter pour acquérir des immeubles, etc. La seule limite de leur activité est le respect de l'objet social de la société. Dans les sociétés à risque illimité donc, le *principe de la spécialité* (v. n° [213]) constitue la limite des pouvoirs des dirigeants, tant dans l'ordre interne qu'externe de la société.

C'est ainsi que la cession des actifs sociaux, dès lors qu'elle

<sup>1</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69.

<sup>2</sup> Lux. 5 mai 1994, n° 41 972 ; Lux. 28 mars 1997, n° 44 773, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 582.

<sup>3</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 25 835, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 583.

<sup>4</sup> PERIER, Des clauses statutaires d'exonération des sociétés en cas d'abus de la raison sociale commis par le gérant, *JCP* 1956.1.1462.

<sup>5</sup> MARTIN, Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes, *RTD com.* 1973, p. 185.

<sup>6</sup> V. ARENDT/GEORGES, Les pouvoirs des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée, in : *Fédération internationale de droit européen*, Paris, 1965, p. 71.

<sup>7</sup> TILQUIN/SIMONART, T. 1<sup>er</sup>, n° 909.

n'empêche pas la poursuite de l'activité de la société, relève des pouvoirs des dirigeants.

L'objet social détermine dans ces sociétés le champ d'action des dirigeants. Autrement dit, si les dirigeants ont en principe tous pouvoirs pour agir dans les limites de l'objet social, ils ne peuvent aller au-delà. Lorsqu'ils le font néanmoins, la société ne sera pas tenue par les engagements pris par les dirigeants qui seront du coup des engagements personnels (théorie de l'« *ultra vires* »). Cette règle s'explique aisément par la responsabilité illimitée des associés dans ce type de société.

Si la société n'est donc pas tenue pour les actes excédant l'objet social de la société à risque illimité, ce sera le dirigeant qui devra s'exécuter lui-même. N'ayant pas eu de pouvoirs pour engager la société, il s'est nécessairement engagé lui-même. Cette conséquence fâcheuse pour le dirigeant peut cependant être écartée dans trois cas de figure.

Tout d'abord, les actes excédant les pouvoirs reconnus au dirigeant peuvent être *pris par une décision unanime des associés*. Dans ce cas, les associés accorderont un pouvoir de représentation exceptionnel, limité à l'opération concernée, au dirigeant, ce qui aura pour effet d'engager la société vis-à-vis du tiers, comme si l'acte avait respecté l'objet social.

Ensuite, conformément à la théorie du mandat, le mandant peut régulariser après coup le défaut de pouvoir du dirigeant, en approuvant l'acte passé « hors limite ». Il y a alors *ratification* de l'acte conclu par le mandataire. Sa conséquence en est que l'acte ratifié sera censé avoir été, dès l'origine, conclu valablement pour le mandant. En droit commun, cette ratification peut être expresse ou tacite. Si l'on transpose ce raisonnement à la gestion sociale, il sera possible pour les associés de ratifier les actes pris par les dirigeants ayant excédé leurs pouvoirs<sup>1</sup>. Cette ratification présuppose toutefois que les associés aient eu connaissance spécifique de l'acte conclu en dehors des pouvoirs accordés au dirigeant et qu'ils aient exprimé la volonté de s'approprier cet acte. Par ailleurs, en raison de l'élément contractuel prédominant dans ce type de sociétés, la ratification doit faire l'objet d'une décision unanime des associés. À défaut, l'associé n'ayant pas ratifié pourra demander l'annulation judiciaire de l'engagement pris pour compte de la société<sup>2</sup>.

Enfin, la société sera également tenue, si le gérant a outrepassé ses pouvoirs, mais que *l'opération a tourné au profit de la*

*société* (art. 1864 C.civ.)<sup>3</sup>. Exemple : L'associé contracte un emprunt en nom personnel qu'il affecte au remboursement d'une dette bancaire de la société. La société est tenue par cet acte.

**[373] Sociétés à risque limité : la société est engagée même au-delà de l'objet social<sup>4</sup>.** — Dans ces sociétés, la sécurité juridique pour les tiers l'emporte sur la protection des intérêts des associés. Ainsi, les gérants et administrateurs *engagent la société même pour les actes qui ne relèvent pas de l'objet social*. Dans les rapports avec les tiers donc, les gérants et administrateurs de sociétés à risque limité sont donc, d'après la loi, investis des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom et pour le compte de la société. Et les restrictions prévues par les statuts à cet égard, comme par exemple la nécessité pour un gérant d'obtenir l'autorisation des associés pour tel acte, n'ont qu'un effet purement interne et sont donc inopposables aux tiers. Ces derniers sont donc particulièrement bien protégés. Ils n'ont pas à interpréter les dispositions des statuts pour savoir si les gérants et administrateurs excèdent ou non leurs pouvoirs. Ils sont assurés de l'engagement de la société. Inversement, *le tiers ne peut pas non plus invoquer des dépassements de pouvoirs contre la société, pour se dégager de ses engagements<sup>5</sup>*. La règle de spécialité (v. n° [213]) qui régit la personnalité juridique n'a ainsi qu'un effet interne par rapport à cette dernière et constitue donc davantage une règle de fonctionnement

<sup>3</sup> Art. 1864 C.civ. : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société ».

<sup>4</sup> CARRE, Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers, *RIDA* 2007, p. 1171 ; FARALDO TALMON, Le pouvoir de représentation des sociétés : entre règles légales et disposition statutaires, *ACE* 2012/4, p. 16.

<sup>5</sup> Cass. (belge) 12 nov. 1987, *R.C.J.B.* 1989, p. 385, note BENOIT-MOURY ; *R.D.C.* 1988, p. 500, note GREGOIRE ; *RPS* 1989, p. 42 note MOUGENOT ; BOURS/HERMANT, in : *Traité pratique de droit commercial*, sous la direction de Jassogne, T. IV, 1998, n° 50.

<sup>1</sup> Cour 6 avr. 2011, *Pas.* 35, p. 618, *JTLux.* 2012, p. 58.

<sup>2</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 23 054, *Bull. Barreau*, 2004, p. 27.

qu'une limitation à sa capacité.

Une *restriction* est cependant prévue. La société n'est pas tenue par un acte qui excède l'objet social lorsqu'elle parvient à prouver que le tiers contractant « *savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances* » (art. 60bis L1915 pour les SA ; art. 103 L1915 (SCPA) ; art. 191bis L1915 pour les SARL). La publication des statuts n'est pas suffisante pour constituer cette preuve<sup>1</sup>. Peu importe que le tiers concerné soit de bonne ou mauvaise foi ; ce qui importe, c'est qu'il avait connaissance ou aurait dû l'avoir du dépassement de l'objet social quoique la preuve de la connaissance soit souvent difficile à rapporter. En effet, la seule publication des statuts ne suffit pas à la constituer. Si le tiers est complice du dépassement de l'objet social, la société ne sera pas engagée. Il en est de même sans doute du cocontractant qui est en même temps associé de la société : on ne voit guère comment il aurait, dans ce cas, pu ignorer le dépassement de l'objet social d'une société dont il fait partie.

**[374] Sociétés à risque limité : inopposabilité des clauses de limitation des pouvoirs des organes sociaux.** — Le raisonnement tenu en matière d'actes dépassant l'objet social de la société s'applique pleinement également aux actes accomplis par les dirigeants dans le cadre de leurs pouvoirs légaux, quoique en dehors du cadre prévu par les statuts. Les statuts peuvent en effet aménager les pouvoirs de gestion des dirigeants en les pourvoyant de limites et conditions ignorées par la loi (v. n° [369]). Ces aménagements statutaires aux pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers ayant contracté avec la société, l'article 53 § 3 L1915 disposant pour les sociétés anonymes que : « Les limitations apportées aux pouvoirs que les alinéas précédents attribuent au conseil d'administration et qui résultent soit des statuts, soit d'une décision des organes compétents, sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées. » Appli-

cable aux sociétés en commandite par actions, en raison du renvoi à l'article 103 L1915, cette disposition a son pendant à l'article 191 § 1<sup>er</sup> al. 4 pour les SARL : « Les restrictions apportées aux pouvoirs des gérants par les statuts ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées ». Les clauses limitatives de pouvoirs statutaires produisent donc, certes, leurs pleins effets sur le plan interne ; ces clauses restent cependant inopposables aux tiers.

**[375] Représentation générale et représentation ponctuelle de la société.** — Il est fréquent que les statuts prévoient, pour les sociétés dont la gestion est organisée de manière collégiale, que la société soit représentée vis-à-vis des tiers non pas par l'organe de gestion, mais par une ou plusieurs personnes. C'est l'hypothèse des « *représentants généraux* ». C'est ainsi que l'article 53 L1915 prévoit que : « Le conseil d'administration (...) représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. (...) Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou à plusieurs administrateurs pour représenter la société dans les actes ou en justice, soit seuls, soit conjointement ». La loi prévoit une disposition équivalente pour les SARL fonctionnant dans le cadre d'un collège de gérants (art. 191bis L1915 : « (...) Chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice (...). Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs gérants pour représenter la société, seuls ou conjointement, et cette clause est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9. »).

Le *pouvoir de représentation général* ci-avant porte nécessairement sur tous les actes de représentation de la société vis-à-vis des tiers. De ce fait, les clauses limitant qualitativement le pouvoir de représentation (ex. : pouvoirs de représentation pour les actes de gestion quotidienne seulement) ou quantitativement (ex. : pouvoirs de représentation pour les actes ne dépassant pas 100 000 €) ne seraient pas opposables aux tiers. La seule limite au pouvoir de représentation général porte sur le nombre de signataires requis : le pouvoir de représentation général peut être individuel ou conjoint.

<sup>1</sup> Idem.

S'il est individuel, la personne disposant du pouvoir de représentation général engagera la société sur la base de sa seule signature ; si les statuts prévoient un pouvoir de représentation général conjoint, la société ne sera liée que si l'acte porte la signature des deux personnes disposant du pouvoir de représentation général. Les tiers devront donc vérifier cette question dans les statuts.

Ceci permet de nettement distinguer le pouvoir de représentation général, organisé par la loi, de la *délégation spéciale de pouvoirs* ainsi que du *mandat spécial* (v. n° [370]). La délégation spéciale de pouvoirs ainsi que le mandat spécial résultent uniquement de décisions adoptées par l'organe de gestion sur la base de la théorie du mandat. Il appartient dès lors à l'organe de gestion de fixer l'étendue qualitative et quantitative du pouvoir de représentation externe de son mandataire. Ce pouvoir, contrairement à ce qui se passe pour le pouvoir de représentation général, ne résultera pas d'une publication éventuelle au Registre du commerce, mais uniquement de la production de la procuration ainsi conférée. Le représentant général est un organe ; l'organe établit ses pouvoirs en prouvant sa qualité d'organe. Le mandataire agissant sur la base d'une délégation spéciale ou d'un mandat spécial n'est qu'une personne disposant des pouvoirs de représentation que l'organe de gestion a bien voulu lui confier.

### C. LA « GOUVERNANCE D'ENTREPRISE »<sup>1</sup>

[376] **Présentation.** — Thème de communication en plein développement et donnant naissance à de nombreux débats, la « *corporate governance* » ou « *gouvernance d'entreprise* » (encore appelée « *gouvernement d'entreprise* »)<sup>2</sup> peut être définie comme « l'ensemble des mécanismes qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui gouvernent leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire »<sup>3</sup>. La gouvernance d'entreprise traite donc non seulement du mode d'organisation de la gestion sociale, mais également de son contrôle<sup>4</sup>.

[377] **Du mythe de l'harmonie des intérêts à la réalité des conflits d'intérêts.** — Le capitalisme est basé sur un mythe fondateur : la convergence des

<sup>1</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance*, 2 t., New York, 1994 ; COURET, Le gouvernement d'entreprise, *D.* 1995, p. 163 ; GILLEN-SNYERS, Les banques luxembourgeoises et le corporate governance, *ALJB* t. 3, p. 115 ; DURAND-BARTHEZ, *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Paris, 2016 ; MAATI, *Le gouvernement d'entreprise*, Bruxelles, 1999 ; MAUDUIT/VIANDIER, Le capitalisme au XXI<sup>e</sup> siècle, vers quels rapports entre management et capital ?, *D. aff.* 1998, p. 698 ; NOTHOMB, Les OPC et le Corporate Governance, *Revue de la Banque*, 1998, p. 223 ; KEUTGEN, Le 'corporate governance', une perspective nouvelle pour les sociétés ?, *J.T.* 1998, p. 625 ; PEYRELEVADE, *Le gouvernement d'entreprise*, Paris, 1999 ; TUNC, Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme des sociétés aux États-Unis et en Grande-Bretagne, *Rev. int., dr. comp.* 1994, p. 59 ; CORBISIERS/PRÜM, L'exercice du pouvoir dans les sociétés (la gouvernance d'entreprise), *ADL* Vol. 22, 2012, p. 149 ; SCHMITT/WAISSE, La corporate governance au GD : état des lieux et perspectives, *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, Vol. III, p. 1395.

<sup>2</sup> Ou de manière irrévérencieuse « *gouvernante opulente* » par ceux qui éprouvent quelque réticence à ce concept.

<sup>3</sup> CHARREAUX, Vers une théorie du gouvernement d'entreprise, *Cahier de recherche*, IAE Dijon, 1996.

<sup>4</sup> VAN OMMESLAGHE, Corporate governance, in : *Mélanges Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, p. 993.

intérêts des sociétaires et dirigeants. Les actionnaires sont des électeurs dotés d'un pouvoir de vote. Ils utilisent ce pouvoir afin d'élire la direction générale de la société qui fait figure d'exécutif dont les décisions doivent être approuvées ou ratifiées par le législatif, constitué par l'assemblée des actionnaires. *La direction d'une entreprise est ainsi assimilée au gouvernement d'une nation*. On en déduit que les responsables du management ne sauraient agir qu'en conformité avec les intérêts de leurs commettants, les actionnaires, sauf à perdre leur gagne-pain au plus proche renouvellement de mandat. La vie sociétaire se trouve ainsi caractérisée par une *séparation structurelle entre la propriété du capital et le pouvoir de gestion* : l'actionnaire confie ses fonds aux dirigeants qui les font fructifier au mieux des intérêts des actionnaires. L'actionnaire et le dirigeant sont liés par une sorte de contrat appelé dans le jargon technique des économistes « *contrat d'agence* »<sup>1</sup>. Le contrat d'agence précise les droits et obligations respectifs, la manière dont les profits générés seront partagés, et ainsi de suite.

La réalité du monde des affaires est cependant parfois fort éloignée de cette vue idyllique. Le dirigeant est en fait bien mieux informé que les actionnaires sur la marche des affaires ; le besoin d'agir vite dans un monde changeant rapidement confère à l'équipe dirigeante une large autonomie de gestion ; l'équipe dirigeante poursuit ses propres objectifs, et rien ne permet de garantir a priori qu'elle exercera ses pouvoirs dans l'intérêt exclusif de la collectivité des actionnaires. Plutôt que de viser à rentabiliser les investissements faits par les actionnaires, le dirigeant peut préférer satisfaire ses propres rêves de grandeur et de puissance.

Déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, le père de l'économie politique, Adam SMITH, dénonçait la passivité des actionnaires de sociétés par actions et les gaspillages qu'il fallait craindre de leurs dirigeants<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> JENSEN & MECKLING, Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, 1976, p. 305. Ce n'est rien d'autre que le contrat de mandat du juriste.

<sup>2</sup> A. SMITH, *La richesse des nations*, 1726, t. 2, p. 366 (dans

Plus récemment, les financiers BERLE et MEANS ont renouvelé cette analyse. Selon eux, les actionnaires d'une grande société sont relativement dispersés et ignorants des affaires ; ils ne peuvent dès lors pas exercer de contrôle effectif sur les dirigeants<sup>3</sup>. La nécessité de revoir les règles du gouvernement d'entreprise est devenue évidente suite aux récents scandales d'Enron ayant débouché sur le *Sarbanes-Oxley Act*<sup>4</sup> 2002 aux États-Unis, suivi du rapport Derek HIGGS en Angleterre<sup>5</sup>, et de la communication de la Commission européenne<sup>6</sup>. Plutôt que d'ajouter des strates supplémentaires entre les principes développés au niveau international (OCDE) et les nombreux codes nationaux, la Commission se contente de préconiser l'adoption de quelques règles essentielles. Les sociétés cotées devraient ainsi inclure les principaux aspects des règles de gouvernement d'entreprise dans leurs rapports annuels ; faciliter l'accession par des moyens électroniques aux informations publiées ; renforcer le rôle des administrateurs extérieurs ou indépendants.

Cette opposition d'intérêts entre les actionnaires et les dirigeants a été relevée dès 1932 aux États-Unis<sup>7</sup>. Elle restait sans grandes conséquences pratiques, tant que les actionnaires individuels n'étaient pas regroupés dans les assemblées et se trouvaient ainsi dilués dans la masse. Le « vote par les pieds » était généralement la seule sanction à laquelle l'actionnaire individuel pouvait recourir. Cette situation a changé avec la montée en puissance des *fonds de pensions* et *fonds d'investissement*. De nos jours, une large fraction du capital des sociétés est détenue par cette nouvelle catégorie d'investisseurs. Le phénomène de concentration des titres dans les mains de ces investisseurs institutionnels a profondément changé la nature des relations entre les actionnaires et les dirigeants. Les premiers

la version française de Flammarion, 1991).

<sup>3</sup> BERLE/MEANS, *The modern corporation and private property*, 2<sup>e</sup> éd., New York, 1932.

<sup>4</sup> DESCHEEMAER, Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, *BJS* 2003, § 1, p. 5.

<sup>5</sup> VIANDIER, Le rapport Higgs sur le rôle des administrateurs indépendants, *Les Échos*, 15 octobre 2002.

<sup>6</sup> BURG, La Commission européenne prépare un texte sur le gouvernement d'entreprise, *Les Échos* 15 octobre 2002. Communication de la Commission européenne au conseil et au Parlement européen. Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. Un plan pour avancer, 21 mai 2003, <http://europa.eu.int/prelex>.

<sup>7</sup> BERLE/MEANS, op. cit.

ne sont plus démunis face à ce qui fut une fois l'omnipotence des seconds : pour améliorer le rendement de leurs investissements, les investisseurs professionnels que sont les fonds de pension et fonds d'investissement n'hésitent pas à peser sur les directions d'entreprise. Le management, plutôt que de poursuivre un intérêt social parfois mal défini, n'a plus que pour mission d'être au service des seuls propriétaires de capital. Il est en quelque sorte mis sous tutelle. Le service qu'on attend des dirigeants porte un nom : le management a pour seule mission de *maximiser la valeur de l'entreprise pour ses actionnaires* (« *maximizing shareholder value* »)<sup>1</sup>. Pour arriver à leurs fins, les nouveaux actionnaires appliquent deux principes essentiels à la bonne gestion des entreprises appelés « *corporate governance* »<sup>2</sup>.

Il est possible de distinguer deux méthodes complémentaires pour la gouvernance des entreprises. Selon la première méthode synthétique, le gouvernement d'entreprise dépasse l'étude des seules relations entre les associés et les dirigeants et recouvre les *questions relatives à la répartition des pouvoirs dans l'entreprise*. Dans ce cas, la gouvernance a pour objet l'étude des systèmes qui délimitent les pouvoirs décisionnels des dirigeants. Cette approche large conduit à étudier l'ensemble des relations qu'entretient une entreprise avec ses différents partenaires (associés, salariés, fournisseurs, prêteurs, etc.). Selon la deuxième démarche, les systèmes de gouvernance s'intéressent à l'étude des *relations entre le contrôle du capital et la direction de la société*. Entre le contrôle par les associés et l'activité des dirigeants s'insère le contrôle par l'auditeur. La gouvernance isole sous cette approche deux questions fondamentales. La première s'attache à étudier la nature exacte des relations entre les associés et les dirigeants. La deuxième question met l'accent sur la concentration des pouvoirs dans les organisations : plus le contrôle est dispersé, plus le pouvoir des dirigeants est grand. C'est cette deuxième approche, moins synthétique et moins large, qui sera retenue ici.

**[378] Principe du dualisme du pouvoir.** — Dans la conception de la gouvernance d'entreprise, il faut séparer les *fonctions d'administrateur et de contrôleur*. Le « *board of directors* » doit non seulement gérer la société mais également surveiller ceux qui gèrent la société. Deux fonctions radicalement opposées ne pouvant être

réunies sur la tête d'une seule et même personne, il est dès lors logique de distinguer au sein du conseil d'administration ceux qui gèrent (les « *executive directors* ») de ceux qui ne gèrent pas mais qui doivent surveiller les premiers (les « *non-executive directors* »). Pour que le contrôle fait par les « *non-executive directors* » soit aussi efficace que possible, un poids particulier est réservé à ceux qui n'ont aucun lien avec le management, les « *independent non-executive directors* ». La dualité des pouvoirs est parachevée avec la nomination d'un « *non-executive chairman* » proche des actionnaires à côté du chef d'entreprise, le « *chief executive officer* » (« CEO »).

La division des tâches fut également préconisée au Royaume-Uni dans le *Code of Best Practice*, publié en 1992 par le *comité Cadbury*. Plus proche de nous, la France a emboîté le pas aux Anglo-Saxons avec la publication, en 1995, du *rapport Viénot* et plus récemment du *rapport Bouton*. Ces rapports ont poussé à la floraison, au sein du conseil d'administration, de comités spécialisés : *comités d'audit* examinant les comptes sociaux, *comités des rémunérations* analysant les rémunérations des dirigeants, *comités des nominations* proposant les noms de candidats aux postes de dirigeants, etc. Les différents comités spécialisés n'exercent aucune activité de gestion en tant que telle ; leur rôle se limite à étudier des questions qu'ils soumettent pour décision aux organes de gestion. Il s'agit donc d'*organes secondaires* qui doivent demeurer dans l'orbite et sous le contrôle direct des dirigeants seuls habilités à en apprécier la nécessité et à en définir le rôle et le fonctionnement. La responsabilité des membres des différents comités spécialisés s'apprécie sur la base du droit commun<sup>3</sup>. « Quand on veut enterrer un problème », disait Clemenceau, « on crée une commission ». Il faut effectivement se demander si la multiplication des comités améliore effectivement le gouvernement d'entreprise.

**[379] Transparence et alignement des rémunérations des dirigeants aux intérêts des actionnaires.** — La transparence et la discussion de la rémunération des dirigeants est le second principe de la « *corporate governance* ». La fixation (laquelle présuppose la connaissance) de la rémunération des dirigeants est traditionnellement une attribution exclusive du conseil

<sup>1</sup> Critique à l'égard de ce concept : PIROVANO, La « boussole » de la société, *D.* 1997, p. 189.

<sup>2</sup> Pour un aperçu des pistes que le gouvernement d'entreprise ouvre : ROUTIER, De nouvelles pistes pour le gouvernement d'entreprise ?, *Bull. Joly Sociétés*, juin 2003, § 129, p. 611.

<sup>3</sup> PRIEUR (sous la dir. de), La responsabilité des membres des comités par actions, *Actes pratiques J.-Cl.*, n° 56, 2001.



d'administration. L'assemblée des actionnaires n'en aurait pas à connaître. On reste donc entre soi. Les grands actionnaires institutionnels, en revanche, ne se satisfont pas de cette situation et ne se privent pas d'intervenir pour critiquer, améliorer, modifier la structure des rémunérations. La gouvernance d'entreprise recommande que la *rémunération de l'équipe dirigeante*, plutôt que d'être arrêtée par l'organe de gestion, soit formellement *approuvée par l'assemblée des actionnaires*.

La transparence et la discussion du niveau des rémunérations n'est cependant pas le seul aspect intéressant la gouvernance d'entreprise : il s'agit également d'aligner les intérêts de l'équipe dirigeante sur ceux des investisseurs, en faisant participer les premiers à la valeur qu'ils ont aidé à créer au sein de l'entreprise. Dans la gouvernance d'entreprise, *la rémunération devient largement dépendante d'un élément de performance* comme le cours de l'action, les ventes ou le profit. L'attribution de « *stock-options* » aux dirigeants n'en est que l'aboutissement logique. Ces nouvelles formes de rémunération visent à éliminer le caractère antagoniste des intérêts financiers des dirigeants et des actionnaires.

**[380]La gouvernance d'entreprise en droit luxembourgeois.** — Pour utile que les théories de la gouvernance d'entreprise puissent être, il ne faut cependant pas en exagérer la portée. Contrairement à un pays comme la France, par exemple, le système sociétaire luxembourgeois n'est pas caractérisé par l'omnipotence d'un président-directeur général. Le conseil d'administration d'une société luxembourgeoise est un *organe collégial*, les décisions les plus importantes y étant prises en conseil. Le président du conseil d'administration se borne à convoquer, organiser et présider les réunions. Certes, il est possible de confier la gestion courante de l'entreprise à un *administrateur-délégué* distinct du président. Mais cet administrateur, approuvé par l'assemblée des actionnaires, rapporte au conseil d'administration sur sa gestion. La loi organise donc elle-même à la fois la dualité des pouvoirs (distinction entre le conseil d'administration et

l'administrateur-délégué) et la collégialité des pouvoirs. On n'est donc de toute façon déjà pas si loin des principes de la gouvernance d'entreprise.

La structure de l'actionariat des sociétés luxembourgeoises doit également être prise en considération. Le gouvernement d'entreprise est nécessaire dans les firmes où le capital est fortement dilué dans le public. La situation est différente, en revanche, en présence de sociétés contrôlées par un ou plusieurs actionnaires importants. L'actionnaire de référence, appelé *société mère*, pèse de tout son poids sur la gestion stratégique du groupe dans son ensemble, en s'appuyant sur les liens juridiques et financiers existant entre les différentes entités du groupe. L'actionnaire de référence n'a pas vraiment besoin du gouvernement d'entreprise, car il compose lui-même le conseil d'administration de la société qu'il dirige à sa guise, en vue de réaliser ses objectifs. C'est la situation que l'on rencontre souvent au Luxembourg<sup>1</sup>. Ce n'est sans doute pas la plus mauvaise formule non plus de gestion sociale<sup>2</sup>. Le point le plus délicat en présence d'un actionnaire de référence est la question du dialogue entre l'administrateur et l'actionnaire de référence qu'il représente dans les faits au sein de l'organe de gestion. Il est aujourd'hui accepté que, sauf instruction contraire adoptée par l'organe de gestion interdisant ou restreignant (sous forme de conditions ou de limites) la communication, les membres de l'organe de gestion peuvent entretenir un dialogue avec l'actionnaire de contrôle en vue de recueillir notamment son opinion sur les questions touchant à l'orientation de la société dont ils sont les dirigeants.

<sup>1</sup> Réservée également quant à la nécessité de légiférer tous azimuts, avec une argumentation toutefois différente : GILLEN-SNYERS, Les banques luxembourgeoises et le corporate governance, ALJB t. 3, p. 115.

<sup>2</sup> En ce sens : DIEUX, « Shareholdership » ou « stakeholderism » : plaidoyer pour l'actionnaire de contrôle, in : *Liber Amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, 2004, p. 369.

### Section 3. Les responsabilités des dirigeants<sup>1</sup>

[381] **Présentation.** — Les dirigeants disposent du pouvoir de gérer la société ; la contrepartie de ce pouvoir est sa responsabilité. Celle-ci sera la plupart du temps civile (§ 1), et plus rarement pénale (§ 2). S'agissant d'un risque financier important, le dirigeant pourra songer à se protéger contre dans la mesure du possible contre sa mise en responsabilité éventuelle (§ 3).

<sup>1</sup> BERNA, Le statut des administrateurs de sociétés anonymes, *Bull. Franç. Laurent*, 1987/II, p. 1 ; BRUCHER/SUNNEN, La responsabilité civile et pénale des dirigeants de sociétés et d'entreprises, *Codex* 2/1999, p. 10, 3/1999, p. 28 ; DE BACKER/RALET, *Responsabilités des dirigeants*, Bruxelles, 1984 ; FAGNART, La responsabilité personnelle envers les tiers des organes de la société commerciale, *R.G.A.R.* 1968, n° 7995 ; KOCH, Responsabilité des administrateurs et autres organes sociaux (y compris conflit d'intérêts), in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 205 ; NLEND, *La responsabilité des dirigeants de sociétés en droit luxembourgeois*, Luxbg, 1997 ; RALET, *Responsabilités des dirigeants*, Bruxelles, 1996 ; RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2014, n° 627 ; TUNC, La responsabilité civile des organes de société, *Association Henri Capitant* 1963, T. XV, p. 26 ; VAN RYN/DIEUX, La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers, *J.T.* 1988, p. 401, VIDAL, La responsabilité civile des dirigeants, *Cab. dr. entre.* 2001, n° 3, p. 16 ; DE CORDT (et alii), *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, Bruxelles, 2007 ; GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 2016.

### § 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS

[382] **Présentation.** — Quel que soit le type de société, les dirigeants sont civilement responsables de leurs actes accomplis dans le cadre de la gestion de la société. Il s'agit d'un cas de responsabilité pour faute prouvée (A). Cette responsabilité peut être engagée en dehors de toute insolvabilité de la société (B) comme à l'occasion de celle-ci (C).

#### A. UNE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE PROUVÉE<sup>2</sup>

[383] **Un régime dual de responsabilité.** — Le Code civil consacre des *dispositions différentes à chacune des responsabilités* : articles 1382<sup>3</sup> et suivants pour la responsabilité civile délictuelle : article 1147<sup>4</sup> pour la responsabilité civile contractuelle. À partir de ces textes, la controverse s'est instaurée pour savoir s'il y avait unité ou dualité de la responsabilité civile<sup>5</sup>.

La *responsabilité contractuelle* repose sur l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat, ici le contrat de *mandat*. La *responsabilité délictuelle* repose sur l'existence d'un dommage trouvant sa source dans un *fait juridique* intervenant entre deux personnes qui n'ont pas entre elles la qualité de cocontractant. Vis-à-vis de la société comme des associés, la responsabilité

<sup>2</sup> PIEDELIEVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants des sociétés anonymes*, Paris, 1967. V. également : SABATIER/HERAIT, La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles, *ACE* 2015/6, p. 15 et *ACE* 2016/10, p. 3.

<sup>3</sup> Art. 1382 C.civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

<sup>4</sup> Art. 1147 C.civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

<sup>5</sup> VINEY, Les grandes orientations de la responsabilité civile, *Cahiers du droit de l'entreprise* 6/1992.

des dirigeants est donc contractuelle ; aucun mandat ne liant les dirigeants aux tiers, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers est de nature exclusivement délictuelle<sup>1</sup>.

**[384] Non-cumul des responsabilités.** — En règle générale, une personne aura seulement à sa disposition soit une base contractuelle (parce qu'il y avait contrat), soit une base délictuelle (parce que, justement, il n'y en avait pas). Exceptionnellement, cependant, les deux voies pourraient être ouvertes, en raison des particularismes de la situation, parce que le dommage résulte à la fois d'une mauvaise exécution du contrat et d'un manquement à l'obligation générale de prudence. Dans ce cas, la jurisprudence adopte la règle du non-cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle, ce qui signifie que le créancier doit choisir entre les deux voies plutôt que d'invoquer les deux à la fois ou celle qui lui semble préférable eu égard aux circonstances de la cause.

Le terme de *non-cumul* est en réalité quelque peu impropre, car une double indemnisation du dommage subi est de toute façon exclue. La question est uniquement celle de savoir si le demandeur peut choisir entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. Ce choix n'existant pas, on devrait plutôt parler d'un principe de « *non-option* ». Ainsi, lorsqu'il existe une obligation contractuelle, la faute est définie en fonction de l'organisation des relations voulues par les parties, et non en fonction des règles de la responsabilité délictuelle<sup>2</sup>. La responsabilité contractuelle joue donc si le dommage est lié à l'exécution du contrat. Ce principe joue dans les deux sens : de la même façon que la responsabilité délictuelle ne peut être invoquée dans les rapports contractuels, la responsabilité délictuelle ne

peut être invoquée dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour apprécier la responsabilité engagée. La faute délictuelle n'existera que si elle peut être envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel. Autrement dit : une inexécution fautive contractuelle ne crée pas *ipso jure* une faute délictuelle envers les tiers. Cela se comprend aisément, car autrement le tiers se trouverait dans une situation plus avantageuse que le créancier de l'obligation inexécutée : il aurait des droits résultant du contrat, sans être tenu par une quelconque obligation à ce même titre (effet relatif des contrats).

**[385] Une responsabilité pour faute.** — Qu'il s'agisse de la société ou des tiers, le dirigeant n'encourt qu'une *responsabilité pour faute* : faute de régularité en raison d'une infraction à la loi ou aux statuts ; faute de gestion en raison d'erreurs commises dans la direction de l'entreprise. Il s'agit à chaque fois d'une responsabilité pour *faute prouvée*. La démonstration de la faute, qui ne pourra donc être présumée, sera bien évidemment plus aisée à rapporter en cas de fautes de régularité que pour les fautes de gestion : la faute de régularité est prouvée dès qu'une violation de la loi ou des statuts a été rapportée (ex : une assemblée convoquée après le délai tant statutaire que légal) ; la faute de gestion nécessite, par contre, la preuve d'un manquement à une règle de conduite.

Conformément au droit commun, la faute du dirigeant n'entraîne sa responsabilité que dans la mesure du *dommage réparable*, ce qui exige donc à la fois la preuve et la quantification d'un *préjudice « immédiat et direct »*<sup>3</sup>, le plus souvent de nature économique. Le

<sup>1</sup> Lux. 29 mars 1985, n° 221/85 ; Lux. 3 juill. 1987, n° 368/75.

<sup>2</sup> Cette règle traduit la primauté de la force obligatoire du contrat. Le principe date d'un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation française du 21 janvier 1890. Pour le Luxembourg : Cour 30 oct. 2002, n° 25 934, *Bull. Jeune Barreau* 2/2002, p. 36.

<sup>3</sup> Art. 1150 C.civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». ; v. également Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481. Le dommage dont on recherche réparation devra également être licite, suivant l'adage : « nul ne peut se prévaloir d'un intérêt prohibé par la règle de

préjudice sera la plupart du temps matériel et aura entraîné pour la personne morale, soit une aggravation du passif ou une diminution de l'actif social : un profit manqué ou un manque à gagner. Le principe de la réparation intégrale est applicable.

Il faudra également établir un *lien de causalité* entre le préjudice et la faute commise par le dirigeant<sup>1</sup>. Cette corrélation n'est pas toujours aisée à démontrer.

Les seules *fautes indemnisables* sont celles qui causent un *préjudice direct et certain*. En général, le dommage est une *perte*, mais ce pourrait aussi être un *manque à gagner*. Sauf en cas de dol, il ne sera tenu que dans les limites du *préjudice prévisible*, aucune responsabilité n'étant encourue en raison d'un dommage hypothétique. Le droit luxembourgeois ne connaît pas l'hypothèse américaine des « *punitive damages* », c.-à-d. d'une obligation d'indemnisation allant au-delà du montant du préjudice subi, afin de sanctionner le dirigeant de manière proportionnelle à la gravité de sa faute. En droit luxembourgeois, l'indemnisation ne sera toujours que la compensation financière des pertes subies par la société en raison des manquements du dirigeant.

L'exigence d'un *lien de causalité* implique que celui qui a subi un dommage démontre que le dommage qu'il a effectivement subi a pour cause la faute (de régularité, de gestion) commise par le dirigeant. Conformément au droit commun basé sur la *théorie de la causalité adéquate*, une faute se trouve en relation causale avec un dommage si le dommage, tel qu'il s'est produit, ne serait pas survenu si la faute n'avait pas été commise<sup>2</sup>. Il n'est donc pas requis que la faute soit exclusive ou la cause immédiate du dommage.

S'agissant d'une responsabilité pour fautes commises dans la gestion d'une société commerciale, l'action en responsabilité civile est à porter devant le *tribunal de commerce*, même si les dirigeants n'ont pas la qualité de commerçants<sup>3</sup>.

droit ».

<sup>1</sup> Lux. 3 juill. 1987, n° 36 875 ; Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 ; Lux. 9 juin 1989, n° 235/89.

<sup>2</sup> V. récemment Lux. 7 nov. 2014, *Pas.* 37, p. 404.

<sup>3</sup> Lux. 29 octobre 1993, n° 39 871.

## B. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS EN DEHORS DE TOUTE INSOLVABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ

La responsabilité civile du dirigeant pourra être engagée vis-à-vis de la société (1), mais également à l'égard des tiers (2).

### 1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS VIS-À-VIS DE LA SOCIÉTÉ

**[386] Présentation.** — Le principe général est que le dirigeant peut être tenu de réparer le préjudice qu'il a causé à la société, en ne respectant pas la loi ou les statuts, et plus généralement pour toute faute commise dans l'exécution de son mandat social (a). Le dirigeant n'étant pas le mandataire d'associés individuels mais de la collectivité d'associés, la mise en œuvre de cette action en responsabilité présente certaines particularités (b). La situation est simple si la gérance de la société fonctionne sur la base d'un dirigeant unique. La situation sera plus compliquée, cependant, en cas de gérance collégiale, puisqu'il faudra déterminer l'étendue de la responsabilité de chaque dirigeant (c).

#### a) LES CONDITIONS D'UNE RESPONSABILITÉ CIVILE

**[387] Présentation.** — Un dirigeant peut être tenu responsable, dans la cadre de la gestion d'une société, soit parce qu'il n'a pas respecté les règles juridiques qui s'imposaient à lui (la « faute de régularité »), soit parce qu'il a mal géré la société (la « faute de gestion »).

##### i. Les fautes de régularité

**[388] Concept.** — La faute de régularité peut prendre deux formes. Tantôt il s'agit de la *violation d'une disposition de la loi de 1915*, qu'il s'agisse de la direction de la société, ou de la convocation ou du fonctionnement des assemblées Tantôt la faute de régularité consiste dans le fait d'avoir commis une *violation des statuts*, les statuts étant la « loi des parties ». Ces deux variétés de fautes de régularité représentent des faits générateurs de la responsabilité civile du dirigeant (de

droit).

La responsabilité pour faute de régularité est expressément prévue à l'article 59 al. 2 L1915 pour les SA : « ils (les administrateurs) sont solidairement responsables (...) envers la société (...), de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux ». Une disposition analogue existe pour les SCA (art. 107 L1915)<sup>1</sup> ainsi que les SARL (art. 192 L1915)<sup>2</sup>. En revanche, rien de tel n'est prévu pour les autres sociétés commerciales ainsi que la société civile. Toutefois, à défaut d'être expressément posée pour les gérants et administrateurs de ces sociétés, cette obligation pour le dirigeant de respecter la loi et les statuts, sous risque de voir leur responsabilité mise en cause, peut sans doute être rattachée à l'article 1382 C.civ.

Exemples : a) Le dirigeant commet une faute de régularité si l'acte qu'il prend n'entre pas dans l'objet social de la société<sup>3</sup>. b) Le dirigeant qui exerce une activité bancaire sans l'agrément administratif nécessaire commet une faute de régularité<sup>4</sup>. c) L'organe de gestion qui néglige de convoquer l'assemblée des actionnaires pour statuer sur la continuation de la société malgré la perte de la moitié du capital social commet une violation de la loi (art. 100 L1915)<sup>5</sup>. d) Le dirigeant qui signe seul là où les statuts prévoient une signature conjointe commet une faute de régularité<sup>6</sup>.

**[389] Une obligation de résultat.** — À la différence de la faute de gestion où il faut concéder aux dirigeants le droit à l'erreur (obligation de moyens), la faute de régularité relève de l'*obligation de résultat* : si la loi, y compris la loi comptable, ou les statuts n'ont pas été respectés, il y a eu faute indemnisable (à condition, bien sûr, qu'il y ait également eu préjudice, v. n°

[385]). Ce n'est que dans l'hypothèse d'une loi ou de statuts obscurs que le tribunal pourrait disposer d'une marge d'appréciation et conclure à l'absence de faute de la part des dirigeants.

Parce que l'obligation de respecter la loi et les statuts a un caractère absolu, les administrateurs ne seront pas déchargés de leur faute de régularité, si l'acte fautif a été préalablement approuvé ou subséquentement *ratifié par l'assemblée* des actionnaires<sup>7</sup>. Cela se comprend d'autant plus aisément qu'une résolution en assemblée ne saurait faire échapper les dirigeants à leur responsabilité vis-à-vis des tiers<sup>8</sup>, la décision prise par les associés n'engageant aucunement les tiers. Par contre, le risque d'action sociale devrait disparaître de ce fait (v. n° [391]).

ii. *Les fautes de gestion*<sup>9</sup>

**[390] Une responsabilité basée sur le droit des mandats.** — Vis-à-vis de la société, les dirigeants (de droit) se trouvent dans une situation de mandataire.

Cette analyse n'est pas exempte d'ambiguïtés. L'existence de liens contractuels (le *mandat*) entre le dirigeant et la société ou les associés est en effet loin d'être une évidence. Certains auteurs ont justement soutenu qu'un dirigeant ne peut être le mandataire de la société, puisque le mandant met deux volontés en présence ; la société n'a pas de volonté propre. Il ne peut pas davantage être mandataire des associés, puisqu'il agit au nom de la société. En conséquence, la responsabilité des dirigeants devrait, selon eux, être *de nature délictuelle*, à raison de leur caractère d'organes sociaux<sup>10</sup>. Il n'en reste pas moins, cependant, que la loi de 1915 raisonne en ces termes, en disposant pour les SA que la responsabilité des administrateurs est contractuelle et s'apprécie par rapport au droit des mandats<sup>11</sup>. La

<sup>1</sup> Art. 107 al. 2 L1915 : « Les gérants qui n'ont pas la qualité d'actionnaire commandité sont responsables conformément à l'article 59. »

<sup>2</sup> Article 192 L1915 : « Les gérants et les membres du comité de direction sont responsables, conformément à l'article 59 » ; Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627.

<sup>3</sup> Lux. 15 juill. 1993, *Bulletin Droit et Banque* n° 21, p. 51.

<sup>4</sup> Lux. 30 mai 1980, *Bulletin du Cercle François Laurent II*, 1987, p. 67.

<sup>5</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 29 975 ; Lux. 26 juin 1998, n° 46 458 ; Cour 19 déc. 2001, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux. 2001*, p. 565.

<sup>6</sup> Lux. 10 mars 2004, n° 83 502, *Bull. Conférence du Jeune Barreau* 2005, p. 128.

<sup>7</sup> Lux. 9 juin 1989, n° 235/89.

<sup>8</sup> Lux. 9 juin 1989, n° 38 792.

<sup>9</sup> HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, th. Paris, 2001 ; SCHILLER, *Les fautes des dirigeants sociaux*, in : *Mélanges Germain*, Paris, 2015, p. 755.

<sup>10</sup> LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Paris, 2004/2005, n° 4994.

<sup>11</sup> Art. 59 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de

règle est la même pour les SCA, en raison du renvoi posé à l'article 103 L1915 aux règles des SA, ainsi que pour les SARL<sup>1</sup>. Pour les sociétés à risque illimité, à défaut de texte spécifique sur le sujet, il faut considérer que la même approche est à retenir.

En tout état de cause, les règles du mandat ne sont pas applicables telles quelles mais doivent être situées dans le *contexte particulier du fonctionnement des sociétés*. Le dirigeant ne tire ses pouvoirs, en — effet, non pas d'un contrat (de mandat), mais d'une décision sociale ainsi que de la loi. Par ailleurs, dans les sociétés à gestion collégiale, le dirigeant pris isolément n'a pas, contrairement au mandataire de droit commun, de pouvoir de gestion. Enfin, l'organe collégial, là où il existe, tout comme le dirigeant dans le cadre des sociétés à gérance unique n'ont pas, contrairement au mandataire de droit commun, la mission d'exécuter les instructions de l'assemblée des associés, mais de réaliser l'objet social de la société. Le statut du dirigeant est donc quelque peu plus complexe que celui du mandataire de droit commun, de sorte qu'il faut considérer l'application des règles du mandat au dirigeant comme étant le résultat d'une simple assimilation par analogie. Il s'ensuit que les règles du mandat ne sont applicables au dirigeant que dans la mesure où elles restent compatibles avec les spécificités de l'action en tant qu'organe de la société.

Le Code civil prévoit en ses articles 1991<sup>2</sup> et 1992<sup>3</sup> les règles relatives à la responsabilité du mandataire. Le dirigeant qui, dans sa gestion, commet une faute, doit réparer le dommage qu'en éprouve la société<sup>4</sup>. La faute s'appréciera suivant les règles ordinaires ; elle sera constituée par toute négligence ou imprudence qu'un gérant, soucieux des intérêts de la société, n'aurait pas commise.

l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

<sup>1</sup> Article 192 L1915 : « Les gérants et les membres du comité de direction sont responsables, conformément à l'article 59 »; Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627.

<sup>2</sup> Art. 1991 C.civ. : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution ».

<sup>3</sup> Art. 1992 C.civ. : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

<sup>4</sup> Pour reprendre le bon mot de Gustave Le BON, Hier et Demain, in : *Dictionnaires, recueils et correspondances*, Paris, 1918 : « L'anarchie est partout quand la responsabilité n'est nulle part ».

**[391] Concept.** — La faute de gestion se définit comme le manquement aux règles qui définissent le comportement d'un *dirigeant normalement diligent*. Ainsi comprise, la faute de gestion pourra résulter d'une *action* (ex. : aventurisme téméraire ou imprévoyant) comme d'une *abstention* (négligence passive)<sup>5</sup>: absentéisme et désintérêt général porté aux affaires sociales<sup>6</sup> ; défaut de surveillance des autres dirigeants en cas de gestion collégiale décentralisée ; conclusion de contrats désavantageux pour la société ; poursuite d'activités immanquablement déficitaires ; non-information de l'assemblée de l'état réel de la société ; abus de la personnalité morale à des fins personnelles<sup>7</sup> ; manque de loyauté (ex. : exploitation d'une entreprise concurrente ; versement de rémunérations excessives) ; distribution de dividendes occultes sont autant d'exemples de fautes de gestion.

Le fait que la *faute* soit *volontaire ou involontaire* n'a, en principe, aucune importance, de sorte qu'un dirigeant ne saura échapper à sa mise en responsabilité en prouvant sa bonne foi<sup>8</sup>. A fortiori, aucune fraude ne sera requise. De même, il n'existe aucune exigence en matière de répétition des fautes commises par le dirigeant, une *acte de gestion isolé* suffisant à fonder une action en responsabilité contre un dirigeant ; il n'est donc pas nécessaire que la gestion de la société ait été défaillante *dans la durée*.

<sup>5</sup> Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481 ; p. ex. en se désintéressant de la gestion sociale effectuée par les autres dirigeants : Lux. 25 avr. 2014, *Pas.* 37, p. 400. Le désintérêt pour les affaires sociales ne peut être justifié par un activisme éventuel d'un autre dirigeant, voire d'un tiers (le dirigeant de fait).

<sup>6</sup> Les temps sont donc révolus où l'on acceptait les postes d'administrateur comme on recevait l'Ordre du Mérite de la Couronne de Chêne ; un rôle purement passif joué par l'administrateur ne sera donc plus accepté comme excuse pour le faire échapper à la responsabilité civile.

<sup>7</sup> Cour 30 nov. 2005, n° 28 397 (crédit accordé par la société à l'administrateur afin de financer la construction de la maison privée de ce dernier).

<sup>8</sup> Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481.

Par contre, on voit mal comment un dirigeant qui n'aurait fait *qu'exécuter les décisions de l'assemblée des associés* pourrait se voir reprocher une faute de gestion, si l'affaire a mal tourné, l'assemblée ne pouvant critiquer le dirigeant pour ce qu'elle lui a ordonné de faire. Cette conclusion, qui s'applique de la même manière pour les fautes de gestion et les fautes de régularité, paraît certaine, si l'acte critiquable a été approuvé à l'unanimité en assemblée. Mais en est-il nécessairement de même, si la résolution n'a été décidée qu'à la majorité? Il faut plutôt penser que le minoritaire, qui a voté contre le projet de résolution, pourrait agir en responsabilité<sup>1</sup>, en exerçant l'action sociale à titre individuel (v. n° [394]), mais non pas une action individuelle (v. n° [395]), car le préjudice subi sera en principe collectif.

**[392] Faute de gestion indemnisable et erreur excusable.** — Mais toute spéculation malheureuse ou toute affaire qui a mal tourné n'engage pas la responsabilité du gérant ; ce n'est pas à ses résultats que l'on reconnaît seulement que sa gestion a été prudente ou mauvaise. Les dirigeants bénéficient, comme tout un chacun, d'un droit à l'erreur<sup>2</sup>. La distinction entre l'erreur excusable et la faute de gestion indemnisable s'opère autour de quelques idées fort simples et pleines de bon sens.

Les dirigeants sont soumis à un *devoir de diligence et de compétence* (v. n° [366]). Selon une formule usuelle, les dirigeants sont tenus de consacrer tout le temps et les soins nécessaires aux affaires sociales. Les soins « nécessaires » sont moins des soins intensifs (le dirigeant peut cumuler des mandats auprès de différentes sociétés) que des soins éclairés, conformes à ce que l'on

serait en droit d'attendre d'un dirigeant normalement avisé placé dans les mêmes circonstances<sup>3</sup>. Il faut donc tenir compte de l'ensemble des circonstances ayant existé au jour de la prise de décision, afin de déterminer s'il y a eu faute (*appréciation a priori*). Il est aisé d'être intelligent après les faits. Mais les dirigeants n'ont pas ce luxe ; ils doivent prendre leurs décisions sur une base prospective. De ce fait, si l'acte de gestion n'était pas déraisonnable à l'époque des faits, il n'y aura aucune faute de gestion, même si les événements postérieurs ont donné tort au dirigeant au titre de perspicacité rétrospective. La responsabilité des dirigeants ne peut donc être encourue en raison de faits qui ne sont connus qu'a posteriori.

Les dirigeants agissent dans un domaine où il est souvent difficile de déterminer si la décision de gestion était appropriée ou non. Les recours en responsabilité pour fautes de gestion ne doivent pas aboutir à des situations où la responsabilité découlerait du simple fait que les juges ne partageraient pas les vues du dirigeant sur ce qui aurait été opportun pour la société, en substituant leur appréciation personnelle à celle du dirigeant. Les dirigeants doivent donc disposer d'une *marge de manœuvre* (appelée « théorie de l'appréciation marginale »<sup>4</sup>), dans les limites de laquelle leurs choix ne sont pas critiquables. Dans le cas contraire, il faudrait craindre que les dirigeants ne renoncent à des projets risqués qui pourtant s'avèrent dignes d'intérêt.

Enfin, les dirigeants sont soumis à une *obligation de moyens* et non de résultat<sup>5</sup> : ils doivent apporter tous les soins nécessaires à la gestion de la société mais ne garantissent pas que la société fasse des bénéfices (obligation générale de compétence, de diligence et de bonne foi<sup>6</sup>). L'appréciation de la faute se fait par référé-

<sup>1</sup> SCHILLER, L'autorisation de l'assemblée générale n'exonère pas la responsabilité du dirigeant, *BJS* 2016, p. 475.

<sup>2</sup> Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481 ; Cour 14 juill. 1988, n° 20.629 ; Lux. 13 juill. 2007, n° 208/07 ; Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627 ; RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2014, n° 629.

<sup>3</sup> La jurisprudence se réfère habituellement au « bon père de famille », v. p.ex.Lux. 31 janv. 1997, n° 43.897.

<sup>4</sup> Cour 1<sup>er</sup> octobre 1997, n° 12 583, 12 771, 12 859, 12 896 et 20 243 ; Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 627.

<sup>5</sup> TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *J.C.P.* 1945, I, 449.

<sup>6</sup> Lux. 15 mars 2001, n° 48 959 ; Lux. 23 mai 2013, n° 122

rence à un dirigeant abstrait (appréciation *in abstracto*) placé dans les mêmes circonstances externes que le dirigeant critiqué. Le juge ne comparera donc pas un administrateur incompétent à un autre administrateur incompétent, ni un dirigeant d'une PME à un dirigeant d'une grande société cotée en bourse, mais examinera comment un administrateur normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances, auprès de sociétés similaires, aurait réagi<sup>1</sup>. Le tribunal prendra donc en considération les circonstances externes, notamment la conjoncture économique ; les pertes subies par la société dues aux aléas de l'économie ne constituent pas des fautes de gestion, tant que le dirigeant a réagi à temps et de manière appropriée. Le dirigeant peut ainsi prendre certains risques et même se tromper si un autre dirigeant, dans les mêmes circonstances, aurait pris les mêmes décisions. Selon la terminologie consacrée en la matière, les dirigeants doivent s'acquitter de leurs fonctions « en bon père de famille », en apportant à la gestion des affaires sociales « les soins normaux » qu'elle requiert<sup>2</sup>. Sous cette réserve, les dirigeants engagés dans l'ordre interne leur responsabilité pour toute faute résultant d'agissements contraires à l'intérêt social (v. n° [363]), même la plus légère (du moins s'ils sont rémunérés). Nul besoin donc que sa faute soit dolosive, lourde ou détachable de ses fonctions (qui ne concernera que les tiers).

Conformément au droit commun, la responsabilité du dirigeant sera appréciée d'autant plus sévèrement qu'il sera *rémunéré* pour son activité (art. 1992 C.civ.). Si le principe général est celui que toutes les fautes, lourdes comme légères, sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de leurs auteurs, la faute légère peut permettre au dirigeant agissant à titre gratuit d'échapper aux conséquences dommageables de ses actes.

782, *JTLux*. n° 37, 2015, p. 28.

<sup>1</sup> BERNA, Le statut des administrateurs de sociétés anonymes, *Bull. François Laurent* 1987/III, p. 22. La jurisprudence parle de « soins normaux » et de « personnes normalement prudentes et vigilantes placées dans les mêmes circonstances ».

<sup>2</sup> Lux. 9 juin 1989, n° 235/89.

## b) LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

L'action en responsabilité intentée par les associés contre un dirigeant de société peut être une action individuelle ou une action sociale. La distinction entre action sociale et action individuelle tient à la personne ayant subi le préjudice.

**[393] Action sociale exercée par la société<sup>3</sup>.** — La plupart du temps, ce sera la société qui agira contre le dirigeant fautif en exerçant l'*action sociale*<sup>4</sup>. L'indemnité sera, le cas échéant, versée dans les caisses sociales, et non pas dans les poches personnelles des actionnaires. D'où son nom d'*actio* « *ut universi* »<sup>5</sup>, la société réclamant la réparation du préjudice éprouvé par la totalité des associés. Les fautes de gestion commises par les dirigeants relèvent de l'action sociale, le dommage a frappé l'ensemble des associés. Il en est de même de la perte de valeur des actions en raison des agissements des dirigeants ; cette perte de valeur constitue un préjudice commun aux associés, l'associé individuel ne subissant à titre personnel que la simple répercussion du préjudice social, à hauteur de la fraction du capital détenue par lui<sup>6</sup>.

La société jouissant de la personnalité juridique propre, c'est elle, et non pas les associés, qui est la mandante des dirigeants. C'est pourtant à l'*assemblée générale* qu'il appartient de décider d'intenter l'action sociale, l'organe de gestion (éventuellement le curateur) n'ayant pas de pouvoirs pour prendre une telle décision<sup>7</sup>. L'assemblée générale des associés, qui a le

<sup>3</sup> PAGNUCCO, *L'action sociale ut universi et ut singulio en droit des groupements*, th., Paris, 2006.

<sup>4</sup> Cour 30 nov. 2011, n° 36 253 ; Cour 15 fév. 2012, 18 avr. 2012, *Pas.* 36, 1/2013, p. 71.

<sup>5</sup> « En tant que tous ensemble » (littéralement). L'action sociale est encore appelée « *actio mandati* », car l'action est basée sur l'inexécution fautive du contrat de mandat.

<sup>6</sup> Cour 30 nov. 2011, n° 36 253, *JTLux*. 04/2012, p. 116 ; Cour 23 déc. 2014, *Pas.* 37, p. 361.

<sup>7</sup> Art. 63 L1915 : « L'assemblée générale qui a décidé d'exercer contre les administrateurs (...) l'action sociale (...) » ; Lux. 26



monopole de l'action sociale, décidera de sa mise en mouvement à la suite d'un vote en assemblée pris à la majorité absolue. À défaut d'une telle résolution adoptée par l'assemblée, l'action sociale sera irrecevable, car seul celui qui a subi le préjudice peut agir<sup>1</sup>. Dans l'action sociale, c'est la société qui a souffert du dommage. C'est donc à elle que reviendra le droit d'agir. Aussi, sauf dans les circonstances spécifiques envisagées à l'article 63bis L1915 (v. n° [394]), les associés ne pourront individuellement exercer l'action sociale pour le compte de l'assemblée générale<sup>2</sup>.

Le fait que la décision d'exercer l'action sociale appartient à l'assemblée des associés fait partie de l'ordre public sociétaire. On ne saurait donc contractuellement subordonner la mise en œuvre de l'action sociale à une autorisation préalable d'une catégorie d'associés déterminée. Il en est de même des clauses où il est renoncé par avance à l'exercice de l'action sociale.

L'article 63 L1915 ne s'applique en tant que tel qu'aux SA<sup>3</sup> ainsi que, en raison du renvoi à l'article 103 L1915, aux SCA. Il n'existe aucun texte équivalent sur le sujet concernant les SARL ainsi que les sociétés à risque illimité. Il y a cependant lieu d'en généraliser la portée en l'étendant à toutes les formes de sociétés (v. n° [394]). L'exigence d'un vote en assemblée reste applicable, même en cas de liquidation judiciaire de la société<sup>4</sup>; dans ce cas, le curateur exercera l'action sociale qui aura été décidée par l'assemblée<sup>5</sup>. Représentant également la masse des créanciers, le curateur pourra cependant surmonter la réticence éventuelle de l'assemblée en agissant en tant que représentant de la masse (v. n° 2.a) et s.).

Une fois la décision prise par l'assemblée, la gérance procède aux poursuites en question, soit contre un

dirigeant individuel encore en fonction, soit, plus souvent, contre des dirigeants ayant démissionné ou ayant été révoqués. L'assemblée peut également charger un ou plusieurs *mandataires spéciaux* de l'exécution de leur décision.

**[394] Action sociale exercée à titre individuel<sup>6</sup>.** — Dans les *sociétés à risque illimité*, la loi est généralement soit muette, soit au mieux parcellaire quant aux pouvoirs des assemblées d'associés. L'élément contractuel y étant plus développé que dans les sociétés à risque limité, tant dans les relations entre associés que dans les relations avec les dirigeants, on pourrait être tenté d'en déduire que chaque associé devrait avoir le droit d'agir individuellement contre le dirigeant pour fautes que ce dernier aurait commises. Ce pouvoir d'action existerait non seulement pour les dommages spécifiques subis par l'associé en question (v. n° [395]), mais également pour la part de dommage collectif qu'il a éprouvée. Ce ne serait pas l'action sociale à proprement parler mais plutôt une action hybride, empruntant tant à l'action sociale qu'à l'action individuelle, puisque l'action serait limitée au pourcentage de préjudice collectif subi par l'associé individuel<sup>7</sup>. Mais accorder ce droit aux associés individuels serait faire abstraction du caractère particulier du mandat social liant le dirigeant à la société (v. n° [361]) : mandataire de la collectivité des associés réunis dans le cadre d'une société, le dirigeant n'est pas le mandataire des associés individuellement. L'associé ne représentant pas la société, il faudra une décision collective des associés adoptée en assemblée, afin d'intenter une action en responsabilité contre un dirigeant<sup>8</sup>.

Dans les *sociétés à risque limité*, il a toujours été acquis que la possibilité d'exercer l'action sociale n'était pas ouverte aux associés individuels. Il fallait une

fév. 2015, *Pas.* 37, p. 624 (« l'actio mandati n'est dès lors recevable qu'en présence d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires autorisant la société à l'exercer »).

<sup>1</sup> Lux. 26 fév. 2015, *Pas.* 37, p. 585.

<sup>2</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 208/07 (le contrat de mandat existe entre la société et la gérance, et non pas entre les associés et la gérance).

<sup>3</sup> Lux. 7 mars 2007, *Cegelec c/Weis*, n° 313/07 : « c'est l'assemblée générale qui est maîtresse de l'action sociale en dommages et intérêts contre les administrateurs ».

<sup>4</sup> Cour 15 juill. 2014, n° 38 115, *JT Luxembourg* n° 37, 2015, p. 21.

<sup>5</sup> Lux. 25 avr. 2014, *Pas.* 37, p. 400.

<sup>6</sup> PAGNUCCO, *L'action sociale ut universi et ut singulio en droit des groupements*, th., Paris, 2006.

<sup>7</sup> FREDERICQ, t. IV, n° 312, p. 344.

<sup>8</sup> PASSLECCQ, n° 856 et s.; SIMONART, *Société en nom collectif. Sociétés en commandite*, Bruxelles, 2014, p. 73 (la question se discute cependant).

décision de l'assemblée des associés. En pratique, on ne conçoit guère que dans les situations où elle détient la majorité du capital, la gérance ne vienne à décider en assemblée d'agir contre elle-même. L'action sociale est également improbable, lorsque la gérance est proche de l'associé majoritaire, à défaut de détenir elle-même le capital de la société. Le spectre de l'action sociale s'avère dans ces cas un simple « *tigre de papier* ». Et lorsque l'action sociale avait été votée en assemblée, rien ne garantissait qu'elle soit exécutée avec entrain par la gérance : on voit mal comment la gérance pourrait vouloir agir contre elle-même ; et lorsque l'action sociale est intentée contre un ancien dirigeant, on peut penser que son remplaçant ne mettra pas beaucoup d'entrain à mettre en cause son prédécesseur, ne fût-ce que parce que pareille mésaventure pourrait également lui arriver un jour. Au final, en raison du principe de réalité, l'action sociale se trouvait de fait, la plupart du temps, limitée aux hypothèses de changement de majorité, d'anciens dirigeants, et lorsque la société était tombée en faillite.

Pour surmonter ces difficultés pratiques, le législateur a introduit, dans les sociétés par actions uniquement (SA, SCA), ce qui exclut donc la SARL, la possibilité d'une action sociale exercée à titre individuel, encore appelée « *action minoritaire* », où une disposition équivalente fait défaut. L'action minoritaire (« *ut singuli* »<sup>1</sup>) est à distinguer de l'action personnelle de l'associé, en ce qu'elle ne vise pas la réparation d'un préjudice spécifique à l'associé mais d'un préjudice subi par la société : l'action minoritaire est l'action sociale, sauf qu'elle est exercée par un associé minoritaire et non la société. L'action minoritaire consiste pour l'associé à se substituer à la majorité défaillante, en reprenant pour le compte de la société l'action en responsabilité contre les dirigeants. Le résultat de l'action profitera à la société, c.-à-d. à la collectivité des associés, plutôt qu'à ceux d'entre eux ayant intenté l'action, contrairement à l'action personnelle (v. n°

[395]). Ce droit d'agir se comprend d'autant mieux que l'intérêt social correspond à celui des associés, de sorte que, en défendant la société, l'associé ne fait en réalité que préserver ses propres intérêts.

Réglée aux articles 63bis et suivant de la loi de 1915<sup>2</sup>, l'action minoritaire ne concerne que les sociétés par actions (SA, SCA), à l'exclusion donc des SARL. Elle y est ouverte aux actionnaires, comme aux titulaires de parts bénéficiaires, dans la mesure où ils disposent de 10% au moins des droits de vote (toutes catégories de titres confondus) à l'assemblée ayant prononcé la décharge au profit de l'équipe dirigeante (art. 63bis al. 2 L1915). Mesure de protection des minoritaires, aucune décision subséquente à l'introduction de l'action minoritaire adoptée le cas échéant par l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre l'action minoritaire.

Le calcul étant à faire *au jour du vote* en assemblée, l'action minoritaire reste ouverte si l'actionnaire était en fonction au jour de l'assemblée, même s'il a cédé ses actions par la suite ; pour cette même raison, également, l'actionnaire ayant acquis le minimum légal après la date de l'assemblée seulement ne pourra exercer l'action minoritaire.

Les actions sans droit de vote, en raison de leur nature même (inexistence de droits politiques), ne pourront exercer l'action minoritaire, sauf sans doute dans les hypothèses où l'action minoritaire porte sur des résolutions adoptées dans des domaines où la loi leur a conféré exceptionnellement le droit de vote. Le calcul des 10% se fait donc différemment, selon que l'on se trouve dans le scénario normal du vote en assemblée où les actions sans droit de vote n'ont pas pu voter, et celui, exceptionnel, où ces actions ont bénéficié du droit de vote : dans le premier cas, les 10% se calculent en faisant abstraction des actions sans droit de vote ; dans le second, elles en tiennent compte.

Il faut par ailleurs que les actionnaires qui intentent l'action minoritaire n'aient pas voté la décharge<sup>3</sup> ou, s'ils

<sup>1</sup> « En tant que chacun en particulier » (littéralement).

<sup>2</sup> Art. 63bis. L1915 : « Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires ».

<sup>3</sup> Il leur faudra prouver ce fait, ce qui suppose que

l'ont votée, apportent la preuve que celle-ci n'est pas valable (v. n° [426] et s. ; art. 63 bis al. 3 L1915). Les actionnaires absents à l'occasion de l'assemblée ayant voté la décharge peuvent de ce fait intenter l'action, car l'on ne saurait préjuger du vote sur la décharge qu'ils auraient effectué s'ils avaient assisté à l'assemblée. Pour les mêmes raisons, il ne sera pas possible d'intenter l'action minoritaire, tant que l'assemblée n'aura pas voté sur la question de la décharge.

L'action minoritaire, une fois commencée, peut se trouver relayée par l'action sociale intentée par les dirigeants. Deux questions se posent en cas d'exercice simultané de l'action sociale par la société, d'un côté, et un associé individuel, de l'autre.

L'action minoritaire dans la logique des choses est une action subsidiaire : elle ne s'applique qu'en cas d'inertie des représentants légaux de la société. Par conséquent, un actionnaire ne devrait être recevable à exercer cette action sociale que tant que la société n'a pas elle-même intenté l'action en responsabilité contre ses dirigeants. Toutefois, l'intervention de la gérance ne rend pas irrecevable l'action minoritaire, si la société n'agit elle-même qu'afin de faire obstacle à l'action initiée par les associés, en prétendant agir au nom de la société, sans pour autant exercer l'action avec diligence, ni vouloir arriver à un résultat concret. Dans ce cas, le tribunal prononcera sans doute une *jonction d'instance*, conformément aux règles ordinaires du NCPC.

La véritable difficulté, mais la loi reste malheureusement muette sur le sujet, consiste à savoir ce qui se passe de l'action sociale intentée par les dirigeants, si le tribunal vient de statuer sur l'action minoritaire. On pourrait arguer que cela ne devrait avoir aucune conséquence sur l'action sociale des dirigeants, dans la mesure où les demandeurs sont différents. Mais comme les minoritaires ainsi que les dirigeants agissent tous les deux pour le compte de la société, l'*autorité de chose jugée* devrait sans doute s'appliquer ici, avec pour effet de paralyser l'action des dirigeants. La solution devrait rester identique, si le tribunal a déjà statué sur l'action sociale intentée par la société avant que l'action minoritaire ne soit lancée.

En cas de réussite dans leur action, les minoritaires permettront à la société, et donc à l'ensemble des actionnaires, d'obtenir réparation du préjudice subi par la société. Il est donc normal également que les minori-

l'actionnaire minoritaire ait fait acter son vote négatif au procès-verbal de l'assemblée.

itaires obtiennent remboursement des *frais* (frais du mandataire spécial, frais d'avocats, frais d'experts, etc.) qu'ils auront dû avancer (art. 63bis dernier alinéa L1915).

**[395] Action individuelle de l'associé.** — Si le préjudice n'est pas collectif, mais spécifique à un ou plusieurs associés seulement, seules ces personnes pourront réclamer réparation du préjudice, en intentant l'*action individuelle*. Cette action personnelle ne résulte pas de la loi de 1915 mais du régime de droit commun de responsabilité du Code civil. Le régime juridique de l'action individuelle rejoint le *droit commun de la responsabilité*, l'associé devant démontrer la faute commise par le dirigeant, le préjudice qu'il a subi ainsi que la relation de cause à effet entre les deux.

Lorsque *plusieurs associés ont souffert de la même manière de la faute de gestion commise par le dirigeant*, ils voudront peut-être réunir leurs forces dans le cadre d'une « *class action* » où une seule personne agit pour le compte de plusieurs autres. Comme on ne saurait déroger par la voie contractuelle au principe traditionnel luxembourgeois du « *nul ne plaide par procureur* », il faudrait cependant un texte spécifique autorisant les associés à procéder ainsi. Ce texte fait toutefois défaut au Luxembourg. De ce fait, chacun des associés concernés exercera sa propre action individuelle.

L'action individuelle est nettement moins fréquente que l'action sociale, le préjudice étant la plupart du temps collectif. Les préjudices collectifs se cumulant parfois avec des préjudices spécifiques à certains associés, il est tout à fait concevable que les associés exercent une action individuelle en vue d'obtenir réparation de leur propre préjudice *parallèlement à l'action sociale*. Si les deux actions sont couronnées de succès, les dirigeants condamnés aux dommages-intérêts verseront une partie dans les caisses de la société (action sociale) et l'autre partie à certains associés (action individuelle).

Avec l'action individuelle, un ou plusieurs associés *réclameront aux dirigeants<sup>2</sup> réparation du préjudice qu'ils*

<sup>1</sup> PIRET, La protection des minorités d'actionnaires en droit belge, *RPS* 1953, n° 4300, p. 150.

<sup>2</sup> L'action individuelle est à distinguer de l'*action en abus de majorité*, car dans ce cas, l'associé agit contre ses coassociés et non pas contre les dirigeants (v. n° [248]).

ont personnellement et directement subi<sup>1</sup>. Sont donc exclus les préjudices subis par ricochet, c.-à-d. Par patrimoine sociale interposé, en raison de la détention d'une quote-part du capital de la société, le préjudice immédiat étant subi par la société. Le préjudice personnel est ainsi celui qui affecte directement et uniquement le patrimoine de l'associé concerné, et non le patrimoine social qui est commun à tous les associés<sup>2</sup>. L'action individuelle sera accueillie favorablement lorsque l'associé aura été lésé dans ses prérogatives propres (droits politiques, droits financiers, droits patrimoniaux). Le dommage doit être réel (ex : cession désavantageuse des droits sociaux) et non pas seulement hypothétique (ex : le risque de « dévalorisation » des droits sociaux en cas de vente future éventuelle), l'obligation de réparation étant limitée au préjudice qui est une suite immédiate et directe de la faute commise<sup>3</sup>.

Le plus difficile pour l'associé individuel sera de prouver qu'il a subi un *préjudice personnel* en raison de l'acte irrégulier du dirigeant. Par exemple, le dirigeant n'a pas convoqué l'associé à l'assemblée générale ou ne lui a pas distribué le dividende auquel il avait droit (mais bien aux autres associés). Il en sera de même si, en raison de comptes annuels erronés, A venait à acheter à B ses droits sociaux pour un prix surévalué ; la perte que A subit sur ces titres constitue un préjudice personnel, car il n'y a que A qui a payé les droits sociaux à B au « prix fort », de sorte que A pourra intenter une action individuelle. Mais le plus souvent, la faute de gestion aura pour seule conséquence une baisse généralisée de la valeur des titres sociaux, et relèvera par conséquent exclusivement de l'action sociale<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Lux. 10 août 1891, *Pas.* 3, p. 537 ; Cour 15 fév. 2012, 18 avr. 2012, *Pas.* 36, 1/2013, p. 71 ; Cour 15 juill. 2014, n° 38 115, *JT Luxembourg* n° 37, 2015, p. 21.

<sup>2</sup> POELMANS, note sous Cass. 2 juill. 2015, *D.A.O.R.* 2016/1 n° 117, p. 68.

<sup>3</sup> Lux. 29 octobre 1993, n° 39 871.

<sup>4</sup> P.ex. : la faute de gestion ayant abouti à une perte de valeur

### c) L'ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN CAS DE GESTION COLLÉGIALE

L'étendue de la solidarité varie selon le type de faute commise par le dirigeant.

**[396] Responsabilité solidaire des dirigeants pour fautes de régularité.** — Dans les sociétés à *gérance unique*, la faute de régularité est toujours une *faute du gérant unique*. Dans les sociétés à *gérance multiple*, la gestion sociale est confiée au collège des dirigeants et constitue donc une *faute collective*. Dans les sociétés à risque limité, les fautes de régularité commises dans le cadre d'une gestion collégiale entraînent la solidarité de principe de tous les dirigeants, dans les SA<sup>5</sup>, les SCPA<sup>6</sup>, comme dans les SARL<sup>7</sup>. Par application du droit commun de la responsabilité des coobligés<sup>8</sup>, il s'ensuit que *la société pourra obtenir le paiement intégral de sa créance auprès de n'importe lequel des dirigeants*<sup>9</sup>.

---

des droits sociaux :Lux. 29 juin 2007, *Bull. Barreau* 2007, p. 170 ; Cour 30 nov. 2011, *Pas.* 36, 2013, p. 214 (perte subie par un actionnaire d'une SICAV).

<sup>5</sup> Art. 59 al. 2 L1915 : « Les administrateurs sont solidairement responsables, (...) envers la société, (...), de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts ». Art. 60bis-10 L1915 : « Les membres du directoire sont solidairement responsables (...) envers la société (...) de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts ». La responsabilité solidaire est dérogatoire au droit commun de la responsabilité des mandataires et constitue donc un renforcement de la responsabilité des dirigeants :Lux. 30 mai 1980, n° 21 918 ; Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>6</sup> Art. 107 al. 2 L1915 : « Les gérants qui n'ont pas la qualité d'actionnaire commandité sont responsables conformément à l'article 59 ».

<sup>7</sup> Art. 192 L1915 : « Les gérants et les membres du comité de direction sont responsables, conformément à l'article 59. »

<sup>8</sup> Lux. 4 janv. 1893, *Pas.* 3, p. 79.

<sup>9</sup> Art. 1197 C.civ. : « L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable

La responsabilité solidaire est basée sur une idée de *présomption de faute* : le dirigeant individuel n'a sans doute pas commis lui-même la faute de régularité, puisque c'est l'organe de gestion collégial qui a agi ou a manqué d'agir ; mais on peut présumer que le dirigeant a néanmoins pêché dans le cadre de ses fonctions de membre de cet organe, en n'ayant pas tout mis en œuvre pour empêcher que la faute de régularité ne soit commise. La présomption d'imputabilité implique que la faute de régularité sera présumée être le fait de tous les dirigeants. S'agissant d'une présomption simple, la loi permettra au dirigeant de renverser, sous certaines conditions, cette présomption de faute individuelle. Trois conditions doivent être réunies<sup>1</sup> :

- a) le dirigeant (y compris le délégué à la gestion journalière) sera déchargé de cette responsabilité, « *s'il n'a pas pris part à la faute* ». Tel sera le cas si le dirigeant peut faire valoir une absence à l'organe de gérance collégial ayant décidé de l'opération critiquable. Il en sera de même s'il a participé à la réunion, tout en ayant voté contre le projet de résolution ;
- b) ensuite aucune faute ne doit être « *imputable* » au dirigeant. Ainsi, par exemple, il ne suffira pas au dirigeant de montrer qu'il a voté contre le projet de résolution. Il devra encore avoir fait tout ce qui était en son pouvoir afin de rallier les autres dirigeants à sa cause ; s'il est resté silencieux ou a manqué d'empressement, le dirigeant n'aura pas été ir-

réprochable, de sorte que la faute collective lui sera également imputable. De même, l'absence à la réunion de la gérance collégiale ne suffira pas ; encore faut-il que cette absence soit excusable. En effet, le désintérêt porté aux affaires sociales ne saurait permettre aux dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité, car on peut supposer que c'est justement ce désintérêt qui a permis aux autres dirigeants de commettre la faute de régularité critiquée<sup>2</sup> ;

Exemple : Un dirigeant démissionne de ses fonctions, mais sa démission n'est pas publiée au RESA. Sa démission n'est donc pas opposable aux tiers.

Mais cela n'implique pas pour autant que cet ancien dirigeant soit ipso facto pénalement responsable du non-dépôt des comptes annuels pour les années suivant sa démission. Le juge cherchera en effet à déterminer quelle personne dans la réalité des choses a causé l'infraction pénale. L'ancien dirigeant ayant quitté la société avant que l'infraction ne soit commise, la faute ne lui sera pas imputable et il n'encourra aucune responsabilité pénale<sup>3</sup>.

- c) enfin, le dirigeant devra *dénoncer la faute* de régularité lors de la prochaine assemblée<sup>4</sup> (réunion de l'organe de gestion pour les délégués à la gestion journalière). L'exigence de dénonciation « à l'assemblée générale la plus prochaine » montre clairement qu'un dirigeant ne saurait se contenter d'abandonner l'affaire aux mains des dirigeants ayant commis la faute de régularité, en démissionnant à la hâte. Il devra au contraire faire en sorte que les associés obtiennent connaissance des infractions qui ont été commises dans le cadre de la prochaine assemblée. Si cette assemblée n'est pas prévue avant longtemps, le dirigeant devra user des moyens juridiques à sa disposition afin de provoquer lui-même une tenue plus rapide de l'assemblée.

Une fois que l'un des dirigeants aura payé la totalité des dommages-intérêts dus, l'obligation se divise de plein droit entre les codébiteurs et le dirigeant qui a

---

et divisible entre les divers créanciers » ; art. 1200 C.civ. : « Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier ».

<sup>1</sup> Art. 59 al. 4 L1915 : « Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance » pour les SA ; ce texte est applicable aux SCPA et SARL en raison des renvois effectués aux articles 107 L1915 (SCPA) et 192 L1915 (SARL).

<sup>2</sup> Lux. 14 août 2001, n° 69 686.

<sup>3</sup> Cour 6 nov. 2001, n° 375/01.

<sup>4</sup> Lux. 15 juill. 1993, n° 40 594.

payé. Par application des règles générales posées à l'article 1213 C.civ., les dirigeants, s'ils sont tenus solidairement envers la société ou ses associés, ne « *sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion* ». Cette répartition de la dette se fait, en principe, *par parts égales*. Mais elle peut également être répartie *dans des proportions inégales*, s'il apparaît que la responsabilité de certains dirigeants est plus lourde que celle encourue par d'autres. Le dirigeant ayant dû indemniser la société disposera donc d'un recours contre chacun des autres dirigeants (« *action récursoire* »)<sup>1</sup>.

**[397] Responsabilité individuelle des dirigeants pour fautes de gestion.** — La responsabilité des dirigeants est en principe individuelle, en ce qui concerne les fautes de gestion, la loi de 1915 renvoyant aux règles générales de la responsabilité civile (art. 59 al. 1<sup>er</sup> L1915 applicable aux sociétés à risque limité : « conformément au droit commun »)<sup>2</sup>. Or, aux termes de l'article 1995 C.civ. : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée ». Il s'ensuit que celui qui voudra invoquer la responsabilité civile d'un dirigeant devra démontrer une faute personnelle imputable à celui-ci. La responsabilité atteindra le dirigeant fautif, selon l'imputabilité de la faute. Il faut alors fixer la part de responsabilité de chaque dirigeant dans l'acte dommageable. Selon l'implication du dirigeant dans l'acte critiquable, la part contributive pourra être considérée comme équivalente ; dans les extrêmes, l'indemnisation pourra même porter sur l'obligation de supporter l'intégralité du passif social que la société ne saurait rembourser<sup>3</sup>.

En sens inverse, en présence d'une *répartition des*

*tâches au sein de la gérance collective*, la faute de gestion commise par un dirigeant dans son domaine de compétence n'entraîne par principe pas la responsabilité des autres dirigeants, sauf si ces derniers ont manqué à leur devoir de surveillance et de contrôle sérieux de l'administration de la société, en faisant une confiance aveugle au dirigeant ayant commis la faute de gestion. Il en sera de même des *délégations de pouvoir* régulièrement prises : celles-ci déplacent non seulement les pouvoirs, mais également la responsabilité, sauf s'il y a eu faute dans la nomination de la personne (nomination d'une personne incapable de satisfaire à sa fonction ; une faute « *in eligendo* ») ou défaut de surveillance de celui à qui des pouvoirs ont été délégués (déléguer n'est pas abdiquer)<sup>4</sup>.

Il sera dérogé au principe de la responsabilité individuelle au profit d'une responsabilité solidaire (« *in solidum* ») si les dirigeants ont commis une faute commune ou concurrente. Dans ces cas, chaque dirigeant pourra être condamné à la réparation du dommage entier comme en matière de solidarité, mais sans les effets secondaires de la solidarité (représentation réciproque des codébiteurs en matière de procédure et de voies de recours).

La « *faute commune* » est celle où plusieurs personnes ont contribué ensemble à produire le fait dommageable. Dans les fautes collectives, il n'est généralement pas possible de distinguer entre les rôles de chacun<sup>5</sup>, ce qui justifie la responsabilité solidaire des dirigeants. La communauté de faute ne suffit cependant pas à elle seule pour entraîner la solidarité ; il faut en outre que cette faute ait été commise dans de telles conditions d'indivisibilité que toute répartition entre les dirigeants soit impossible<sup>6</sup>. Lorsque la faute reprochée est une faute

<sup>1</sup> CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Paris, 1996.

<sup>2</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 ; Lux. 15 juill. 1993, n° 40 594 ; Lux. 23 mai 2013, n° 122 782, *JTLux*, n° 37, p. 28.

<sup>3</sup> Lux. 29 mars 1985, n° 35 483 ; 35 484 ; 35 582 ; Lux. 3 juill. 1987, n° 36 875.

<sup>4</sup> Art. 1994 C.civ. : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion: 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable » ; v. également : BERNA, *Le statut des administrateurs de sociétés anonymes*, *Bull. François Laurent* 1987/III, p. 26.

<sup>5</sup> Lux. 23 mai 2013, n° 122 782, *JTLux*, n° 37, p. 28 (prêt égal au montant du capital social accordé à l'actionnaire).

<sup>6</sup> Cour 24 janv. 1878, *Pas.* 1, p. 403.

d'omission, on peut sans doute présumer son caractère commun.

La « *faute concurrente* » est caractérisée par l'existence de fautes différentes commises par différentes parties, mais qui contribuent toutes à créer le dommage, de sorte que, sans l'une de ces fautes, le dommage ne se serait pas produit<sup>1</sup>. À la différence de la faute commune où la responsabilité solidaire est plutôt de principe, la faute concurrente ne donnera lieu à une condamnation solidaire des dirigeants que si chacune des fautes se trouve dans un lien de causalité nécessaire avec le dommage. À défaut, le juge devra fixer la quote-part de chaque dirigeant dans la réparation du préjudice subi, en fonction de la faute propre et personnelle à chacun d'eux.

## 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS VIS-À-VIS DES TIERS

**[398] Présentation.** — La responsabilité des dirigeants pour faute de régularité vis-à-vis des tiers n'est pas problématique : elle résulte des textes et se conçoit aisément, le public en général, comme les créanciers sociaux en particulier, ayant un intérêt légitime à ce que la société respecte ses obligations légales ainsi que les statuts (1). Par contre, à défaut de relations contractuelles entre les dirigeants et les tiers, une responsabilité pour faute de gestion ne se conçoit qu'avec difficultés (2).

### a) LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTES DE RÉGULARITÉ

**[399] Base juridique.** — Les dirigeants sont responsables vis-à-vis des tiers (créanciers sociaux, mais également toute autre personne<sup>2</sup>) des fautes de régularité qu'ils auront commises, dans les mêmes conditions que vis-à-vis des actionnaires (v. n° 1.a)i). Cette responsabilité résulte directement de la loi de 1915 pour les sociétés anonymes (art. 59 al. 2 L1915)<sup>3</sup>, les sociétés en

commandite par actions (art. 107 L1915)<sup>4</sup> ainsi que les sociétés à responsabilité limitée (art. 192 L1915)<sup>5</sup>. Pour les autres sociétés, la responsabilité pour faute de régularité sera rattachée aux articles 1382 et suivants C.civ. (ex. : faux bilan ayant induit les tiers en erreur).

L'obligation de respecter la loi et les statuts a un caractère absolu pour les dirigeants. Aussi, ils ne sauraient échapper à leur responsabilité en arguant que le fait fautif aurait été décidé ou approuvé par l'assemblée générale<sup>6</sup> ou qu'il ne s'agirait que d'une faute légère.

**[400] Mise en action.** — La mise en action par le tiers étant *individuelle* et propre à chaque personne concernée, le tiers désireux d'agir n'aura pas besoin d'un vote majoritaire préalable comme pour l'action sociale. De même, la *décharge* éventuelle accordée en assemblée ne lui sera pas opposable.

La question de la responsabilité personnelle du dirigeant, pour une faute commise dans sa gestion, ne se pose guère, en pratique, lorsque la société est solvable : c'est alors elle que le tiers choisira d'assigner. Cette question revient cependant en force lorsque sa solvabilité est douteuse, et surtout lorsque la société est en faillite. Dans ce cas, il faut tenir compte du fait que le *curateur* de la faillite remplace non seulement la gérance de la société, mais qu'il constitue également le représentant obligé des créanciers sociaux. Cela ne laissera donc aucune place pour une action individuelle d'un créancier social, sauf si celui-ci a subi un préjudice distinct de celui de la masse (ou si le curateur est resté inactif). Il appartiendra au curateur seul d'intenter une action en responsabilité contre les anciens dirigeants pour les préjudices qui sont com-

---

ment responsables (...) envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts ».

<sup>1</sup> Lux. 27 mars 1954, *Pas.* 16, p. 181 ; VAN OMMESLAGHE, Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique, in : Ed. Jeune Barreau, *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, 1978, p. 26.

<sup>2</sup> Lux. 10 nov. 2000, n° 49 599.

<sup>3</sup> Art. 59 al. 2 L1915 : « Les administrateurs sont solidaire-

<sup>4</sup> Art. 107 al. 3 L1915 : « Les gérants qui n'ont pas la qualité d'actionnaire commandité sont responsables conformément à l'article 59 ».

<sup>5</sup> Art. 192 L1915 : « Les gérants et les membres du comité de direction sont responsables, conformément à l'article 59 ».

<sup>6</sup> Lux. 9 juin 1989, n° 235/89.

muns à l'ensemble des créanciers<sup>1</sup> : défaut d'aveu de la cessation de paiements ; continuation des activités sociales vouées à périliter ; fautes de gestion à l'origine de la cessation de paiements, pour ne citer que les cas d'application pratique les plus fréquents.

b) LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DÉTACHABLE DES FONCTIONS

[401] **Base juridique.** — La responsabilité civile éventuelle des dirigeants envers les tiers, clients, fournisseurs, banquiers, etc. pour fautes de gestion pose un problème de fond. En principe, le mandataire engage le mandant sans s'engager lui-même. A fortiori en est-il ainsi lorsque le dirigeant agit comme organe de la société. L'action en responsabilité contractuelle (mauvaise exécution d'un contrat de vente par exemple) ou délictuelle (préjudice subi par le tiers en raison de mauvaise gestion sociale) doit dès lors par principe être dirigée contre la société elle-même et non contre le dirigeant. La société endossant directement la responsabilité vis-à-vis des tiers en raison des fautes commises par ses dirigeants, ces derniers ne devraient a priori pas engager leur responsabilité personnelle, car on ne conçoit pas qu'un même acte puisse être attribué à deux personnes distinctes (« *théorie de l'absorption* »)<sup>2</sup>. Or, si le dirigeant est bien une personne juridiquement distincte de la personne morale qu'elle représente, l'acte qu'elle commet au nom de la personne morale est, en raison de la théorie de l'organe, l'acte de la personne morale elle-même et non le sien. L'acte, et partant la faute, étant imputable à la société, l'organe ne devrait pas être responsable vis-à-vis des tiers (v. n° [219] et [361]). C'est ce qu'énonce l'article 58 L1915 concernant les administrateurs de sociétés anonymes :

« Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société. »

Les tiers ne peuvent donc, en principe, agir que contre la société : vis-à-vis des tiers, la responsabilité pèse sur la société, que la responsabilité soit contractuelle (p.ex. : vente de marchandises avariées) ou délictuelle (p.ex. : accident de voiture), sauf faute personnelle des administrateurs, détachable de leurs fonctions.

Si les tiers ne peuvent en principe intenter directement une action en responsabilité contre les dirigeants, ils peuvent cependant y arriver de manière indirecte, dans le cadre de l'*action oblique* (art. 1166 C.civ.)<sup>3</sup>. L'action oblique permet au créancier d'exercer des actions que son débiteur néglige d'exercer. Transposée dans ce domaine, l'action oblique permet aux créanciers sociaux de se substituer à la société, leur débitrice, et d'intenter contre ses mandataires, les dirigeants, l'action sociale. Mais le profit de l'action ne va pas au créancier social, mais à la société, de sorte que le créancier demandeur par la voie oblique ne bénéficie d'aucun droit de préférence sur le résultat de son action. L'action oblique est soumise à trois conditions :

- une première est l'intérêt à agir du créancier. L'intérêt à agir peut consister simplement dans le fait que l'action oblique permettra de recouvrir des fonds auprès des dirigeants permettant à la société de rembourser à son tour ses propres créanciers ;
- une deuxième est que la créance en cause du tiers soit bien certaine, liquide et exigible (et non prescrite, bien entendu...) ;
- une troisième est l'inertie de la société, par exemple si la société n'est pas diligente dans le recouvrement de sa propre créance sur le dirigeant.

Le tiers peut alors agir contre le dirigeant en tant que débiteur de son débiteur (la société) pour qu'il paie ses dettes. Cela va permettre de reconstituer l'actif de la société qui pourra alors, en principe, payer son créancier.

Mais admettre un *principe d'immunité absolue* des dirigeants vis-à-vis des tiers n'est pas totalement satisfaisant. Il suffit de songer aux fautes intentionnelles commises par le dirigeant visant à porter préjudice à un partenaire contractuel de la société. Il serait cho-

<sup>1</sup> Lux. 24 janv. 1992, n° 40 774.

<sup>2</sup> TILQUIN/SIMONART, t. 1<sup>er</sup>, n° 1010 ; v. également RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, 1996, p. 87 ; v. cependant : VAN RYN/DIEUX, La responsabilité des administrateurs et gérants d'une personne morale à l'égard des tiers, *J.T.* 1988, p. 403, n° 5.

<sup>3</sup> Art. 1166. C.civ. : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».



quant que le contractant ne puisse se retourner contre le dirigeant, au motif que la société aurait agi sur le plan juridique. Aussi s'accorde-t-on à penser que la responsabilité civile des dirigeants ne serait pas toute entière absorbée par la société<sup>1</sup>. Certes, les dirigeants n'encourront aucune responsabilité vis-à-vis des tiers pour d'éventuelles fautes de gestion, car le mandataire n'a aucune obligation de bien gérer vis-à-vis d'autres personnes que le mandataire, donc la société. La responsabilité ne pouvant avoir sa base dans le contrat de mandat auquel les tiers sont tout à fait étrangers<sup>2</sup>, la base juridique de l'action des tiers est nécessairement une *faute commise en dehors de tout mandat*. Les tiers disposeront donc uniquement de l'action délictuelle basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil<sup>3</sup> aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

**[402]Exigence d'une faute détachable des fonctions.** — Le principe de la responsabilité étant acquis, il faut encore définir les modalités d'application du régime de responsabilité. Il ne saurait être question de considérer que toute faute commise dans le cadre de la gestion par un dirigeant, et qui est en relation avec un dommage subi par un tiers, devrait engager sa responsabilité personnelle, car cela aboutirait à vider de tout sens l'article 58 L1915 ainsi que la théorie de l'absorption.

On ne saurait de même raisonner en termes de *droit des mandats*, car le dirigeant n'est le mandataire que dans l'ordre interne, son statut étant celui d'un organe dans l'ordre externe. En droit des mandats, on déduit des articles 1997 et 1998 du

Code civil<sup>4</sup> que le mandant est seul responsable à l'égard des tiers des fautes commises par le mandataire dans l'exercice de sa mission. On admet de même, sur la base de ces mêmes textes, que si le mandataire commet un acte délictuel ou quasi-délictuel dans l'exercice de sa mission, il agit en dehors du cadre des pouvoirs qui lui ont été accordés, de sorte à engager sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers. En droit des mandats, le tiers ne doit pas démontrer une faute extérieure du mandataire, mais la commission d'un délit ou quasi-délit par le mandataire. Le critère de la faute détachable des fonctions est donc plus exigeant que ce que le Code civil prévoit en matière de responsabilité des mandataires. Cela se comprend, parce qu'il s'agit d'adapter le régime de responsabilité des mandataires aux spécificités résultant du statut d'organe des dirigeants. Le dirigeant vis-à-vis des tiers n'est pas le mandataire mais le mandant (la société). Cela justifie que la responsabilité de la société joue plus largement, et celle des dirigeants dans une moindre mesure.

La ligne de démarcation s'opère sur la base du critère de la faute détachable des fonctions : lorsqu'il n'y a pas eu faute détachable des fonctions, la faute engagera non pas la responsabilité du dirigeant, mais celle de la société ; s'il y a faute séparable des fonctions, le dirigeant sera seul responsable, parce qu'il sera réputé avoir agi en-dehors de son mandat social. Le critère de la faute séparable des fonctions a été dégagé sur la base d'une réflexion de bon sens, selon laquelle il n'y a guère de raisons de traiter la responsabilité des organes de droit privé (les dirigeants) différemment de la *responsabilité des organes de droit public*<sup>5</sup>. Comme les salariés du secteur privé ne sont responsables vis-à-vis des tiers que pour les fautes lourdes personnelles qu'ils ont commises dans le cadre de leurs fonctions, il de-

<sup>1</sup> CORBISIER, p. 76 ; MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1924, t. 2, p. 240.

<sup>2</sup> Art. 1165 C.civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 ».

<sup>3</sup> Lux. 26 mars 1986, n° 32 814 ; Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 ; Lux. 23 déc. 1987, n° 29 975 ; 29 977, 29 978, 31 533, 32 225, 33 672 et 33 673 ; Lux. 17 déc. 1992, n° 232/92.

<sup>4</sup> Art. 1997 C.civ. : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis » ; Art. 1998 C.civ. : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

<sup>5</sup> RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2014, n° 156 et s. ; 632.

vrait en être de même de la responsabilité des organes de l'État et, par voie de ricochet, des dirigeants. Et comme la faute lourde n'est pas compatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, la responsabilité des dirigeants devient en quelque sorte une faute séparable des fonctions.

Empruntée au droit français, la faute détachable des fonctions est celle qui est *personnelle au dirigeant*, et qui ne peut donc être rattachée au service dû à la société<sup>1</sup>. Elle nécessite la réunion de deux éléments<sup>2</sup>:

- il faut une faute d'une *particulière gravité*, c.-à-d. une faute lourde, inexcusable. Cette faute démontre en fait l'inaptitude du dirigeant aux fonctions qui lui ont été dévolues. A contrario, les fautes intentionnelles vénielles, légères ou simples n'entraînent pas la responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers ;
- cette faute doit être *intentionnelle*, c.-à-d. elle doit avoir été commise avec la conscience de causer un dommage à la victime. Le droit ne saurait en effet tolérer qu'un dirigeant puisse délibérément causer des préjudices à autrui, tout en bénéficiant d'une parfaite impunité à l'égard des victimes, en invoquant l'écran de ses fonctions. Par contre, les fautes par imprudence ou négligence sont exclusives d'une faute séparable des fonctions. L'intention dolosive ne saurait être présumée, en raison de l'existence de la faute grossière, mais devra être démontrée.

La jurisprudence ajoute un troisième critère : il faut une *faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales*. La faute

détachable peut être retenue, même si le dirigeant a objectivement agi dans l'exercice des fonctions sociales. Cependant, la gravité de la faute et son caractère intentionnel font que le dirigeant est néanmoins sorti des limites de ses attributions, comprises dans le sens le plus large possible. Cette troisième condition semble davantage constituer une synthèse des deux premières conditions qu'une condition supplémentaire.

La *jurisprudence belge* emprunte une autre voie aboutissant à des résultats similaires : la responsabilité civile du dirigeant vis-à-vis des tiers peut être intentée en droit belge si la faute de gestion commise par le dirigeant procède d'un « *mépris des intérêts des tiers* »<sup>3</sup>. En d'autres termes, le devoir de loyauté des dirigeants existe non seulement vis-à-vis de la société, mais également vis-à-vis des tiers. Dans la gestion de la société, les dirigeants doivent ainsi avoir égard aux intérêts légitimes des tiers, sans tromper la « confiance légitime » de ces derniers. La « *confiance légitime* limite les causes de responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers aux cas exceptionnels, de manière analogue à la théorie de la « faute détachable de ses fonctions »

La *faute pénale* du dirigeant est souvent une faute séparable de ses fonctions, mais l'assimilation ne saurait être automatique. Les fautes pénales intentionnelles, tels les faux bilans visant à tromper les créanciers sociaux sur la solvabilité réelle de la société sanctionnent, la plupart du temps des fautes intentionnelles et lourdes, et donc des fautes séparables des fonctions. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Le droit pénal punit en effet également, tantôt des infractions non intentionnelles (les fautes d'imprudence), tantôt des fautes intentionnelles simples ou légères. L'assimilation de la faute pénale à la faute détachable des fonctions ne peut donc se faire au cas par cas.

La faute détachable des fonctions constituant une exception à la règle générale de la théorie de l'organe,

<sup>1</sup> Lux. 24 octobre 2010, *Bull. Barreau* n° 2 2008, p. 29.

<sup>2</sup> En détail : GROSSI, Enfin une définition jurisprudentielle de la faute séparable des fonctions, *Lamy société commerciale*, *Bull. act. sept.* 2003, p. 1 ; BARBIERI, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ?, in : *Le droit des sociétés pour 2004*, Paris, 2004, p. 159 ; GIBIRILA, La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, en raison de leur faute intentionnelle et particulièrement grave », *R.F.C.* 421, mai 2009 ; EMERIC, La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente, Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ?, *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

<sup>3</sup> TILQUIN/SIMONART, T. 1, p. 766 ; en détail CORBIER : Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale, *RPS* 1994, n° 6634, p. 5. La matière reste cependant controversée : VAN RYN/DIEUX, La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers, *J.T.* 1988, p. 401 ; EOD/EOD, La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers, *RPS* 1989, p. 93 ; DIEUX, Responsabilité civile des administrateurs ou gérants, in : *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, p. 225. Mais la jurisprudence belge paraît bien flottante : DE CORDT, Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de la société, observations sous Cass. (belge) 20 juin 2005, *RPS* 2005, p. 183.

les critères de la faute détachable sont restrictifs. Elle consiste en une faute qui heurte ouvertement et profondément les standards de diligence et de compétence que l'on peut attendre de dirigeants.

Un exemple de faute détachable des fonctions sera celui où le dirigeant prépare de faux bilans afin d'obtenir des crédits bancaires auxquels la société n'aurait normalement pas droit. Le dirigeant agit certes dans l'intérêt de la société ; mais la faute qu'il commet est intentionnelle et tellement grave qu'il faut considérer que le dirigeant est sorti des attributions qui étaient les siennes, de sorte à avoir commis une faute détachable des fonctions.

Cette situation est à distinguer de celle où le dirigeant commet des fautes moins choquantes et qui de ce fait ne doivent pas engager sa responsabilité. C'est ainsi que, dans l'hypothèse d'un licenciement effectué sur un motif jugé erroné et exposant ainsi la société au versement de dommages et intérêts, seule la responsabilité de la société pourra être engagée. Il en sera de même des mauvaises exécutions de contrats liant la société. Dans ces cas, une faute a certes été commise par la gérance, mais elle s'inscrit dans le cours normal des choses : une société posant de nombreux actes est forcément amenée, comme toute personne, à commettre occasionnellement des erreurs. Ces erreurs n'engagent que la société, car elles résultent des vicissitudes de la gestion sociale.

### C. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS À L'OCCASION D'UNE INSOLVABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ

Alors que le mécanisme classique du jeu des responsabilités ne concerne que les dirigeants de droit, diverses lois ont prévu un certain nombre de sanctions spécifiques, additionnelles, qui s'appliquent non seulement aux *dirigeants de droit*, mais également aux *dirigeants de fait*. Ces sanctions interviennent pour l'essentiel en cas d'insolvabilité de la société ; elles sont le résultat tantôt d'une mauvaise gestion, tantôt d'une gestion frauduleuse.

#### 1. L'ACTION EN COMPLEMENT DE PASSIF<sup>1</sup>

**[403]Fondement légal.** — Dans les sociétés à risque limité, les dirigeants ne sont en principe pas tenus du passif social en cas de faillite de la société, car les dettes de la société ne sont pas leurs dettes (le patrimoine social est distinct de leur patrimoine propre). Toutefois, le tribunal peut prononcer de lourdes sanctions pécuniaires à l'encontre des dirigeants d'une société, dont la faillite fait apparaître des actifs insuffisants pour désintéresser tous les créanciers (art. 495-1 C.com.). En effet : « *lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actifs, le tribunal peut décider (...) que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants (...) à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite* ». Ce régime spécifique de responsabilité civile des dirigeants écarte donc celui de droit commun des mandataires sociaux. L'action en comblement de passif concerne non seulement les dirigeants de droit mais également les dirigeants de fait (v. n° [345]).

**[404]Nécessité d'une « faute grave et caractérisée ».** — S'il est sans doute assez facile de trouver une faute de gestion en présence d'une société tombée en faillite, l'action en comblement de passif n'aboutira pas nécessairement pour autant. L'article 495-1 C.com. exige en effet que la faute soit « grave et caractérisée ». Ceci exclut donc du domaine de l'action en comblement de passif les fautes de gestion légères ainsi que celles résultant de l'imprudence ou de la négligence du

<sup>1</sup> RONSE, La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actifs, *RPS* 1979, p. 292 ; RONSE/LIEVENS, La responsabilité des administrateurs et gérants après faillite, in : *Les sociétés commerciales*, éd. Du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985, p. 183 ; PARMENTIER, La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite, *RDC* 1986, p. 741 ; VEROUGSTRAETE, L'action en comblement de passif, in : *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, 1983 ; BOURRIE-QUENILLET, La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actifs, *JCP E* 1998, p. 455.

dirigeant. Est seule visée la *faute* « *impardonnable* »<sup>1</sup>, inadmissible, caractérisée par deux éléments :

- la faute est grave et caractérisée parce qu'elle *a entraîné, ou du moins contribué de façon décisive à la faillite de la société*. La faute grave et caractérisée s'oppose à la faute simple, non pas sur le critère de l'importance des préjudices mais sur celui de la gravité du comportement fautif. Elle va moins loin que la « *faute lourde* », qui exige que l'auteur ait agi avec l'intention de nuire. La faute grave n'est pas nécessairement intentionnelle et peut résulter de la simple incompétence du dirigeant ;
- *un dirigeant raisonnablement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances que le dirigeant estimé fautif, n'aurait pas commis cette faute de gestion*<sup>2</sup>. La faute est grave et caractérisée parce qu'elle est incontestable, à ce point évidente qu'un dirigeant ordinaire ne l'aurait jamais commise<sup>3</sup>. La qualification et la profession du dirigeant sont dès lors également à prendre en considération<sup>4</sup>. Dans l'appréciation du caractère incontestable et impardonnable de la faute, le tribunal devra tenir compte de la situation factuelle dans laquelle le dirigeant se trouvait au moment de la prise de décision<sup>5</sup>.

De manière générale, l'action en comblement de passif s'inscrivant dans une logique où la société manque d'actifs pour rembourser toutes ses dettes, la faute pourra consister en une action ou inaction (p.ex. : le fait de ne pas payer les prélèvements obligatoires exigibles) ayant fait apparaître ou augmenter un passif, ou la disparition ou perte de valeur d'un actif. Il est difficile d'établir une liste, même purement énumé-

rative, de comportements susceptibles d'entraîner l'action en comblement de passif. Il est toutefois permis de penser que constituent des agissements gravement fautifs : la continuation d'une activité déficitaire vouée à l'échec<sup>6</sup> ; le règlement des créanciers ordinaires sur le dos des autorités publiques, celles-ci étant plus lentes à réagir tout en étant privilégiées par rapport aux créanciers ordinaires<sup>7</sup> ; des décisions stratégiques prises hâtivement, telles le transfert du fonds de commerce à une société gérée par le même administrateur que celui ayant opéré la transfert<sup>8</sup> ; l'absence caractérisée de réactions aux difficultés de la société ; le désintérêt le plus total pour la société ; les prélèvements opérés dans les caisses sociales, sans que le dirigeant ne donne de contrepartie ; l'incompétence générale du dirigeant ; le détournement des impôts retenus ou perçus pour compte des autorités fiscales (retenues à la source sur les salaires, TVA sur la vente)<sup>9</sup> ; ...

**[405] Une faute ayant contribué à l'insolvabilité de la société.** — Il ne suffit pas d'établir une faute caractérisée ; il faudra encore montrer le *lien de causalité entre cette faute et le préjudice*. Aussi, l'action en comblement de passif n'aboutira pas si des fautes graves et caractérisées ont été commises seulement à un moment où la société se trouvait déjà en situation de faillite.

Si le droit luxembourgeois n'établit certes *aucune présomption de causalité* en la matière, il n'exige pas non plus la preuve d'un lien direct entre la faute et le préjudice. Le législateur a en fait opté pour une voie moyenne, en exigeant la preuve d'une faute ayant « contribué » au passif. Plutôt que de devoir prouver un rapport direct, il suffit de démontrer que la faute constitue *un des éléments intervenus dans la création de la situation d'insolvabilité*, sans devoir pour autant en

<sup>1</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 104 019, *Bull. Barreau* 2007, p. 174.

<sup>2</sup> Cour 29 octobre 2008, *Bull. Barreau* 2009, n° 1, p. 7 ; Lux. 19 déc. 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 72 ; Cour 28 nov. 2012, *Pas.* 36, p. 154.

<sup>3</sup> Cour 29 octobre 2009, *Pas.* 34, p. 303 ; Lux. 19 déc. 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 72 ; Cour 28 nov. 2012, *Pas.* 36, p. 154.

<sup>4</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 104 019, *Bull. Barreau* 2007, p. 174.

<sup>5</sup> Cour 29 octobre 2008, *Bull. Barreau* 2009, n° 1, p. 7.

<sup>6</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 104 019, *Bull. Barreau* 2007, p. 174.

<sup>7</sup> Lux. 13 juill. 2007, n° 104 019, *Bull. Barreau* 2007, p. 174.

<sup>8</sup> Lux. 8 juill. 2011, n° 978/2011, *JT Luxbg* n° 26, avr. 2013, p. 61.

<sup>9</sup> Cour 29 janv. 2014, n° 38 130, *Bull. Jeune Barreau* 3/2015, p. 61.

être ni la cause unique, ni la cause principale<sup>1</sup>. Cette solution se comprend aisément parce que la plupart du temps il est quasiment impossible d'établir un rapport direct entre tel acte et telle conséquence financière pour la société.

**[406] Mise en œuvre de l'action en comblement de passif et appréciation des tribunaux.** — Le recours à l'action en comblement de passif écarte la possibilité d'agir sur la base du *droit commun de la responsabilité*<sup>2</sup>.

Seul le *curateur de la faillite* peut intenter l'action en comblement de passif, l'idée initiale d'accorder ce droit également au ministère public comme aux créanciers sociaux individuels n'ayant pas été retenue par la Chambre des députés<sup>3</sup>. Le curateur ne sera pas arrêté dans son action par le *quitus* (v. n° [426]) éventuellement donné par l'assemblée générale, car le quitus est le fait des associés, alors que le curateur tient un droit propre de la masse des créanciers. De même, le législateur visant à sanctionner les causes (erreurs dans la gestion) ayant produit certains effets (faillite de la société), les dirigeants ne peuvent échapper à l'action en comblement de passif en démissionnant, si la situation ayant abouti à la cessation des paiements existait déjà au moment de leur départ<sup>4</sup>. La responsabilité des dirigeants n'est pas automatique mais doit être prouvée, la *charge de la preuve* des manquements appartenant à ceux qui désirent que l'action en comblement de passif soit prononcée. C'est donc le curateur qui devra établir les « fautes » de gestion qu'il reproche aux dirigeants.

En ce qui concerne le *montant de la contribution* à mettre à charge des dirigeants, le tribunal conservera tout son pouvoir d'appréciation :

- il quantifiera dans un premier temps le préjudice subi, qui correspond à l'« insuffisance d'actifs ». Ce chiffre sera obtenu en regardant le solde final qui reste impayé à l'issue de la procédure de mise en faillite. Il faut donc tenir compte des passifs exceptionnels résultant de la faillite, tels les indemnités de licenciement ;
- l'insuffisance d'actifs déterminée, le tribunal pourra décider de mettre toute l'insuffisance d'actifs à la charge des dirigeants, ou une partie seulement. La condamnation peut être solidaire ou conjointe et tous les dirigeants ou certains d'entre eux seulement peuvent être atteints.

Cet important pouvoir d'appréciation confié au tribunal découle de la nature mixte de l'action en comblement de passif ; celle-ci est à la fois réparatrice et répressive. Au juge de « doser » la contribution en fonction de la faute et de la nature mixte de l'action.

Le *bénéficiaire* de l'action en comblement de passif est la société, le dirigeant condamné le cas échéant à combler l'insuffisance d'actifs devant verser la somme fixée par le tribunal dans le patrimoine de la société. Cette situation intervenant dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité de la société, le montant ainsi versé sera *réparti entre les créanciers sociaux*, en tenant compte le cas échéant des privilèges existants (au profit de la Sécurité sociale, du fisc, ...). Si le dirigeant ne s'acquitte pas de sa dette, le tribunal pourrait décider, à titre de *sanction*, une éventuelle extension de la faillite de la société au dirigeant pris personnellement (v. n° [407]).

## 2. L'EXTENSION DE FAILLITE<sup>5</sup>

**[407] Procédure-sanction facultative.** — Selon l'article 495 C.com., le tribunal peut étendre la faillite de la société aux dirigeants de droit et de fait s'étant rendus coupables d'un certain nombre de déloyautés

<sup>1</sup> DERIJCKE, Action en comblement de passif et atrophie de l'actif net : chrestomathie, *RPS* 1999, p. 162.

<sup>2</sup> Lux. 12 fév. 2003, n° 141/2003.

<sup>3</sup> SABATIER/HERAIT, La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles, *ACE* 2016/10, p. 4.

<sup>4</sup> GREFF, La responsabilité des dirigeants retirés, *RTD com.* 1978, p. 479.

<sup>5</sup> ARTZ, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants, *RDC* 1975, p. 2

graves : « En cas de faillite d'une société, peut être déclaré personnellement en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qui a : - sous le couvert de la société masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ou - disposé des biens sociaux comme des siens propres ou - poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. »

Pour l'essentiel, elle vise à sanctionner des comportements ayant consisté à vider la société de ses ressources au profit du dirigeant et qui par conséquent, ont soit été à l'origine de la cessation des paiements de la société, soit de son aggravation. L'extension de faillite est conditionnée par la cessation de paiements de la société ; en revanche, il n'est point exigé que le dirigeant soit lui-même en faillite, car il s'agit d'une « procédure-sanction ». Lorsqu'elle est prononcée, la date de cessation de paiements du dirigeant est présumée irréfragablement être la même que la date de cessation de paiements de la société.

L'ouverture de la faillite par extension n'est jamais obligatoire mais est laissée à l'appréciation du tribunal (« peut être déclaré »).

**[408] Actes de commerce dans son intérêt personnel.** — Deux situations de confusion des intérêts personnels avec ceux de la société peuvent exister.

La première est l'*abus de la personnalité morale* de la société. Cette situation se rencontre principalement dans des sociétés où le dirigeant détient la (quasi-) totalité du capital et d'absence de fonctionnement régulier des organes sociaux : le dirigeant agira dans ce cas sous le couvert de la société, mais en violation de la loi comme des statuts de la société, avec les tiers, comme s'il s'agissait d'une entreprise individuelle.

La deuxième est l'*abus de patrimoine social*. C'est le cas d'opérations effectuées sur le patrimoine social de la société mais qui sont effectuées dans l'intérêt personnel du dirigeant. Sont visés non seulement les actes

au détriment de la société, mais également ceux qui sont sans intérêt pour la société, mais qui ne s'expliquent que par l'intérêt personnel du dirigeant. On peut songer par exemple aux opérations de rénovation effectuées par la société dans des locaux où le dirigeant se propose d'emménager.

**[409] Confusion des patrimoines<sup>1</sup>.** — Dans la plupart des cas, les tribunaux sanctionneront le fait que *le dirigeant s'est comporté comme si la société était sa chose personnelle*. Dans ce cas, il n'est que logique que la faillite d'une société puisse être étendue au *véritable maître de l'affaire*. De la chose personnelle visée par les textes (« disposé des biens sociaux comme des siens propres ») à la confusion des patrimoines, il n'y a qu'un pas, de sorte que, à défaut d'être spécialement visée par l'article 495 C. com., la confusion des patrimoines est une cause d'ouverture de l'action en extension de faillite<sup>2</sup>.

Dans sa conception initiale, la confusion des patrimoines suivait uniquement un critère objectif. Elle était constituée par une *indéterminabilité des patrimoines* : si une imbrication existe dans les comptes bancaires, si les relations financières entre personnes, les mouvements d'actifs interviennent régulièrement, sans traduction comptable permettant d'en assurer le suivi, il ne sera plus possible de déterminer le patrimoine de l'une ou l'autre des personnes de manière fiable et équitable pour les créanciers. Cette situation survient régulièrement si les dirigeants (ou associés) ont payé des dettes propres avec l'argent social, et inversement, de sorte qu'il n'est plus possible de déterminer les actifs et passifs de la société et ceux de ses dirigeants (ou associés). L'indice le plus souvent retenu est l'absence de toute comptabilité régulière, empêchant de faire la part entre les fonds sociaux et les fonds personnels du maître de l'ouvrage. L'identité

<sup>1</sup> REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Paris, 2007.

<sup>2</sup> GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite?*, *RDC* 1974, p. 49.

d'associés, de dirigeants, de siège social et la similitude d'activité entre deux sociétés sont, par contre, impuissantes à caractériser la confusion de patrimoines, tant que la comptabilité permet de rendre compte des rapports réciproques entre les deux sociétés.

L'indéterminabilité des patrimoines implique qu'il ne soit pas possible d'identifier le propriétaire effectif des avoirs et des dettes de la société et du maître de l'affaire. Ces circonstances devraient être plutôt rares en pratique (il faut du moins l'espérer). Mais il suffit, sur la base d'un critère subjectif, qui est alternatif au critère objectif, de constater l'existence de « *flux financiers anormaux* », pour caractériser la confusion des patrimoines. L'anormalité sera démontrée par l'absence de contrepartie. La société qui effectue des paiements sans « cause », au sens juridique du terme, au profit de son maître de l'affaire (ex. : la société règle les travaux de réparation de la maison de l'associé), ainsi que celle qui renonce à encaisser des sommes d'argent sur cette personne, alors qu'elle y a droit (ex. : la société renonce à des loyers dus par le dirigeant), opère dans les faits une fusion des patrimoines, justifiant l'application de l'article 495 C.com.. Cela reste vrai, même si ces flux financiers anormaux ne se traduisent pas par une imbrication des comptabilités. Comme le décloisonnement des patrimoines est l'exception, l'existence de flux financiers anormaux est cependant à interpréter avec sévérité. L'anormalité doit être répétée et être manifestement excessive, ce qui permet de sauver de la procédure de l'article 495 C.com. les flux financiers a priori anormaux, mais qui sont effectués avec mesure (ex. : la société renonce à une partie de ses loyers, afin d'aider à résoudre les difficultés financières ponctuelles de son locataire qui est également le maître de l'affaire).

**[410]Poursuite abusive d'une exploitation déficitaire.** — L'extension de faillite est également possible en présence d'une poursuite abusive d'une exploitation déficitaire dans l'intérêt personnel du dirigeant. Ce qui est critiqué, ce n'est pas la poursuite d'activités déficitaires, les dirigeants espérant voir la société revenir à meilleure fortune. Si la société tombe en faillite malgré

les efforts déployés en vue de son redressement, il n'y a aucune raison de prononcer l'extension de la faillite. Un dirigeant n'a pas seulement le droit, mais également l'obligation d'essayer de redresser la barre lorsque la société se porte mal. L'article 495 C.com. vise uniquement le cas de figure où la poursuite des exploitations déficitaires est abusive, parce que la société est uniquement maintenue en vie dans l'intérêt personnel du dirigeant. L'abus sera caractérisé, par exemple, si les dirigeants continuent à se verser des rémunérations confortables, sans faire d'efforts particuliers pour redresser la situation financière de la société ; si la continuation de l'activité déficitaire d'une société s'explique uniquement par le souci de favoriser une autre société (cliente ou fournisseur) à laquelle le dirigeant de la première est financièrement intéressé ; et a fortiori, si le dirigeant profite de la continuation des activités déficitaires de la société afin de « monter » une société concurrente dont il est l'associé principal.

## 3. LA RESPONSABILITÉ FISCALE DU DIRIGEANT

**[411] Uniquement en présence d'une inexécution fautive des obligations fiscales du dirigeant.** — Le dirigeant, généralement le gérant d'une société à responsabilité limitée (ou l'administrateur-délégué d'une société anonyme<sup>1</sup>), est tenu de remplir les obligations fiscales incombant à la société. Ces obligations portent non seulement sur la remise des déclarations fiscales dues par la société, mais également sur le paiement des impôts dus par la société aux moyens des fonds sociaux<sup>2</sup>. Lorsque la société tombe en faillite, il n'est pas rare qu'elle ait des dettes, parfois importantes, vis-à-vis des administrations fiscales. Il ne faut cependant pas pour autant déduire que le non-paiement de ces dettes fiscales serait *ipso facto* fautif et engagerait la responsabilité du représentant. Il faut en effet une *inexécution fautive* (« *schuldhafte Verletzung* ») des obligations du dirigeant envers le fisc<sup>3</sup>. Il appartient au bureau d'imposition d'apprécier si, sur la base des faits, le dirigeant s'est comporté de manière fautive. Si le bureau se contente de simplement déduire un comportement fautif du non-paiement de l'impôt, le bulletin d'appel en garantie sera susceptible d'annulation par le juge de l'impôt<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> TA 13 janv. 2003, n° 14 859. Les autres administrateurs n'encourent aucune responsabilité solidaire : TA 13 janv. 2003, n° 14 860 ; Cour admin. 6 janv. 2011, n° 27 126.

<sup>2</sup> Il ne pourra de ce fait justifier le non-paiement de la retenue à la source par le comportement éventuel des actionnaires : Cour admin. 6 janv. 2011, n° 27 126.

<sup>3</sup> « Die Vertreter und die übrigen in den §§ 103 bis 108 bezeichneten Personen haften insoweit persönlich neben dem Steuerpflichtigen, als durch schuldhafte Verletzung der ihnen in den §§ 103 bis 108 auferlegten Pflichten Steueransprüche verkürzt oder Erstattungen oder Vergütungen zu Unrecht gewährt worden sind » ; v. : TA 31 mai 1999, *Mihjnak*, n° 10.808 ; TA 8 nov. 1999, *Domingues Carmo*, n° 11.004 ; TA 13 mai 2002, n° 13 932 ; TA 8 oct. 2003, n° 16 182 ; TA 22 nov. 2007, n° 19 951.

<sup>4</sup> TA 17 janv. 2005, n° 18 171 rendu en matière de retenue à la source pour des revenus de capitaux mobiliers ; TA 22 nov. 2007, n° 19 951 (retenues à la source sur salaires non

C'est ainsi que l'associé-gérant d'une SARL tombée en faillite a été déclaré codébiteur solidaire des impôts retenus sur les salaires du personnel de la société et dont le paiement n'avait pas été effectué. Le fait de ne pas verser à l'État l'impôt retenu a été considéré (à juste titre) comme représentatif d'une faute grave du redevable<sup>5</sup>. Il en est de même des dirigeants négligeant de verser la retenue à la source durant la période de gestion contrôlée de l'entreprise, si par ailleurs ils versent les salaires nets aux employés et ouvriers de l'entreprise<sup>6</sup>. Le bureau d'imposition pourra, a fortiori, émettre un bulletin d'appel en garantie contre l'administrateur-délégué, si celui-ci « a activement contribué » à la fraude fiscale commise par la société<sup>7</sup>.

**[412] Mise en œuvre.** — La mise en solidarité est actionnée par un *bulletin d'appel en garantie*. L'appel en garantie du redevable ne décharge évidemment pas pour autant le bénéficiaire des revenus du paiement de l'impôt. Ce dernier étant le débiteur légal de l'impôt, il restera tenu au paiement de celui-ci<sup>8</sup>. Le fisc dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant au choix du redevable auprès duquel il poursuit les sommes en souffrance: le redevable principal; le représentant de la société au titre de redevable solidaire; ou les deux<sup>9</sup>. Il pourra même demander le paiement au tiers codébiteur sans exiger le paiement de l'impôt par le contribuable<sup>10</sup>. S'il y a plusieurs garants, le bureau

versés au fisc).

<sup>5</sup> C.E. 23 oct. 1981, *Erpelding*, n° 6902 ; C.E. 3 juill. 1986, *Marinelli*, n° 7305 ; TA 17 janv. 2005, n° 18 171 ; Cour admin. 6 janv. 2011, n° 27 126 (administrateur-délégué d'une SA).

<sup>6</sup> TA 13 janv. 2003, n° 14 859.

<sup>7</sup> TA 12 nov. 2008, n° 24 087.

<sup>8</sup> C.E. 23 juill. 1968, *Nothomb*, n° 5795.

<sup>9</sup> Application du § 7 al. 3 LAF ; v. TA 31 mai 1999, *Mihjnak*, n° 10 808 ; TA 8 oct. 2003, n° 16 182 ; TA 19 avr. 2010, n° 25 874 ; TA 25 juin 2010, n° 26 987 ; TA 14 juin 2010, n° 26 277.

<sup>10</sup> Ex.: la retenue sur salaire non payée par la société solvable peut être recouvrée directement auprès de l'administrateur-délégué ; TA 17 mai 2010, n° 26 019 ; v. ROSEN, Obliga-



d'imposition peut limiter l'émission du bulletin d'appel en garantie à celui qui a commis la faute la plus grave<sup>1</sup>.

4. *L'INTERDICTION D'EXERCER UN MANDAT D'ADMINISTRATEUR OU DE GÉRANT DE SOCIÉTÉ*

**[413] Sanction disciplinaire.** — L'aveu de la faillite de la société doit être fait par les dirigeants dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements (art. 440 C.com.). Dans ce cas, l'article 444-1 C.com. prévoit la possibilité de prononcer à l'encontre des dirigeants de la société ayant fait faillite une interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ou une fonction dirigeante d'une société. Il suffit pour cela que *les dirigeants aient contribué, de par leur comportement fautif, à la faillite de la société*. Les fautes des dirigeants, pour pouvoir justifier l'application de l'article 444-1 C.com., doivent être « graves » et « caractérisées ». Très logiquement dès lors, le fait de retarder abusivement la déclaration de cessation peut constituer une faute « grave » et « caractérisée ».

tions et responsabilité des dirigeants de société en matière de contributions directes, in : *Droit fiscal luxembourgeois, Livre jubilaire de l'IFA Luxembourg*, 2009, p. 212.

<sup>1</sup> TA 8 nov. 1999, *Domingues Carmo*, n°11.004; TA 18 oct. 1999, *Diederich*, n° 11.055.

<sup>2</sup> Art. 444-1 C.com. : « Si le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, associés ou non, apparents ou occultés, rémunérés ou non, d'une société déclarée en état de faillite, qu'ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, peuvent prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire, de réviseur d'entreprises agréé ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse ».

térisée », si des dettes importantes supplémentaires se sont vues ajoutées aux dettes existantes de la société<sup>3</sup> (souvent d'ailleurs des dettes vis-à-vis des organismes publics : fisc, Sécurité sociale). La faute « grave » est celle qu'un dirigeant raisonnablement diligent n'aurait pas commise. La confusion des patrimoines constitue une telle faute « grave »<sup>4</sup> (v. n° [404]).

Cette interdiction de diriger une société se présente comme une sanction personnelle tantôt atténuée, tantôt complémentaire à l'action en comblement de passif, le tribunal pouvant, selon les circonstances, estimer que cette sanction seule est suffisante, ou y voir la conséquence nécessaire d'un prononcé de comblement de passif.

**§ 2. RESPONSABILITÉ PÉNALE**

**[414] Présentation.** — De nombreuses infractions sont susceptibles d'être commises dans la gestion de la société. Certaines sont *de droit commun* : escroquerie, abus de confiance, etc. D'autres sont *propres aux sociétés*, notamment aux sociétés à risque limité, et visent à contrebalancer les responsabilités financières limitées encourues par les associés. Le principe en la matière est que, quel que soit le type d'infraction pénale, la théorie de l'organe ne protégera pas le dirigeant ayant matériellement commis l'acte punissable (A). Il faut laisser le soin aux ouvrages spécialisés en droit pénal des affaires de détailler les différentes infractions pénales du droit des affaires, de sorte à pouvoir se limiter à l'infraction pénale la plus en vue en matière de droit des sociétés : l'abus de biens sociaux (B).

<sup>3</sup> GOEBEL, Interdiction d'exercer un mandat d'administrateur ou de gérant d'une société, *Guide des comptes annuels pour le Luxembourg*, octobre 1999, p. 2.

<sup>4</sup> Lux. 14 mai 2004, n° 508/04, *Bull. Barreau* 2004, p. 205.

A. LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ  
PERSONNELLE DU DIRIGEANT POUR LES  
INFRACTIONS PÉNALES PROFITANT À LA  
SOCIÉTÉ

[415] **La faute commise par un dirigeant en tant qu'organe de la société est en premier lieu imputable sur le plan pénal au dirigeant.** — La responsabilité pénale des personnes morales a été introduite en droit luxembourgeois par une loi du 3 mars 2010. Auparavant, le droit luxembourgeois consacrait la règle de l'irresponsabilité pénale des personnes morales, en ce sens que ces personnes ne pouvaient pas être condamnées pénalement (v. n° [222]). Si cette situation a changé en 2010, en raison de l'introduction de la possibilité pour le tribunal de sanctionner pénalement la société, la responsabilité pénale de cette dernière ne remplace pas celle des dirigeants mais se cumule avec celle de ces derniers<sup>1</sup>. La responsabilité pénale de la société n'exonérant pas les dirigeants, les infractions pénales commises par les dirigeants dans le cadre de leurs fonctions sont donc susceptibles d'entraîner leur responsabilité pénale personnelle, conjointement avec celle de la société. La loi en dispose expressément ainsi pour les dispositions pénales prévues aux articles 162 et s. L1915, en ce qui concerne les infractions à la loi sur les sociétés commerciales commises par la société, en sanctionnant, selon le cas, les « gérants » ou les « administrateurs » de ces sociétés. Ces articles ne constituent en réalité que des cas d'application particuliers de la règle générale de la responsabilité pénale des dirigeants du fait de leurs actes commis en tant qu'organe de la société.

S'il est acquis que le dirigeant est personnellement responsable des dommages qu'une infraction pénale commise par lui a pu causer, la justification de cette exception à la théorie de l'organe n'est pas nécessairement évidente. La Cour de cassation belge considère

que cette responsabilité personnelle du dirigeant s'expliquerait par la « nature distincte du dommage causé », mais cette justification laisse perplexe la doctrine<sup>2</sup>. Selon une autre explication, plus convaincante, l'exception serait justifiée par le caractère d'ordre public d'une action civile résultant d'une infraction : « S'il est vrai que rien n'empêche de transiger sur l'action civile relative à une infraction déjà commise, l'ordre public s'oppose à ce qu'une partie renonce à l'avance à son action civile pour des infractions qui ne sont pas encore commises, ce qui serait une manière de les favoriser »<sup>3</sup>. La responsabilité pénale du dirigeant pour les faits de ses fonctions peut donc être justifiée en raison de la *fonction de prévention et d'intimidation* qui est attribuée au droit pénal (en sus de la fonction d'amendement du coupable) : l'impunité absolue des dirigeants pour les infractions pénales commises au nom de la société risquerait de favoriser la délinquance pénale des sociétés, si les dirigeants étaient à l'abri de toute sanction pénale ; les personnes physiques pourraient ainsi se cacher derrière l'être moral et s'exonérer de toute responsabilité de leurs faits personnels, notamment en cas d'infractions intentionnelles.

Mais la responsabilité pénale du dirigeant s'explique également du fait que la société constitue un *être fictif* : la société n'ayant pas d'existence réelle, ni de réalité sociale, on ne saurait, en principe, lui imputer des fautes pénales, celles-ci ayant été *matériellement commises par des personnes physiques*, en l'occurrence les dirigeants. Le droit pénal est fondé sur la responsabilité morale du délinquant, la responsabilité du fait personnel. Aussi, ce n'est pas la responsabilité pénale des

<sup>1</sup> CSJ corr. 5 févr. 2013, 73/13 ; v. in : PUTZ, *Recueil de jurisprudence pénale*, mise à jour 2013/2, p. 62.

<sup>2</sup> V. SIMONART, op. cit., *R.C.J.B.*, 1997, p. 740, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La théorie de l'organe : évolutions récentes », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, p. 775, n° 10.

<sup>3</sup> P. A. FORIERS, « Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d'exécution. Responsabilité du fait d'autrui », in : *Actualité en droit de la responsabilité*, Colloque UB, Bruxelles, 2010, p. 70.

dirigeants qui devrait étonner, mais plutôt celle de la société. Celle-ci s'explique principalement par un souci d'efficacité : si les dirigeants de la société sont insolvables, l'impunité pénale de la société rend inefficace les sanctions pécuniaires ; si, par contre, la société est solvable, retenir la responsabilité pénale de la société en sus de celle des dirigeants insolvables permettra au droit pénal de remplir sa fonction d'amendement du délinquant, qui exige que la sanction pécuniaire soit non seulement théoriquement fixée mais également matériellement recouvrée.

**[416] Délégation de pouvoirs.** — En droit pénal, il faut rechercher les personnes qui sont la cause de l'infraction (infractions de commission et infractions d'omission)<sup>1</sup> ; ce seront ces personnes qui seront punissables<sup>2</sup>. Conformément aux principes généraux du droit pénal, les peines qui sanctionnent les délits ne frappent que les personnes physiques qui les ont effectivement commis. Il s'ensuit que si le dirigeant est pénalement responsable pour les actes qu'il a posés lui-même dans le cadre de la gestion sociale, il devrait du coup ne pas être responsable pour ces actes auxquels il n'a pas participé. D'où l'adage : « *Nul n'est responsable que de son propre fait* ». Si une infraction est commise par un salarié, par exemple, le dirigeant ne devrait donc pas être pénalement responsable. Cependant, on pourra reprocher au dirigeant d'avoir été négligent, en tant qu'employeur, en recrutant des employés indisciplinés, incompetents, et en ne les surveillant pas suffisamment. Dans ce cas, le dirigeant n'est pas à proprement parler *responsable du fait d'autrui* ; c'est la *faute propre de négligence* du dirigeant qui lui sera imputée et sanctionnée.

Le dirigeant ne pouvant être partout, la jurisprudence admet cependant que le dirigeant puisse, sous certaines conditions, s'exonérer de la responsabilité pénale résultant des actes commis par ses préposés (salariés). Afin que le transfert de responsabilité pénale

s'opère, il faudra que la délégation de pouvoirs respecte certaines conditions, en ce qu'elle doit<sup>3</sup> :

- être donnée à un salarié qui a la *compétence* requise pour exercer les pouvoirs délégués ;
- être *spéciale*, en ce sens qu'il est impossible d'envisager une délégation de pouvoirs générale qui porterait sur l'ensemble des pouvoirs du dirigeant. La délégation pourra cependant toucher n'importe quel domaine, à moins d'être spécifiquement interdite par un texte ;
- s'accompagner concrètement des *pouvoirs matériel, disciplinaire, financier nécessaires* à son exercice effectif. Le salarié ne saurait être un simple exécutant matériel d'une décision adoptée par le dirigeant.

Si la délégation est valable, une *subdélégation* pourra intervenir également. La subdélégation produira un transfert de la responsabilité pénale aux mêmes conditions que ceux applicables à la délégation.

Les *effets* d'une délégation valablement effectuée consistent non seulement en un transfert de pouvoirs mais également de responsabilités. La délégation aura donc pour effet d'exonérer le dirigeant de la responsabilité pénale pour l'acte pénal commis par le salarié, de sorte que le salarié seul sera poursuivi.

## B. L'ABUS DE BIENS SOCIAUX<sup>4</sup>

**[417] Généralités.** — L'abus de biens sociaux constitue la sanction la plus redoutable du droit pénal et la mieux connue du public (art. 171-1 L1915)<sup>5</sup>. Concer-

<sup>1</sup> Lux. 18 mars 2004, n° 1005/2004.

<sup>2</sup> Cour 4 juin 2002, n° 144/02.

<sup>3</sup> Cour 8 févr. 2002, n° 46/02, *M.P. c/Mancinelli* ; Cour 4 juin 2002, n° 144/02 ; Lux. 8 janv. 2008, n° 34/2008, *Bull. Jeune Barreau* 2009, p. 56. En détail : PHILIPPE/NOTTE, Responsabilité pénale des personnes morales et délégations de pouvoirs, *Ann. Dr. Lux.* n° 14, 2004, p. 163.

<sup>4</sup> BOULOC, Le dévoiement de l'abus de biens sociaux, *RJ com.* 1995, p. 301 ; MEDINA, Le délit d'abus de biens sociaux : délit inutile ?, *D.* n° 6, 20 avr. 2000, *Cah. Dr. aff.*, Point de vue, p. III.

<sup>5</sup> Art. 171-1 L1915 : « Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 25.000 euros

nant le *champ d'application* de la disposition, il faut relever qu'étant inscrite à la section de la loi de 1915 réservée aux sanctions pénales, elle concerne toutes les *sociétés commerciales*, à l'exclusion donc des sociétés civiles et des autres groupements d'affaires (ASBL, ...). En particulier, elle s'applique également aux sociétés à risque illimité, ce qui peut surprendre, parce qu'on aurait pu penser que l'obligation aux dettes suffirait dans ce type de sociétés afin d'éveiller la conscience des dirigeants. Concernant les *auteurs de l'infraction*, le délit d'abus de biens sociaux concerne toutes les personnes occupant une fonction de direction au sein de la société, en droit comme en fait. Ne sont dès lors pas visés : les salariés de la société (sauf s'ils sont également des dirigeants), mais également les associés, même majoritaires.

Il faut analyser les critères du délit (1) avant de préciser les suites juridiques en résultant (2).

### 1. LES CRITÈRES DU DÉLIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX

De manière synthétique, il y aura abus de biens sociaux chaque fois que la société subit une perte réelle ou un manque à gagner en raison d'une opération dont profite, en sens inverse et en pleine connaissance de cause, son dirigeant. Commet ainsi un abus de biens sociaux le dirigeant qui se verse des rémunérations trop élevées, qui fait supporter par la société des frais qui lui sont personnels<sup>1</sup>, qui encaisse lui-même des revenus

---

ou d'une de ces peines seulement, les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait, qui de mauvaise foi, - auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ; - auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »

<sup>1</sup> Lux. 9 déc. 2010, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 128 : les salariés

appartenant à la société. Ces exemples ont en commun une *confusion opérée entre le patrimoine personnel du dirigeant et celui de la société*. Le délit d'abus de biens sociaux, qui doit être prouvé par l'accusation ou la partie civile, a donc quatre éléments constitutifs<sup>2</sup> que l'on peut regrouper en deux grandes catégories : l'objet du détournement (a) ; la finalité du détournement (b).

#### a) L'OBJET DU DÉTOURNEMENT

**[418] Un usage d'un bien ou un usage du crédit de la société.** — L'élément matériel de l'abus de biens sociaux suppose l'usage d'un bien ou du crédit.

Le *bien* vise tout élément appartenant à la société : les meubles, les immeubles ou encore ses biens incorporels (brevets, marques, fonds de commerce, etc.).

Le *crédit* de la société peut être assimilé à sa réputation et santé financière.

Le bien ou le crédit de la société doivent avoir fait l'objet d'un *usage*. L'usage, qui peut n'être que temporaire<sup>3</sup>, requiert en principe un acte positif (ex : salaires excessifs versés au dirigeant), la simple abstention ne suffisant point, sauf exceptions (ex. : le dirigeant renonce de procéder au recouvrement d'une créance détenue par la société à l'égard d'une autre société dans laquelle il est intéressé). L'usage peut être avec ou sans appropriation, selon qu'il y a ou non une volonté d'appropriation définitive. C'est ainsi que l'usage gratuit, à titre privé, d'une voiture de service sera visé, tout comme, à plus forte raison, le détournement de sommes d'argent appartenant à la société ainsi que les salaires fictifs versés aux proches du dirigeant<sup>4</sup>.

**[419] Usage contraire à l'intérêt social.** — Les diri-

---

de la société avaient effectué des travaux à la maison du dirigeant.

<sup>2</sup> Lux. 3 juin 2003, n° 164/03 ; Cour, 18 mars 2009, n° 132/09.

<sup>3</sup> SABATIER/HERAIT, La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles, *ACE* 2016/10, p. 21.

<sup>4</sup> Lux. 13 mars 2014, n° 832/2014.

geants doivent avoir fait un usage de biens ou du crédit contraire à l'intérêt de la société. L'intérêt social ne doit pas être confondu avec l'objet social : une opération peut être profitable pour la société tout en étant contraire à son objet social ; elle ne tombera pas sous les prévisions de l'article 171-1 L1915. La contrariété à l'intérêt social sera donnée non seulement si le dirigeant *porte atteinte au patrimoine de la société*, mais également s'il expose la société à un *risque de perte*<sup>1</sup>. L'atteinte au patrimoine de la société est réelle (ex. : voyage privé pris en charge par la société), là où le risque de perte n'est que potentiel (ex. : une garantie fournie par la société pour un emprunt bancaire du dirigeant). La sanction pour risques de perte encourue par la société ne doit évidemment pas servir à sanctionner tout acte de gestion malheureuse du dirigeant ; la prise de risques est inhérente à l'activité économique. Ce qui est condamnable est non la prise de risques, mais le risque excessif, le risque disproportionné par rapport aux avantages escomptés, celui qui fait courir un risque anormal à la société. C'est évidemment au jour de l'opération conclue par le dirigeant qu'il faudra se placer pour apprécier la réalité du risque couru, seuls les risques présentant un caractère anormal étant répréhensibles (pour les autres, il s'agit tout au plus d'une erreur de gestion).

L'abus de biens sociaux est d'abord destiné à protéger les associés qui ont fait des apports à la société. On pourrait dès lors songer à couvrir l'infraction par voie d'*approbation de l'opération*. Il ne saurait évidemment être question de ratifier l'opération en conseil d'administration, car cela ferait de lui un complice de l'infraction. De même, le défaut de réaction de l'auditeur doit rester sans incidence sur l'existence de

l'infraction. L'approbation en assemblée générale des actionnaires paraît en revanche a priori efficace, si l'on analyse le mécanisme de l'abus de biens sociaux comme constituant uniquement un mécanisme de protection du patrimoine social de la société au profit des associés. Si ces derniers approuvent la transaction, on pourrait considérer l'infraction comme étant couverte par l'aval donné par ceux que la loi entend protéger. Mais ce raisonnement présente deux faiblesses. La première est que l'approbation en assemblée ne peut tout au plus produire ses effets que si tous les associés ratifient l'opération incriminée. La deuxième est décisive : le but de la disposition pénale est de protéger non seulement les associés mais également les tiers contractant avec la société. De ce fait, le délit existe, même si l'assemblée a ratifié l'opération en question, et même si le dirigeant concerné est l'associé unique de la société.

#### b) LA FINALITÉ DU DÉTOURNEMENT

**[420]L'élément intentionnel.** — Un dirigeant ne peut commettre par ignorance un abus de biens sociaux. Il doit en effet avoir agi par « *mauvaise foi* ». Celle-ci présuppose la connaissance du fait que l'opération était contraire à l'intérêt social ainsi que la volonté d'y porter atteinte. En pratique, on réunit ces deux éléments en considérant que l'élément intentionnel consiste dans une *intention frauduleuse* du dirigeant, une « intention coupable »<sup>2</sup>. Il faut que le dirigeant n'ait pas pu ignorer le préjudice qu'il cause ou risque de causer à la société, et corrélativement de l'intérêt personnel que l'opération présentait pour lui. Cette condition sera régulièrement remplie, si l'usage des biens est prouvé comme ayant été contraire à l'intérêt social et ayant été effectué dans un intérêt personnel. Il paraît difficile dans une telle situation, sauf circonstances exceptionnelles, de pouvoir invoquer sa bonne foi. L'accord explicite ou la tolérance obtenue le cas échéant par le dirigeant en assemblée ou par l'organe de gestion ne retirent évidemment pas aux faits incriminés leur caractère délictueux<sup>3</sup>.

**[421]L'intérêt personnel de l'auteur du détournement.** — Mais il ne suffit pas que le dirigeant ait su

<sup>1</sup> Lux. 22 avr. 1999, *Pas.* 31, p. 83 : « par usage, il y a lieu d'entendre non seulement l'appropriation ou la dissipation d'un bien, mais encore la simple utilisation ou administration de ce bien. Cet usage est abusif lorsqu'il expose la société, sans nécessité pour elle, à des risques anormaux et graves » ; Lux. 9 déc. 2010, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 128 ; SABATIER/HERAIT, La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles, *ACE* 2016/10, p. 22.

<sup>2</sup> Lux. 13 mars 2014, n° 832/2014.

<sup>3</sup> Lux. 9 déc. 2010, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 128.

que l'opération était contraire à l'intérêt social et qu'il recherchait ce résultat. Il faudra encore qu'il ait commis cette contrariété à l'intérêt social *afin d'en tirer un avantage personnel*. Il n'y aura d'abus de biens sociaux qu'en présence d'un but personnel recherché par le dirigeant. Ce que la loi recherche, c'est un dirigeant compétent, diligent, de bonne foi, qui se fait pour « devoir général et absolu de faire prévaloir l'intérêt de la société sur leur intérêt personnel »<sup>1</sup>. Lorsque l'intérêt personnel a priorité sur l'intérêt social, on entre dans la zone à risques du « *délit de fonction* » que la loi cherche à sanctionner dans le cadre de l'article 171-1 L1915.

L'intérêt personnel, *dol spécial*, auquel la loi fait référence est en premier lieu *intérêt pécuniaire* (ex. : salaire excessif versé au dirigeant). Il faut y assimiler toutes les sommes pour lesquelles l'utilisation au profit de la société n'est pas établie, ce qui permet de présumer une utilisation au profit du dirigeant. Mais il inclut également l'intérêt matériel, économique, professionnel ou même simplement *moral*, tel le souci d'entretenir de bonnes relations commerciales ou amicales avec un tiers ou la recherche de prestige (p.ex. : le souci de rester en fonction). Le *but personnel* poursuivi par le dirigeant peut être celui du dirigeant lui-même, mais également de sa famille ou de ses proches (ex. : emploi fictif d'un des enfants du dirigeant)<sup>2</sup>, ce qui peut aller jusqu'à inclure d'autres sociétés du groupe<sup>3</sup>.

L'intérêt personnel sera *direct* s'il sert immédiatement et directement les intérêts personnels du dirigeant. Il sera *indirect* si l'usage du bien ou du crédit sert à favoriser une autre société à laquelle le dirigeant

était intéressé directement ou indirectement, en tant qu'associé de cette société, en tant que son dirigeant, ou encore simplement en raison des intérêts commerciaux ou financiers qu'il peut entretenir avec cette société.

L'articulation entre l'intérêt social et l'intérêt personnel est une question intéressante, notamment en présence d'*opérations illicites*, quoique *profitables à la société*. L'opération est-elle contraire à l'intérêt social, parce qu'il s'agit d'une infraction à la loi, alors même que cette infraction profite à la société ? Cela paraît contre-intuitif, mais on pourrait rétorquer qu'une infraction à la loi comporte des risques de sanctions pour la société, ainsi que celui d'une perte de réputation, de sorte à être globalement contraire à l'intérêt social<sup>4</sup>. Mais une opération contraire à l'intérêt social n'est pas nécessairement commise dans un intérêt personnel. La recherche d'un intérêt personnel doit être démontrée. Si l'infraction commise par le dirigeant n'était pas dans l'intérêt personnel du dirigeant, il y n'a aura pas d'abus de biens sociaux, mais simplement une faute de gestion susceptible d'entraîner sa responsabilité civile.

## 2. LES SUITES DE L'INFRACTION

**[422] Charge de la preuve.** — Par application des principes généraux du droit pénal, le dirigeant sera présumé innocent, de sorte qu'il appartiendra donc à l'accusation de rapporter la preuve de sa culpabilité<sup>5</sup>.

On dérogera à cette règle classique en matière de charge de la preuve si le dirigeant a prélevé (de manière officielle comme occulte) des fonds dans les caisses de la société. Dans ce cas, il y a un renversement de la charge de la preuve : si le dirigeant ne rapporte pas la preuve que les *prélèvements sur les comptes sociaux* ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, ils l'ont été

<sup>1</sup> Lux. 22 déc. 2003, n° 63 350 ; confirmé par Cour 23 nov. 2006, n° 29 379.

<sup>2</sup> Lux. 9 déc. 2010, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 128.

<sup>3</sup> Pour une application intéressante de l'abus de biens sociaux aux garanties données par une société au profit d'autres sociétés du groupe, v. GEORTAY/SCHMIT, Questions de droit des sociétés à l'occasion de l'octroi par une société luxembourgeoise d'une garantie réelle ou personnelle pour les obligations de sociétés affiliées, in : ALJB vol. 3, p. 1153.

<sup>4</sup> BARGUE, De l'intérêt social et l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux, *BJS* 2016, p. 648.

<sup>5</sup> Lux. 1er juill. 2002, *Bulletin Barreau* 2004, p. 10.

nécessairement dans l'intérêt personnel du dirigeant<sup>1</sup>.

[423] **Mise en œuvre de l'action.** — L'abus de biens sociaux constituant une infraction pénale, l'autorité de poursuite luxembourgeoise, le Parquet, pourra mettre elle-même l'action en mouvement, afin de poursuivre les dirigeants fautifs, même si elle n'a été saisie d'aucune plainte par un associé (« *action publique* » ; art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> C. d'instr. crim.). L'action publique vise uniquement à réprimer l'infraction dans l'intérêt public.

Il est très rare, cependant, que les poursuites soient engagées à l'initiative du Parquet. C'est sur l'exercice de l'*action civile* qu'elles le sont la plupart du temps. L'action civile sera engagée par *la société* victime de l'infraction : elle cherchera à obtenir par cette voie une indemnisation du préjudice qu'elle a personnellement subi (art. 1<sup>er</sup> al. 2<sup>f</sup> C. d'instr. crim.). L'action de la société n'est pas basée sur le droit des mandats mais sur le comportement délictueux du dirigeant, indépendamment de son mandat social. Aucune décision en assemblée pour intenter l'action n'est dès lors exigée ; celle-ci relèvera donc de la compétence de la gérance de la société. En pratique, cela veut dire que la gérance n'agira que contre des dirigeants qui ont été remplacés, soit qu'ils aient démissionné ou qu'ils aient été révoqués, soit que la société soit en liquidation volontaire ou judiciaire<sup>2</sup>.

La victime d'un fait délictueux ne peut se porter partie civile que dans la mesure où elle a subi un préjudice qui est la « *suite directe* » du fait délictueux<sup>3</sup>. À strictement parler, l'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-

même, et non à ses *associés*. Les associés n'auraient donc pas qualité, dans une lecture stricte des textes, pour exercer l'action civile. Cependant, l'associé subira bien, dans le cours normal des choses, une perte de valeur sur ses droits sociaux en raison de l'abus de biens sociaux. La perte qu'il subira sera fonction du pourcentage du capital qu'il détient (ex. : si l'abus de biens sociaux porte sur un montant de 100 et que l'associé détient 10% du capital social, il subira un préjudice de 10). L'abus de biens sociaux cause donc un préjudice direct non seulement à la société, mais également à ses associés, de sorte que tout *associé* devrait également pouvoir exercer l'action civile à titre individuel<sup>4</sup>.

N'ayant pas de droit de regard sur le patrimoine de la société, les *tiers* ne pourront pas exercer l'action civile<sup>5</sup> ; il en est de même des salariés<sup>6</sup>, cautions et auditeurs de la société. Ces personnes n'ont en effet pas subi de « préjudice personnel et direct », l'abus de biens sociaux ayant uniquement causé un préjudice au patrimoine social. Cette atteinte au patrimoine social n'affecte directement que les associés ; si les créanciers sociaux ne sont pas payés, en raison de l'abus de biens sociaux, ce préjudice n'est qu'indirect, car lié à la faillite plutôt qu'à l'infraction pénale commise par le dirigeant. Et, au cas où la société serait restée solvable, les tiers n'ont de toute façon pas subi de préjudice,

<sup>1</sup> Cour 23 novembre 2011, n° 559/11.

<sup>2</sup> CSJ corr. 11 juill. 2006, n° 399/06 V (la société faillie ne peut intenter l'action civile que par l'intermédiaire de son curateur) ; v. in: PUTZ, *Recueil de jurisprudence pénale*, Luxembourg, 2014, V° « Action civile – Recevabilité », p. 1088.

<sup>3</sup> CSJ 10 janv. 1985, *Pas.* 26, p. 247 ; CSJ corr. 11 janv. 2000, n° 4/00 ; CSJ corr. 9 mai 2000, n° 146/00 ; v. in: PUTZ, op. c., p. 1083.

<sup>4</sup> En ce sens semble-t-il : CSJ corr. 9 mai 2000, n° 146/00 (« le délit d'abus de biens sociaux ne cause de préjudice qu'à la société elle-même et à ses actionnaires ») ; CSJ corr. 10 juin 2008, n° 293/08 V (« le fait que l'investissement ait été effectué dans le capital social d'une société n'exclut pas qu'il (l'associé) ait subi un préjudice personnel et direct ») ; CSJ corr. 3 juill. 2007, n° 344/07 V et Cass. 24 juin 2011, n° 2824 (le détenteur ultime d'une chaîne de sociétés subit également, en tant que son bénéficiaire économique, un préjudice direct et immédiat) : v. in: PUTZ, op. c., p. 1083 et a.

<sup>5</sup> CSJ corr. 9 mai 2000, n° 146/00 V, in: PUTZ, op. c., p. 1083.

<sup>6</sup> CSJ corr. 15 mai 2012, 263/12 V, in: PUTZ, op. c., p. 1086.

puisqu'ils ont été payés.

[424] **Prescription.** — L'action en responsabilité *se prescrit par cinq ans* (art. 157 L1915<sup>1</sup>). La date de départ pour le calcul de la prescription est celle de la commission du délit (ex. : paiement de salaire excessif). L'abus de biens sociaux est une *infraction instantanée*, elle se prescrit en cinq ans à compter, en principe, de la réalisation du délit (ex. : 5 ans à compter de la date du versement du salaire excessif).

L'inconvénient de cette approche est qu'elle rend l'exercice de l'action publique ou civile très souvent impossible. En effet, le délit d'abus de biens sociaux est la plupart du temps un *délit « occulte »*. Très souvent, le dirigeant a dissimulé la commission du délit et la présentation des comptes annuels n'aura pas permis de révéler le délit non plus. Cette situation peut survenir parce que l'opération est restée clandestine (ex. : salaire excessif non comptabilisé mais payé par une caisse noire), parce qu'elle n'a pas été comptabilisée de manière appropriée (ex. : le salaire excessif du dirigeant est inscrit parmi les salaires versés au personnel non dirigeant), ou encore parce qu'elle n'apparaissait pas à suffisance de droit dans les comptes sociaux (ex. : le salaire excessif était noyé dans une masse d'informations financières et fut découvert seulement suite à un audit approfondi des états financiers). Dans ces cas, les délais ne courent qu'à partir de la « *découverte de ces faits* ». La prescription de l'action publique ne commencera à courir que lorsque l'infraction a perdu ce caractère et qu'elle a été révélée et ainsi pu être constatée. Cela n'est toujours que l'application d'une règle de bon sens. On peut ne pas être totalement satisfait de cette règle, qui fait courir le point de départ du délai de prescription par référence à la date de la connaissance de l'abus de biens sociaux, et non de celle du préjudice subi. En effet, l'action de la partie civile est vouée à l'échec si elle ne peut apporter la preuve d'un dommage subi. Il serait plus logique de

fixer le point de départ au jour de connaissance du dommage.

Le cours de la prescription sera interrompu par tout acte de poursuite ou d'instruction, telle que la transmission par le parquet du dossier à la police<sup>2</sup>.

[425] **Sanctions.** — L'abus de biens sociaux est *sanc­tionné* par une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 € à 25 000 € ou d'une de ces deux peines seulement.

<sup>1</sup> Art. 157 L1915 : « toutes actions contre les gérants, ..., pour faits de leurs fonctions, ... ».

<sup>2</sup> Lux. 9 déc. 2010, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 128.



§ 3. PROTECTION DES DIRIGEANTS CONTRE LEURS RESPONSABILITÉS<sup>1</sup>

Le principal moyen à disposition du dirigeant pour se protéger contre ses responsabilités consiste à obtenir décharge des associés pour la gestion de l'exercice écoulé (A). Mais d'autres techniques de protection sont également disponibles (B). La loi apporte également une protection de taille, en édictant une courte prescription pour les actions en responsabilité éventuelles contre les dirigeants (C).

A. LA DÉCHARGE ACCORDÉE PAR LES ASSOCIÉS

[426] **Définition.** — Dans les sociétés, il appartient aux assemblées d'associés d'approuver une fois par an les comptes annuels de la société. C'est l'occasion également pour l'assemblée d'approuver la gestion de l'exercice écoulé de la gérance. Cette approbation, encore appelée « *quitus* » ou « décharge », peut être définie comme étant le *vote spécial en assemblée générale approuvant la gestion de la société pour l'exercice écoulé*. Il n'est formellement prévu que dans les sociétés à risque limité (les SA<sup>2</sup>, les SCPA<sup>3</sup>, les SARL)<sup>4</sup>, bien qu'il ne soit pas interdit non plus dans les sociétés à risque illimité.

<sup>1</sup> FERON/GOFFIN, La protection des administrateurs de société contre la mise en cause de leur responsabilité, *J.T.* 1996, p. 377 ; VAN GERVEN, Des clauses limitatives de responsabilité, les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux, *RPS* 1998, n° 6742, p. 133.

<sup>2</sup> Article 74 L1915 : « (...) Après l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, ainsi que des commissaires ».

<sup>3</sup> Art. 103 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans la présente section ».

<sup>4</sup> Art. 197 in fine pour la SARL : « Le bilan et le compte des profits et pertes sont soumis à l'approbation des associés qui

Lorsque la gestion sociale est exercée de manière collégiale, comme dans la SA, la décharge est en principe accordée *collectivement*, c.-à-d. à l'ensemble des dirigeants ; cependant, comme la responsabilité des dirigeants est *individuelle*, rien n'empêche un vote distinct par dirigeant. Pour les sociétés gérées par une personne morale, et devant le cas échéant agir au travers d'un *représentant permanent* (v. n° [890]), la décharge donnée à la personne morale gérante empêchera toute action en responsabilité délictuelle par la société contre son représentant permanent, la société ne pouvant en même temps approuver la gestion de la personne morale administrateur et désapprouver les actes posés par son représentant permanent en exécution de cette mission de gestion.

Normalement, la question de la décharge est examinée lors de l'*assemblée des associés statuant sur les comptes sociaux*. Mais il n'est pas interdit de mettre cette question à l'ordre du jour d'une *autre assemblée*. Il en est fréquemment ainsi par exemple lorsque, suite à une prise de contrôle dans la société, l'équipe dirigeante doit laisser sa place aux hommes de confiance du repreneur. Il est légitime que les administrateurs démissionnaires souhaitent recevoir décharge lors de la cession, sans devoir attendre l'assemblée générale ordinaire prochaine. La portée de cette décharge intercalaire sera bien évidemment limitée aux informations financières divulguées dans les comptes intérimaires.

[427] **Effets de la décharge.** — La décharge spéciale présente un caractère libératoire, de sorte à empêcher tout exercice ultérieur de l'action sociale, si l'acte critiqué relève de l'administration de la société. Le vote de la décharge a pour but et *effet d'éteindre les actions sociales en responsabilité*. Par le vote de la décharge, la société donne son approbation aux actes accomplis par la gérance et décide de renoncer à son droit d'agir en justice pour les actes que la décharge vise. Les actes visés par la décharge sont tous les actes accomplis par la gérance durant l'exercice social écoulé. Il s'agit bien sûr, tout d'abord et principalement, des *fautes commises dans le cadre de la gestion* de la société. Mais la décharge couvre également les *actes irréguliers*, sans qu'il n'y ait

se prononceront aussi par un vote spécial sur la décharge de la gérance et des commissaires de surveillance s'il y en a ».

lieu à distinguer selon la nature de l'irrégularité : actes accomplis en l'absence de pouvoir de représentation ; violation des statuts ; violation de la loi, qu'elle soit impérative voire même d'ordre public.

Le fait qu'une décharge puisse également couvrir la responsabilité de la gérance en présence d'une *violation à une loi d'ordre public* paraît a priori surprenant. Il est en effet inconcevable qu'une autorité privée, ici l'assemblée des associés, puisse valider une infraction à une loi qui touche aux intérêts fondamentaux de l'État. Mais c'est mal formuler la question. La décharge vise uniquement à régler les conséquences financières des actes posés par la gérance avec son mandant. En votant la décharge, l'assemblée ne ratifie pas des actes contraires à l'ordre public, mais décide de renoncer à tenter une action en responsabilité contre la gérance en raison de cette violation. Une personne lésée pouvant toujours renoncer à réclamer réparation de son préjudice, quelle que soit la cause de ce dernier, il n'existe aucun obstacle à une décharge en présence d'une violation d'un acte contraire à l'ordre public : l'infraction à la loi subsiste, mais vis-à-vis de la société, la gérance n'a plus à craindre pour elle des retombées financières négatives<sup>1</sup>.

La décharge engage assurément ceux qui ont effectivement approuvé la gestion des dirigeants lors de l'assemblée. Mais qu'en est-il des associés n'ayant pas participé à l'assemblée générale ou qui se sont abstenus de voter la décharge, et de ceux qui ont voté contre la décharge ? Cette situation se rencontre parfois en présence d'« *associés minoritaires* » mécontents. Traditionnellement, l'associé, s'il agissait à titre individuel, ne pouvait tenter l'action sociale, cette prérogative ayant appartenu exclusivement à l'assemblée générale (v. n° [393] et 0). Il lui fallait *agir à titre individuel*, en raison d'un préjudice spécifique qu'il aura subi, distinct de celui de la collectivité, ce qui n'est pas toujours évident (v. n° [395]). Depuis l'introduction de l'action minoritaire en droit luxembourgeois (v. n° [394]), l'associé minoritaire n'ayant pas voté la décharge pour agir en responsabilité contre les dirigeants, même si ceux-ci bénéficient de la décharge valablement votée en assemblée.

**[428] Limitations des effets de la décharge.** — Étant

le fait des actionnaires, la décharge ne dégage pas le dirigeant de sa responsabilité *envers les tiers*, ceux-ci n'ayant pas été partie au vote à l'assemblée. La décharge ne peut donc être opposée aux créanciers de la société. De ce fait, si la société est tombée en faillite, le dirigeant ayant obtenu la décharge en assemblée ne se trouvera pas automatiquement hors d'atteinte de l'action du curateur. Le curateur d'une société en faillite porte, en effet, une double casquette, en ce qu'il a qualité pour agir au nom de la société comme au nom des créanciers. En sa qualité de représentant de la société, la décharge lui sera opposable. Mais elle ne pourra lui être opposée en tant que représentant de la masse des créanciers, de sorte que le curateur aura intérêt à agir sous cette fonction.

Même *vis-à-vis des associés*, la décharge ne constitue pas non plus une échappatoire absolue. La décharge présente en effet certaines limitations. Notamment, l'assemblée ne peut valablement absoudre les dirigeants des fautes de gestion éventuellement commises par eux que si *elle se prononce en pleine connaissance de cause*<sup>2</sup>. Il faut donc que les dirigeants lui aient rendu compte de manière fidèle de leur gestion durant l'exercice écoulé. L'action sociale subsiste si le consentement donné par l'assemblée est entaché d'erreur ou de dol ; en d'autres termes, si le bilan contient des omissions ou de fausses indications dissimulant la situation réelle de la société. La décharge ne sera donc donnée valablement que si les actionnaires ont pu se rendre compte de la situation exacte de la société. Lorsque l'acte critiquable constitue une *infraction aux statuts*, la décharge ne sera valable que si l'infraction a été spécialement indiquée dans la convocation (art. 74 L1915)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57.

<sup>3</sup> Art. 74 L1915 : « (...) Cette décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation ». À strictement parler, cette disposition ne concerne que les infractions aux statuts et n'inclut pas également les infractions à la loi. Mais

<sup>1</sup> Lux. 23 déc. 2015, n° 145 724, *JTL* n° 44, p. 57.

Cette limite n'est expressément prévue que pour la SA (art. 74 al. 2 L1915<sup>1</sup>), et donc par ricochet pour la SCA. En l'absence d'un texte formel en ce sens pour les autres types de sociétés, il est permis de penser que cette limite y est également applicable, au motif qu'elle reflète le droit commun en matière de théorie des contrats.

Par application des principes de droit commun, le « quitus » sera vicié, soit par un *dol déterminant*, soit au moins par une *erreur substantielle*. Toute erreur dans les comptes sociaux non signalée aux actionnaires ne suffit donc pas pour dénier l'effet libératoire de la décharge au profit de la gérance ; tel ne sera le cas que si l'erreur ou l'omission de l'information est de nature à pouvoir influencer le vote concernant la décharge.

L'assemblée pourrait songer à se ménager une porte de sortie en accordant la décharge tout en formulant une ou plusieurs « réserves ». Par cette réserve, l'assemblée déclare formellement sa volonté de maintenir ses droits contre les dirigeants. La validité de ces réserves est douteuse : soit l'assemblée a voté la décharge, et la réserve n'aura pas sa place, car l'assemblée, comme tout un chacun, ne peut dire une chose et son contraire ; soit aucune décharge n'a été accordée, auquel cas la réserve n'est pas requise.

## B. LES AUTRES MOYENS DE PROTECTION DES DIRIGEANTS

**[429] Clauses limitatives de responsabilité.** — L'activité du dirigeant étant basée sur le mandat, elle relève du droit contractuel. On pourrait de ce fait songer à écarter ou du moins atténuer la *responsabilité civile* (la responsabilité pénale ne peut, en droit commun, pas être couverte par voie de contrat) du dirigeant par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, soit dans les statuts de la société, soit

---

l'infraction à la loi constituant un acte plus grave encore que l'infraction aux statuts, il nous semble que l'exigence de l'indication spéciale dans la convocation devrait, a fortiori, également s'appliquer aux infractions à la loi.

<sup>1</sup> Art. 74 al. 2 L1915 : « Après l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, ainsi que des commissaires. Cette décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation ».

par la voie contractuelle. Si cette clause est valable en *droit contractuel général*<sup>2</sup>, elle ne l'est pas cependant en matière sociétaire<sup>3</sup>. En effet, la validité des clauses limitatives de responsabilité est conditionnée par le fait qu'elles ne sont pas contraires à l'*ordre public*. Or, la question de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis de la société est d'ordre public, le législateur ayant voulu contrebalancer la liberté contractuelle en matière sociétaire par le droit de la responsabilité. Permettre une limitation de la responsabilité des dirigeants par la voie contractuelle romprait l'équilibre créé par le législateur, de sorte qu'il faut conclure au caractère inopérant de toute clause limitative de responsabilité, qu'elle résulte d'une décision prise en assemblée générale ou des statuts de la société même.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que la société accepte de transiger, après que la faute ait été commise, sur les conséquences de cette faute. De même, il ne lui est pas interdit d'assumer, vis-à-vis des tiers, la responsabilité civile (mais non pas pénale) éventuelle des dirigeants (sauf pour les dommages causés intentionnellement par le dirigeant). Cette prise en charge des conséquences pécuniaires de la mise en cause de la responsabilité des dirigeants, plutôt que de l'éliminer, ce qui serait contraire à l'ordre public, ne fait que transférer sur la société le coût financier de la responsabilité des dirigeants qui est restée intacte vis-à-vis des tiers.

**[430] Souscription d'une assurance responsabilité.** — Les dirigeants (ou la société pour compte de ses dirigeants) peuvent également souscrire une police d'assurance responsabilité pour faute professionnelle. La plupart des *risques civils* générés par les fautes du dirigeant (fautes de régularité, fautes de gestion) peuvent être couverts par une telle police d'assurance, à

---

<sup>2</sup> Lux. 23 mai 1969, *Pas.* 21, p. 385, Cour 13 déc. 1984, *Pas.* 26, p. 238.

<sup>3</sup> FAGNART, La responsabilité des administrateurs de société anonyme, in X, *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, 1991, p. 48.

l'exception toutefois des fautes lourdes ou intentionnelles.

La situation est différente en matière de responsabilité pénale. La *responsabilité pénale* est fondée sur la violation de la loi, considérée comme dommageable du point de vue social, même si l'acte délictueux ne porte préjudice à personne en particulier. La sanction est le prononcé d'une peine, le but étant d'assurer la sanction de la violation de la loi, de punir le coupable. Pour être efficace, la peine ne doit toucher que l'auteur de l'infraction et lui seul. Le principe de la personnalité des peines rend dès lors impossible la prise en charge de la responsabilité pénale des dirigeants par un contrat d'assurance.

**[431] Lettre d'indemnité.** — Le dirigeant peut également bénéficier d'une lettre de garantie. Il s'agit d'un engagement unilatéral de la société ou de son actionnaire majoritaire de couvrir ses dirigeants des conséquences pécuniaires d'une action judiciaire visant leur responsabilité personnelle. Cette lettre d'indemnité d'inspiration américaine est très utile pour les groupes internationaux ; les cadres du groupe sont envoyés gérer des filiales établies à l'étranger. Il est normal qu'ils n'entendent pas subir les conséquences d'une législation étrangère dont ils ignorent les arcanes. De même, les professionnels locaux qui prêtent leur assistance à de telles sociétés sont également intéressés à une telle couverture de leurs risques financiers.

Il n'y a pas d'obstacle de principe à une telle lettre, dans la mesure où elle vise à protéger le dirigeant sur le plan civil. Les sanctions pénales en revanche, étant personnelles, ne sont pas susceptibles d'être couvertes par la lettre d'indemnité. En fait, le champ d'application des lettres de garantie est le même que celui des contrats d'assurance responsabilité (v. n° [430]). Ces lettres sont destinées à couvrir les conséquences civiles des fautes non intentionnelles des dirigeants (faute d'imprudence ou de négligence).

**[432] Démission du dirigeant de ses fonctions.** — Pour échapper à sa responsabilité, le dirigeant peut également envisager de démissionner. La démission

reste cependant d'une efficacité limitée. Non seulement le dirigeant doit veiller à ce que son *départ ne compromette pas le bon fonctionnement de la société*, faute de quoi il commettrait une faute susceptible d'entraîner sa mise en responsabilité, mais en outre il restera *responsable pour toute activité antérieure à sa démission*. Il en sera même ainsi si le dommage ne se produit qu'après son départ de la société, mais qu'il a sa cause dans les faits accomplis pendant que le dirigeant était encore en fonctions<sup>1</sup>. Il faut évidemment garder à l'esprit les règles gouvernant l'opposabilité des démissions vis-à-vis des tiers comme de la société (v. n° [351] et s.), en ce sens que si la démission est immédiatement opposable à la société, elle ne le sera vis-à-vis des tiers qu'à dater de la publication, sauf à établir que les tiers en avaient connaissance.

**[433] Autorisation préalable en assemblée.** — L'autorisation préalable en assemblée constituée, en termes d'autorisations a priori, le pendant de la décharge qui opère a posteriori. Il s'agit pour le dirigeant d'obtenir des associés le consentement préalable à l'opération qu'il se propose de faire pour compte de la société. Un tel agrément préalable devrait empêcher qu'une faute puisse être reprochée par la suite au dirigeant, parce qu'il n'a fait qu'exécuter les décisions de l'assemblée générale des associés. Il semble en effet difficilement concevable qu'une assemblée puisse exercer une action en responsabilité contre un dirigeant qui n'a fait que mettre en œuvre la décision adoptée en assemblée. Cela est assurément vrai si l'assemblée a approuvé l'opération à l'unanimité. Par contre, le minoritaire qui n'a pas approuvé la décision de l'assemblée générale pourra exercer une action en responsabilité contre un dirigeant qui n'aurait fait qu'exécuter ce que la majorité avait décidé. Il pourra recourir à l'action minoritaire (v. n° [394]), de manière analogue à ce qu'il aurait pu faire si l'assemblée avait accordé à la majorité la décharge du dirigeant, dans l'hypothèse où celui-ci n'aurait pas demandé l'aval

<sup>1</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 ; Lux. 21 janv. 1988.

préalable en assemblée (v. n° [427]).

C. LA PRESCRIPTION QUINQUENNALE

[434] **Actions et personnes concernées.** — L'action en responsabilité est soumise à une courte prescription, l'article 157 L1915 déclarant prescrites « toutes actions contre les gérants, administrateurs, membres du directoire, membres du comité de direction, membres du conseil de surveillance, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils auront été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ». Le caractère général de l'expression « toutes actions » rend l'article 157 L1915 non seulement applicable aux actions exercées *par la société elle-même*, mais également à celles des *tiers* ainsi qu'à l'*action publique* pour responsabilité pénale des dirigeants.

La prescription quinquennale (au lieu de la prescription trentenaire de droit commun) se justifie par les difficultés inextricables auxquelles seraient exposés les dirigeants, s'ils devaient se battre contre des réclamations produites au bout d'un grand nombre d'années. S'agissant d'une mesure favorable pour les dirigeants, elle est réservée aux seuls dirigeants de droit. La prescription courte de cinq ans profite aux personnes citées uniquement en raison des faits de « *leurs fonctions* ». Il faut entendre par là tous les actes qui ont été posés dans le cadre de la gestion sociale, en incluant les fautes de gestion (ex. : mauvaise gestion sociale) aussi bien que les fautes de régularité (ex. : non-respect de l'objet social). La responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers ne pouvant être recherchée que pour des fautes « détachables de leurs fonctions » (v. n° § 1.B.2.b)), la prescription quinquennale ne s'appliquera pas, car la faute résulte justement d'une action réputée en dehors du mandat de gestion.

[435] **Date de départ pour le calcul du cours de la prescription.** — La prescription prend cours en principe à compter du fait dommageable (et non à partir de

la date souvent subséquente du jour où le préjudice a été révélé<sup>1</sup>). La détermination de la date du fait dommageable pose des difficultés, lorsque le dommage résulte de *plusieurs faits indivisibles*. Dans ce cas, la prescription ne court qu'à partir du dernier fait dommageable<sup>2</sup>, autrement dit au jour où prend fin le dernier fait fautif.

Une autre hypothèse délicate est celle du *dol*. Les personnes lésées ne pouvant agir tant qu'elles n'ont pas été mises au courant du fait dommageable, il serait inique si elles se voyaient interdire le recours auprès des tribunaux au motif que leur action judiciaire, quoique exercée immédiatement après la découverte du fait dommageable, serait tardive parce que révélée seulement après plus de cinq ans. Aussi, s'il peut être établi que le fait dommageable avait été dissimulé par son auteur (« faits (...) celés par dol »), dans le cadre d'une fraude, d'un artifice ou d'une tromperie volontaire, la prescription prendra cours non pas à compter du fait dommageable mais *du jour de sa révélation*, c.-à-d. à partir du jour où la victime avait la possibilité objective de connaissance des faits. Le dol exige donc une volonté de dissimuler les faits, ce qui va plus loin que la simple non-révélation de faits (sauf si celui qui a gardé le silence avait une obligation morale ou légale de renseigner)<sup>3</sup>. S'il faut donc une dissimulation, il n'est cependant pas requis que celle-ci soit imputable au dirigeant fautif.

<sup>1</sup> Lux. 30 mai 1980, n° 21 918, *Bulletin du Cercle Français Laurent II*, 1987, p. 67.

<sup>2</sup> Lux. 30 mai 1980, n° 21 918, op.cit.

<sup>3</sup> Cour 7 juill. 2010, *Pas.* 35, 2011, p. 251.



## CHAPITRE 4 LES CONTRÔLEURS

Les sociétés font l'objet de deux types de contrôle bien différents : le premier, courant dans toutes les sociétés, porte sur les chiffres et est effectué par un externe à la société (section 1) ; le deuxième, exceptionnel, est dû aux tribunaux et intervient en situation de crise (section 2).

### Section 1. Les contrôles récurrent : la vérification des comptes sociaux

[436] **Présentation.** — L'activité sociale peut être chiffrée (§ 1). Dans un souci de protection des associés et d'assistance dans leur prise de décision, notamment lorsqu'il s'agit d'approuver les comptes sociaux, les résultats chiffrés de la gestion sociale écoulée sont vérifiés par des professionnels du chiffre (§ 2). Leur mission de contrôle est de donner des assurances aux associés concernant l'exactitude des chiffres fournis par les dirigeants aux associés (§ 3). En cas de fautes commises dans l'exécution de leurs missions, les vérificateurs des comptes sociaux peuvent voir leur responsabilité être mise en cause (§ 4).

#### § 1. L'OBJET DU CONTRÔLE : LE COMPTES SOCIAUX<sup>1</sup>

Le droit des sociétés entretient des liens évidents avec le droit comptable. Ne dit-on pas que la « comptabilité n'est que l'expression chiffrée du droit civil ou commercial »<sup>2</sup>. Même si cette expression est sans doute un peu excessive, parce qu'elle fait abstraction des considérations économiques qui sont également sous-jacentes

à la technique comptable, elle comporte néanmoins une part de vérité : l'enregistrement comptable se greffe presque toujours sur une opération juridique (vente, achat, augmentation de capital, distribution de dividendes), dont il constitue la traduction chiffrée. D'où l'heureuse expression de Pierre Garnier de la comptabilité « algèbre du droit »<sup>3</sup>.

#### A. LEUR CONTENU

[437] **Des règles variables pour chaque type de société.** — Il n'existe pas d'obligations comptables communes à l'ensemble des groupements d'affaires. Les *sociétés civiles* ne sont ainsi soumises qu'à des règles très souples qui se rattachent principalement à des impératifs fiscaux.

Il existe en revanche des règles communes aux *sociétés commerciales* et *groupements (européens) d'intérêt économique*, ainsi qu'aux succursales luxembourgeoises de tels groupements d'affaires étrangers. Ces groupements d'affaires sont soumis aux règles de la comptabilité commerciale, leurs comptes devant être établis conformément aux articles 8 et s. du Code de commerce. Ces règles ont été profondément remaniées par la loi du 19 décembre 2002, par la loi du 10 décembre 2010 qui a imposé pour la première fois le respect par chaque société d'un *plan comptable minimum normalisé*<sup>4</sup>, et une nouvelle fois par la loi du 18 décembre 2015 transposant la directive 2013/34/UE (qui a abrogé la 4<sup>e</sup> directive de 1978 concernant les comptes annuels).

Jusqu'à la loi de 2002, le respect d'un *plan comptable minimum normalisé* n'existait que pour les sociétés à risque limité (L4.5.1984 ; art. 204 et s. L1915). Depuis, la tenue d'une comptabilité ainsi que le respect d'un plan comptable minimum normalisé sont devenus obligatoires pour toutes les « entreprises ». Les « entreprises » comprennent non seulement les commerçants, personnes physiques et morales, mais également les groupements auxiliaires (GIE, GEIE). Un règlement grand-

<sup>1</sup> En détail l'excellente contribution de D. BURBI dans DURO et alii, *La société en poche Luxembourg*, 12<sup>e</sup> éd., qui traite le sujet du droit comptable luxembourgeois sur quelques 250 pages ; v. également : PASQUALINI, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, Paris, 1992.

<sup>2</sup> WINDSOR/LEDOUBLE, Existe-t-il un droit comptable ? *Cahier de droit de l'entreprise*, 1977, IV, p. 1 et s., n° 37.

<sup>3</sup> GARNIER, *La comptabilité, algèbre du droit et méthode d'observation des faits économiques*, Paris, 1947.

<sup>4</sup> Sur les sources du droit comptable, v. COLIN, *Précis de droit comptable*, 2014, p. 21 et s.

ducal pourra étendre ces dispositions aux associations sans but lucratif (ASBL etc.).

Le plan comptable minimum normalisé<sup>1</sup> s'applique à toutes les « entreprises », donc également aux entreprises filiales de grands groupes internationaux. Pouvant être cotées sur des marchés boursiers étrangers, celles-ci devront, la plupart du temps, également respecter des normes comptables spécifiques que l'organe de supervision de l'organisme boursier impose au niveau des comptes annuels consolidés (les normes IAS). Pour éviter une multiplication des comptes annuels basés sur différentes normes comptables éventuellement contradictoires, la loi permet dans ce cas aux pouvoirs publics d'accorder des dérogations individuelles, afin de permettre à la filiale luxembourgeoise d'établir ses comptes annuels suivant les mêmes règles et principes que ceux applicables à l'étranger pour la société mère (art. 27).

Seules certaines *entreprises de petite dimension* échappent à cette obligation, bien qu'elles doivent elles aussi tenir une comptabilité commerciale. Il s'agit des sociétés en nom collectif et en commandite simple dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 100 000 € (art. 13). Pour les sociétés en commandite simple spéciales, cette exemption s'applique même sans plafond de chiffre d'affaires<sup>2</sup>.

À la clôture de chaque exercice, les dirigeants doivent dresser les *comptes annuels*.

En application de l'article 15 du Code de commerce, « Toute entreprise doit, en outre, établir une fois l'an un inventaire complet de ses avoirs et droits de toute nature et de ses dettes, obligations et engagements de toute nature. Les comptes sont, après mise en concordance avec les données de l'inventaire, synthétisés dans un état descriptif constituant les comptes annuels ». Il faut donc arrêter les comptes une fois par an. Mais la loi est restée silencieuse sur la date de l'arrêté comptable. Il s'agira très souvent de l'année civile. Mais rien n'empêche de retenir une autre date librement fixée dans les statuts. Il pourrait même s'agir d'une date « flottante » (p.ex. : le 1<sup>er</sup> lundi du mois

de novembre)<sup>3</sup>.

**[438] Comptes annuels des sociétés.** — En application de l'article 8 du Code de commerce, les comptes annuels des sociétés commerciales comprennent le bilan, le compte de résultat et l'annexe.

Le *bilan* décrit les éléments actif et passif de l'entreprise, dans un ordre imposé par le législateur et qui reflète le degré croissant de leur liquidité :

- l'*actif immobilisé* recense les immobilisations incorporelles dont le fonds commercial, les brevets, licences, marques, avances et acomptes, les immobilisations corporelles (terrains, constructions, matériel et outillage) et les immobilisations financières (participations<sup>4</sup>, prêts) ;
- l'*actif circulant* est composé des stocks et encours, des avances et acomptes sur commandes, des créances, des valeurs mobilières de placement et des disponibilités ;
- le *passif du bilan* regroupe les capitaux propres, les provisions pour risques et charges ainsi que les dettes. Les premiers réunissent le capital, les réserves et le résultat de l'exercice et représentent l'investissement réalisé par les associés. Les dettes constituent au contraire le passif externe de l'entreprise.

Contrairement à ce qui se passait sous la loi de 1984 qui a transposé la 4<sup>e</sup> Directive communautaire, le bilan vertical ou sous forme de liste n'est plus autorisé ; dorénavant le bilan est établi sous forme de compte, c.-

<sup>3</sup> CNC, avis 01/2014.

<sup>4</sup> La « *participation* » est constituée par des droits sociaux dans le capital d'une autre société qui, en créant un lien durable avec l'entreprise détentrice, sont destinés à contribuer à l'activité de l'entreprise. Une détention de 20% au moins du capital social d'une société est présumée refléter l'existence d'un lien de participation. L'« *entreprise liée* » renvoie à un concept plus large, puisque sont « liées » toutes les entreprises entre lesquelles existent des relations au sein d'un groupe. Deux sociétés sœurs détenues par une mère commune sont « liées » et constituent des participations de la société mère.

<sup>1</sup> Règ. gd. 10 juin 2009, Mém. A n° 145 du 22 juin 2009.

<sup>2</sup> SCHUMMER/STEICHEN, Société en commandite simple – réflexion sur certaines obligations comptables, in : *Les commandites en droit luxembourgeois*, JT Lux, Les Dossiers n° 3, 2013, p. 165 ; BOON/CRASQUIN, Immatriculation, publicité et principes de droit comptable des sociétés en commandite simple et spéciale, *JurisNews. Droit des sociétés* Vol. 6 n° 5-6/2013, p. 227.



à-d. un *bilan horizontal*.

En comptabilité, le bilan comptable est un document financier appelé état de synthèse. Il s'agit d'un tableau récapitulatif, d'un côté, tous les moyens de production d'une entreprise et, de l'autre, l'ensemble des moyens de financement mis à sa disposition. Un bilan comptable représente, à un instant « t » donné, une photographie du patrimoine de l'entreprise, c'est-à-dire :

- d'une part, ce qu'elle possède (des « *actifs* »). Dans le lexique financier, ils sont également appelés « emplois ». Il en existe trois sortes : les emplois permanents (détenus pendant un long moment par l'entreprise), les emplois temporaires (détenus pour une période inférieure à 12 mois) et les ressources qu'elle a détruites (accumulation de pertes) ;
- d'autre part, ce qu'elle doit (des « *passifs* »). Il s'agit des « ressources ». Il existe les ressources permanentes (qui sont laissées à la disposition de l'entreprise de manière quasi-définitive), les ressources temporaires et également les nouvelles ressources générées par l'entreprise : les profits qu'elle réalise.

Le *compte de résultat* mentionne l'ensemble des produits et charges de l'exercice et fait apparaître le résultat par différence sous forme de bénéfice ou de perte.

Le compte de résultat est un document économique (appelé état de synthèse) permettant de voir combien l'entreprise a fait d'affaires sur une période appelée exercice comptable et si, au final, elle en a retiré un bénéfice ou une perte. Contrairement au bilan comptable qui récapitule le patrimoine d'une entreprise et ses variations depuis la création de l'entreprise, le compte de résultat ne s'intéresse pas au passé mais uniquement à l'année qui vient de s'écouler. Il permet de recomposer et de comprendre la formation du résultat en recensant les produits et les charges de l'année et en les comparant selon leur nature (courante, financière, exceptionnelle).

Enfin, l'*annexe* complète et commente les informations comptables données par les documents précédents et indique toutes les « informations d'importance significative sur la situation patrimoniale et financière et sur le résultat de l'exercice ». La loi comptable dresse une liste imposante de mentions requises. L'annexe a pour but d'assurer la fidélité des comptes sociaux ; en effet, ces derniers, qui doivent naturellement être réguliers et sincères, doivent en outre « donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise ». Figurent ainsi, par exemple, à l'annexe : les cautionnements, avals et

garanties donnés par la société et un état des sûretés consenties par elle.

Les comptes sociaux portant sur des chiffres, il en est de même de l'annexe. Une entreprise ne se résume cependant pas à des informations financières. D'autres aspects sont également importants, telle que la politique environnementale poursuivie. Aussi, la nouvelle directive comptable 2013/34/UE a été amendée en ses articles 19 et 29, afin d'y introduire une certaine *publication d'informations non financières* de type environnemental, social, salarial et relatives aux droits de l'Homme. Cette information prend la forme d'une déclaration qui, dans chacun de ces domaines, doit comprendre une description des politiques mises en place, des résultats et des risques liés et la manière dont la société les gère. En droite ligne, l'article 20 de la nouvelle directive 2013/34/UE a également été modifié afin de renforcer par ce biais la transparence en ce qui concerne la politique de diversité appliquée par les sociétés. Ces informations doivent figurer dans la déclaration sur le gouvernement d'entreprise et décrire les objectifs d'une telle politique, ses modalités de mise en œuvre et les résultats obtenus.

Le Luxembourg a transposé la nouvelle directive comptable par une loi du 23 juillet 2016 qui concerne toutes les sociétés à risque limité d'intérêt public et employant plus de 500 personnes. Ces sociétés doivent, conformément à un nouvel article 68bis LRCS, fournir des précisions quant à certains éléments de leur politique non financière, principalement dans le cadre de l'établissement de leur rapport de gestion, afin de mettre les lecteurs des états financiers en mesure d'apprécier non seulement la rentabilité de l'entreprise, mais également le gouvernement d'entreprise adopté par la société sur des questions sociétales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 68bis (2) LRCS : « Les entreprises visées au paragraphe (1) incluent dans le rapport de gestion une déclaration non financière comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption, y compris : a) une brève description du modèle commercial de l'entreprise ; b) une description des politiques appliquées par l'entreprise en ce qui concerne ces questions, y compris les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre ; c) les résultats de ces politiques ; d) les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services

L'« *image fidèle* » est l'objectif central de la comptabilité<sup>1</sup>. Elle n'est curieusement pas définie dans la loi. La notion d'image fidèle est issue de la 4<sup>e</sup> Directive européenne, elle-même inspirée du concept anglo-saxon de « *true and fair view* ». L'image fidèle ne peut se résumer par le simple respect des principes comptables. Le respect des principes comptables est nécessaire, mais malheureusement pas toujours suffisant pour atteindre l'image fidèle. L'image fidèle est ainsi *une notion globale et synthétique* intégrant, non seulement, le respect des règles (les principes comptables, en l'espèce), mais aussi une sorte d'obligation de fournir loyalement toute l'information utile et pertinente pour permettre aux personnes intéressées d'avoir, à travers les comptes sociaux, une perception exacte de la réalité économique de l'entreprise. L'image fidèle est, en quelque sorte, la meilleure traduction possible de la situation de l'entreprise. L'image fidèle doit être fournie globalement par les états financiers, c'est-à-dire par le bilan, le compte de résultat et l'annexe. Si l'application des principes comptables ne permet pas de fournir une image fidèle de la situation financière de la société, celle-ci pourra *déroger aux principes comptables* dans la mesure du nécessaire, afin de respecter le principe de l'image fidèle. Ce droit de dérogation doit cependant rester exceptionnel, car en principe le respect des principes comptables devrait justement permettre de donner une image fidèle de la situation financière de la société<sup>2</sup>.

**[439] Rapport de gestion.** — Les sociétés doivent, d'autre part, établir un rapport de gestion écrit. Ce rapport expose notamment la *situation* de la société durant l'exercice écoulé, son *évolution* prévisible, les *événements importants* survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement ainsi que toutes les autres informations qui doivent y

---

de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques; e) les indicateurs clés de performance de nature non financière concernant les activités en question ».

<sup>1</sup> PASQUALINI, L'image fidèle : mythe ou réalité?, *ACE* 2015/10, p. 20.

<sup>2</sup> CJUE 3 oct. 2013, *GIMLE SA*, n° C-322/12, obs. GRANIER, *BJS* 2014, p. 28 : le principe de l'image fidèle ne permet pas de déroger à la règle d'évaluation des actifs sur base de leur coût d'acquisition, au profit de l'évaluation sur la base de leur valeur réelle, même en cas de disproportion importante entre ces deux.

être insérées sur ordre de la loi (art. 68 § 2 L19.12.2002). Le rapport de gestion des sociétés cotées en bourse inclut en outre une section des informations pertinentes par rapport au code de gouvernement d'entreprise utilisé (art. 68bis L19.12.2002). Le rapport de gestion fait l'objet d'un contrôle de « concordance » avec les comptes sociaux (art. 69 § 1<sup>er</sup> b L19.12.2002) et doit, de ce fait, être remis à l'auditeur un mois avant l'assemblée, ensemble avec les autres documents<sup>3</sup>.

Le rapport de gestion, dans la pratique, est le rapport de gestion définitif de l'organe de gestion, sauf en cas de modifications apportées en raison du contrôle subséquent opéré par l'auditeur. En théorie, rien n'empêche l'organe de gestion de laisser inchangé le rapport de gestion, même si l'auditeur demande à le voir modifié. Mais dans ce cas, la société s'expose à voir l'auditeur émettre son attestation avec une réserve (v. n° [465]), ce que la société essaie généralement d'éviter. En adaptant le rapport de gestion suite aux commentaires de l'auditeur, l'organe de gestion permettra à l'auditeur d'émettre une attestation sans réserves. Ce sera ce rapport de gestion modifié qui sera disponible pour les actionnaires huit jours avant l'assemblée (art. 73 L1915).

Les *sociétés de petite et moyenne dimension* (v. n° [438]) peuvent faire l'économie du rapport de gestion mais doivent dans ce cas reprendre les mêmes informations dans l'annexe (art. 68 § 3 L19.12.2002). Lorsque des modifications interviennent dans la présentation des comptes comme dans les méthodes d'évaluation retenues, celles-ci sont signalées dans le rapport de gestion et, le cas échéant, dans le rapport des commissaires aux comptes (ou réviseurs d'entreprise). Quand la société est dotée de commissaires aux comptes (ou

---

<sup>3</sup> « (...) remet les pièces, avec un rapport sur les opérations de la société, (...) » ; art. 72 dernier alinéa L1915. Ce rapport, dans la pratique, est le rapport de gestion définitif de l'organe de gestion, sauf les modifications à y apporter en raison du contrôle subséquent opéré par l'auditeur.

de réviseurs d'entreprise), les rapports annuels et le rapport de gestion (ainsi que, le cas échéant, les comptes consolidés et le rapport sur la gestion du groupe) sont tenus à leur disposition au siège social huit jours au moins avant la convocation de l'assemblée appelée à statuer sur les comptes annuels (art. 73 L1915). Ces différents documents sont délivrés en copie aux actionnaires (au porteur, en nom) s'ils en font la demande (art. 73 al. 2 L1915).

**[440] Importance de la taille de la société.** — Le *degré d'information des actionnaires et des tiers* répond à une double logique. La finalité première de la comptabilité est d'informer les associés sur la gestion de la société. Ce n'est qu'ensuite qu'intervient l'objectif de protection des créanciers sociaux. Voilà pourquoi l'information financière que les dirigeants doivent fournir aux associés et actionnaires est plus détaillée que celle qu'ils doivent déposer au RCS en vue de l'information des tiers. Par ailleurs, les besoins d'information ne sont pas les mêmes pour toutes les sociétés : moins marqués dans les petites et moyennes entreprises, souvent de type familial, ils sont nettement plus importants dans les grandes entreprises<sup>1</sup>. Enfin, la question de la comptabilité perd quelque peu de son importance, lorsque l'entreprise est exercée sous une forme juridique entraînant de toute façon la responsabilité illimitée des exploitants. Il s'ensuit le régime suivant en matière de tenue de comptabilité :

- si toutes les entreprises doivent tenir, en principe, une comptabilité sur la base des dispositions des articles 8 et s. du Code de commerce, les *commerçants personnes physiques* ainsi que les *sociétés en nom collectif* ou en *commandite simple*, dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas €100 000 (ainsi que les SECsp quel que soit leur chiffre d'affaires), ont la faculté de ne pas tenir une telle comptabilité

<sup>1</sup> Ces chiffres vont changer suite à la transposition de la directive 2013/34/UE ; v. BURBI, La nouvelle directive comptable 2013/34/UE : une réforme a minima des vieilles directives comptables ?, *ACE* 2014/4, p. 8.

(art. 13 C.com.);

- les *entreprises de taille moyenne* peuvent établir un compte de résultat abrégé regroupant certaines charges et certains produits. Elles peuvent également se contenter d'une annexe abrégée. Les entreprises sont de taille moyenne si elles ne dépassent pas, à la clôture de l'exercice comptable, deux des trois critères suivants : total du bilan : €17,5 millions ; chiffre d'affaires : €35 millions ; effectif employé : 250 personnes (art. 47 LRCS).
- les *petites entreprises* non cotées en bourse peuvent établir non seulement le même compte de résultat abrégé que les entreprises de taille moyenne, mais en plus un bilan abrégé. Ceci requiert que le total du bilan de l'entreprise ne dépasse pas €4,4 millions, le chiffre d'affaires €8,8 millions<sup>2</sup>, et que l'effectif de l'entreprise n'atteigne pas 50 personnes. Il suffit que l'entreprise remplisse deux des trois critères (art. 35 LRCS).

**[441] LUX GAAP ou IFRS.** — Suite à la loi du 10 décembre 2010 relative à l'introduction des normes comptables pour les entreprises (la « Loi Comptable »), il est devenu possible pour les entreprises de choisir entre deux référentiels comptables pour l'établissement de leurs comptes annuels. Elles pourront, comme par le passé, s'en tenir aux « LUX GAAP », c.-à-d. aux règles habituellement connues en droit luxembourgeois. Mais elles pourront également opter pour l'application des normes International Financial Reporting Standard (IFRS)<sup>3</sup>.

L'une des principales différences entre ces deux

<sup>2</sup> Le chiffre d'affaires exclut les produits financiers (dividendes, gains en capital en raison de la cession de droits sociaux, intérêts sur prêts accordés), ce qui exclut en pratique les SOPAFI ; v. la passe d'armes entre l'IRE et l'OECL sur ce point : Doc. parl. n° 5976 relatif à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises, notamment les 5978(2) et 5976(3).

<sup>3</sup> MACCHI, La loi du 10 décembre 2010 ou la modernisation incomplète du droit comptable luxembourgeois, *Jurisnews. Droit des sociétés*, n° 3/2011.

normes est que les LUX GAAP s'en tiennent à une évaluation au plus bas du coût d'achat<sup>1</sup> ou de la valeur de marché pour les biens, tandis que les normes IFRS retiennent l'évaluation à la juste valeur, c.-à-d. à la valeur de marché, non seulement pour les instruments financiers, mais également pour telles autres catégories d'actifs que l'entreprise identifiera aux fins d'évaluation à la juste valeur. Les LUX GAAP retardent la date de la reconnaissance du bénéfice jusqu'au jour de la cession du bien, là où les IFRS permettent de constater de simples gains de réévaluation. Il s'ensuit que le bénéfice comptable de l'entreprise ne sera pas le même, selon qu'elle opérera en LUX GAAP ou en IFRS. La chose se complique davantage encore en ce que la loi du 10 décembre 2010 permet aux entreprises d'évaluer en LUX GAAP certains éléments du bilan à leur juste valeur (section 7 bis ; les « LUX GAAP avec option à la juste valeur »), ce qui rapproche les Lux GAAP des IFRS sur les points pour lesquels l'option d'évaluation à la juste valeur a été retenue.

Une même entreprise aura dès lors un bénéfice différent, selon qu'elle aura retenu les LUX GAAP, les Lux GAAP avec l'option d'évaluation à la juste valeur, ou les IFRS. Ceci pose évidemment un problème de fond : le *bénéfice distribuable* en IFRS devra-t-il être recalculé sous LUX GAAP afin d'assurer une égalité de traitement des entreprises ? Une entreprise distribuant ce qui est disponible en IFRS, mais non en LUX GAAP, verse-t-elle des dividendes fictifs (v. n° [282]) susceptibles d'entraîner des sanctions pénales ? On aurait pu penser que l'article 64septies, autorisant les entreprises à inscrire au compte de résultat tout changement de valeur induit par l'évaluation à la juste valeur, aurait en fait avalisé le choix des entreprises en la matière, de sorte que le législateur s'en serait remis dans ces hypothèses à l'entreprise pour déterminer son bénéfice distribuable dans le cadre de l'objectif d'image fidèle. De ce fait, le bénéfice distribuable tel que déterminé en conformité avec le référentiel comptable retenu par l'entreprise serait du coup également réputé distribuable en droit des sociétés<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Le coût d'achat doit être mis en compte, même si la valeur de marché du bien est clairement supérieure au jour de l'achat : CJUE *État belge c/Gimle SA*, 3 oct. 2013, aff. 322/12.

<sup>2</sup> En sens opposé : PREUD'HOMME/LELEUX, De nouvelles options comptables pour les sociétés immobilières

Cette approche n'est toutefois plus possible depuis l'insertion d'un article 72ter dans la loi de 2002 sur le RCS<sup>3</sup>. Cet article déclare non distribuables les réserves provenant d'éléments non réalisés, sauf quelques rares exceptions (les plus-values latentes relatives au portefeuille financier de négociation sont quasi réalisées, ce qui justifie leur inclusion dans les bénéfices distribuables). Le législateur se méfie en effet des risques liés à des politiques de distributions de dividendes trop généreuses. De ce fait, il faut retraiter les capitaux propres IFRS ou Lux GAAP à la juste valeur afin de passer aux capitaux propres en Lux GAAP classiques qui serviront de base à la fixation du montant des bénéfices distribuables (méthode du « retraitement »). Ces règles ne s'appliquent toutefois que pour le droit commun des sociétés visées par la loi de 1915, de nombreuses lois sectorielles prévoyant des règles spécifiques dans leur domaine concerné (SICAV, SICAF, FID, ...).

Exemple : La société évalue à sa juste valeur ses actifs immobilisés. Elle réalise de ce fait une plus-value latente (de réévaluation) de 10 qui s'ajoute au résultat ordinaire de 20. La société dispose des capitaux propres suivants :

Capital :	100
Réserve légale :	10
Réserves libres	40
Résultat de l'exercice	30

Le montant des réserves a priori distribuables s'élèvera à :  $40 + 30 - 10 = 60$ . Un montant de 10 correspondant aux plus-values latentes de réévaluation est à inscrire à un poste de réserve indisponible, de sorte que les capitaux propres retraités auront la forme suivante après approbation en assemblée (et avant toute décision de distribution de dividendes) :

Capital :	100
Réserve légale :	10

luxembourgeoises, *ACE* n° 02, 2011, p. 23 (28).

<sup>3</sup> Art. 72 ter. (1) : « Les entreprises visées à l'article 77 alinéa 2 point 1°, à l'exception des sociétés d'investissement au sens de l'article 30, ayant exercé l'option prévue à l'article 72 bis ne peuvent pas distribuer ou utiliser à une autre fin : a) les produits et gains non réalisés inscrits au compte de profits et pertes, nets d'impôts y relatifs ; b) les produits et gains non réalisés, nets d'impôts y relatifs, inscrits en capitaux propres ne transitant pas par le compte de profits et pertes ; c) les variations de capitaux propres positives, nettes d'impôts y relatifs, constatées dans le bilan d'ouverture des premiers comptes annuels établis en application du chapitre II bis ou lors de la première application d'une norme à une catégorie ou à un élément d'actif ou de passif ou à un instrument de capitaux propres déterminé ».

Réserve indisponible	10
Réserves libres	40
Report à nouveau	20

Le montant du bénéfice réellement distribuable est donc bien de : 40 (réserves libres) + 20 (report à nouveau) = 60.

Ceci résout également par la négative la question du caractère distribuable des *réserves occultes*. D'un point de vue économique, il ne devrait pas y avoir d'obstacles à leur distribabilité, car l'enrichissement est réel, sauf qu'il n'a pas encore été constaté en comptabilité, en l'absence d'une opération avec un tiers. Mais si la loi déclare non distribuable les écarts de réévaluation provenant de l'application de la méthode de la juste valeur, a fortiori doit-il en être de même d'écarts de réévaluation qui ne figurent même pas dans les comptes annuels, telles que les réserves occultes. Il faut en déduire que la distribution de réserves occultes constitue un dividende fictif (dans la mesure où la société ne dispose pas, de toute façon, de sommes distribuables suffisantes).

**[442]Faux bilan.** — Toutes les sociétés commerciales doivent établir régulièrement des comptes sociaux, la loi de 1915 donnant des indications plus ou moins précises quant aux règles d'enregistrement et d'évaluation des biens. Les dirigeants étant en charge d'assurer la régularité de la société au regard des dispositions légales et réglementaires, toute faute dans l'établissement des comptes sociaux qu'ils commettraient est susceptible de constituer une faute de régularité (v. n° [399] ; art. 69ter LRSC).

Mais il faut y ajouter le risque d'infraction pénale au titre de « faux bilan » (art. 169 L1915)<sup>1</sup>. L'infraction de faux bilan est sévèrement sanctionnée par l'emprisonnement et une amende de € 5 000 à € 250

<sup>1</sup> Art. 169 L1915 : « Sont punis de la réclusion entre cinq et dix ans et d'une amende de 5.000 à 250.000 euros, les personnes qui ont commis un faux, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, dans les bilans ou dans les comptes de profits et pertes des sociétés, prescrits par la loi ou par les statuts, soit par fausses signatures, soit par contre-façon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leurs insertions après coup dans les bilans ou dans les comptes de profits et pertes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes ont pour objet de recevoir et de constater ».

000. Par application des principes généraux du droit pénal (art. 196 C pén.), le faux bilan nécessite la réunion de trois éléments<sup>2</sup> :

- une *intention frauduleuse* (« avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire »). Pour qu'il y ait faux bilan, il faut que l'auteur recherche un avantage ou un profit, financier ou autre, pour lui-même, en cherchant délibérément à induire en erreur le lecteur des comptes sociaux. La loi requiert un dol spécial, consistant dans le fait que les dirigeants agissent afin de dissimuler la véritable situation comptable de la société. Il ne faut cependant pas exagérer la portée pratique de ce dol spécial, puisqu'il est difficile d'imaginer que les comptes annuels soient falsifiés dans un autre but que la dissimulation de la véritable situation comptable de l'entreprise. La preuve de l'intention frauduleuse découlera des faits matériels de l'espèce, notamment de l'ampleur du mensonge, de la gravité des inexactitudes, de l'existence de plusieurs jeux de bilans différents ou de la nature des moyens frauduleux mis en œuvre ;
- une *altération de la vérité*. Le bilan est faux s'il n'est pas établi conformément aux dispositions légales en vigueur en donnant une image meilleure de la société que celle qui existe en réalité. Généralement, le faux bilan se traduit par une surévaluation des avoirs ou une diminution induite du passif ;

Chaque entreprise a sa propre politique comptable, destinée à appliquer le référentiel comptable à son propre cas d'espèce. Il n'y a là rien de critiquable, car la réglementation comptable a su préserver une certaine flexibilité, afin de permettre aux entreprises de tenir compte de leur situation particulière. Mais les choses deviennent très contestables lorsque l'entreprise cherche de façon délibérée à tromper le lecteur de ses comptes sociaux en se livrant à ce que les spécialistes appellent de façon imagée quoique ambiguë la « *comptabilité créative* » ou « *imaginative* »<sup>3</sup>. Déjà le célèbre

<sup>2</sup> Lux. 23 mars 1989, n° 470/89.

<sup>3</sup> On lira avec un intérêt mêlé d'inquiétude BERTOLUS, L'art de truquer les bilans, *Science et vie économique*, n° 40, p. 16.

pâtissier Auguste DETOEUF, dans ses *Propos d'O.L. Barenton, confiseur* (1938), nous apprenait que le bénéfice est « un chiffre arbitraire à l'intérieur d'un domaine délimité inférieurement par la crainte de l'assemblée générale et supérieurement par la crainte de la correctionnelle ».

- susceptible de causer *préjudice* (moral ou plus souvent financier). C'est la communication collective mensongère des comptes aux tiers (la publication), ou aux associés (la présentation) au cours de leur assemblée générale ordinaire, ou par les documents envoyés pour la préparation de cette réunion, qui est sanctionnée. La communication à un seul individu, associé ou non, ne réalise pas de délit. Par contre, la présentation de faux bilans étant un délit formel, il ne comprend pas dans ses éléments constitutifs l'effet du mensonge sur l'esprit des associés. La présentation est punissable même quand les associés ne l'ont pas lue, ni écoutée. Cette condition sera généralement remplie, car le faux bilan peut amener les tiers à contracter avec la société au vu de sa situation financière apparemment bonne. Est donc visé non seulement le préjudice actuel, mais également le préjudice possible<sup>1</sup>.

**[443] Exercice social.** — Les sociétés commerciales doivent, comme tout commerçant, tenir une comptabilité régulière. L'article 8 du Code de commerce leur fait obligation de procéder, de façon chronologique, à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine social et de dresser un inventaire une fois l'an. Sur la base de ces documents, elles doivent ensuite établir des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe. Ainsi l'annualité de l'exercice social est une exigence principalement comptable, devant laquelle s'est incliné le droit fiscal comme le droit des sociétés. L'exercice social ne correspond pas nécessairement à l'année civile, et certaines sociétés préfèrent adopter d'autres formules (ex : clôture en juin).

Des exceptions au principe de l'annualité sont par

ailleurs admises, par exemple pour le *premier exercice social*, ou lorsque l'exercice est *modifié en cours de vie sociale*.

Il est admis en pratique, en l'absence de tout texte (sauf pour les sociétés de capitaux ; art. 70 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « chaque année »), que le *premier exercice social* peut excéder douze mois. Cette pratique est surtout utile en présence de sociétés constituées peu de temps avant le 31 décembre et clôturant régulièrement à cette date. Si on appliquait seulement les textes, il faudrait que la société constituée le 15 décembre de l'an 01 établisse un bilan au 31 décembre de l'an, donc pour une période de 15 jours. Voilà pourquoi les statuts de la société prévoient, la plupart du temps, que le premier exercice social a une durée plus longue, afin de faire l'économie de l'établissement du bilan au 31 décembre. Dans l'exemple en question, cela voudra dire que le premier exercice social ira du 15 décembre de l'année 01 au 31 décembre de l'année 02. Il faut toutefois garder en tête que cette pratique est limitée aux aspects « droit des sociétés », les sociétés ne pouvant jamais, du point de vue fiscal, avoir un exercice fiscal dépassant les douze mois. Par ailleurs, la durée maximale du premier exercice est de 18 mois (art. 70 L1915).

Les associés peuvent *modifier, en cours de vie sociale, la date d'arrêté comptable*. Cette modification nécessite bien évidemment une modification des statuts, car la date d'arrêté comptable figure elle-même dans les statuts de la société. Généralement, l'assemblée s'y prend à temps, de sorte que le changement de l'exercice social n'a d'effet que pour l'avenir. Mais il n'en est pas toujours ainsi, et il n'est pas rare que l'assemblée tente de modifier avec effet rétroactif la date de clôture des comptes sociaux. En principe, ce changement rétroactif porte tous ses effets. Mais il existe une date butoir : la date d'arrêté comptable du dernier exercice social. Le principe d'intangibilité des exercices comptables empêche en effet que l'assemblée puisse modifier *a posteriori* le résultat comptable en allongeant, ou en raccourcissant, la durée de l'année comptable. Voilà pourquoi il ne sera pas possible à l'assemblée des actionnaires de modifier rétroactivement, après le 31 décembre de l'an 01, l'année comptable clôturant jusqu'alors le 31 décembre, afin de clôturer les comptes au 30 juin 01. Autrement dit, la modification de l'année comptable doit être décidée par les associés avant la clôture de l'exercice comptable.

<sup>1</sup> Cour 19 avr. 1988, *Pas.* 27, p. 169.

B. LEUR APPROBATION ET PUBLICITÉ<sup>1</sup>

[444] **Approbation annuelle des comptes sociaux.**

— Il est important pour les associés et actionnaires d'être informés régulièrement sur la gestion écoulée de la société, car ils y ont engagé des moyens financiers souvent considérables. Cela leur permettra d'effectivement exercer leur contrôle sur la gestion sociale. Aussi l'article 70 L1915 exige pour les sociétés anonymes (et par ricochet pour les SCA) la tenue annuelle d'une assemblée générale ordinaire ayant pour but d'approuver les comptes sociaux de l'exercice écoulé<sup>2</sup>. L'article 197 L1915 prévoit la même chose dans les sociétés à responsabilité limitée<sup>3</sup>. Ces deux articles reflètent un principe général applicable à toutes les sociétés commerciales : l'assemblée générale ordinaire doit être tenue au moins une fois l'an. La généralité de la formulation de l'article 163 L1915 permet de penser que toutes les sociétés doivent soumettre leurs comptes sociaux l'année de la clôture de l'exercice social.

L'approbation des comptes sociaux de l'exercice écoulé se fait dans l'assemblée générale ordinaire des associés. C'est d'ailleurs son attribution essentielle.

L'assemblée générale des associés délibère et statue sur les comptes sociaux. Elle délibère en ce sens que tout associé peut demander les explications qu'il juge utiles. De même, l'assemblée peut modifier les comptes sociaux proposés par les dirigeants, si elle estime qu'ils ne sont pas conformes aux dispositions légales en vigueur. Mais elle statue également, car à la suite de sa délibération, soit elle approuvera les comptes sociaux, éventuellement amendés, soit elle refusera leur approbation. Habituellement, cette décision est accompagnée de la révocation des dirigeants ou provoque leur démission.

Le refus d'approbation des comptes sociaux est très rare en pratique. Il s'explique parfois par le souci des associés mécontents de la gestion sociale passée de préserver leurs chances en matière d'un recours éventuel en responsabilité contre les dirigeants. Cette analyse est sans doute justifiée dans les sociétés ne connaissant ou ne pratiquant pas la technique du *quitus* (v. n° [426]). Dans ces sociétés, en effet, il faut présumer que l'approbation des comptes sociaux vaut également décharge pour les dirigeants. En revanche, dans les autres sociétés, le vote du bilan n'est accompagné d'aucune présomption légale de décharge.

La décision de l'assemblée prise en tant qu'organe s'impose à tous ses membres, de sorte qu'aucun associé ne pourra, par la voie judiciaire, obtenir modification des comptes sociaux. Cette possibilité ne sera ouverte aux associés que si les comptes sociaux sont contraires aux statuts, car une assemblée ordinaire ne saurait modifier les statuts. Lorsque les comptes sociaux sont contraires à la loi, l'associé ayant été mis en minorité ne sera pas désarmé pour autant, car il pourra s'adresser au parquet au motif de faux bilan (v. n° [442]).

[445] **Publicité des comptes sociaux**<sup>4</sup>. — Dans les « entreprises » au sens de l'article 8 du Code de commerce, une fois les documents sociaux approuvés, il y a lieu de les publier afin d'informer les tiers sur la situation financière de la société. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux entreprises visées à l'article 13 du Code de commerce, soit aux entreprises dont le chiffre d'affaires reste inférieur à

<sup>1</sup> BURBI, Publicité comptable et protection des tiers au Luxembourg : rappel historique bilan et perspectives, in : VARIO AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 387.

<sup>2</sup> Art. 70 L1915 : « Il doit être tenu, chaque année, au moins une assemblée générale au Grand-Duché de Luxembourg. L'assemblée doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice et la première assemblée générale peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant sa constitution ».

<sup>3</sup> Art. 197 L1915 : « Chaque année, la gérance doit dresser un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société, avec une annexe contenant en résumé tous ses engagements, ainsi que les dettes des gérants, commissaires et associés envers la société. (...) Le bilan et le compte des profits et pertes sont soumis à l'approbation des associés qui se prononceront aussi par un vote spécial sur la décharge de la gérance et des commissaires de surveillance s'il y en a ».

<sup>4</sup> X, Le défaut de publication des comptes annuels. Une infraction comptable, *JurisNews. Droit pénal des affaires*, Vol. 2 n° 3/2013.

€ 100 000, ni aux SECsp sans plafond de chiffre d'affaires<sup>1</sup>. La publicité constitue en quelque sorte la contrepartie indispensable de la responsabilité limitée dont bénéficient les associés dans certains types de sociétés. Aussi doivent-ils être déposés dans le mois de l'approbation par les associés (art. 75 L19.12.2002), quel que soit le caractère de la société (société cotée en bourse ou société familiale ; société fortement endettée ou autofinancée)<sup>2</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, le dépôt des documents comptables s'effectue obligatoirement par la voie électronique<sup>3</sup>.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a conféré une portée large à cette exigence de publicité, car elle a considéré dans un arrêt de 1997 que le droit national ne pouvait pas valablement limiter l'accès aux comptes sociaux aux seuls associés et créanciers sociaux. Au contraire, suivant la Cour, l'objectif de la disposition est d'informer tous les « tiers qui ne connaissent pas ou ne peuvent pas connaître suffisamment la situation comptable et financière de la société ». Cette catégorie inclut, outre les créanciers sociaux, toute autre personne intéressée par la marche financière de la société<sup>4</sup>.

On pensera notamment aux créanciers sociaux, car ceux-ci ont un intérêt certain à connaître la situation financière de la société avec laquelle ils traitent. Les associés n'ont en principe pas besoin de la publicité afin de connaître la situation financière de la société, puisqu'ils sont informés des affaires sociales lors de l'assemblée des associés.

#### [446] Sanctions en cas de défaut de tenue de l'assemblée ou en cas de non-publication des

<sup>1</sup> SCHUMMER/STEICHEN, Société en commandite simple – réflexion sur certaines obligations comptables, in : *Les commandites en droit luxembourgeois*, JT Lux, Les Dossiers n° 3, 2013, p. 165 ; BOON/CRASQUIN, Immatriculation, publicité et principes de droit comptable des sociétés en commandite simple et spéciale, *JurisNews. Droit des sociétés* Vol. 6 n° 5-6/2013, p. 227.

<sup>2</sup> Lux. 9 mars 1992, n° 300/92.

<sup>3</sup> Ouvrage collectif, *Le dépôt électronique des documents comptables auprès du Registre de commerce et des sociétés*, Waterloo, 2012.

<sup>4</sup> CJUE 4 déc. 1997, *Verband deutscher Daihatsu Händler*, RS 1998, p. 63, note GUYON.

**comptes sociaux.** — Les *dirigeants* qui négligent de convoquer l'*assemblée générale ordinaire* dans les six mois de la clôture de l'exercice social, en vue de l'approbation des comptes sociaux, s'exposent à certaines sanctions qui peuvent être lourdes.

Ces fautes constituent tout d'abord une *faute de régularité* sur le plan de la responsabilité civile (v. n° [388]). Il faudra cependant établir que le préjudice subi se trouve effectivement en relation causale avec le retard, sans que l'on ne puisse présumer que le dommage subi résulte de ce retard.

Elles sont également sanctionnées par une amende pénale de € 500 à € 25 000 (art. 163 n° 2 L1915)<sup>5</sup>. Cette disposition s'applique également aux SARL, la convocation à la réunion de l'assemblée étant le cas échéant remplacée par la communication des comptes annuels aux associés<sup>6</sup>. La disposition ne s'applique toutefois qu'aux sociétés à risque limité (société de capitaux, société à responsabilité limitée, société coopérative). L'article 163 L1915 sanctionnant un délit purement matériel, l'amende pénale sera due indépendamment des intentions de leur auteur<sup>7</sup>.

Ces responsabilités qui ont pour but de forcer le conseil d'administration à respecter son devoir d'information vis-à-vis des actionnaires se prescrivent par cinq ans (art. 157 L1915). L'omission de soumettre les comptes sociaux à l'assemblée générale étant

<sup>5</sup> Art. 163 n° 2 L1915 : « Sont punis de la même peine (c.-à-d. : sont punis d'une amende de 500 à 25 000 euros) : (...) 2° les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la présente loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (...) ».

<sup>6</sup> Lux. 2 mai 1990, n° 701/90.

<sup>7</sup> Lux. 13 juill. 1998, *Bulletin St-Yves* n° 91, p. 59 ; Cour 27 avr. 1999, *Bulletin St-Yves*, loc. cit.



consommée six mois après la clôture de l'exercice respectif, il s'ensuit que l'action pénale est prescrite au bout de cinq ans et six mois après la date de clôture de l'exercice social. L'approbation des comptes sociaux devant se faire chaque année, les sanctions prévues à l'article 163 L1915 pourront se cumuler autant de fois qu'il y aura eu d'infractions<sup>1</sup>.

Le *défaut de publication*, constitue non seulement une faute de régularité sur le plan de la responsabilité civile, mais est également sanctionné pénalement, à condition toutefois qu'il ait été motivé par des considérations frauduleuses<sup>2</sup> (art. 166 n° 2 L1915). Chaque non-publication sera appréciée de façon isolée et pourra donc s'ajouter aux infractions similaires relatives aux autres années sociales<sup>3</sup>. Normalement, c'est le parquet qui veillera au respect de cette obligation de publicité et engagera les poursuites adéquates. Toutefois, rien n'empêche tout intéressé de saisir le parquet en ce sens.

La responsabilité pénale est en principe personnelle. Elle n'existera qu'en présence de l'*élément moral* chez le dirigeant, c.-à-d. si l'infraction a été commise librement et sciemment. C'est ainsi que le dirigeant sera responsable si l'omission de la publication résulte de son fait personnel, mais non pas si l'assemblée a refusé d'approuver les comptes sociaux présentés par le dirigeant, si par ailleurs ces comptes s'avèrent être exacts<sup>4</sup>. Il n'existe donc aucune obligation de résultat en cette matière.

Lorsqu'il y a *plusieurs dirigeants*, leur responsabilité est solidaire<sup>5</sup>; notamment, un dirigeant ne saurait échapper aux sanctions de l'article 163 L1915 en arguant son rôle passif dans la gestion de la société et en faisant valoir que la charge de la convocation et de la publication incomberait à une autre personne, en l'occurrence l'administrateur-délégué<sup>6</sup>. Normale-

ment, lorsqu'un dirigeant a été remplacé suite à sa *démission*, le nouveau dirigeant procédera à la publication des comptes annuels. Mais le dirigeant démissionnaire devra néanmoins veiller à ce que ces obligations soient respectées, sous peine de voir sa responsabilité engagée<sup>7</sup>. Normalement, ce devoir de surveillance n'existe que pour l'exercice où il a démissionné. Mais comme le ministère public est un tiers, la démission du dirigeant devra être publiée pour éviter la mise en cause du dirigeant démissionnaire<sup>8</sup> au cours d'un exercice ultérieur, les démissions non publiées étant inopposables aux tiers (v. n° [217]).

Mais ces fautes de régularité peuvent également avoir un impact pour la société même. En effet, selon le degré de gravité de l'infraction, à apprécier par rapport au retard apporté à leur publication<sup>9</sup>, la société peut être dissoute par voie judiciaire (art. 203 L1915; v. n° [638]). Il a ainsi été jugé par exemple que le *défaut de publication des comptes sociaux depuis la constitution de la société* constitue une infraction grave à la loi sur les sociétés commerciales susceptible d'entraîner la liquidation de la société<sup>10</sup>. Il en est de même du *défaut répété de publication*<sup>11</sup>. Il s'agit de sanctionner le non-respect de la loi de 1915, tant dans l'intérêt des tiers que du renom de la place financière. Les sociétés étant tenues par la loi de publier leurs comptes sociaux aux dates prévues à cet effet, les retards imputables à un prestataire externe (une fiduciaire) ne changeront pas l'appréciation de la question de l'infraction à la loi, pas davantage que l'absence de préjudice causé à des tiers<sup>12</sup>.

Les comptes sociaux ne pouvant être publiés qu'après leur approbation en assemblée générale, la dissolution judiciaire ne

<sup>1</sup> Lux. 20 mai 1992 n° 714/92; Cour 5 mars 1993, n° 68/93.

<sup>2</sup> Lux. 13 déc. 2004, *Bull. Barreau* 2005, p. 101.

<sup>3</sup> Lux. 6 janv. 1992, n° 8/92; Lux. 6 janv. 1992, n° 10/92; Lux. 15 janv. 1992, n° 65/92; Lux. 9 mars 1992, n° 300/92.

<sup>4</sup> Cass. 25 févr. 2010, *JT Luxembourg* 2010, p. 183, avec les conclusions fouillées de l'avocat général PETRY ainsi que les observations de COLETTE-BASECQZ.

<sup>5</sup> Lux. 18 déc. 1991, n° 1951/91, *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* n° 91, 1998, p. 59; Cour 27 avr. 1999.

<sup>6</sup> Lux. 20 févr. 1992, n° 714/92; Cour 5 mars 1993, n°

69/93.

<sup>7</sup> Lux. 18 déc. 1991, n° 1951/91.

<sup>8</sup> Lux. 13 juill. 1998, *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* n° 91, 1998, p. 59; Cour 27 avr. 1999.

<sup>9</sup> Lux. 24 juin 1983, n° 692/83.

<sup>10</sup> Cour 30 avr. 1997, n° 19 790; Cour 15 févr. 2006, n° 28 050, *Bull. Barreau*, n° 3/2006, p. 76; *Pas.* 33, p. 204.

<sup>11</sup> Cour 20 juin 1984, n° 6 557; Lux. 25 mai 1989, n° 1095/89; Cour 28 juin 2000, n° 23 346; Cour 15 mars 2006, n° 30 157, *Bull. Barreau*, n° 4/2006, p. 108; *Pas.* 33, p. 204.

<sup>12</sup> Cour 15 mars 2006, n° 30 157, *Bull. Barreau*, n° 4/2006, p. 108.

paraît pas possible si l'assemblée a été régulièrement tenue, mais qu'elle a refusé d'approuver les comptes sociaux. Il n'y a là aucune infraction à la loi de 1915 ; celle-ci exige certes la soumission des comptes sociaux à l'assemblée mais laisse celle-ci libre de statuer sur les comptes comme bon lui semble. La situation sera différente toutefois si l'assemblée n'a pas été tenue aux dates prévues par la loi de 1915, le tribunal pouvant valablement décider de la dissolution judiciaire<sup>1</sup>. L'objectif de l'article 203 L1915 étant d'amener les sociétés à renseigner les tiers sur leur situation financière, il ne saurait suffire à la société, pour échapper à l'emprise de l'article 203 L1915, de prouver que l'assemblée des associés a approuvé les comptes annuels, seule la publication subséquente ayant fait défaut<sup>2</sup>. Ce n'est pas la non-publication seule qui est sanctionnée, mais également une publication de comptes annuels sous une forme ne correspondant pas aux exigences légales, car dans ce cas l'objectif d'information des tiers n'est pas non plus atteint<sup>3</sup>.

Il faut se placer à la date de la requête du Ministère public pour apprécier si les faits reprochés à la société sont suffisamment graves pour justifier sa dissolution judiciaire<sup>4</sup>. De ce fait, la publication tardive ne permettra pas d'échapper nécessairement à la dissolution judiciaire. On rencontre parfois cette situation lorsque les dirigeants établissent en bloc les comptes annuels portant sur plusieurs exercices écoulés, généralement dans l'espoir d'éviter la dissolution judiciaire. La sanction de la dissolution judiciaire serait évidemment inefficace s'il suffisait d'effectuer une publication tardive, une fois que le Ministère public commence à agir. Aussi, les tribunaux prononceront néanmoins la dissolution de la société<sup>5</sup> si celle-ci est dans l'intérêt des tiers, c.-à-d. de ceux qui traitent ou entendent traiter avec la société<sup>6</sup>. Inversement, si la société a régularisé rapidement sa situation en déposant le seul bilan manquant,

qu'elle a déposé ses comptes sociaux des exercices subséquents et qu'elle fait partie d'un groupe international, la dissolution ne paraît pas justifiée<sup>7</sup>. Tout est donc une question d'appréciation des tribunaux.

## § 2. LES HOMMES DU CONTRÔLE : LES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE<sup>8</sup>

[447]Présentation. — La loi organise, pour certaines sociétés, une modalité de révision légale des comptes sociaux, dans l'intérêt des associés comme des créanciers. Selon la taille de la société, ce contrôle doit être confié à un professionnel (un « auditeur ») dont la compétence est avérée ou peut être confiée à une personne n'ayant pas de compétences particulières (A). L'auditeur professionnel (le « réviseur d'entreprises agréé ») dispose d'un statut particulier qui mérite l'attention (B).

### A. UN SYSTÈME BICÉPHALE

Le métier de l'audit doit être situé dans le cadre général du contrôle des comptes qui a profondément changé au fil du temps<sup>9</sup>. La pièce maîtresse du contrôle des comptes est de nos jours le réviseur d'entreprises.

[448]Origine et évolution. — La loi française sur les sociétés du 24 juillet 1867 institue, en pleine révolution industrielle, celui qu'on appellera d'abord le « commissaire de sociétés ». Le « commissaire » est

<sup>1</sup> Cour 9 nov. 1994, n° 16 550.

<sup>2</sup> Lux. 18 nov. 1982, n° 190/82.

<sup>3</sup> Lux. 7 févr. 1991, L-11 493/91.

<sup>4</sup> Cour 15 mars 2006, n° 30 157, *Bull. Barreau*, n° 4/2006, p. 108.

<sup>5</sup> Cour 20 juin 1984, n° 6557 ; Lux. 25 mai 1989, n° 11 095/89 ; Lux. 29 nov. 1990, n° 13 803 ; Cour 19 mai 1993, *Pas.* 29, p. 267 ; Cour 30 juin 1993, n° 14 977 ; Cour 19 févr. 1999, n° 22 433 ; Cour 11 mai 2005, n° 29 563, *Bull. Barreau* 2005, p. 148 ; Cour 15 févr. 2006, n° 28 050, *Bull. Barreau*, n° 3/2006, p. 76 ; Cour 15 mars 2006, n° 30 157, *Bull. Barreau*, n° 4/2006, p. 108.

<sup>6</sup> Lux. 28 mars 1991, n° 1502/91 ; Lux. 18 juin 1992, n° 266/92 ; Cour 19 mai 1993, *Pas.* 29, p. 267 ; Cour 15 févr. 2006, n° 28 050, *Bull. Barreau*, n° 3/2006, p. 76.

<sup>7</sup> Lux. 18 déc. 2003, *Bull. Barreau* 2004, p. 180.

<sup>8</sup> COLIN, *Précis de droit comptable*, Luxembourg, 2013 ; DE WOLF, *Le droit comptable des sociétés*, in : CENTRE JEAN RENAULD, *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999, p. 311 ; DUREN/DEROUANE, *L'audit des sociétés commerciales*, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 241 ; MOUSEL, *Le rôle des réviseurs d'entreprises agréés en matière de contrôle légal des comptes, Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, Vol. I, p. 443.

<sup>9</sup> BURBI, *Le commissaire, le réviseur d'entreprises et le réviseur d'entreprises agréé suite à la modernisation du droit des sociétés luxembourgeois* (2016), *ACE* 2016/8, p. 26.

introduit en droit belge en 1873 par la loi fondamentale sur les sociétés. L'avant-projet de loi CORBIAU de 1906 parle d'« agent spécial » pour la personne chargée d'effectuer les contrôles comptables de certaines sociétés. Les articles 61 et 62 de la loi de 1915 ont repris cette idée en retenant dans un premier temps le principe de l'auditeur (art. 61 L1915)<sup>1</sup>, à qui il est confié dans la foulée une mission de surveillance et d'examen des comptes de la société (art. 62 L1915)<sup>2</sup>.

Le mot « *contrôle* » est pris ici dans son sens classique d'examen, de vérification et de censure. Il faut le préciser parce que, depuis quelques années, on lui donne le plus souvent une autre acception, celle d'autorité, de pouvoir, qui est le sens propre du « *control* » anglais. On dit ainsi que tel groupe financier « *contrôle* » telle société, ou qu'elle en « *a le contrôle* ». La société est l'affaire des associés. Elle est gérée pour leur compte par les organes d'administration. Le contrôle de ceux-ci appartient aux associés. On ne concevrait pas qu'un autre organe ait ce pouvoir. Le commissaire, dans sa conception initiale, était un mandataire des associés chargé de la surveillance d'autres mandataires, les dirigeants. Au XIX<sup>e</sup> siècle, le commissaire était avant tout une technique d'organisation, par laquelle les associés déléguaient leur droit de contrôle à l'un d'entre eux.

L'intervention d'un contrôleur doit intéresser non seulement les associés mais aussi les partenaires de l'entreprise (salariés, prêteurs, etc.), et avec l'appel au public, les épargnants, de sorte qu'il est permis de dire que si la manière dont l'auditeur<sup>3</sup> exerce sa mission est d'abord une affaire des associés, elle est également, par extension, une *question d'intérêt public*. L'auditeur est en quelque sorte la conscience financière de la société, sa mission étant de veiller à ce que les comptes sociaux reflètent une image fidèle du patrimoine de la société, comme de ses résultats. À la suite d'une lente évolution nettement encadrée par le droit communautaire, les

auditeurs n'apparaissent plus exclusivement comme les représentants des associés mandatés d'exercer à leur place la surveillance de la société ; ils constituent dorénavant pour le public en général un label de sincérité et de fiabilité des documents comptables.

La loi de 1915, s'inspirant des lois belge et française, instaura certes le caractère obligatoire du commissaire dans toutes les sociétés par actions. Mais la compétence technique du commissaire faisait trop souvent cruellement défaut. La plupart du temps, il s'agissait d'un simple employé de la société manquant à la fois de connaissances comptables et de l'indispensable indépendance vis-à-vis de la société qu'il devait contrôler. Cette situation, qui pouvait peut-être être tolérée tant que l'auditeur n'exécutait qu'un mandat pour compte des associés, n'était plus tenable, à partir du moment qu'il avait également une mission d'intérêt public à remplir. Dans ce cas, le contrôle de l'auditeur doit impérativement être efficace, ce qui requiert que les compétences de l'auditeur soient affirmées. D'où une évolution du droit luxembourgeois tendant à renforcer les garanties exigées de l'auditeur. La loi du 28 juin 1984 opéra cette mutation importante de la fonction d'auditeur en professionnalisant le métier. Pour bien marquer le changement, le législateur modifia même le nom de la profession ; les professionnels du contrôle des comptes offrant les garanties d'indépendance et de compétence s'appellent depuis lors « *réviseurs d'entreprises agréés* ». Les autres continuent à s'appeler « *commissaires* » (aux comptes).

Initialement, le professionnel du contrôle des comptes était appelé « *réviseur d'entreprises* ». Mais suite à la transposition dans la législation luxembourgeoise de la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 (loi du 18 déc. 2009), le législateur a voulu renforcer les exigences en matière de déontologie, d'indépendance et de publicité de ce groupe socioprofessionnel. Aussi le législateur introduit-il une nouvelle notion de « *réviseur d'entreprises agréé* », pour bien marquer que la personne faisait dorénavant l'objet d'une supervision par la CSSF<sup>4</sup>. Le titre de « *réviseur d'entreprises* » subsiste, mais n'est plus lié à l'exercice

<sup>1</sup> Art. 61 L1915 : « La surveillance de la société doit être confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non ».

<sup>2</sup> Art. 62 L1915 : « Les commissaires ont un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société ».

<sup>3</sup> On utilisera l'expression « *auditeur* » pour désigner indifféremment les « *commissaires aux comptes* » ou les « *réviseurs d'entreprises* », ou les deux à la fois.

<sup>4</sup> Pour plus de détails v. : Circulaire CSSF 13/578 du 14 déc. 2013.

effectif du métier. Il ne vise dorénavant plus que les personnes ayant la qualification nécessaire pour être réviseur d'entreprises agréé, mais qui, pour différentes raisons, n'exercent pas le métier (ex. : le réviseur d'entreprises agréé qui devient avocat et qui, de ce fait, ne peut plus exercer le contrôle légal des comptes sociaux).

Depuis ces changements législatifs, le système luxembourgeois s'est incontestablement inscrit dans la ligne des législations à contrôle des comptes rigoureux (pays anglo-saxons, Allemagne, France). Malgré cette supervision que l'on peut qualifier de stricte par la CSSF, des failles ont pu être relevées dans l'exercice au quotidien du métier, notamment suite au scandale financier de 2008. Si ces failles ont survécu à l'étranger plutôt qu'au Luxembourg, elles ont toutefois amené un renforcement de l'encadrement de l'activité d'audit légal dans l'Union européenne, et, par ricochet, au Luxembourg. On a notamment reproché aux auditeurs de ne pas toujours avoir détecté en temps utile certaines défaillances dans les comptes sociaux des sociétés auditées. Aussi de nouvelles règles ont été instituées par une loi du 23 juillet 2016 transposant la directive communautaire 2014/56/UE. Ces règles visent à améliorer la qualité de l'audit légal au sein de l'UE. Les principales mesures concernent le renforcement de l'indépendance des contrôleurs légaux, l'amélioration de la valeur informative du rapport d'audit, et une meilleure supervision de l'audit au sein de l'Union. Des exigences plus strictes s'appliquent également aux « entités d'intérêt public », c.-à-d. aux sociétés cotées en bourse, ainsi qu'aux banques et sociétés d'assurance.

**[449] Dualité du système d'audit.** — La mutation du métier n'est toutefois pas complète. En effet, si le contrôle par un réviseur d'entreprises agréé est devenu obligatoire dans toutes les sociétés à risque limité (et non plus seulement les sociétés par actions), son intervention reste toutefois conditionnée par des *critères de taille*. Dans les sociétés de petite taille<sup>1</sup>, le législateur a

estimé pouvoir faire l'économie des frais d'intervention d'un spécialiste du chiffre. Les sociétés de petite taille doivent nommer, comme par le passé, un *commissaire*, mais seulement s'il s'agit de sociétés par actions. Contrairement aux réviseurs d'entreprises, aucune qualification professionnelle n'est requise de la part des commissaires aux comptes, de sorte qu'on y retrouve les lampistes du coin, les gendres incompetents et toute autre sorte d'énergumènes dont l'incompétence est notoire.

Le commissaire peut bien évidemment être choisi parmi les personnes agréées en tant que réviseur d'entreprises agréé. Dans l'hypothèse d'un « *commissaire-réviseur d'entreprises* », la nature de la mission n'ayant pas changé — il s'agit toujours de vérifier les comptes —, le réviseur d'entreprises agréé effectuera les mêmes contrôles que ceux qu'il effectue normalement dans les sociétés devant se soumettre à la révision légale.

Le réviseur d'entreprises agréé offrant plus de garanties de compétence et d'indépendance que le commissaire, l'institution du commissaire est supprimée dans toutes les sociétés où l'intervention du réviseur d'entreprises agréé est devenue obligatoire (art. 69 § 3 L19.12.2002). Il en est de même des sociétés de petite taille qui se soumettent facultativement au contrôle d'un réviseur d'entreprises.

Cette conclusion ne va pas de soi, mais est commandée par la logique juridique et le bon sens. Elle ne va pas de soi, parce que l'art. 69 § 3 supprime le commissaire uniquement dans le cas de figure où la société se fait contrôler par un réviseur d'entreprises agréé « conformément au paragraphe premier ». Or, les sociétés de petite taille sont visées à l'art. 69 § 2 L19.12.2002. Mais il ne faut pas oublier que le paragraphe 1<sup>er</sup> vise toutes les sociétés de droit luxembourgeois telles que définies par la 4<sup>e</sup> Directive. Autrement dit : toutes les sociétés de capitaux (SA, SCA), les SARL ainsi que les SECS dont l'associé commandité est lui-même une société de capitaux ou une SARL rentrent en premier lieu dans le champ d'application du paragraphe premier, le législateur sortant ensuite les sociétés de petite taille au paragraphe deux. De ce fait, la référence au paragraphe premier par l'art. 69 § 3 L19.12.2002 inclut implicitement, quoique néces-

<sup>1</sup> Art. 69 (2) L2002 sur le RCS renvoyant à l'art. 35 L2002. Une société est « petite » si elle ne dépasse pas certains seuils financiers ; v. [438]. Les SOPAFI échappent donc en pra-

tique au contrôle, car elles emploient presque toujours moins de 50 personnes et elles ne réalisent pas de chiffre d'affaires (v. n° [438]).

sairement, également les sociétés de petite taille.

Le bon sens commande également que si une société consent volontairement à se soumettre à un contrôle plus serré, parce qu'effectué par une personne plus qualifiée, le contrôle par une personne moins qualifiée n'a plus lieu d'être.

**[450] Auditeur ou expert-comptable.** — L'auditeur et l'expert-comptable sont tous les deux des professionnels du chiffre, bien que leurs tâches soient distinctes et complémentaires. L'expert-comptable<sup>1</sup> tient la comptabilité de ses clients, et il établit les comptes sociaux sur la base des documents comptables fournis par le client. L'auditeur révise donc le travail de l'expert-comptable, là où l'entreprise y a recours.

L'établissement des comptes sociaux nécessitant le calcul des provisions fiscales à inscrire au passif du bilan de l'entreprise, l'expert-comptable est ainsi naturellement amené à étendre ses activités à la gestion fiscale de l'entreprise, d'où l'adjonction fréquente du terme « fiscal » au titre de l'expert-comptable qui ainsi devient l'« *expert-comptable et fiscal* ». Mais la loi ne connaît que l'expert-comptable, titre protégé et accessible seulement aux personnes remplissant des conditions de formation universitaire déterminées et soumises au contrôle déontologique de l'Ordre des Experts-Comptables.

Le titre d'expert-comptable est protégé, mais non pas son champ d'activités. Voilà pourquoi d'autres personnes, appelées « *comptables* », font sensiblement le même métier que les experts-comptables, sans remplir toutefois les conditions pour accéder au métier d'expert-comptable : en somme, il s'agit d'experts-comptables de nature inférieure. Tant les experts-comptables comme les simples comptables ont tendance à pratiquer leur métier au sein de bureaux appelés « *fiduciaires* », d'où une certaine confusion dans l'esprit des clients sur la ligne de démarcation des deux métiers et leurs degrés de compétence respectifs.

<sup>1</sup> MALHERBE, La profession de l'expert-comptable et son organisation, *J. T.* 1986, p. 225.

**B. LE RÉVISEUR D'ENTREPRISES AGRÉÉ**

Afin de pouvoir accéder au métier de réviseur d'entreprises agréé, la personne doit se faire inscrire au tableau des réviseurs (1). Ce tableau fait partie de l'organisation au sens large du métier de réviseur d'entreprises (2).

**1. CONDITIONS D'INSCRIPTION<sup>2</sup>**

**[451] Qualification professionnelle.** — Nul ne peut exercer les fonctions de réviseur d'entreprises agréé s'il n'est préalablement inscrit sur un *registre public* tenu par la CSSF (art. 13 L23.07.2016). La supervision par la CSSF s'inscrit dans le contexte de la directive 2006/43 qui a imposé aux États membres de mettre en place un système de supervision publique de la profession, qui soit dirigé par une majorité de non-praticiens. L'inscription d'une personne sur le registre des réviseurs d'entreprises constitue un gage de la compétence de la personne en matière de contrôle des comptes sociaux : il s'agit d'un « homme de l'art », un véritable professionnel du chiffre. Ne peuvent être inscrites sur cette liste que des personnes de *nationalité* d'un État membre des communautés européennes, ou bien d'un autre État acceptant l'inscription des réviseurs d'entreprises luxembourgeois sur sa propre liste sans discrimination et dont les auditeurs disposent d'une compétence et honorabilité jugées équivalentes (art. 5 §. 2 c. L23.07.2016). Par ailleurs, afin de rendre efficace l'autodiscipline professionnelle de ce corps de métier, l'agrément nécessite que le professionnel désirant accéder au métier entretienne au Luxembourg un *établissement professionnel* (art. 3 § 3 L23.07.2016). La qualification professionnelle requise par les textes exige que le candidat doive :

- être passé par la *filrière luxembourgeoise*, ce qui implique qu'il ait subi avec succès les épreuves de l'examen d'aptitude au métier de réviseur d'entreprises agréé, et ait accompli un stage profes-

<sup>2</sup> En détail: Circ. CSSF 11/527 du 15 déc. 2011.

sionnel de trois ans (art. 9 L23.07.2016). Pour être admissible à l'examen d'aptitude, la personne doit avoir obtenu un diplôme universitaire de type « master » et y avoir passé des examens axés sur la profession (comptabilité, droit des affaires, etc.) ;

- soit un auditeur légal d'un *autre État membre de l'Union européenne*, et qu'il ait réussi à une épreuve d'aptitude limitée à certaines matières juridiques de droit luxembourgeois (droit fiscal, droit commercial, etc. ; art. 5 § 2 b. L23.07.2016). Les auditeurs légaux de *pays tiers* doivent en sus être établis dans un pays reconnaissant à des conditions similaires l'auditeur légal luxembourgeois (art. 5 § 2 c L23.07.2016).

**[452] L'audit en tant que métier habituel du réviseur d'entreprises agréé.** — La qualification théorique est certes nécessaire afin d'assurer la compétence du réviseur d'entreprises agréé, mais elle ne saurait suffire : elle doit être accompagnée par une expérience pratique certaine. Il n'est cependant pas exigé que le réviseur d'entreprises agréé fasse du contrôle des comptes son unique occupation professionnelle. Il pourra en effet effectuer en sus des missions d'expertise comptable, de conseil fiscal, de conseil en gestion d'entreprise, .... (art. 1<sup>er</sup> n° 35 L23.07.2016). La loi reste muette sur l'importance que ces activités non-audit peuvent avoir par rapport aux activités d'audit du réviseur d'entreprises agréé. Le réviseur d'entreprises agréé devant être un spécialiste de l'audit légal, on ne concevrait pas qu'il puisse disposer des compétences nécessaires en la matière, s'il n'exerçait qu'occasionnellement ce métier. Il faut donc penser que le réviseur d'entreprises agréé devrait s'acquitter de manière principale de ses missions d'audit légal, les activités non-audit ne présentant qu'un caractère accessoire de ses occupations journalières.

**[453] Sociétés de révision.** — L'exercice de la profession sous la forme d'une société a longtemps été controversé, du moins dans l'hypothèse du recours à une société de capitaux. Toutefois, l'exercice du métier nécessitant des investissements parfois importants, le droit fut reconnu au réviseur d'entreprises agréé de

former entre eux une société de n'importe quelle forme, y compris une société par actions. Il suffit de respecter un certain nombre de principes que définissent la loi du 18 déc. 2009 et qui ont pour but d'assurer le respect de l'indépendance et de la compétence des professionnels y intervenant. C'est ainsi que la société doit rester *sous le contrôle opérationnel de réviseurs d'entreprises agréés*. Cet objectif est réputé atteint, si la société est dirigée par une majorité de réviseurs d'entreprises agréés, et si la majorité des droits de vote aux assemblées appartient également à ceux-ci (art. 3 § 4 b L23.07.2016).

Lorsqu'une société de réviseurs d'entreprises est désignée par une société en qualité de titulaire de la mission de contrôle, les fonctions de réviseur d'entreprises agréé y sont exercées par un réviseur d'entreprises agréé physique dirigeant de la société de révisiorat. Afin que soit évitée la « *dépersonnalisation du contrôle* », tout document émanant d'une société de réviseur d'entreprises agréé, dans l'exercice de sa fonction, comporte, d'une part, la signature sociale s'il y a lieu, et d'autre part, la signature du réviseur d'entreprises agréé, membre de cette société, qui a participé à l'établissement du document (art. 35 § 4 L23.07.2016).

2. ORGANISATION DE LA PROFESSION DE RÉVISEUR  
D'ENTREPRISES AGRÉÉ

[454] **Institut des réviseurs d'entreprises.** — Il existe pour l'ensemble du territoire un Institut des réviseurs d'entreprises dont font partie obligatoirement tous les réviseurs d'entreprises, qu'il soient ou non agréés (art. 61 L23.07.2016). L'Institut des réviseurs d'entreprises est doté de la personnalité morale. Il a une double fonction : *défendre les intérêts professionnels* vis-à-vis de l'extérieur ; assurer la *discipline* sur un plan interne. Il dispose par ailleurs d'un certain pouvoir normatif, la loi autorisant l'Institut des réviseurs d'entreprises à élaborer des *normes* à l'attention de ses membres (art. 62 b. L23.07.2016). Le respect de ces « normes » est obligatoire pour le réviseur d'entreprises agréé, de sorte que la méconnaissance peut constituer une faute de sa part.

[455] **Supervision par la Commission de surveillance du secteur financier.** — Outre le contrôle interne, par les pairs, les réviseurs d'entreprises se trouvent également soumis à un contrôle externe par la Commission de surveillance du secteur financier (« CSSF » ; art. 36 L23.07.2016). Ce contrôle additionnel (« *l'examen d'assurance* ») se justifie par le fait que les sociétés contrôlées par les réviseurs d'entreprises font souvent appel au marché des capitaux, de sorte que la fiabilité des états financiers intéresse souvent le public au sens large. L'examen d'assurance a lieu au moins tous les six ans et porte notamment sur l'existence et l'efficacité des missions de contrôle au sein des cabinets de révision. La CSSF a repris l'ensemble des attributions prévues dans la directive 2006/43/CE : elles portent principalement sur l'agrément des réviseurs d'entreprises, l'adoption des normes d'audit et de déontologie ainsi que tout ce qui touche au contrôle de qualité (contrôle interne des cabinets de révision ; formation continue ; pouvoirs d'enquête et de sanction).

[456] **Monopole du contrôle.** — Une personne non inscrite ne peut, sans commettre d'infraction, exercer la profession de réviseur d'entreprises agréé (art. 2 §1<sup>er</sup>

L23.07.2016). L'usage irrégulier du titre de réviseur d'entreprises agréé est également pénalement sanctionné (art. 2 § 2 L23.07.2016). Le réviseur d'entreprises agréé inscrit peut exercer sa profession sur l'ensemble du territoire luxembourgeois.

§ 3. LES MISSIONS DES AUDITEURS

L'auditeur, nommé par l'organe compétent (A), aura pour mission principale le contrôle des états financiers (B). Certaines missions accessoires peuvent s'y ajouter (C).

A. NOMINATION DE L'ORGANE DE CONTRÔLE  
DANS LES SOCIÉTÉS

[457] **Compétence des associés.** — L'auditeur, lorsqu'il œuvre en premier lieu pour le compte des associés, sera nommé par l'assemblée générale des associés (art. 31 § 1<sup>er</sup> L23.07.2016).

Il faut relever l'exception des sociétés de capitaux employant au moins 1 000 personnes depuis trois ans au moins. Dans ces sociétés, l'organe de gestion désignera à l'unanimité, donc en accord avec les représentants du personnel, un réviseur d'entreprises agréé supplémentaire, l'autre réviseur d'entreprises agréé étant nommé par l'assemblée : art. 34 L6 mai 1974 sur les comités mixtes d'entreprise.

Il faut également réserver le cas des opérateurs du secteur financier (banques, autres professionnels du secteur financier, fonds d'investissement) : la nomination des réviseurs d'entreprises y est faite par l'organe de gestion lui-même, et non pas par les actionnaires en assemblée.

La durée du mandat d'auditeur ne saurait dépasser six ans dans les sociétés de capitaux (art. 61 al. 4 L1915), bien qu'il soit rééligible sans limitations. En pratique, c'est l'équipe dirigeante qui sélectionne l'auditeur, l'assemblée générale nommant le candidat pressenti (si les dirigeants sont également associés, ils voteront à l'assemblée). Dans les grands groupes basés sur les mécanismes de la « *corporate governance* », les dirigeants confient souvent la tâche de la présélection à un « *audit committee* » (v. n° [378]). Le comité d'audit est même obligatoire dans les « entités d'intérêt public », c.-à-d. les sociétés cotées en bourse, les banques

ainsi que les sociétés d'assurance (art. 52 L23.07.2016).

Le comité d'audit, là où il existe, a en règle générale *trois missions distinctes* quoique complémentaires.

Il participe au *choix des auditeurs* de la société et au respect des règles garantissant leur indépendance et leur objectivité. Le comité d'audit pilote la procédure de sélection des auditeurs et soumet au conseil le résultat de cette sélection. Lors de l'échéance de leur mandat, la sélection ou le renouvellement des auditeurs est précédé, sur décision de la gérance, d'un appel d'offres supervisé par le comité d'audit. Il se fait communiquer les honoraires versés par la société et son groupe au cabinet et au réseau des auditeurs et s'assure que leur montant, ou la part qu'ils représentent dans le chiffre d'affaires du cabinet et du réseau, ne sont pas de nature à porter atteinte à l'indépendance des auditeurs. Il institue une relation directe avec les auditeurs et les auditionne régulièrement, y compris hors la présence des dirigeants, afin de prendre connaissance de leur programme de travail, de s'assurer qu'ils sont en mesure d'exercer correctement leur mission et de débattre avec eux des conclusions de leurs travaux. L'examen porte sur les comptes annuels, semestriels de la société, voire trimestriels s'il y en a. Le comité d'audit s'assure de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes consolidés et des comptes sociaux de la société. Il vérifie que les procédures internes de collecte et de contrôle des informations garantissent celles-ci, notamment la fiabilité des processus qui concourent à l'établissement des comptes et la validité des méthodes choisies pour traiter les opérations significatives. Il est également souhaitable que, lors de l'examen des comptes, le comité se penche sur les opérations importantes à l'occasion desquelles aurait pu se produire un conflit d'intérêts.

Le comité d'audit établit également un *dialogue avec les organes de contrôle du groupe*, principalement les auditeurs internes et les contrôleurs internes. Il s'agit ici de déterminer les domaines prioritaires d'investigation de l'audit interne.

Enfin, selon les sociétés, le comité d'audit peut également être chargé de veiller à ce que les *procédures d'analyse et de gestion des risques* qui pèsent sur la société soient correctement appliquées, ou encore d'apprécier le niveau de maîtrise et de contrôle de ces risques, notamment à travers le contrôle interne.

**[458] Indépendance de l'auditeur.** — La loi est muette en ce qui concerne l'indépendance des *commissaires*, de sorte qu'il n'est pas rare de voir un salarié de l'entreprise « promu » aux fonctions de commissaire, ce qui constitue un gage d'osmose parfaite entre son incompétence technique et sa subordination juridique vis-à-vis de la société qu'il devrait contrôler.

Afin de préserver la crédibilité de la fonction de *réviseur d'entreprises agréé*, des dispositions ont heureusement été instituées visant à assurer son indépendance. Deux options s'offraient au législateur. Il aurait pu suivre l'exemple français en organisant de manière détaillée dans la loi une *liste des incompatibilités*. Une telle liste aurait risqué de s'avérer longue ; voilà pourquoi le législateur s'est contenté d'énoncer le principe de l'indépendance en tant que *règle générale* dans le texte de loi, en laissant le soin à l'Institut des réviseurs d'entreprises de régler directement lui-même la question. Cette approche a l'avantage de la souplesse.

L'indépendance du réviseur d'entreprises agréé présente deux facettes. Il y a l'*indépendance d'apparence* de la personne appelée que l'on peut formuler comme suit : même s'il est mentalement indépendant, l'auditeur doit donner des signes visibles, explicites et accessibles au public qu'il en est ainsi. La loi formule cette idée en ces termes : « la profession de réviseur d'entreprises agréé est incompatible avec toute activité de nature à porter atteinte à l'indépendance professionnelle de son titulaire. » (art. 19 § 1<sup>er</sup> L23.07.2016). De ce fait, l'emploi salarié est exclu, sauf s'il est exercé auprès d'une société de révisorat ou auprès d'un réviseur d'entreprises agréé personne physique (art. 19 § 2 L23.07.2016). Cette forme d'indépendance ne pose guère de problèmes aux auditeurs, car ceux-ci travaillent tous en cabinet, à leur compte, ou pour compte d'autres auditeurs. L'exigence d'une apparence d'indépendance implique également que l'auditeur ne saurait contrôler une société dont il serait également un dirigeant, cette interdiction devant également valoir vis-à-vis des sociétés où l'un des dirigeants est un parent ou un allié.

Plus délicate, par contre, est l'exigence d'*indépendance de fait* de l'auditeur. Cette exigence implique un état d'esprit objectif et impartial de l'auditeur par rapport à la société auditée. L'indépendance de l'auditeur a depuis toujours été mise en avant, dans l'objectif de maintenir la crédibilité du processus d'audit et de susciter la confiance des utilisateurs potentiels dans les états financiers certifiés.



Il s'agit d'éviter les états d'âme que l'auditeur pourrait avoir, s'il venait à contrôler les comptes sociaux d'une société avec laquelle il entretiendrait des liens financiers importants, suffisants pour altérer son impartialité et esprit critique. Pour cette raison, du moins dans les sociétés les plus sensibles, dites « *entités d'intérêt public* » (entreprises dont les valeurs mobilières sont cotées en bourse, établissements de crédit, entreprises d'assurance, mais non pas de réassurance), les services autres que l'audit ne sont autorisés que moyennant certaines restrictions (art. 50 L23.07.2016). Il faut par ailleurs opérer tous les sept ans au plus tard une rotation de l'associé principal en charge de l'audit. De même, il n'est pas concevable qu'une même personne intervienne à la fois comme *expert-comptable* lors de l'établissement des comptes annuels d'une société et qu'elle révise les comptes de la société par la suite.

Il est difficile d'en dire beaucoup plus concernant un sujet délicat requérant surtout du bon sens. Le réviseur d'entreprise n'est ni un policier, ni un ami bienveillant, et encore moins un conseiller zélé. La règle d'or devant gouverner l'attitude du réviseur d'entreprises doit être la suivante : éviter de se mettre dans une situation altérant sa liberté de jugement ou risquant d'être perçue par les tiers comme risquant de compromettre son objectivité. La crédibilité de sa mission d'ordre public en souffrirait.

Les exemples d'Enron et de *Worldcom*, et plus près de nous de *Lernout & Hauspie*, sont la preuve suffisante que la crédibilité de l'information financière passe par l'indépendance de l'auditeur. Aussi l'*International Federation of Accountants* d'abord<sup>1</sup>, la *Securities and Exchange Commission* relayée par le *Sarbanes-Oxley Act* par la suite<sup>2</sup> et enfin la Commission européenne<sup>3</sup> se sont-ils attelés à la tâche de définir les critères de l'indépendance de l'auditeur. Ces textes sont, quant au fond, relativement similaires.

La principale zone sensible est la question de l'*interdiction totale ou partielle d'activités de conseil en parallèle aux services d'audit*. La réalisation de missions de conseil par l'auditeur pour

le client audité, en sus et à côté de sa mission d'audit, peut en effet représenter une menace possible pour l'indépendance de l'auditeur. S'il réalise des missions de conseil, un auditeur peut avoir un certain niveau de dépendance économique vis-à-vis de son client. Une situation d'intérêts réciproques entre les deux parties qui correspondrait plus à une relation commerciale client - fournisseur qu'à une relation contrôleur - contrôlé peut se créer entre les deux parties. Si les honoraires de conseil sont importants en valeur absolue et en poids relatif par rapport à ceux de la mission d'audit, la dépendance économique de l'auditeur peut créer un biais dans son jugement et entraîner une perte d'impartialité et d'objectivité. Un « *décalage de viduité* » à l'instar du décalage que doit respecter une femme avant de se remarier paraît également de mise (éviter les conflits sur la filiation des enfants nés dans les premiers temps du nouveau mariage pour les femmes remariées, éviter la signature de complaisance du dernier audit suivie peu de temps après d'une activité de conseil « juteuse »).

À défaut de texte, il est permis de penser que l'auditeur serait bien conseillé de ne pas prester les services suivants : des services de prise de décision ; des services comptables ; des services d'évaluation tels que pour les apports en nature ; des services d'audit interne, des services de représentation de ses clients. On peut regretter à cet égard que les membres du *Committee on auditing* n'aient pas estimé incompatibles, au niveau européen, les activités de conseil fiscal avec les activités d'audit. En somme, le réviseur s'assurera dans le cadre de son mandat de révision que les provisions fiscales ont été correctement calculées et prennent tous les risques fiscaux dûment en considération, en revoyant de façon critique les avis fiscaux qu'il a lui-même donnés à la société auparavant (sic !). En tout état de cause, l'auditeur, s'il s'agit d'un réviseur d'entreprises agréé, devra veiller à ce que la société détaille à l'annexe aux comptes sociaux les revenus attribués à l'auditeur pour des missions de conseil éventuelles (art. 65 § 1<sup>er</sup> n° 16 loi sur le RCS).

La question de la *rotation de l'auditeur* est également un sujet sensible. Il est en effet à craindre que la qualité du contrôle ne souffre des liens étroits qui s'établissent entre l'auditeur et l'équipe dirigeante, si le premier s'est « incrusté » comme auditeur de la société. Il faut parfois jeter un regard nouveau sur les comptes sociaux, afin de découvrir les failles du système comptable. Une position absolutiste aurait consisté à exiger une rotation externe, à savoir l'obligation pour l'entreprise de désigner un autre cabinet d'audit après un certain nombre d'années. La Recommandation européenne se contente d'un système de rotation interne, c.-à-d. de changer l'associé responsable au sein du cabinet d'audit après un certain laps de temps. La rotation devrait avoir lieu tous les sept ans dans les entreprises présentant un intérêt public.

<sup>1</sup> Le texte peut être trouvé sous [www.ifac.org](http://www.ifac.org).

<sup>2</sup> Le texte peut être trouvé sous [www.financialservices.org](http://www.financialservices.org).

<sup>3</sup> Com. (2002) 590, JOCE L191 du 19 juill. 2002, p. 22.

[459] **Honoraires.** — Il n'existe pas de grille de rémunération déterminant les émoluments de l'auditeur sur la base d'une estimation forfaitaire des heures de travail consacrées au contrôle des comptes de la société. Aussi les honoraires sont-ils librement débattus, certains disent « marchandés », entre la société et l'auditeur, ce qui, dans un marché compétitif, joue en faveur de la société (art. 27 L23.07.2016). Sur cette toile de fond, la situation du commissaire n'est pas tout à fait la même que celle du réviseur d'entreprises agréé :

- la rémunération du commissaire, généralement appelée « *tantièmes* », est fixée par l'assemblée générale des associés (art. 61 L1915 pour les sociétés de capitaux), si les statuts sont silencieux sur le point en question. Les tantièmes constituent normalement une affectation du bénéfice social et, du coup, ne sont pas déductibles du revenu imposable de la société<sup>1</sup>. En l'absence de toute décision de l'assemblée ou dans les statuts, le commissaire ne pourra prétendre à aucune rémunération (le mandat étant salarié ou gratuit d'après le droit commun)<sup>2</sup> ;

L'expression « *tantièmes* » apparaît quelque peu impropre, car il s'agit en principe d'un prélèvement exprimé en pourcentage du bénéfice social. Les tantièmes des commissaires aux comptes sont cependant toujours exprimés sous forme d'une somme fixe.

- la rémunération du réviseur d'entreprises agréé, appelée « *honoraires* », est fixée par les dirigeants et constitue une charge comptable et fiscale de la société. Le réviseur d'entreprises agréé n'étant pas un mandataire, mais un professionnel du chiffre investi d'une mission d'utilité publique, son activité sera nécessairement rémunérée. Afin de préserver l'indépendance du réviseur d'entreprises (agréé), ses honoraires ne pourront ni être conditionnels, c.-à-d. basés sur des objectifs à atteindre, ni être fonction d'autres services rendus le cas échéant par

l'auditeur (art. 27 L23.07.2016).

[460] **Cessation de fonctions.** — Contrairement à certains droits étrangers, il n'existe aucune durée minimale pour laquelle les auditeurs doivent être nommés. Aussi, en pratique, les nominations sont-elles faites d'année en année, ce qui amoindrit l'indépendance du contrôleur. La loi limite par ailleurs la durée (renouvelable : « les commissaires sont rééligibles ») du mandat du commissaire dans les sociétés de capitaux à six ans (art. 61 al. 4 L1915)<sup>3</sup>.

Cette solution qui fragilise l'auditeur est a priori surprenante, car une nomination pour une durée minimale présente le double avantage d'assurer plus de continuité dans l'audit des comptes et plus d'indépendance. L'auditeur n'ayant aucun droit à réélection, il est à craindre que l'assemblée ne le reconduise pas dans ses fonctions, s'il s'est montré vigilant envers les dirigeants peu scrupuleux. Ou pire : l'équipe dirigeante ne voudra même pas proposer le renouvellement de sa mission ! Il n'a pas non plus le droit d'être entendu par l'assemblée générale, lorsqu'il est proposé à l'assemblée de ne pas renouveler son mandat.

La cessation des fonctions de l'auditeur peut résulter de sa démission comme de sa révocation. La *démission* est en principe toujours libre, sauf que l'auditeur peut être tenu responsable des dommages qu'il pourrait créer si sa démission est intempestive. Sa démission prendra effet, dès l'acceptation de la démission par l'assemblée. Dans l'intervalle, l'auditeur est tenu à continuer à exercer ses fonctions, jusqu'à ce qu'un remplaçant ait été trouvé<sup>4</sup>.

Plus délicate est la question de la *révocation* par l'assemblée, car il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un commissaire ou d'un réviseur d'entreprises agréé. Le *commissaire* est dans une situation analogue à celle des administrateurs de sociétés anonymes. Il est donc toujours révocable *ad nutum* (pour le concept v. n° [899]), que sa nomination ait été prise en assemblée générale ou dans les statuts<sup>5</sup>. Ce relevé de fonctions

<sup>1</sup> En détail : STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2013.

<sup>2</sup> Lux. 1<sup>er</sup> juin 1990, n° 38 688.

<sup>3</sup> Art. 61 al. 4 L1915 : « La durée de leur mandat ne peut excéder six ans ».

<sup>4</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>5</sup> Art. 61 al. 4 L1915 : « (...) ils sont toujours révocables par l'assemblée générale » ; Lux. 1<sup>er</sup> juin 1990, n° 38 688.

nuît gravement à l'indépendance du commissaire. Si l'assemblée générale ayant nommé l'auditeur peut toujours le révoquer, il faut du coup craindre qu'une majorité inquiète des investigations de l'auditeur ne mette fin précipitamment à sa mission. L'indépendance serait mieux assurée, si le relevé de fonctions était uniquement judiciaire.

Ces règles ne s'appliquent cependant pas au *réviseur d'entreprises agréé*. Le réviseur d'entreprises agréé est toujours nommé à durée déterminée et ne pourra être démis de ses fonctions que pour « justes motifs ». Ceux-ci doivent être trouvés ailleurs que dans une différence d'opinion sur les résultats de l'audit (art. 32 § 1<sup>er</sup> L23.07.2016). Cela ne met toujours pas le réviseur d'entreprises agréé à l'abri des pressions possibles de la part de l'associé majoritaire, puisqu'il ne sera reconduit dans ses fonctions qu'avec son assentiment ; mais au moins sa situation sera stable tant que son mandat d'audit n'est pas venu à terme. Le terme pouvant n'être que d'une année, la révocation pour justes motifs a en en réalité une portée pratique réduite.

**B. LA MISSION PRINCIPALE : LE CONTRÔLE DES COMPTES SOCIAUX**

**[461] Un contrôle des comptes sociaux et non pas contrôle de la gestion sociale.** — La mission essentielle de l'auditeur consiste dans la rédaction du rapport qui doit précéder le vote par lequel l'assemblée générale annuelle arrête les comptes de l'exercice. À strictement parler, il faudrait distinguer la situation des réviseurs d'entreprises et celle des commissaires.

Le *réviseur d'entreprises agréé* fait le « contrôle légal des comptes » (art. 1<sup>er</sup> n° 34 L23.07.2016). Ce contrôle portant sur les comptes, donc les comptes annuels, est nécessairement exclusivement financier.

La situation paraît *a priori* être différente pour les *commissaires*. Ils disposent en effet dans les sociétés par actions d'un « droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société » (art. 62 L1915). Il en est de même dans les sociétés à responsabilité limitée comprenant plus de soixante associés (art.

200 L1915)<sup>1</sup>. Ce droit de contrôle sur la gestion de la société est plus large que la vérification des comptes annuels. Il devrait normalement permettre d'obtenir une connaissance entière des affaires sociales, afin que le commissaire puisse mieux remplir son rôle de mandataire informateur des associés. En conséquence, on considère le commissaire comme étant un *organe social* veillant aux intérêts des actionnaires<sup>2</sup>. C'est ce qu'exprime fort justement Jean CORBIAU dans son avant-projet de loi des sociétés commerciales de 1906 : « Les commissaires sont les contrôleurs de la gestion, les surveillants des administrateurs »<sup>3</sup>. Toutefois, les dirigeants n'ont de tout temps supporté qu'avec peine le contrôle des commissaires ; ils l'ont considéré comme une atteinte à leur liberté et à leur dignité. Par ailleurs, l'incompétence que manifestaient la plupart des commissaires ne les prédisposait guère au contrôle de gestion. Aussi les commissaires ont très vite été relégués et cantonnés strictement dans la revue des comptes, d'où leur nom de « commissaire aux comptes »<sup>4</sup>. Cette tradition s'est accentuée encore sous l'emprise des textes d'origine communautaire, de sorte qu'il est acquis de nos jours que le contrôle de l'auditeur, même lorsqu'il s'agit d'un commissaire, est seulement un *contrôle financier*. Il y a donc eu un alignement de fait de la mission du commissaire sur celle du réviseur d'entreprises agréé<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Art. 200 L1915 : « Dans toute société à responsabilité limitée comprenant plus de soixante associés, la surveillance doit être confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non ».

<sup>2</sup> NAMUR, Code de commerce, p. 229.

<sup>3</sup> CORBIAU, ad art. 53 p. 141.

<sup>4</sup> Une autre explication historique peut être avancée pour expliquer l'origine du terme de « commissaire » : au début de la Restauration le commissaire externe à la société était un concept inconnu. C'était l'assemblée générale qui désignait en son sein deux ou trois personnes pour étudier les comptes et faire un rapport ; en somme, un renvoi en commission.

<sup>5</sup> En ce sens BENOIT-MOURY, Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires, *RPS* 1986, n° 6369, p. 9 ;

[462] **Portée du contrôle des comptes sociaux.** — La notion de comptes sociaux est limitée aux seuls comptes dont l'établissement est prescrit par la loi. De ce fait, l'auditeur n'aura pas à vérifier ni la comptabilité analytique de la société qu'il contrôle, ni ses comptes prévisionnels, ni la comptabilité sociale. A fortiori l'auditeur n'aura pas pour mission de vérifier que la vie sociale se déroule dans des conditions régulières. L'auditeur limitera donc son contrôle à ces opérations qui peuvent se répercuter dans les comptes sociaux de l'entreprise, qu'il s'agisse des comptes sociaux individuels de la société (art. 60 al. 1<sup>er</sup> a LRSC) ou de ses comptes consolidés (art. 340 al. 1<sup>er</sup> L1915). L'auditeur doit signaler dans son rapport d'audit les irrégularités et inexactitudes qu'il aura relevées, si elles n'ont pas été corrigées entre-temps. Plus précisément, les auditeurs certifient la régularité et la sincérité du bilan, du compte de pertes et profits et de l'annexe. La vérification porte sur la régularité des comptes sociaux par rapport aux normes comptables, sur leur sincérité au regard des opérations réellement effectuées par la société et enfin sur leur fidélité, c'est-à-dire leur aptitude à rendre effectivement compte de la réalité économique. Le contrôle inclut le rapport de gestion des dirigeants fourni aux actionnaires sur la situation financière et les comptes de la société.

Cela n'implique pas que l'intervention de l'auditeur soit suffisante pour prémunir les associés et les tiers contre tous risques d'erreurs et de malversations. Il existe à ce sujet un risque certain de malentendu entre la nature de la mission de l'auditeur et les attentes du public (« *expectation gap* ») : si l'auditeur contrôle certes les comptes annuels, ce qui augmente fortement leur fiabilité, il n'est cependant pas le garant de leur exactitude ; en revanche, le public y voit souvent le bouc émissaire des faillites sociétaires. L'auditeur vise à fournir une « *assurance raisonnable* » au lecteur des états financiers selon laquelle les comptes sociaux ne comporteraient pas d'anomalies significatives. L'on se contente donc au mieux d'un degré élevé d'assurance, mais on ne recherche très certainement pas l'assurance absolue.

---

FREDERICQ, Innovations introduites par la loi du 1<sup>er</sup> déc. 1953 dans la surveillance des sociétés, *RPS* 1954, n° 4420, p. 277 (292).

La délibération de l'assemblée contenant approbation des comptes annuels est nulle si elle n'est pas précédée de ce rapport ou si le rapport émane d'une personne irrégulièrement nommée. Même s'il peut paraître de bonne politique de *convoquer l'auditeur à l'assemblée générale* des associés pour y présenter son rapport, il ne s'agit toutefois pas là d'une obligation juridique ; de même, l'auditeur, s'il peut demander à assister à l'assemblée générale des associés afin d'y donner des explications supplémentaires en cas de besoin, ne saurait imposer sa présence si l'assemblée n'y voit aucune utilité. L'auditeur exécute sa mission de contrôle pour l'assemblée générale des associés et c'est à elle qu'il appartient d'apprécier l'opportunité de la présence de l'auditeur à l'assemblée devant statuer sur les comptes annuels.

[463] **Exécution de la mission de contrôle.** — Dans le cadre de leur mission, généralement en fin d'année sociale, les auditeurs devraient privilégier les fondamentaux de la révision en vérifiant de manière approfondie les postes du bilan, plutôt que de s'en remettre à un audit des systèmes mis en place par le client. Les auditeurs procéderont donc par *sondages* et ont *accès aux pièces* de tous ordres de la société, leur travail étant accompli dans les locaux mêmes de la société qu'ils contrôlent<sup>1</sup>. L'étendue des sondages sera bien évidemment adaptée à la taille de la société contrôlée ainsi qu'à la qualité de sa comptabilité, tout en restant à chaque fois des sondages significatifs. Le sondage portera souvent sur une observation physique, par exemple pour les stocks. Les auditeurs peuvent évidemment se faire aider par tous *collaborateurs* de leur choix, car la taille gigantesque de certaines sociétés rendrait illusoire tout contrôle exclusivement exercé par l'auditeur personnellement<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. LEJONCQ/ZAHLEN, Perception et aperçu de la mission de l'auditeur externe des comptes annuels, *ACE* n° 6, 2006, p. 23.

<sup>2</sup> L'orthodoxie juridique du caractère personnel du mandat cède donc ici devant les « nécessités du service ».

Si l'entité contrôlée doit donc en quelque sorte n'être qu'une « maison de verre »<sup>1</sup> pour l'auditeur, le principe de libre information n'en est pas pour autant absolu. C'est ainsi que les auditeurs n'ont pas le droit d'étendre leurs investigations des comptes, contrats et archives de la société à ceux de ses filiales ou à ses sociétés mères.

La société contrôlée étant en relation avec grand nombre d'opérateurs économiques, il est important pour l'auditeur de recouper les informations qui lui ont été fournies par la société avec celles obtenues auprès de tiers. Aussi est-il admis que des informations puissent également être recueillies auprès des dirigeants, des tiers (notamment des établissements financiers), et plus généralement de ceux qui agissent « pour le compte de la société ». Il résulte de cette précision que les auditeurs demandent souvent des renseignements auprès des clients et des fournisseurs (par la voie de la « circulation »). En revanche, le secret fiscal imposé par la loi à l'administration fiscale empêche que l'auditeur puisse obtenir directement lui-même des informations auprès de cette institution ou encore de la Sécurité sociale. Mais rien n'empêche évidemment de solliciter l'assistance de la société contrôlée elle-même pour arriver à sa fin.

**[464] Interaction avec l'équipe dirigeante.** — L'interaction de l'auditeur avec l'équipe dirigeante est permanente. Au début de la mission, l'auditeur devra acquérir une bonne vue d'ensemble de l'entreprise, de ses forces et de ses faiblesses, de ses risques et particularités par rapport aux autres entreprises du même secteur d'activité. Il devra également se faire une opinion sur la qualité du contrôle interne de l'entreprise, l'étendue et le degré d'approfondissement des contrôles à opérer étant inversement proportionnels à la qualité du contrôle interne. Ensuite, leurs contrôles effectués, les auditeurs portent à la connaissance des dirigeants les résultats des contrôles qu'ils ont opérés, les postes qui

appellent des modifications, les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont constatées et leurs conclusions. Cette disposition importante doit être combinée avec leur obligation de rendre compte à l'assemblée générale de leur mission, ce qui revient à dire que les commissaires aux comptes doivent prévenir les dirigeants de ce qu'ils diront dans leur rapport à l'assemblée. Ceci explique pourquoi les dirigeants, à défaut de devoir inviter l'auditeur à la réunion de l'organe de gestion devant arrêter les comptes de l'exercice écoulé (respect du « principe de non-immixtion »)<sup>2</sup>, souhaitent généralement obtenir au préalable les observations de l'auditeur avant d'arrêter les comptes qu'ils présenteront à l'assemblée. En effet, dans la mesure où les remarques et suggestions de l'auditeur auront été dûment prises en compte par l'équipe dirigeante, l'auditeur n'aura plus à intervenir lors de l'assemblée.

**[465] Résultat du contrôle : la certification**<sup>3</sup>. — Le résultat final des investigations de l'auditeur est la certification des comptes sociaux. Il s'agit là en quelque sorte du produit fini généralement fort court de travaux souvent de longue durée (plusieurs semaines de contrôle par une équipe d'auditeurs). Trois possibilités existent en la matière (art. 35 § 2 c L23.07.2016 et art. 69bis (c) L19.12.2002 pour les comptes sociaux individuels et art. 340bis L1915 pour les comptes consolidés) :

Le cas normal est celui de la certification sans réserves (*pure et simple*). Elle est l'expression de l'intime conviction de l'auditeur, d'où le nom d'« opinion », selon laquelle les comptes annuels sont établis en conformité avec les dispositions légales et réglementaires en vigueur et reflètent fidèlement la situation financière de la société. Mais il ne s'agira à chaque fois que d'une opinion, d'un avis basé sur l'intime conviction de

<sup>1</sup> GUYON/COQUERAU, *Commissariat aux comptes*, Paris, 1971, n° 102.

<sup>2</sup> DU PONTAVICE, Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits, *RS* 1973, p. 599.

<sup>3</sup> DU PONTAVICE, Le commissaire aux comptes et la certification, *RS* 1976, p. 257.

l'auditeur. Ce serait une erreur de penser que la certification cautionnerait ou garantirait la conformité des comptes sociaux aux dispositions légales et réglementaires en vigueur.

La *certification avec réserve(s)* est l'expression d'un désaccord ponctuel entre l'auditeur et les dirigeants au sujet des comptes annuels. Elle survient dans deux cas de figure. Soit l'équipe dirigeante arrête les comptes annuels sans tenir compte de certaines conclusions résultant des travaux de contrôle effectués par l'auditeur. Dans ce cas, l'auditeur n'aura d'autres possibilités, si les erreurs et anomalies constatées par lui ne sont pas prises en considération par les dirigeants, de certes certifier les comptes annuels, mais de le faire avec des réserves. La certification sera bien évidemment conditionnée par l'intime conviction de l'auditeur selon laquelle les erreurs et anomalies, pour regrettables qu'elles puissent l'être, ne remettent pas en cause l'authenticité globale des comptes annuels. Autrement, il n'aurait d'autre alternative que de refuser purement et simplement la certification. La réserve elle-même n'aura lieu d'être que si les erreurs et anomalies sont significatives, en vertu de l'adage « *de minimis non curat praetor* » : le droit comptable n'est pas une science exacte mais une technique destinée à donner une vue d'ensemble, donc globale, de la situation financière de l'entreprise. Aussi l'auditeur n'émettra-t-il de réserves que si cette vue d'ensemble vient à souffrir des erreurs commises dans la présentation des comptes annuels. Soit la réserve est fondée sur l'impossibilité matérielle de se forger une opinion significative sur l'authenticité des comptes annuels, en raison d'un élément d'incertitude de gravité suffisant justifiant la réserve.

Le *refus de certifier*, plutôt exceptionnel, résultera d'erreurs et d'anomalies dans les comptes telles qu'elles affectent irrémédiablement l'authenticité des comptes annuels. Mais il se peut également que les obstacles à l'exercice de sa mission rencontrés par l'auditeur aient été tels qu'il n'a pas pu accomplir suffisamment de contrôles. Il se trouvera alors dans l'impossibilité d'émettre une opinion au sujet des comptes annuels.

La loi prévoit également la possibilité d'une « *attestation négative* ». Celle-ci est émise suite à un contrôle restreint et donc moins étendu et moins approfondi que le contrôle ordinaire des comptes sociaux. L'auditeur se limite dans ce cas à des opérations de contrôle analytique ainsi qu'à des examens de détails appropriés. À la différence du contrôle ordinaire, l'auditeur ne peut constater qu'avec moins de sûreté si les comptes annuels contiennent des erreurs significatives. Dans un contrôle restreint, l'auditeur n'émet pas de recommandation sur l'approbation des comptes annuels. Le législateur exige seulement que l'auditeur vérifie s'il existe des faits laissant supposer que les comptes annuels ne sont pas conformes aux dispositions légales et aux statuts (attestation négative).

La certification des comptes annuels étant destinée à informer les associés des résultats des contrôles effectués, il n'existe aucun empêchement juridique pour l'*assemblée générale* à approuver les comptes sociaux, malgré une certification avec des réserves, voire même malgré le refus de certification.

**[466] Contrôle légal obligatoire et contrôle contractuel facultatif.** — Le contrôle des comptes peut être obligatoire ou facultatif.

Le *contrôle* sera *obligatoire* soit à raison de la forme juridique, soit à raison de la taille de la société. La loi sur les sociétés commerciales exige ainsi que toutes les sociétés par actions (SA, SAS, SCA) soient contrôlées par un commissaire (art. 61 L1915). Il en est de même des sociétés à responsabilité limitée ayant plus de 60 associés (art. 200 L1915). Lorsque ces sociétés remplissent certaines conditions de taille, la fonction de commissaire est remplacée par celle de réviseur d'entreprises agréé. Le contrôle par un réviseur d'entreprises sera obligatoire pour les sociétés de grande ou de moyenne taille (v. n° [440]).

Le *contrôle* sera *facultatif* dans tous les autres cas de figure. Il s'agira donc des sociétés de personnes ainsi que des sociétés à responsabilité limitée ayant moins de 60 associés et ayant une « petite » taille (v. n° [440]). Rien n'empêche toutefois les dirigeants de telles socié-

tés de demander à un auditeur de contrôler leurs comptes sociaux. N'étant pas exigé par la loi, le contrôle sera contractuel car basé sur une convention librement arrêtée entre les dirigeants et l'auditeur. Cette convention peut notamment donner une teneur quelque peu différente à la mission de l'auditeur. Lorsque l'auditeur intervient à titre facultatif, il n'est pas soumis au régime légal de droit commun des auditeurs, l'étendue de ses devoirs et de ses moyens résultant du jeu du mécanisme conventionnel. Sa responsabilité s'appréciera donc par rapport au droit des contrats et non pas par référence à celles des administrateurs, bien que cette différence soit plutôt d'ordre formel que de fond.

**[467] Non-immixtion dans la gestion de la société.**

— Les auditeurs apparaissent ainsi comme des informateurs des actionnaires, car ils doivent les éclairer. Leur mission n'est donc pas d'ordre commercial ou économique. Ils n'ont pas à donner leur avis sur l'opportunité de telle ou telle décision de l'équipe dirigeante<sup>1</sup>, même si les réviseurs d'entreprises doivent également vérifier la concordance du rapport de gestion avec les comptes annuels de l'exercice (art. 69 (1) g) L19.12.2002) et si les commissaires aux comptes disposent dans les textes de loi d'un pouvoir de contrôle de gestion. Les auditeurs n'ont pas à faire un contrôle d'opportunité sur les actes des administrateurs, c.-à-d. un contrôle de la fiabilité de la gestion, et encore moins à donner des ordres aux dirigeants. La fonction de contrôle des comptes sociaux ne doit jamais se confondre avec la prise de décision<sup>2</sup>, l'auditeur ne devant pas « s'immiscer dans la gestion de la société »<sup>3</sup>. La garantie de l'indépendance de l'auditeur est à ce prix-là. La distinction est en principe évidente mais peut parfois poser des difficultés, lorsque l'auditeur est également conseiller de l'entreprise qu'il

contrôle : celui qui conseille peut être amené à quasiment participer à la prise de décision ou du moins à l'influencer de manière significative.

Énoncer le principe est plus facile que de l'appliquer, en raison notamment de la tendance « naturelle » de l'auditeur à vouloir étendre le champ de ses missions, en adjoignant des missions de conseil à sa mission principale de révision légale. Qu'en est-il par exemple de la situation souvent rencontrée en pratique où l'auditeur, ou une autre personne de son cabinet, est le conseil fiscal de la société ? N'y a-t-il pas la confusion des genres préjudiciable à l'indépendance de l'auditeur ? En effet : « le commissaire n'a pas à juger la politique fiscale de l'entreprise mais doit s'assurer notamment que les provisions nécessaires ont été constituées notamment au cas où le fisc pourrait critiquer certaines évaluations ou tentatives trop audacieuses de choisir la voie fiscale la moins onéreuse »<sup>4</sup>.

Le contrôle des comptes sociaux n'étant pas une mission de conseil en gestion, l'auditeur n'aura aucune obligation d'attirer l'attention des dirigeants ou de l'assemblée générale sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le contrôle de gestion est, on le conçoit aisément, d'une autre nature que le contrôle des comptes : le premier, *a priori*, est fait durant l'année au moment de la prise de décision ; le second, *a posteriori*, se limite aux conséquences financières des décisions de gestion prises par le passé.

C. LES MISSIONS ADDITIONNELLES

**[468] Missions occasionnelles : les rapports spéciaux.**

— Cette mission d'informateurs privilégiés qu'assument les auditeurs s'effectue avec une acuité particulière dans les cas où l'intérêt de la société se dissocie nettement de l'intérêt des dirigeants ou de tous les associés. Les abus de majorité qui sont fâcheux pour une société A s'expliquent souvent parce que les dirigeants ou les actionnaires qui dominent cette société

<sup>1</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.  
<sup>2</sup> L'auditeur qui se substituerait aux dirigeants devient irrégulièrement un dirigeant de fait ; sur ce concept v. n° [345].  
<sup>3</sup> Lux. 30 octobre 2006, n° 67 414.

<sup>4</sup> VEROUGSTRAETE, Le contrôle financier des sociétés anonymes, in : *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, 1985, p. 268 ; pour une approche nuancée de la problématique : MOUSEL, La réforme européenne du marché de l'audit à la lumière d'une analyse conceptuelle de l'audit financier externe, *ACE* 2011/9, p. 4.

ont des intérêts plus forts dans une autre entreprise B. Protéger la société, c'est souvent la protéger contre les abus qui naissent de la divergence des intérêts au sein de la société. Dans ces cas, la loi fait intervenir les commissaires pour les inviter à éclairer spécialement les actionnaires. Voilà pourquoi l'auditeur, qui doit être choisi parmi la liste des réviseurs d'entreprises, doit établir un rapport écrit destiné aux associés indiquant si la méthode de valorisation des deux sociétés désireuses de fusionner permet d'aboutir à des rapports d'échange équilibrés (art. 266 L1915). Il en est de même en cas de scission (art. 294 L1915). Contrairement au droit français, la loi n'exige point l'intervention de l'auditeur en cas de convention conclue par la société avec ses dirigeants. Pourtant, c'est bien là que le risque de conflit d'intérêt est le plus élevé.

Mais il est une autre série de situations où la loi fait également intervenir les auditeurs : ce sont des situations exceptionnelles qui tantôt menacent tous les associés, tantôt seulement certains d'entre eux. C'est ainsi que l'apport en nature effectué au profit d'une société par actions doit obligatoirement faire l'objet d'un rapport d'évaluation par un réviseur d'entreprises agréé, afin d'éviter que l'apporteur ne survalue le bien transféré à la société (v. n° [102] et s.). Contrairement au droit français, l'auditeur n'a pas besoin d'intervenir lorsqu'il est demandé aux actionnaires de renoncer à leur droit préférentiel de souscription (v. n° [1030]).

**[469] Missions accessoires.** — C'est sur ce terrain que l'étendue des missions confiée aux commissaires aux comptes paraît nettement plus large que celle attribuée aux réviseurs d'entreprises.

La loi a donné aux seuls commissaires la mission plus active, et qui peut presque toucher à la gestion, de convoquer l'assemblée générale des associés (art. 70 al. 2 L1915) ainsi que l'assemblée générale des obligataires (art. 92 L1915). Ce pouvoir doit s'analyser comme un prolongement de la mission de contrôle nécessitant éventuellement une convocation urgente de l'assemblée en présence de dirigeants restés inactifs en cas de graves difficultés financières de la société ou tout

simplement de dirigeants qu'il importe de révoquer au plus vite dans l'intérêt de la société.

De même, si le contrôle des réviseurs d'entreprises est de nature exclusivement comptable, la mission du commissaire consiste également à vérifier la régularité des opérations effectuées par la société au regard de la loi sur les sociétés commerciales ainsi que des statuts de la société. On songe ici plus particulièrement aux dépassements de l'objet social, au non-respect des limitations statutaires aux pouvoirs des dirigeants, à la violation des dispositions légales en matière de conflit d'intérêt entre la société et un dirigeant. Le rôle du commissaire est donc également un *contrôle d'application des lois*, du moins en ce qui concerne les opérations à constater dans les comptes annuels de la société, dans un souci d'éclairer pleinement l'assemblée des associés au moment du vote de la décharge.

Généralement, l'auditeur exécute sa mission pour compte des associés de la société. Mais la loi peut également lui confier certaines missions accessoires pour compte d'organismes tiers. Il en est ainsi notamment des réviseurs d'entreprises d'entités relevant du secteur financier (banques, assurances). Le fonds commun des règles applicables est que le réviseur d'entreprises agréé constitue en quelque sorte le *bras prolongé de l'organe de contrôle* (Commissariat aux Assurances, Commission de Surveillance du Secteur Financier) dans la surveillance des entités dont l'organe respectif a le contrôle prudentiel. D'où la nécessité pour les sociétés concernées de choisir leur réviseur d'entreprises agréé parmi les membres figurant sur une liste agréée par l'organe de contrôle.

Cette implication du réviseur d'entreprises agréé dans le contrôle prudentiel à exercer par le *Commissariat aux Assurances* oblige le réviseur d'entreprises agréé à envoyer un rapport distinct à l'organe de contrôle portant notamment sur les points suivants<sup>1</sup> : description des activités de la société, y compris de sa politique d'investissement ; ventilation des provisions (pour risques en cours, d'assurance-vie, pour sinistres) ; description et

<sup>1</sup> Lettre circulaire 02/1 du Commissariat aux Assurances relative au rapport distinct à fournir par le réviseur des entreprises d'assurances directes telle que modifiée par la lettre circulaire 04/2 ; Lettre circulaire 02/2 du Commissariat aux Assurances relative au rapport distinct à fournir par le réviseur des entreprises de réassurances directes telle que modifiée par la lettre circulaire 04/3.



appréciation des procédures de contrôle interne ; vérification de la marge de solvabilité réglementaire. Outre les obligations de dénonciation communes à l'ensemble des réviseurs d'entreprises, l'auditeur des sociétés d'assurance devra par ailleurs signaler à l'organe de contrôle les infractions au secret des assurances s'il y a lieu.

L'étendue de la mission du réviseur d'entreprises agréé semble plus grande encore en ce qui concerne les sociétés relevant du contrôle par la *Commission de Surveillance du Secteur Financier* (organismes de placement collectif<sup>1</sup>, banques<sup>2</sup>). De façon générale, il existe une obligation pour le réviseur d'entreprises agréé de signaler à l'autorité de contrôle les situations qui nécessitent une intervention et un suivi particuliers de sa part. Par ailleurs, le réviseur d'entreprises agréé doit vérifier l'adéquation des procédures internes en matière de prévention du blanchiment d'argent, et de façon générale le respect d'un grand nombre de circulaires émises par l'organe de contrôle. Le réviseur d'entreprises agréé doit également rédiger un compte rendu analytique (« *long form report* ») décrivant et appréciant (évaluation positive comme négative) de manière détaillée les aspects financiers et organisationnels de la société qu'il a contrôlée. Ce rapport est rédigé suivant un schéma prédéfini (événements significatifs, organisation et administration, contrôle interne, activités, etc.) et constitue un véritable passage aux rayons X de la société contrôlée. Enfin, le rôle de « chien de garde » du réviseur d'entreprises agréé est parachevé par l'obligation qu'il a de dénoncer à l'organe de contrôle les violations graves de la loi sur le secteur financier ainsi que tout fait susceptible de porter atteinte à la continuité de la société (art. 54 § 3 de la loi du 5 avr. 1993 relative au secteur financier). L'organe de contrôle peut encore demander au réviseur d'entreprises agréé habituel, ou à un autre réviseur d'entreprises agréé, d'effectuer un contrôle portant sur un ou plusieurs aspects déterminés de l'activité et du fonctionnement de la société (art. 54 § 2). Les réviseurs d'entreprises contrôlant les organismes de placement collectif doivent effectuer des contrôles similaires à ceux applicables aux banques, sauf à tenir compte de la particularité des activités et de la législation applicable à ces organismes (obligation de vérifier le respect des restrictions légales et réglementaires en matière de politique d'investissement, contrôle des procédures de calcul de la valeur

nette d'inventaire des parts émises par l'organisme, etc.).

En revanche, les fautes de gestion échappent à l'investigation des auditeurs, leur mission de contrôle des comptes ne pouvant être confondue avec celle de contrôle de l'opportunité de la gestion.

Les réviseurs d'entreprises doivent également dénoncer au *Procureur d'État* les faits délictueux dont ils auraient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que les indices de tels faits, pour autant qu'il s'agisse d'actes de *blanchiment* au sens du Code pénal (art. 506-1 C. pén. et art. 8-1 de la loi du 19 févr. 1973 : argent de la drogue, vente d'armes prohibées ainsi que, depuis peu, le produit de la fraude fiscale grave ainsi que de l'escroquerie fiscale)<sup>3</sup>. Cependant, ils n'ont pas le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile quand ils n'en éprouvent pas de préjudice personnel. L'obligation de dénonciation n'existant qu'au regard des faits délictueux dont ils auront obtenu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, les réviseurs d'entreprises ne doivent nullement rechercher de manière systématique les actes répréhensibles que les dirigeants pourraient avoir commis.

Afin de garantir au mieux les chances de succès des investigations, les réviseurs d'entreprises ne doivent pas informer la société, ni du fait qu'ils ont communiqué des informations aux autorités judiciaires, ni du contenu de ces informations (art. 9-2). Pour les mêmes raisons, les réviseurs d'entreprises doivent fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possibles à toute demande légale des autorités chargées de la poursuite de ces infractions (art. 23 loi du 19 déc. 2009).

<sup>1</sup> Circulaire CSSF 02/81 du 6 déc. 2002 relative aux règles pratiques concernant la mission des réviseurs d'entreprises d'organismes de placement collectif.

<sup>2</sup> Circulaire CSSF 01/27 du 23 mars 2001 concernant les règles pratiques relatives à la mission des réviseurs d'entreprises.

<sup>3</sup> En détail : EWERS, Obligations des professionnels dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, *ACE* n° 9, 2008, p. 3.

#### § 4. LES RESPONSABILITÉS DE L'AUDITEUR<sup>1</sup>

Les fautes et négligences des auditeurs relèveront, selon le cas, du domaine de la responsabilité civile, disciplinaire ou pénale.

##### A. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

[470] **Principes généraux : l'auditeur a une obligation de moyens.** — L'article 62 L1915<sup>2</sup> prévoit que les commissaires aux comptes des sociétés de capitaux (ainsi que pour les SARL en raison du renvoi à l'art. 62 qui y est fait : art. 200 al. 3 L1915<sup>3</sup>) sont responsables à l'égard de la société comme des tiers des conséquences dommageables de leurs fautes et négligences. L'application des principes généraux de la responsabilité civile aux réviseurs d'entreprises aboutit aux mêmes résultats, les réviseurs d'entreprises n'ayant pas d'obligation ni de responsabilité autre que celle existant pour les commissaires.

En raison des risques financiers courus par les auditeurs, il fut envisagé un court instant, lors de la discussion parlementaire relative au vote de la loi créant le métier de réviseur d'entreprises agréé, de créer un régime de responsabilité spécifique à ce corps de métier. Notamment, il fut envisagé de limiter la responsabilité du réviseur d'entreprises agréé à l'instar de ce qui se fait pour les « *Wirtschaftsprüfer* » allemands. Cette solution n'a finalement pas été retenue parce qu'elle aurait constitué une entorse non justifiée au principe de la *responsabilité délictuelle* laquelle ne saurait faire l'objet non plus, en droit commun, d'une quelconque limitation.

La situation est différente toutefois en ce qui concerne la res-

ponsabilité de l'auditeur vis-à-vis de la société. Rien n'empêche en effet l'auditeur de faire accepter par la société une limitation de sa *responsabilité contractuelle*. Cette limitation de la responsabilité contractuelle à un montant prédéterminé produit tous ses effets sur le plan juridique, à la double condition d'être limitée aux fautes non intentionnelles dépourvues d'une gravité certaine et de retenir un seuil d'une certaine importance<sup>4</sup>.

Le régime de la responsabilité de l'auditeur est dans ses grandes lignes le même que celui des *dirigeants*, en tenant compte bien évidemment de la nature de ses fonctions (v. n° [382])<sup>5</sup>. L'obligation qui incombe à l'auditeur consiste en une *obligation de moyens* et non de résultat. Il n'est donc pas automatiquement responsable de la non-découverte d'erreurs dans les comptes sociaux. L'auditeur est seulement tenu d'exécuter sa mission avec toute la compétence et le soin que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel raisonnablement diligent<sup>6</sup>, et c'est par rapport à ce dernier que le comportement éventuellement fautif de l'auditeur sera apprécié. Pour l'essentiel, la faute de l'auditeur sera engagée, s'il n'a pas procédé selon les normes de révision de la profession ; il n'y en aura pas, s'il a respecté ces normes. Conformément au droit commun, sa responsabilité n'est donc engagée que lorsque peut être prouvée l'existence d'une faute<sup>7</sup>, d'un dommage et d'un lien causal. La faute consistera la plupart du temps dans le fait de ne pas avoir décelé des erreurs contenues dans les comptes sociaux, parce que l'auditeur a négligé d'appliquer la règle fondamentale devant guider ses travaux : le « *scepticisme professionnel* »<sup>8</sup> (art. 18 § 2 L23.07.2016). L'esprit critique,

<sup>1</sup> BENOIT-MOURY, Les pouvoirs et responsabilités des commissaires, *RPS* 1986, p. 1 ; SCHMITT/GROZINGER DE ROSNAY, Mission et responsabilité du réviseur en droit luxembourgeois, *Bull. Droit et Banque* n° 14, 1989, p. 18.

<sup>2</sup> Art. 62 al. 3 L1915 : « Leur responsabilité, en tant qu'elle dérive de leurs devoirs de surveillance et de contrôle, est déterminée d'après les mêmes règles que la responsabilité des administrateurs ou membres du directoire ».

<sup>3</sup> Art. 200 al. 3 L1915 : « Les pouvoirs des membres du conseil de surveillance et leur responsabilité sont déterminés par l'article 62, alinéas 1 et 3 de la loi ».

<sup>4</sup> Avis du CE du 12 avr. 1984, Doc. parl. n° 2734<sup>1</sup>, 1983-1984, pp. 2 et s. Il doit agir « avec le soin des bons pères de famille »; Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>5</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>6</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 29 975 ; Lux. 30 octobre 2006, n° 67 414.

<sup>7</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 : la faute visée est évidemment celle commise par l'auditeur et non pas la faute du dirigeant.

<sup>8</sup> Art. 18 § 2 L23.07.2016 : « Lorsqu'ils effectuent le contrôle légal des comptes, les réviseurs d'entreprises agréés, cabinets de révision agréés et cabinets d'audit font preuve constam-

appelé scepticisme professionnel, est une attitude de remise en cause et de questionnement que l'auditeur adopte dans l'exécution de sa mission. Cette attitude consiste à poser les bonnes questions, à creuser davantage en cas de doute, et à ne pas accepter les affirmations de la direction sans les corroborer.

En pratique, les auditeurs exercent souvent leurs activités dans le cadre de sociétés à risque limité, telle la SA. Se pose dans ce cas la question de savoir si l'auditeur qui exerce ses fonctions au nom et pour compte d'une *société anonyme d'audit* répond personnellement des actes professionnels ainsi accomplis et engage sa responsabilité pour les fautes commises à l'occasion de ses fonctions. La loi de 2016 relative à la profession de l'audit est silencieuse sur le point, même si une réponse positive semble s'imposer. L'article 35 de la loi de 2016 indique en effet : « lorsqu'un cabinet de révision agréé est chargé du contrôle légal des comptes, le rapport d'audit est signé, au moins, par le ou les réviseurs d'entreprises agréés qui effectuent le contrôle légal des comptes pour le compte dudit cabinet ». C'est dire que si une société d'audit a été nommée auditeur d'une société, les actes professionnels sont nécessairement accomplis par une personne physique figurant sur la liste des réviseurs d'entreprises agréés. Pourquoi exiger cela, si ce n'est pour responsabiliser l'émetteur du rapport d'audit ? On peut en déduire que la personne signant le rapport d'audit engage sa responsabilité personnelle pour les fautes éventuelles commises dans le cadre de l'audit en question. S'y ajoute la responsabilité de la société d'audit tenue au tout (« *in solidum* » ; v. n° [397]).

C'est donc par rapport au *comportement attendu du professionnel normalement diligent* que l'on appréciera la situation litigieuse.

Exemples : Souvent, la faute de l'auditeur sera une *faute*

---

ment de scepticisme professionnel tout au long de l'audit, en reconnaissant la possibilité d'anomalies significatives dues à des faits ou des comportements entachés d'irrégularités, notamment une fraude ou une erreur, quelle qu'ait pu être leur expérience antérieure de l'honnêteté et de l'intégrité de la direction de l'entité contrôlée et des personnes responsables de sa gouvernance. Les réviseurs d'entreprises agréés, cabinets de révision agréés et cabinets d'audit font preuve constamment de scepticisme professionnel notamment lorsqu'ils examinent les estimations de la direction concernant les justes valeurs, la dépréciation des actifs, les provisions et les flux de trésorerie futurs, qui sont pertinentes pour se prononcer sur la continuité d'exploitation. »

*d'omission*, l'auditeur n'ayant pas consacré suffisamment de temps à ses contrôles. Mais il faut le rappeler, il n'existe aucune présomption de faute, que l'auditeur attaqué devrait combattre en la matière. C'est au demandeur qu'il appartiendra d'établir la faute de l'auditeur, le dommage subi ainsi que le lien de causalité entre les deux.

La faute d'omission peut également consister dans le fait de ne pas signaler à l'assemblée des fautes de régularité dont les dirigeants se seraient rendus coupables : absence de publication du bilan ; absence d'organes de gestion ; etc.<sup>1</sup>. Cette faute ne concerne que la mission de commissaire.

Afin de déterminer si une faute professionnelle a été commise, plusieurs critères seront appliqués :

- le caractère plus ou moins ostensible ou caché des erreurs contenues dans les comptes ;
- l'étendue de la mission de l'auditeur, qui peut porter sur la certification des comptes ou être plus ponctuelle (il faut donc analyser la lettre d'engagement) ;
- la réalité des diligences effectuées par l'auditeur, ou ses éventuelles défaillances.

Le *lien de causalité* n'est pas évident à établir non plus, car on ne voit pas a priori en quoi la faute commise par l'auditeur aurait causé un préjudice. Après tout, il ne fait que contrôler ce qu'autrui a fait. La faute, s'il y en a une, est avant tout une faute des dirigeants. Mais ce serait oublier que la certification des comptes sociaux constitue un élément clef pour bon nombre d'acteurs économiques et qu'une faute de surveillance constitue elle aussi une faute, quoique de nature différente à celle commise par les dirigeants. Il est dès lors tout à fait concevable que la certification erronée des comptes sociaux ait conduit à tromper le destinataire des comptes annuels en provoquant une erreur de sa part dans l'appréciation de la situation de la société. L'erreur commise par l'auditeur peut donc porter préjudice au lecteur des comptes annuels. Il suffit de songer au banquier qui a accordé une « ralonge » à la société sur la base de comptes annuels certifiés, alors qu'ils ne reflètent pas correctement la

---

<sup>1</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

situation financière difficile de l'entreprise. L'appréciation de ce dernier est souvent difficile dans la mesure où la faute du commissaire est rarement exclusive et accompagne le plus souvent la faute des dirigeants.

**[471] Responsabilité contractuelle et délictuelle de l'auditeur.** — Il faut distinguer la responsabilité contractuelle envers la société, la responsabilité pour violation de la loi ou des statuts et la responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers.

La responsabilité est *contractuelle* vis-à-vis de la société, non pas parce que l'auditeur serait un mandataire de la société, mais parce que la loi procède à cette assimilation. L'auditeur ne saurait en effet être un simple mandataire, alors que sa mission se fait en application de la loi elle-même et pour l'accomplissement d'une mission qu'elle définit elle aussi<sup>1</sup>. L'action sociale appartient aux dirigeants de la société contrôlée et, tout comme pour ce qui est le cas en matière de responsabilité des dirigeants, les actionnaires minoritaires ne pourront exercer l'action sociale lorsque les organes habilités à cet effet n'agissent point. La décharge empêchera l'intentement de l'action sociale comme pour les dirigeants, avec les mêmes limitations (v. n° [426]). La démission, en revanche, n'empêchera pas la mise en action de la responsabilité de l'auditeur, si la faute a été commise avant la date de sa démission<sup>2</sup>.

Les commissaires répondent solidairement tant envers la société qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'*infractions aux dispositions de la loi sur les sociétés ou des statuts*. Les manquements reprochés aux commissaires sont en général des manquements à la loi, par effet de l'inclusion de la loi comptable dans la loi sur les sociétés commerciales. D'autres manquements à la loi résultant d'obligations parfois très précises pesant sur les commissaires aux comptes dans leur qualité d'organe social : convocation de l'assemblée

générale, contenu du rapport, contrôle du dépôt des comptes annuels, contrôle de la composition du conseil d'administration ; convocation de l'assemblée en cas de perte de plus de la moitié du capital.

Le système d'*exonération de responsabilité* fonctionne de la même manière que pour les administrateurs. Il est entièrement conçu pour inciter le commissaire à alerter qui de droit et ainsi limiter leur responsabilité. Le commissaire n'est déchargé de sa responsabilité quant aux infractions auxquelles il n'a pas pris part, que s'il prouve qu'il a accompli les diligences normales de sa fonction, et qu'il a dénoncé ces infractions au conseil d'administration. Si la gérance de la société refuse de remédier de façon adéquate à l'infraction relevée par le commissaire, ce dernier en informera l'assemblée générale<sup>3</sup>. Le régime renverse donc la charge de la preuve au détriment du commissaire tenu d'établir notamment sa diligence normale.

Outre la responsabilité contractuelle, l'auditeur est responsable des fautes de droit commun qu'il aurait commises (« *responsabilité délictuelle* »). L'action peut être introduite par tout intéressé, même s'il est actionnaire, mais seulement dans la mesure où le dommage qu'il a subi n'est pas proportionnel à celui qui résulte de son droit d'actionnaire. La société elle-même peut introduire l'action dans la mesure où la faute ne consiste pas uniquement en un manquement à une obligation contractuelle, mais encore en une infraction à l'obligation de prudence et dans la mesure où le préjudice qui en résulte ne découle pas uniquement de la perte d'un avantage qu'aurait procuré la bonne exécution du contrat. En cas de faillite, le curateur pourra également agir au nom de l'ensemble des créanciers. Cette même possibilité est ouverte pour un créancier individuel, telle une banque qui s'est portée caution

<sup>1</sup> VAN RYN, t. I, n° 607.

<sup>2</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

<sup>3</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 29 975. Dans les sociétés où le commissaire a la possibilité de convoquer lui-même l'assemblée des associés, le commissaire doit la convoquer extraordinairement afin d'informer les associés au sujet des fautes de régularité qui ont été commises, si le conseil d'administration ne le fait pas lui-même.

des engagements de la société sur la base d'une croyance erronée concernant la solvabilité de la société, celle-ci ayant produit de faux bilans contenant des erreurs non relevées par l'auditeur, mais qui auraient dû l'être. Les victimes susceptibles d'invoquer un préjudice sont : la société, les associés, les tiers (banquiers, fournisseurs). Elles devront prouver : la faute, le préjudice et lien de causalité. Les dirigeants qui sont directement à l'origine des irrégularités ne devraient pas pouvoir (sauf cas exceptionnel) agir contre l'auditeur chargé de les contrôler.

La *jurisdiction compétente* est le tribunal civil et non le tribunal de commerce.

La *prescription* est de cinq ans à compter du fait dommageable ou de sa révélation s'il a été dissimulé (art. 157 L1915). Pour les réviseurs d'entreprises agréés, la prescription est fixée à cinq ans à compter de la date du rapport d'audit, ce qui au fond est la même chose (art. 10 al. 2 de la loi sur la profession d'audit).

#### B. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE

De l'organisation professionnelle destinée à garantir l'indépendance de la profession résulte la mise en place d'un régime de responsabilité disciplinaire pouvant entraîner le prononcé de sanctions allant de l'avertissement à la radiation définitive (art. 43 L23.07.2016). La CSSF exerce ce pouvoir de discipline sur les réviseurs d'entreprises agréés pour :

- violation des prescriptions légales et réglementaires concernant l'exercice de la profession;
- fautes et négligences professionnelles ;
- faits contraires à la délicatesse et à la dignité professionnelle ainsi qu'à l'honneur et la probité ;

le tout sans préjudice de l'action judiciaire pouvant résulter des mêmes faits. Comme la CSSF est l'organe qui donne l'agrément et qui opère le cas échéant son retrait (art. 4 L23.07.2016), elle informe spontanément l'IRE des sanctions qu'elle a prononcées contre ses membres (art. 45 L23.07.2016). L'IRE est lui-même investi de pouvoirs d'inspection, d'injonction et de rappel à l'ordre et peut également prononcer des

sanctions (art. 77 L23.07.2016).

#### C. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

**[472] Complicité aux infractions pénales.** — L'auditeur n'ayant aucun intérêt personnel dans la société qu'il contrôle, l'hypothèse de la responsabilité pénale paraît a priori saugrenue. Pourtant, elle ne saurait être totalement exclue, l'auditeur pouvant par exemple être déclaré complice des dirigeants pour un abus de biens sociaux, pour délit d'escroquerie fiscale, et bien sûr pour délit de faux bilan (art. 169 L1915). Les principes généraux du droit pénal s'appliquant, l'auditeur ne commettra aucune infraction en « fermant l'œil » devant les malversations des dirigeants. L'abstention ne crée pas l'infraction pénale de complicité, l'auditeur devant avoir positivement participé à la préparation ou à l'exécution de l'infraction pénale.

**[473] Révélation des infractions aux lois.** — Contrairement à certains droits étrangers, la législation luxembourgeoise ne connaît aucune disposition obligeant par principe l'auditeur à révéler au Procureur d'État les faits délictueux qu'il aurait découverts lors de ses contrôles<sup>1</sup>. Il n'existe dès lors pas non plus de *délit de non-révélation des faits délictueux*<sup>2</sup> en droit luxembourgeois. Au contraire, la dénonciation de faits délictueux constitue une infraction à l'obligation de respect du secret professionnel (v. n° [474]). Ceci n'empêche toutefois pas l'auditeur de témoigner en justice, son choix étant libre à ce moment-là, l'auditeur pouvant se retrancher derrière son secret professionnel ou collaborer (impunément) avec la justice. Dans le même sens, le *délit d'information mensongère* sanctionnant

<sup>1</sup> La situation est toutefois quelque peu différente pour les réviseurs d'entreprises relevant du secteur financier (banques, assurances), en raison d'une obligation de coopération spécifique avec les autorités publiques y prévue.

<sup>2</sup> HOFFMANN/JAEGER, Le droit de dénoncer, *Bull. Cercle Fr. Laurent* 1994, p. 213. C'est la situation en droit depuis l'abolition de l'article 30 du Code d'instruction criminelle qui prévoyait l'obligation de dénonciation à charge de tous les particuliers.

l'auditeur ayant sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation financière de la société est également inconnu en droit luxembourgeois.

[474] **Secret professionnel.** — Confident nécessaire des sociétés qu'il contrôle, l'auditeur est astreint au secret professionnel (vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis de ses confrères) pour les faits, actes et renseignements dont il a pu avoir connaissance à raison de ses fonctions (art. 28 § 1<sup>er</sup> L23.07.2016). Ce secret n'existera pas dans les cas où la loi prévoit elle-même la levée du secret, telle l'hypothèse du blanchiment d'argent (v. n° [469]). Il faut bien sûr y ajouter les communications aux organes de contrôle des réviseurs d'entreprises agréés (IRE, CSSF) ainsi qu'aux auditeurs de la maison-mère (art. 28 L23.07.2016).

La *nature du secret professionnel* ne tombe pas sous le sens. Contrairement au secret professionnel de l'avocat, il ne relève pas du *droit de la personnalité*, car il ne s'agit pas de protéger les droits de la vie privée, les droits de la défense ou le droit à un procès équitable. Mais il ne semble pas justifié cependant non plus de ramener le secret professionnel de l'auditeur à une simple variante du *secret des affaires*<sup>1</sup>. Le secret des affaires est édicté dans l'intérêt exclusif du « maître du secret » ; celui-ci pourra donc également délier l'auditeur de son obligation au secret, ce qui lui permettrait de communiquer ses travaux et écrits aux personnes désignées par la société. Le secret professionnel de l'auditeur n'est pas instauré uniquement dans l'intérêt de la société, car sa mission de certification des comptes sociaux est un *service d'intérêt général* et non une simple mission contractuelle guidée par le droit privé. Son *obligation au secret* est donc *absolue*, sauf dans les hypothèses où la loi prévoit elle-même une levée du secret, de sorte que l'assemblée générale ne pourra pas valablement délier l'auditeur de son obligation au

<sup>1</sup> Art. 309 Code pénal: « Celui qui, étant ou ayant été employé, ouvrier ou apprenti d'une entreprise commerciale, ou industrielle, soit dans un but de concurrence, soit dans l'intention de nuire à son patron, soit pour se procurer un avantage illicite, utilise ou divulgue, pendant la durée de son engagement ou endéans les deux ans qui en suivent l'expiration, les secrets d'affaires ou de fabrication dont il a eu connaissance par suite de sa situation, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 251 euros à 12.500 euros ».

secret professionnel.

## Section 2. Les contrôles exceptionnels : l'immixtion du juge dans les affaires sociales

Si la nomination d'un administrateur provisoire est chose assez fréquente en pratique (§ 1), les autres formes d'immixtion judiciaire sont par contre nettement plus rares (§ 2).

### § 1. L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE<sup>2</sup>

[475] **Condition de l'urgence.** — En principe il n'appartient pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux (« *principe de non-intervention* »)<sup>3</sup>. Ce principe général n'empêche toutefois pas les juges des référés, en cas d'urgence, de blocage des organes sociaux (impossibilité de convoquer les associés ; contestation de la validité de la composition de l'organe de gestion ; contestation de la propriété des actions<sup>4</sup> ; paralysie de la société en cas de blocage continu dans des sociétés 50-50 ; ...), d'organiser des situations d'attente par la désignation d'administrateurs judiciaires (art. 933 C. procédure civile)<sup>5</sup>. Les situations

<sup>2</sup> HORSMANN, Le juge des référés et le droit des sociétés, *RPS* 1969, p. 49 ; HORSMANN, Le rôle du juge dans la vie des sociétés, in : *Les sociétés commerciales*, Éditions du Jeune Barreau, 1985, p. 391 ; RALET/KILESTE, Droits et protections de l'actionnaire minoritaire, *RDC* 1989, p. 864.

<sup>3</sup> PENNING, De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestres, *Bulletin du Cercle François Laurent* II/1991, p. 1 ; GUILLAUME, Les spécificités du traitement des litiges en droit des sociétés par les tribunaux luxembourgeois, in : PRÜM (sous la dir. de), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Bruxelles, 2016, p. 401

<sup>4</sup> Lux. (référé) 22 oct. 2014, *Pillar Securitisation*, n° 40972.

<sup>5</sup> Art. 933 C. proc. civ. : « Le président (...) peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement

d'attente qu'organise le juge du référé se caractérisent par le fait qu'il ne s'agit que de *mesures provisoires* ; le juge des référés n'aborde pas le fond du litige. Le juge des référés n'entend pas donner au litige une solution définitive, mais se contente de prendre des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits de la société comme de ses membres. Il s'agit de suppléer temporairement les dirigeants d'une société en attendant le dénouement d'une crise interne paralysant la société et qui pourrait s'avérer gravement préjudiciable à celle-ci si rien n'était fait.

L'intervention du juge des référés sera soumise à une condition générale, celle de l'*urgence* de la situation. La nomination d'un administrateur provisoire reste en effet une mesure grave qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés<sup>1</sup>. Il faut donc soit un abus de majorité ou de minorité risquant de causer un préjudice irréversible, soit une paralysie des organes sociaux faisant courir des « périls graves pour l'existence de la société<sup>2</sup> ». Ce sont l'existence de *circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement régulier de la société* qui caractérisent l'urgence et justifient l'intervention du juge des référés<sup>3</sup>. Il n'y a d'urgence

que quand le moindre retard peut causer un préjudice certain<sup>4</sup>. L'urgence sera présumée exister si les organes sociaux ne sont plus en état de fonctionner<sup>5</sup>. L'urgence n'est pas une condition de nomination d'un administrateur provisoire mais seulement une condition de compétence du juge des référés<sup>6</sup>. En sens inverse : le tribunal ne substituera pas, même temporairement, un mandataire de justice à la gérance de la société, si celle-ci fonctionne normalement.

L'urgence s'apprécie évidemment dans le chef de la personne morale, et non dans celui de ses associés, car ce que le juge entend éviter, c'est le dommage certain, imminent et irréversible pour la société<sup>7</sup>, la plupart du temps le risque de disparition de la société<sup>8</sup>. Autrement dit : l'*intérêt social* justifie l'intervention du tribunal, celui-ci ne correspondant évidemment pas nécessairement avec l'intérêt du demandeur. L'action du juge des référés est non seulement *curative*, mais également *préventive*, le juge intervenant non seulement en vue de trouver un remède à une situation dommageable déjà née, mais également d'en prévenir la naissance<sup>9</sup>.

Exemples : Une société constituée pour une durée définie arrive à son terme. Les dirigeants en place refusent de convoquer l'assemblée des associés pour délibérer sur la prorogation de la société. Il y a urgence à nommer un administrateur provisoire chargé d'assurer la convocation de l'assemblée des associés, de sorte que le juge des référés acceptera la demande formulée en ce sens par un associé.

Les dirigeants refusent de publier les comptes annuels approuvés par les associés. L'associé intéressé pourra obtenir la nomination d'un administrateur provisoire dont le rôle consistera à procéder à la publication en question. L'intervention judiciaire est légitime, car le défaut de publication risque

---

illicite. (...).

<sup>1</sup> Cour 16 janv. 1998, n° 10 944 (« circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement de la société »).

<sup>2</sup> Lux. 1<sup>er</sup> juill. 1981, n° 303/81 ; Lux. 28 juill. 1986, n° 832/86 ; Cour 30 avr. 1990, n° 12 181 ; Cour 18 déc. 1990, n° 12 638 ; Cour 26 octobre 1993, n° 15 376 et 15 377 ; Lux. 31 août 1993, *D clPetraco SAH* ; Lux. (référé) 28 juin 2002, n° 552/2002.

<sup>3</sup> Cour 16 janv. 1989, n° 10 944. En détail : EDON, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, in : *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, Luxembourg, 1986, p. 185 ; DE CORDT/DE POTTER, L'intervention du juge des référés dans les sociétés commerciales, in : *Le Tribunal de Commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, Bruxelles, 2006. Le fondement du pouvoir du juge des référés est l'article 806 C.proc. civ. : statuant au provisoire, le juge des référés n'est compétent que dans la mesure où il y a « urgence » à statuer.

---

<sup>4</sup> Cour 2 déc. 2015, *Pas.* 37, p. 811.

<sup>5</sup> Cour 16 janv. 1989, n° 10 944 ; Lux. 28 juill. 1986, n° 832/86 ; Lux. 27 juill. 1987, n° 811/87 ; Lux. 3 nov. 1988, n° 1331/88.

<sup>6</sup> Cour 26 octobre 1993, n° 15 376 et 15 377.

<sup>7</sup> Lux. 28 juill. 1986, n° 832/86 ; Lux. 30 juill. 1986, n° 834/86 ; Lux. 27 juill. 1987, n° 811/87 ; Lux. 3 nov. 1988, n° 1 331/88.

<sup>8</sup> HORSMANNNS, op.cit., p. 54.

<sup>9</sup> Cour 26 octobre 1993, n° 15 376 et 15 377.

d'entraîner la dissolution forcée de la société.

Lorsque la nomination d'un administrateur provisoire ne permettrait pas, dans l'esprit du juge des référés, d'éviter la dissolution de la société, l'utilité de son intervention n'existera pas et le juge des référés ne pourra pas désigner d'administrateur provisoire<sup>1</sup>.

**[476]Étendue de la mission.** — Le juge est saisi par la société ou ses associés<sup>2</sup> (plus exceptionnellement par les tiers) et dispose de pouvoirs étendus pour déterminer la fonction de l'administrateur provisoire. À cet égard, il *limitera la mission à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts en présence*<sup>3</sup>. L'administrateur provisoire peut donc se substituer aux organes de gestion<sup>4</sup>, en vue d'assurer la gestion courante<sup>5</sup>; mais il peut simplement y être adjoint pour permettre, par exemple, à une majorité de se dégager. Il peut par ailleurs être investi de missions limitées : convocation d'une réunion des organes de gestion, des associés<sup>6</sup>; prise de mesures conservatoires, etc. Souvent, la simple nomination d'un administrateur provisoire permet de concilier les parties et d'apaiser un litige brûlant entre associés.

L'administration provisoire visant à préserver l'intérêt social de la société elle-même, c'est la personne morale en premier lieu qui pourra *demandeur la nomination* de l'administrateur provisoire. Les organes sociaux ne fonctionnant souvent pas dans les situations de nomination d'administrateurs provisoires, la jurisprudence accorde également « par ricochet » le droit

aux associés de faire nommer de telles personnes<sup>7</sup>.

Exemple : Le bureau interdit la participation à l'assemblée d'actionnaires ayant pourtant déposé leurs actions au préalable, ainsi que le prévoient les statuts. Du fait de la gravité de la violation des règles de forme en matière de tenue de l'assemblée, les décisions prises en assemblée ont été annulées par le tribunal. De ce fait également, les mandats d'administrateurs étant venus à terme, la réélection de l'organe de gestion a également été annulée. La société n'ayant, de ce fait, plus d'organe de gestion, le tribunal, dans sa décision d'annulation des résolutions adoptées en assemblée, nomme en même temps un administrateur provisoire dont la mission consiste à convoquer une assemblée générale avec un ordre du jour comportant la nomination des membres de l'organe de gestion<sup>8</sup>.

## § 2. LES AUTRES FORMES D'IMMIXTION

**[477]Séquestre.** — La nomination d'un séquestre judiciaire est « *une mesure essentiellement conservatoire prise soit dans les cas prévus par la loi, soit dans les cas où, en raison d'un litige ou d'une prétention sur une chose ou relativement à une chose, il faut prendre des mesures de garde et de conservation jusqu'au moment où le fond du droit sera tranché* »<sup>9</sup>. Le but de la nomination d'un séquestre est de rendre provisoirement indisponible le bien mis sous séquestre<sup>10</sup>; il s'agit de se donner du temps, en attendant que l'incertitude juridique (X est-il bien propriétaire des actions; est-ce que Y a acquis les actions avant ou après le jour « J » ?) soit levée.

L'article 1961 du Code civil<sup>11</sup> prévoit qu'un séquestre peut être nommé, par voie judiciaire, notamment en matière de *litiges portant sur la propriété im-*

<sup>1</sup> Lux. 30 juill. 1986, n° 834/86.

<sup>2</sup> Cour 30 avr. 1990, n° 12 181; mais non pas par le bénéficiaire économique : Cour 27 janv. 2010, *Bull. Barreau* 1/2010, p. 8.

<sup>3</sup> Cour 30 avr. 1990, n° 12 181; Cour 18 déc. 1990, n° 12 638.

<sup>4</sup> P.ex. afin d'empêcher que l'actif unique de la société ne soit vendu, en attendant la résolution de certaines questions de droit concernant cet actif : Lux. 1<sup>er</sup> juin 2007, *Bull. Barreau* 2007, p. 168.

<sup>5</sup> Lux. (référé) 22 oct. 2014, *Pillar Securitisation*, n° 40972 (« sans cependant engager la société de manière incisive sur le long terme »).

<sup>6</sup> Lux. 7 avr. 2011, n° 528/2011, *Bull. Barreau* 2011, p. 64.

<sup>7</sup> Cour 30 avr. 1990, n° 12 181.

<sup>8</sup> Lux. 959/08, SAMOLUX S.A., n° 116 431.

<sup>9</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, éd., 1975, t. V, n° 281.

<sup>10</sup> Cour 20 avr. 1993, n° 15 179.

<sup>11</sup> Art. 1961 C.civ. : « La justice peut ordonner le séquestre: 1° des meubles saisis sur un débiteur; 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »



*mobilière comme mobilière*<sup>1</sup>, par exemple en ce qui concerne la propriété d'une action au porteur<sup>2</sup>. On considère toutefois que l'article du Code civil est purement énonciatif et « qu'il faut admettre la possibilité d'un séquestre chaque fois qu'eu égard aux circonstances, il y a lieu de laisser les choses en l'état, de manière à ne pas préjudicier à la solution finale quant au fond »<sup>3</sup>. Le séquestre judiciaire est notamment utile lorsqu'une menace importante pèse sur certains documents sociaux risquant de se perdre ; l'urgence justifie donc souvent le recours au séquestre<sup>4</sup>. Elle peut également viser à rendre indisponibles les actions que la société entendait céder<sup>5</sup> ou qu'elle a émises<sup>6</sup>, ainsi qu'à protéger les droits des créanciers sociaux<sup>7</sup>.

La mesure de séquestre sollicitée ne sera accordée que si elle s'avère opportune dans la situation donnée ; si elle ne doit pas être absolument nécessaire, il faut cependant qu'elle soit utile. La demande en désignation d'un séquestre peut être faite devant le *juge des référés* en cas d'urgence<sup>8</sup>. Elle sera utilement accompagnée d'une demande d'astreinte d'un montant élevé, afin de contraindre la personne condamnée à remettre au séquestre les biens visés par l'ordonnance.

**[478]Expertise de gestion.** — La loi permet aux associés de demander au tribunal de désigner un expert pour établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. 154 L1915)<sup>9</sup>. Inscrite à la section « des

actions et des prescriptions », cette faculté existe *dans toutes les sociétés*, tant que la société existe, donc également durant la phase de liquidation de celle-ci.

Afin de pouvoir saisir valablement les tribunaux, les demandeurs doivent détenir 10% du capital social de la société ou de ses droits de vote (« *Un ou plusieurs associés représentant au moins 10 pour cent du capital social ou 10 pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres existants, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit (...)* »).

La généralité du texte ne permet pas de distinguer les actions libérées et celles qui ne le sont pas; par ailleurs, les *actions non encore libérées* représentent elles aussi le capital social de la société. De ce fait, les actionnaires n'ayant pas encore libéré leurs apports et n'ayant donc pas encore rempli leurs engagements envers la société peuvent eux aussi demander la nomination d'un commissaire spécial.

Le droit de demander au tribunal d'instituer une expertise de gestion passe par une *étape préalable amiable*: celle d'avoir d'abord posé des questions à l'organe de gestion de la société. Ce n'est qu'en cas d'absence de réponse ou de réponse jugée insatisfaisante que les associés pourront alors demander la désignation d'un expert. Il ne faut pas se tromper sur la portée de la phase amiable: l'expertise de gestion n'est pas subordonnée à une demande préalable de communication de documents sociaux, ni à une quelconque action en responsabilité à l'encontre des administrateurs ou en nullité de délibérations sociales, ni enfin à des preuves que le dirigeant a méconnu l'intérêt social. Les associés, généralement des minoritaires, s'estimant mal informés sur la marche de l'entreprise, demandent simplement à l'organe de gestion des éclaircissements sur une ou plusieurs opérations de gestion précises.

poser par écrit à l'organe de gestion des questions (...). A défaut de réponse dans un délai d'un mois, ces associés peuvent demander au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la ou les opérations de gestion visées dans la question écrite. (...).

<sup>1</sup> Lux. 28 févr. 2002, n° 552/2002, *B.I.J.* 2003, p. 26 ; Lux. 28 avr. 2016, n° 398/2016, rôle n° 162 980.

<sup>2</sup> Lux. (référés) 28 juin 2002, n° 552/2002 ; Lux. (référés) n° 126 775.

<sup>3</sup> DE PAGE, *idem*, n° 283.

<sup>4</sup> Cour 22 avr. 1970, *Pas.* 21, p. 234.

<sup>5</sup> Cour 14 nov. 1988, n° 10 724.

<sup>6</sup> Lux. (référé) 22 oct. 2014, *Pillar Securitisation*, n° 40972 (le séquestre n'a en principe pas le droit de vote en raison des actions mises en séquestre, sauf si l'intérêt social commande cette solution).

<sup>7</sup> Cour 20 avr. 1993, n° 15 179.

<sup>8</sup> Cour 22 avr. 1970, *Pas.* 21, p. 234 ; Lux. 28 juin 2002, n° 552/2002 ; Lux. (référés) n° 126 775.

<sup>9</sup> Art. 154 L1915 : « Un ou plusieurs associés (...) peuvent

Si l'organe de gestion ne s'exécute pas, ou fournit des informations non satisfaisantes parce qu'incomplètes, les associés pourront passer à la *deuxième phase judiciaire* et demander au tribunal d'instituer une expertise de gestion. Solliciter la justice dans le but d'obtenir des renseignements approfondis sur la gestion conduite par les dirigeants démontre que la circulation de l'information entre les différents organes sociaux est déficiente, voire délibérément entravée. L'expertise de gestion s'inscrit donc nécessairement dans un *contexte de crise*. Pour cette raison, le juge ne donnera droit à une demande d'expertise de gestion que si les intérêts du ou des demandeurs semblent menacés à l'occasion d'une opération déterminée et suspecte. La nomination d'un expert de gestion ne se justifie donc qu'en raison du désordre des affaires sociales, de la négligence des administrateurs et de l'inobservation des prescriptions légales, faisant soupçonner l'existence d'irrégularités graves de nature à motiver le recours. Une comptabilité en toute probabilité irrégulière peut notamment justifier la nomination d'un commissaire spécial. Bien évidemment, le succès de la demande d'expertise de gestion ne saurait être subordonné à la preuve d'irrégularités dans la gestion de la société, ou d'actes contraires à l'intérêt social, puisque la mesure d'expertise a justement pour but l'établissement de cette preuve. Il suffira donc, mais il faudra également, en même temps, que des indices concordants permettant de soupçonner ces irrégularités soient rapportés par le demandeur, afin que le juge réserve une suite favorable à sa demande. Il n'y a pas d'autres conditions à remplir, telle celle de l'urgence de la démarche.

La demande d'expertise de gestion doit porter sur des opérations de gestion qui devront être spécifiques :

- la demande d'expertise de gestion ne peut porter que sur des *opérations de gestion* de la société (« sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société »). Les opérations de gestion sont celles effectuées par l'organe de gestion de la société (conseil d'administration, administrateur-délégué, ...) et uniquement celles-là. Par conséquent, les demandes

en expertise de gestion ne pourront pas porter sur des opérations qui sont de la compétence d'autres organes, telle une résolution de l'assemblée des associés d'augmenter le capital social de la société. Peu importe cependant que l'opération ait été approuvée en assemblée, tant qu'il s'agit d'une opération de gestion ;

- la demande ne peut porter que sur *une ou plusieurs opérations déterminées*, qui pourraient être entachées d'irrégularités. Le demandeur devra donc clairement identifier l'opération ou les opérations posant problème. Ces opérations peuvent se situer dans le futur comme dans le passé. La plupart du temps, les opérations de gestion à revoir sont celles de la société dont le demandeur est l'associé ; mais il peut également s'agir d'opérations effectuées par des sociétés affiliées (« de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés contrôlées au sens de l'article 309 de la présente loi »), ce qui exclut du coup celles effectuées par la société-mère. Les tribunaux rejeteront pour cette raison les demandes à caractère global, qui portent sur la gestion globale de la société, comme par exemple contrôler l'ensemble de la gestion ou de la politique de la société. C'est notamment le cas de demandes tendant à remettre en cause la régularité et la sincérité des comptes sociaux.

La désignation du commissaire spécial est à demander au *tribunal* de commerce, statuant le cas échéant comme en matière de référé, en invoquant de manière précise les points sur lesquels portera l'investigation l'expert de gestion. Le tribunal statue en audience publique après avoir entendu à huis clos la société et fixe, le cas échéant, l'étendue de la mission du commissaire spécial. Si le tribunal donne suite à la demande, parce qu'il estime les griefs comme étant suffisamment sérieux, il nommera un expert afin de faire un rapport sur les opérations en question.

La *mission du commissaire spécial* n'est pas de procéder à un examen d'ensemble de la gestion de la société mais de vérifier certains points précis de la gestion écoulée, de manière à permettre aux intéressés

d'apprécier plus correctement leurs droits, notamment en vue d'une éventuelle action en responsabilité. Son rôle est de vérifier et, le cas échéant, de donner son avis indépendant sur certaines opérations de gestion bien identifiées, et non pas d'apprécier l'opportunité de la gestion sociale prise dans son ensemble, afin, par exemple, d'informer l'actionnaire sur la nature des choix stratégiques faits par la société. Cet expert fera rapport aux associés où il relatera ses conclusions. Si ce rapport fait ressortir des dysfonctionnements au sein de la société, les minoritaires pourront engager l'étape judiciaire suivante consistant à mettre en cause la responsabilité des dirigeants. Le rapport de l'expert de minorité constituera un élément à charge contre les dirigeants, auquel ces derniers devront alors apporter la contradiction.



---

**Titre 4. L'évolution de la société**

---

[479]**Présentation.** — Les sociétés sont confrontées à des phénomènes de croissance, de développement et à des périodes de crise. Si les causes premières de ces événements sont de nature économique, les dispositions juridiques doivent s'efforcer d'accompagner dans les meilleures conditions les mutations nécessaires. Les mesures économiques et financières adoptées par les sociétés sont d'ordres divers. Elles entraînent souvent des besoins financiers nouveaux afin de les adapter aux nouvelles données économiques (chapitre 1). Cette dynamique du financement peut accompagner des opérations de croissance externe, par achat d'entreprise ou absorption, création de filiale et constitution d'un groupe (chapitre 2), pouvant aller jusqu'à la constitution de véritables groupes de sociétés (chapitre 3). Mais la mutation économique de la société peut également prendre une forme plus irréversible, sous la forme de la dissolution de la société (chapitre 4).



## CHAPITRE 1 LA RECHERCHE DE FINANCEMENT

Afin de se développer, la société peut faire appel à ses associés (section 1) comme au financement externe sous forme d'emprunts obligataires (section 2).

### Section 1. Le financement par le capital social

**[480]Présentation.** — C'est grâce au capital social dont elle dispose que toute entreprise individuelle ou sociétaire peut acquérir des biens, effectuer des investissements. Encore faut-il que ce capital soit suffisant, faute de quoi elle doit obtenir du crédit pour consolider ses fonds : d'où la nécessité d'emprunter. C'est dire que le capital présente essentiellement un intérêt économique. D'un point de vue juridique, le principe de la fixité du capital social protecteur de l'intérêt des créanciers s'oppose à une réduction intempestive et surtout clandestine de ce capital. Celle-ci ne peut intervenir que dans des conditions bien précises de fond, notamment l'autorisation des associés. Et de forme, en particulier une publicité destinée à prévenir les tiers que l'opération pourrait léser. Ces conditions sont plus strictes qu'en cas d'augmentation de capital, puisque, par définition, une modification à la hausse du capital social devrait améliorer le droit de gage des créanciers sociaux.

Les modifications du capital sont essentiellement le fait des sociétés par actions pour lesquelles la loi apporte une réglementation minutieuse, et dans une moindre mesure des SARL. Dans ces dernières, les dispositions légales sont encore fragmentaires, de sorte que la pratique doit s'inspirer des règles élaborées pour les sociétés par actions. Ces modifications ne sont pas pour autant étrangères aux autres sociétés commerciales (sociétés en nom collectif, etc.), mais le rôle accessoire joué par le capital social dans ces types de groupements a pour conséquence d'abandonner cette question à la libre disposition des statuts.

Les décisions d'augmentation du capital sont plus fréquentes (§ 1) que celles qui visent à le réduire (§ 2).

Les développements suivants ne s'appliquent en totalité qu'en présence de sociétés où joue la « règle de la fixité » du capital social. Ils ne s'appliquent qu'en partie dans les sociétés à *capital variable*. Contrairement au droit français où la variabilité du capital peut en principe être stipulée dans toute société, notre droit ne prévoit cette possibilité qu'à titre d'exception. Il en est ainsi par exemple des sociétés coopératives, car la philosophie de la « porte ouverte » régnant en la matière implique de fréquents départs et arrivées d'associés, d'où l'intérêt, si ce n'est la nécessité de constamment faire varier le montant du capital social. On peut y ajouter encore une forme particulière de société dans laquelle la variabilité du capital est imposée par la loi elle-même : la société d'investissement à *capital variable* (SICAV), forme particulière qu'il n'est permis d'utiliser que dans le cadre de fonds d'investissement. Lorsque la variabilité du capital existe, la société sera tenue d'émettre de nouvelles parts sociales lors de nouvelles souscriptions et de procéder au rachat des parts en cas de retrait d'un associé.

#### § 1. L'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

L'augmentation de capital est une opération fréquente pour les sociétés (A). Elle peut être réalisée de différentes manières (B).

##### A. GÉNÉRALITÉS

**[481]Utilité d'une augmentation de capital.** — Le rôle du capital a aujourd'hui diminué pour deux raisons essentielles. Pour les sociétés, il ne constitue qu'un mode de financement des investissements parmi d'autres ; de plus en plus, elles font appel à des crédits, bancaires ou autres, ou bien encore elles recourent à des emprunts, notamment obligataires. Pour les créanciers, il ne représente pas une assurance de solvabilité, ce qui explique qu'ils se préoccupent davantage de la qualité du bilan et des sûretés particulières qu'ils peuvent obtenir que du montant du capital.

Mais les augmentations de capital ne sont pas dénuées de tout intérêt non plus. Des motifs divers expliquent l'utilité. Elles permettent en effet :

- d'avoir un capital en harmonie avec l'importance des affaires traitées. Il existe d'ailleurs à cet égard

des règles propres à certaines sociétés (banques, sociétés d'assurances ; ...). Mais il est aussi vrai qu'on rencontre des sociétés à faible capital et au chiffre d'affaires très élevé ... et l'inverse ;

- de se procurer de l'argent frais. Tantôt la société est florissante, et il s'agit de développer les affaires. Tantôt elle est en difficulté, et l'augmentation de capital aide à la remettre à flot, notamment par le procédé classique du « coup d'accordéon » (réduction du capital suivie d'une augmentation ; v. n° [302]) ;
- de faire entrer un nouveau partenaire dans l'affaire ;
- de se procurer directement des moyens nouveaux de production ou d'activité par voie d'apports en nature. L'augmentation de capital peut ainsi être un procédé commode pour acquérir un immeuble, un fonds de commerce, des brevets, un paquet de titres, le contrôle d'une société, etc. ;
- de respecter les ratios d'endettement imposés par certains textes (ex. : la nécessité de préserver un capital réglementaire suffisant dans les banques), ou la pratique (ex. : la nécessité, sur le plan fiscal, de financer les participations par du capital à hauteur de 15% au moins) ;
- enfin, l'augmentation de capital est, d'autre part, parfois utilisée comme moyen de faire participer les salariés à l'entreprise et d'accroître leur rémunération ainsi que leur intérêt pour l'entreprise.

**[482] Diversité des formes d'augmentation du capital social.** — L'augmentation du capital désigne l'opération qui consiste pour une société à accroître son capital à l'aide d'apports nouveaux réalisés en nature ou en espèces. Ayant pour conséquence la *modification des statuts*, ceux-ci mentionnant le montant du capital social, l'augmentation de capital ne peut en principe (sous réserve de l'émission dans le cadre du capital autorisé, v. n° [1028]) être décidée que par l'*assemblée générale des associés*. Il suffit de se référer sur ce point aux règles applicables à chaque type de société. L'augmentation de capital se traduit par l'élévation du montant fixé dans les statuts, mais pas

nécessairement par un enrichissement de la société. Les *motifs d'une augmentation de capital* varient au gré des circonstances. Il peut s'agir d'assurer un financement complémentaire grâce au renforcement des fonds propres, auquel cas il y a effectivement accroissement du patrimoine social. L'opération peut également être inspirée par le désir de rétablir l'équilibre entre le capital statutaire originaire et le passif exigible de la société, par l'émission de nouveaux titres servant au remboursement de certaines dettes.

Le capital social étant égal au produit de la valeur nominale des droits sociaux par leur nombre, une augmentation de capital peut toujours être réalisée de deux manières différentes : soit par *augmentation du nombre des actions émises* ; soit par *élévation de la valeur nominale des droits sociaux*, leur nombre restant inchangé. Dans ce dernier cas, l'augmentation de capital ne peut être décidée qu'à l'unanimité des associés, car elle se traduit par une augmentation de leurs engagements (v. n° [306]), sauf si l'augmentation se traduit par une incorporation de réserves et bénéfices (v. n° [492]). En effet, cette dernière méthode d'augmentation de capital n'entraîne pas l'obligation pour les associés d'effectuer des apports supplémentaires à la société, de sorte que leurs engagements ne sauraient augmenter.

En définitive, l'augmentation de capital s'adresse tant aux sociétés prospères qu'à celles qui connaissent des difficultés économiques. Aux premières, elle procure des capitaux supplémentaires ; aux secondes, elle assainit la situation financière. Compte tenu de la variété des objectifs visés par l'augmentation du capital d'une société au cours de son existence, cette opération peut revêtir plusieurs formes : elle a lieu avec ou sans apports nouveaux en capital.



## B. LES DIFFÉRENTES TECHNIQUES D'AUGMENTATION DU CAPITAL

La plupart du temps, la société aura besoin de fonds supplémentaires, de sorte qu'elle réalisera son augmentation de capital sous forme d'apports nouveaux (1). Mais il lui est également possible d'augmenter son capital sans apports nouveaux, en raison d'un simple jeu d'écritures comptables (2).

### 1. LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL PAR APPORTS NOUVEAUX

[483] **Présentation.** — Tout comme lors de la constitution de la société, les apports effectués dans le cadre d'une augmentation de capital peuvent prendre la forme d'apports en numéraire (a) ou en nature (b).

#### a) LES APPORTS EN NUMÉRAIRE

[484] **Présentation.** — C'est la technique la plus traditionnelle. L'entreprise en phase de croissance veut développer son activité et, pour la financer, recherche de l'argent frais. Elle s'analyse en une constitution partielle et, de ce fait, répond à des conditions de forme et de fond voisines de celles rencontrées dans les constitutions initiales. Le législateur a toutefois eu le souci de simplifier et d'accélérer le processus. L'opération donne lieu à une publicité destinée à informer les actionnaires et les tiers. L'augmentation du capital en numéraire obéit à des conditions préalables sous peine de nullité de l'opération et d'engagement de la responsabilité des dirigeants. Si celles-ci existent, l'organe compétent pourra alors prendre la décision d'augmenter le capital, mais une opération nécessite une protection des associés en place. Après cela intervient la réalisation de l'augmentation.

[485] **Conditions préalables de l'augmentation du capital en numéraire.** — La *libération intégrale du capital ancien* est la condition préalable à toute augmentation par apports en numéraire. Ce principe est logique même s'il n'est pas, contrairement au droit

français, expressément posé par la loi. Il n'est guère concevable en effet qu'une société n'ayant pas voulu obtenir de ses associés la libération de l'intégralité de leurs apports puisse s'adresser à de nouveaux associés pour augmenter son capital. Sa violation devrait entraîner la nullité de l'opération. S'agissant de la société anonyme, cette libération suppose non seulement l'appel des fonds par l'organe de gestion, mais encore le versement effectif des fonds correspondant au montant nominal du capital. Cette condition s'impose également pour les augmentations par émissions d'actions réservées aux salariés de la société.

[486] **Décision d'augmentation du capital par apports en numéraire.** — L'augmentation de capital proposée par l'organe de gérance est décidée par l'assemblée habilitée à modifier les statuts qui a seule compétence en la matière. Pour la société anonyme, il s'agit de l'assemblée générale extraordinaire. Pour une SARL unipersonnelle, c'est l'associé unique qui prend seul les décisions en lieu et place de l'assemblée. Il ne peut déléguer ses pouvoirs. Cette augmentation s'effectue par l'émission de valeurs mobilières ouvrant droit immédiatement ou à terme à une quotité du capital social. La loi répute non écrite toute clause statutaire qui, sans l'autorisation de l'assemblée, permettrait à l'organe de gérance de réaliser cette opération.

En revanche, l'organe de direction des sociétés par actions peut exécuter l'augmentation décidée par l'assemblée si cette dernière lui a délégué les pouvoirs nécessaires. L'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération peut ainsi soit fixer elle-même le montant et les modalités de l'augmentation du capital et autoriser l'organe de gérance à y procéder ; soit arrêter seulement un montant maximum dans la limite duquel cet organe de direction reçoit délégation pour réaliser l'augmentation, en une ou plusieurs fois, selon les modalités qu'il détermine lui-même. Cette délégation évite les frais de réunion d'une assemblée extraordinaire et permet une décision rapide. Si la loi n'a certes pas prévu explicitement la possibilité de délégation pour la SARL, l'augmentation de capital dans le

cadre du capital autorisé doit également y être possible.

**[487]Incorporation de créances au capital social de la société.** — La société peut parfaitement décider, mais bien évidemment seulement avec l'accord de son créancier, de procéder à une nouvelle répartition des valeurs inscrites au bilan : elle remet aux créanciers un ensemble de droits sociaux correspondant au montant de leur créance et transforme leur créance en capital. Comme dans le cas de l'incorporation des réserves, la société modifie par un jeu d'écriture la répartition de son passif. En revanche, elle n'incorpore pas son passif interne mais son passif externe : la valeur des capitaux propres augmente d'autant : le créancier renonce au paiement en numéraire et se satisfait de l'obtention en lieu et place d'actions de la société. L'incorporation de créances allège le passif de la société et augmente son « haut de bilan ». C'est donc une opération de consolidation et d'assainissement financier. Mais elle se traduit en même temps par une prise de contrôle des nouveaux associés sur le capital de la société. Dans certaines circonstances, l'incorporation s'impose à la société ; tel est le cas lorsque des obligations sont converties en actions (v. n° [511]).

On peut hésiter sur la nature juridique de l'opération. D'un côté, l'intéressé apporte à la société la créance qu'il détient contre elle, et cette créance disparaissant par confusion, on peut y voir un *apport en nature*. Dans ce cas, la procédure d'évaluation des apports en nature devrait être appliquée, si la société bénéficiaire est une société par actions (SA, SAS, SCA). Afin que le créancier puisse libérer valablement son apport, il est nécessaire que la créance sur la société soit certaine (la créance doit exister) et liquide (la créance doit pouvoir être estimée), ce qui requiert l'établissement d'un arrêté de comptes provisoire fixant le montant des dettes sociales et certifié exact par le réviseur d'entreprises. Il faut admettre la licéité de ce procédé, même lorsque les pertes excèdent le montant du capital : la société se trouvant libérée du montant de la valeur nominale de sa dette, l'apport au capital social sera nécessairement égal à la valeur nominale de la créance convertie, même si celle-ci aurait une valeur

de marché nulle en raison de l'insolvabilité éventuelle de la société.

Mais l'analyse de la conversion de la créance en tant qu'apport en nature ne convainc pas (v. n° [93] et s.). L'on ne voit pas de différence en effet entre l'apport de liquidités et un prêt pour ce même montant, si le prêt est ensuite converti en capital social. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsqu'un emprunt obligataire convertible est émis, ceux qui estiment nécessaire de recourir au service d'un réviseur d'entreprises lui demandent d'établir son rapport au jour de l'émission de l'emprunt obligataire et non à celui de sa conversion en actions. Si la conversion portait sur un bien en nature, le réviseur devrait émettre son rapport au jour de la conversion et vérifier la valeur de marché de la créance à convertir. Il faut dès lors voir dans la conversion d'une créance un *apport différé en numéraire*<sup>1</sup>. L'on ne dérogera à cette analyse que dans l'hypothèse moins fréquente en pratique où la créance, plutôt que de résulter d'un prêt d'une somme d'argent, est la conséquence d'une vente (p.ex. : vente d'une participation à la société) ou d'une prestation de services (p. ex. : loyer non payé) ; dans ce cas, la conversion de la créance est à assimiler à un apport en nature.

Le créancier de la société peut également être un associé existant. Si l'analyse juridique ne change pas, l'incorporation des *comptes courants d'associés* correspond à une situation économique différente. L'opération s'accomplit le plus souvent à la demande d'un établissement financier qui entend ainsi éviter le retrait des sommes déposées et assurer sa situation financière. L'établissement bancaire peut à défaut s'assurer du blocage des comptes courants pendant le délai de remboursement de l'emprunt souscrit.

## b) LES APPORTS EN NATURE

**[488]Présentation.** — La société peut également

<sup>1</sup> Pour un aperçu des positions doctrinales : BONNEAU/MAUSKE, L'exigence d'un rapport de réviseur d'entreprises agréé en cas d'émission de titres convertibles ou assortis de droits de souscription, *ACE* 2015/8, p. 13.

augmenter son capital social par apports en nature. Cette forme d'augmentation du capital constitue également pour la société un *instrument de finance-ment*. Elle vise non seulement à accroître le crédit ou les capacités financières de la société, mais également à lui permettre d'acquérir des droits (propriété, usufruit, jouissance) sur un ou plusieurs biens déterminés (meubles ou immeubles, corporels ou incorporels), l'apporteur recevant en contrepartie des actions d'apport.

Certaines sociétés, surtout celles d'origine américaine, ne se contentent pas de constater l'apport en nature au moment de l'acte notarié. Elles préfèrent conclure au préalable un contrat d'apport entre l'apporteur et la société. Le contrat d'apport précise la nature des biens apportés, leur valeur proposée, le nombre d'actions à émettre, les modalités de l'émission telles que la prime d'émission. Le contrat est signé par l'organe de gestion avec l'apporteur sous réserve d'approbation par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Si cette pratique anglo-saxonne est certes tout à fait possible en droit luxembourgeois, elle n'apporte rien en fait au point de vue juridique, de sorte qu'il en est généralement fait l'économie.

**[489]Application des mêmes règles que celles applicables aux apports en nature lors de la constitution de la société.** — Comme en matière d'augmentation du capital en numéraire, l'initiative de l'augmentation appartient ici également à l'*assemblée générale extraordinaire*. L'assemblée générale extraordinaire ne peut déléguer à l'organe de gérance la faculté de réaliser cette augmentation du capital dont elle ne déciderait que le principe et le montant.

Pour le surplus, de manière générale, les mêmes formalités ne doivent être observées qu'au moment d'apports en nature au moment de la constitution de la société. Dans les sociétés par actions, elles emportent principalement pour conséquence qu'un *réviseur d'entreprises* apprécie sous sa responsabilité la valeur des apports en nature telle qu'arrêtée par l'organe de gestion (v. n° [102]). Il doit également se prononcer sur la rémunération faite en contrepartie de cet apport, ce qui nécessite une estimation des titres de la société. Les conclusions du rapport du réviseur d'entreprises sont incluses dans l'acte notarié constatant l'augmentation

de capital, lorsque l'apport est fait à une société de capitaux. Dans les autres sociétés, les associés évaluent librement la valeur des biens apportés lors de l'assemblée extraordinaire, le ou les apporteurs participant au vote.

Si l'assemblée approuve l'évaluation, elle constate la réalisation de l'augmentation. Elle ne pourrait réduire l'évaluation qu'avec l'accord de l'apporteur, faute de quoi le projet d'augmentation échouerait. La valeur ainsi arrêtée étant la loi des parties, elle ne saurait être révisée par la suite (vers le haut comme vers le bas), sauf application des principes généraux relatifs aux vices de consentement (erreur, dol, violence, auxquels il y a lieu d'adjoindre la fictivité de l'apport)<sup>1</sup>. Même si l'apport se rapproche à maints égards de la vente (v. n° [94]), les règles relatives aux rescissions pour cause de lésion en cas d'apport de biens immobiliers ne s'appliquent pas<sup>2</sup>.

**[490]Points particuliers.** — L'augmentation du capital en nature obéit également à des règles particulières. Il n'y a pas de *droit de souscription*, puisqu'il s'agit pour la société d'acquérir un bien précis appartenant à une personne déterminée. Ce mode d'augmentation risque donc de créer des disparités au sein de la société ou de modifier la majorité. En revanche, si la société a déjà constitué des réserves ou des plus-values d'actifs, les actions nouvelles seront émises au montant nominal majoré d'une prime : la prime d'émission (encore parfois appelée « *prime d'apport* »).

Tout comme pour les apports en numéraire, il n'existe aucune condition de *libération* intégrale préalable du capital social existant. La société peut ainsi satisfaire certains besoins et renforcer son crédit, sans attendre la libération intégrale de son capital. De même, les actions attribuées en contrepartie de l'apport ne doivent pas être entièrement libérées dès leur émission, mais peuvent être libérées du quart seulement (dans les sociétés par actions), leur libération intégrale

<sup>1</sup> TILQUIN/SIMONART, T. 1, n° 500.

<sup>2</sup> VAN RYN, T. I, n° 334.

n'étant requise dans les sociétés par actions qu'au bout d'un délai de cinq ans à partir de la date de la décision d'augmentation du capital (art. 32-1 § 6 L1915) ; dans les autres sociétés la libération interviendra à la date fixée dans l'acte d'apport.

## 2. LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL SANS APPORTS NOUVEAUX : L'INCORPORATION DE RÉSERVES

**[491]Présentation.** — Cette technique exclut tout apport nouveau en société : l'actif social ne bénéficie d'aucune ressource nouvelle. L'augmentation du capital s'opère par incorporation de réserves, de primes ou de bénéfices et par conversion de créances.

Bien que cela soit rare en pratique, il est évidemment possible de réaliser valablement une *libération* « mixte » des actions émises dans le cadre d'une augmentation de capital social, pour partie par apports nouveaux, et pour partie par incorporation de réserves<sup>1</sup>. Cela n'est vrai cependant que si tous les associés souscrivent proportionnellement à l'augmentation du capital social. Dans le cas inverse, l'utilisation des réserves bénéficierait uniquement aux actionnaires qui auraient souscrit à l'augmentation de capital, ce qui porterait atteinte au principe d'égalité entre associés, l'opération devenant dilutive pour les associés qui ne participent à l'augmentation de capital.

**[492]Finalité de l'opération.** — L'augmentation de capital se traduit par une distribution d'actions gratuites aux actionnaires ou par l'accroissement de la valeur nominale des actions existantes. Cette opération n'entraîne donc pas l'entrée dans la société d'actionnaires nouveaux. L'incorporation des réserves au capital récompense la fidélité des associés. Elle accroît par ailleurs la solvabilité de la société, car du fait de la fixité du capital social, les sommes virées au compte de capital ne peuvent plus faire l'objet d'une distribution aux associés. Enfin, elle renforce la capacité d'autofinancement de l'entreprise, puisque la société doit reprendre, sur une base élargie, sa politique de

mise en réserves. Elle est prisée des actionnaires parce qu'elle se présente comme un signe tangible de la prospérité de la société, laquelle s'efforce le plus souvent de l'accompagner ensuite d'un accroissement des répartitions. Contrairement à ce qu'on a pu se demander à une époque, elle n'augmente pas les engagements des associés<sup>2</sup>.

L'opération est réalisée par un *simple jeu d'écriture*, c.-à-d. par le virement de certaines sommes d'un poste de réserves au compte capital social. Même s'il ne s'agit que d'« une modification interne de la société »<sup>3</sup>, l'incorporation de réserves au capital entraîne d'importantes conséquences juridiques : ces réserves, de distribuables, deviennent non-distribuables et viennent renforcer le gage des créanciers sociaux. Le *principe d'intangibilité du capital social* leur est également applicable.

La distribution d'actions gratuites ou « *stock dividends* » (« *dividendes en actions* ») dans la terminologie anglo-saxonne est proche de l'incorporation des réserves ; elle s'en différencie uniquement par le fait que, contrairement à l'incorporation des réserves, un dividende a été décidé. Toutefois, plutôt que de prendre la forme d'un paiement aux actionnaires, le dividende en actions permet aux actionnaires existants de bénéficier d'un droit d'attribution aux actions gratuites, proportionnellement à leur participation au capital social. Par exemple, il sera distribué une action nouvelle gratuite pour trois anciennes. Mais l'actionnaire bénéficiaire des actions gratuites n'est plus riche pour autant, car la valeur de la société n'a pas changé. En fait, les actions gratuites valent exactement en plus ce que les anciennes actions valent en moins, de sorte que la fortune de l'actionnaire reste inchangée. Cela explique pourquoi la distribution d'actions gratuites ne constitue pas un dividende en droit fiscal<sup>4</sup>, mais une opération

<sup>1</sup> CHABERT, Augmentation de capital libérée partiellement par incorporation de réserves, primes ou bénéfices, *Rev. sociétés* 2016, p. 275.

<sup>2</sup> Sur la discussion : HEMARD et alii, t. II, n° 483.

<sup>3</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 834.

<sup>4</sup> V. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2013.

neutre. Le dividende en actions ne constitue pas davantage un apport en nature : la créance de dividende, au lieu d'être payée aux actionnaires, est convertie en actions ; on se retrouve donc dans le scénario d'une conversion de créance détenue sur la société (v. n° [93] et s.).

**[493] Réalisation de l'opération.** — En principe, toutes les *réserves* et *primes* (prime d'émission, prime d'apport, prime de fusion) inscrites au bilan comptable peuvent être incorporées, quelle que soit leur nature. Si la société a subi des pertes durant l'année, ou si elle dispose d'un report de pertes, la conversion ne peut porter que sur le solde positif s'il y en a un après imputation des pertes. À défaut, l'augmentation de capital serait fictive. L'incorporation au capital de la réserve légale est parfois critiquée au motif que l'existence de la réserve légale est imposée par la loi : elle est cependant incontestablement licite puisque la réserve légale devra être reconstituée, et sur une base élargie : le crédit de la société s'en trouve donc renforcé. Les réserves ne peuvent augmenter le capital que si elles ont une réelle contrepartie au bilan, car il faut toujours un apport. Tel n'est pas le cas lorsqu'un résultat déficitaire les absorbe en totalité. Aussi, en cas de report à nouveau déficitaire, l'augmentation ne peut être réalisée qu'après imputation du report déficitaire sur une partie des réserves, ou en laissant subsister au bilan des réserves au moins égales à son montant. Enfin, le bénéfice d'un exercice peut être directement incorporé au capital sans transiter préalablement par un compte de réserves. Les réserves occultes n'ayant pas encore été révélées au bilan de la société ne peuvent être incorporées au capital social, car l'enrichissement qu'elles représentent potentiellement n'est pas encore définitivement acquis par la société<sup>1</sup>. Or, seules les réserves ayant une contrepartie réelle à l'actif peuvent être converties en capital social de la société.

<sup>1</sup> HORSMANNS/KEUTGEN, Augmentation et réduction de capital, in : *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, 1985, p. 132.

L'augmentation de capital sera réalisée soit par l'*élévation du montant nominal des droits des associés*, dont le nombre demeure inchangé, soit par la *création de parts nouvelles gratuitement attribuées aux associés*. Le premier procédé a l'avantage d'être le plus simple et de ne pas créer de « rompus ». Le second a pour lui d'être préféré par les actionnaires qui auront l'impression, parfois rapidement dissipée, d'être plus riches qu'auparavant.

Bien qu'elle constitue une opération comptable interne à la société, une simple consolidation comptable, la décision d'augmentation par incorporation de réserves doit émaner de l'*assemblée extraordinaire*, car elle entraîne une modification des statuts de la société. La décision doit être prise aux conditions de majorité renforcée comme pour toute modification des statuts, même si, en raison du caractère bénéfique de la mesure, on aurait pu justifier qu'elle puisse être votée à la majorité absolue. Contrairement à l'augmentation du capital par souscription en numéraire d'actions nouvelles, l'incorporation des réserves accroissant la garantie des créanciers sociaux peut intervenir avant la libération intégrale du capital social.

Les actionnaires ne s'enrichissent pas en raison de l'émission d'actions gratuites (ils disposent maintenant d'un plus grand nombre d'actions, mais chaque action vaudra moins, de sorte que la valeur de leur participation restera inchangée), ils ne sont pas soumis à l'*impôt sur le revenu* sur cette opération.

## § 2. LA RÉDUCTION DU CAPITAL

**[494] Généralités.** — La réduction de capital est l'opération inverse de l'augmentation de capital : des sommes passent des caisses sociales dans les poches des associés. La réduction de capital se rencontre tant en présence de sociétés en difficultés que prospères, mais leur raison d'être change fondamentalement à cette occasion.

## A. DÉFINITION ET DÉLIMITATION DE CONCEPTS VOISINS

[495] **Notion de réduction de capital.** — La réduction de capital consiste à rembourser, en cours de vie sociale, tout ou partie des apports faits par les associés au moment de la constitution de la société ou à l'occasion d'augmentations de capital passées. Elle se traduit donc par une diminution du capital social de la société passant d'un chiffre déterminé à un montant plus faible. La réduction de capital peut s'opérer en l'absence de réserves distribuables et affecte de ce fait le gage intangible des créanciers sociaux. Aussi se trouve-t-elle entourée d'un certain formalisme destiné à protéger les tiers.

Logiquement, une société qui dispose de réserves distribuables mettra celles-ci en distribution avant de réduire son capital. Mais comme la distribution de dividendes est soumise (sauf exceptions) à la perception d'une *retenue à la source de 15%*, il pourrait être tentant de contourner la retenue à la source en réduisant le capital en lieu et place de la distribution des réserves. Aussi la loi fiscale prévoit-elle dans un tel cas que la réduction de capital subit la retenue à la source de 15% à hauteur des réserves distribuables de la société. En somme, tout se passe du point de vue fiscal comme si les réserves avaient été distribuées plutôt que le capital social réduit<sup>1</sup>.

[496] **Amortissement du capital.** — L'amortissement du capital est l'opération par laquelle une société procède, à l'aide de ses bénéfices et réserves distribuables, au remboursement de la mise des actionnaires, le capital social demeurant toutefois inchangé<sup>2</sup>. Par cette opération, la société procède donc à un *remboursement anticipé*, c.-à-d. à une liquidation d'une partie des droits des actionnaires. Logiquement, l'actionnaire perd, à la suite de l'amortissement, le droit à la restitution de sa mise. Pour cette raison, l'amortissement du capital ne peut pas porter sur les actions non encore entièrement libérées, aucun apport n'ayant encore été

fait. Les actionnaires « remboursés » restent cependant des associés de la société et, par conséquent, conservent tous les droits propres aux associés, sauf bien évidemment le droit au remboursement ultérieur de leur mise. Aussi échangent-ils leurs actions ordinaires contre des « *actions de jouissance* ».

L'amortissement présente une double nature juridique. Si l'on se place du côté de la société, l'amortissement constitue une forme particulière de distribution de dividendes, une distribution exceptionnelle de bénéfices. C'est pourquoi l'amortissement ne pourra être réalisé qu'au moyen de *sommes distribuables* au titre de dividendes (v. n° [280] et s.). À l'égard des associés, en revanche, l'amortissement constitue le remboursement anticipé de leur mise en capital. C'est pourquoi les actions de jouissance entraînent la *perte du droit au remboursement du capital* à leur titulaire.

Si les actions à rembourser sont grevées d'un *usufruit*, la décision d'amortir le capital a tout d'abord pour effet de rembourser le nu-propiétaire de tout ou partie du montant amorti. Par conséquent, le droit au premier dividende disparaissant à concurrence du montant amorti, l'usufruitier ne bénéficiera plus que du superdividende. Le nu-propiétaire doit faire bénéficier l'usufruitier du quasi-usufruit de la somme qui lui a été remboursée (art. 69-1 § 1<sup>er</sup> L1915).

L'amortissement du capital n'est formellement prévu que pour les sociétés par actions (art. 69-1 L1915), mais il n'existe aucune raison de refuser d'appliquer, par analogie aux autres types de sociétés les règles prévues en la matière pour les sociétés de capitaux. Lorsque l'amortissement n'est pas prévu dans les statuts, il ne pourra être décidé que par l'assemblée générale extraordinaire statuant suivant les conditions de quorum et de majorité telles que requises pour les modifications des statuts. Lorsqu'il est prévu par les statuts, l'amortissement de capital ne requiert qu'une simple majorité prise en assemblée ordinaire, car il s'agit en définitive d'une variété de distribution de dividendes. Le principe d'égalité des associés est applicable, de sorte qu'il faudra, en cas d'insuffisance des sommes distribuables, amortir le capital au prorata des actions détenues par chaque actionnaire, ce qui pose le

<sup>1</sup> Art. 97 al. 3 LIR ; v. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

<sup>2</sup> VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, 1954, p. 497, 502.

problème des « rompus », ou procéder par voie de tirage au sort et donc laisser le hasard arbitrer le sort des associés.

Les propriétaires d'actions de jouissance courent un risque financier moindre que les actionnaires ordinaires, car leur mise leur a déjà été remboursée. Aussi la loi exige-t-elle pour les sociétés par actions que les actionnaires ordinaires bénéficient dorénavant d'un premier *dividende prioritaire* (art. 69-1 al. 2 L1915). Cette solution devrait logiquement être étendue par analogie aux autres sociétés à risque limité. Il en va différemment, en revanche, des sociétés à risque illimité, car le véritable risque financier couru par les associés ne résulte pas de sa mise en capital mais de son statut d'associé dans la société. Or, ce statut-là ne changera pas après amortissement du capital.

## B. LES DIFFÉRENTES TECHNIQUES DE RÉDUCTION DU CAPITAL

La réduction du capital peut intervenir en raison de pertes subies par la société (1), ou en dehors de tout déficit de celle-ci (2).

### 1. LA RÉDUCTION DE CAPITAL DU FAIT DE PERTES

[497] **Généralités.** — La réduction a souvent pour origine l'existence de pertes sociales : elle réalise alors une sorte de « opération vérité » consistant à imputer les pertes sur une partie du capital et constitue la forme la plus achevée de la contribution des associés aux pertes sociales. Il arrive même parfois que la réduction entraîne la disparition du capital : l'opération est alors le prélude et parfois même la *condition sine qua non* d'une restructuration par augmentation de capital réservée à certains investisseurs (c'est le « *coup d'accordéon* » ; v. n° [302]). Lorsqu'une société a accumulé des pertes, ses capitaux propres deviennent inférieurs au capital social. Le capital annoncé par les statuts se trouve donc amputé et n'a plus de réalité : la réduction de capital en prend acte et va modifier le montant du capital pour le porter au niveau de l'actif net existant.

D'un *point de vue économique*, la réduction du capital n'est pas nécessairement l'indice d'une situation alarmante. Il faut en effet rappeler que les capitaux propres (l'actif net comptable) représentent l'ensemble

des sommes virtuellement attribuables aux associés après apurement du passif. Ainsi, un actif net égal à zéro signifie que les créanciers sociaux récupéreront l'intégralité de leurs créances, même si les associés perdent la totalité de leur apport. Ce n'est donc que lorsque l'actif net devient négatif que se pose un réel problème de solvabilité qui doit conduire la société à adopter des mesures appropriées de redressement. Pour cette raison, la loi de 1915 n'oblige aucunement les associés à régulariser la situation, à défaut d'avoir prononcé la dissolution judiciaire de la société. Bon nombre de sociétés fonctionnent parfaitement bien depuis fort longtemps tout en ayant souffert, à un moment ou un autre, de pertes importantes, sans que les associés n'aient décidé de « renflouer » les caisses sociales au moyen d'une augmentation de capital.

[498] **Procédure de réduction.** — La décision de réduction modifie les statuts et relève en conséquence de la compétence de l'*assemblée extraordinaire* statuant aux conditions de quorum et de majorité posées pour les modifications statutaires. L'assemblée pourra exécuter elle-même les opérations de réduction ou en déléguer l'exécution à la gérance ou à l'organe d'administration.

Privant nécessairement les associés d'une part de leurs droits, voire de leur totalité, l'opération ne doit porter aucune atteinte au *principe d'égalité des associés*, de sorte qu'elle s'appliquera donc à chacun proportionnellement aux droits sociaux détenus. Une réduction de capital effectuée par voie d'attribution d'éléments d'actifs à certains actionnaires dont les actions seraient corrélativement annulées porte atteinte au principe d'égalité ; cette opération, qui équivaut à un partage anticipé, ne peut se réaliser qu'avec le consentement unanime des actionnaires. De même, la réduction de capital ne saurait porter, dans les sociétés ayant plusieurs classes d'actions, sur les actions d'une seule classe, sauf si les statuts de la société le prévoient ainsi. Il reste qu'un associé peut tout à fait renoncer au bénéfice de cette égalité, une fois la décision de réduction du capital prise : la renonciation à un droit d'ordre public demeure toujours possible quand ce

droit est acquis au moment de la renonciation.

Dans les sociétés contrôlées par un *auditeur*, celui-ci ne doit pas être entendu au préalable en vue de faire connaître son appréciation personnelle sur les causes et les conditions de la réduction de capital.

La réduction peut entraîner la fixation du capital à un *montant inférieur au minimum prévu par la législation* : il faut alors transformer la société en une autre forme ou procéder concomitamment à une augmentation de capital (art. 69 al. 4 L1915 pour les sociétés par actions ; « coup d'accordéon » ; v. n° [302]).

**[499] Modalités de réduction.** — La réduction du capital s'opère selon l'un des trois procédés suivants : la réduction de la valeur nominale des actions ; la réduction du nombre des actions ; ou la combinaison de ces deux techniques. La diminution du montant nominal des titres garantit parfaitement le principe d'égalité des associés, chacun consentant à un sacrifice identique. Elle est cependant impossible lorsque la société a émis ses droits au montant minimum légal prévu pour les droits sociaux. Il convient alors de diminuer le nombre de droits. Cette seconde modalité est source de difficultés du fait de l'existence de « rompus » : si, par exemple, la réduction porte sur le tiers du capital, l'opération conduit à l'expropriation des associés détenteurs d'une part et à la réduction des droits de ceux qui ne possèdent pas trois droits ou un multiple de ce chiffre.

**[500] Effets de la réduction.** — La réduction ampute la société d'une part de son capital et consacre la disparition d'une partie des apports des associés. Les créanciers subissent eux aussi les conséquences de l'opération. Il faut cependant distinguer selon la date du titre de créance.

Le nouveau montant du capital social est incontestablement opposable aux *nouveaux créanciers*, c.-à-d. ceux dont le titre est postérieur à la publication de la mesure de réduction : ces créanciers ne connaissaient que le nouveau montant du capital social et donc ne pouvaient compter que sur celui-ci pour se faire payer leur créance.

La situation est différente cependant pour les *anciens créanciers*, c.-à-d. les créanciers dont le titre est antérieur à la publication de la réduction de capital. Ces créanciers-là pouvaient compter sur le capital social ancien aux fins de paiement de leur créance. Si l'assemblée des associés a certes le droit de diminuer le capital social, cette diminution ne doit cependant pas leur porter préjudice. Si la réduction de capital était opposable aux anciens créanciers, elle nuirait rétroactivement à leurs droits. Les sociétés en proie à des difficultés financières ne manqueraient pas de rembourser le capital social aux associés dans la limite de leurs possibilités, afin de ne laisser aux créanciers sociaux que des caisses vides. C'est évidemment l'inverse qui doit se produire : l'associé court le risque résiduel dans la société, de sorte à ne pouvoir être remboursé de son apport que si les créanciers sociaux ont également pu être payés au préalable. La réduction de capital ne peut donc avoir d'effet que pour l'avenir, ce qui implique que les sommes nécessaires pour le paiement des dettes antérieures à la publication soient exclues du montant de la réduction de capital, sauf pour les anciens créanciers à avoir approuvé la réduction de capital. Un *droit d'opposition* pour les créanciers sociaux s'ajoute dans certaines sociétés. En effet, dans les sociétés de capitaux, les créanciers sociaux ont le droit de demander auprès des tribunaux pendant une certaine période la constitution de sûretés, la réduction de capital ne devant pas leur porter préjudice (v. n° [1038]).

## 2. LA RÉDUCTION DE CAPITAL EN L'ABSENCE DE PERTES

**[501] Généralités.** — La décision de réduire volontairement le capital en l'absence de pertes (« *réduction réelle de capital* ») répond à des motifs variés : existence d'un capital excédentaire restitué de la sorte aux associés (ou ce qui revient à la même chose : dispense totale ou partielle du versement du solde du capital souscrit non encore libéré), refus d'agréer le cessionnaire présenté et rachat des droits par la société en vue de leur annulation, retrait d'associé réalisé au moyen



d'une réduction de capital. Les modalités et les effets de la réduction présentent quelques particularités qu'il convient d'exposer.

**[502] Modalités.** — En cas de rachat des droits de l'associé (ou de plusieurs d'entre eux), la société acquiert les droits sociaux à leur valeur marchande. Le principe d'égalité des associés s'applique strictement : une offre d'acquisition doit donc être faite à chacun des associés se trouvant dans la même situation.

Le projet de loi n° 5730 prévoyait d'inscrire à l'article 69 § 1<sup>er</sup> L1915 que la réduction de capital dans le cadre de sociétés par actions devrait respecter le *principe d'égalité des actionnaires* pour les sociétés de capitaux. Une telle disposition n'exprimant qu'un principe général s'appliquant à toutes les sociétés, en l'absence de tout texte, le législateur a décidé de faire l'économie de tout texte, le principe étant incontestable.

Formulé ou non dans les textes, le principe d'égalité n'est pas absolu ; il ne s'applique qu'aux *associés qui se trouvent dans des conditions identiques*. Ceci implique que si elle a émis *différentes catégories d'actions ou de parts sociales*, la société devra traiter de manière identique tous ceux qui se trouvent dans la même catégorie, mais non les associés détenant des classes différentes de droits sociaux. Il ne saurait donc être possible de racheter, au sein de la classe « A », les droits sociaux de Dupont, mais non pas ceux de Schmit également. En revanche, si Dupont et Schmit sont les deux seuls associés de la classe « A », il est tout à fait possible de limiter la réduction de capital aux droits sociaux de la classe « A » et de laisser intacts les droits sociaux de catégorie « B », « C », etc. Les droits et obligations de la classe « A » se trouvant modifiés en raison de la réduction de capital, la procédure prévue à l'article 68 L1915 devra être respectée (v. n° [1005]).

Le traitement égal est un droit individuel pour l'associé destiné à le protéger. L'associé pourra donc y *renoncer* s'il le veut, car toute personne protégée peut renoncer à la protection que la loi lui accorde. Mais, pour que cette renonciation soit valable, elle doit consister en un acte explicite (volonté ouvertement exprimée dans le cadre du vote en assemblée) ou tacite pourvu qu'il soit certain (ex. : comportement de l'associé) et être faite en connaissance de cause : au moment où elle renonce, la personne protégée doit avoir conscience du fait qu'elle avait également le droit de participer à la réduction de capital. S'il est donc interdit d'imposer aux associés une inégalité de traitement, celle-ci est cependant licite si elle est spécialement acceptée par chacun

d'eux<sup>1</sup>.

Si les actions présentées à l'achat excèdent le nombre d'actions à acheter, la société réduit chacune des demandes proportionnellement à la participation de chaque associé. Ces dispositions sont problématiques lorsque l'offre est en fait réservée à un seul actionnaire ; elle doit cependant être communiquée à chacun des associés, même si la société espère qu'un seul d'entre eux seulement y donnera suite.

**[503] Effets.** — La réduction présente un caractère facultatif et n'est pas imposée par les circonstances économiques. Mais surtout, contrairement à la réduction du capital par apurement des pertes, l'opération a pour conséquence de réellement diminuer les capitaux propres de la société et par conséquent le gage social des créanciers. C'est pourquoi les créanciers sociaux disposent d'un *droit d'opposition* dans les sociétés par actions. Les créanciers antérieurs à la réduction peuvent manifester leur opposition devant le tribunal de commerce dans les trente jours suivant la publication de la décision de l'assemblée extraordinaire (art. 69 § 2 L1915)<sup>2</sup>. Seuls les créanciers dont la créance est née antérieurement à la date de publication de la décision de réduction de capital jouissent de cette protection légale ; ceux dont la créance est née postérieurement à cette date ont en effet conclu en connaissance de cause.

Le tribunal rejette l'opposition ou ordonne le remboursement du créancier opposant ou la constitution

<sup>1</sup> DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, th., Bruxelles, 2004, p. 518.

<sup>2</sup> Art. 69 § 2 L1915 : « Si la réduction doit se faire par un remboursement aux actionnaires ou par une dispense de ceux-ci de libérer leurs actions, les créanciers dont la créance est antérieure à la date de la publication au Recueil électronique des sociétés et associations du procès-verbal de délibération peuvent, dans les 30 jours à compter de cette publication, demander au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés, la constitution de sûretés. Le président ne peut écarter cette demande que si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires compte tenu du patrimoine de la société ».

de garanties. Les opérations de réduction ne peuvent alors débiter qu'après remboursement du créancier ou constitution effective de garanties suffisantes.

## Section 2. Le financement par les obligations

[504] **Présentation.** — Les besoins financiers d'une société peuvent être satisfaits de différentes manières. La société peut faire appel à ses actionnaires, en leur demandant de libérer la partie non encore appelée du capital social, voire procéder à une augmentation du capital. Mais la société peut également faire appel à un financement en dehors du capital social, en recourant par exemple à l'emprunt bancaire. À ces sources de financement classiques des sociétés s'ajoute parfois une troisième : le recours à l'emprunt obligataire.

### § 1. GÉNÉRALITÉS

[505] **Définition et généralités.** — Si, traditionnellement, le financement par voie d'obligations est l'apanage des sociétés anonymes, le nombre de SARL ayant recouru, notamment pour des raisons fiscales, à cet instrument a sensiblement augmenté ces dernières années. Depuis la loi du 10 août 2016, *toutes les sociétés commerciales*, grandes comme petites, cotées à la bourse ou privées, y compris celles qui n'ont pas la personnalité morale (ex : la SECsp), peuvent émettre des emprunts obligataires, et ce dès leur constitution et même avant que l'intégralité de leur capital social n'ait été libéré (art. 11ter L1915<sup>1</sup>). L'émission de l'emprunt obligataire convient surtout aux sociétés importantes ayant besoin d'emprunter une grosse somme. Plutôt que de s'endetter auprès d'une seule personne, ces sociétés peuvent songer à émettre un emprunt obligataire.

L'emprunt obligataire a une triple caractéristique :

- l'obligation confère un *droit de créance* fondé sur un contrat de prêt et non un droit d'associé ;
- contrairement aux prêts ordinaires, l'emprunt obligataire présente un *caractère collectif*. La dette contractée par la société est divisée en un grand nombre de coupures, fongibles ;
- les obligations ont encore pour caractéristique de constituer des *titres négociables* et non pas seulement cessibles.

C'est cette triple caractéristique, droit de créance, caractère négociable des titres, emprunt collectif, qui caractérise l'emprunt obligataire<sup>2</sup>.

Le contrat d'émission d'obligations a cette particularité que la société émettrice a une seule dette, mais de nombreux créanciers. En représentation des sommes prêtées, la société émet des obligations, c.-à-d. des titres négociables, transférables d'une personne (physique ou morale) à l'autre, qui représentent une quotité de l'emprunt obligataire et confèrent à leur détenteur les mêmes droits. Chaque obligation est donc une coupure de l'emprunt et chaque obligataire est une partie au contrat obligataire<sup>3</sup>. Les « PEC » (« Preferred Equity Certificates ») et « CPEC » (« Convertible Preferred Equity Certificates ») fort pratiqués dans le private equity sont donc des obligations, si la convention d'émission de ces sources de financement donne lieu à émission de titres représentant le droit de créance du prêteur ; à défaut il s'agira d'une convention de prêt.

Le *cadre juridique* est celui des sociétés anonymes, auquel il est renvoyé à l'article 11ter L1915. En raison de la problématique particulière qu'elles posent, les obligations convertibles en droits d'associé sont traitées dans un article distinct, l'article 11quater L1915.

[506] **Comparaison avec les actions et délimitations avec d'autres sources de financement.** — L'obligataire dispose d'un *droit de créance* sur la société et se trouve donc, vis-à-vis de la société, dans une

<sup>2</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup> n° 560.

<sup>3</sup> La loi luxembourgeoise ne donne pas de définition de l'obligation, ni de l'emprunt obligataire. Pour un aperçu des différentes définitions de l'emprunt obligataire données en doctrine, v. P. LAMBRECHT, M. DUPLAT, *L'emprunt obligataire*, Waterloo, 2014, pp. 12-14.

<sup>1</sup> Art. 11ter al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Toute société peut émettre des obligations ».

situation de prêteur. Il n'est donc pas un associé espérant toucher un dividende, mais un simple créancier percevant normalement des intérêts. De même, l'obligataire est, sauf faillite de la société émettrice, assuré d'être remboursé à échéance, tandis que l'actionnaire ne verra sa mise restituée que si la société n'a pas subi de pertes trop importantes par le passé.

Une erreur répandue dans le public est de croire que la possession d'obligations serait le placement du « bon père de famille ». L'obligation est non seulement soumise aux *risques de défaillance de la société émettrice*, mais elle subit également les *risques d'évolution des taux d'intérêt du marché*. Les spécialistes de la finance le savent fort bien : une variation du taux d'intérêt du marché entraîne une variation, en sens inverse, de la valeur boursière de l'obligation. C'est ainsi qu'une obligation souscrite à 100 avec un taux d'intérêt de 5% verra sa valeur boursière baisser de 50% si les taux d'intérêt du marché passent de 5% à 10%.

Mais l'obligataire n'est pas un simple prêteur non plus, car son titre de créance a pour particularité d'être négociable, c.-à-d. il présente les particularités des *valeurs mobilières*. De ce fait, l'obligation présente certaines caractéristiques communes avec les « *bons de caisse* », car ces derniers sont eux aussi négociables et donnent droit à un intérêt. Mais les bons de caisse, contrairement aux obligations, sont généralement de courte durée (quelques mois) ; et surtout, le bon de caisse est émis séparément et individuellement au profit d'une personne déterminée, alors que les obligations font partie d'une émission globale, d'où la référence à la « *masse obligataire* »<sup>1</sup>.

[507] **Régime fiscal.** — Du point de vue fiscal, le financement d'investissements par un emprunt obligataire est plus avantageux pour l'entreprise que le financement par actions, du moins à égalité d'intérêts et de dividendes. En effet, les intérêts servis aux obligataires sont, contrairement aux dividendes versés aux actionnaires, une charge comptable qui vient en déduction du revenu imposable de la société. D'autre part, les obligataires subissent une retenue à la source libératoire

de 20%, ce qui est proche de l'imposition par voie d'assiette des associés dont le taux effectif d'imposition est également de l'ordre de 20%.

Les propos ci-avant doivent être doublement nuancés.

D'un côté, la déductibilité des intérêts, contrairement aux dividendes, n'existe pas dans l'hypothèse, sans doute plutôt rare en pratique, où l'émetteur de l'emprunt obligataire est une société de personnes, les titres étant souscrits par les associés. Dans ce cas, en raison de la transparence fiscale de la société, l'intérêt versé à l'associé obligataire est requalifié en une distribution de bénéfices. Or, celle-ci se fait après impôts. La déductibilité de l'intérêt n'existera donc qu'en présence de sociétés opaques (sociétés de capitaux, SARL, etc.) ainsi que dans le cas d'un emprunt obligataire émis par des sociétés transparentes souscrit par des non-associés.

D'un autre côté, la retenue à la source n'est due qu'en raison d'un versement d'intérêts opéré au profit de personnes physiques résidant dans un autre pays de l'Union européenne. Les paiements effectués au profit de sociétés disposant de la personnalité juridique restent exonérés de la retenue à la source, que la société soit un résident d'un État membre de l'Union européenne ou d'un pays tiers.

Opérations	Intérêts résidents	Dividendes résidents
Bénéfice avant impôts	1000	1000
Intérêts (hypothèse : 1000)	(1000)	0
Bénéfice imposable	0	1000
Impôt sur les sociétés (30%)	0	300
Dividende distribué	0	700
Retenue à la source libératoire sur intérêts(20%)	200	0
Imposition par voie d'assiette (20%)	0	140
Revenu net	1000 – 200 =	700 – 140 =

<sup>1</sup> Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87.

	800	560
--	-----	-----

Ainsi que le montre le tableau, le financement par dettes est plus avantageux du point de vue fiscal que le financement par fonds propres.

## § 2. L'ÉMISSION DES OBLIGATIONS

**[508] Organe compétent.** — L'émission d'obligations, tout comme la recherche d'autres moyens de financement externes de la société, relève de la compétence de l'organe de gestion. Cette solution s'impose parce que l'emprunt obligataire est une source alternative de financement de la société, tout comme le prêt bancaire. Or, pour ce dernier, aucune autorisation en assemblée n'est requise non plus. L'émission d'un emprunt obligataire constitue donc un acte de gestion qui relève de la compétence de l'organe de gestion, sauf si les statuts exigent l'accord des associés en assemblée. Dans ce cas, selon que la société émettrice est ou non une société à risque limité, cette interdiction n'aura qu'un effet interne à la société et ne pourra pas être opposée aux tiers (sociétés à risque limité ; v. n° [373]), ou, au contraire, leur sera opposable (sociétés à risque illimité, v. n° [372]).

En revanche, si la société envisage d'émettre des *dettes convertibles* en actions<sup>1</sup>, l'émission relèvera de la compétence de l'assemblée des actionnaires statuant selon les modalités requises pour les modifications statutaires, car l'émission des obligations sera susceptible<sup>2</sup> d'entraîner à terme une augmentation du capital

<sup>1</sup> Les dettes convertibles sont à comprendre de manière large : il pourra s'agir d'obligations convertibles ou de prêts convertibles ; d'obligations avec bons de souscription d'actions ; v. n° [511] ; ou des *droits de souscription automatiques* encore appelés « *warrants* ».

<sup>2</sup> La plupart du temps, les obligations sont convertibles à l'option du détenteur, voire de la société émettrice. Rien sur le plan des principes n'empêche cependant une émission d'obligations qui seraient automatiquement converties en

social (art. 32-4 L1915<sup>3</sup>). L'assemblée devra, le cas échéant, également agréer par avance, dans les sociétés où les cessions de droits d'associé sont soumises à un agrément, les souscripteurs des obligations convertibles en tant qu'associés éventuels (art. 11quater L1915)<sup>4</sup>. L'assemblée ayant approuvé la conversion possible de l'emprunt obligataire convertible en actions de la société au moment de son émission, elle n'intervient plus par la suite. S'il y a conversion, l'organe de gestion procédera à l'augmentation de capital en émettant les actions en échange de l'emprunt et fera constater l'augmentation de capital ainsi réalisée par acte notarié.

Deux questions se posent régulièrement dans le cadre d'obligations convertibles.

La première concerne la *durée maximale possible de l'emprunt convertible* si l'émission a lieu dans le cadre du *capital autorisé* (v. n° [1028]). Comme l'autorisation au conseil d'administration d'émettre du capital social additionnel est limitée à cinq ans, on pourrait penser que la conversion de l'emprunt devrait avoir lieu au plus tard au moment où la période quinquennale se termine. Mais l'art. 32-4 L1915 spécifie bien que l'art. 32 al. 5 L1915 relatif au capital autorisé ne s'applique qu'à l'émission, et non pas également à la conversion de l'emprunt. Il s'ensuit que si l'organe de gestion ne peut valablement émettre d'emprunt

capital à une date donnée : RICHELLE/VERHAVER, L'émission d'obligations automatiquement convertibles en droit belge, *RPS* 2016, p. 55.

<sup>3</sup> Art. 32-4 L1915 : « Les articles 32, 32-1, à l'exception de son paragraphe (6), et 32-3 sont applicables à l'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre. »

<sup>4</sup> Art. 11quater L1915 : « L'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre par des sociétés autres que des sociétés anonymes est soumise aux dispositions légales concernant la cession de parts ou d'actions ou à celles concernant l'agrément de non-associés. Les mêmes dispositions s'appliquent en cas d'une cession entre vifs ou de transmission à cause de mort. L'agrément peut être donné à l'avance à des non-associés déterminés ou déterminables dans la décision d'agrément, soit lors de l'émission des obligations ou instruments, soit à un moment ultérieur. Un tel agrément est irrévocable s'il est déclaré tel dans la décision d'agrément ».

convertible que durant la période quinquennale d'autorisation accordée par les actionnaires, rien n'empêche cependant une conversion subséquente.

La deuxième concerne la nécessité de recourir à un *réviseur d'entreprise*. Le réviseur d'entreprises n'est requis que pour les apports en nature, ce qui semblerait justifier son intervention en matière de conversion d'obligations en actions de la société, si l'on analyse la conversion d'une obligation comme un apport en nature<sup>1</sup>. Mais cette analyse ne convainc pas, car il faut plutôt y voir un apport en numéraire différé dans le temps (v. n° [487]). Par ailleurs, aux termes de l'art. 32-4 L1915, il faut se placer au jour de l'émission de l'emprunt plutôt qu'à celui de sa conversion, afin de contrôler le respect des obligations légales. Or, au jour de l'émission de l'emprunt convertible, seules des liquidités sont apportées à la société. Pour cette raison également, aucun réviseur d'entreprises ne doit intervenir dans le processus, ni au moment de l'émission de l'emprunt, ni au jour de sa conversion. Cette manière d'analyser l'emprunt convertible reflète mieux la substance de la transaction, en ce que l'emprunt constitue en fait un apport conditionnel en numéraire à terme différé. Cette position a fini par être adoptée par le législateur, dans le cadre de la Loi du 10 août 2016 (art. 32-4 al. 3 L1915 : « La conversion d'obligations convertibles est à considérer comme un apport en numéraire libérable par compensation avec une créance sur la société et sera soumise aux mêmes conditions qu'un tel apport »).

Cette situation doit être distinguée de celle où l'emprunt obligataire n'est en soi pas convertible, mais où la masse des obligataires accepte, en raison des difficultés financières rencontrées par la société, de substituer des actions aux obligations. Dans ce cas, on ne pouvait évidemment demander à l'assemblée générale des actionnaires d'approuver au moment de l'émission la possible conversion de l'emprunt. Il suffit dans ce cas que l'assemblée des actionnaires statue sur la décision d'augmentation de capital dans les trois mois de la décision prise par l'assemblée des obligataires de procéder à la conversion (art. 94-2 al. 3 L1915). L'intervention du réviseur d'entreprises au

jour de la conversion se justifie également ici.

**[509] Émission publique ou privée.** — Il faut distinguer les émissions publiques et privées d'emprunts obligataires. En effet, les émissions publiques d'emprunts obligataires ne sont possibles que si elles sont réalisées par des sociétés de capitaux. Lorsque l'émission publique sera organisée par la bourse de Luxembourg, la société émettrice devra respecter les conditions en vue d'une cotation à la bourse, ce qui inclura l'obligation d'établir un prospectus détaillé à la disposition des investisseurs potentiels (art. 83 L1915). L'émission privée, contrairement à l'émission publique, n'exige aucune publicité.

Pendant longtemps, la loi ne fournissait pas elle-même les critères permettant de délimiter les opérations privées des opérations publiques d'émission d'obligations. On pensait généralement qu'il suffisait que la société recherche les souscripteurs au moyen de journaux, de revues et de tout autre moyen de communication publique pour que l'emprunt devienne « public ». Il en était de même du recours à des intermédiaires (y compris les banques dans le cadre de syndicats de garantie et de prise ferme<sup>2</sup>) visant à placer l'emprunt dans le public. L'emprunt n'était dès lors privé que s'il s'adressait à un cercle limité d'investisseurs possibles connu au préalable par la société et contacté de manière individuelle par l'organe de gestion de la société en vue de la souscription à l'emprunt.

Suite à la transposition de la *directive 2003/71*<sup>3</sup> relative au prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières, la situation a changé en ce sens que le législateur y a défini ce qu'est une offre au public : « une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire

<sup>1</sup> En ce sens RESTEAU, t. III, n° 1382, p. 26.

<sup>2</sup> Le *syndicat de garantie* s'engage à souscrire les obligations qui n'auraient pas pu être placées dans le public ; le *syndicat de prise ferme* souscrit l'ensemble de l'emprunt obligataire en vue d'un placement subséquent dans le public.

<sup>3</sup> En détail : circulaire CSSF 05/225 du 16 déc. 2005.

ces valeurs mobilières ». Une offre de souscription d'obligations (ou d'actions) à des salariés d'un groupe constitue ainsi une offre publique, car, contrairement à la pratique passée, une émission n'est plus privée en raison du caractère ciblé de l'offre (envois ciblés à un groupe de personnes, limitation aux investisseurs institutionnels, etc.). Mais il faudra que l'option soit elle-même une « valeur mobilière », ce qui exige qu'elle puisse être négociée sur les marchés des capitaux. Lorsque, comme tel est généralement le cas, l'option est personnelle et non négociable, l'offre sera certes faite au public, mais elle ne portera pas sur des valeurs mobilières, ce qui permet d'éviter l'obligation de publication d'un prospectus.

**[510] Obligations convertibles en droits sociaux et obligations avec bons de souscription de droits sociaux.**<sup>1</sup> — Les obligations convertibles en droits sociaux (actions, parts sociales) permettent à leur titulaire d'exiger la transformation de l'obligation en droits sociaux à une époque précise ou à tout moment. Permettant de « jouer sur les deux tableaux », elles nécessitent du coup la précision du taux de conversion à l'émission (p.ex. 1 obligation pour 2 actions). Les obligations avec bons de souscription de droits sociaux sont issues des obligations à warrant anglo-américaines. Elles offrent aux obligataires la possibilité de souscrire des actions à un prix déterminé. Les obligataires exerçant ce droit ne perdent pas pour autant leurs droits sur les obligations qu'ils détiennent, de sorte qu'ils deviennent des associés dans la société tout en restant également des créanciers vis-à-vis d'elle. Ils devront bien sûr, en contrepartie, ajouter une mise dans le capital social. Plutôt que d'exercer eux-mêmes le droit de souscription au capital de la société, les porteurs d'obligations à bons de souscription peuvent décider de détacher le bon de l'obligation, laquelle devient du même coup une obligation ordinaire, et céder le droit de souscription à un tiers. Les détenteurs d'obligations

déjà émises de la société peuvent être intéressés à la souscription d'obligations convertibles ou à des bons de souscription de droits sociaux, mais le législateur ne leur a donné aucun droit de préférence à cet effet. Cela permet à la société, durant la période intermédiaire où aucune conversion n'a encore eu lieu, d'émettre des emprunts convertibles ou à bons de souscription additionnels au profit d'autres personnes que les détenteurs actuels des obligations existantes. Rien n'interdit par ailleurs l'augmentation de capital durant la période intérimaire. De même, le législateur ne fixe aucune durée maximale au délai d'option. Il ne règle pas non plus les conditions de conversion qui peuvent dès lors être au gré des porteurs, à un moment donné ou à tout moment, ou sous la forme d'un engagement ferme de conversion, selon les termes de l'émission.

Les obligations convertibles ainsi que les obligations à bons de souscription ont en commun qu'elles sont susceptibles d'entraîner une augmentation de capital différée dans le temps. Elles ne sont dès lors guère concevables en présence de sociétés fermées. Ces obligations peuvent, en revanche, être émises par les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions ainsi que les sociétés européennes (art. 5 du règlement du 8 octobre 2001). Les autres sociétés (sociétés de personnes) ne peuvent émettre de telles obligations.

Pour les SARL, si l'émission privée d'obligations a toujours été possible<sup>2</sup>, il faut toutefois réserver le cas de

<sup>1</sup> CROES, Obligations convertibles et warrants : description du cadre juridique belge, *RPS* 1995, n° 6 682, p. 347 ; SERRA, Le droit de conversion des obligations convertibles à tout moment, *RDT com.* 1971, p. 565 ; HOSS/SCHUMMER, Les obligations convertibles, in : PRÜM (sous la dir. de), Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Bruxelles, 2016, p. 429.

<sup>2</sup> En sens contraire : SCHWACHTGEN, Mélanges de droit des sociétés, *ACE* n° 4, 2007, p. 39. D'après M. Schwachtgen, une SARL pourrait tout au plus émettre des obligations nominatives créées à personne dénommée. Cela serait nécessaire en raison de la nature des obligations qui est celle d'un titre négociable susceptible d'être coté en bourse. Si l'on est certes bien d'accord qu'une obligation émise par une SARL ne saurait être cotée en bourse, on ne voit cependant pas pourquoi il en découlerait que l'obligation soit à « personne dénommée ». Ce qui importe, c'est que la SARL n'émette pas ses obligations dans le public. Cette condition est remplie si un cercle limité de personnes souscrivent à l'émission. Ce qu'il advient par la suite des obligations ainsi détenues est sans importance au regard

l'émission d'obligations privées convertibles tout comme celui d'obligations avec bons de souscription d'actions. Pareils titres ne sont en effet pas conciliables avec le caractère personnel de la SARL<sup>1</sup>. L'obligation étant un titre négociable, il se pourrait en effet qu'une personne inconnue des associés au moment de l'émission de l'emprunt ne se présente le moment venu en vue de convertir l'obligation qu'elle détient en parts sociales de la société.

La situation est la même si la société émet des *warrants*, car les *warrants* sont généralement négociables et permettent à leur propriétaire de souscrire à une augmentation future de capital à un prix convenu d'avance. Mais comme la négociabilité n'est pas de l'essence des warrants, il est tout à fait possible pour la société de contourner la difficulté en émettant des warrants à personne désignée. Dans ce cas, seule la personne à laquelle la société aura émis les warrants pourra acquérir par la suite des parts sociales. Il suffit dès lors que les associés approuvent en assemblée extraordinaire l'entrée d'un nouvel associé dans le cadre d'une augmentation de capital, aux conditions de quorum et de majorité applicables aux changements de statuts, pour que l'émission des warrants devienne également possible dans une SARL. À supposer que l'accord en assemblée ait été obtenu, la société pourra émettre les warrants sur la base desquels leur propriétaire souscrira, s'il y trouve un intérêt, des actions nouvelles par la suite. Nul besoin pour cela de l'intervention de l'assemblée, car elle a déjà donné son accord au préalable. Le gérant de la SARL pourra dès lors se contenter de simplement faire acter l'augmentation de capital par voie d'acte notarié aux fins de publication au Mémorial et de dépôt au RCS.

Les titulaires d'obligations convertibles ou à bons de souscription de droits sociaux étant des associés en puissance, les obligations convertibles ne peuvent être émises que suite à une décision prise en *assemblée générale extraordinaire des associés* statuant comme en matière d'augmentation de capital (art. 32-4 L1915 pour les sociétés par actions, par analogie pour les SARL)<sup>2</sup>. Dans les sociétés où il existe un droit préfé-

rentiel de souscription (les sociétés de capitaux, mais non pas les autres sociétés telle la SARL), elles doivent être offertes par préférence aux associés existants, proportionnellement à la partie du capital qu'ils détiennent (renvoi à l'article 32-3 L1915 qui prévoit le droit préférentiel de souscription pour les émissions de droits sociaux).

[511] **Autres types d'obligations**<sup>3</sup>. — La diversité des emprunts obligataires est grande en raison de l'ingéniosité des financiers. On se limitera à quelques exemples :

- *obligations indexées* : ce sont des obligations dont le remboursement du capital et/ou le paiement des intérêts suivent l'évolution d'un indice de référence déterminé. L'indexation permet à l'épargnant d'éviter les inconvénients des fluctuations monétaires ;
- *obligations à revenu variable et obligations participantes*. Les obligations à revenu variable donnent droit au remboursement du capital, mais l'intérêt, au lieu d'être fixe, varie selon les bénéfices de la société. Les obligations participantes donnent droit à un intérêt fixe ainsi qu'à un supplément de revenu en fonction des bénéfices sociaux de la société émettrice.
- *obligations ordinaires et obligations garanties*. Normalement, la société essaiera d'émettre les obligations sans accorder de garanties aux souscripteurs. Mais parfois, des sûretés devront être constituées pour garantir les engagements de la société envers ses obligataires. Ces sûretés intéressent particulièrement leur remboursement. Certaines émissions bénéficieront ainsi par exemple du cautionnement de la société mère. Mais il est également possible pour la société d'émettre des *obligations hypothécaires* (art. 94-6 L1915). La principale caractéristique est que l'hypothèque est accordée avant

de l'art. 188 L1915. De sorte que les obligations peuvent tout à fait être au porteur.

<sup>1</sup> CROES, Obligations convertibles et warrants : description du cadre juridique belge, *RPS* 1995, n° 6 682, p. 347 (p. 354).

<sup>2</sup> L'émission peut également être décidée par le conseil

d'administration dans les limites du capital autorisé.  
<sup>3</sup> BONNEAU, La diversification des valeurs mobilières, ses implications en droit des sociétés, *RTD com.* 1988, p. 535.

l'émission pour le compte de la masse des obligataires, l'acceptation rétroactive résultant du seul fait de la souscription des obligations. C'est la société qui requiert l'inscription de l'hypothèque au profit de la masse, l'hypothèque prenant rang à partir de cette date.

**[512] Conditions de forme.** — Tout comme l'action, l'obligation peut être au porteur (la signature par un administrateur ou son délégué suffit : art. 84 al. 2 L1915) ou nominative. Dans ce dernier cas, il sera tenu un registre des obligations nominatives fonctionnant d'après les mêmes règles que le registre des actions nominatives (art. 84 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>.

Les titres représentatifs des obligations contiennent de nombreux renseignements, soit sur l'émission même (numéro d'ordre, valeur du titre, taux et époque de paiement de l'intérêt, conditions de remboursement, garanties telle la caution de la société mère lors d'une émission obligataire de sa fille, emprunts antérieurs), soit sur la société (dénomination sociale, date de constitution, capital social, valeur nominale, nombre et catégorie d'actions en circulation, durée de la société).

Parmi les garanties éventuellement attachées aux emprunts obligataires, il y en a deux qu'il faut mentionner plus particulièrement. Parfois, la société émettrice dispose d'immeubles de grande valeur qu'elle voudra donner en garantie à l'émission de l'emprunt. Cette garantie prendra alors la forme d'une hypothèque, sa constitution devant suivre les formes du Code civil, notamment en ce qui concerne les conditions de publicité. Une autre garantie que les souscripteurs aimeront s'aménager est qu'ils bénéficieront des mêmes garanties supplémentaires que les souscripteurs d'émissions additionnelles, au cas où celles-ci verraient le jour. C'est la clause dite « *pari passu* ».

### § 3. LES DROITS DES OBLIGATAIRES

**[513] Choix de la loi applicable.** — Il est normal que les sociétés luxembourgeoises émettent leurs emprunts obligataires d'après le droit luxembourgeois. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il est ainsi tout à fait concevable qu'une société luxembourgeoise « place » sa dette

sur les marchés financiers internationaux et préfère de ce fait soumettre son emprunt aux lois étrangères, la plupart du temps aux lois anglaises. Cela est tout à fait possible, ce qui permet aux sociétés luxembourgeoises de soumettre leur emprunt à un droit étranger, les règles posées aux articles 84 et suivants de la loi de 1915 ne s'appliquant que dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les statuts<sup>2</sup>. Dans ce cas, les règles relatives à la masse des obligataires, des droits des obligataires, et des obligations corrélatives de la société sont régies par le droit étranger et non luxembourgeois. Il est également théoriquement possible, pour les statuts, de prévoir un régime autonome de règles applicables aux obligations à émettre en écartant toutes les règles supplétives de la loi de 1915. Procéder ainsi ne manquerait cependant pas de poser certains problèmes en pratique, les rédacteurs des statuts devant dans ce cas faire œuvre quasi législative et songer par avance à résoudre toutes les difficultés qui pourraient se poser, au risque d'avoir un vide juridique. Si risque juridique il devait y avoir, il ne pourrait être comblé qu'à l'unanimité.

**[514] Droit au règlement des intérêts.** — Le propre de l'emprunt obligataire est de constituer un titre de dette de la société émettrice. Qui dit dette dit paiement d'intérêts. Le taux d'intérêt fait dès lors partie des conditions essentielles de l'emprunt obligataire et doit être indiqué sur le titre représentatif de l'obligation. Ce taux sera fonction à la fois de l'évolution des conditions du marché (il y a des périodes où le crédit est meilleur marché que d'autres) et de la situation financière de la société (une société dont la situation financière est mauvaise devra payer une prime de risque aux souscripteurs de son emprunt obligataire pour que ceux-ci soient prêts à investir).

Il faut signaler ici le rôle primordial joué par les *agences de notation internationales* telles Standards & Poor's, Moody's, etc.

<sup>1</sup> En détail, FREDERICQ, t. V, n° 578 et 579.

<sup>2</sup> Art. 11ter al. 2 L1915 : « *Les articles 84 à 94-8 sont applicables à toute émission d'obligations par une société. L'acte d'émission de ces obligations peut cependant déroger à ces dispositions* ».



Ces agences attribuent des notes situées entre AAA (le moins risqué) et D (société en faillite) aux sociétés désireuses de faire appel à leurs services, en fonction des risques financiers que ces sociétés font courir aux porteurs d'obligations. En pratique, il n'est guère possible pour une société de placer un emprunt obligataire sur les marchés des capitaux sans obtenir de notation. À maints égards, l'agence de notation est considérée comme un censeur de la société, une rétrogradation dans la notation entraînant immédiatement un renchérissement du coût financier de la dette. Mais on peut également regarder les agences de notation comme un instrument d'information additionnel des investisseurs et donc de transparence des marchés financiers.

Le taux d'intérêt peut être fixe ou variable. Lorsqu'il est fixe, il est déterminé, une fois pour toutes, au moment de l'émission ; lorsqu'il est variable (à ne pas confondre avec les obligations à revenu variable ou participantes, v. n° [511]), le taux d'intérêt sera basé sur un référentiel (p.ex. EURIBOR + 3%), de sorte qu'il évoluera au même rythme que celui-ci. Il faut distinguer le taux nominal (ou taux facial) de l'émission obligataire de son taux effectif (ou taux réel). Les deux taux peuvent en effet différer du fait de l'existence de primes d'émission ou de remboursement. La prime de remboursement est la somme d'argent payée aux obligataires en sus du montant qui a été payé par eux au moment de la souscription.

Exemple : La société émet des obligations à valeur nominale de 100 à un prix d'émission de 99. L'emprunt porte un taux facial de 5% et est remboursable après un an.

Le taux d'intérêt réel n'est pas de 5% mais de 6% : la société doit en effet verser, outre le taux d'intérêt de 5% calculé sur 100, une prime de remboursement de 1 (à savoir la différence entre ce qu'elle doit rembourser à échéance, soit 100, et ce qu'elle a perçu au jour de l'émission, à savoir 99).

Le seul emprunt obligataire ne comportant pas de versement d'intérêts est l'obligation à coupon zéro (« *zero bond* »). Mais l'obligataire perçoit dans ce cas, à l'échéance du titre, une prime de remboursement (ex. : obligation émise à 40% et remboursable à 100% dans 8 ans ; d'où une prime de remboursement de 60%) correspondant, du point de vue économique, au paiement d'un intérêt unique à l'échéance de l'emprunt, ensemble avec le remboursement du nominal. La prime de remboursement constitue bien évidemment

une forme déguisée de paiement d'intérêts.

Le paiement de l'intérêt est fait au siège social ou plus souvent par les banques désignées par la société. Le paiement de l'intérêt est tantôt annuel, tantôt semestriel, voire trimestriel. L'intérêt n'est évidemment dû que pour les titres encore en circulation.

**[515] Droit au remboursement du principal à l'échéance.** — Comme tout créancier, le titulaire d'une obligation a droit au remboursement de sa créance à l'échéance contractuelle. Le droit au remboursement, comme pour tout créancier social, n'est pas dépendant de l'existence de réserves distribuables et subsistera même durant les années déficitaires de la société. Ce remboursement peut se faire selon des modalités variables. Il pourra avoir lieu en une seule fois à la fin du contrat, ou de manière anticipée, si cette possibilité avait été prévue au moment de l'émission de l'emprunt (le terme étant stipulé dans l'intérêt des deux parties, la société ne saurait se libérer anticipativement sans l'accord de son créancier)<sup>1</sup>. Le rachat de l'obligation ne constitue qu'une variété du remboursement du principal. On aurait dès lors pu penser que la société devenant son propre créancier, l'obligation rachetée s'éteindrait par confusion<sup>2</sup>. Mais il n'en est plus ainsi depuis une loi du 15 mai 1997 : la confusion en matière d'obligations n'est pas de droit, la société émettrice ayant le droit de recéder par la suite les valeurs mobilières rachetées. Tant qu'elle les détient dans son portefeuille, cependant, les droits afférents à ces valeurs mobilières sont suspendus (art. 1300 al. 2 C.civ.)<sup>3</sup>.

La société peut également avoir prévu un *rembour-*

<sup>1</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 573.

<sup>2</sup> HAMEL/LAGARDE, t. 1<sup>er</sup>, n° 561.

<sup>3</sup> Art. 1302 al. 2 C.civ. : « Toutefois, lorsque la créance est représentée par un titre et que le débiteur acquiert ce titre, il ne se fait pas de confusion de droit. Il est loisible au débiteur de conserver le titre ou bien jusqu'à l'échéance finale, ou bien jusqu'à ce qu'il décide soit d'éteindre la créance, soit d'aliéner le titre. Pendant que le débiteur possède le titre, tous les droits afférents au titre sont suspendus ».

sement par amortissement, ce qui est le cas si chaque année, la société tire au sort un certain nombre d'obligataires dont les titres sont remboursés. Deux techniques sont alors possibles. Soit la société rembourse chaque année un nombre égal de titres. Soit elle rembourse par « annuités constantes » en consacrant la même somme chaque année au service de l'emprunt (remboursement du principal + intérêts). Dans ce cas, la partie « principal » augmente au fil du temps, la charge d'intérêts diminuant progressivement.

Exemple : Une société émet un emprunt obligataire de 1 000 000 titres au taux de 5%, à valeur nominale de € 100 le titre. Elle rembourse l'emprunt par annuités constantes, en consacrant chaque année € 10 000 000 au service de la dette. L'intérêt de l'année 01 sur l'emprunt obligataire s'élève à  $1000000 \times 5\% = 5000000$ . Il reste donc un montant de  $1000000 - 5000000 = 5000000$  pour rembourser le principal.

Au début de l'année 02, le principal non encore remboursé s'élève à  $1000000 - 5000000 = € 9500000$ . L'intérêt remboursé en 02 par la société sera donc de  $9500000 \times 5\% = € 4750000$ . La société disposera donc d'un volant plus important de ressources financières qu'en première année pour rembourser ses dettes, soit  $€ 10000000 - € 4750000 = € 5250000$ .

La dette au début de l'année 03 ne s'élèvera donc plus qu'à  $€ 9500000 - € 5250000 = € 8975000$ . On constate donc que la partie « principal » augmente avec les années, au même rythme que la partie « intérêts » diminue.

L'emprunt obligataire, comme toute dette, est en principe remboursé à sa valeur nominale (application du principe du nominalisme monétaire), bien qu'il puisse être stipulé à « prime de remboursement ». L'existence d'une prime de remboursement permet à la société d'emprunter à un taux nominal moins élevé, la prime de remboursement constituant un intérêt supplémentaire différé.

Exemple : La société peut émettre des obligations au nominal de 100 et remboursées à 105. La prime de remboursement dite « en dehors » constitue en fait un supplément d'intérêt pour les porteurs d'obligations. Mais la prime de remboursement peut également être « en dedans », lorsque, par exemple, l'obligation au nominal de 100 est émise à 95 et remboursée à 100.

Pour atténuer les problèmes d'érosion monétaire en période d'inflation, les sociétés émettent souvent leurs

obligations à un taux variable ou indexé, de sorte que la rémunération servie aux titres s'ajuste automatiquement au taux d'inflation de l'économie.

**[516] Droit à l'égalité de traitement.** — Les obligataires bénéficient, tout comme les actionnaires, d'un droit à l'égalité de traitement. Ce principe confère les mêmes droits, à valeur nominale égale, à tous les porteurs de titres obligataires. Il ne joue, tout comme pour les actionnaires, qu'à l'intérieur d'une même catégorie d'obligataires. Mais il n'empêche pas, tout comme pour les classes d'actionnaires, d'accorder des droits différents aux porteurs d'obligations d'émissions différentes (p.ex. : une première émission au taux d'intérêt de 5% ; une deuxième au taux de 6%)<sup>1</sup>.

**[517] Droit de regard dans la société.** — Les propriétaires d'obligations restant des créanciers de la société, ils ne disposent pas d'un droit de regard important dans la marche des affaires sociales. Les prérogatives limitées accordées aux obligataires résultent de l'article 85 L1915 et se limitent au droit de prendre connaissance des documents à la disposition des actionnaires avant les assemblées générales annuelles (v. n° [1001]), et le droit d'assister aux assemblées d'actionnaires. L'acte d'émission de l'emprunt obligataire peut toutefois supprimer le droit de participation aux assemblées de l'obligataire (art. 11ter L1915). Lorsqu'il participe aux assemblées d'actionnaires, le porteur d'obligations pourra prendre la parole et poser des questions sans toutefois y voter<sup>2</sup>.

Dans l'hypothèse d'un changement de l'objet social ou de la forme juridique de la société (sauf dans le cadre de fusions ou de scissions), les obligataires disposaient d'un droit de veto, en ce sens qu'ils devaient approuver les décisions prises en assemblée des actionnaires (art. 67-1 § 3 L1915). La loi du 10 août 2016 a abrogé cette disposition.

**[518] Droit d'assigner la société en paiement des intérêts et du principal ou d'agir en résolution.** — L'emprunt obligataire étant un emprunt collectif, les souscripteurs à l'emprunt sont réunis en une masse

<sup>1</sup> ESCARRA, n° 773.

<sup>2</sup> WAUWERMANS, n° 551,

regroupant l'ensemble des porteurs d'obligations. Du coup, le pouvoir de prendre des décisions intéressant l'obligataire individuel est transféré, pour la plupart des décisions, aux représentants de la masse des obligataires (v. n° [521]). Mais dans un domaine cependant, l'obligataire individuel préserve tous ses droits : le défaut de paiement des intérêts ou de remboursement du principal aux échéances contractuellement convenues. Dans ce cas, l'obligataire peut, soit assigner la société en paiement de sommes qui lui sont dues, soit agir en résolution pour inexécution des conditions de l'emprunt. Ce droit reste personnel, chaque porteur exerçant ce choix en son compte personnel (art. 98)<sup>1</sup>.

#### § 4. L'ORGANISATION DES OBLIGATAIRES<sup>2</sup>

**[519] Utilité et organisation.** — Au cours de la vie sociale, il peut être utile et parfois urgent de modifier les conditions de l'émission obligataire. Les circonstances pouvant requérir des sacrifices de la part des obligataires peuvent être les difficultés financières rencontrées par la société et nécessitant une réduction du taux d'intérêt servi aux obligataires, ou un réaménagement des échéances contractuelles de remboursement des obligations. D'après le droit commun, pareilles modifications nécessiteraient l'*accord individuel de chaque obligataire*. D'où l'idée d'instaurer, tout comme pour la société agissant par son conseil d'administration, une masse d'obligataires susceptible de lier l'ensemble des obligataires par un vote majoritaire (art. 86 L1915). La masse des obligataires ne vise donc nullement à organiser la défense des intérêts des obligataires, mais uniquement à *permettre la prise de décision majoritaire par les obligataires*. Il s'agit donc d'une technique juridique instituée principalement<sup>3</sup> au

profit de la société, et, indirectement, au profit des obligataires, si les résolutions adoptées par les obligataires réunis en masse permettent de sauver l'entreprise de la faillite (ce qui profitera également aux obligataires).

Contrairement au droit français, la masse des obligataires, n'ayant ni d'existence durable, ni de patrimoine propre, n'a *pas la personnalité juridique*<sup>4</sup>. Elle comprend les porteurs d'une même obligation, ce qui implique qu'en présence de plusieurs émissions successives, il y aura *autant de masses que d'émissions* (art. 93 L1915). La masse des obligataires se réunit en assemblées et désigne, pour la représenter, un ou plusieurs mandataires appelés « représentants de la masse » (art. 92 L1915). Les frais normaux de fonctionnement (convocation, etc.) de la masse des obligataires, y compris la rémunération des représentants de la masse, sont à charge de la société, ainsi que les frais liés aux actes conservatoires accomplis par la masse (art. 91 L1915). Cette dernière ne doit supporter que les autres frais imputables à la masse.

**[520] Pouvoirs de l'assemblée.** — L'assemblée générale des obligataires peut être convoquée à tout moment, bien qu'en pratique ses réunions soient plutôt sporadiques. L'initiative de la convocation appartient au conseil d'administration, comme au commissaire ainsi qu'aux représentants de la masse (art. 92 al. 1<sup>er</sup> L1915). Elle peut l'être également à la demande d'obligataires représentant au moins 5% des titres obligataires d'une même émission. Dans ce cas, l'assemblée doit être convoquée de façon qu'elle soit tenue dans un délai d'un mois (art. 92 al. 2 L1915).

L'assemblée générale se compose de tous les obligataires de la société d'une même émission, les membres

<sup>1</sup> VAN RYN, n° 575.

<sup>2</sup> WURTH, Les pouvoirs de l'assemblée générale des obligataires, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 125.

<sup>3</sup> Le régime de la représentation par la masse des obligataires a

été modifié en 1987 ; si auparavant, l'existence de la masse servait exclusivement les intérêts de la société, elle existe depuis lors également dans l'intérêt des obligataires eux-mêmes (Doc. parl. n° 2942, session 1984-85, ad art. 86, p. 6).

<sup>4</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 561.

des organes de la société pouvant cependant également assister aux assemblées, avec une voix consultative seulement (art. 94-1 al. 2 L1915). Lorsqu'une question est commune aux obligataires de plusieurs masses, ceux-ci sont convoqués en une assemblée unique (art. 93 L1915). Le mode de convocation et de délibération de l'assemblée générale des obligataires est fortement inspiré des règles applicables aux assemblées générales des actionnaires dans la SA. C'est ainsi que les publications des convocations aux assemblées d'obligataires sont faites comme pour la convocation des assemblées générales d'actionnaires (art. 94 L1915), et qu'il faut distinguer les décisions ordinaires et extraordinaires. Les décisions sont prises en assemblée ordinaire des obligataires à la simple majorité des obligataires présents ou représentés (art. 94-3 al. 1<sup>er</sup> L1915), tandis qu'il faut un quorum de 50% du nombre de titres émis pour les décisions à prendre en assemblée extraordinaire des obligataires, avec un vote favorable de deux tiers des voix exprimées (art. 94-3 al. 2 L1915). Les décisions qui relèvent de l'assemblée générale extraordinaire sont celles qui touchent davantage aux intérêts des obligataires. Si le quorum n'est pas atteint à la première assemblée, une seconde assemblée sera convoquée et celle-ci décidera à la majorité des deux tiers sans devoir observer cette fois-ci de quorum. Le droit de vote aux assemblées ordinaires et extraordinaires est proportionnel au montant de titres détenus par propriétaire. Cette condition de quorum et de majorité doit également être remplie au sein de la masse d'obligataires dont l'assemblée générale voudrait changer les droits respectifs (art. 94-4 L1915). Le régime des nullités des résolutions des assemblées des obligataires est le même que celui des nullités des assemblées d'associés, la même disposition s'appliquant (v. n° [256]).

La raison pour laquelle les assemblées d'obligataires ont été instaurées explique pourquoi leurs pouvoirs sont fixés par la loi et entendus limitativement. L'assemblée générale ordinaire des obligataires nomme les représentants de la masse, délibère sur la durée de leurs fonctions et leur rémunération (art. 94-2 n° 1

L1915). Elle seule peut révoquer les représentants de la masse, même s'ils ont été nommés à l'origine par la société. L'assemblée des obligataires prend également « toutes mesures destinées à assurer la défense des intérêts communs des obligataires ou l'exercice de leurs droits » (art. 94-2 n° 10 L1915) et les mesures relatives aux dépenses de gestion que ceci peut entraîner (art. 94-2 n° 9 L1915). Enfin, elle délibère sur toutes mesures ayant un caractère conservatoire (ou d'administration, art. 94-2 n° 3 L1915). Mais la véritable utilité de la masse des obligataires reste les décisions à prendre en assemblée générale extraordinaire, car la loi de la majorité y gouverne les décisions qui s'imposent à tous les obligataires. Celle-ci a compétence pour modifier ou supprimer les sûretés dont bénéficient les porteurs de parts (art. 94-2 n° 4 L1915) ou pour modifier le régime financier de l'émission obligataire (réduction du taux d'intérêt, rééchelonnement ou suspension du plan d'amortissement, prorogation des échéances de paiement d'intérêts, art. 94-2 n° 5 et 6 L1915). Mais le législateur n'est pas allé jusqu'à accorder le pouvoir de remise de dette ou d'intérêts échus à l'assemblée ; même si la loi est muette sur le sujet, il faut également conclure que l'assemblée ne peut pas accroître les charges des obligataires en leur imposant, par exemple, un versement supplémentaire. Dans le même ordre d'idées, l'assemblée des obligataires ne pourra pas modifier unilatéralement, c.-à-d. sans l'accord de la société débitrice, les conditions de l'emprunt obligataire. La décision de convertir les obligations en capital de la société (ou d'une autre société) ressort également de la compétence de l'assemblée extraordinaire des obligataires, les actionnaires devant bien sûr, de leur côté, également voter l'augmentation de capital (art. 94-2 n° 7 et 8 L1915). Les décisions à prendre en assemblée extraordinaire sont particulièrement graves pour les porteurs d'obligations et ne se conçoivent que si les actionnaires ont au préalable rempli eux-mêmes leurs

engagements financiers<sup>1</sup>. Aussi ces mesures ne peuvent-elles être proposées aux obligataires que si l'entière du capital social a été appelée (art. 94-2 al. 2 L1915). Par ailleurs, afin de permettre aux obligataires de se prononcer en connaissance de cause, l'organe de gestion de la société doit leur fournir des comptes sociaux intérimaires audités ne datant pas de plus de deux mois.

**[521] Représentants de la masse.** — La masse est représentée par un ou plusieurs mandataires appelés « représentants de la masse » ; lorsque les représentants sont nommés à l'émission, la société peut en outre désigner un ou plusieurs mandataires spéciaux agissant pour compte de la masse et dont les pouvoirs ne peuvent dépasser ceux des représentants de la masse (art. 89 L1915). Les représentants sont soit nommés lors de l'émission par l'organe de gestion de la société (art. 87 al. 1<sup>er</sup> L1915), soit après par l'assemblée générale ordinaire des obligataires (art. 87 al. 1<sup>er</sup> L1915 et art. 94-2 n° 1 L1915) ; à défaut, en cas d'urgence, toute personne intéressée (l'organe de gestion, tout obligataire, tout tiers) peut en demander la nomination au tribunal de commerce statuant comme juge des référés (art. 87 al. 2 L1915). La société peut désigner, à côté de ces représentants de la masse, une ou plusieurs personnes disposant de mandats spéciaux pour la masse, sans que ces pouvoirs ne puissent dépasser ceux du représentant de la masse (art. 89 L1915). Les représentants de la masse peuvent être des personnes physiques ou morales, des ressortissants luxembourgeois, d'autres États de l'Union européenne ou d'États tiers. Il existe cependant quelques incompatibilités destinées à éviter les conflits d'intérêt ; elles interdisent notamment aux membres des organes de la société (administrateurs, commissaire) ainsi que des sociétés du groupe d'être choisis comme représentants de la masse (art. 87 al. 3 L1915). Enfin, le représentant de la masse obligataire peut être révoqué pour « justes motifs » (art. 87 al. 4 L1915). Cette expression recouvre non seulement les

fautes d'une gravité telle qu'elles rendent impossible la continuation du mandat, mais également les situations où il est dans l'intérêt du groupe de pourvoir au remplacement du représentant de la masse<sup>2</sup>.

Les représentants de la masse ont :

- le pouvoir de convoquer l'assemblée des obligataires (art. 92 L1915) ;
- le pouvoir d'accomplir au nom de la masse tout acte conservatoire dans la limite des intérêts communs des obligataires (art. 88 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915) ;
- le pouvoir d'accomplir au nom de la masse tout acte de gestion dans la limite des intérêts communs des obligataires (p.ex. : accepter des sûretés, donner mainlevée des hypothèques, surveiller l'exécution régulière du plan d'amortissement, déclaration de créances lors de la faillite de la société, représentation dans les procédures collectives, acceptation des paiements et répartition aux obligataires en présence d'une procédure collective à condition que ces pouvoirs leur aient été conférés par les obligataires : art. 88 al. 1<sup>er</sup> n° 2, 4 & 5 L1915). Le pouvoir de modifier ou de supprimer les sûretés appartient, en revanche, à l'assemblée des obligataires (art. 94-2 n° 4 L1915) ;
- le monopole d'exercice en justice des droits des obligataires, en exécution des décisions prises en assemblée générale (art. 88 al. 1<sup>er</sup> n° 1 et 6 L1915).

Leur responsabilité s'apprécie conformément aux règles du mandat salarié (art. 90 L1915).

<sup>1</sup> VAN RYN, t. I, n° 734.

<sup>2</sup> Cour d'appel 29 fév. 2012, n° 37 705 ; note FAYOT/HOSS, *DAOR* 2012/104, p. 470.



## CHAPITRE 2 LA RESTRUCTURATION DE LA SOCIÉTÉ

Les mutations des sociétés peuvent être plus ou moins incisives : tantôt, il s'agit uniquement d'adapter les statuts afin de tenir compte des besoins nouveaux rencontrés durant la vie sociale (section 1) ; tantôt, il s'agit de modifier la société de fond en comble, soit en la transformant, soit en la recomposant (section 2).

### Section 1. Les changements limités à la seule société

Ces changements sont assez fréquents et portent, la plupart du temps, sur une modification des statuts de la société (§ 1). Plus exceptionnellement, le changement à l'identique peut être plus radical et entraîner l'adoption d'une autre forme juridique (§ 2).

#### § 1. LES MODIFICATIONS DES STATUTS

**[522] Nécessité de l'évolution des statuts.** — L'essentiel des modifications statutaires porte sur le capital social (v. n° [480]) ainsi que sur la forme juridique de la société (v. n° [526]). Mais d'autres hypothèses sont concevables telles le changement de l'objet social, du nom, le déplacement du siège social (v. n° [178]) ou encore la prorogation de la société.

Le droit belge permettait traditionnellement la modification des statuts, sauf si elle aboutissait à un changement de « *l'objet essentiel de la société* »<sup>1</sup>. Le rédacteur de l'avant-projet de loi sur les sociétés commerciales, J. CORBIAU, proposa de remplacer cette expression par celle d'« *éléments essentiels* »<sup>2</sup>. Selon la proposition de J. CORBIAU, si les éléments essentiels, compris

<sup>1</sup> Art. 59 de la loi belge de 1873 : « Elle (l'assemblée) a (...) le droit d'apporter des modifications aux statuts, mais sans pouvoir changer l'objet essentiel de la société ».

<sup>2</sup> Art. 57, p. 147 : « Elle (l'assemblée) a (...) le droit d'apporter des modifications aux statuts, mais sans pouvoir changer les éléments essentiels de la société ni porter atteinte aux droits acquis à certains actionnaires ».

en tant que dispositions fondamentales des statuts ayant amené les associés à contracter, étaient changés, ces changements devaient nécessairement entraîner la dissolution de la société. La Chambre des députés ne retint cependant pas cette proposition mais le texte suivant (art. 67-1 § 1<sup>er</sup> L1915) : « (...) *l'assemblée générale (...) peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Elle ne peut cependant changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires* ». En doctrine belge, la nationalité de la société ainsi que l'étendue des engagements des actionnaires font partie des éléments essentiels du contrat de société, ensemble avec l'objet de la société, la forme sociale, le caractère civil ou commercial des activités de la société. On peut donc constater que, dans un souci de sécurité juridique, le législateur luxembourgeois, plutôt que de se référer à un terme juridique indéfini (les « éléments essentiels »), a préféré concrétiser ce terme en indiquant les éléments qu'il juge essentiels. Par ailleurs, contrairement au droit belge de l'époque, la modification de ces deux éléments essentiels n'entraîne pas la dissolution de la société ; la personnalité morale subsiste, mais il faut un vote unanime pour opérer le changement désiré. Suite à la réforme résultant de la loi du 10 août 2016, où la nationalité a été rayée à l'art. 67-1 § 1<sup>er</sup> L1915, il ne reste plus que l'étendue des engagements des actionnaires en tant qu'élément essentiel d'un contrat de société.

Pendant longtemps, la *modification de l'objet social* était considérée comme une décision d'une gravité particulière. On en déduisait souvent la nécessité d'obtenir le consentement de tous les associés. L'administration fiscale y voyait un abus de droit et concluait à la disparition de la société avec reconstitution d'une nouvelle société. De nos jours, elle n'est plus qu'une modification des statuts parmi d'autres.

La *prorogation de la durée* est elle aussi une simple modification statutaire, et non pas la création d'une personne morale nouvelle. Il faut toutefois pour cela que la prorogation interviene avant l'expiration du terme statutaire. Une prorogation tardive, c.-à-d. après le terme statutaire, ne porte pas d'effets, la société étant dissoute sans possibilité de régularisation. On ne saurait en effet ressusciter une société morte.

Exemple : Une SARL dont le terme était fixé à la fin mars de l'année 15 a continué à fonctionner sans que la prorogation n'ait été faite.

Depuis le 1<sup>er</sup> avril de l'année 15, la responsabilité des associés n'est pas limitée (celle des SARL), mais celle des associés d'une société de fait (v. n° [772]).

Même si les statuts constituent la loi fondamentale de la société, ils ne doivent pas pour autant être considérés comme étant un document intangible. Tout au contraire, il est souhaitable que l'évolution économique de la société soit accompagnée d'une modifica-

tion des statuts afin que la charte fondamentale de la société reste continuellement en harmonie avec les affaires sociales (A). Une fois les changements opérés, se posera la question de leur opposabilité aux tiers (B).

#### A. L'ORGANE COMPÉTENT ET RÈGLES DE MAJORITÉ

[523] **Organe compétent.** — Les statuts constituant l'expression de la volonté collective des associés, seule une volonté collective de même nature peut procéder à une modification des statuts. Aussi les modifications statutaires relèvent-elles de la seule compétence de l'assemblée générale des associés. Comme, par ailleurs, il s'agit du document le plus important concernant la société, il n'est que légitime que la décision de modification des statuts soit soumise à des conditions de majorité et de quorum renforcées : d'où le nom d' « *assemblée générale extraordinaire* ».

[524] **Règles de majorité.** — Dans les sociétés de personnes, l'unanimité est en principe requise, sauf clauses statutaires contraires. Cette règle ayant pour objet de respecter la nature contractuelle de la société serait d'un maniement malcommode dans les sociétés de capitaux et risquerait de paralyser toute évolution des statuts. Il suffit de songer au cas des sociétés cotées en bourse ! C'est la raison pour laquelle le législateur se contente certes de conditions de quorum et de majorité plus strictes que pour les assemblées ordinaires, mais sans pour autant exiger l'unanimité. Les dispositions législatives en question seront étudiées à l'occasion de chaque type de société. Il suffit de retenir ici qu'elles sont toutes inspirées par le souci de concilier les nécessités de la vie sociale avec la protection des associés minoritaires. Aussi, les statuts pourront exiger un quorum ou même une majorité plus forte que celle prévue par la loi, mais non pas alléger les exigences légales.

#### B. L'OPPOSABILITÉ DES MODIFICATIONS STATUTAIRES

[525] **Publication au Mémorial.** — La mutation de la

société s'opère souvent par voie de croissance interne, sous la forme d'une recapitalisation de la société. Mais elle peut également porter sur la forme juridique de l'être social, si celui-ci n'est plus adapté aux besoins de la vie sociale. C'est l'hypothèse de la transformation de la société. Quelle que soit la nature de la modification des statuts, si elle concerne un élément des statuts ayant dû être publié au Mémorial à la constitution de la société, la modification de ce point devra également faire l'objet d'une publication au Mémorial. C'est ce qu'énonce l'article 19-3 L27.05.2016 : « Les actes ou extraits d'actes ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication au Mémorial (...), sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. » Ce n'est toujours que l'application de la même règle que celle qui prévaut en matière de création de société (v. n° [143]) : si les statuts d'une société nouvellement créée ne sont pas opposables aux tiers, en raison de leur défaut de publication, il doit en être de même des changements apportés par la suite aux statuts s'ils ne sont pas publiés non plus. Pour les mêmes raisons, une décision judiciaire qui viendrait à prononcer une modification des statuts ayant déjà fait l'objet d'une publication devra elle aussi être publiée (art. 11bis § 1<sup>er</sup> n° 5 L1915).

L'opposabilité à laquelle la loi de 1915 fait référence est celle prévue en matière de contrat au Code civil. L'*effet relatif des conventions* posé à l'art. 1165 C.civ. fait qu'un contrat n'oblige que les contractants ; il ne profite pas aux tiers et ne leur nuit pas. Autrement dit, les tiers ne peuvent pas être obligés d'exécuter les termes du contrat auquel ils n'ont pas été partie. Mais cela n'autorise pas pour autant les tiers à *méconnaître l'existence du contrat* en ce qu'il peut avoir comme conséquence pour eux. C'est ce qu'on appelle le principe d'opposabilité du contrat aux tiers. On ne verrait d'ailleurs pas très bien comment un contrat de société pouvait atteindre son but si le groupement auquel il donne naissance n'avait d'existence qu'au regard de ses membres, et non à l'égard des tiers.

Ainsi comprise, l'opposabilité aux tiers se trouve évidemment subordonnée à une condition : que le tiers



ait eu *connaissance du contrat*. L'on aurait pu penser que la publication des statuts ainsi que des changements subséquents y apportés ferait naître une présomption légale (simple ou irréfragable) de connaissance des statuts ainsi que des changements statutaires. Mais tel n'est pas le cas, la présomption de connaissance ne s'appliquant qu'à la loi (« nul n'est censé ignorer la loi »). Pour les statuts comme pour les changements apportés par la suite aux statuts, la publication au Mémorial est une condition nécessaire mais non pas suffisante pour l'opposabilité aux tiers ; il faudra en outre démontrer que dans les circonstances de l'espèce le tiers avait une connaissance effective des statuts (changements statutaires) ou aurait dû l'avoir d'après les critères de l'homme raisonnablement prudent et diligent (preuve de la mauvaise foi).

## § 2. LA TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ<sup>1</sup>

Transformer une société implique un changement de sa forme juridique (A). Ce changement, en raison de son importance pour les associés, est soumis à des conditions de validité renforcées (B). La société, sous son nouvel habit juridique, garde son ancienne personnalité juridique, de sorte que les effets juridiques de la transformation sont plutôt limités (C).

### A. GÉNÉRALITÉS

[526] **Notion.** — La transformation est l'opération par laquelle une société *change de forme juridique* ; c'est par exemple la SARL qui se transforme en SA. Le principe de la capacité d'une société de changer de forme est consacré à l'article 3 al. 3 L1915 : « Pourra enfin chacune des six premières sociétés énumérées à l'article 2, alinéa 1, quelles que soient la nature primitive de son objet et l'époque de sa constitution, si aucune

disposition de son contrat constitutif ne l'interdit, être transformée en une société de l'un des cinq autres types prévus par ledit article ou en une société civile, à l'exception de la société européenne (SE). »

La conséquence juridique de la transformation étant le maintien de la *personnalité morale* qui reste donc inchangée, on conçoit aisément que certaines opérations assimilées dans le langage courant à une transformation ne constituent cependant pas des transformations sur le plan juridique : la conversion d'une société dotée de la personnalité morale à un groupement d'affaires n'ayant pas cette caractéristique (et inversement), telle la conversion d'une SA en société momentanée ; la mise en société d'une entreprise individuelle (qui est en réalité une constitution de société, puisque cette opération donne naissance à une personne morale).

L'article 3 al. 3 L1915 trace le champ d'application des groupements d'affaires susceptibles de se transformer. Il est basé sur une distinction entre le changement de forme et le *changement de nature* : si une société peut certes changer de forme (y compris passer de société commerciale en société civile, et inversement), elle ne saurait changer de nature, en se transformant en un autre type de groupement (p.ex. : une société entend muter en association). La nature propre de chaque type de groupement (ici : but ou absence de but de lucre) implique un changement tellement fondamental du contrat qui l'a fondé qu'il ne se conçoit que dans le cadre d'une dissolution du groupement d'affaires à transformer (une dissolution de la société dans notre exemple), suivi d'une reconstitution sous le type de groupement recherché (une reconstitution en tant qu'association dans notre exemple).

La nécessité d'un *changement de forme* implique également que certaines opérations, parfois comprises comme représentatives d'une transformation, ne remplissent pas cette condition. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une SARL unipersonnelle devient pluripersonnelle ou inversement ; la SARL unipersonnelle n'est qu'une variété de la SARL. Il en est de même si une SA à conseil d'administration devient une SA à directoire.

[527] **Motifs.** — Différentes raisons peuvent être à l'origine d'une transformation de la société. Il y a par exemple le désir de s'agrandir, celui de trouver des capitaux ou encore d'échapper à la responsabilité illimitée. Certaines transformations sont dictées par la loi (ex. : la SNC où l'héritier est un mineur, ce qui est incompatible avec le statut de commerçant) ; d'autres résultent du souhait d'accéder à un régime fiscal jugé plus favorable (ex. : le souci de faire remonter les pertes de la société directement chez l'associé) ; ou sont le

<sup>1</sup> LE CANNU (sous la direction de), La transformation des sociétés, *Bulletin Joly Sociétés*, avr. 2010, p. 389; BOONE, Les transformations de sociétés à la lumière de la réforme du droit des sociétés (loi du 10 août 2016), *JurisNews Droit des sociétés*, vol. 9, n° 2-3, 2016, p. 323.

résultat de l'apparition d'une forme sociale nouvelle (ex. : la SECsp).

De manière générale, les avantages et inconvénients de chaque type sociétaire sont pris en considération, avant que les associés ne décident de changer de forme juridique pour leur groupement d'affaires. On constate en pratique que si le nombre de transformations de sociétés de personnes en sociétés de capitaux est relativement fréquent, l'inverse est plutôt rare, la mutation se faisant généralement d'une structure simple à une structure complexe. De même, les sociétés à responsabilité limitée changent plus souvent en sociétés anonymes que l'inverse. De façon générale, la société anonyme semble jouir d'une certaine force attractive, la plupart des transformations se soldant par le choix de la société anonyme comme société transformée.

**[528] Évolution législative.** — La loi de 1915, dans sa version initiale, ne contenait aucune disposition relative aux transformations de sociétés. Cependant, le Conseil d'État, dans son avis relatif au projet de loi visant à instituer la société à responsabilité limitée en droit luxembourgeois<sup>1</sup>, donna à considérer, sur la base de la doctrine française de l'époque, qu'une transformation de société ne pourrait se faire en préservation de la personnalité morale, uniquement dans la mesure où il n'y aurait pas, de ce fait, une modification des bases essentielles du pacte social. Dans ce cas, plutôt que de pouvoir se transformer, la société devait se dissoudre et se reconstituer, changer de personnalité, dans le cadre d'un « *mutuus dissensus* ». En droit belge, à la même époque, on considérait, sur la base des mêmes textes ou du moins de textes similaires, qu'il était, de manière tout à fait générale, impossible de transformer une société sans dissolution<sup>2</sup>.

Le doute a été levé par la loi du 23 mars 2007 portant transposition de la directive communautaire en matière de fusions et de scissions. De telles opérations

peuvent s'avérer incisives pour les sociétés concernées, de sorte que la question de l'atteinte aux bases essentielles du pacte social allait régulièrement se poser dans ce type de réorganisation de sociétés. Comme par ailleurs, sur le plan fiscal, la transformation pouvait se faire en continuation de la personnalité morale, le législateur décida de modifier comme suit l'article 3 L1915 : « Pourra enfin chacune des six premières sociétés énumérées à l'article 2, quelles que soient la nature primitive de son objet et l'époque de sa constitution, si aucune disposition de son contrat constitutif ne l'interdit, être transformée en une société de l'un des cinq autres types prévus par ledit article, à l'exception de la société européenne (SE). » La transformation d'une société n'entraîne donc pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle s'analyse en une modification des statuts.

La loi du 10 août 2016 a maintenu cette orientation générale, tout en l'élargissant dans la mesure du possible, afin de permettre à toute société dotée de la personnalité morale de se transformer en une société d'un autre type (art. 3 L1915 dans sa version post-loi du 10 août 2016)<sup>3</sup>. Suite à la loi du 10 août 2016, une société commerciale pourra ainsi se transformer, non

<sup>3</sup> Art. 3 L1915 : « Pourront (...) les sociétés civiles (...) être transformées en sociétés à forme commerciale (...). Un groupement européen d'intérêt économique peut être transformé en une société dotée de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et inversement. Pourra enfin chacune des six premières sociétés énumérées à l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup>, quelles que soient la nature primitive de son objet et l'époque de sa constitution, si aucune disposition de son contrat constitutif ne l'interdit, être transformée en une société de l'un des autres types prévus par ledit article ou en une société civile, à l'exception de la société européenne (SE). (...) Les dispositions de la présente loi relatives à la transformation sont également applicables à la transformation de personnes morales autres que des sociétés dans l'une des formes de sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi, dans la mesure où les lois particulières relatives à ces personnes morales le prévoient et dans le respect des dispositions spéciales de ces mêmes lois particulières ».

<sup>1</sup> C.R. 1932-1933, vol. unique, p. 152.

<sup>2</sup> RENAULD, Considérations sur la transformation de sociétés commerciales, *R.P.S.* 1953, p. 65.

seulement en un autre type de société commerciale, mais également en société civile ou en GIE ; et vice-versa. Par ailleurs, les groupements d'affaires autres que des sociétés pourront se transformer en société commerciale gouvernée par la loi de 1915, si la loi spéciale gouvernant le groupement d'affaires en question permet une telle transformation (il ne suffit donc pas qu'elle ne s'y oppose pas). Seules les transformations en SARL simplifiées ne sont pas possibles, ce qui se comprend, la SARL simplifiée étant destinée à n'être qu'un véhicule sociétaire transitoire entre l'activité d'entrepreneur individuel et celle exercée dans le cadre d'une SARL de droit commun (art. 3 al. 4, 6 et 8 L1915).

Le droit luxembourgeois permet ainsi aux sociétés commerciales d'une catégorie donnée de se transformer en une société commerciale d'une autre catégorie. Le changement de forme juridique pourra s'opérer au sein de la catégorie des sociétés à risque illimité ou limité, mais il permettra également de passer d'une forme juridique à risque illimité à une société par actions, et inversement par exemple. Le passage d'une société commerciale à un GIE ou une société civile est également possible, tout comme la transformation en sens inverse. Il convient toutefois de limiter les cas où une telle transformation aboutirait à donner à une société une forme juridique qui lui est interdite :

- de par son objet (société transformée en association, etc.) ;
- de par une disposition légale expresse ou implicite (une SE peut se transformer en SA, et inversement, ce qui implique qu'elle ne peut se transformer en une autre société) ;
- en vertu d'une disposition légale, si l'entreprise est astreinte à se constituer sous une forme déterminée de société (p.ex. : les opérateurs du secteur financier ne peuvent pas se constituer sous forme de SARL).

## B. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA TRANSFORMATION

[529] **Conditions de fond.** — Il faut combiner plu-

sieurs principes visant à trouver un juste équilibre entre deux soucis opposés : d'un côté, la transformation est une décision grave ; elle doit donc être entourée de certaines garanties ; d'un autre côté, il faut permettre à une société de s'adapter aux besoins changeants de ses activités.

Le premier principe résulte du fait que, concrètement, le changement de la forme juridique requiert une modification (souvent profonde) des statuts. L'article des statuts existants indiquant la forme juridique est modifié, ce qui aura, la plupart du temps, pour conséquence toute une série de changements statutaires induits par ce changement de forme juridique (*conditions requises par la « forme de départ »*). La transformation ne pourra donc avoir lieu qu'aux conditions de modification des statuts, dans le cadre d'une assemblée extraordinaire des associés (art. 308bis-21 § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915). Il faut donc respecter les conditions de quorum et majorité imposées par la forme actuelle de la société : en principe, unanimité des associés dans les sociétés de personnes<sup>1</sup> ; conditions renforcées de quorum et de majorité dans les sociétés de capitaux. Les statuts peuvent cependant exiger des conditions plus sévères pour les transformations de sociétés de capitaux, auquel cas ce sont ces conditions plus sévères qui s'appliquent (art. 3 al. 5 L1915).

Il est paradoxal de constater, d'une part, que la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée peut être réalisée, certes avec des conditions de majorité renforcées, mais non pas à l'unanimité, alors que l'introduction d'une *clause d'agrément* après la constitution de la société requiert l'unanimité parmi les actionnaires ou associés : il s'agit fondamentalement de la même chose, car si les actions d'une SA sont librement cessibles, il n'en va pas de même des parts sociales dans les SARL.

Le deuxième principe est tout aussi évident : la transformation comportant l'adoption d'une nouvelle

<sup>1</sup> Le législateur entendant favoriser la transformation de la société civile en société commerciale, il suffit pour cette transformation de l'accord des associés représentant 3/5<sup>e</sup> au moins des parts sociales (art. 3 al. 4 L1915).

forme sociale, les conditions de droit commun prévues par la loi à l'adoption de cette forme nouvelle doivent évidemment également être observées (*conditions requises par la « forme d'arrivée »*).

C'est ainsi que, par exemple, la société à responsabilité limitée qui se transforme en société anonyme devra disposer d'un capital social minimum exigé par la loi pour la nouvelle forme sociale.

Un capital social conforme au minimum légal ne suffit cependant pas. La société doit en effet disposer de capitaux propres correspondant au moins au capital social minimum de la nouvelle forme sociétaire. Ceci résulte de l'article 13 de la 2<sup>e</sup> directive européenne en matière de droit des sociétés, aux termes duquel la société anonyme issue d'une transformation doit offrir les mêmes garanties que celles applicables aux constitutions de droit commun de sociétés anonymes.

Exemple : La SARL se transforme en SA. Au moment de la transformation, la SARL a un capital social de € 100 000 et a subi des pertes de € 90 000. Le capital social minimum d'une SA étant de € 12 394,68, alors que les capitaux propres de la SARL ne s'élèvent qu'à € 10 000, il faudra procéder à une augmentation de capital à hauteur de € 2 397,68 au jour de la transformation afin de respecter l'exigence du capital social minimum.

Cette exigence n'existe cependant qu'en ce qui concerne la transformation en société anonyme. Pour les autres transformations (ex. : de SA en SARL), il y a lieu d'appliquer le droit commun en matière de transformation, à savoir que la transformation se fait à l'identique, sans appliquer les règles en matière de constitution de société.

Exemple : Dans l'exemple précédent, si les données financières restent inchangées, mais que la société serait une SA se transformant en SARL, il n'y aurait pas lieu d'augmenter le capital social en raison de la transformation : celui-ci resterait fixé à € 100 000, les capitaux propres étant de € 10 000. Même si les capitaux propres de la SARL issue de la transformation sont inférieurs au capital social minimum des SARL, la loi n'exigera aucune augmentation de capital.

Le troisième principe résulte de ce que le statut des associés ainsi que leurs droits sociaux sont susceptibles de changer, suite au changement de forme sociale. Si le changement opère une *augmentation des engagements des associés* (v. n° [308]), l'unanimité sera exigée.

La *transformation d'une société de capitaux en une société de personnes* requiert ainsi l'accord unanime de tous les associés, qui

seront désormais personnellement responsables. La transformation est en effet de nature à augmenter leurs engagements (v. n° [306]). La *transformation d'une société anonyme ou société à responsabilité limitée en société en commandite simple ou par actions* va exiger elle aussi l'unanimité de tous les associés. Pour les associés qui acceptent de devenir les commandités, cela se conçoit aisément, car leur responsabilité devient illimitée. Pour les autres, c.-à-d. les futurs commanditaires, la règle de l'unanimité doit également s'appliquer, car si leurs engagements financiers *stricto sensu* n'augmentent pas, leur statut social change fortement : cessibilité limitée des parts, surtout dans la société en commandite simple ; restrictions à leur capacité à révoquer éventuellement les dirigeants. Ces restrictions doivent être analysées comme constituant l'équivalent d'une augmentation de leurs engagements financiers (v. n° [306]). Le même raisonnement doit s'appliquer aux transformations de SA en SARL : les actes de négociables deviennent simplement cessibles ; leur cessibilité est par ailleurs limitée, en ce qu'elle requiert un agrément en assemblée. Ces restrictions aux droits financiers des associés sont l'équivalent d'une augmentation de leurs engagements financiers et nécessitent donc également l'unanimité.

En combinant ces trois principes, les cas de figure suivants peuvent être distingués :

L'*unanimité* est requise si :

- les statuts interdisent la transformation ou la subordonnent à un vote unanime (ce qui revient à la même chose ; art. 308bis-21 § 1 L1915 : « (...) *sous réserve de dispositions statutaires plus rigoureuses* (...) » ; art. 308bis-21 § 4 n° 4 L1915) ;
- la responsabilité de tous les associés (p.ex. : conversion d'une SARL en SNC) est augmentée (art. 308bis-21 § 4 n° 1 L1915) ;
- la responsabilité illimitée de tous les associés va disparaître (p.ex. : conversion d'une SNC en SECS ; art. 308 bis-21 § 4 n° 3 L1915).

L'*unanimité* n'est que *partielle* dans les sociétés où certains associés seront exposés, suite à la conversion, à une responsabilité illimitée (le commandité dans la SCA et la SECS) : dans ce cas, les futurs commandités devront donner leur accord (art. 308 bis-21 § 3 al. 2 L1915). L'accord des commandités est également requis en cas de conversion d'une SECS ou SCA, car ces personnes perdront le contrôle sur la gestion après

transformation (art. 308 bis-21 § 3 al. 1<sup>er</sup> L1915).

Les *gérants* de la SARL ne disposent pas du pouvoir de s'opposer à la transformation, même s'ils deviennent révocables sur simple décision (même non motivée) des associés après transformation en SA. Ils peuvent seulement réclamer des dommages-intérêts si la transformation a pour but essentiel de les révoquer sans juste motif.

**[530] Procédure.** — La transformation de la société est soumise aux mêmes formalités, notamment aux mêmes conditions de publicité que la modification des statuts en général. Elle obéit donc aux mêmes règles de forme et de publicité que les actes constitutifs eux-mêmes (v. n° [57] et s.). De même, l'opposabilité aux tiers de la transformation de la société est conditionnée par l'accomplissement des conditions de publicité (v. n° [143]).

Avant la loi du 10 août 2016, les notaires exigeaient, en vue d'acter la *transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme*, un rapport d'un réviseur d'entreprises agréé certifiant que la valeur de l'actif net social (c.-à-d. les fonds propres de la société) était au moins égale à la valeur du capital social de la société transformée. Cette assimilation de la transformation de la SARL à un apport en nature (art. 26-1 L1915) ne résultait d'aucune disposition légale et n'était pas commandée non plus par l'esprit de la loi. Elle rendait par ailleurs les transformations difficiles, voire impossibles, lorsque les capitaux propres étaient tombés en dessous du capital social minimal de la société anonyme, en raison de pertes comptables.

La transformation d'une société n'est cependant pas un apport en nature, car elle se fait à l'identique, c.-à-d. sans suppléments d'apports, par simple adaptation des statuts et préservation de la personnalité juridique de la société faisant l'objet de la transformation. La conversion d'une SARL en SA ne requiert donc pas, en tant que telle, un *rapport d'un réviseur d'entreprises* certifiant que la valeur de l'actif net social (c.-à-d. les fonds propres de la société) serait au moins égale à la valeur du capital social de la société transformée. Cette solution n'est évidemment pas spécifique aux transformations de SARL en SA mais s'applique pour identité de motifs à toutes les transformations. Le rapport (non exigé par la loi) du réviseur d'entreprises en matière d'apports en nature (art. 26-1 L1915) n'exclut cependant pas l'exigence du rapport spécifique du réviseur d'entreprises à la transformation (v. infra).

La décision de transformation ne doit cependant pas seulement respecter les règles de forme résultant en droit commun d'un changement des statuts ; s'agissant

d'un changement structurel important, des règles procédurales assez détaillées doivent par ailleurs être suivies en sus. C'est ainsi que l'*organe de gestion* devra (sauf si les associés y renoncent à l'unanimité) tout d'abord établir un *rapport justificatif* qui devra également être annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée appelée à statuer (art. 308 bis-18 L1915), sous peine de nullité de l'assemblée (art. 308 bis-20 L1915). Ce rapport se trouvera accompagné par un *bilan* de la société ne datant pas de plus de six mois au jour de l'assemblée (art. 308 bis-16 L1915 ; le bilan de l'exercice écoulé pourra être utilisé si la transformation intervient dans les six mois de la clôture de l'exercice social). Comme il s'agit d'informer les associés sur la situation financière de la société au moment de la transformation, le bilan (auquel les associés pourront cependant renoncer à l'unanimité) devra faire ressortir si l'actif net est inférieur au montant du capital, et quantifier, le cas échéant, la différence (art. 308 bis-16 al. 2 L1915). La transformation restera donc possible, même en présence de pertes ayant amputé le capital social, mais il faudra dans ce cas appliquer éventuellement les règles en matière de pertes de la moitié ou des trois quarts du capital social (v. n° [885] et s.). À peine de nullité de l'assemblée (art. 308 bis-20 L1915 ; les associés peuvent cependant y renoncer à l'unanimité), un *réviseur d'entreprises à la transformation* devra faire un rapport sur ce bilan et indiquer notamment s'il y a surestimation de l'actif net (art. 308 bis-17 L1915).

L'exigence du rapport du *réviseur d'entreprises à la transformation* se justifie doublement. D'un côté, la décision de transformation est lourde de conséquences, de sorte à devoir être prise en connaissance de cause par les associés. Mais d'un autre côté, il faut également sauvegarder les intérêts des créanciers de la société, en évitant les fraudes qui pourraient s'opérer par la transformation de sociétés en pertes. Pour cette raison, le réviseur d'entreprises à la transformation vérifiera que l'actif net de la société est au moins égal au capital social de la société ; s'il y est inférieur, le réviseur mentionnera en conclusion le montant de la différence dans son rapport (art. 308 bis-17 L1915). La vérification par le réviseur d'entreprises porte sur l'*actif net* de la société compris au sens comptable (actif brut – passif exigible) ; il ne lui est pas demandé d'évaluer cet actif net autrement que par application des règles comptables applicables. En

particulier, il ne lui sera pas demandé d'évaluer l'actif net à sa valeur de marché, comme il le fera dans le cadre de l'article 26-1 L1915.

Ce rapport n'est cependant requis qu'en présence de la transformation d'une société à risque illimité (société civile, SNC, SECS, ...) en société de capitaux, ainsi qu'en cas de transformation d'une SARL en société de capitaux ; dans ce dernier cas, le rapport ne sera exigé que si un apport en nature a eu lieu durant une période probatoire de deux ans avant la date de la transformation, sauf si cet apport en nature a fait l'objet, à l'époque, d'un rapport de réviseur d'entreprises (art. 308 bis-15 L1915).

Les associés sont ensuite convoqués selon la procédure ordinaire. Les *convocations* aux associés en nom contiennent l'ordre du jour de l'assemblée ; le projet de modification des statuts, les rapports de l'organe de gestion et de l'auditeur seront uniquement communiqués sur demande, quinze jours avant l'assemblée (art. 308 bis-19 al. 1<sup>er</sup> L1915). Les actionnaires au porteur seront convoqués par voie de presse contenant l'ordre du jour ainsi que le bilan de la société (art. 308bis-18 L1915). Ces actionnaires pourront obtenir gratuitement, quinze jours avant l'assemblée, sur la production de leur titre, un exemplaire des documents à envoyer aux associés en nom (art. 308 bis-19 al. 3 L1915).

L'acte de transformation doit être un *acte authentique*, même dans les sociétés qu'il est possible de constituer par acte sous seing privé (art. 308 bis-23 L1915 ; v. n° [139]). Cet acte est publié en entier, ensemble avec les conclusions du rapport du réviseur d'entreprise, tout comme le seront les statuts. La transformation de la société est soumise aux mêmes formalités, notamment aux mêmes conditions de *publicité* que la modification des statuts en général. Elle obéit donc aux mêmes règles de forme et de publicité que les actes constitutifs eux-mêmes (v. n° [140] et s.). De ce fait également, l'opposabilité aux tiers de la transformation de la société est conditionnée par l'accomplissement des conditions de publicité (v. n° [143]). La publicité étant instituée dans l'intérêt des tiers, les tiers pourront se prévaloir des actes dont la publicité n'a pas été effectuée.

## C. LES EFFETS DE LA TRANSFORMATION

**[531] Maintien de la personnalité morale.** — La transformation de la société n'affecte pas l'existence juridique de la société faisant l'objet de la transformation ; seuls ses statuts sont adaptés (art. 3 avant-dernier alinéa L1915) : « Les transformations visées au présent article ne donnent lieu ni à dissolution ni à création d'une personnalité juridique nouvelle ».

Le maintien de la personnalité morale résulte formellement de la loi. Avant que le législateur n'intervienne, la doctrine était d'avis que la transformation de la société équivalait à une dissolution suivie d'une reconstitution<sup>1</sup>. Comme l'article 3 a généralisé la possibilité pour une société de se transformer en une autre société, en continuité juridique, la transformation qui opère dissolution de la société suivie d'une reconstitution<sup>2</sup> ne s'appliquera qu'au *domaine résiduel* non couvert par l'article 3 L1915 (v. n° [531] et s.). Il faudra cependant, pour les transformations visées à l'article 3 L1915, qu'elles soient régulières, la *transformation irrégulière* emportant nécessairement la dissolution de la société primitive et création d'une personne juridique nouvelle.

La transformation laisse donc subsister la personne morale ancienne et son patrimoine ; il n'y a pas de dissolution de la société, et c'est la société transformée qui reste débitrice et créancière des mêmes dettes et créances qu'avant la transformation. La transformation se fait donc sans rupture de personnalité juridique, peu importe que le changement de forme sociétaire s'accompagne, le cas échéant, d'un changement profond d'objet et/ou d'autres modifications substantielles. L'analyse des effets de la transformation débute donc nécessairement par un paradoxe apparent, et qui consiste à constater que la transformation, en principe, ne devrait pas avoir d'effets, puisque la société est restée la même, quoique sous un habit juridique différent.

**[532] Effets internes.** — Les effets internes touchent

<sup>1</sup> FREDERICQ, *Traité*, t. V, n° 511 ; HEMARD et alii, T. 1, n° 183.

<sup>2</sup> Lux. 14 nov. 1984, n° 29 500 ; v. également FREDERICQ, *Traité*, t. V, n° 511 ; HEMARD et alii, T. 1, n° 183.

aux organes sociaux comme aux associés.

Concernant les *associés*, le changement de forme entraînera substitution des droits sociaux anciens (de la forme abandonnée) par des droits (droits sociaux) nouveaux, par subrogation réelle. Les titres nouveaux se substituent donc aux titres anciens dans le patrimoine des associés avec les mêmes qualités (biens propres, biens communs, etc.). La qualité d'associé demeure. Les obligations des associés resteront les mêmes, ou changeront suite à la transformation, dans le sens d'un allègement ou d'une aggravation, selon la forme juridique de départ et d'arrivée.

Ex : 1/ Les droits et obligations des associés ne changent pas, si une SA se transforme en SAS. 2/ La transformation d'une société en nom collectif en une société à responsabilité limitée allège les obligations des associés. 3/ La transformation d'une SCA en SEC alourdit les obligations des associés, leurs droits sociaux n'étant plus négociables.

Concernant les *organes sociaux*, il faudra sans doute distinguer selon que la transformation opère ou non une modification sensible du statut et des fonctions de l'organe social. Si la transformation entraîne une modification structurelle de la société, des organes nouveaux seront mis en place, les organes anciens cesseront leurs fonctions ; les personnes physiques ou morales qui participaient à la *direction* ne sont, de ce fait, pas nommées de plein droit aux nouvelles fonctions et ne sauraient se plaindre d'une révocation. Ils peuvent évidemment être désignés à ces nouvelles fonctions, selon les conditions exigées par la nouvelle forme sociale. Si, par contre, le statut et les fonctions de l'organe social restent suffisamment similaires à ceux avant la transformation, il n'y a aucune raison de conclure à la cessation de leurs fonctions.

Cette solution « appréciative » ne résulte certes pas des textes, mais semble préférable à celle prévalant en France où il est de principe que la transformation d'une société emporte la fin des fonctions des dirigeants. Il est certes exact de retenir que le changement de forme juridique est une opération d'un ordre supérieur pour la société, susceptible d'entraîner certains dommages collatéraux, telle la caducité des mandats confiés aux dirigeants. Mais il n'existe aucune nécessité pratique ou théorique à postuler la *caducité automatique* des mandats confiés aux dirigeants. Le mandat du dirigeant change certes de régime, à

compter de la transformation, puisque les règles applicables aux dirigeants sont susceptibles de varier selon la forme sociétaire retenue. Mais tous les changements ne sont pas nécessairement substantiels non plus. Ce ne sont que les changements de régime où des modifications décisives interviennent dans le statut du dirigeant que le principe de la caducité automatique paraît justifié. C'est ainsi que la transformation d'une SA à conseil d'administration en SA à directoire n'entraîne pas de conséquences notables pour les dirigeants, de sorte que leur mandat devrait être reconduit automatiquement. Par contre, la conversion d'une SA en SCA entraîne des conséquences importantes pour le dirigeant, en ce qui concerne ses pouvoirs (droit de veto sur les changements de statuts), et sa révocation (passage de la libre révocation à l'irrévocabilité de principe), de sorte que le mandat des dirigeants de la SA prendra fin, sans qu'il n'y ait eu de révocation.

Il en est ainsi également de l'*auditeur*, pour lequel il ne sera pas mis fin aux fonctions, sauf si elles venaient à changer (hypothèse du passage d'un réviseur d'entreprise à un commissaire, et inversement).

**[533] Effets externes.** — La transformation de la forme juridique de la société aura des effets externes à la société, qu'il s'agisse d'effets sur les dettes sociales ou d'effets sur les contrats.

L'*effet de la transformation sur les dettes sociales* est gouverné par une idée directrice : la transformation étant avant tout une affaire des associés, les tiers ne peuvent être lésés par la transformation. De ce fait, les cocontractants antérieurs à la transformation conservent leurs droits ou leurs obligations à l'égard de la société (art. 3 dernier alinéa L1915 : « les droits des tiers sont réservés »), sauf stipulation contraire convenue avec les créanciers sociaux en question. Il en résulte deux principes :

- *les droits acquis par les créanciers ayant traité avec la société avant transformation sous la forme ancienne sont maintenus.* Ce changement ne saurait en effet porter atteinte à leurs « droits acquis », autrement dit à l'obligation des associés. Les créanciers n'ont pas besoin d'effectuer une quelconque formalité pour conserver leurs droits. La limitation de la responsabilité ne peut jouer que pour l'avenir.

Exemple : Les associés en nom resteront indéfiniment et solidairement responsables à l'égard des créanciers antérieurs

au changement en société à responsabilité limitée.

- *on appliquera immédiatement à tous les créanciers les garanties additionnelles découlant de la forme nouvelle.* La règle est évidente pour les créanciers qui contractent avec la société sous sa forme nouvelle. Mais on l'applique également aux créanciers sociaux ayant traité avec la société avant sa transformation ; ceux-ci pourront donc invoquer, si cela leur paraît préférable, la nouvelle forme juridique, si celle-ci aggrave l'obligation des associés à l'égard des tiers. En définitive, le changement de forme sociale permet aux créanciers ayant traité avec la société avant sa transformation de cumuler les garanties offertes par la forme ancienne (qui subsistent) avec celles de la forme nouvelle (qui s'y ajoutent).

Exemple : La transformation d'une SARL en société en nom collectif ouvre aux créanciers anciens l'engagement solidaire et indéfini des associés.

L'effet de la transformation sur les contrats en cours est plutôt exceptionnel. En effet, la personne morale ne changeant pas, les contrats en cours ne sont pas terminés non plus. Ainsi, sous réserve des particularités de l'engagement contracté, la *caution* d'une société transformée n'est pas, en principe, libérée, car il n'y a pas novation (art. 1281 al. 2 C.civ.). Il en va de même des *contrats de travail* ainsi que des *créanciers hypothécaires et privilégiés* qui conserveront leurs sûretés. Ce qui s'applique aux contrats conclus par la société vaut également pour les *actes unilatéraux* accomplis par la société (p.ex. : un acte de cautionnement consenti par la société avant transformation) ainsi que les actions intentées contre la société avant transformation<sup>1</sup> : ces actes et actions sont reportés de plein droit aux sociétés ayant résulté de la transformation.

**[534] Conséquences fiscales.** — Traditionnellement, on abordait la question principalement sous l'angle des droits d'enregistrement. Mais de nos jours, c'est surtout la fiscalité directe qui intéresse les acteurs économiques.

L'intérêt essentiel du maintien de la personnalité morale en matière de *droits d'enregistrement* réside dans l'absence de dissolution de la société et donc de partage suivi de la création d'un être moral nouveau. Les droits de mutation éventuellement dus en matière de partage de l'avoir social entre les associés ne s'appliquent donc pas. Seul le droit fixe de 12 € deviendra exigible.

La situation est plus nuancée en matière de *fiscalité directe*. En effet, il faudra distinguer selon que la transformation change fondamentalement la nature de l'obligation fiscale de la société ou non :

- les *transformations de sociétés au sein d'un même type de société* (de société transparente à société transparente, de société opaque à société opaque) n'emportent aucune conséquence fiscale. Le régime de la neutralité fiscale applicable à ce type de réorganisation d'entreprise implique que les valeurs comptables des biens de l'actif et du passif restent inchangées ;
- les transformations de sociétés impliquant le *passage du statut de société transparente à celui de société opaque* (p.ex. : transformation de la SNC en SARL) sont en principe assimilées à une cessation d'entreprise avec découverte et imposition donc des plus-values latentes. Toutefois, il est possible d'opter pour le régime de la neutralité fiscale en choisissant de maintenir les valeurs comptables des biens ;
- aucun choix n'existe quant aux transformations de sociétés impliquant le *passage de société opaque à celui de société transparente*, de sorte qu'il conviendra de soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités toutes les plus-values latentes existant au jour de la transformation. En contrepartie, la remontée des résultats (bénéfices ou pertes) au niveau de ses membres sera immédiate, ce qui peut être utile en situation de pertes, les pertes sociales s'imputant sur les revenus imposables de l'associé.

<sup>1</sup> Luxembourg 4 mars 1993, n° 1976/93.



## Section 2. Les changements impliquant plusieurs sociétés : les recombinaisons des sociétés<sup>1</sup>

Les recombinaisons des sociétés s'inscrivent dans un contexte général qu'il y a lieu de connaître (A). Elles peuvent aboutir à une augmentation de la taille de la société (B), comme à une cure d'amaigrissement (C).

[535] **Adaptation à la logique économique.** – Les sociétés sont confrontées à des phénomènes de croissance, de développement, à des périodes de crise aussi. Si les causes premières de ces événements sont de nature économique, les dispositions juridiques doivent s'efforcer d'accompagner, dans les meilleures conditions, les mutations nécessaires. L'adaptation de la société aux changements dans son environnement nécessite parfois sa transformation en une société d'un autre type. Parfois également, il s'agit d'accompagner la croissance externe, par achat d'entreprise, absorption ou création de filiale.

La structure de l'entreprise initialement choisie peut se révéler inadaptée en cours de vie sociale, sans l'influence conjuguée de la *globalisation de l'économie mondiale* et de la spécialisation par produits ou métiers. L'ouverture de l'économie nationale va souvent de pair avec l'accroissement de la taille des entreprises. Elle entraîne alors la réunion de deux sociétés juridiquement autonomes en une seule : c'est la *fusion*.

A l'inverse, la *diversité des activités* et la *nécessité de la spécialisation* peuvent justifier l'atomisation des activités diverses exercées au sein d'une seule entité juridique, par transfert de ces activités auprès d'autant de sociétés juridiquement distinctes : c'est l'éclatement d'une société en plusieurs ou la *scission*. Lorsqu'une partie seulement des activités est transférée à une entité nouvelle, la société apporteuse subsistant par ailleurs, on parlera d'apport partiel d'actifs.

S'il est un fait que le mouvement de restructuration des entreprises est avant tout un mouvement de concentration et s'est développé principalement au Luxembourg au cours des trois dernières décennies, il faut bien se rendre compte que les opérations de restructuration n'ont pas que des avantages. Si l'accroissement de la taille apparaît souvent comme l'une des réponses possibles aux besoins nouveaux d'un marché élargi, il peut aboutir à la constitution de monstres inertes incapables d'évoluer avec la rapidité nécessaire. Certes, les fusions de sociétés visent presque toujours à tirer profit des *effets de synergie* possibles ( $1+1=3$ ) et se trouvent généralement accompagnées de *réductions d'effectifs* en raison des doubles emplois qu'elles font apparaître. Mais il faut bien l'admettre, la réalité des fusions est parfois toute autre : les sociétés fusionnées, plutôt que d'être complémentaires les unes des autres, additionnent parfois les faiblesses plus qu'elles ne regroupent les forces. Elles détruisent la valeur plutôt qu'elles n'en créent. D'où un balancement continu de la vie économique entre les opérations de fusion et de scission : des périodes (les années 60 et 90) marquées par une « *merger-mania* » ont été entrecoupées par des périodes d'éclatement des activités au sein de sociétés spécialisées et juridiquement autonomes ; suivies de nouveau par des périodes de concentration et ainsi de suite.

[536] **Sociétés concernées.** – Utiles à la restructuration des entreprises, ces techniques (fusion, scission, apport partiel d'actifs) ont justifié des interventions législatives afin d'en simplifier la réalisation, mais aussi de protéger les associés comme les tiers. D'où, afin de faciliter les restructurations de sociétés au sein de l'Union européenne, l'adoption des *directives* des 9 octobre 1978 et 17 décembre 1982 relatives aux fusions et scissions. Leur objectif est de faciliter ces opérations dans chaque État et d'harmoniser les règles applicables. Logiquement, ces textes de droit des sociétés se sont trouvés complétés par une directive concernant le régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs et échange d'actions (directive du 23 juill. 1990).

<sup>1</sup> SPANG, Les restructurations d'entreprises, in : A. Prüm (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2008, p. 75.

Mais ces directives ne traitent que des formes sociétaires les plus élaborées que sont les sociétés anonymes (et par ricochet les SCA). Comme ces opérations peuvent également concerner des groupements d'affaires de formes juridiques différentes, le législateur luxembourgeois a eu la bonne idée d'élargir le cercle des sociétés visées en élaborant un corps de règles communes à l'ensemble des groupements d'affaires dotés de la personnalité morale, c.-à-d. aux sociétés à personnalité juridique ainsi qu'aux groupements d'intérêt économique (art. 257 L1915)<sup>1</sup>. La différence de forme entre les sociétés participant à la recomposition de la société n'est dès lors plus un obstacle à la réalisation de l'opération. Il est donc possible de fusionner ou de scinder des sociétés de formes différentes. Les articles 257 (fusions) et 285 (scissions) L1915 admettent même expressément que les opérations de fusion et de scission restent ouvertes aux sociétés en liquidation. La personnalité morale d'une société en liquidation ne survivant que pour les besoins de sa liquidation, la société absorbante ne saurait cependant être en liquidation.

**[537] Restructurations domestiques et transfrontalières.** — Les principales opérations de recomposition de sociétés, la fusion et la scission, sont généralement effectuées de sociétés luxembourgeoises au profit d'autres sociétés luxembourgeoises (« *fusions et scissions de droit interne* »). Mais il est également possible de faire intervenir des sociétés étrangères, soit comme société bénéficiaire des apports, soit comme société transférant son patrimoine (« *fusions et scissions transfrontalières* »). Mais comme ces opérations entraînent un transfert d'une universalité de patrimoine vers ou en provenance d'une société étrangère, la possibilité de ces recompositions de sociétés transfrontalières reste conditionnée par la possibilité d'effectuer ces opéra-

tions selon le droit national étranger (art. 257 al. 3)<sup>2</sup>. C'est ainsi qu'une société luxembourgeoise peut absorber ou être absorbée par une société étrangère, tout comme une société luxembourgeoise (étrangère) pourrait se scinder en plusieurs sociétés dont l'une serait étrangère (luxembourgeoise).

Cette adaptation du droit des sociétés a été rendue nécessaire par l'évolution du droit communautaire. En effet, d'un côté, le règlement communautaire en matière de société européenne prévoit de toute façon la possibilité pour une telle société d'être constituée par voie de fusion de sociétés établies dans deux États membres différents (v. n° [1062]). Par ailleurs, l'interprétation par la Cour de justice des communautés européennes de la liberté d'établissement comme couvrant « toute mesure qui permet, ou même ne fait que faciliter, l'accès à un État membre autre que celui d'établissement et l'exercice d'une activité économique dans cet État, en rendant possible la participation effective des opérateurs économiques intéressés à la vie économique dudit État membre, aux mêmes conditions que celles applicables aux opérateurs nationaux » lui a permis de conclure dans l'arrêt SEVIC<sup>3</sup> que l'interdiction pure et simple de fusionner de manière transfrontalière constituait une entrave à la liberté d'établissement. Enfin, la directive 2005/56/CE prévoit de toute façon la possibilité pour les sociétés de capitaux de fusionner au sein de l'Union européenne. Le Luxembourg a anticipé sur cette directive en prévoyant par la loi du 23 mars 2007 la possibilité pour les sociétés de capitaux de participer à

<sup>1</sup> Art. 257 al. 1er L1915 : « La présente section s'applique à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et aux groupements d'intérêt économique ».

<sup>2</sup> Art. 257 al. 3 L1915 : « Une société ou un groupement d'intérêt économique, tels que visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>, peuvent également contracter une opération de fusion avec une société ou un groupement d'intérêt économique de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas et que cette dernière ou ce dernier se conforme aux dispositions et aux formalités du droit national dont elle ou il relève, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du règlement (CE) N° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ces fusions sont dénommées ci-après « fusions transfrontalières ». Les dispositions et formalités de droit étranger visées à l'alinéa précédent concernent en particulier le processus décisionnel relatif à la fusion et, compte tenu de la nature transfrontalière de la fusion, la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs ».

<sup>3</sup> CJUE 13 déc. 2005, SEVIC, aff. 411/03, JCP 2006, II, 10076-10077, note DAMMANN.

des *fusions transfrontalières* (en tant qu'absorbantes comme absorbées) dans la mesure où le droit des sociétés de l'autre société impliquée dans la fusion ne s'y oppose pas<sup>1</sup>. Si la société luxembourgeoise absorbe la société étrangère, le notaire contrôlera le respect des conditions légales en vue de la fusion à l'étranger sur la base d'un certificat émis par un notaire étranger ou toute autorité compétente (art. 271 § 2 al. 4 L1915). La fusion prendra effet à l'égard des tiers à partir de la publication de l'assemblée générale de la société absorbante décidant la fusion (art. 273bis § 3 L1915)<sup>2</sup>.

Les textes luxembourgeois vont plus loin que les contraintes communautaires<sup>3</sup>. Ils permettent en effet non seulement aux sociétés luxembourgeoises de fusionner avec d'autres sociétés établies dans d'autres États membres, mais également, et ce aux mêmes conditions, avec des sociétés établies dans un pays tiers. Par ailleurs, les fusions transfrontalières ne sont pas, contrairement à celles visées par la directive 2005/56/CE, limitées aux sociétés de capitaux telles que définies dans la directive, mais sont ouvertes à l'ensemble des groupements d'affaires dotés de la personnalité morale. Enfin, et ce de nouveau contrairement à la directive 2005/56/CE qui prévoit des conditions plus strictes pour la fusion transfrontalière que pour la fusion interne, le régime juridique de la fusion transfrontalière se trouve exactement calqué sur celui applicable à la fusion de droit interne. Notamment l'exigence de l'unanimité requise pour le changement de nationalité d'une société luxembourgeoise (jusqu'au changement résultant de la loi du 10 août 2016) ne s'appliquait pas ; pourtant une fusion-absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société établie dans un autre pays opère un changement de la nationalité de la société luxembourgeoise

au profit de celui de la société absorbante.

Pour libérale qu'elle ait été, la loi de 2007 était nécessairement incomplète, puisqu'il s'agissait d'un texte d'origine interne. Il n'y avait donc pas d'interaction possible avec de possibles dispositions similaires qui auraient été adoptées dans d'autres États membres. Aussi a-t-elle été complétée par la loi du 10 juin 2009 portant transposition de la directive 2005/56/CE. Il résulte du corps complet de règles applicables aux fusions transfrontalières que celles-ci sont en principe soumises, pour la partie « luxembourgeoise », au droit normalement applicable aux fusions internes, sous réserve de quelques règles particulières tenant au caractère transfrontalier de l'opération.

## § 1. CONCENTRATION DE SOCIÉTÉS : LES FUSIONS<sup>4</sup>

**[538] Définition et caractères.** — Réunion de deux ou plusieurs sociétés en une seule, la fusion est le moyen de réaliser la concentration des entreprises à forme sociale. S'il existe certes deux formes de fusion, elles ont en commun la transmission du patrimoine d'une ou de plusieurs sociétés.

La « *fusion par création de société nouvelle* » ou « *fusion par combinaison* » (art. 260 L1915 pour les sociétés de capitaux) suppose que les sociétés fusionnées (« A » et « B ») disparaissent toutes et apportent leurs patrimoines respectifs à une société nouvelle créée pour la circonstance (« C »)<sup>5</sup>.

Cette forme de fusion est nettement moins utilisée

<sup>1</sup> En détail: DELCORDE/TILQUIN, La fusion transfrontalière des sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE, *RPS* 2010, n° 6990, p. 7. Concernant les droits acquis des travailleurs des entreprises fusionnées : CJUE *Pays-Bas c/Commission*, 20 juin 2013, aff. 635/11; WILKENHUYSSEN/DONDER, Fusions transfrontalières: questions choisies, in: VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 307.

<sup>2</sup> Pour les modalités pratiques, v. Circulaire RCS09/004.

<sup>3</sup> V. en détail: RUPPERT, La mobilité des sociétés, in : A. Prüm (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, p. 161 (170) ; pour une vue d'ensemble : CONAC (éd.), *Fusions transfrontalières de sociétés*, Bruxelles, 2011. La matière étant d'un accès difficile, on se reportera avec profit au vade-mecum de D. BOONE, *JurisNews* 7-8/2015, p. 311.

<sup>4</sup> AUGER, Fusion des sociétés, *RS* 1925, p. 53 ; DAL/VAN DEN ABBEELE, Les fusions et scissions de sociétés commerciales, *RPS* 1993, p. 189 ; DUPONT/STEICHEN, Les fusions de sociétés, *Bull. Droit et Banque* n° 11, 1987, p. 1 ; RAUCQ, Des fusions de sociétés, *Ann. du Not.* 1929, p. 119 ; RENAULD, Les fusions de sociétés en droit belge, *Revue de droit international et de droit comparé* 1954, p. 479 ; RETAIL, *Fusion de sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1958.

<sup>5</sup> Art 260 § 1 L1915: « La fusion par constitution d'une nouvelle société est l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soule en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

en pratique que la technique de la « *fusion-absorption* » ou « *fusion-annexion* ». La fusion-absorption suppose qu'une société absorbante, généralement la plus dynamique du point de vue économique, absorbe une ou plusieurs sociétés (art. 259 L1915 pour les sociétés de capitaux)<sup>1</sup>. Pour la société absorbante, l'opération se traduit par une augmentation de capital par apports en nature<sup>2</sup> (apport du patrimoine de la société absorbée). La société absorbée est dissoute sans liquidation, ses associés devenant, par suite d'un échange de droits sociaux, associés de la société absorbante, dont la personnalité morale n'est nullement affectée par l'opération. Afin de bien distinguer la fusion-absorption de l'achat de société, la loi limite, pour les sociétés de capitaux, la possibilité du versement d'argent à une « soulte » ne pouvant dépasser 10% de la valeur nominale des actions émises en échange de l'apport.

Un cas particulier de la fusion-absorption est la « *fusion-confusion* » (art. 278 L1915)<sup>3</sup>. Dans la fusion-confusion,

<sup>1</sup> Art. 259 § 1 L1915: « La fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société préexistante, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux associés de la ou des sociétés absorbées d'actions ou de parts de la société absorbante et, éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

<sup>2</sup> Lux. 8 avr. 1987, n° 97/87. À vrai dire, la fusion n'est pas un apport, car l'apporteur disparaît dans le cadre de la fusion. Surtout, l'apporteur est rémunéré par la remise de droits sociaux, ce qui n'est pas le cas pour la fusion-absorption, si la société absorbante détient l'intégralité des droits sociaux de la société absorbée ; v. LE CANNU, La distinction entre la fusion et l'apport, *Bulletin Joly Sociétés* févr. 2011, n° 2, p. 122.

<sup>3</sup> Art. 278 L1195 : « Si la société absorbante est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant droit de vote des sociétés à absorber (Loi du 10 juin 2009), ces dernières lui transfèrent par suite, et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement. L'opération est soumise aux disposi-

l'absorbante détient la totalité du capital social de l'absorbée avant la fusion. La fusion ne donnera dès lors pas lieu à émission d'actions nouvelles par l'absorbante, la fusion ayant déjà été consommée sur un plan économique. Aussi, la procédure de fusion est-elle fortement simplifiée dans la société de capitaux, moins d'intérêts que dans la fusion ordinaire n'étant à protéger.

**[539] Motifs de la fusion.** — Les motifs d'une fusion peuvent être multiples et doivent être considérés ensemble.

La première raison d'être d'une fusion est souvent la recherche de *gains d'efficience*. C'est pour obtenir des économies dans l'exploitation des deux sociétés qu'elles combinent leurs activités. Ces économies sont obtenues par synergie : la société issue de la fusion vaut plus que la somme des parties, ou encore,  $2 + 2 = 5$ .

Parfois également, c'est *l'amélioration de la gestion* qui est à l'origine de la fusion. Certaines sociétés sont en effet gérées de façon peu efficiente, si bien que leur rentabilité est inférieure à celle qu'elle pourrait être. Dans la mesure où la fusion peut améliorer la gestion, en changeant les équipes dirigeantes en place, en « remettant à plat » les techniques de gestion utilisées, elle peut se justifier pour cette seule raison.

L'exemple de Jean-Marie Messier et de Vivendi montre également que l'hypothèse de l'orgueil n'est pas non plus à écarter dans les opérations de fusion. L'équipe dirigeante peut être prise par « *l'ivresse de la chasse* », alors que la proie peut se révéler médiocre au regard des coûts. Les offreurs paient trop cher les cibles qu'ils visent, ce qui se traduit par une surprime payée pour la société cible. La surprime profite aux actionnaires de la société cible au détriment des actionnaires de la société acheteuse.

Quels que soient les motifs de la fusion, celle-ci passe toujours par trois phases : la fusion doit être préparée dans un premier temps (A) ; les associés doivent l'approuver (B) ; la fusion, une fois décidée,

tions de la section XIV sous-section 1 à l'exception de l'article 261 paragraphe (2) b), c) et d) des articles 265 et 266, de l'article 267 paragraphe (1) d) et e), de l'article 274 paragraphe (1) b) ainsi que des articles 275 ».

entraîne d'importantes conséquences juridiques (C).

#### A. LA PHASE PRÉPARATOIRE DE LA FUSION

**[540] Fixation des parités d'échange.** — L'objet de l'évaluation des sociétés à fusionner est de déterminer une parité d'échange. Elle consiste en un résultat du type « l'action de la société dissoute vaut « k » actions de la société survivante ou nouvellement créée ».

Exemple : La société absorbante F1 vaut 100 millions pour 1 000 000 actions émises. La société F2 vaut 50 millions pour 1 000 000 actions en circulation. La valeur d'une action de F1 est donc de  $100\,000\,000 / 1\,000\,000 = 100$  € ; celle de F2 50 €. La parité d'échange est donc de  $50/100 = 1/2$  action de F1 pour 1 action de F2.

Le nombre d'actions à émettre par la société bénéficiaire de l'apport effectué par la société absorbée est égal au nombre d'actions émises par la société absorbée multiplié par la parité d'échange des titres.

Exemple : Dans l'exemple précédent, où la parité d'échange est de 2 et le nombre d'actions émises par F2 de 1 000, F1 émettra :

- actions émises par F1 = actions émises par F2 x parité d'échange
- actions émises par F1 =  $1\,000\,000 \times 1/2 = 500\,000$  actions.

Si la valeur réelle des droits sociaux émises en raison de l'apport ne correspond pas à leur valeur nominale, une prime de fusion devra être créée au passif de la société bénéficiaire si la valeur réelle des titres excède leur valeur nominale. La *prime de fusion* est un supplément d'apport dont le statut suit celui de la prime d'émission (v. n° [1034]).

Exemple : Supposons que la valeur nominale des actions de F1 soit de € 75. L'augmentation de capital de F1 s'élèvera donc à  $500\,000$  actions  $\times$  75 = € 37 500 000.

Mais le patrimoine de F2 apporté à F1 est de € 50 millions. Par voie de conséquence, F1 constatera une prime de fusion de  $€\,50 - €\,37,5 = €\,12,5$  millions.

Mais il est également possible que la valeur réelle des droits sociaux de la société absorbante soit inférieure à sa valeur nominale. Dans ce cas, il faudra soit inverser le sens de la fusion, soit procéder à une réduction préalable du capital de la société absorbante afin d'en apurer les pertes.

**[541] Projet de fusion.** — Il suffit de raisonner sur l'hypothèse la plus fréquente de la fusion-absorption. La transposition à la fusion par combinaison est aisée. Les dirigeants des sociétés concernées devront établir un projet de fusion commun à toutes les sociétés impliquées, véritable traité de fusion, sous la condition suspensive de l'approbation par les deux assemblées extraordinaires. Le projet de fusion constitue un élément essentiel pour l'information des tiers et la protection des associés mais ne constitue qu'un document préparatoire ne liant pas les sociétés participantes : ce sont en effet les assemblées générales des associés qui seules sont compétentes pour décider de la fusion.

Le projet de fusion doit contenir sept rubriques obligatoires (art. 261 L1915)<sup>1</sup> : forme, dénomination et siège social des sociétés ; parité d'échange<sup>2</sup> ; modalités de remise des actions ou parts ; date à partir de laquelle les actions nouvellement émises donnent droit aux bénéficiaires ; date de fusion comptable ; droits accordés

<sup>1</sup> Art. 262 § 2 L1915 : « Le projet commun de fusion mentionne : a) la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion; b) le rapport d'échange des actions ou parts et, le cas échéant, le montant de toute soulte en espèces; c) les modalités de remise des actions ou parts de la société absorbante; d) la date à partir de laquelle ces actions ou parts donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit; e) quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 272, 273, 273 bis et 273 ter, la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante; f) les droits assurés par la société absorbante aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou parts ou les mesures proposées à leur égard; g) tous avantages particuliers attribués aux experts au sens de l'article 266, aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent ».

<sup>2</sup> La fixation de la parité d'échange requiert la valorisation respective des sociétés concernées. D'où la nécessité d'évaluer les biens des deux sociétés suivant des critères identiques et des méthodes homogènes (sur la détermination de la parité d'échange, v. n° [540]).

aux associés ayant des droits spéciaux (droits spécifiques à une catégorie d'associés) et aux porteurs de titres autres que des actions (obligations convertibles, obligations avec droit de souscription d'actions ; droits de souscription) ; avantages particuliers attribués aux experts indépendants chargés de la vérification des évaluations, ainsi qu'aux organes des sociétés qui fusionnent.

La *date de prise d'effet comptable* de la fusion n'est pas toujours sa *date de prise d'effet juridique*. En effet, la fusion est une opération de longue haleine s'étalant sur quelques mois. Pourtant, les équipes dirigeantes veulent souvent réaliser la fusion au plus tôt. D'où l'idée, à défaut de pouvoir accélérer la date d'effet juridique de la fusion, de faire remonter dans le temps sa date de prise d'effet comptable. Aussi n'est-il pas rare de voir le projet de fusion prévoir une date de prise d'effet comptable à une date antérieure à la date d'effet juridique. Par l'effet de la rétroactivité comptable, la société absorbante va profiter ou pâtir des résultats engendrés par la société absorbée durant la période intercalaire. En somme, du point de vue comptable, la fusion, si elle est décidée par les associés, se trouve consommée à une date antérieure. Jusqu'où peut-on ainsi remonter dans le temps ? Il appartiendra aux sociétés concernées de décider de la date de prise d'effet comptable, sans que celle-ci ne puisse remonter plus loin dans le temps que le début de l'exercice comptable de l'une ou de l'autre société concernée. C'est ainsi que, si les sociétés A et B fusionnent le 30 juin, la date de prise d'effet comptable ne peut remonter avant le 1<sup>er</sup> mars de l'année, si la société A clôture ses comptes au 31 décembre et la société B les siens au 28 février.

Le projet de fusion doit être publié intégralement au moins un mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion (art. 262 L1915).

**[542] Aspects comptables et fiscaux<sup>1</sup>.** — En raison de l'importance des écritures comptables pour la détermination du résultat fiscal de l'entreprise, les enregistrements comptables des fusions sont souvent influencés par des considérations fiscales. Ces considérations expliquent notamment pourquoi les fusions sont

souvent enregistrées à la valeur comptable, malgré l'existence de parités d'échange prenant en compte les valeurs « réelles » des deux sociétés.

Le droit fiscal soumet en principe à l'impôt au taux de 30% les plus-values latentes de la société dissoute, comme tel est le cas pour toute dissolution. Cela aura pour conséquence que les actionnaires de la société dissoute subiront seuls l'impôt sur ces plus-values. Les actionnaires de la société absorbante, en revanche, feront la bonne affaire, puisque la société absorbante reprendra à sa valeur marchande, donc réévaluée, le patrimoine de la société absorbée. Ceci augmentera les possibilités d'amortissement sur les biens ainsi repris, ce qui diminuera la charge fiscale de la société absorbante. Voilà pourquoi la société absorbée et ses actionnaires préfèrent généralement une transaction exonérée d'impôt, parce qu'elle implique une plus-value dont l'imposition est différée dans le temps. Une fusion exonérée d'impôt permet à la société absorbée de différer la concrétisation de la plus-value et le paiement de l'impôt jusqu'à la vente subséquente du patrimoine apporté à la société absorbante. Pour que la transaction soit exonérée d'impôt, il faut une continuité dans les valeurs comptables, c.-à-d. il faut que la société absorbante reprenne les valeurs comptables alignées précédemment par la société absorbée. Ceci permet au fisc de s'assurer que l'imposition de la plus-value sera différée, mais non pas éliminée définitivement. En somme, ce sont les actionnaires de la société absorbante qui feront les frais de l'opération, puisqu'ils devront subir une partie du coût fiscal attribuable aux actionnaires de la société absorbée.

Exemple : S1 absorbe S2. Le bilan de S2 renseigne les chiffres suivants :

- immeuble 100 (valeur marchande 150)
- participations 200 (valeur marchande 300)
- autres avoirs 500 (valeur marchande 500)
- total 800 (valeur marchande 950).

S1 reprend les valeurs comptables de S2, afin que la fusion puisse bénéficier du régime de neutralité fiscale. Il s'ensuit que l'immeuble anciennement détenu par S2 sera repris au bilan de S1 pour un montant de 100, et non pas à sa valeur marchande ; il en est de même des participations détenues par S2.

Si S1 vend par la suite l'immeuble pour 150, S1 subira l'impôt sur une plus-value de 50 (= 150 - 100), alors que celle-ci est intégralement attribuable à la période de détention par S2. De ce fait, les actionnaires de S1 subissent l'impôt que les actionnaires de S2 auraient dû subir seuls. Il y a donc eu transfert partiel (car les actionnaires de S1 regroupent non seulement les anciens actionnaires de S1, mais également les anciens actionnaires de S2 suite à la fusion) de charge fiscale vers les anciens actionnaires de S1.

Mais au-delà des considérations fiscales se pose la

<sup>1</sup> BOUERE, Faut-il remettre en question la pratique de la comptabilisation des fusions ?, *RS* 1995, § 345 ; DELVAUX, Les fusions et scissions de sociétés, in : TRAVERSA/NAVEZ, *Les réorganisations de sociétés*, Limal, 2011, p. 13.

question de la technique comptable appropriée des fusions. Deux méthodes sont envisageables :

- le transfert de l'actif net (ou brut, selon le cas) de la société absorbée à la *valeur comptable*;
- la reprise de l'actif net (ou brut) à la *valeur marchande ou vénale*.

L'avantage du transfert à la valeur comptable est de limiter le risque de surévaluation. Son champ d'application principal devrait être la restructuration interne aux groupes de sociétés. Le transfert des avoirs de la « poche droite à la poche gauche » du même « pantalon » du groupe justifie à mon avis une approche prudente en termes d'évaluation, d'où le choix de la valeur comptable. En revanche, lorsqu'on est en présence d'une acquisition et prise de contrôle, conduisant à l'intégration de l'entité acquise dans la stratégie de l'acquéreur, il existe un prix de marché et le transfert à la valeur vénale devrait être possible, à condition, bien sûr, d'en accepter les conséquences fiscales négatives indiquées ci-avant.

**[543] Contrôle du projet de fusion par le réviseur d'entreprise.** — Des experts indépendants, à désigner par l'organe de gestion de chacune des sociétés qui fusionnent, sont chargés de rédiger, sous leur responsabilité, un rapport écrit sur les modalités de la fusion (art. 266 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Ce rapport remplace le rapport d'apport en nature qui devrait normalement être établi

(art. 266 § 3 L1915). Ces experts sont à choisir sur la *liste des réviseurs d'entreprises agréés*. Normalement, chaque société choisit son propre réviseur d'entreprises, mais cela n'est pas toujours utile, ni nécessaire. Le réviseur d'entreprises étant un professionnel indépendant, l'opposition d'intérêts qu'on pourrait craindre est sans doute moins réelle que dans d'autres situations ; par ailleurs, la nomination de *deux experts* engendre un surcroît de démarches et de frais. Aussi les deux sociétés peuvent s'adresser au président du tribunal d'arrondissement en vue de la nomination d'un *expert unique* commun aux deux sociétés. Bien que la loi ne l'exige pas formellement, il semble utile, dans un but de préservation de l'*indépendance de l'expert* (ou des experts), que le réviseur d'entreprises soit non seulement soumis aux incompatibilités de droit commun frappant l'exercice de toute mission de révisorat (v. n° [458]), mais qu'en outre il soit différent du réviseur d'entreprises habituel des sociétés qui fusionnent<sup>2</sup>.

Selon l'alinéa 2 de l'article 266 L1915<sup>3</sup>, l'expert est tenu de vérifier que les valeurs relatives attribuées aux droits sociaux des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le *rapport d'échange* est raisonnable, c.-à-d. justifié en raison. Ce contrôle doit être effectué afin que l'égalité soit respectée entre les ac-

<sup>1</sup> Art. 266 § 1 L1915 : « Le projet commun de fusion doit faire l'objet d'un examen et d'un rapport écrit destiné aux associés. Cet examen sera fait et ce rapport sera établi pour chacune des sociétés qui fusionnent par un ou plusieurs experts indépendants à désigner par l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent. Ces experts doivent être choisis parmi les réviseurs d'entreprises agréés. Toutefois il est possible de faire établir le rapport par un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent. Dans ce cas, la désignation est faite, sur requête conjointe des sociétés qui fusionnent, par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société absorbante a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. »

<sup>2</sup> Circ.Lux. 21 juill. 2008 (« il ne doit s'agir ni du commissaire aux comptes, ni du réviseur d'entreprises ») ; v. cependant le commentaire de l'IRE sub le projet de loi concernant les obligations en matière de fusions et de scissions : Doc. parl. n° 6227(1), session 2010-2011, p. 2. La CSSF a suivi l'IRE plutôt que les tribunaux : Règ. CSSF n° 11-01, Mém. A n° 161, 1<sup>er</sup> août 2011, p. 2820, (p. 2828).

<sup>3</sup> Art. 266 § 2 L1915 : « Dans le rapport mentionné au paragraphe (1), les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable. Cette déclaration doit : a) indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ; b) indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue. Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe ».

tionnaires des deux sociétés. À cette fin, l'expert devra apprécier les méthodes de valorisation retenues par les sociétés, et leur caractère approprié au cas d'espèce. Comme les sociétés sont en pratique évaluées par combinaison de plusieurs méthodes d'évaluation jugées complémentaires, l'expert devra également donner son avis sur le caractère approprié de l'importance relative des différentes méthodes d'évaluation retenues. Il lui appartient, enfin, d'indiquer dans son rapport s'il existe des difficultés particulières d'évaluation.

Le rapport de l'expert est mis à la disposition des associés au moins *un mois avant la réunion de l'assemblée générale* (art. 267 al. 1<sup>er</sup> e) L1915). Ce rapport dispense du coup le respect des formalités en ce qui concerne les apports en nature avec lequel il ferait en quelque sorte doublon (art. 277 § 4 L1915).

## B. LA DÉCISION DES ASSOCIÉS

[544] **Rapport de l'organe de gestion.** — Si le projet de fusion est avant tout destiné à guider les dirigeants dans leur prise de décision quant à l'intérêt de la fusion et de ses modalités pratiques, le rapport de l'organe de gestion est davantage adressé aux *associés* des sociétés concernées (art. 265 L1915)<sup>1</sup>. Il doit être détaillé, expliquer et justifier aux actionnaires, du point de vue juridique et économique, le projet de fusion, et en particulier la parité d'échange des droits sociaux. Autrement dit, il s'agit pour les dirigeants de *justifier* de leurs intentions ainsi que de l'*intérêt social* de l'opération pour toutes les sociétés concernées. En raison de la nature de l'opération, il est tout à fait possible que l'argumentaire soit le même pour les deux sociétés, de sorte qu'un rapport unique doit être pos-

<sup>1</sup> Art. 265 § 1 L1915 : « Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent un rapport écrit détaillé à l'intention des associés expliquant et justifiant, du point de vue juridique et économique, le projet commun de fusion, et en particulier le rapport d'échange des actions ou parts. Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe ».

sible. Le rapport étant établi un certain temps avant l'assemblée statuant sur le projet de fusion, l'organe de gestion devra informer l'assemblée, le moment venu, de tout changement significatif susceptible d'être intervenu entre les deux dates (art. 265 § 2 L1915)<sup>2</sup>. Dans un souci de simplification de la procédure, l'organe de gestion peut se dispenser du rapport si les actionnaires en décident ainsi à l'unanimité. Mais dans ce cas, si la fusion est réalisée par voie de constitution de société nouvelle ou d'augmentation de capital, un réviseur d'entreprises agréé devra intervenir dans le cadre de la vérification des apports en nature (art. 266 § 3 L1915)<sup>3</sup>.

### [545] Communication de documents aux associés.

— La fusion étant une opération hautement technique, il importe de mettre les associés en mesure d'analyser au préalable, à tête reposée, le projet de fusion qui leur sera soumis à l'assemblée générale. Pour cette raison, tout associé a le droit, *un mois au moins avant la date de l'assemblée générale*, de prendre connaissance, au siège social, des documents les plus importants relatifs à la fusion ou de les consulter sur le site internet de la société (art. 267 L1915) :

- le projet de fusion (v. n° [541]) ;
- les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent ;

<sup>2</sup> Art. 265 § 2 L1915 : « Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés concernées informent leur assemblée générale respective ainsi que les organes d'administration ou de direction des autres sociétés concernées pour qu'ils puissent informer leur assemblée générale respective de toute modification importante de l'actif et du passif qui a eu lieu entre la date de l'établissement du projet commun de fusion et la date de réunion des assemblées générales appelées à se prononcer sur le projet commun de fusion ».

<sup>3</sup> Art. 266 § 3 L1915 : « Les règles prévues à l'article 26-1 paragraphes (2) à (4) ne s'appliquent pas lorsqu'un rapport d'expert sur le projet commun de fusion est établi ou lorsque les conditions de l'article 26-1 paragraphes (2) à (4) ne sont pas remplies ».



- un état comptable intérimaire ne datant pas de plus de trois mois par rapport au projet de fusion (les associés peuvent cependant renoncer à l'unanimité à ce rapport) ;
- le rapport de l'organe de gestion (v. n° [544]) ;
- le rapport de l'expert indépendant (v. n° [543]).

Et tout associé a le droit d'obtenir sans frais et sur simple demande une copie intégrale ou, s'il le désire, partielle, de ces documents.

**[546] Assemblées générales des associés.** — La fusion entraînant une *modification statutaire* (augmentation du capital social) de la société absorbante, les *conditions pour l'augmentation de capital* devraient en principe être remplies. Pour la société absorbée, la fusion constitue une *dissolution anticipée* de la société absorbée ; il faudrait donc réunir les conditions parfois plus exigeantes requises en vue de la dissolution de la société. Cela rendrait un grand nombre de fusions utiles du point de vue économique impossibles à réaliser sur un plan pratique. Le législateur se contente pour cette raison de la réunion des conditions de quorum et de majorité prévues pour les modifications des statuts dans les sociétés concernées (art. 263 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Dans les sociétés en commandite simple et par actions, l'accord des commandités est en outre toujours requis, ce qui se justifie eu égard à la lourde responsabilité qu'ils encourent (art. 263 § 4 L1915)<sup>2</sup>. Enfin, des assemblées spéciales devront être réunies lorsque l'une ou l'autre des sociétés en cause aura émis des actions, titres ou parts, représentatifs ou non du capital, et que

<sup>1</sup> Art. 263 § 1 L1915: « La fusion requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés qui fusionnent et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou parts, après examen des rapports visés aux articles 265 et 266. Cette décision requiert les conditions de quorum de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts ».

<sup>2</sup> Art. 263 § 4 L1915 : « Dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés en commandite par actions, l'accord de tous les associés commandités est en outre requis ».

la fusion entraîne une modification de leurs droits respectifs. Dans ce cas, les conditions de quorum et de majorité doivent également être réunies au sein de chaque catégorie de titres concernée (art. 263 § 5 L1915)<sup>3</sup>.

Il n'est cependant pas toujours nécessaire de tenir des assemblées dans les deux sociétés concernées. Il se peut en effet que la société absorbante détienne déjà l'intégralité du capital social de la société absorbée, de sorte que la fusion n'entraînera aucune augmentation de capital auprès de la société absorbante. Les actionnaires de l'absorbante n'ont, du coup, aucune raison non plus de devoir approuver l'opération ; laquelle relèvera de la compétence exclusive de l'organe de gestion de l'absorbante (art. 278 L1915). Il en est de même, et ce à titre de simplification, si la société absorbante détient au moins 90% des actions de la société absorbante. Dans ce cas, toutefois, un certain nombre d'autres formalités devront être accomplies (art. 281 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup>.

Les fusions pouvant intervenir entre des sociétés de types différents, le principe fondamental du droit des sociétés qui est l'*interdiction de l'augmentation des engagements des associés* vient à s'appliquer (v. n° [306]). Aussi, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés de l'une ou de plusieurs des sociétés en cause (p.ex. absorption d'une SARL par une SNC), elle ne peut être décidée qu'à

<sup>3</sup> Art. 263 § 5 L1915 : « En cas de fusion transfrontalière, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière ».

<sup>4</sup> Art. 281 § 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) a) la publicité prescrite à l'article 262 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. Les dispositions du présent point a) ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières de sociétés; b) tous les associés de la société absorbante ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée sous a), de prendre connaissance des documents indiqués à l'article 267 paragraphe (1) a) et b), et le cas échéant, à l'article 267, paragraphe (1), c), d), et e), au siège social de la société. (...) ».

l'unanimité des associés (art. 263 § 3 L1915)<sup>1</sup>. Il en va autrement cependant des *fusions « internationales »*, c.-à-d. des fusions où la société luxembourgeoise se fait absorber par une société de droit étranger. En effet, si pour les associés de la société absorbée, l'opération équivaut à un changement de nationalité de la société, l'accord unanime des actionnaires n'est cependant pas requis : l'article 263 § 1<sup>er</sup>, qui prévoit la majorité pour les modifications aux statuts en matière de fusions, constitue une disposition spéciale dérogeant au principe du vote à l'unanimité (la fusion transfrontalière étant visée au § 7 de l'article 263, ce dernier s'applique bien ici). Lorsque la société absorbante est la société luxembourgeoise, la question de la nécessité de respecter éventuellement l'unanimité, en ce qui concerne la prise de décision dans la société étrangère absorbée, est de toute façon à résoudre sur la base du droit étranger.

La société absorbante devra parfois également adapter son *objet social* afin d'y inclure les activités antérieurement exercées par la société absorbée. Mais la modification de l'objet social de la société absorbante n'est nécessaire que s'il ne permettrait pas de poursuivre les activités de la société absorbée.

**[547] Publicité de la décision de fusion.** — Il est également nécessaire d'effectuer les formalités de publicité consécutives à ces opérations, ce qui comporte notamment, pour les sociétés qui disparaissent, la publicité de leur dissolution, étant précisé que cette

dissolution s'effectuant sans liquidation, les mentions relatives à cette procédure doivent être écartées.

Pour la société absorbante, la publicité sera conditionnée par l'augmentation éventuelle de capital et/ou modification de son objet social :

- si la société absorbante détenait déjà toutes les actions de la société absorbée et que son objet social existant permet de continuer l'exploitation des activités de la société absorbée, la société absorbante ne devra pas modifier ses statuts, de sorte qu'elle n'aura rien à publier non plus ;
- dans le cas inverse, ce sera la décision d'augmentation de capital et/ou de modification de l'objet social qui fera l'objet de la publicité légale.

**[548] Nullités des fusions.** — Dans un souci de limiter les causes de nullité, l'article 276 L1915 prévoit comme seules causes de nullité l'*absence d'acte notarié* des assemblées générales de sociétés qui ont fusionné ainsi que la *nullité de la délibération de l'une ou au moins des assemblées générales* ayant décidé de l'opération<sup>2</sup>. Or, la nullité d'une assemblée générale ne

<sup>1</sup> Art. 263 § 3 L1915 : « L'accord de tous les associés est requis : 1° dans les sociétés absorbantes ou à absorber qui sont des sociétés en nom collectif, des sociétés coopératives dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, des sociétés civiles ou des groupements d'intérêt économique ; 2° dans les sociétés à absorber lorsque la société absorbante est : a) une société en nom collectif ; b) une société en commandite simple ; c) une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement ; d) une société civile ; e) un groupement d'intérêt économique. Dans les cas visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>, point 1° et point 2°, a), b) et c), l'accord unanime des titulaires de parts non représentatives du capital est requis ».

<sup>2</sup> Art. 276 § 1 L1915 : « La nullité de la fusion ne peut intervenir que dans les conditions suivantes : a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire ; b) lorsque la fusion est réalisée conformément à l'article 272, elle ne peut être prononcée que pour défaut d'acte notarié, ou le cas échéant, sous seing privé, ou bien s'il est établi que la décision de l'assemblée générale de l'une ou de l'autre des sociétés participant à la fusion est nulle ; c) l'action en nullité ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée ; d) lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de la fusion, le tribunal compétent accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation ; e) la décision prononçant la nullité de la fusion fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus au chapitre V bis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ; f) la tierce opposition contre la décision prononçant la nullité de la fusion n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la pu-

peut résulter que de la violation d'une disposition d'ordre public de la loi de 1915 ou d'une des dispositions régissant la validité des contrats<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'entraîneront la nullité d'une fusion les faits suivants : absence de quorum, décision prise dans des conditions de majorité irrégulière ; non-respect des formes et délais de la convocation des assemblées ; soulte dépassant les 10% ; violation des règles relatives à l'ordre du jour et à la communication des documents sociaux aux actionnaires ; absence ou nomination irrégulière des experts réviseurs d'entreprises ; vices de consentement (p.ex. dol). Sans doute pourra-t-on y ajouter la nullité pour abus de majorité, si la fusion est décidée contrairement à l'intérêt social tout en entraînant une rupture d'égalité entre les associés.

L'action en nullité se prescrit par six mois à compter de la date de publication de la fusion au RESA (art. 276 c L1915). La nullité sera d'ailleurs écartée si la régularisation des vices affectant l'opération est possible dans un délai à fixer par le tribunal (art. 276 d L1915). Exception faite de l'hypothèse de la soulte et de l'abus de majorité, la régularisation des vices devrait normalement être possible. La décision d'annulation de la fusion doit être publiée, cette nullité n'ayant aucun effet sur les droits et obligations nés au profit ou à la charge des sociétés, si ces droits ou obligations sont nés depuis la date de prise d'effet juridique de la fusion jusqu'à la date de publication de la décision d'annulation (art. 276 g L1915). L'annulation n'a

donc, conformément au droit commun des sociétés, aucun effet rétroactif. Les sociétés ayant participé à la fusion sont solidairement responsables de l'exécution des obligations pesant sur la société absorbante (art. 276 h L1915). La tierce opposition sera elle-même prescrite par six mois à compter de la date de publication de la décision d'annulation (art. 276 f L1915).

**[549] Responsabilités liées à la fusion.** — Dans un souci de protection des actionnaires, surtout des actionnaires minoritaires, la loi leur accorde une action individuelle (et non pas sociale) contre les dirigeants et contre l'expert chargé du contrôle de l'opération de fusion (art. 275 L1915)<sup>2</sup>. Leur action sera dirigée contre le préjudice qu'ils auront, le cas échéant, subi par suite d'une faute commise lors de la préparation ou de la réalisation de la fusion (*action contre les dirigeants*) ou encore lors du contrôle de celle-ci (*action contre l'expert*). Cette action, qui appartient à chaque associé de la société absorbée (aucune action n'est donc possible en matière de fusion par constitution d'une société nouvelle), entraînera la responsabilité solidaire des dirigeants concernés, sauf s'ils rapportent la preuve qu'aucune faute ne leur est personnellement imputable. Cette action se prescrit par cinq ans à partir des faits. S'ils ont été celés par dol, la prescription quinquennale courra à partir de la découverte des faits.

---

blicité de la décision effectuée au chapitre V bis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ; g) la décision prononçant la nullité de la fusion ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit de la société absorbante, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 272 ; h) les sociétés ayant participé à la fusion répondent solidairement des obligations de la société absorbante visées sous g) ».

<sup>1</sup> LEGROS, La nullité des décisions de sociétés, *RS* 1991, p. 275.

<sup>2</sup> Art. 275 L1915 : « Les associés de la société absorbée peuvent poursuivre individuellement et exercer contre les membres des organes d'administration ou de direction et les experts prévus par l'article 266 une action en responsabilité pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient subi par suite d'une faute commise par les membres d'administration ou de direction lors de la préparation et de la réalisation de la fusion ou par les experts lors de l'accomplissement de leur mission. La responsabilité pèse solidairement sur les membres des organes d'administration ou de direction ou les experts de la société absorbée ou, le cas échéant, sur les uns et les autres. Toutefois, chacun de ceux-ci peut s'en décharger s'il démontre qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable ».

## C. LES EFFETS DE LA FUSION

[550] **Dissolution sans liquidation d'au moins une des sociétés en cause.** — La fusion entraîne la dissolution avec liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération (art. 274 § 1<sup>er</sup> a) L1915). Selon le type de fusion concerné, il a une portée plus ou moins large. Dans une fusion par constitution de société nouvelle, toutes les sociétés concernées par la fusion disparaissent sans liquidation ; dans une fusion-absorption, ce principe ne s'applique qu'à la société absorbée, la société absorbante continuant à exister (grossie de la société absorbée).

Contrairement au droit commun des dissolutions de société, la dissolution des sociétés concernées s'opère sans liquidation ; il s'ensuit que les règles relatives aux liquidations de sociétés sont écartées de plein droit. Il n'y a pas lieu de désigner un liquidateur, et la société dissoute ne continue pas à survivre pour les besoins de sa liquidation, puisque le transfert du patrimoine de la société est réalisé en un seul temps de raison, au moment de la décision de fusion par les assemblées générales des sociétés concernées.

La société dissoute, si elle disparaît bien sur le plan juridique, n'en continue pas moins d'exister sur un plan économique, au travers de la société absorbante (ou de la société nouvellement créée). Mais si cette approche est exacte sur un plan économique, il est cependant excessif de considérer la fusion comme une simple modification de la structure de la société dissoute sur le plan juridique, et d'assimiler ainsi la fusion à une transformation de société<sup>1</sup>.

[551] **Transmission universelle de patrimoine : transmission de l'actif<sup>2</sup>.** — La fusion opère un trans-

fert du patrimoine de l'absorbée au profit de la société absorbante (art. 274 § 1<sup>er</sup> a) L1915)<sup>3</sup>. Suite à la fusion, la société absorbante ou nouvellement créée devient de plein droit propriétaire de tous les biens de la société absorbée et créancière de tous les débiteurs de cette société. La société absorbante doit donc être considérée comme l'ayant-cause universel de la société absorbée au sens de l'art. 1122 C.civ.<sup>4</sup>. Ce transfert s'opère de plein droit, de sorte qu'aucun acte juridique autre que l'acte de fusion n'est requis. La société issue de la fusion s'étant substituée activement à la société qui lui a fait apport de ses biens, elle pourra donc poursuivre les débiteurs de l'ancienne société sans avoir à observer l'article 1690 C.civ.<sup>5</sup>.

Deux raisons différentes justifient cette solution. La fusion constitue une *cession d'une universalité*, celle-ci se trouvant transmise en bloc à la société absorbante. On peut tirer argument de l'analogie de la fusion avec la cession d'hérédité pour conclure que les formalités de signification de l'article 1690 du Code civil ne doivent pas être remplies. C'est l'approche française<sup>6</sup>. À une certaine époque, les tribunaux belges évoquaient la « subrogation générale », formule quelque peu impropre, pour justifier l'exclusion de l'article 1690 C.civ. aux fusions<sup>7</sup>. Mais il ne faut sans doute pas chercher aussi loin. Il suffit de relever, comme en Belgique<sup>8</sup>, que la finalité de l'article 1690 C.civ. est d'*informer les tiers sur la cession*. La publicité de la fusion sous la

<sup>1</sup> En ce sens toutefois : TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, 1993, n° 94, 95.

<sup>2</sup> JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, in : *Mélanges Derruppé*, Paris, 1991, p. 297.

<sup>3</sup> Art. 274 § 1<sup>er</sup> L1915 : « La fusion entraîne de plein droit et simultanément les effets suivants : a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante ; (...) ».

<sup>4</sup> Art. 1122 C.civ. : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » ; VAN OMMESLAGHE, Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la nouvelle loi, in : Van Ommeslaghe et alii, *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Éditions du jeune barreau de Bruxelles, 1993, p. 1 (p. 5).

<sup>5</sup> Cour 9 févr. 1994, n° 14 595.

<sup>6</sup> PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VII, par Esmein, Paris, 1930, n° 1124.

<sup>7</sup> T'KINT, note sous Cass. (France) 7 mars 1972, *RPS* 1973, n° 5732, p. 40.

<sup>8</sup> FREDERICQ, *Traité*, T. 5, n° 743 ; VAN RYN, n° 858.

forme d'une publication des actes notariaux au Mémorial constitue une forme d'avertissement du public à la fois officielle et générale, de sorte que les exigences posées par l'article 1690 C.civ. sont remplies.

En revanche, l'*opposabilité aux tiers* des transferts de propriété réalisés par la fusion n'est pas automatique en matière de droits réels autres que les sûretés réelles sur les meubles et les immeubles. Il faudra comme en droit commun que la société bénéficiaire de la fusion procède aux inscriptions nécessaires prévues à cet effet par les lois spéciales, et ce au plus tard dans les six mois de la prise d'effet de la fusion (art. 274 (2) L1915)<sup>1</sup>. Il en est de même du transfert des droits de propriété industrielle et intellectuelle.

Lorsque l'actif de la société dissoute inclut des droits sociaux d'une société tierce dont les statuts prévoient une procédure d'*agrément* pour les nouveaux associés, cette clause doit être respectée par la société bénéficiaire de la fusion<sup>2</sup>.

**[552] Transmission universelle de patrimoine : transmission du passif.** — En droit commun, la novation par substitution de débiteur n'est possible que si le créancier de la société absorbée y consent clairement. Ceci a longtemps créé des difficultés pour réaliser les fusions impliquant des sociétés qui n'étaient pas de capitaux.

Pour s'en sortir par le passé, les praticiens avaient recours à deux palliatifs<sup>3</sup>.

Soit la société absorbée se contentait de *transférer l'actif brut social*, à l'exclusion des dettes sociales que le liquidateur de la société absorbée se chargeait de régler, en réalisant les actions d'apport reçues en raison de la fusion.

Soit la société absorbée *transférait l'actif net* à la société ab-

sorbante, c.-à-d. tant l'actif brut que les dettes sociales. Dans ce cas, la société absorbante se chargeait de régler le passif de la société absorbée. Le caractère universel de la transmission explique pourquoi, dans ce cas, les *créanciers* antérieurs de la société absorbante et les créanciers nouveaux de celle-ci, c.-à-d. les créanciers de la société absorbée, se trouvaient en concours. Les créanciers de la société absorbée avaient dès lors le droit de s'adresser à la société absorbante en vue du règlement de leurs créances<sup>4</sup>. Mais il ne s'agissait là que d'une simple faculté, car ils avaient également le droit de s'adresser à la société absorbée. La survie de la société absorbée vis-à-vis de ses créanciers sociaux se justifiait aisément par le souci de protection des droits des créanciers : la fusion ne pouvait obliger un créancier à accepter un débiteur autre que celui avec lequel il a contracté. Le changement de débiteur constituait une véritable *novation* au sens du Code civil (art. 1273 et 1275 C.civ.) ; or, la novation par changement de débiteur nécessite l'accord du créancier<sup>5</sup>.

En raison de l'élargissement des possibilités de fusion à toutes les sociétés ayant la personnalité morale, la règle du *transfert automatique des dettes* de la société dissoute à la société absorbante ou nouvellement créée s'applique dorénavant à toutes les sociétés s'engageant dans une opération de fusion (art. 274 § 1<sup>er</sup> a L1915). La charge de l'ensemble du passif de la société dissoute est donc transmise *de plein droit* à la société bénéficiaire de la fusion. C'est donc la société issue de la fusion qui défendra dans l'instance judiciaire initiée contre la société absorbée<sup>6</sup>. Le transfert de dettes porte non seulement sur les *dettes connues*, c.-à-d. celles qui figurent au projet de fusion, mais également sur les *dettes ignorées*, c.-à-d. celles qui n'y figuraient pas encore, parce qu'elles ne se sont révélées que par la suite<sup>7</sup>, y

<sup>1</sup> Art. 274 (2) L1915 : « Par dérogation au paragraphe (1) a), le transfert des droits de propriété industrielle et intellectuelle ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. Ces formalités peuvent encore être accomplies durant une période de six mois à compter de la date à laquelle la fusion prend effet ».

<sup>2</sup> DAIGRE, *D.* 1987, p. 95 ; REINHARD, *RS* 1987, p. 52.

<sup>3</sup> PASSELECQ, n° 4723.

<sup>4</sup> FREDERICQ, *Traité* T. V., p. 1036 ; RENAULD, Étude comparative de la réglementation des fusions de sociétés en droit belge et dans certaines législations étrangères, *RPS* 1955,

n° 4439, p. 13 ; VAN RYN, n° 858. L'action des créanciers est basée sur le mécanisme de la stipulation pour autrui.

<sup>5</sup> RENAULD, *op.cit.*, p. 12.

<sup>6</sup> Lux. 25 avr. 1986, n° 35 385.

<sup>7</sup> CJUE *Modelo Continente Hipermercados SA*, 5 mars 2015, aff. 343713 : une amende pour infraction commise par l'absorbée fait partie du « patrimoine passif » transmis à l'absorbante dans le cadre de la fusion.

compris, bien que cela se discute, du passif pénal. Cette transmission s'opère de plein droit sans qu'il n'y ait lieu de respecter la moindre formalité. Mais comme le principe de la transmission universelle du patrimoine n'est pas d'ordre public, les contrats contenant une *clause d'incessibilité* ne pourront être transférés à la société bénéficiaire.

La question de la transmission de plein droit du *passif pénal* est sujette à controverse. Sur le plan des principes, la règle de la *personnalité des poursuites et des sanctions* s'oppose à ce que des personnes physiques autres que l'auteur du manquement en cause puissent être tenues du passif pénal de l'auteur. Il s'ensuit que le passif pénal existant de l'absorbée devrait s'éteindre automatiquement, suite à la fusion, et que l'instance pénale en cours au moment de la fusion s'arrête également, en raison de la disparition de la personne morale poursuivie. Reporter sur l'absorbante le passif fiscal de l'absorbée serait en effet une concrétisation d'une responsabilité pénale pour faute d'autrui, inconnue en droit luxembourgeois. En principe, nul n'est punissable que de son propre fait.

Cependant, l'efficacité du système répressif commande que l'État créancier puisse percevoir des amendes auprès de l'absorbante, pour des faits commis par l'absorbée, si la condamnation est d'ordre pécuniaire. Dans une telle situation, ériger la personnalité des peines en un obstacle à la transmission entre personnes morales des sanctions pécuniaires paraît excessif, alors que la transmission universelle est plus une technique de restructuration qu'une métamorphose juridique de la société. Le texte de la loi se référant au « *patrimoine passif de la société absorbée* », compte tenu des termes larges employés, implique également que toutes les dettes de l'absorbée soient transférées à l'absorbante, ce qui inclut, outre les *amendes civiles*, les *amendes pénales*, ainsi que les *instances judiciaires en cours*. C'est également la conclusion à laquelle la Cour de justice de l'Union européenne est arrivée<sup>1</sup>.

**[553] Droit d'opposition des créanciers existants.** — Les créanciers de toutes les sociétés qui participent à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion bénéficient d'un droit d'opposition (art. 268 L1915)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> CJUE 5 mars 2013, *Modelo Continente Hipermercados SA*, aff. C-343/13, obs. COURET, *BJS* 2015, p. 200 ; RPS 2016, p. 63, obs. SELVAIS.

<sup>2</sup> Art. 268 L1915 : « (1) Les créanciers des sociétés qui fusionnent, dont la créance est antérieure à la date de la pu-

L'opposition au projet de fusion s'effectue par déclaration au tribunal d'arrondissement de la société débitrice dans le délai de 60 jours à compter de la publication au RESA du projet de fusion. Il est ouvert à tous les créanciers de la société absorbée ou de la société absorbante titulaires ou non d'un privilège ou d'une sûreté. Il faut cependant que le créancier soit en mesure de justifier d'une créance certaine dans son existence, liquide et exigible antérieure au projet de fusion.

L'opposition formée par un créancier (ou par la masse des obligataires<sup>3</sup>) n'a pas pour effet d'interdire la *poursuite des opérations de fusion*. Cependant, le tribunal d'arrondissement, saisi d'une opposition, devra décider :

- soit le *rejet* de cette opposition ;
- soit ordonner le *remboursement* de la ou des créances de l'opposant ;
- soit ordonner la constitution de *garanties*, si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes.

À défaut de constitution de garanties ordonnées, la

---

blication des actes constatant la fusion prévue à l'article 273 peuvent, nonobstant toute convention contraire, dans les deux mois de cette publication, demander au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société débitrice a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la constitution de sûretés pour des créances échues ou non échues, au cas où ils peuvent démontrer, de manière crédible, que la fusion constitue un risque pour l'exercice de leurs droits et que la société ne leur a pas fourni de garanties adéquates. Le président rejette cette demande, si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires, compte tenu de la situation financière de la société après la fusion. La société débitrice peut écarter cette demande en payant le créancier même si la créance est à terme. Si la sûreté n'est pas fournie dans le délai fixé, la créance devient immédiatement exigible. »

<sup>3</sup> Art. 269 L1915 : « Sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif de leurs droits, il est fait application de l'article 268 aux obligataires des sociétés qui fusionnent, sauf si la fusion a été approuvée par une assemblée des obligataires ou par les obligataires individuellement. »

créance sera à rembourser immédiatement. Sauf s'ils y ont renoncé en assemblée spéciale, les *créanciers bénéficiaires de droits spéciaux* sur la société absorbée, tel un droit de conversion de leur créance en droits sociaux, devront bénéficier de garanties équivalentes dans la société absorbante, après fusion. À défaut, leurs titres de créance seront à racheter au prix fixé dans le projet de fusion (art. 270 L1915)<sup>1</sup>.

Ces dispositions s'appliquent par analogie aux *fusions internationales*, sous réserve de deux précisions. Premièrement, la législation nationale dont relevait la société absorbée régit la protection des créanciers de la société absorbée, ce qui implique que, en cas d'absorption d'une société luxembourgeoise par une société étrangère, le droit d'opposition des créanciers sera à exercer devant le tribunal d'arrondissement luxembourgeois. Deuxièmement, la loi applicable au contrat de dette restera la même après fusion que celle qui s'y appliquait avant fusion, de sorte que si le droit luxembourgeois régissait par exemple le contrat de dette d'une société luxembourgeoise absorbée, la loi applicable ne changera pas, une fois que la société absorbée sera devenue étrangère<sup>2</sup>.

**[554] Contrats en cours.** — Les contrats en cours passent de plein droit à la société absorbante. Tel est le principe général qui trouve une application particulière

en matière de *contrats de travail*. Les droits des salariés sont en effet sauvegardés à l'article L.127-3(1) du C. du travail, celui-ci prévoyant que tous les contrats en cours lors de la fusion subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise absorbée<sup>3</sup>. Les fusions préservent donc les droits acquis des salariés. Cependant, il faut bien voir qu'en pratique ces opérations se traduisent généralement par une réorganisation des services et une compression du personnel. Or, les juridictions considèrent, ce qui est d'ailleurs logique, que le licenciement provoqué par une réorganisation des services suite à une fusion n'est pas abusif.

Le principe général du passage de plein droit du bénéficiaire et des charges des contrats en cours à la société absorbante se trouverait toutefois écarté en matière de contrats conclus *intuitu personae*, tels par exemple les cautionnements consentis à la société absorbée<sup>4</sup>. Suite à la fusion, la caution ne serait tenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la *caution* de s'engager envers la société absorbante. Bien évidemment, la caution resterait tenue pour les dettes antérieures à la fusion dans la limite des engagements qu'elle a pris. L'exemple de la caution est généralisable, en ce sens que les contrats qui sont attachés à la personne de la société dissoute ne pourraient être transmis (activement comme passivement) à la société bénéficiaire de la fusion. Le caractère *intuitu personae* de ces contrats impliquerait leur non-transférabilité<sup>5</sup>. Cette analyse ne

<sup>1</sup> Art. 270 L1915 : « (1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée. (2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si la modification des droits en cause a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres statuant aux conditions de présence et de majorité telles que prévues à l'article 263. (3) À défaut de convocation de l'assemblée prévue au paragraphe précédent ou, en cas de refus d'acceptation par celle-ci de la modification proposée, les titres en cause sont rachetés au prix correspondant à leur évaluation faite dans le projet commun de fusion et vérifiée par les experts indépendants prévus à l'article 266. »

<sup>2</sup> CJUE *Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, 7 avr. 2016, aff. C-483/14.

<sup>3</sup> Art. L.127-3(1) C. du travail : « Les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ». ; Cour 20 janv. 2011, n° 35 625, Bull. Barreau 5/2011, p. 71.

<sup>4</sup> Lux. 8 avr. 1987, n° 97/87 ; v. également FORTUIT, note sous 18 févr. 1997, RS 1998, p. 324.

<sup>5</sup> VIANDIER, Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés, in : *Mélanges C. Mouly*, t. 2, Paris, 1998, p. 193 ; JASPAR/METAIS, Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens, Bull. Joly 1998, p. 477.

convainc pas. Les textes communautaires ne distinguent en effet pas selon la nature plus ou moins personnelle des contrats : ils sont tous transférés. Les parties intéressées par la fusion ou la scission bénéficient d'ailleurs sur d'autres plans d'une protection organisée par le législateur (v. n° [535] et s.). La doctrine en matière de contrats personnels paraît dès lors critiquable<sup>1</sup>, la logique sociétaire devant l'emporter sur le droit du cautionnement. Il est préférable de s'en tenir aux textes communautaires et de conclure au transfert automatique des contrats en cours, même de ceux présentant un caractère personnel.

**[555] Situation des créanciers sociaux.** — Par l'effet de la fusion, tant les créanciers de la société dissoute que ceux de la société bénéficiaire de la fusion seront réunis au sein d'une seule et même société ; ils entreront donc en concours entre eux. Ce supplément d'aléa (il est vrai que, d'un autre côté, la société bénéficiaire est plus grande que chacune des sociétés fusionnées) peut être mal vu par certains créanciers sociaux, s'ils craignent que la fusion ne se traduise par une réduction de leurs chances de remboursement. C'est pourquoi l'art. 268 § 1<sup>er</sup> L1915 accorde un *droit d'opposition* à l'opération aux créanciers dont la créance est antérieure à la date de publication de la fusion<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> VIANDIER, op.cit. ; DUBERTRET, L'intuitus personae dans les fusions, *RS* n° 4/2006, p. 721 ; MONNET/HOVASSE, Transmission universelle et contrat de franchise, *DS* 2008, p. 27.

<sup>2</sup> Art. 268 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les créanciers des sociétés qui fusionnent, dont la créance est antérieure à la date de la publication des actes constatant la fusion prévue à l'article 273 peuvent, nonobstant toute convention contraire, dans les deux mois de cette publication, demander au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société débitrice a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la constitution de sûretés pour des créances échues ou non échues, au cas où ils peuvent démontrer, de manière crédible, que la fusion constitue un risque pour l'exercice de leurs droits et que la société ne leur a pas fourni de garanties adéquates. Le président rejette cette demande si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas né-

Sous peine de déchéance, le droit d'opposition doit être exercé dans les deux mois de la publication de la fusion. L'opposition est formée auprès du tribunal d'arrondissement.

L'opposition n'a pas pour effet d'empêcher la poursuite de l'opération de fusion. Si le tribunal estime l'opposition fondée, il ordonnera la constitution de *garanties adéquates* pour garantir le remboursement des créanciers formant opposition. Le plus simple sera bien évidemment pour la société concernée de simplement rembourser immédiatement, donc avant leur terme contractuel, les créances en question. Il s'ensuit que seules les personnes titulaires de *créances de sommes d'argent*, par opposition aux créanciers d'une obligation de faire ou d'une obligation de donner, sont susceptibles de bénéficier du droit d'opposition<sup>3</sup>. Hormis cette limite, le droit d'opposition existe pour les titulaires de créances *échues* comme de créances *non échues*, pour autant qu'elles soient certaines et liquides.

**[556] Organisation sociale : associés, dirigeants et auditeurs.** — Les associés des sociétés absorbées reçoivent, en échange de leurs droits sociaux de ces sociétés, des droits sociaux des sociétés absorbantes. Ils ne doivent pas être *agréés*, puisque leur nouvelle qualité résulte nécessairement de l'opération de fusion et partant de l'augmentation de capital dûment approuvée par l'assemblée générale. Il y aura en principe échange de titre mais il n'est pas interdit de verser une *soulte* en espèces ne pouvant toutefois excéder 10%. Si la société dissoute avait des catégories d'associés jouissant d'avantages spéciaux particuliers, ces associés devront jouir de droits équivalents dans la société bénéficiaire de la fusion, sauf s'ils y ont renoncé en assemblée spéciale (art. 270 L1915)<sup>4</sup>.

cessaires, compte tenu de la situation financière de la société après la fusion. La société débitrice peut écarter cette demande en payant le créancier même si la créance est à terme. Si la sûreté n'est pas fournie dans le délai fixé, la créance devient immédiatement exigible ».

<sup>3</sup> Lux. 14 octobre 2009, *R Capital c. Pillar* n° 1214/09.

<sup>4</sup> Art. 270 L1915 : « (1) Les porteurs de titres, autres que des



La fusion pouvant opérer un passage de société à risque limité au profit d'une société à risque illimité, et vice-versa, des règles spéciales ont été prévues par le législateur afin de protéger tant les créanciers sociaux que les personnes encourant une responsabilité illimitée. C'est ainsi que si la société absorbée est une société à risque illimité, les associés ayant encouru la responsabilité illimitée dans la société absorbée restent tenus des dettes sociales antérieures à la publicité de la fusion (art. 268 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Si la société absorbante est une société à risque illimité, les associés illimités seront tenus, conjointement ou solidairement selon le type de société concerné, des dettes sociales de la société absorbée. Mais comme cela pourrait augmenter indûment leurs engagements financiers, surtout du fait que les créanciers sociaux de l'absorbée ne disposaient pas de garanties équivalentes, ils pourront s'exonérer de cette responsabilité par une clause expresse insérée dans le projet de fusion (art. 268 al. 3 L1915)<sup>2</sup>.

---

actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée. (2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si la modification des droits en cause a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres statuant aux conditions de présence et de majorité telles que prévues à l'article 263. (...).

<sup>1</sup> Art. 268 al. 2 L1915 : « Si la société absorbée est une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société en commandite par actions, une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, une société civile ou un groupement d'intérêt économique, les associés en nom collectif, les associés commandités, les associés de la société coopérative, les associés de la société civile ou les membres du groupement d'intérêt économique restent tenus, conjointement ou solidairement selon le cas, à l'égard des tiers, des engagements de la société dissoute antérieurs à l'opposabilité aux tiers de l'acte de fusion conformément à l'article 273 ».

<sup>2</sup> Art. 268 al. 3 L1915 : « Si la société absorbante est une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société en commandite par actions, une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, une société civile ou un groupement d'intérêt éco-

Les dirigeants des sociétés qui disparaissent n'ont, quant à eux, aucun droit à devenir automatiquement des dirigeants des sociétés absorbantes. Leurs *fonctions* cessent de plein droit avec la décision de liquidation de la société.

Il en est de même du mandat d'*auditeur* des sociétés dissoutes ; il prend automatiquement fin avec la fusion sans que l'auditeur n'ait droit à un dédommagement. Si la fusion se fait par constitution d'une société nouvelle, l'auditeur gardera toutes ses chances, puisqu'il faudra procéder à la nomination d'un auditeur pour la nouvelle société. En cas de fusion par voie d'absorption, ce n'est toujours que le mandat de l'auditeur de la société absorbée qui se termine, le mandat de l'auditeur de la société absorbante se poursuivant jusqu'à son terme naturel.

**[557] Date de prise d'effets.** — La loi étant muette sur le point, le principe doit être que le patrimoine des sociétés absorbées est dévolu dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Les directives concernant les fusions et les scissions prescrivant aux États membres de prévoir la date de prise d'effet des opérations, la loi précise, en matière de société par actions, que ces opérations prennent effet :

- en cas de création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles, à la *date d'immatriculation au RCS* ;
- dans un autre cas, à la *date de la dernière assemblée générale* ayant approuvé l'opération.

Toutefois, le contrat de fusion peut prévoir une *autre date d'effet*. En l'absence de texte législatif précisant ce point, on estime que la date d'effet est enserrée dans une double limite commandée par le principe de

---

nomique, les associés en nom collectif, les associés commandités, les associés de la société coopérative, les associés de la société civile ou les membres du groupement d'intérêt économique répondent, conjointement ou solidairement selon le cas, à l'égard des tiers, des engagements de la société dissoute antérieurs à la fusion. Ils peuvent cependant être exonérés de cette responsabilité par une clause expresse insérée dans le projet et l'acte de fusion, opposable aux tiers conformément à l'article 273 ».

l'annualité des comptes : elle ne doit ni être postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société absorbante, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice de la société absorbée<sup>1</sup>.

Exemple : S1 absorbe S2 le 15 juill. 01. S1 clôture ses comptes au 31 décembre, S2 au 30 juin. S1 et S2 veulent fixer la prise d'effet de la fusion au 1<sup>er</sup> janvier 01.

Cela n'est pas possible, car cela ferait remonter l'effet comptable de la fusion à une date antérieure au dernier exercice clôturé. S1 ayant le 30 juin pour exercice comptable, la date d'effet de la fusion ne saurait remonter plus loin dans le temps que le 1<sup>er</sup> juill. 01.

La *rétroactivité* pourrait présumer un intérêt d'un point de vue fiscal, si la société absorbante pouvait par ce biais englober dans ses propres résultats (bénéficiaires) les pertes subies par la société absorbée pendant la période intercalaire<sup>2</sup>. Mais le juge de l'impôt ne voit pas d'un œil favorable la rétroactivité et fixe de ce fait la date de prise d'effets au regard du fisc à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération<sup>3</sup>.

**[558] Régime fiscal.** — Si l'on appliquait les règles fiscales commandées pour l'analyse juridique de la fusion, il y aurait normalement lieu de percevoir les impositions dues en cas de *cession ou cessation d'entreprise* ainsi que les *droits d'enregistrement* normalement dus en cas d'augmentation de capital ou de constitution de société. Ces perspectives suffiraient à dissuader de recourir à la fusion, tant cette technique se révélerait ruineuse.

Aussi le législateur a institué en faveur des fusions un *régime particulier* basé sur le principe de neutralité fiscale. Pour ce qui est des droits d'enregistrement, les apports ne donnent lieu qu'à la perception d'un droit fixe. Quant à l'impôt sur le revenu des collectivités, le

régime de faveur se traduit au profit de la société absorbée par un *sursis d'imposition* des plus-values latentes<sup>4</sup>.

## § 2. LA DÉCONCENTRATION DE SOCIÉTÉS

**[559] Des procédés.** — Opération inverse de la précédente, la société initiale se divise en nouvelles personnes morales. C'est l'hypothèse de la scission (A). À côté de la scission *stricto sensu*, s'est développée de nos jours une technique aux conséquences voisines, mais qui n'implique pas la disparition de la personne morale initiale : l'apport partiel d'actif. Il consiste à filialiser une partie des activités de l'entreprise (B).

### A. LES SCISSIONS DE SOCIÉTÉS

**[560] Une division patrimoniale.** — Une société dotée de la personnalité morale (ou un GIE) peut, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles. Son « patrimoine » va donc se fractionner entre plusieurs sociétés. Ainsi se réaliseront, par modifications structurelles, des opérations de spécialisation et de déconcentration d'entreprises.

La scission de sociétés est connue depuis longtemps en droit fiscal mais a tardé à faire son entrée en droit des sociétés. Ce n'est que depuis 1987 que le droit des sociétés permet aux sociétés de capitaux de se scinder sous le bénéfice du transfert de l'universalité du patrimoine aux sociétés bénéficiaires de la scission. Pour les autres sociétés désirant opérer une scission, l'opération consistait en une dissolution de la société scindée avec transfert du patrimoine aux sociétés bénéficiaires sans le bénéfice de la règle du transfert de l'universalité et donc du maintien automatique des contrats en cours. Cela rendait ses scissions difficiles à réaliser en pratique, car il fallait observer les règles de transfert et d'opposabilité propres à chaque élément du bilan transféré. Pour cette raison, la loi du 13 juill. 2006 a élargi la possibilité de scinder une société à toutes les sociétés dotées de la personnalité morale ainsi qu'aux groupements d'intérêt économique (art. 285 L1915), en y incluant la possibilité, pour les sociétés en liquidation, d'être scindées également (art. 287 al.

<sup>1</sup> V. BOONE/PIETTE, Fusion et rétroactivité, *JurisNews Droit des sociétés*, Vol. 7 n° 7-8, 2014.

<sup>2</sup> V. PAILLUSSEAU, La rétroactivité des opérations de fusion d'une conception juridique « light » à une conception fiscale « lourde », *J.-Cl. Actes Pratiques*, 2000, n° 51, p. 3.

<sup>3</sup> TA 2 juin 1999, *Famaplast*, n° 10.788.

<sup>4</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

2 et 288 al. 2 L1915). Par ailleurs, il est dorénavant possible d'effectuer des scissions transfrontalières, soit au profit de sociétés étrangères, soit en provenance d'une société étrangère (ex. : la société luxembourgeoise A est scindée au profit d'une société luxembourgeoise B et d'une société de droit étranger C).

Lorsque l'apport est fait au profit de sociétés existantes, l'opération sera appelée « *scission par absorption* » ; si elle est faite au profit de sociétés nouvelles, on parlera de « *scission par constitution d'une société nouvelle* ». La scission entraîne généralement la disparition de la société scindée suite à la scission. C'est celle qui est visée aux articles 285 à 308 L1915. Mais il est également possible pour une société de transférer l'universalité de son patrimoine à deux sociétés, tout en survivant à la scission. Dans ce cas, les actions émises par les sociétés bénéficiaires seront émises au profit de la société scindée elle-même, car elle survit à la scission, et non pas à ses associés. Néanmoins, d'un point de vue économique, toutes ces opérations étant fort proches les unes des autres, le législateur accorde à titre optionnel le régime juridique de la scission à cette dernière forme de réorganisation des sociétés (art. 308bis-4 L1915)<sup>1</sup>. Cela présente le grand avantage de permettre le transfert de l'universalité du patrimoine aux deux sociétés.

**[561] Régime juridique.** — Le régime juridique est calqué sur celui des opérations de fusion (en raison des analogies entre les deux procédés, la scission étant en quelque sorte une « fusion à l'envers »). Puisque la scission entraîne la disparition de la société scindée,

<sup>1</sup> Art. 308 bis-4 L1915 : « L'apport d'universalité est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, moyennant une rémunération consistant en actions ou parts de la ou des sociétés bénéficiaires des apports. La société qui apporte une universalité à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent soumettre l'opération aux dispositions des articles 285 à 308, hormis l'article 303. Dans ce cas, l'apport entraîne de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et des passifs qui s'y rattachent ».

cela nécessite une dissolution sans liquidation de la société. Tout comme en matière de fusion, la scission portera sur le transfert de la totalité du patrimoine de la société scindée, avec maintien des contrats en cours<sup>2</sup> (art. 303 L1915<sup>3</sup> ; v. n° [552]). De même, les actions des sociétés nouvelles seront remises directement aux associés de la société scindée. Les associés de chacune des sociétés intéressées verront le rapport sur les modalités de l'opération, liront le projet de scission et voteront, le cas échéant, la scission. Dissolution pour l'une, création ou augmentation de capital pour les autres, avec en prolongement les formalités nécessaires à ce type d'opérations, dont un rapport d'un expert indépendant, telles sont les caractéristiques essentielles de la scission.

Comme pour la fusion, les dirigeants des sociétés participant à la scission établiront un *projet de scission*. Le projet de scission

<sup>2</sup> Le transfert du contrat de domiciliation en raison de la scission du domiciliataire à la société scindée résulte de la transmission universelle de droits et obligations et ne requiert de ce fait pas le respect des formalités de l'art. 1690 C.civ : Cour 10 janv. 2007, n° 29 444, *Bull. Jeune Barreau* 2007, p. 47.

<sup>3</sup> Art. 303 L 1915 : « (1) La scission entraîne de plein droit et simultanément les effets suivants : a) la transmission, tant entre la société scindée et les sociétés bénéficiaires qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société scindée aux sociétés bénéficiaires; cette transmission s'effectue par parties conformément à la répartition prévue au projet de scission ou à l'article 289 paragraphe (3) ; b) les associés de la société scindée deviennent associés d'une ou des sociétés bénéficiaires, conformément à la répartition prévue au projet de scission ; c) la société scindée cesse d'exister ; d) l'annulation des actions ou parts de la société scindée détenues par la ou les sociétés bénéficiaires ou par la société scindée ou encore par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de ces sociétés. (2) Par dérogation au paragraphe (1) a), le transfert des droits de propriétés industrielle et intellectuelle ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. La ou les sociétés bénéficiaires peuvent procéder elles-mêmes à ces formalités ».

contiendra les mêmes informations que le projet de fusion (v. n° [541]) et devra faire l'objet d'une vérification par l'expert indépendant ; ce rapport dispensera du coup les sociétés concernées du rapport d'évaluation des apports en nature (art. 294 § 3 L1915)<sup>1</sup>. Une spécificité additionnelle du projet de scission est qu'il devra décrire et répartir les biens de la société scindée entre les différentes sociétés bénéficiaires de la scission. Comme les éléments du patrimoine iront tantôt à l'une et tantôt à l'autre société, l'*état comptable intérimaire* établi dans le cadre du projet de scission devra reprendre de manière détaillée et précise chacun des éléments du bilan de la société scindée pour les répartir entre les deux sociétés. Lorsqu'un élément du patrimoine actif n'est pas attribué à l'une ou l'autre société dans le projet de scission, il conviendra de déterminer, sur la base du libellé du projet de scission, l'entité bénéficiaire de cet élément. Si l'interprétation du projet de scission ne permet pas d'identifier la société bénéficiaire, l'élément est à ventiler de manière proportionnelle aux deux sociétés, au prorata de leur importance respective (art. 289 al. 3 a L1915)<sup>2</sup>. Pour les éléments du passif on procède de la même façon, sauf que les deux sociétés seront solidairement responsables du règlement de la dette sociale, si elle ne peut être attribuée à l'une des deux sociétés concernées (art. 289 al. 3 b L1915)<sup>3</sup>.

**[562] Associés.** — Lors de la scission, les associés de la société scindée recevront des *titres des sociétés bénéficiaires* au prorata de leur participation au capital de la société scindée (qui disparaît). Les actionnaires des

sociétés concernées (société scindée, sociétés bénéficiaires) approuveront en *assemblée générale* le projet de scission, ce qui rendra définitive, sur le plan juridique, la scission (art. 291 § 1<sup>er</sup> et art. 301 L1915)<sup>4</sup>, en attendant son opposabilité aux tiers résultant de la publicité de la scission au RESA (art. 302 L1915)<sup>5</sup>. Lorsque les sociétés bénéficiaires détiennent déjà ensemble 100% du capital social de la société scindée, la tenue d'une assemblée générale par la société scindée ne serait qu'une simple formalité et n'est dès lors pas nécessaire (art. 306 L1915)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Art. 294 § 3 : « Les règles prévues à l'article 26-1, paragraphes (2) à (4) ne s'appliquent pas lorsqu'un rapport d'expert sur le projet de scission est établi ou lorsque les conditions de l'article 26-1 paragraphes (2) à (4) ne sont pas remplies ».

<sup>2</sup> Art. 289 al. 3 L1915 : « a) Lorsqu'un élément du patrimoine actif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, cet élément ou sa contre-valeur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de manière proportionnelle à l'actif attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission. (...) ».

<sup>3</sup> Art. 289 al. 3 L1915 : « (...) b) Lorsqu'un élément du patrimoine passif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable. La responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires est toutefois limitée à l'actif net attribué à chacune d'entre elles. »

<sup>4</sup> Art. 291 § 1 L1915 : « La scission requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés participant à la scission et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou parts. Cette décision requiert les conditions de quorum, de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts » ; art. 301 L1915 : « La scission est réalisée lorsque sont intervenues les décisions concordantes prises au sein des sociétés en cause ».

<sup>5</sup> Art. 302 L1915 : « (1) La scission n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication faite conformément aux dispositions du chapitre V bis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises » pour chacune des sociétés participant à la scission. (2) Toute société bénéficiaire peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la société scindée ».

<sup>6</sup> Art. 306 L1915 : « Sans préjudice de l'article 292, lorsque les sociétés bénéficiaires sont, dans leur ensemble, titulaires de toutes les actions ou parts de la société scindée et des autres titres de celle-ci conférant un droit de vote dans l'assemblée générale, l'approbation de la scission par l'assemblée générale, conformément à l'article 291 paragraphe 1, de la société scindée n'est pas nécessaire si les conditions suivantes sont remplies : a) la publicité prescrite à l'article 290 est faite pour chacune des sociétés participant à l'opération, un mois au moins avant que l'opération ne prenne effet entre parties ; b) tous les associés des sociétés participant à l'opération ont le droit, un mois au moins avant que l'opération ne prenne effet entre parties, de prendre connaissance, au siège social de leur société, des documents indiqués à l'article 295 paragraphe (1) ; c) à défaut d'une convocation de l'assemblée générale de la société scindée appelée à se prononcer sur l'approbation de la scission, l'information visée à l'article 293 paragraphe (3) con-

La scission pouvant être réalisée entre des *sociétés de forme juridique différente*, avec pour conséquence le changement des risques courus par les associés, le législateur a prévu un certain nombre de dispositions destinées à protéger les associés encourageant une responsabilité illimitée pour les dettes sociales. C'est ainsi que l'accord de tous les associés commandités est requis dans les sociétés en commandite (simple ou par actions). L'unanimité est de même exigée de la part des associés dans les sociétés (à scinder ou bénéficiaires) à risque illimité : société en nom collectif ; société en commandite simple ; société coopérative à responsabilité illimitée ; société civile ; groupement d'intérêt économique (art. 291 § 3 n° 1 et 2 L1915)<sup>1</sup>. Les *associés disposant de droits particuliers* seront garantis de disposer de droits au moins équivalents dans les sociétés bénéficiaires de la scission, bien qu'ils puissent y renoncer en assemblée spéciale en respectant les exigences de quorum et de majorité prévues en matière de changement de statuts (art. 291 § 5 L1915)<sup>2</sup>.

**[563] Créanciers.** — S'agissant du passif social, il est à noter que les sociétés bénéficiaires de la scission sont *solidairement débitrices* des créanciers de la société

scindée, sans novation (art. 297 § 2 L1915)<sup>3</sup>.

Comme cette obligation solidaire peut être une charge inéquitable lorsque des sociétés bénéficiaires ont reçu une fraction d'actif faible et proportionnellement très inférieure au passif, l'article 297 § 2 L1915 ajoute que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que dans la limite de l'actif net qu'elles ont ainsi reçu. Dans ce cas, les créanciers des sociétés participantes peuvent former opposition judiciaire à la scission dans les mêmes conditions qu'au cas de fusion (art. 297 § 1<sup>er</sup> L1915 ; v. n° [555]).

Exemple :

La société S est scindée en deux sociétés S1 et S2. L'actif net de S s'établissait à 1 000 (avoirs 2 500 ; dettes 1 500). S1 reçoit des avoirs de 1 000 et prend en charge des dettes de 900. Un créancier de S2 disposant d'une créance de 300 sur S2 fait jouer la solidarité vis-à-vis de S1.

S1 ne sera tenue qu'à hauteur de l'actif net transféré lors de la scission, soit  $1\ 000 - 900 = 100$ .

La scission n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication de la scission au RESA (art. 302 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup>. Les « tiers » étant de manière générale toutes les personnes, excepté les associés, qui traitent ou qui veulent traiter avec la société, les créanciers sociaux bénéficient également de la protection de l'art. 302 al. 1<sup>er</sup> L1915<sup>5</sup>.

---

cerne toute modification importante du patrimoine actif et passif intervenue après la date de l'établissement du projet de scission. Aux fins du premier alinéa, b), l'article 295, paragraphes (2), (3) et (4), ainsi que l'article 296 sont applicables ».

<sup>1</sup> Art. 291 § 3 L1915 : « (1) La scission requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés participant à la scission et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou parts. Cette décision requiert les conditions de quorum, de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts. (2) Dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés coopératives, le droit de vote des associés est proportionnel à leur part dans l'avoir social et le quorum de présence se calcule par rapport à l'avoir social ».

<sup>2</sup> Art. 291 § 5 L1915 : « S'il existe plusieurs catégories d'actions, titres ou parts, représentatifs ou non du capital, et que la scission entraîne une modification de leurs droits respectifs, l'article 68 est applicable ».

---

<sup>3</sup> Art. 297 § 2 L1915 : « Dans la mesure où un créancier ou un obligataire de la société scindée n'a pas eu satisfaction de la part de la société à laquelle l'obligation a été transférée conformément au projet de scission, les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement pour cette obligation. La responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires est toutefois limitée à l'actif net attribué à chacune d'entre elles ».

<sup>4</sup> Art. 302 L1915 : « (1) La scission n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication faite conformément (Loi du 27 mai 2016) «aux dispositions du chapitre V bis du titre 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises » pour chacune des sociétés participant à la scission. (2) Toute société bénéficiaire peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la société scindée ».

<sup>5</sup> Cour 19 janv. 2005, n° 28 452, *Bull. Barreau* 2005, p. 67.

[564] **Régime fiscal**<sup>1</sup>. — La scission présente le même intérêt économique que la fusion. En droit commun fiscal, la scission serait traitée défavorablement, comme une dissolution de la société apporteuse avec imposition des plus-values latentes. Afin de faciliter ce type de réorganisation, ou mieux, afin d'éviter que la fiscalité ne devienne un empêchement aux opérations de scission, celle-ci bénéficie du même régime de faveur que la fusion, sous certaines conditions.

Le régime de faveur dit de la « *neutralité fiscale* » est limité aux scissions intervenant entre deux *sociétés de droit luxembourgeois*, ce qui exclut l'hypothèse de scissions internationales, sauf si la société luxembourgeoise préserve un établissement stable au Luxembourg suite à la scission. Ce n'est que dans ce cas, en effet, que le pouvoir d'imposition luxembourgeois sur les plus-values existant au jour de la scission pourra être sauvegardé. Pour les mêmes raisons, les biens doivent être transférés et être *repris à la valeur comptable* par les sociétés bénéficiaires. Enfin, la scission n'est fiscalement favorisée que si les sociétés bénéficiaires émettent exclusivement des titres sociaux aux anciens associés de la société scindée (ayant disparu suite à la scission). Il est donc exclu qu'une *soulte* ne soit versée. Peu importe, en revanche, la composition des avoirs transférés aux diverses sociétés ; le régime de la neutralité fiscale sera accordé, peu importe que chaque société bénéficiaire reçoive ou non une *partie autonome d'entreprise*.

<sup>1</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

## B. LES APPORTS PARTIELS D'ACTIF<sup>2</sup>

La loi connaît encore le « *transfert du patrimoine professionnel* » (art. 308 bis-6 et s. L1915)<sup>3</sup>. Concept importé du droit suisse, le transfert de patrimoine permet aux entreprises de transmettre tout ou partie de leurs actifs et passifs expressément inventoriés à une autre entité. Le transfert de patrimoine permet aussi de constituer une filiale ou un joint-venture (par apport en nature), par exemple. Lors de tels transferts, les conventions des parties en présence décideront si les associés impliqués perçoivent ou non des droits sociaux en guise de contreprestation. Dans le premier cas, l'opération se rapprochera de celle de la scission ; dans le second, on se trouvera plutôt dans la situation d'un apport partiel d'actifs.

Le transfert de patrimoine professionnel présente de nombreux points communs avec les opérations plus classiques de restructuration, à savoir la fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs. Ces quatre opérations permettent une succession à titre universel, en d'autres termes le transfert d'un patrimoine et de la totalité des droits et obligations qui le composent en un seul acte, sans que les formes régissant le transfert individuel des différents éléments patrimoniaux (inscription au registre foncier pour les immeubles, consentement du créancier pour la reprise des dettes, etc.) ne doivent être respectées. Quelque part, les dispositions relatives au transfert de patrimoine professionnel paraissent surabondantes eu égard aux dispositions déjà existantes en matière de restructuration des sociétés. Ceci explique également qu'il n'y soit guère recouru en pratique.

[565] **Définition et comparaison avec l'apport et la scission**. — L'apport partiel d'actif consiste à faire un apport en nature à une société nouvelle en contrepartie de titres sociaux émis (possibilité d'une soulte de 10%) par la nouvelle société au profit de la société apporteuse (art. 308 bis-3 L1915)<sup>4</sup>. L'apport doit porter sur

<sup>2</sup> LE GALL, Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine, in : *Mélanges Jeantin*, Paris, 1998, p. 259 ; SPANG, Les restructurations d'entreprises, in : A. Prüm (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2008, p. 75 (92).

<sup>3</sup> Art. 308 bis-6 L1915 : « Les sociétés, les groupements d'intérêt économique et les personnes physiques peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine professionnel avec actifs et passifs à un autre sujet de droit dans le cadre d'une affectation professionnelle. (...) ».

<sup>4</sup> Art. 308 bis-3 L1915 : « L'apport d'une branche d'activités est l'opération par laquelle une société transfère, sans disso-

une « *branche d'activités* », définie, par analogie au droit fiscal, comme « un ensemble qui, du point de vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens ».

Exemple : a) Apport par une société d'assurance de sa branche « vie », avec maintien des activités d'assurance non-vie dans la société procédant à la filialisation. b) Une participation, voire même tout un portefeuille de participations, ne constituant qu'un mode d'exercice du droit de propriété, le transfert de participations ne constituera jamais une branche d'activité, même si la société transféreuse entend ainsi séparer son « activité de holding de son activité commerciale ou industrielle ».

Intellectuellement, l'apport partiel d'actif est nettement différent de la fusion-scission, et se rapproche davantage de l'opération classique d'apport. Pratiquement, l'opération a cependant des conséquences analogues. L'opération se présente comme un simple apport, non pas d'un bien isolé, mais d'un ensemble, d'une branche d'activité, alors que la société apporteuse conserve et sa personnalité et ses autres exploitations. Il s'agit en fait d'une *filialisation d'activités* antérieurement exercées par la société apporteuse : groupe sidérurgique qui transfère ses activités opérationnelles à sa filiale nouvellement créée et qui se cantonne dorénavant dans un rôle de holding ; etc. Le procédé peut être utilisé, par exemple, soit par des entreprises importantes qui veulent rationaliser leur production, soit, éventuellement, par des sociétés familiales qui souhaiteraient faire « sortir » des biens du patrimoine d'une

---

lution, à une autre société d'une branche de ses activités ainsi que les passifs et les actifs qui s'y rattachent, moyennant une rémunération consistant en actions ou parts de la société bénéficiaire de l'apport. La société qui apporte une branche d'activités à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles 285 à 308, hormis l'article 303. Dans ce cas, l'apport entraîne de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et des passifs qui s'y rattachent. Constitue une branche d'activités un ensemble qui, du point de vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens ».

société à activité commerciale disposant en outre d'un patrimoine immobilier locatif.

À la différence de la scission, l'apport partiel d'actif n'entraîne *pas de dissolution de la société apporteuse* : celle-ci survit, seul son patrimoine étant modifié, la branche apportée étant remplacée par les actions (parts) de la société bénéficiaire. Ainsi, une société qui apporte à une autre société les actifs nécessaires à l'exploitation reçoit en contrepartie des droits sociaux de la société bénéficiaire dont elle devient, elle-même, associée. La *société bénéficiaire* procède à une augmentation de capital ou est créée à cette fin. Les règles relatives aux apports en nature s'appliqueraient donc (v. n° [93]).

La décision de faire l'apport partiel d'actif relève de la compétence des *dirigeants de l'apporteuse*. Ils souscriront également pour compte de la société apporteuse au capital social de la nouvelle société. Sauf s'ils sont destinés à être recédés à court terme, généralement aux associés et actionnaires, les titres sociaux remis à l'apporteuse feront partie de son actif immobilisé, car ils seront détenus à long terme. Les règles relatives aux apports en nature s'appliquent évidemment en ce qui concerne la nouvelle société (v. n° [93]).

Les associés de l'apporteuse *ne reçoivent pas de droits sociaux*, car ceux-ci sont remis à la société réalisant l'apport. Mais l'opération peut être prolongée en direction de ces associés, car la société apporteuse peut ensuite céder les titres reçus à ses propres associés. Ainsi, si elle ne désire pas conserver en portefeuille les titres reçus, la société peut, par voie de réduction de capital et/ou de distribution de dividendes, les distribuer par la suite à ses associés (sur les réductions du capital, v. n° [494]).

**[566] Régime optionnel des scissions.** — À s'en tenir à ce schéma, il n'y aura normalement *pas de transmission universelle de « patrimoine »*, en ce sens que la société initiale, sauf conventions particulières (délégation, novation, etc.), reste seule engagée à l'égard des créanciers pour les dettes nées de l'activité antérieure à la cession. Il faudra donc signifier au débiteur cédé le

transport des créances comprises dans l'apport partiel d'actif (art. 1690 C.civ.)<sup>1</sup>.

Depuis la loi du 23 mars 2007, il est cependant également possible aux sociétés concernées de placer l'opération sous le régime de la scission, ce qui facilite grandement l'opération en raison du transfert automatique des actifs et passifs de la société, ainsi que des contrats en cours (art. 308 bis-3 L1915)<sup>2</sup>. Si elle est exercée, cette option opère de plein droit, comme en matière de scission, une transmission universelle des biens, droits et obligations dépendant de la branche d'activité transférée. L'application du régime des scissions n'étant pas automatique, les sociétés participantes doivent manifester leur volonté de placer l'opération sous ce régime. Pratiquement, cela consiste à faire mention de l'exercice de l'option dans le projet de cession et dans l'acte de cession ; ces actes doivent dans ce cas être établis par actes notariés et être publiés au RESA (art. 308 bis-5 L1915). Lorsque les sociétés décident d'exercer l'option, elles doivent garder en vue que l'opération devra, du coup, respecter l'intégralité des règles applicables aux scissions : projet d'apport partiel d'actif, désignation d'un expert indépendant, résolutions des assemblées générales des sociétés apporteuse et bénéficiaire des apports, droit d'opposition des créanciers. L'exercice de l'option protège donc davantage les associés de la société apporteuse qui, autrement, ne seraient pas consultés. Mais en contrepartie,

il y a transfert universel des droits, biens et obligations pour la branche d'activité apportée. Il faut donc peser le pour et le contre de l'alternative.

**[567] Scission partielle.** — La pratique fiscale luxembourgeoise a depuis longtemps déjà dégagé une forme supplémentaire d'apport partiel d'actif (une « *scission partielle* »). Elle consiste à voir une société faire apport d'une partie de ses avoirs en contrepartie de titres sociaux émis par la société bénéficiaire aux associés de la société apporteuse. Ce qui distingue toutefois cette forme de réorganisation sociétaire de l'apport partiel classique, c'est le fait que les titres sociaux nouvellement émis sont directement remis aux associés de la société apporteuse sans que celle-ci ne soit dissoute pour autant. Tout se passe en fait comme si la société apporteuse faisait une cure d'amaigrissement, en transférant une partie de ses avoirs à une société nouvelle, tout en continuant ses activités dorénavant réduites.

La loi sur les sociétés commerciales en matière de scission ne traitant traditionnellement pas de la scission partielle, la scission partielle devait être décomposée en ses différentes étapes : une réduction de capital de la société apporteuse par remboursement en nature des associés ; un apport en nature subséquent par les associés de l'apporteuse à une société nouvellement créée, contre émission d'actions ou de parts sociales nouvelles.

La scission partielle ne pouvait en effet être assimilée à un apport partiel au sens des articles 308 bis-1 L1915 et suivants. Dans la scission partielle, ce sont en effet les associés de la société scindée qui reçoivent les droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport partiel. Il en va différemment, cependant, de l'apport partiel où c'est la société apporteuse qui reçoit elle-même les droits sociaux. Le renvoi aux dispositions de la scission, opéré à l'article 308 bis-3 L1915, en autorisant les sociétés concernées « de soumettre l'opération aux dispositions des articles 285 à 308 » n'a d'autre but et effet que de permettre aux sociétés de transmettre une universalité partielle sans l'accord des cocontractants, comme en matière de scission. Mais à défaut de voir les nouveaux droits sociaux directement émis aux associés de la société apporteuse, les dispositions en matière d'apport partiel (art. 308 bis-1 et s. L1915) ne couvrent pas la scission partielle. Elle n'était donc pas réglée en droit des sociétés.

<sup>1</sup> Art. 1690 C.civ. : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut également être saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur. La notification et l'acceptation du transport s'effectuent soit par un acte authentique, soit par un acte sous seing privé. Dans ce dernier cas, si un tiers conteste la date de la notification ou de l'acceptation du transport, la preuve de cette date peut être rapportée par tous les moyens ».

<sup>2</sup> L'option pour l'application du régime de la scission permet p.ex. d'éviter à devoir procéder aux formalités posées par l'article 1690 C.civ. en matière de signification des créances au débiteur cédé : Cass. 14 mars 2013, *JTLux.* 2013, p. 126.



La loi du 23 mars 2007<sup>1</sup> a heureusement comblé cette lacune en permettant aux sociétés de transférer tout ou partie de leur « patrimoine professionnel » à une autre société contre émission de droits sociaux directement aux associés de la société apporteuse (art. 308 bis-6 L1915). La société opérant le transfert sera toutefois solidairement tenue pendant trois ans vis-à-vis de ses anciens créanciers qu'elle aura transférés à la société bénéficiaire de l'apport (art. 308 bis-11 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>.

**[568] Régime fiscal.** — L'apport partiel d'actif ainsi que la scission partielle sont en principe traitées comme des scissions. Cela se traduit par une *imposition immédiate des plus-values latentes*. Mais la société apporteuse peut également opter pour le régime de la *neutralité fiscale*. Dans ce cas, elle bénéficie d'un *sursis d'imposition*, aux mêmes conditions que les sociétés scindées. À une nuance près : outre le fait que l'apport partiel doit constituer en une *branche autonome d'entreprise*, la société apporteuse doit elle aussi garder une telle branche autonome d'entreprise. Il faut donc deux branches autonomes d'entreprise dans la société faisant l'apport ; l'une sera apportée, l'autre sera maintenue au sein de l'entreprise existante.

---

<sup>1</sup> Mém. A n° 46 du 30 mars 2007, p. 816.

<sup>2</sup> Art. 308bis-11 al. 1<sup>er</sup> L1915: « Le sujet transférant reste solidairement obligé pendant trois ans avec le sujet reprenant de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine. (...) ».

<sup>3</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.



## CHAPITRE 3 LA CRÉATION DE GROUPES DE SOCIÉTÉS<sup>1</sup>

[569] **Définition.** — À défaut de définition juridique, le groupe de sociétés est généralement assimilé à un ensemble de sociétés qui, tout en étant juridiquement distinctes, se trouvent cependant liées les unes aux autres de telle sorte que l'une d'entre elles, qualifiée de « société dominante », est en mesure d'imposer, en fait ou en droit, une unité de décision aux autres composantes du groupe qui se trouvent ainsi dans la situation de « sociétés dominées »<sup>2</sup>. Le groupe conjugue donc l'*indépendance juridique* avec la *dépendance économique*. Le critère essentiel du groupe est le pouvoir unique de direction. Celui-ci repose lui-même, la plupart du temps, sur les liens en capital existant entre la société dominante et les sociétés dominées.

Il n'en reste pas moins que la notion de « groupe de sociétés » est ambiguë. Le groupe n'a en effet pas la personnalité morale, *pas d'existence juridique propre* : vouloir étudier le droit des groupes de sociétés revient à unifier ce que les associés ont manifestement voulu garder dissocié. L'ambiguïté vient encore du fait que l'existence du groupe est invoquée dans un esprit

<sup>1</sup> ARENDT, Le groupement d'entreprises au Luxembourg, *Bulletin de l'Association des juristes européens*, 1965, p. 65 ; EOD., Rapport luxembourgeois, in : Richemont, *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*, Paris, 1971, p. 160 ; BEZARD/DABIN/ECHARD/ JADAUD/SAYAG, *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Paris, 1975 ; OOSTVOGELS/BOONE, De l'intérêt social à l'intérêt de groupe en droit des sociétés : perspectives luxembourgeoises, in : ALJB, t. 3, p. 1037 ; PARIENTE, *Les groupes de sociétés*, Paris, 1993 ; SPANG, Vers un droit des groupes de sociétés ?, ALJB, t. 3, p. 1069 ; ALTER et varii, *Droit des groupes de sociétés. Questions pratiques*, Bruxelles, 2013 ; BRÛLS et alii, *Les multinationales. Statut et réglementation*, Bruxelles, 2013.

<sup>2</sup> Pour une définition différente quoique similaire en substance : OOSTVOGELS/BOONE, De l'intérêt social à l'intérêt de groupe en droit des sociétés : perspectives luxembourgeoises, in : ALJB, t. 3, p. 1037.

radicalement opposé tantôt par les sociétés elles-mêmes, tantôt par les tiers, tantôt par les partenaires sociaux. La société dominante va l'invoquer afin de justifier par là des opérations qui sont intrinsèquement contraires à l'intérêt social de la société dominée. Au contraire, les tiers vont invoquer le groupe afin d'obliger la société dominante à subvenir aux difficultés financières de la société dominée avec laquelle ils ont contracté. De manière générale, il faut retenir que seules les sociétés faisant partie d'un groupe sont des sujets de droit, le groupe en lui-même n'ayant pas d'existence juridique. C'est ce qui permet de distinguer par exemple le groupe de sociétés des sociétés fusionnées. Il en résulte une imperméabilité juridique de principe entre les sociétés d'un groupe.

[570] **Typologie des groupes de sociétés.** — Il est possible de distinguer les groupes selon leur vocation et leur structure<sup>3</sup>.

La typologie reposant sur la *vocation* distingue trois catégories de groupes : industriels, financiers et personnels.

- On attribue le nom de *groupe industriel* à un groupe dont la société dominante exerce une activité industrielle ou commerciale. C'est le groupe de sociétés auquel l'on pense le plus souvent en parlant de groupes, car la plupart des groupes se sont constitués progressivement en prenant de l'ampleur, en filialisant certaines de leurs activités, etc.
- Le *groupe financier* est celui où la société dominante est une société holding limitant son activité à la seule détention de participations financières. Les groupes financiers sont plus nombreux qu'on ne pourrait le penser *a priori*, car il existe une forte propension pour les groupes industriels, lorsqu'ils ont atteint une certaine maturité et taille, à se transformer en groupes financiers (ex. ARCELOR).
- Le *groupe personnel*, enfin, est constitué par un

<sup>3</sup> Comp. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, 1962, n° 276 et s.

ensemble de sociétés dont l'unité de décision résulte d'une communauté d'associés ou de dirigeants. On peut penser aux entreprises où une société immobilière est propriétaire des locaux, qu'elle donne en location à une société en commandite simple dont le commandité est une société à responsabilité limitée. Le schéma peut être compliqué à loisir (avec des sociétés additionnelles pour la distribution des produits, etc.). Toujours est-il que toutes ces sociétés sont contrôlées par les mêmes associés.

La typologie reposant sur la *structure* distingue elle aussi plusieurs types de groupes.

- D'abord le *groupe pyramidal*, c.-à-d. celui où la société dominante détient des participations dans un certain nombre de filiales qui elles-mêmes ont des participations dans d'autres filiales, les sous-filiales, et ainsi de suite. La détention des participations est « en cascade ».
- Le groupe de type « *râteau* », « *radial* » ou à la japonaise est celui où la société dominante détient directement elle-même toutes les participations dans les filiales qui restent financièrement isolées les unes des autres.
- Le *groupe de type circulaire* est celui où la société dominante participe au capital d'une filiale qui détient elle-même une participation dans une troisième société et ainsi de suite, la dernière société étant elle-même présente dans le capital social de la société dominante.

Il est bien sûr possible de combiner toutes ces variantes pour en faire un *groupe de type complexe*.

[571] **Utilité des groupes de sociétés.** — Les groupes de sociétés présentent un intérêt économique indéniable car ils permettent de réaliser une concentration des entreprises sans pour autant devoir recourir aux fusions. La concentration sera tantôt *verticale*, par voie de regroupement des activités intervenant de manière successive dans un même processus de production.

Exemple : La société pétrolière regroupant non seulement les activités de production, mais également de raffinage et de

distribution.

Elle sera parfois *horizontale*, par voie d'intégration d'activités complémentaires au même stade de production.

Exemple : La société de véhicules automoteurs privés formant un groupe avec une société fabriquant des camions.

Elle pourra encore être *conglomérale*, par voie de regroupement d'activités diversifiées ne présentant que peu de liens entre elles.

La constitution d'un groupe de sociétés, sous la forme de la filialisation d'entreprises, n'est pas la seule voie possible lorsqu'il s'agit d'élargir l'éventail des activités existantes. Il est tout à fait possible pour une société d'arriver au même résultat dans le cadre d'une *structure juridique unitaire* : plutôt que de créer ou d'acquérir des filiales, la société s'engage dans de nouvelles activités au sein même de l'entreprise en créant de nouveaux départements ainsi que des succursales. La structure unitaire présente l'avantage certain des économies de coûts administratifs, car il n'y a plus qu'une seule société à gérer. Elle assure également une plus grande unité de gestion, toutes les décisions concernant l'ensemble des activités de la société étant prises par les mêmes personnes. Enfin, l'exercice des différentes activités au sein de la même entité juridique aboutit à une consolidation fiscale des résultats des différentes branches, le bénéfice fiscal de la société étant déterminé au niveau de la société mère et non pas de ses différentes composantes.

D'un autre côté, et ces avantages sont souvent jugés décisifs, la constitution d'un groupe de sociétés *réduit les risques financiers pour les actionnaires*, car tous les œufs ne sont plus mis dans le même panier. L'existence de filiales distinctes de la société mère permet en principe de limiter l'obligation aux dettes, société par société. La constitution de groupes de sociétés permet ainsi la prise de risques dans un secteur particulier sans que cela n'engage du même coup l'ensemble des intérêts du groupe. Par ailleurs, la filialisation est un *facteur de spécialisation* : elle facilite le contrôle de l'activité des diverses branches et de leurs résultats, tout en rendant

la gestion plus souple et décentralisée.

Les groupes peuvent être classés en deux grandes catégories, selon qu'ils sont basés sur une détention capitalistique (section 1) ou non (section 2).

### Section 1. Les groupes capitalistiques

La loi de 1915 sur les sociétés commerciales comprend naturellement un certain nombre de dispositions qui intéressent les différentes manières donnant naissance à un groupe de sociétés (§ 1). Réalité avant tout économique, le groupe de sociétés, une fois constitué, fonctionne selon une logique qui lui est propre (§ 2). L'intérêt du groupe pouvant ne pas coïncider avec l'intérêt de la société qui en est membre, le droit a créé un certain nombre de dispositions protectrices dans l'intérêt des différentes parties prenantes (§ 33).

#### § 1. LA CONSTITUTION DU GROUPE

[572] **Présentation.** — Un groupe de sociétés se compose toujours de plusieurs sociétés : une société-mère et des sociétés qui lui sont rattachées. Celles-ci sont appelées « filiales » ou « participations » (A). Ces filiales et participations peuvent être constituées par la société-mère, suite à une filialisation de ses activités, tout comme elles peuvent être le résultat d'une prise de contrôle de sociétés extérieures par la société-mère. La filialisation sera étudiée dans les chapitres consacrés aux opérations de réorganisation des sociétés. Seule nous intéressera ici la prise de contrôle, une distinction essentielle étant à faire en la matière, selon que la prise de contrôle s'effectue sur des titres cotés (B) ou non cotés (C).

#### A. LES MEMBRES DU GROUPE

[573] **Filiale.** — La filiale est une entité juridique distincte de la société mère mais placée sous son con-

trôle<sup>1</sup>. Une société est une filiale d'une autre, de la société mère, si elle se trouve sous son contrôle. Le contrôle est défini comme suit à l'art. 309 al. 1<sup>er</sup> L1915 : une société est une filiale d'une autre société si cette dernière « a) a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une entreprise, ou b) a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise et est en même temps actionnaire ou associé de cette entreprise, ou c) est actionnaire ou associé d'une entreprise et contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette entreprise, la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci. »).

Le a) renvoie au contrôle de droit, les b) et c) au contrôle contractuel. On constate que le *contrôle de fait* résultant de la simple nomination, dans les faits, sur une certaine période, des dirigeants n'est pas pertinent pour délimiter le cercle des filiales.

Le *contrôle de droit* résulte de la détention de la majorité des droits de vote dans une autre société. Cette détention peut être directe comme indirecte, la loi assimilant à une détention directe les droits de vote détenus indirectement, via une autre société (art. 310 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. Le choix de ce pourcentage trouve son explication dans le fait qu'une détention de plus de 50% des droits de vote assure à l'associé la maîtrise des assemblées ordinaires d'associés. On remarquera que la loi fait abstraction d'autres critères que l'on aurait pu

<sup>1</sup> Art. 309 § 2 L1915 : « Pour les besoins de la présente section, la société détentrice des droits énoncés au paragraphe (1) est désignée par société mère. Les entreprises à l'égard desquelles les droits énoncés sont détenus sont désignées par entreprises filiales ».

<sup>2</sup> Art. 310 § 1<sup>er</sup> : « Pour l'application de l'article 309 paragraphe (1) les droits de vote de nomination ou de révocation de la société mère doivent être additionnés des droits de toute entreprise filiale ainsi que de ceux d'une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société mère ou de toute autre entreprise filiale ».

penser pertinents, telles que la durée de détention des titres ainsi que l'intention qui a suscité l'acquisition de ces titres.

Le *contrôle contractuel* sera démontré si la société mère se trouve dans une situation analogue à celle existant en cas de contrôle de droit, en vertu de clauses statutaires ou de conventions extrastatutaires. Ce contrôle pourra résulter du fait qu'une société a le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe de gestion, si le contrôle de l'entité est exercé par cet organe (art. 309 § 1<sup>er</sup> a L1915). Alternativement, le contrôle contractuel résultera du pouvoir sur plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord avec d'autres associés (art. 309 § 1<sup>er</sup> b L1915).

La *filiale commune* est une forme particulière du groupe de sociétés, caractérisée par l'existence d'une participation égalitaire entre deux associés, souvent eux-mêmes deux groupes de sociétés concurrents ou complémentaires. La holding, souvent constituée au Luxembourg, notamment pour des raisons fiscales, regroupe alors à parts égales les deux associés, la holding détenant elle-même les filiales des deux groupes, souvent en raison d'apports faits à la holding. La technique juridique d'organisation des filiales communes est, la plupart du temps, délicate, aucun des deux associés ne voulant se retrouver dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'autre, dans une situation de minorité. D'un autre côté, il est essentiel d'éviter les blocages, risque d'autant plus réel que chaque associé détient 50% de la holding commune. Dans une telle situation, il n'existe guère d'autres solutions que de recourir à la voie juridiquement fragile de la convention de vote, dans laquelle se trouvent fixés les objectifs et les modalités de la collaboration commune (v. n° [337] et s.).

**[574] Entreprises liées et participations.** — La distinction entre les « filiales » et les « entreprises liées » n'est pas facile à tracer, les pouvoirs publics n'aidant pas en la matière.

C'est ainsi que le règlement grand-ducal du 16 mars 2005

portant adaptation de la définition des micro-, petites et moyennes entreprises indique en son article 4 § 3 que : « Sont considérées comme entreprises liées les entreprises qui entretiennent entre elles l'une ou l'autre des relations suivantes: a) une entreprise a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une autre entreprise; b) une entreprise a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise; c) une entreprise a le droit d'exercer une influence dominante sur une autre entreprise en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci; d) une entreprise actionnaire ou associée d'une autre entreprise contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette autre entreprise, la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci. »

L'art. 340ter n° 11 L1915 définit les « entreprises liées » en renvoyant à l'art. 344 § 1<sup>er</sup> L1915 qui se lit comme suit : « Les entreprises entre lesquelles existent les relations visées à l'article 309 § (1), ainsi que les autres entreprises qui sont dans une telle relation avec une des entreprises ci-avant indiquées sont des entreprises liées (...) ». On peut en déduire que les filiales sont des entreprises liées. Ainsi que toute autre entreprise qui se trouverait « dans une telle relation », c.-à-d. dans une situation de filiale. On tourne donc en rond. Le § (1bis de ce même article indique toutefois que : « L'expression «partie liée» a le même sens que dans les normes comptables internationales adoptées conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement Européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales ». Ce renvoi en cascade implique que toute société faisant partie du même groupe sur le plan de la consolidation comptable est une société liée par rapport à toutes les autres sociétés du groupe.

Exemple : Si SM détient les filiales A (100%) et B (60%), A et B seront des entreprises liées, car elles font partie du groupe comptable de SM.

La « participation » est définie par rapport à un double critère (art. 41 L19.12.2002)<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Art. 41 L19.12.2002 : « Au sens du présent chapitre, on entend par participations des droits dans le capital d'autres

- les droits sociaux détenus doivent créer « *un lien durable* » entre les deux sociétés. Il faut donc déterminer s'il est dans l'intention de la société-actionnaire de détenir sur le long terme les droits sociaux ;
- les droits sociaux ainsi détenus doivent également être « *destinés à contribuer aux activités de la société* ». Un simple placement financier dans un souci de rendement ne suffit donc pas ; il faut que la détention des droits sociaux s'inscrive dans une logique d'ordre économique, où la société-actionnaire entend pouvoir retirer des avantages divers (ex. : de nouveaux débouchés commerciaux) de la détention de ses droits sociaux.

À titre de *présomption simple*, la détention d'une fraction de capital de 20% au moins est supposée constituer une participation. Comme la filiale commence à partir d'une détention de 50%, la participation est donc normalement située entre 20% et 50%. A contrario, la détention de moins de 20% du capital d'une autre société ne constitue qu'un simple placement, fût-il à long terme. Cependant, les textes ne sont pas toujours précis sur le sujet, notamment en ce qui concerne la distinction entre les filiales et les participations : les textes parlent parfois de « participation majoritaire », ce qui implique que la société soit une filiale.

**[575] Société « holding ».** — La société holding vient de l'anglais, du mot « *to hold* »<sup>1</sup>, tenir, posséder. En conséquence, la *société holding* peut être définie comme étant la société tête de groupe dont l'activité se cantonne à la détention de droits sociaux dans les sociétés sur la gestion desquelles elle entend exercer son entreprise.

---

entreprises, matérialisés ou non par des titres, qui, en créant un lien durable avec celles-ci, sont destinés à contribuer à l'activité de l'entreprise. La détention d'une partie du capital d'une autre société est présumée être une participation lorsqu'elle excède vingt pour cent ».

<sup>1</sup> Les Allemands parlent souvent, non sans humour, de « *Hohlding* » (« chose creuse »).

La société holding a d'abord et avant tout une activité de détention de filiales. Mais cela ne doit pas nécessairement constituer son objet exclusif. Parfois, la société holding exerce également une activité commerciale ou industrielle accessoire, en sus de ses activités de gestion des filiales. Souvent également, les sociétés holding assurent, outre leurs activités de détention des filiales, des rôles de financement au profit de leurs filiales.

Un holding détient toujours une ou plusieurs filiales. La société holding ainsi définie se distingue de la *société de portefeuille*, qui ne fait que du placement financier.

Ces définitions et distinctions sont à rapprocher de la définition qui était donnée par la *loi du 29 juillet 1929* aux sociétés de participations financières (« *holding companies* », afin de les faire bénéficier d'un régime fiscal de faveur : « Sera considérée comme société holding, toute société luxembourgeoise qui a pour objet exclusif la prise de participations sous quelque forme que ce soit, dans d'autres entreprises luxembourgeoises ou étrangères et la gestion ainsi que la mise en valeur de ces participations, de manière qu'elle n'ait pas d'activité industrielle propre et qu'elle ne tienne pas un établissement commercial ouvert au public ». La société holding 1929 n'était donc pas une forme sociétaire à part, toutes les sociétés à risque limité pouvant opter pour ce régime fiscal privilégié. Il fallait et il suffisait que l'objet social de la holding 1929 respecte l'objet social imposé par le législateur : la détention et la mise en valeur de participations (sous-entendu : les participations peuvent également être majoritaires). Même si cet objet est purement civil, les tribunaux commerciaux seront néanmoins compétents en matière de litige, car la société holding sera commerciale de par sa forme juridique.

Suite à l'abrogation de la loi sur les sociétés holding 1929, il ne reste plus que l'article 31 § 2 de la loi de 2002 sur le Registre du commerce pour définir les sociétés holdings, sous leur nom francisé de « sociétés de participation financière » : il s'agit « des sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés. »

La société holding apporte un avantage d'efficacité sur le plan de la gestion et un avantage de souplesse au point de vue des évolutions de structure. Elle permet notamment une concentration pyramidale du pouvoir dans un groupe de sociétés et constitue un intéressant instrument de transmission. À ces avantages au niveau

de la gestion s'ajoutent des attraits fiscaux : la remontée des dividendes vers la société mère s'effectue souvent sans « frottement » fiscal (pas de retenue à la source dans le chef de la filiale, pas d'imposition du dividende au sein de la société mère) ; par ailleurs, les plus-values de cession des filiales s'effectuent, la plupart du temps, en exonération d'impôts (v. n° [599]). Il existe en fait deux types de sociétés holding :

- les *sociétés holding passives*, qui se contentent uniquement de détenir des participations dans d'autres sociétés ;
- les *sociétés holding actives*, qui, en plus de ce qui a été précisé juste avant, fournissent des services à leurs filiales.

Contrairement à la France où la *validité de la société holding* a pu être contestée pendant un certain temps<sup>1</sup>, la légalité de la société holding a toujours été admise au Luxembourg<sup>2</sup> et a même été expressément consacrée dans une loi (il est vrai à caractère fiscal) en 1929. La loi de 1929 constitue un bel exemple de la prise en compte par les pouvoirs publics des besoins du monde économique. Mais la Commission de Bruxelles a sonné le glas, en 2006, des sociétés holding 1929 : leur régime fiscal axé essentiellement sur des exonérations dérogatoires au droit commun de la fiscalité des entreprises n'ayant pas passé le cap du régime des aides d'État, le législateur luxembourgeois a dû abroger la législation à la fin d'une période transitoire se terminant au 31 décembre 2010. La Société de gestion de Patrimoine Familial (« SPF ») instituée par une loi de 2007 a pour vocation de servir de véhicule d'investissement de remplacement.

<sup>1</sup> V. Cass. com. (France) 24 févr. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 213, note P. LE CANNU. L'arrêt confirma pour la première fois, dans une affaire célèbre, dite affaire *Lustucru c. Rivoire et Carret*, l'absence de fictivité de la société holding.

<sup>2</sup> Pars pro toto Bernard DELVAUX, *Les Sociétés « Holding » au Grand-Duché de Luxembourg*, Paris, 1953.

## B. L'ACQUISITION DE TITRES COTÉS

L'action de titres cotés peut s'effectuer par voie de ramassage en bourse, par une offre publique d'achat ou d'échange ou par l'acquisition d'un bloc de contrôle. Les contraintes juridiques entourant chacun de ces procédés sont variables.

[576] **Le ramassage en bourse.** — Le ramassage en bourse consiste à acquérir progressivement, voire à augmenter sa participation dans une société cotée en bourse, en procédant à des achats de titres individuels. Ce procédé n'est pas réglementé mais contient certaines limites :

- il n'est que difficilement réalisable lorsqu'il porte sur un nombre important de titres ;
- il perd rapidement son caractère anonyme, car il impose rapidement à celui qui le pratique de se dévoiler, lorsque certains pourcentages de détention se trouvent atteints.

### 1. L'OFFRE PUBLIQUE D'ACHAT

[577] **Utilité et variété de l'OPA**<sup>3</sup>. — L'offre publique d'achat consiste à ce qu'une personne fasse connaître publiquement son intention d'acquérir les titres d'une société cotée en bourse à un prix déterminé d'avance et payable en espèces. Traditionnellement, on distinguait selon que le prix était payable en espèces (on parlait alors d'offre publique d'achat ou d'« OPA ») ou en actions (« Offre publique d'échange » ou « OPE »). Les règles juridiques concernant les OPA et les OPE ayant été fusionnées, l'OPA regroupe maintenant tant les OPA au sens classique du terme que les OPE. D'origine anglo-saxonne (« *take-over bid* »), cette

<sup>3</sup> SCHUMMER, Les offres publiques d'achat – réglementation et pratique luxembourgeoises, ALJB vol. 3, p. 1185 (d'un point de vue historique) ; SCHMITT, Les offres publiques d'acquisition au Grand-Duché de Luxembourg (loi du 4 mai 2006), *J.T.* 2006 ; MAHER, Takeover bids in Luxembourg, *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 21, 2006, p. 553.



procédure, qui vise à obtenir le contrôle de la société cible, se voit généralement reconnaître un certain nombre d'avantages<sup>1</sup> :

- pour les entreprises : elles permettent de réaliser rapidement des opérations de restructuration et de concentration ;
- pour les actionnaires : l'offre se traduit généralement positivement sur le cours boursier, car l'offre publique, pour avoir des chances de succès, doit nécessairement proposer d'acquérir les actions de la société cible à un prix supérieur au cours boursier en vigueur au moment de l'offre ;
- pour tous les participants (au sens large) à la société : les risques d'offre publique obligent les sociétés à redoubler d'efforts, afin de ne pas devenir « opérables ».
- pour l'économie nationale : les offres publiques stimulent le marché boursier et contribuent à révéler la sous-évaluation de certaines valeurs.

La variété des OPA est plus grande qu'elle n'y paraît de prime abord.

Il faut ainsi distinguer les *offres publiques « amicales »* et les *offres publiques « sauvages »* : l'offre publique « amicale » est celle qui résulte d'une véritable négociation, tout du moins d'une acceptation par les dirigeants de la société cible des principes et modalités de l'opération (ex. : l'offre publique de Fortis sur la BGL) ; l'offre publique « sauvage » (p.ex. : l'offre publique de Mittal Steel sur Arcelor) est celle qui est mise en œuvre de façon soudaine et qui, par conséquent, rencontre souvent l'opposition des dirigeants de la société visée ; d'où la mise en place de moyens de défense destinés à contrecarrer ces OPA inamicales<sup>2</sup>.

Mais il faut également distinguer les OPA volontaires et les OPA obligatoires, car leur régime n'est pas entièrement le même. Les *OPA volontaires* sont celles où l'offrant décide librement de vouloir acquérir les titres de la société cible, en vue d'en obtenir le contrôle. Les *OPA obligatoires* sont celles où l'offrant, en raison du contrôle qu'il détient sur la société, se trouve obligé d'offrir aux actionnaires restants l'achat de leurs

titres.

**[578] Compétence de la CSSF.** — Une directive communautaire du 21 avril 2004 (directive 2004/25/CE) règle l'encadrement juridique des offres publiques portant sur des sociétés relevant du droit d'un État membre et dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé. Les offres publiques sont soumises à un contrôle par une autorité publique ou privée ; au Luxembourg, il s'agit de la Commission de surveillance du secteur financier (« CSSF »).

La compétence de la CSSF ne fait pas de doute, lorsque la société est de droit luxembourgeois et lorsque ses titres sont cotés à la bourse de Luxembourg. Mais dans un monde globalisé, ce scénario subit parfois d'importantes variantes : la société peut être cotée dans un État membre différent de celui qui la régit ; la cotation peut être multiple. Pour résoudre les conflits de lois, la directive (art. 4 § 2) retient un double rattachement, subjectif (la nationalité de la société caractérisée par son siège social) et objectif (le marché où ses titres sont cotés). En cas de dissociation des critères de rattachement, la directive fait prévaloir le critère du marché sur celui du siège. En cas de multi-cotation, on applique le critère temporel, en ce sens que l'autorité compétente est celle où la première cotation a eu lieu. Lorsque la multi-cotation est simultanée, ce sera la volonté de la société qui sera déterminante.

Lorsque la CSSF est l'autorité de contrôle, on s'attendrait normalement à ce qu'elle applique uniquement le *droit luxembourgeois*. Mais tel n'est pas nécessairement le cas, car il faut distinguer selon la *nature de la question* posée : lorsqu'elle porte sur des questions de droit des sociétés (p.ex. : pourcentage des droits de vote donnant le contrôle), le droit applicable sera celui gouvernant la société ; lorsqu'elle concernera plus spécifiquement le contenu de l'offre publique (p.ex. : le prix, la procédure d'offre, le document d'offre), les règles luxembourgeoises seront applicables. L'offre publique suppose donc une certaine coordination entre autorités d'États membres différents.

Transposée en droit luxembourgeois en mai 2006 (« L19.5.2006 »), la directive vise à offrir une plus grande sécurité juridique pour ce genre d'opérations, et cela au bénéfice de l'ensemble des personnes concernées (dirigeants, actionnaires, salariés, etc.). Elle s'articule autour de trois grands principes.

**[579] Transparence.** — Le premier principe est celui de la transparence. L'idée est que les actionnaires et le

<sup>1</sup> V. REFAIT, *Le rôle économique des offres publiques d'achat et d'échange*, Paris, 1992.

<sup>2</sup> VATINET, Les défenses anti-OPA, *RS* 1987, p. 539 ; LEE/CARREAU, Les moyens de défense anti-OPA en France, *Banque* 1990, p. 896, 1032.

marché doivent pouvoir s'exprimer en connaissance de cause sur les mérites de l'offre publique, sur la base du principe selon lequel *l'actionnaire est le seul juge du bien-fondé de l'offre*<sup>1</sup>. Il faut dès lors que les destinataires de l'offre disposent d'une *information suffisante* sur les conditions de celle-ci. C'est ainsi que la décision de lancer une offre publique doit être rendue publique sans délai après information de la CSSF des intentions de l'offrant (art. 6 al. 1<sup>er</sup> L19.5.2006). À cette fin également, l'offrant doit établir un document d'offre « contenant les informations nécessaires » pour que les actionnaires puissent prendre leur décision « en toute connaissance de cause » (art. 6 al. 2 L19.5.2006). Le *document d'offre* établi dans l'une des langues administratives du pays (en allemand, en français ou en luxembourgeois) ou en anglais doit au préalable être agréé par la CSSF. La loi fixe également le contenu minimal du document d'offre (art. 6 al. 3 L19.5.2006) qui doit porter sur l'identité de l'offrant, les actions visées par l'offre publique, la contrepartie offerte ainsi que les modalités de paiement et les sources de financement envisagées, les conditions auxquelles l'offre est subordonnée, pour ne citer que les plus importantes. L'offrant doit également indiquer ses intentions quant à l'impact que l'offre publique pourra avoir sur la société cible en termes d'activités, d'effectifs, car l'on sait que les fusions-acquisitions sont souvent accompagnées d'importantes restructurations. Après consultation des représentants du personnel, l'organe d'administration ou de direction de la société cible rend pareillement public son avis motivé sur l'offre, notamment quant aux conséquences que l'offre aura sur leur société si elle devait aboutir (art. 10 al. 5 L19.5.2006).

<sup>1</sup> HASCHKE-DOURNAUX, Normes européennes. L'adoption de la directive européenne relative aux offres publiques d'acquisition, *Petites Affiches* 26 avr. 2004, n° 83, p.10. Ceci explique également pourquoi le prix offert dans le cadre d'une OPA volontaire n'est pas à agréer par la CSSF, car le marché est mieux à même d'apprécier si le prix est attractif.

**[580]Protection des actionnaires: l'O.P.A. obligatoire**<sup>2</sup>. — Le second grand principe est celui de la protection des actionnaires. C'est ainsi que, si en principe le dépôt d'une offre publique est laissé à la libre appréciation de l'offrant, il en va différemment si ce dernier a obtenu, éventuellement ensemble avec des personnes agissant de concert avec lui, le contrôle de la société (art. 5(1) L19.5.2006). Il s'agit d'éviter qu'une personne puisse graduellement acquérir le contrôle d'une société, sans avoir à suivre la procédure des offres publiques, en achetant par-ci, par-là des titres en bourse (« *prise de contrôle rampante* »).

Ainsi donc, l'OPA devient obligatoire dès que le seuil de prise de contrôle se trouve franchi moyennant le respect des deux conditions cumulatives de l'article 5(1) L19.5.2006, en l'occurrence, l'acquisition et l'obtention du contrôle. L'acquisition peut prendre différentes formes: achat des titres auprès des détenteurs actuels des titres, bien sûr, mais également les autres modalités d'obtention des titres tels la souscription à une augmentation de capital, l'exercice de droits de souscription ou la conversion de titres convertibles, par exemple. L'origine du franchissement du seuil n'importe donc pas: fusions, franchissement temporaire, franchissement afin de sauver la société de la faillite,...

À cet égard, précisons que dans l'hypothèse où une restructuration d'une société se limite à un changement formel dans la situation de l'actionnariat, en d'autres termes, sans prise de contrôle sous-jacente, la CSSF a estimé que l'opération ne déclenche pas l'obligation de lancer une OPA dans le cadre de l'article 5(1) de la L19.5.2006.

Le pourcentage des droits de vote conférant le contrôle, tel que mentionné plus haut, ainsi que son mode de calcul, en application de l'article 5(3) de la L19.5.2006, sont fixés par la réglementation de l'État

<sup>2</sup> BOONE, La loi du 21 juillet 2012 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire de titres de sociétés admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé ou ayant fait l'objet d'une offre au public, *JurisNews* Vol. 5 n° 6/2012.

membre dans lequel la société visée a son siège social. Lorsque la société cible a son siège social au Luxembourg, ce pourcentage est fixé à 33 1/3% des droits de vote (art. 5(3) L19.5.2006). Dans ce cas, il est obligé de faire une offre (« *offre publique obligatoire* ») portant sur tous les titres de la société à un « *prix équitable* » (art. 5 (1) L19.5.2006). En raison du *principe de l'égalité de traitement*, tous les détenteurs de titres de la société cible visée qui appartiennent à la même catégorie doivent bénéficier d'un traitement équivalent. Le « *prix équitable* » sera le prix le plus élevé payé par l'offrant durant les douze mois précédant l'offre pour les titres de la société cible (art. 5 (4) L19.5.2006). La CSSF peut toutefois réviser ce prix vers le haut comme vers le bas, sur décision dûment motivée (manipulation des cours, événements exceptionnels, etc.).

Si l'actionnaire minoritaire se trouve ainsi protégé dans le cadre d'une possibilité de sortie du capital de la société cible, dans l'hypothèse de l'offre publique obligatoire, l'actionnaire très majoritaire peut, en sens inverse, se débarrasser des actionnaires minoritaires restants en les obligeant à lui vendre leurs titres. Cette disposition s'explique par le fait qu'une société détenant la quasi-totalité du capital social d'une société doit être en mesure de déployer sa politique industrielle, commerciale et financière au sein d'un groupe, ce qu'elle ne pourra faire utilement tant qu'elle devra compter sur la résistance d'actionnaires minoritaires. Cette possibilité du « *retrait obligatoire* » (ou « *squeeze out* »), à exercer dans les trois mois après la fin de la période d'acceptation de l'offre publique, s'applique lorsque l'offrant détient 95% au moins du capital social et des droits de vote de la société cible à la suite de l'OPA (art. 15 al. 2 L19.5.2006). Le retrait obligatoire ne sera pas ouvert si l'offrant détenait déjà le contrôle avant de lancer son offre. Le prix d'exercice du retrait obligatoire est le « *juste prix* » (art. 15 al. 5 L19.5.2006). Le « *juste prix* » est déterminé sous le contrôle de la CSSF mais variera en fonction de la nature de l'offre. En effet, il conviendra d'opérer une distinction en fonction du caractère de l'offre qui aura été obligatoire ou volontaire. En matière d'offre obliga-

toire, la contrepartie sera identique à celle de l'offre publique, mais l'actionnaire minoritaire doit également disposer de la possibilité d'un règlement en espèces (art. 15 al. 5 L19.5.2006), puisque des espèces doivent lui être proposées au moins à titre d'options. Il existe dans ce cas une présomption que la contrepartie de l'offre est présumée juste pour les titres. Par contre, en cas d'offre volontaire, la contrepartie sera présumée juste si l'offrant a ainsi pu acquérir 90% au moins du capital social assorti de droits de vote de la société cible.

Dans le même sens, l'actionnaire minoritaire bénéficiera d'un droit de retrait (ou « *reverse squeeze out* »), en ce sens qu'il pourra obliger l'offrant de racheter ses titres (« *rachat obligatoire* », art. 16 L19.5.2006) dans les mêmes circonstances et au même prix que dans l'hypothèse du retrait obligatoire. Cette sortie de l'actionariat est à la fois dans l'intérêt de la société, pour les motifs déjà invoqués en matière de retrait obligatoire, et dans celui de l'actionnaire minoritaire, qui, la plupart du temps, verra ses intérêts personnels sacrifiés au profit de ceux de l'actionnaire majoritaire. Aussi s'applique-t-elle plus tôt que l'hypothèse du retrait obligatoire, en ce que les actionnaires minoritaires peuvent obliger l'actionnaire majoritaire de racheter leurs actions dans la société, si l'actionnaire majoritaire détient 90% au moins des droits de vote dans la société.

**[581] Prohibition des mécanismes de protection anti-O.P.A.** — Le troisième grand principe est la conception libérale sous-tendant le régime des offres publiques. Celles-ci étant jugées intrinsèquement positives, l'actionnaire ne doit pas être frustré dans ses choix par des *mécanismes de protection anti-O.P.A.* ou l'hostilité de l'équipe dirigeante de la société cible. C'est ainsi que l'article 10 al. 2 L19.5.2006 établit le principe que « l'organe d'administration ou de direction de la société visée doit obtenir une autorisation préalable de l'assemblée générale des actionnaires à cet effet avant d'entreprendre toute action susceptible de faire échouer l'offre (...) ». En revanche, rien n'interdit à l'équipe dirigeante de la société cible de rechercher

auprès d'un tiers une meilleure offre pour les actionnaires. Mais cette *attitude de neutralité et de passivité de l'équipe dirigeante de la société cible* est soumise à une double limite : il faut que les actionnaires de la société aient voté en assemblée extraordinaire, aux conditions de majorité et de quorum exigées pour les modifications des statuts, la soumission à ce principe (art. 10 al. 1<sup>er</sup> L19.5.2006)<sup>1</sup>. Par ailleurs, la règle de la neutralité et de la passivité ne jouera de toute façon pas si la société cible luxembourgeoise fait l'objet d'une offre publique de la part d'une société qui elle-même n'appliquerait pas cette règle dans la situation inverse (« *clause de réciprocité* » ; art. 9 al. 3 L19.5.2006). La même faculté reste ouverte à la société pour neutraliser les *restrictions au transfert des titres* de la société cible pendant la période d'acceptation de l'offre. Il en est de même des *restrictions au droit de vote* existant dans les assemblées générales des actionnaires devant arrêter des mesures de défense anti-O.P.A. durant la période de l'offre publique (augmentation de capital, modification des droits de vote, etc. ; art. 12 L19.5.2006).

Il est permis de s'interroger sur la pertinence de ces choix opérés par le législateur luxembourgeois : dans une économie ouverte, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur opte pour le régime de la neutralité et de l'attitude passive des dirigeants en tant que modèle par défaut, de même qu'il postulerait le principe de la neutralisation des restrictions aux transferts des titres. Mais en fait, c'est la situation inverse qui prévaut : à défaut d'avoir vu les actionnaires voter pour la neutralité et la neutralisation des restrictions aux transferts de titres, le modèle par défaut sera celui permettant aux dirigeants de combattre agressivement l'offre publique et de protéger leur société contre les offres publiques inamicales par des clauses statutaires restreignant les transferts de titres. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers y ont vu, au contraire, l'expression de la flexibilité du droit luxembourgeois, laissant le choix à la société de prendre ou non des mesures anti-O.P.A.<sup>2</sup>. On pourra ne pas être convaincu par l'analyse, car le même résultat aurait pu être

atteint en prévoyant par défaut les régimes de la passivité et de la neutralité. Pour ces deux chambres professionnelles, les organes dirigeants seraient mieux à même que les actionnaires de la société cible de déterminer quel serait l'intérêt social de l'OPA, car celui-ci transcenderait le seul intérêt financier des actionnaires. On peut sans doute également y voir un désir de protéger les rares « fleurons » de l'économie nationale contre les OPA hostiles.

## 2. L'ACQUISITION DE BLOCS DE CONTRÔLE

**[582] Le franchissement de certains seuils ...** — Les marchés boursiers doivent être transparents afin d'inspirer la confiance nécessaire aux investisseurs actuels et potentiels. La transparence financière nécessite l'information du public, notamment quant à la composition de l'actionnariat des sociétés cotées en bourse : ce n'est pas la même chose de posséder 5% dans une société dont les actions sont disséminées dans le public, ou d'être propriétaire de ces 5% aux côtés d'un actionnaire de référence possédant 40% du capital de la société. Voilà pourquoi le législateur prévoit une procédure de notification obligatoire à charge de celui qui, à la suite de certaines opérations qu'il a effectuées, voit sa participation dans une société cotée franchir certains seuils. Le régime légal est régi par la loi dite « Transparence » du 11 janvier 2008 portant transposition d'une directive communautaire de 2004 et complétée par un règlement grand-ducal du 11 janvier 2008. Le régime de notification s'applique :

- aux acquisitions de *participations*, ce qui suppose que son détenteur soit en mesure d'influencer de façon sensible la gestion de la société. Sont donc visés les titres donnant un droit de vote à son détenteur.

Les *opérateurs sur titres professionnels* ne désirant, en principe, pas s'immiscer dans la gestion de la société dont ils détiennent les titres, la procédure de notification ne leur est pas applicable (art. 8 Loi Transparence). Pour ces mêmes raisons, l'acquisition d'actions dans un *organisme de placement collectif* n'est pas à considérer comme prise de participation, car l'actionnaire y est, par définition, dans une position d'investisseur passif désireux seulement de maximiser la valeur financière de son investisse-

<sup>1</sup> Critique, à juste titre, sur ce choix porteur de conflits d'intérêts pour les dirigeants tiraillés entre l'intérêt social et leur intérêt personnel de rester en place : LUDOVISSY, Réfléchissons à long terme, *d'Land Forum* 3 mars 2006, p. 15.

<sup>2</sup> Doc. Parl. n° 5540<sup>2</sup>, session 2005 – 2006, p. 6.

ment (art. 2 Loi Transparence).

Le droit de vote doit pouvoir être effectivement exercé. Aussi se trouvent exclus de la procédure de notification (ou ne sont pas pris en compte) les titres conférant seulement des droits de vote potentiels : options, droits de souscription, titres convertibles ou échangeables en actions (art. 8 a contrario Loi Transparence).

- dans des *sociétés de droit luxembourgeois cotées en bourse*, que ce soit au Luxembourg ou dans un autre pays de l'Union européenne ;
- franchissant certains *seuils*. Sont visées les opérations d'acquisition comme de cession, si à la suite de ces acquisitions ou cessions, le pourcentage de droits de vote détenus atteint ou dépasse les seuils de 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33 1/3%, 50%, 66 2/3% du total des droits de vote existants (information des marchés sur lesquels les titres sont cotés) ;
- acquises ou cédées *par toute personne physique ou morale* agissant seule, de concert ou par personne interposée.

La notion d'action de concert et d'action par personne interposée est à souligner. L'*action de concert* reçoit une interprétation large sur la base de la loi sur les offres publiques (v. n° 1), en ce sens qu'elle ne se trouve pas seulement limitée aux accords écrits mais inclut également les accords oraux et tacites. Il n'existe cependant aucune présomption d'accord de concert entre la société et ses organes dirigeants ou son personnel.

Plus intéressant, en revanche, est le concept de *détention par personne interposée*. S'agit-il uniquement des acquisitions faites par des personnes en leur propre nom, mais pour compte d'un autre<sup>1</sup>, ou ce texte doit-il recevoir une interprétation plus large, « à l'anglaise », visant à inclure dans le cercle des droits de vote détenus les titres sur lesquels la personne a le pouvoir économique, à défaut de pouvoir juridique<sup>2</sup>? À mon avis, la référence aux personnes interposées à l'article 1<sup>er</sup> n'a d'autre but et d'effet que de recouvrir de façon générique les différents cas de figure visés à l'article 7, de sorte qu'il n'y aurait pas de place pour une application subsidiaire du concept de personne interposée : soit le cas de figure en question est visé à l'article 7 et la procédure de notification obligatoire vient à s'appliquer ; soit tel n'est pas

le cas, et la notification ne sera pas requise, même au motif de l'existence de personnes interposées. Le principal cas d'application de l'article 7 en pratique sera celui des sociétés contrôlées : il faut prendre en considération non seulement les titres détenus pour le compte de la société actionnaire par d'autres personnes, mais également ceux détenus par les sociétés qu'elle contrôle. Les droits que la société peut acquérir à sa seule initiative en vertu d'un accord, en revanche, sont négligés, tant que le transfert de propriété n'a pas eu lieu.

**[583] ... entraîne des obligations de notification.** — Lorsque le seuil est franchi, la société qui détient les titres doit informer la société dont elle détient les titres ainsi que la CSSF dans un délai de 7 jours (jours fériés, weekends compris) du franchissement du seuil, en précisant le nombre total d'actions qu'elle possède (art. 11 Loi Transparence). La société qui reçoit la déclaration doit en informer le public au Luxembourg comme à l'étranger si ses titres y sont cotés (art. 11 Loi Transparence). Tant que cette information n'a pas été transmise, les droits de vote afférents aux actions concernées sont suspendus (art. 28 (1) Loi Transparence). Lorsque la société va outre cette suspension, les décisions prises par l'assemblée des actionnaires sont susceptibles d'être annulées par la voie judiciaire, sans que cette annulation ne soit pour autant automatique (art. 28 (2) Loi Transparence).

### C. L'ACQUISITION DE TITRES NON COTÉS<sup>3</sup>

**[584] Absence de réglementation spécifique.** — L'acquisition d'une participation, tout comme celle d'une filiale, n'est pas réglementée sur le plan juridique, si l'opération porte sur les droits sociaux de sociétés non cotées. La prise de contrôle peut dès lors intervenir à la suite d'une cession amiable à des conditions librement et secrètement arrêtées entre les parties.

<sup>3</sup> ETTIJANI/DEFOSSE, La prise de contrôle d'une société par voie de cession, Paris, 1980 ; HOUIN, La prise de contrôle d'une société par actions (à l'exclusion du contrôle des concentrations d'entreprises), *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 567 ; CAUSSAIN/GERMAIN, Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés non cotées, *J.C.P.* 1987, éd. E, II, 14915.

<sup>1</sup> Comme pour l'achat d'actions propres ; tel est l'avis du C.E., Doc parl. 3588 (1), 1991-92, ad art. 1<sup>er</sup>, p. 3.

<sup>2</sup> C'est l'avis de la Commission des Finances et du Budget, op. cit., art 1<sup>er</sup>, p. 7.

Cette opération n'intéresse, sur le plan juridique, que le cédant et le cessionnaire.

Tout au plus faudra-t-il porter à la connaissance des associés, par la voie d'une indication appropriée dans les annexes aux comptes annuels, les noms de la filiale avec indication du pourcentage de capital détenu, ainsi que des fonds propres de la filiale (art. 65 § 1<sup>er</sup> L19.12.2002)<sup>1</sup>.

Cette obligation d'indication aux comptes annuels est limitée aux sociétés où le pourcentage de capital social détenu est de 20% au moins (donc les « participations », v. n° [574]). Par ailleurs, cette obligation d'information financière n'est pas très lourde, car cette information peut être omise dans deux cas de figure :

- lorsque l'information en question ne présente qu'un intérêt négligeable au regard de l'objectif général de sincérité et de fidélité du bilan ;
- lorsque la société devant normalement publier l'information financière est une société de participations financières (art. 65 § 2 L19.12.2002)<sup>2</sup>, cette exonération a priori surprenante étant motivée par des considérations tenant au respect du secret de la vie des affaires.

### [585] Acquisition de la totalité des droits sociaux.

<sup>1</sup> Art. 65 § 1<sup>er</sup> n° 2 L19.12.2002 : « le nom et le siège des entreprises dans lesquelles l'entreprise détient, soit elle-même, soit par une personne agissant en son nom, mais pour le compte de cette entreprise, au moins vingt pour cent du capital avec indication de la fraction du capital détenu ainsi que du montant des capitaux propres et de celui du résultat du dernier exercice de l'entreprise concernée pour lequel des comptes ont été arrêtés. Ces informations peuvent être omises lorsqu'elles ne sont que d'un intérêt négligeable au regard de l'objectif de l'article 26 paragraphe (3). L'indication des capitaux propres et du résultat peut également être omise lorsque l'entreprise concernée ne publie pas son bilan et si elle est détenue à moins de cinquante pour cent, directement ou indirectement, par l'entreprise ; le nom, le siège et la forme juridique de toute entreprise dont l'entreprise est l'associé indéfiniment responsable. Cette information peut être omise lorsqu'elle n'est que d'un intérêt négligeable au regard de l'objectif de l'article 26 paragraphe (3) (...) ».

<sup>2</sup> Art. 65 § 2 L1915 : « Le paragraphe (1) 2° ne s'applique pas aux sociétés de participation financière ».

— Une cession de la totalité des droits sociaux entraîne, la plupart du temps, de profonds bouleversements dans la structure de la société : l'équipe dirigeante est remplacée ; les effectifs excédentaires sont éliminés ; la palette des produits est réaménagée... Elle opère donc, sur le plan économique, une cession d'entreprise. Cependant, sur le plan juridique, la cession ne porte que sur des droits sociaux et non sur les actifs de l'entreprise ; les contrats en cours sont également maintenus. Aussi, les règles en matière de cession de fonds de commerce ne trouvent pas application. Cette conclusion est d'autant plus évidente que la personnalité morale de la société dont les droits sociaux sont cédés continue à exister. La cession de droits sociaux étant un acte civil, elle doit garder cette nature, même si la cession porte sur l'intégralité des droits sociaux de la société. Ce qui est une acquisition pour le cessionnaire étant une vente pour le cédant, on pourra renvoyer, pour le surplus, aux considérations qui ont été faites en matière de sortie des associés d'une société, par voie de cession de leurs droits sociaux (v. n° [309] et s.).

### [586] Acquisition de la majorité des droits sociaux.

— L'acquisition d'un bloc de contrôle n'intéresse pas directement la société qui n'est pas partie à l'opération de cession. La situation sur ce point est donc la même que pour les cessions de l'intégralité des droits sociaux d'une société. Mais elle pose des questions additionnelles concernant la protection des associés minoritaires. Il n'est pas rare que le repreneur d'une société soit prêt à payer un « surpris » afin d'obtenir le contrôle de la société. Aussi, celui qui détient la majorité du capital d'une société peut espérer obtenir un prix de vente supérieur à celui réalisé par les minoritaires, s'il est prêt à céder toute sa participation au repreneur.

Il n'existe cependant aucune disposition en droit luxembourgeois qui obligerait le repreneur à offrir aux minoritaires les mêmes conditions de cession, afin de les mettre sur un pied d'égalité avec l'actionnaire majoritaire. Le principe d'égalité qui existe certes ne s'applique en effet qu'aux relations existant entre la

société et ses associés, la première devant traiter également les seconds. Ce principe n'oblige cependant pas un tiers de traiter tous les associés de la même manière, en offrant le même prix pour les participations majoritaires et minoritaires. Les minoritaires conservent donc, après la cession du bloc de contrôle, les droits qui étaient les leurs, ni plus, ni moins.

## § 2. LE FONCTIONNEMENT DU GROUPE<sup>1</sup>

Si le groupe n'a pas, en tant que tel, de reconnaissance sur le plan juridique (A), il se trouve toutefois reconnu de manière ponctuelle sur le plan de la gestion (B).

### A. L'ABSENCE DE RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE DU DROIT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

[587] **Raisons avancées.** — Même si les groupes, surtout au Luxembourg, constituent une donnée de la vie économique, il n'existe pas de législation globale en la matière, sous forme d'un corps de règles homogènes. Il n'existe que des dispositions parcellaires traitant des points particuliers, voire, en dehors de dispositions législatives, de la jurisprudence précisant çà et là des questions de droit intéressant les groupes de sociétés<sup>2</sup>. L'absence de législation<sup>3</sup> relative aux groupes de sociétés a pour corollaire l'*autonomie juridique* de chaque société composant le groupement et l'*inexistence de la personnalité juridique du groupement lui-même*. Deux raisons sont généralement avancées pour justifier cette

<sup>1</sup> VAN OMMESLAGHE, *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Kluwer, Anvers, 1985, rapport général.

<sup>2</sup> Pour un tour d'horizon de ce qui existe en la matière : droit comptable, droit bancaire, droit boursier et droit fiscal, v. OOSTVOGELS/BOONE, De l'intérêt social à l'intérêt de groupe en droit des sociétés : perspectives luxembourgeoises, in : ALJB, t. 3, p. 1037.

<sup>3</sup> Il existait toutefois un projet de directive communautaire sur le sujet, inspiré du droit allemand. Le projet de directive a été abandonné, notamment en raison de la perception de manque de souplesse des règles qu'il contenait.

solution opposant la gestion unitaire du groupe malgré la préservation du pluralisme juridique de ses sociétés composantes:

- accorder la personnalité juridique au groupe de société en sus de ses composantes individuelles serait une *source de confusion* puisque tantôt la société membre du groupe agirait de façon isolée sur la base de sa personnalité juridique propre, et tantôt comme membre du groupe. La voie de la *double personnalité juridique* des sociétés membres du groupe ne constitue dès lors pas la panacée ;
- l'autre solution consisterait à *nier la personnalité juridique individuelle* des différentes sociétés membres du groupe, pour ne *retenir que celle du groupe lui-même*. Cela aurait pour conséquence de traiter les sociétés individuelles comme de simples succursales. L'essentiel des sociétés les plus importantes constituées au Luxembourg appartenant à un groupe international établi à l'étranger, on conçoit aisément l'hésitation du législateur devant une telle alternative.

[588] **Conséquences.** — Elles sont multiples et tournent toutes autour de l'idée que, du point de vue juridique, le groupe n'est rien et qu'il s'efface devant les différentes sociétés formant le groupe.

Par voie de conséquence, le groupe n'a pas la personnalité morale et ne saurait se faire immatriculer en tant que tel au RCS. Il ne saurait agir en justice, ni y être assigné. Le groupe n'a pas non plus de *nationalité*, car celle-ci est rattachée à une personne juridique.

L'absence de personnalité morale entraîne également l'absence de patrimoine propre au groupe. Chaque société du groupe préservant sa personnalité morale, chacune gardera du même coup l'*autonomie patrimoniale*. Le patrimoine du groupe se trouve ainsi éclaté en autant de patrimoines des sociétés le composant : aussi, l'appartenance à un groupe n'entraîne pas transfert des droits et obligations à la société mère ou aux autres sociétés du groupe, car chaque société reste indépendante du point de vue juridique. C'est ainsi que la société mère, par exemple, n'aura pas à répondre

des conséquences de la faute contractuelle commise par une de ses filiales. De manière plus générale, *société mère et filiale ne répondent pas des dettes l'une de l'autre*, quel que soit le degré de dépendance économique de la filiale vis-à-vis de la société mère. Chaque société du groupe gardant sa personnalité morale distincte, l'appartenance à un même groupe n'implique en soi aucune conséquence juridique et ne peut, seule, justifier l'obligation aux dettes d'une société à une autre (v. cependant, n° [605] et s.). C'est encore ainsi que la faillite d'une des sociétés du groupe reste limitée quant à ses effets à la société en question et ne rejailit pas sur les autres sociétés du groupe : en cas de cessation de paiement des différentes sociétés du groupe, il y a lieu d'ouvrir autant de procédures collectives que de sociétés. Le patrimoine du groupe n'existant pas, il n'existe aucun devoir juridique, ni même moral, pour la société mère de soutenir ses filiales en difficulté. Le soutien inapproprié des filiales pourrait même être jugé abusif<sup>1</sup> (v. n° [606] et s.).

D'une manière générale, c'est sous la forme d'exceptions à ce principe général que le droit positif aborde la question de l'existence d'un groupe de sociétés.

## B. LA CONSÉCRATION PRUDENTE D'UNE GESTION DU GROUPE

Les opérations intragroupe intéressent en premier lieu les comptables (2) et les fiscalistes (3). Elles posent cependant également la question juridique de l'existence éventuelle d'un intérêt du groupe qui transcenderait l'intérêt social des sociétés individuelles membres du groupe (1).

### 1. L'INTÉRÊT DU GROUPE EN PRÉSENCE D'OPÉRATIONS INTRAGROUPE

**[589] Existence d'un intérêt du groupe.** — Il est tout à fait normal pour une société appartenant à un groupe de traiter avec d'autres sociétés du groupe ; c'est d'ailleurs souvent la finalité même d'une filiale que de traiter avec les sociétés du groupe. Ces opérations donnent lieu à des « *prix de transfert* », c.-à-d. aux prix auxquels des transactions entre sociétés d'un même groupe sont effectuées. Les prix de transfert peuvent porter sur les ventes de biens et de marchandises, mais également pour toutes les prestations de services intragroupe : partage de certains frais communs entre plusieurs entreprises du groupe (frais d'administration générale ou de siège) ; mise à disposition de personnes ou de biens ; redevances de concession de brevets ou de marques ; relations financières ; services rendus par une entreprise du groupe aux autres entreprises, ... Ces opérations portent souvent également sur la gestion financière du groupe et prendre la forme de « *pools de trésorerie* » où une société joue le rôle de banquier interne au groupe.

Dans une logique de groupe, les sociétés du groupe traitent souvent entre elles à des prix qui diffèrent de ceux du prix du marché. Cela se conçoit aisément dans une logique de spécialisation des différentes entités juridiques au sein d'un groupe : elles traitent entre elles à des prix de faveur, en s'accordant des concessions réciproques, le véritable bénéfice n'étant réalisé qu'au moment où des transactions sont effectuées avec des tiers. Les décisions prises au sein d'un groupe sont, en effet, fondées sur des préoccupations non comparables à celles des sociétés isolées. En raison des liens d'interdépendance qui unissent les différentes sociétés, les relations intragroupe se caractérisent par une solidarité qui peut aboutir, sous certaines circonstances, à l'appauvrissement d'une société au nom du bien-être collectif. Cette manière de procéder n'est, en soi, pas critiquable. *L'intérêt social applicable aux sociétés isolées doit donc être apprécié dans le cadre d'un groupe de sociétés* : comme un groupe de sociétés constitue bien

<sup>1</sup> LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Paris 2001.



une réalité économique, il faut en tirer les conséquences et admettre que l'intérêt de groupe puisse imposer certains sacrifices à une des sociétés membres du groupe. Il existe donc bien un « *fait justificatif de groupe de sociétés* »<sup>1</sup>. Pour reprendre NELISSEN-GRADE<sup>2</sup> : « Il s'agit d'interpréter l'intérêt de la société d'une manière suffisamment large pour y englober l'intérêt que représente pour elle l'appartenance au groupe ». Ce serait méconnaître la réalité que de vouloir envisager une opération isolément, en la détachant de ses rapports avec le groupe. Le groupe est en effet une collectivité, qui, si elle n'est pas dotée de la personnalité morale, impose aux sociétés comprises dans la périmètre du groupe des obligations supplémentaires, liées à leur appartenance au groupe ; ces obligations supplémentaires sont justifiées, parce que l'appartenance au groupe confère à ces sociétés des avantages auxquels elles ne pourraient pas accéder isolément : un pouvoir économique et financier accru ; un prestige et reconnaissance dans le marché améliorés ; ...

L'existence d'un groupe est ainsi susceptible de justifier une opération conclue avec une société du groupe qui serait anormale en-dehors du contexte du groupe. Si cette justification peut être apportée, il n'y aura pas de faute de gestion, car l'acte accompli n'aura pas été contraire à l'intérêt de la société. La politique globale du groupe peut ainsi surpasser les intérêts particuliers des entités prises individuellement, en exigeant une certaine prise en compte de la solidarité qui existe entre celles-ci en raison de leur appartenance au groupe. Une aide financière défavorable consentie à une société du groupe ne constitue dès lors pas non plus nécessairement un *abus de biens sociaux* (v. n° [417]).

<sup>1</sup> BOURSIER, Reconnaissance du fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : vers un assouplissement de la jurisprudence Rozenblum ?, *Rev. sociétés* 2016, p. 539.

<sup>2</sup> NELISSEN-GRADE, De la validité et de l'exécution des conventions de vote, in : *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, 1985, p. 235.

[590] **L'intérêt individuel de la société ne peut être sacrifié dans l'intérêt du groupe**<sup>3</sup>. — La solidarité exprimée au profit d'autres sociétés du groupe ne doit cependant pas aller jusqu'à imposer des sacrifices tels qu'ils entraîneraient un déséquilibre flagrant au détriment des sociétés concernées. Le principe de l'obligation de respect de l'intérêt social n'est pas écarté mais simplement tempéré à titre de règle dérogatoire au droit commun, de concession à la logique du groupe. À défaut de textes sur le sujet, trois limites semblent devoir être respectées<sup>4</sup>.

D'abord, le groupe ne *peut dans l'intérêt commun sacrifier complètement un de ses membres*. Ainsi, p.ex., une filiale, dont les activités sont viables, ne pourrait se voir forcée de stopper ses activités au profit d'une autre filiale du groupe, même si cette décision est justifiable au niveau de l'ensemble du groupe compte tenu des économies d'échelle et des perspectives commerciales. De même, si une filiale peut venir en aide à d'autres sociétés du groupe, les sacrifices ainsi consentis ne doivent cependant pas excéder ses possibilités financières, et ne pas l'exposer de ce fait à des difficultés graves<sup>5</sup>. L'appartenance à un groupe de société ne saurait justifier que la survie de la filiale soit mise en péril en raison des aides ainsi consenties ; par contre, un sacrifice temporaire et raisonnable peut être exigé de la part de la filiale au profit du groupe. La distinction n'est pas une question de principe mais de gradation.

Ensuite, les dirigeants seraient mal inspirés, s'ils en-

<sup>3</sup> ATIBACK, *L'abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés*, Paris, 2007.

<sup>4</sup> BOULOC, Droit pénal et groupe d'entreprises, *RS* 1988, p. 181 ; MARECHAL, Sur l'abus de majorité dans les groupes de société, note sous Bruxelles 9 octobre 1984, *RPS* 1986, p. 57 ; LEAUTE, La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, *JCP* 1973, éd. G, I, 2551-B ; VAN OMMESLAGHE, Rapport général in : *Droits et devoirs de sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, 1985, n° 40 et s.

<sup>5</sup> VAN OMMESLAGHE, op.cit.

tendaient se retrancher derrière l'existence du groupe et l'intérêt collectif pour tenter de légitimer certaines opérations totalement disproportionnées pour leur société (abandon de créances, prêts sans intérêts, etc.). Malgré l'appartenance de la société au groupe, il faut *préserver un certain équilibre contractuel* dans le cadre des opérations intragroupe ; la seule différence avec le droit commun est que, en présence d'un groupe, cet équilibre contractuel s'apprécie au regard de l'ensemble des opérations intragroupe, et donc sur le long terme. Autrement dit : l'intérêt du groupe constitue un élément d'appréciation de l'intérêt social ; la société qui consent des faveurs « anormales » en raison de son appartenance à un groupe doit recevoir un juste « retour », à terme, pour les sacrifices qu'elle a consentis. La société devant consentir des sacrifices doit par ailleurs tirer avantage de son appartenance au groupe : cela implique que le groupe ne puisse imposer une rupture durable de l'équilibre entre les sacrifices imposés à une société membre et les avantages qu'elle peut en retirer de son appartenance au groupe. En prenant en considération les intérêts du groupe, les dirigeants de la filiale ne trahissent pas l'intérêt de la filiale mais œuvrent vers son meilleur épanouissement à long terme.

Enfin, les sacrifices demandés doivent *effectivement s'inscrire dans une logique d'intérêt du groupe*. L'intérêt du groupe ne peut servir de paravent au seul intérêt de la société mère : si la société mère exige des efforts d'une de ses filiales, ces efforts doivent s'inscrire dans une logique de politique globale du groupe et favoriser le développement économique à terme du groupe, sur son plan économique, financier et social. La société mère ne peut donc demander des sacrifices à ses filiales que dans la mesure où cette demande s'inscrit dans une perspective d'intérêts convergents communs à l'ensemble des sociétés du groupe. Il faut donc situer la société ayant fait des concessions dans le contexte global du groupe de société dans laquelle elle s'insère et au sein duquel elle opère.

Des transactions faites à des tarifs préférentiels au

profit d'autres sociétés du groupe ne sont dès lors pas critiquables en soi, pourvu qu'elles ne mettent en danger l'avenir de la filiale et qu'elles puissent lui procurer en retour certains avantages, éventuellement à plus long terme<sup>1</sup>. À proprement parler, la filiale ne consent même pas de « sacrifices », car elle s'y retrouve sous une forme ou une autre dans l'opération critiquée.

#### Exemples

- Une société-mère peut plus facilement se porter caution de sa filiale que la filiale de sa mère. La caution de la société-mère profite non seulement au groupe, mais également à elle-même, puisqu'elle est détentrice de la participation.
- Une société détenue à 100% par une société-mère peut plus facilement accepter des sacrifices au profit de sa mère qu'une société à l'actionnariat diversifié.
- Mais une politique de groupe imposant constamment des résolutions manifestement contraires à l'intérêt de chacune des sociétés du groupe, mais conformes à l'intérêt du groupe est critiquable en droit (« séchage des filiales »).

Il faut donc analyser les mérites de chaque situation individuellement quant au caractère éventuellement justifié de sacrifices financiers.

Les règles comptables en matière d'information des associés concernant les transactions avec les parties liées s'inscrivent dans le droit fil de ce raisonnement (art. 65 (7)ter de la loi du 19 décembre 2002). C'est ainsi que les *transactions* (achats, ventes, prêts, ...) effectuées avec des *parties liées* (personnes proches dans la famille, entreprises faisant partie du même groupe) sont à renseigner à l'*annexe* des comptes sociaux. Encore faut-il que la transaction présente un caractère significatif et qu'elle ne soit pas conclue aux conditions normales du marché. Une transaction sera *significative* si elle est susceptible d'influencer le lecteur des états financiers dans l'appréciation de la situation financière de l'entreprise, soit en raison de l'importance du montant concerné, soit en raison de la nature de l'opération conclue. Elle sera conclue à des *conditions anormales*, si le prix mis en compte ne s'explique que par les liens unissant les deux parties; autrement dit, si le prix pratiqué avec un tiers aurait été

<sup>1</sup> V. également WYMERSCH, Comment le droit pourrait aborder certains groupes de sociétés, in : *Mélanges Van Ommeslaghe*, Bruxelles, 2000, p. 703. Contra. HEENEN, L'intérêt social, in : *Liber amicorum P. de Vroede*, Bruxelles, 1994, p. 234 (il faudrait un « profit actuel et certain », soit une compensation immédiate).

différent de celui effectivement mis en compte. En obligeant les entreprises ayant conclu de telles transactions à informer le lecteur des états financiers de leur existence, le législateur s'attend à plus de transparence dans les comptes sociaux<sup>1</sup>.

## 2. LA GESTION COMPTABLE DU GROUPE : LA CONSOLIDATION COMPTABLE<sup>2</sup>

**[591] But de la consolidation comptable.** — Les sociétés commerciales doivent, aux termes des articles 309 et s. L1915, et sous réserve de certaines exemptions, établir et publier chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles se trouvent à la tête d'un groupe.

La publication de comptes consolidés pour un ensemble d'entités répondant à certains critères provient à l'origine des États-Unis (1933) et a été connue peu de temps après (1948) en Grande-Bretagne. Cette nécessité n'a été ressentie que beaucoup plus tard en Europe continentale en général et au Luxembourg en particulier. En juin 1983 est publiée la VII<sup>e</sup> directive européenne qui complète, sur le plan de la consolidation, le processus d'harmonisation comptable initié par la IV<sup>e</sup> directive (v. n° [16]) relative aux comptes annuels des sociétés de capitaux. La VII<sup>e</sup> directive a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 11 juillet 1988. Les sociétés dont les valeurs mobilières sont cotées en bourse (actions, obligations) n'appliquent plus la VII<sup>e</sup> directive mais le référentiel IFRS<sup>3</sup>.

L'obligation d'établir des comptes consolidés part du constat que les comptes individuels présentent des limites certaines en présence de groupes de sociétés, car ces comptes individuels ne permettent pas de traduire l'activité économique et les résultats financiers de l'ensemble du groupe : l'activité de chaque société du

groupe est prise séparément, sans tenir compte des liens existant entre les différentes sociétés. Le principe de base de la consolidation consiste à substituer au montant de la participation figurant au bilan de la société consolidante la situation active et passive de la société à consolider.

Exemple : Soit une holding (H) détenant deux filiales (F1 et F2) réalisant chacune un chiffre d'affaires de 100, en sus du chiffre d'affaires de la holding qui est de 50. Dans les comptes de la holding, seul un montant de 50 se trouve renseigné en tant que chiffre d'affaires. Comme toutefois la holding détient 100% de ses filiales, le chiffre d'affaires du groupe s'élève en fait à 250.

Il ne suffit toutefois pas d'additionner purement et simplement les différents postes du compte de résultat afin d'obtenir une vue d'ensemble. Les sociétés du groupe font souvent des activités au sein du groupe qu'il y a lieu d'éliminer. Pour illustrer, si dans l'exemple précédent H vend pour un montant de 30 à F1, le chiffre d'affaires consolidé s'élève alors à 220 (soit 250 – 30), la vente intragroupe devant être ignorée.

De même, l'examen des bilans individuels ne permet pas d'apprécier le patrimoine de l'ensemble du groupe.

De nouveau, il y a lieu d'éviter de tomber dans le piège du jeu des additions. C'est ainsi qu'il n'est pas possible d'additionner purement et simplement les dettes des différentes sociétés du groupe, afin de déterminer l'endettement global. Certaines sociétés peuvent en effet se financer auprès d'autres sociétés du groupe : seules comptent les dettes contractées vis-à-vis de sociétés externes au groupe ; pour les mêmes raisons, les créances intragroupe sont ignorées.

Il s'agit de présenter les comptes de l'ensemble des sociétés du groupe, comme s'il s'agissait d'une seule et même entité juridique.

### a) LE PÉRIMÈTRE DE LA CONSOLIDATION

**[592] Groupes devant consolider.** — L'obligation d'établir des comptes consolidés est limitée aux sociétés de capitaux, si la société en question (art. 309 al. 1<sup>er</sup> L1915) :

- détient la majorité des droits de vote de la filiale (critère du « *contrôle de droit* »). Ce critère se conçoit aisément, car la détention de la majorité des droits de vote permet de contrôler les nominations et révocations à l'organe de gestion, et donc en dé-

<sup>1</sup> En détail sur la problématique: PREUD'HOMME/LELEUX, Transactions avec parties liées: les informations supplémentaires requises, ACE n° 7 2011, p. 3.

<sup>2</sup> CORRE, *Les nouvelles règles de consolidation des bilans*, Paris, 1988 ; LEFEBVRE, *Comptes consolidés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2006 ; PREUD'HOMME/STEYNE, *La consolidation des sociétés commerciales au Luxembourg*, ACE n° 10, 2007, p. 3 ; THIHATMAR et alii, *Konsolidierung nach Lux-GAAP und IFRS*, Luxembourg, 2010.

<sup>3</sup> Règlement européen n° 1606/2002.

finitive, de diriger la gestion de l'entreprise. Les droits de vote détenus indirectement par une société elle-même contrôlée majoritairement par la société doivent également être pris en considération ;

Exemple : la société-mère (« SM ») détient 80% d'une filiale 1 (« F1 ») et 10% d'une filiale 2 (« F2 »), F1 détenant 60% de F2. Dans ce cas, SM détient directement 10% dans F2 et indirectement  $80\% \times 60\% = 48\%$  par le biais de F1, soit au total 58% des droits de vote de F2. F2 rentre de ce fait dans le périmètre de consolidation de SM.

- ne détient pas en droit la majorité des droits de vote de la filiale, tout en étant un associé de la société (il faut donc également une participation au capital social), mais est néanmoins en mesure d'exercer sur celle-ci une influence dominante (critère du « *contrôle de fait* »). L'influence dominante pourra résulter de clauses statutaires (art. 309 al. 1<sup>er</sup> b L1915) comme d'une convention d'actionnaires extrastatutaire (v. n° [333] et s.).

L'hypothèse du « *contrôle de fait* » est à distinguer de celle du « *consortium* ». Le « *contrôle de fait* » est un cas de consolidation verticale qui est celle où une société exerce un contrôle de fait sur une ou plusieurs sociétés qui ne sont pas des filiales sur le plan du contrôle en droit mais qui deviennent des filiales en fait en raison du contrôle exercé par la société contrôlante (qui, du coup, devient la société-mère).

Exemple : SM convient avec une société S1 dans laquelle SM ne détient que 10% du capital, que S1 suivra les instructions de SM en ce qui concerne la gestion de S2, une filiale à 100% de S1. Bien que SM ne détienne aucun droit d'associé dans S2, SM contrôle en fait S2 et doit la consolider.

- La consolidation horizontale est celle qui s'applique en cas de consortium (art. 12 de la 7<sup>e</sup> Directive), c'est-à-dire lorsque plusieurs entreprises, entre lesquelles il n'existe pas de lien de filiation, sont placées sous une direction unique.

Exemple : S1 et S2, sociétés non liées sur le plan capitalistique, conviennent de gérer en commun leurs groupes respectifs (F1a et F1b pour S1 et F2a et F2b pour S2). S1 et S2 forment un consortium et donc un groupe au sens de l'article 12 de la 7<sup>e</sup> Directive, de sorte que toutes les entités F1a à F2b sont à inclure dans le périmètre de consolidation.

L'application du régime consolidé au consor-

tium n'est cependant qu'une option que la 7<sup>e</sup> Directive a laissée aux États membres le soin d'exercer. Le Luxembourg a choisi de ne pas permettre la consolidation comptable en présence d'un consortium.

**[593] Groupes exempts de l'obligation de consolider.** — La loi prévoit un certain nombre de *critères d'exemption*, dont voici les plus importants :

- lorsque la société mère devant normalement consolider se trouve elle-même sous le contrôle d'une entreprise qui inclut la société mère et ses filiales dans ses propres comptes consolidés (« *exemption de sous-consolidation* » : art. 314 pour les sociétés-mères de l'Union européenne ; art. 316 pour les sociétés-mères des États tiers).

L'exemption est automatique si la société détenant la société mère luxembourgeoise relève du droit d'un *État membre de l'Union Européenne*, qu'elle possède l'intégralité des actions de la société mère luxembourgeoise (si le pourcentage de détention est de 90% ou plus, il faut l'accord des actionnaires minoritaires) et si elle consolide elle-même les comptes du groupe. Les comptes consolidés de la société mère seront toutefois déposés au RCS.

Lorsque la société qui détient la société mère luxembourgeoise relève du droit d'un *État tiers*, il faut en outre que la méthode de consolidation utilisée soit équivalente à celle connue en droit luxembourgeois, c.-à-d. que son cercle de consolidation soit similaire au cercle de consolidation en droit luxembourgeois et que le niveau d'informations financières soit au moins équivalent à celui obtenu en droit luxembourgeois (ex. : Canada, États-Unis).

- lorsque le groupe est *de petite taille*. Tel sera le cas si l'ensemble constitué par la société mère et ses filiales ne dépasse pas, pendant deux exercices successifs, une taille déterminée par référence à deux des trois critères suivants (art. 313 al. 1<sup>er</sup> L1915) : total du bilan – € 20 millions; chiffre d'affaires – € 40 millions; nombre de salariés – 250 (« *exemption des groupes de taille réduite* »). Cette exemption ne s'applique toutefois pas si l'une des sociétés faisant partie du groupe a émis des valeurs mobilières (actions, obligations) cotées en bourse.

L'application de ce seuil aux groupes nouvellement constitués pose la question de la première année où il faut conso-

lider. Trois lectures sont théoriquement envisageables : obligation de consolidation dès la première année ; consolidation obligatoire la deuxième année ; voire même consolidation la troisième année seulement. La finalité des critères de seuil et de durée est d'éviter qu'un groupe doive consolider ses comptes en raison du seul fait qu'il ne remplit qu'exceptionnellement les critères de seuils, par exemple en raison de l'achat d'une société revendue l'année suivante. Ce raisonnement n'est pas transposable aux groupes nouvellement créés. S'ils dépassent le seuil légal dès la première année, on ne voit pas de raison pour laquelle ils pourraient être exemptés de l'obligation de consolider.

- lorsque la société mère est une société de gestion de patrimoine familial (« *SPF* »). Cette exemption basée sur l'article 312 L1915 ne s'appliquerait pas aux SOPAFI<sup>1</sup>.

L'exclusion des SOPAFI ne va pas de soi. En effet, la loi prévoit l'exclusion pour les sociétés « dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires » (art. 31 al. 2 L19.12.2002). Ce ne sont donc que les holdings purement passives qui sont susceptibles de tomber sous cette définition. Cette condition est assurément remplie par les anciennes holdings 1929 ainsi que les SPF, car la loi leur interdit une gestion active de leurs participations. Rien de tel pour les SOPAFI qui seront actifs ou passifs selon le cas, en fonction du type d'investissement effectué ainsi que de la stratégie des investisseurs. Bien sûr, une SOPAFI peut, de par la loi, effectuer d'autres opérations (p.ex. des activités commerciales) et influencer sur la gestion de ses filiales, mais rien ne l'y oblige. De ce fait, contrairement à l'avis du CNC, il faut conclure que les SOPAFI limitant leurs activités à celles prévues à l'article 31 de la loi du 2002 sur le RC devraient également pouvoir bénéficier de l'exemption de l'article 312 L1915<sup>2</sup>.

- lorsque la société-mère ne détient *que des filiales pouvant être laissées en dehors de la consolidation* sur la base de l'art. 317 L1915 (art. 318 L1915 ; v. n°

[594]).

**[594] Filiales pouvant être laissées en dehors de la consolidation.** — A côté de l'exemption de consolidation en tant que telle, une société-mère devant par ailleurs consolider ses comptes pourra néanmoins *exclure certaines sociétés du cercle de consolidation* (art. 317 L1915) :

- si l'inclusion de la filiale ne présente qu'un *intérêt non significatif* (au sens de l'art. 319 al. 6 L1915 a contrario) sous l'optique d'une image fidèle financière du groupe. Ceci permet d'exclure de la consolidation les filiales qui ne présentent pas de caractère significatif pour le groupe. Il appartiendra à l'organe de gestion de définir les critères qualitatifs (ex : une filiale ne représentant pas un investissement stratégique) et/ou quantitatifs de matérialité (ex. : toute filiale dont les capitaux propres sont inférieurs à 1% des capitaux propres de la société-mère) ;
- si la société mère subit des *restrictions sévères sur le contrôle* de sa filiale (§ 3 a). Sur la base de cette disposition, les filiales où le contrôle et l'influence de la société se trouvent substantiellement remis en cause peuvent être laissées en dehors de la consolidation (ex. : participations détenues à > 50% où un autre associé exerce une influence dominante en raison d'une convention d'actionnaires) ;
- si l'inclusion de la société entraînerait des *coûts financiers importants* ou créerait des *délais injustifiés* (§ 3 b), telle l'hypothèse de la guerre, de la perte de documents ainsi que de filiales localisées dans des pays à régime politique instable.
- enfin, si la société est détenue *en vue de sa cession ultérieure* (§ 3 c). Cette dernière exonération intéresse les holdings de type « *private equity* ». Les filiales de la société-mère luxembourgeoise ne sont en effet généralement détenues dans ces cas-là qu'en vue de leur cession ultérieure à court terme, c.-à-d. dès que le marché le permet. On comprendra aisément que l'intention de cession devra exister dès l'acquisition de la filiale. La loi ne fixant pas de

<sup>1</sup> CNC 1-1 du 18 févr. 2009.

<sup>2</sup> La Commission juridique de la Chambre des députés semble être d'un avis opposé, rejoignant en cela la CNC : doc. parl. 5976(7), session 2010-2011, ad. art. 25, p. 6.

date précise en ce qui concerne le délai, la CNC adopte une approche flexible en la matière en retenant une période d'investissement prévisible de trois à huit ans<sup>1</sup>.

On sera plus réservé, en revanche, sur les autres critères utilisés par la CNC telle l'obligation d'informer les actionnaires de la valeur de marché des filiales non consolidées. On ne voit pas l'utilité de cette disposition qui ne va pas plus loin que la consolidation par la méthode de l'intégration globale. Par ailleurs, il est inopportun pour un groupe d'indiquer dans un document accessible à la concurrence son estimation de la valeur de marché de la filiale, ce qui donnerait une information tout à fait utile au tiers en vue de l'acquisition éventuelle de la filiale. Dans ce domaine, il n'est pas recommandable de dévoiler (trop tôt) ses cartes.

- si la filiale est en *cessation d'activités* ou va l'être. En effet, dans ce cas, les comptes de la filiale ne pourront plus être établis dans une perspective de continuité de l'activité, ce qui aura pour conséquence des méthodes de valorisation différentes de celles retenues en règle générale. Cette exclusion ne résulte pas formellement de la loi mais y est implicitement contenue (art. 332 al. 1<sup>er</sup> L1915 qui renvoie aux articles 235 à 247 L1915 et donc au principe de continuité).

#### b) LES MÉTHODES DE CONSOLIDATION

Il existe trois méthodes de consolidation :

- l'intégration globale ;
- l'intégration proportionnelle ;
- la mise en équivalence.

**[595] Intégration globale.** — La méthode de l'intégration globale consiste à intégrer dans les comptes de l'entreprise consolidante, en remplaçant le coût d'achat des titres, tous les éléments du bilan et du compte de résultat de l'entreprise consolidée. Il y a donc addition, ligne par ligne, des éléments de même nature figurant au bilan de l'entreprise mère et de ses

filiales (art. 321 L1915). C'est la méthode de droit commun en matière de consolidation.

Exemple : la société-mère SM a constitué une filiale F au capital de 1 000. F dispose de capitaux propres de 1 600, de dettes de 900 ainsi que d'avoirs de 2 500. L'intégration globale consiste à remplacer la ligne Participation F au bilan de SM par les avoirs et les dettes de F. La différence de  $(2\ 500 - 900) - 1\ 000 = 600$  apparaissant au bilan consolidé de SM constituera les réserves consolidées du groupe.

Si la société mère ne détient pas 100% de la filiale, la méthode d'intégration globale surévalue la taille du groupe à hauteur du pourcentage détenu par les actionnaires extérieurs au groupe (les « minoritaires »). Dans une telle situation, il y a lieu de partager les capitaux propres et les résultats des entreprises « filles » entre ce qui appartient réellement au groupe et ce qui appartient aux actionnaires minoritaires.

Exemple : si dans l'exemple précédent des minoritaires détiennent 10% de F, SM détenant les autres 90%, la quote-part dans les réserves consolidées de SM revenant au minoritaire sera de

$10\% \times 600 = 60$ . SM n'indiquera, du coup, dans ses capitaux propres consolidés, plus que des réserves consolidées de  $90\% \times 600 = 540$ , le solde de 60 constituant les « Intérêts minoritaires » inscrits après les capitaux propres de la société.

**[596] Intégration proportionnelle.** — En revanche, la méthode de l'intégration proportionnelle n'intègre les comptes de la filiale au bilan consolidé qu'au prorata du pourcentage d'intérêts détenus par la société mère (art. 335 L1915). Il n'y a plus de prise en compte des intérêts des minoritaires, car la société mère se limite à consolider les filiales dans la mesure où elle les possède.

Exemple : si la société-mère détient 50% d'une filiale commune et que cette filiale a une créance de 120 sur un client, cette créance figurera pour un montant de  $50\% \times 120 = 60$  au bilan consolidé.

Cette méthode n'est jamais obligatoire mais facultative. Lorsque l'entreprise entend y recourir, elle ne pourra le faire que dans la mesure où elle se trouve dans une situation de contrôle conjoint : il faut un partage d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte

<sup>1</sup> CNC 2-1 du 18 déc. 2009.

que les décisions résultent de leur accord commun (ex. : « joint-ventures »).

[597] **Mise en équivalence.** — La mise en équivalence se distingue des deux méthodes précédentes en ce sens qu'il n'y a plus de cumul total ou partiel des comptes des entités, mais simplement une réévaluation des titres de participation (art. 336 L1915). Dans cette méthode, il est procédé à la substitution de la valeur comptable des titres détenus par la quote-part des capitaux propres de la filiale. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une méthode de consolidation mais plutôt d'une méthode particulière de réévaluation du portefeuille de titres de participation.

Cette méthode est utilisée en présence de participations minoritaires comprises entre 20% et 50% ; dans ce cas, la société mère n'exerce aucun contrôle sur le patrimoine de la filiale, de sorte que l'intégration proportionnelle ne permettrait pas de donner une image fidèle du groupe. La mise en équivalence est donc limitée aux situations où la société mère exerce une influence notable sur la filiale, sans pouvoir la contrôler seule ou conjointement. L'influence notable sera réputée exister si la société mère détient, directement ou indirectement, au moins 20% des droits de vote de la filiale.

Les comptes consolidés font l'objet d'un rapport consolidé de gestion (art. 339 L1915) exposant fidèlement la situation du groupe et sont contrôlés par un réviseur d'entreprises. Les comptes consolidés, ensemble avec le rapport du réviseur d'entreprises, sont publiés au Mémorial (art. 341 L1915). La publication du rapport de gestion consolidé est facultative.

Exemple : La société-mère a participé à la constitution de sa filiale « F » à hauteur de 40%. Le bilan de « F » se présente comme suit : Avoirs 3 600 ; Capital social 400 ; Réserves 1 200 ; Résultat 320 ; Dettes 1680.

La mise en équivalence consiste à remplacer le coût d'achat des titres de participation 160 (= 40% x 400) par un montant de 768, la différence de 608 augmentant les capitaux propres de la société-mère et pouvant être ventilée comme suit : - 40% x 1200 = 480 (quote-part dans les réserves) ; - 40% x 320 = 128 (quote-part dans le résultat ; ce montant sera également repris au compte de résultat de la société-mère).

### 3. LA GESTION FISCALE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS<sup>1</sup>

[598] **Considérations générales.** — Le droit fiscal est, on le sait, réaliste. Il n'est dès lors pas étonnant qu'il comporte certaines dispositions favorables à l'unité économique qu'est le groupe de sociétés. Il s'agit d'éviter à la fois que les actionnaires de la société mère ne soient plus lourdement imposés sur les bénéfices en provenance de leurs filiales que sur ceux qui sont directement réalisés par la société mère. Mais il faut également éviter qu'un impôt ne soit prélevé au sein du groupe globalement en pertes, en raison du seul fait que certaines sociétés réalisent des bénéfices et subissent l'impôt, alors que les autres sociétés essuient des pertes, sans que les pertes des unes ne puissent s'imputer sur les bénéfices des autres. Le régime des sociétés mères et filiales répond à ce premier objectif ; celui de l'intégration fiscale au second. Pour s'en tenir au droit interne<sup>2</sup>, et sans entrer dans une analyse approfondie qui n'aurait pas sa place dans cet ouvrage, il convient néanmoins de dégager les traits essentiels de ces deux régimes, après avoir rappelé le principe de base qu'est la reconnaissance de l'autonomie fiscale de chaque entité du groupe.

Le principe de base en matière de fiscalité de groupes de sociétés est que le groupe est constitué d'un ensemble de personnes morales distinctes, principe dont il convient de tirer toutes les conséquences. La société à la tête du groupe traite en principe avec ses filiales comme avec des tiers : elle est imposable sur les produits comptables qu'elle y génère et peut déduire ses charges relatives. Il en est de même des différentes filiales. Ce n'est que lorsque l'opération conclue entre

<sup>1</sup> SPANG, Vers un droit des groupes de sociétés ?, ALJB, t. 3, p. 1069 ; STEICHEN, Précis de droit fiscal de l'entreprise, 4<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2013.

<sup>2</sup> Le groupe de sociétés n'est pas inconnu en droit fiscal international, le Conseil des Communautés européennes ayant adopté, le 23 juill. 1990, une directive concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents. V. : JOCE 20 août 1990, L225.

la filiale et la société mère ne s'explique qu'en raison des relations financières les unissant que le droit fiscal se révèle réaliste. C'est ainsi, par exemple, qu'une vente à des prix anormalement avantageux faite par la filiale à sa société mère constitue une distribution cachée de bénéfices à hauteur de l'avantage anormal consenti par la filiale à sa société mère. Dans un sens inverse, un abandon de créances accordé par la société mère à sa filiale ne constitue pas une charge déductible pour la société mère si cet abandon de créances ne s'explique qu'en raison du statut d'associé de la société mère. Dans un tel cas, l'abandon de créances, plutôt que de réduire l'assiette imposable de la société mère, est ajouté au coût d'achat de la participation dans les livres de la société mère et n'influe en définitive pas sur son résultat imposable. En jargon technique, il s'agit d'un « apport caché de capital ».

**[599] Régime des sociétés mères et filiales.** — Le régime des sociétés mères et filiales est destiné aux sociétés (mères) assujetties à l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg (les sociétés « opaques ») et qui détiennent une participation dite importante dans d'autres sociétés opaques, luxembourgeoises ou étrangères (art. 166 L.I.R.). La participation sera « importante » si la société mère détient une participation de 10% dans le capital social de la filiale soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités (ou un impôt similaire à l'étranger) ou une participation de 1 250 000 € dans ladite filiale. L'effet du régime est de ne pas comprendre dans l'assiette imposable de la société mère les dividendes versés par la filiale, dès lors que la filiale est détenue pendant une durée de 12 mois au moins (avant ou après versement du dividende). Les dividendes perçus sont ainsi exonérés des impôts prélevés sur les bénéfices des entreprises, des dispositions analogues existant en vue de l'exonération des participations détenues par la société mère lors du calcul de l'impôt sur la fortune. L'exonération des dividendes est pareillement étendue aux gains en capitaux réalisés par la société mère lors de la cession de ses filiales, sous des conditions quelque peu plus

restrictives il est vrai :

- la société mère doit détenir 10% dans le capital social de la filiale ou avoir déboursé 6 000 000 € en vue de son acquisition ;
- la société mère doit avoir détenu la filiale depuis le début de l'exercice comptable de la société mère ayant précédé 12 mois de cession de la filiale.

Exemple : La société mère M clôture régulièrement ses comptes au 30 juin. M a acquis deux filiales F1 et F2, F1 le 15 juin 2000, F2 le 30 septembre 2000. M envisage de céder F1 et F2 au 31 décembre 2001. Le gain en capital relatif à F1 est exonéré, car M détient F1 depuis le 30 juin 2000 au moins. En revanche, F2 a été acquis durant l'année comptable qui précède l'année de cession de F2 (1<sup>er</sup> juill. 2000 – 30 juin 2001), de sorte que la plus-value est imposable.

**[600] Régime de l'intégration fiscale.** — Le régime « mère-fille » est avantageux mais ne permet pas de compenser les bénéfices et les pertes des différentes entités faisant partie du groupe. Cet objectif est réalisé dans le cadre du *régime de l'intégration fiscale* (art. 164 bis L.I.R.). Le régime de l'intégration fiscale repose sur le principe d'une compensation des bénéfices et des pertes des différentes sociétés du groupe. Le résultat d'ensemble est calculé au niveau de la société mère. Il résulte de la somme algébrique des résultats positifs comme négatifs qui sont déclarés mais non acquittés par chaque société du groupe. Il n'y a pas de retraitement, comme en droit comptable, des opérations intragroupe.

Les conditions de ce régime optionnel, produisant ses effets pour 5 ans, ont été sensiblement assouplies depuis 2001 : outre l'assujettissement à l'impôt sur le revenu des collectivités de la société mère et des sociétés filiales, comme précédemment, il suffit que la société mère détienne, directement ou indirectement, 99% du capital des filiales. Le régime d'intégration fiscale maintient une assise strictement territoriale au groupe, car seules les filiales résidant au Luxembourg peuvent être consolidées.

Il est possible d'atteindre le même résultat que dans le régime d'intégration fiscale si la société filiale est une société transparente du point de vue fiscal, souvent une société en nom collec-



tif. Là aussi, il y a remontée directe des pertes vers la société mère. En effet, dans le régime de la *transparence fiscale*, ce sont les associés, et non pas la société elle-même, qui subissent l'impôt en raison des bénéfices sociaux.

Exemple : La société-mère SM consolide ses filiales F1 et F2. Leurs résultats respectifs sont les suivants :

SM :	+ 100
F1 :	./ 200
F2 :	+ 400

Le résultat du groupe est de :  $100 - 200 + 400 = +300$ . SM, en tant que redevable de l'impôt, déclarera une base imposable de 300.

### § 3. LES RÈGLES PROTECTRICES

Si le « groupe » en tant que tel reste inconnu par le droit des sociétés, le législateur n'est pas resté insensible à la nécessité de protéger les différentes personnes liées à la société. Ces règles concernent non seulement les associés de la société (A), mais également ses salariés (B) et créanciers (C).

#### A. LA PROTECTION DES ASSOCIÉS

**[601] Protection des associés en général.** — La protection des associés en général passe par la qualité de l'information financière :

- information aux associés, sous forme de mention à l'annexe, des prises de participation intervenues au cours de l'exercice (art. 65 L19.12.2002) ;
- établissement de bilans consolidés ;
- information des associés de la composition de l'actionnariat, cette obligation n'étant prévue qu'en cas de franchissements de seuils dans les sociétés cotées (v. n° [582]).

**[602] Protection des associés minoritaires en particulier : l'abus de majorité.** — Les associés minoritaires d'une société qui font partie d'un groupe peuvent se trouver dans une situation délicate. C'est ainsi, par exemple, que les associés majoritaires, lors de l'acquisition d'un bloc de contrôle, peuvent s'être fait promettre un poste d'administrateur, ce dont les associés minoritaires seront exclus.

Lorsque la société est *cotée en bourse*, un minimum de protection existe pour les associés minoritaires. Les conditions de l'OPA profitent à l'ensemble des associés et assurent ainsi une égalité de traitement de tous les associés (v. n° [577]). Par ailleurs, les minoritaires, souvent moins bien informés, bénéficient de la protection de la loi pénale frappant les « délits d'initiés » dans la mesure où les initiés, souvent les associés majoritaires, réaliseraient des opérations boursières à partir d'informations recueillies avant que le public n'en ait eu connaissance.

L'infraction de délit d'initié résultait à l'origine d'une loi de 1991. Celle-ci a été abrogée en 2006 par une infraction dite « *abus de marché* ». Cette dernière sanctionne non seulement le fait de profiter de l'information privilégiée pour faire des transactions boursières, mais également la communication aux tiers afin de permettre à ceux-ci de procéder à des opérations boursières basées sur ces informations privilégiées<sup>1</sup>. Afin de combattre le mal à la racine, la loi impose aux émetteurs de valeurs mobilières cotées en bourse de diffuser aussi rapidement que possible au public les informations susceptibles d'exercer une influence sur les prix en bourse, d'établir et de tenir à jour une liste des personnes ayant accès aux informations privilégiées et de déclarer à l'autorité de contrôle (la CSSF) toutes les opérations effectuées pour leur compte par les personnes exerçant des fonctions dirigeantes au sein de l'émetteur.

Dans les *sociétés non cotées*, la protection des minoritaires est moindre. Notamment, la cession d'un bloc de contrôle ne permet pas aux minoritaires de prendre le train en marche et de céder leurs titres sociaux au même prix (v. n° [586]). Les minoritaires se trouvent ainsi exposés à voir arriver d'autres personnes, éventuellement jugées non désirables, dans la société. La loi ne prévoit pas de droit de retrait des minoritaires, ni de leur accorder une indemnité compensatrice au cas où ils choisiraient de rester dans la société. En revanche, dans les sociétés cotées comme dans les sociétés non cotées, les associés minoritaires peuvent invoquer l'*abus*

<sup>1</sup> POELMANS/CONIN, Le délit d'initié : première décision de jurisprudence et projet de réforme législative, *Bull. Dr. et Banque* n° 36, p. 18 ; v. également SCHUMMER, MAD ou la tentative de lutter contre les abus de marché par la loi du 9 mai 2006, *Bull. Dr. et Banque* n° 40, p. 7.

de majorité pour obtenir l'annulation des décisions de l'assemblée prises en raison du poids de la société mère dans les votes et qui ne sont pas conformes aux intérêts spécifiques de la filiale (sur ce concept en général, v. n° [248]). S'il n'existe certes aucune disposition législative en matière de groupe de société relative à l'abus de majorité, l'absence de texte n'exclut cependant pas l'action en abus de majorité. Il est de principe que la majorité des associés ne peut abuser de sa position dominante dans une société pour imposer une décision contraire aux intérêts de la société et fondée sur l'intérêt du groupe. Pour que l'abus puisse être retenu, il faut une absence totale de contrepartie des minoritaires.

## B. LA PROTECTION DES SALARIÉS

Le droit du travail reconnaît l'unité économique et sociale que forme le groupe tant en ce qui concerne les institutions représentatives du personnel que les relations individuelles du travail.

**[603] Dans les institutions représentatives du personnel**<sup>1</sup>. — Dans ce domaine, il s'agit d'éviter que la multiplication des sociétés au sein d'un groupe ne permette de contourner les obligations légales en matière d'institutions représentatives du personnel, obligatoires à partir d'un certain seuil d'effectifs. Aussi, la loi relative aux délégations du personnel<sup>2</sup> fait abstraction de la personnalité juridique des différentes sociétés faisant partie d'un même groupe, lorsque ces sociétés appartiennent à une seule et même « *unité économique et sociale* ». Il y a « *unité économique et sociale* » lorsque, malgré l'existence de sociétés juridiquement distinctes, il y a direction commune et travail ou conditions de travail similaires<sup>3</sup>. La complémentari-

té et l'interpénétration des activités, une direction commune, une communauté de salariés permutables à statut social identique<sup>4</sup> sont autant d'indices de l'existence d'une unité économique. Dans ce cas, les différentes sociétés faisant partie de l'unité économique sont traitées comme étant une seule entreprise pour le calcul des critères de seuil d'effectifs<sup>5</sup>.

**[604] Dans les relations individuelles de travail.** — La notion de groupe transparait également dans les relations individuelles de travail. L'appartenance de la société à un groupe a des incidences tant pour déterminer qui est l'employeur que pour apprécier les conséquences d'une mutation et d'un licenciement.

En l'absence d'une définition légale, la jurisprudence<sup>6</sup> définit le contrat de travail comme étant la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération. Parmi les trois critères de cette définition (prestation de travail, rémunération, subordination juridique), le critère de subordination juridique nous intéressera dans ce contexte. Il exprime le pouvoir de direction, de surveillance, d'instruction et de commandement de l'employeur à l'égard du salarié. L'existence de ce critère dans un cas d'application concret se déduit donc de l'autorité et du contrôle effectif tels qu'ils sont exercés par l'employeur. Si un salarié n'a normalement qu'un employeur, il peut toutefois être *lié à plusieurs employeurs d'un même groupe par des contrats distincts* à condition évidemment qu'il reçoive de ce fait régulièrement des directives de ses co-employeurs. L'hypothèse la plus fréquente sans doute est toutefois celle où le salarié est recruté par la

<sup>1</sup> SPANG, *Vers un droit des groupes de sociétés ?*, ALJB, t. 3, p. 1069.

<sup>2</sup> Art. 1<sup>er</sup> et 3 de la loi du 18 mai 1979.

<sup>3</sup> CE 17 janv. 1994, *Dock c/ITM*, n° 9039 ; C.A. 9 févr. 1999, *Cedel c/Biwer*, n° 11081 ; *Dikkriker Supermaart c/ Meyer*, n° 16466 ; Cour 17 mars 2011, n° 36 198, *Bull*

*Barreau* 2/2011, p. 31.

<sup>4</sup> Cour 30 nov. 1995, *Dikkriker Supermaart c/ Meyer*, n° 16466.

<sup>5</sup> Cour 4 mars 1999, *Noack c/Promarkt*, *Pas.* 31, p. 117 ; Cour 15 mai 2007, in *Bull. Dr. et Banque* n° 40, p. 66 ; comm. SPANG.

<sup>6</sup> V. SCHINTGEN, *Droit du travail*, Luxbg, 1996, p. 10.

société mère pour être affecté, immédiatement ou par la suite, dans une filiale, tout en restant également subordonné à la société mère. Dans ce cas, le salarié peut agir valablement contre l'un de ses deux employeurs (sans distinction) pour faire valoir ses droits<sup>1</sup>.

Une autre hypothèse est celle d'une personne recrutée comme salarié par la société mère et qui exerce par la suite des fonctions de dirigeant auprès de la filiale. Le mandat de dirigeant n'entraînera pas automatiquement cessation du contrat de travail avec la société mère. Pour cela, il faudrait que le salarié ait renoncé aux bénéfices du contrat de travail existant. Bien qu'il puisse le faire, le salarié ne peut être présumé l'avoir fait, car la renonciation à un droit ne se présume pas. En effet, si la renonciation ne doit pas être expresse et peut donc être tacite<sup>2</sup>, elle doit néanmoins être sans équivoque. De ce fait, la nomination aux fonctions de dirigeant auprès de la filiale n'enlève pas le statut de salarié auprès de la société mère et la démission subséquente du mandat de dirigeant n'entraîne pas la résiliation du contrat de travail auprès de la société mère<sup>3</sup>.

Le salarié bénéficie également d'une protection accrue en cas de mutation et de détachement au sein du groupe. Il y a *détachement* lorsque le salarié est détaché par son employeur, généralement la société mère, pour le temps d'une mission auprès d'une autre société du groupe. Si le détachement prend une certaine durée, il y aura généralement conclusion d'un nouveau contrat de travail avec la société, pour laquelle le salarié va dorénavant travailler. Dans ce cas, le contrat d'origine est simplement suspendu pour la période de détachement, en attendant le retour du salarié auprès de la société mère. La *mutation* ou le transfert se définit comme une mesure définitive ; l'hypothèse d'un retour n'est plus envisagée et il y a changement d'employeur. Qu'il s'agisse d'un simple détachement ou d'une mutation, l'ancienneté du salarié sera toujours calculée sur la base de la durée totale des différents contrats

successifs du salarié au sein du groupe<sup>4</sup>.

L'existence d'un groupe peut également bénéficier, le cas échéant, aux dirigeants des filiales respectives. Ainsi, la question se pose de savoir si le dirigeant d'une filiale devient le salarié de la société mère en raison de l'exercice de son mandat social et des contrôles effectués par la société mère sur sa filiale. Le fait que la société mère exerce un certain contrôle sur le dirigeant lors de l'exécution de son mandat n'est cependant pas suffisant en soi pour caractériser l'existence d'un contrat de travail, car il est normal que l'associé majoritaire ne se désintéresse pas du sort de son investissement. Cette situation paraît inhérente au fonctionnement des groupes de sociétés, et on ne saurait nier que, à quelques rares exceptions près, un dirigeant de filiale sera toujours, peu ou prou, sous le contrôle de la société mère. Cela ne saurait toutefois conduire à conférer au *dirigeant de la filiale* le statut de *salarié de la société mère*. Ce n'est qu'en présence d'un lien de subordination renforcé que l'on pourra conclure, à titre d'exception, à l'existence d'un contrat de travail avec la société mère. Le contrôle exercé par la société mère doit clairement et nettement excéder le contrôle « normal » d'un associé majoritaire dans une société filiale.

### C. LA PROTECTION DES CRÉANCIERS<sup>5</sup>

**[605] Principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe.** — Le principe est celui de

<sup>1</sup> Cour 6 févr. 1997, n° 18865, *Stones Marketing c/Da Silva* ; Tribunal de travail 12 mars 1999, *Rozencwajg c/Safra Republic Holding S.A.*, n° 1458/99.

<sup>2</sup> RAYNAUD, La renonciation à un droit, *RTD civ.* 1936, p. 773, spéc. n° 12.

<sup>3</sup> DOM, Cumul du mandat social et du contrat de travail, *BJS* juin 2003, § 140, p. 646.

<sup>4</sup> Cour 8 févr. 1990, *Établissements Pusch Frères c/Linster* ; Cour 14 avr. 2005, n° 29 295, *Bull. Barreau* 2005, p. 181.

<sup>5</sup> COPPENS, La faillite personnelle du maître de la société, *RPS* 1967, p. 195 ; FORIERS, Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite, *J.T.* 1980, p. 417 ; LANGLOIS-COLLON, *La responsabilité de la société mère à l'égard des tiers*, th. Paris, 2001 ; VEROUGSTRAETE, *L'action en comblement du passif. Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, 1983, p. 425 ; VAN OMMESLAGHE (rapporteur général), *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Bruxelles, 1985.

l'indépendance juridique de chaque société du groupe : la société mère ne répond pas des engagements de ses filiales et réciproquement (v. n° [587]). Si le groupe a préféré la voie de la filialisation plutôt que celle de l'exploitation de succursales, les créanciers qui ont traité avec la filiale ne pouvaient (ou ne devaient) en ignorer les conséquences financières. Les différentes sociétés membres du groupe ont chacune leur propre personnalité juridique ; elles sont de ce fait en principe seules responsables du règlement intégral de leurs créanciers sociaux. C'est le principe de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe. Les expressions comme « la levée du voile de l'incorporation » (« *piercing the corporate veil* ») ne reflètent donc pas l'état de droit actuel. Sur cette toile de fond, un certain nombre d'exceptions viennent corriger les situations jugées excessives<sup>1</sup>.

**[606] Passerelles.** — La société mère *in bonis* peut voir son engagement solidaire retenu vis-à-vis d'une autre société du groupe, généralement en difficultés financières, en raison de *cautionnements* exprès accordés par elle au profit de sa filiale.

Dans l'hypothèse du *cautionnement*, la société mère s'engage envers le créancier de la filiale à s'exécuter à la place de la filiale, si cette dernière n'exécute pas elle-même l'obligation mise à sa charge<sup>2</sup>. La société mère peut opposer au bénéficiaire de la garantie les exceptions dont pourrait se prévaloir la filiale elle-même. Le cautionnement présentant un caractère accessoire, l'extinction de la dette principale mettra fin aux obligations de la caution.

En l'absence d'un cautionnement exprès, la société mère pourrait néanmoins être condamnée à supporter les pertes de sa filiale, en raison par exemple de « *lettres d'intention* », « *de patronage* » ou encore « *de confort* ». La valeur juridique de ces lettres est variable et peut aller d'une simple lettre de courtoisie à un engagement

unilatéral égal au cautionnement, en passant par une obligation de moyens<sup>3</sup>. La lettre vaudra cautionnement lorsque la société mère a fait croire ou laissé croire au créancier de la filiale qu'elle s'engageait à son égard<sup>4</sup>.

Dans la *lettre d'intention*, la société mère assure au créancier de la filiale le respect des engagements pris par la filiale (souvent à l'égard d'une banque). Trois situations peuvent alors se présenter :

- il peut s'agir d'un simple *engagement moral sans valeur juridique*. Tel sera le cas si la société mère a seulement exprimé l'intérêt qu'elle porte à sa filiale ou se borne à présenter celle-ci favorablement dans une lettre de recommandation ;
- la lettre d'intention peut constituer un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire, par lequel la société mère se trouve tenue soit d'une « *obligation de moyens* », soit d'une « *obligation de résultat* », dont il revient au créancier qui en réclame la réparation pour cause d'inexécution d'établir la nature et le contenu. Il y aura « obligation de moyens » si la société mère s'est uniquement engagée à certaines diligences, telle celle de tout mettre en œuvre afin que la filiale satisfasse ses obligations. La responsabilité de la société mère ne sera alors mise en cause que si le créancier peut prouver une faute dans son chef, un préjudice qu'il aurait subi ainsi qu'une relation causale entre les deux. L'obligation de la société mère sera « de résultat » si la société promet au créancier une issue précise et déterminée, tel que le remboursement de ses dettes par la filiale. Si ce résultat n'est pas atteint, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts sans avoir à prouver la faute de la société mère ;
- enfin, la lettre d'intention vaut *cautionnement* si la société mère s'engage envers le créancier à se substituer à sa filiale, en cas de défaillance de sa part.

L'obligation aux dettes peut également résulter du simple *comportement de la société mère induisant les tiers en erreur*, soit que le contractant ait pu légitimement croire que la société mère était aussi son contractant,

<sup>1</sup> SCHMIDT, La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés, *RS* 1981, p. 725.

<sup>2</sup> Art. 2011 C.civ. : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

<sup>3</sup> Comp. NAJJAR, L'autonomie de la lettre de confort, *D.* 1989, chr. p. 217 ; FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, *DPCI* 197, p. 73.

<sup>4</sup> GHESTIN, La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale, in : *Mélanges Van Ommeslaghe*, Bruxelles, 2000, p. 427.

soit qu'il pouvait penser que la société mère se substituait à sa filiale.

La *théorie de l'apparence* ne nécessite pas d'établir une faute ; il suffit que le demandeur prouve sa croyance légitime<sup>1</sup>. Des adresses électroniques similaires, des dirigeants identiques ainsi que la participation de la mère aux négociations contractuelles sont de nature à créer cette apparence trompeuse. La publicité trompeuse concernant les activités des filiales du groupe, présentées comme de simples succursales ou départements, si la publicité émane de la société mère, est également susceptible d'induire les tiers en erreur. C'est moins l'intrusion intempestive de la société mère dans la gestion de sa filiale, au risque de méconnaître l'autonomie juridique de celle-ci, qui est sanctionnée, que l'erreur légitime du contractant. Cette preuve sera plus difficile à rapporter que l'immixtion dans la gestion par la société mère, car dans un groupe de sociétés les frontières entre immixtion et gestion centralisée sont souvent difficiles à établir. La théorie de l'apparence permet de sauvegarder le fonctionnement des groupes de sociétés, tout en préservant les intérêts des tiers de bonne foi.

**[607]Action en comblement de passif<sup>2</sup>.** — La société mère pourrait également, en cas de faillite de sa filiale, être exposée à une action en comblement de passif, en sa qualité de dirigeant de fait de la filiale (art. 495-1 C.com. ; v. n° [403]). Cette disposition n'est pas propre au groupe de sociétés, mais commune à tous ceux qui sont dirigeants de fait de sociétés. La clé de ces contentieux résidera dans la capacité à démontrer que la société mère s'est comportée comme un dirigeant de fait, *en s'immiscant de manière constante dans sa gestion*. Tel pourrait par exemple être le cas, s'il est établi que les représentants légaux de la filiale se sont en réalité comportés comme des marionnettes de la société mère, sans aucune autonomie décisionnelle.

Il faudra en sus, tout comme en droit commun, pour que l'obligation aux dettes de la société mère puisse être retenue, démontrer que la société mère ait commis des « *fautes graves et caractérisées* » ayant contribué à la faillite de sa filiale.

**[608]Action en extension de la faillite.** — Le principe de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées empêche normalement d'étendre à la société mère la faillite de ses filiales. Quand, au sein d'un même groupe, les différentes filiales se trouvent en état de cessation de paiements, les tribunaux ouvriront la procédure de la faillite pour chacune des sociétés du groupe individuellement, tout en excluant la société mère *in bonis*. Cette attitude mesurée des tribunaux tendant clairement à réserver les extensions de faillite à des cas exceptionnels est pleinement justifiée, tant les effets de cette mesure sont radicaux. Il faut bien comprendre, en effet, que l'extension à la société mère, par exemple, de la liquidation judiciaire de sa filiale aboutit à la liquidation de la société mère elle-même, même dans l'hypothèse où celle-ci serait parfaitement viable. Cette option procédurale n'est donc ouverte qu'en présence d'abus caractérisés que l'on peut regrouper en quatre hypothèses distinctes.

L'extension en faillite est justifiée, si la filiale a été créée dans le seul but de contourner des dispositions législatives et réglementaires, et, par voie de conséquence, de porter atteinte aux intérêts des créanciers sociaux. Dans ce cas, les tribunaux sont en droit de priver d'effet la personnalité morale de la filiale, au motif que la création de celle-ci aurait été constitutive d'une *fraude à la loi*.

L'extension de faillite est également justifiée, si la filiale en état de cessation de paiements est *fictive* et qu'elle n'a, par conséquent, en réalité ni patrimoine, ni personnalité distincts de ceux de la société qui en est le maître, de sorte que la société mère et sa filiale fictive ne forment en réalité qu'une seule personne morale.

La fictivité va souvent de pair avec l'absence d'autonomie des sociétés qui doit être appréciée de manière organique et opérationnelle. Le *critère organique* renvoie à l'identité des associés, des dirigeants, du siège, etc. Le *critère opérationnel* porte sur la simple exécution des directives données par le maître de l'affaire au travers de l'absence de fonctionnement des organes sociaux, de pouvoirs décisionnels et d'activité distincte par rapport à la société mère. C'est ainsi que si une filiale se présente à sa clientèle ensemble avec sa société mère comme une entité unique ayant les mêmes locaux, le même téléphone, le même logo que

<sup>1</sup> Sur la notion : SOURIOUX, La croyance légitime, *JCP* 1982, I, 3058.

<sup>2</sup> BON, L'entreprise en difficulté à l'intérieur d'un groupe, *Rev. fr. compt.* 1980, p. 185.

la société mère, tout en minimisant sa désignation propre, il y a fictivité de la filiale. Sur la base de la théorie de l'apparence, cette conclusion paraît logique, car la filiale s'est présentée en fait comme une simple succursale de la société mère.

L'extension de faillite est encore justifiée, si, en l'absence de fictivité, *les patrimoines de la société mère et de sa filiale en difficultés financières ont été confondus*<sup>1</sup>. Dans ce cas, les sociétés, dont les patrimoines sont confondus, sont, du point de vue patrimonial, considérées comme formant une entreprise unique. C'est l'hypothèse de la société mère « tyran », utilisant sa filiale comme un simple instrument, comme son jouet. Ce cas de figure est à distinguer de l'hypothèse de la société mère « souveraine » exerçant certes un contrôle total sur la société, mais respectant cependant les règles juridiques en matière de fonctionnement et d'organisation de sa filiale. Une interdépendance économique et un contrôle juridique important par la société mère révèlent l'existence d'un groupe de sociétés, mais ne permettent pas de légitimer une action en extension de faillite. La confusion des patrimoines peut avoir une cause organisationnelle ou financière. La cause est organisationnelle en présence d'une imbrication inextricable des patrimoines : absence de séparation des avoirs des sociétés ; une communauté de comptes bancaires ; absence de comptabilité distincte des sociétés concernées, etc. La confusion des patrimoines peut également être due à des facteurs financiers et résulter de l'existence de relations financières anormales entre les sociétés du groupe, de transfert d'un patrimoine à l'autre sans contrepartie, de relations financières anormales, de déséquilibres dans les prestations convenues, ....

La détention par une société de la majorité et même de l'intégralité du capital d'une filiale ne permet pas à elle seule de faire la preuve de la confusion des patrimoines. Il ne suffit pas non plus que les dirigeants soient communs, les objets sociaux identiques, ni même qu'il existe une gestion centralisée du groupe comme d'une clientèle commune, dès lors que chaque

société a conservé une activité indépendante, un actif et un passif propres et qu'aucun flux anormal n'a existé entre elles. La confusion des patrimoines pourra résulter du fait que les actifs des sociétés concernées aient été confondus (confusion des comptes avec impossibilité de déterminer les droits et obligations de chacune des sociétés) et qu'ait été créé un risque de véritable confusion entre les différentes sociétés dans l'esprit de leurs cocontractants. Mais elle pourra également résulter de relations financières anormales (abandons de créances intragroupe, absence de refacturations intragroupe, etc.).

Enfin, l'extension de faillite sera justifiée, si *la société mère s'est comportée comme un dirigeant de fait* de la filiale et qu'elle a commis des *fautes de gestion caractérisées* définies comme étant des actes commis dans la filiale nuisant gravement aux intérêts de cette dernière au profit de la société mère elle-même ou d'autres sociétés du groupe (art. 495 C. com.).

L'extension de la faillite à la société mère nécessite évidemment la cessation de paiements de celle-ci. Si elle reste in bonis, la société mère pourra seulement faire l'objet d'une action en comblement de passif (v. n° [607]).

<sup>1</sup> GRELON/DESSUS-LARRIVE, Confusion des patrimoines au sein d'un groupe, *RS* 2006, p. 281.

## Section 2. Les groupes contractuels

Le groupement d'intérêt économique peut avoir une vocation nationale (§ 1) ou internationale (§ 2).

### § 1. LE GROUPEMENT À VOCATION NATIONALE : LE G.I.E.<sup>1</sup>

**[609] Présentation.** — Le GIE est une institution juridique instituée par une loi de 1991. Il est destiné à permettre aux entreprises d'unir leurs efforts là où elles ont des intérêts communs, tout en conservant leur entière indépendance. Cette forme de personne morale se distingue à la fois des sociétés et des associations. Elle est inspirée du groupement européen d'intérêt économique, lequel doit lui-même son origine au GIE de droit français. On verra les règles relatives à la constitution du GIE (A), à son fonctionnement (B) ainsi que le statut des membres du GIE (C).

#### A. LA CONSTITUTION DU GIE

**[610] Personnalité morale du GIE.** — Le GIE acquiert la personnalité morale par la *conclusion du contrat* (art. 4 al. 2 L25.3.1991). Si l'octroi de la personnalité morale confère certes au GIE un patrimoine autonome, il n'en reste pas moins que la personnalité morale du GIE a une *consistance moindre* que celle des sociétés parce que le GIE n'a aucune activité autonome ni de clientèle propre.

**[611] Dénomination du GIE.** — Le GIE doit avoir une dénomination librement choisie par ses membres

(art. 5 L25.3.1991). Afin de permettre aux tiers de connaître exactement la nature de la personne morale avec laquelle ils traitent, la dénomination doit, sur tous les actes et documents émanant du groupement et destinés aux tiers, être suivie des mots groupement d'intérêt économique ou du sigle GIE (art. 9 L25.3.1991).

**[612] Capital et apports.** — Le GIE peut être constitué *avec ou sans capital*. Dans cette dernière hypothèse, les droits et obligations des membres sont déterminés librement dans les statuts. L'absence d'exigence d'un capital se justifie par la responsabilité des membres du GIE (v. n° [623]). Elle implique la possibilité de ne réaliser aucun apport ou des apports en industrie. L'absence de capital n'empêche pas le GIE de recevoir des apports en numéraire et en nature de ses membres, puisque la constitution d'un capital n'est pas exclue par la loi. Si cette voie est choisie, le capital ne sera pas soumis au *principe de fixité* comme c'est le cas pour les sociétés (v. n° [200]). L'apport constituant un élément essentiel du contrat de société, le GIE n'est de ce fait pas une « société ».

**[613] Siège du GIE.** — Le siège social du GIE doit être précisé dans les statuts (art. 9 al. 1<sup>er</sup> c L25.3.1991).

**[614] Durée du GIE.** — Le GIE est généralement constitué pour une *durée déterminée*. Celle-ci est fonction du but poursuivi lors de la constitution. Mais rien n'empêche le GIE d'être constitué pour une *durée illimitée* (art. 5 n° 4 L25.3.1991).

**[615] Conditions de forme et de publicité.** — Le contrat constitutif du GIE doit être établi par un *acte écrit sous seing privé* ou *notarié* (art. 4 al. 1<sup>er</sup> L25.3.1991). S'il est sous seing privé, l'acte constitutif doit être dressé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties (art. 1325 C.civ.). Le contrat constitutif doit contenir un certain nombre de *mentions* (art. 5 L25.3.1991) : dénomination, éléments d'identification des membres, durée, objet, adresse, à quoi il faut ajouter les indications relatives au fonctionnement, à la dissolution et à la liquidation du groupement. Le respect des conditions de forme est exigé sous peine de

<sup>1</sup> DURAND/LATSCHA, *Le groupement d'intérêt économique*, Paris, 1968 ; GOEDERT, Un nouvel instrument juridique : le GIE, in : *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, Luxbg, 1986, p. 203 ; KRIEGER, Le groupement d'intérêt économique, *Feuille de Liaison de la Conférence St-Yves*, n° 85, 1994, p. 9 ; LEMEUNIER, *Le groupement d'intérêt économique*, Paris, 1968 ; MILQUET, L'apparition de deux nouvelles formes juridiques : le GEIE et le GIE, *RPS* 1990, p. 1.

la nullité du contrat de GIE.

Le contrat du GIE (art. 7 L25.3.1991) ainsi que ses actes modificatifs (art. 8 al. 2 L25.3.1991) seront publiés par extraits au RESA dans le mois de leur adoption. En outre, l'art. 7 de la loi du 19 déc. 2002 sur le RCS requiert l'immatriculation du GIE comme du GEIE au RCS. L'immatriculation doit porter sur les éléments suivants :

- la dénomination du groupement et, le cas échéant, l'abréviation et l'enseigne commerciale utilisées ;
- l'indication de l'objet du groupement ;
- les nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse privée ou professionnelle précise ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale, la forme juridique, l'objet social, le siège social et, le cas échéant, le numéro d'immatriculation au RCS de chacun des membres du groupement ;
- la date de constitution du groupement ainsi que sa durée ;
- l'adresse précise du siège du groupement ;
- les nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse privée ou professionnelle précise ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale, le siège social et le numéro d'immatriculation au RCS, si la législation de l'État dont la personne morale relève prévoit un tel numéro, des personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour le groupement, le régime de signature, la date de nomination et la date d'expiration du mandat. S'il s'agit de personnes morales, les nom, prénoms, date et lieu de naissance et adresse professionnelle ou privée précise des représentants, personnes physiques, désignées par celles-ci.

## B. LE FONCTIONNEMENT DU GIE

**[616] Les activités autorisées du GIE : un organisme de support d'autres entreprises.** — L'objet du GIE doit être *licite*, si bien que sont exclues les activités interdites ou immorales et celles où la loi exige une *forme juridique déterminée*.

L'objet économique du GIE est de *faciliter et de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité* (art. 1<sup>er</sup> L25.3.1991). Son activité, qui est donc accessoire, doit se rattacher à celle de ses membres et en constituer le prolongement. En aucun cas, le GIE ne doit se substituer à ses membres pour exercer leur activité, ni détenir des parts sociales de ses membres (art. 2 b L25.3.1991). Il serait frappé de nullité s'il absorbait l'activité économique de ses membres. Centre de coûts et non pas centre de profits, le but du GIE n'est pas de réaliser des *bénéfices* pour lui-même (art. 2 c L25.3.1991). S'il en réalise tout de même, dans le cadre de l'activité auxiliaire qui lui est impartie, il pourra, dans ce cas, soit partager les bénéfices entre ses membres, soit les mettre en réserves, afin de faire face à ses futurs frais de fonctionnement<sup>1</sup>. Le GIE doit avoir un *but économique* et a donc vocation à intervenir dans tous les secteurs économiques, y compris le secteur public. Il ne constitue pas une formule valable pour les groupements ayant une activité qui ne tend pas à la satisfaction des besoins d'un marché (ex. : groupement de défense de locaux).

L'objet du GIE peut être *civil* ou *commercial*, mais à l'inverse des sociétés, le GIE n'a jamais été commercial par la forme, mais seulement par l'objet. Aussi, si le GIE est immatriculé au RCS, cette immatriculation n'emporte aucune présomption de commercialité du groupement (art. 7 al. 5 L25.3.1991). La nature civile ou commerciale ne dépend pas de la qualité de ses membres mais de son activité (art. 4 et 7 L25.3.1991). Non seulement cette solution est conforme aux principes, mais elle permet de résoudre la difficulté posée par la présence au sein du groupement de commerçants et de non-commerçants. Il convient donc de se référer au Code de commerce pour décider si le groupement est commerçant, c.-à-d. s'il accomplit régulièrement des actes de commerce, faute de quoi il sera

<sup>1</sup> MULLER, Un GIE peut faire des bénéfices et en affecter une fraction en réserve, *Rev. sociétés* 2014, p. 574.



civil. La commercialité constituant l'exception, il revient à qui s'en prévaut de la prouver.

**[617]Administration du GIE.** — Le GIE est administré par une ou plusieurs *personnes physiques ou morales*. Lors de sa nomination comme administrateur, la personne morale doit désigner un représentant permanent qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale qu'un administrateur personne physique propre (art. 12 al. 4 L25.3.1991).

Les pouvoirs et attributions des gérants du GIE ne font l'objet d'aucune réglementation spéciale, tout au moins dans les *rapports internes du groupement*. Les éventuelles limitations de pouvoirs, bien que licites, sont *inopposables aux tiers*. En effet, dans les rapports avec les tiers, le gérant du GIE, ou le collègue s'il y en a plusieurs, engage le GIE, même si l'acte dépasse l'objet social du GIE. Afin de ne pas être lié, le GIE doit prouver que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances.

Le ou les gérants du GIE sont *responsables individuellement ou solidairement* envers le groupement ou les tiers, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, de la violation des statuts du groupement ainsi que de leurs fautes de gestion (art. 12 al. 2 L25.3.1991). Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal déterminera la part contributive de chacun, dans la réparation du dommage. La *nomination* des gérants ainsi que la *cessation* de leurs fonctions font l'objet de mesures de publicité : dépôt au greffe du RCS, publication au RESA.

**[618]Assemblée des membres.** — Les règles relatives à l'organisation ainsi qu'aux pouvoirs des assemblées sont, en principe, *librement fixées* par les statuts. Certaines règles impératives doivent toutefois être observées :

- l'assemblée est obligatoirement réunie à la demande d'un gérant ou à la demande d'un membre du groupement ;
- seule l'assemblée peut décider de l'admission et de

l'exclusion des membres, de la dissolution anticipée du GIE ou de sa prorogation ;

- l'assemblée ne peut décider qu'à l'unanimité de : modifier l'objet du GIE ; modifier le mode de délibération ; modifier la durée du GIE ; modifier les obligations des membres à l'égard du GIE ; modifier les droits des membres du GIE.

Les règles de convocation ainsi que les règles de majorité sont librement fixées par les statuts ; à défaut, la *règle de l'unanimité* doit prévaloir (art. 13 al. 2 L25.3.1991). Rien ne s'oppose notamment à ce que les statuts prévoient une distinction entre les assemblées générales ordinaires et extraordinaires, chacune d'entre elles étant soumise à des *règles de majorité différentes*.

En principe, chaque membre dispose d'une *voix*. Les statuts peuvent déroger à ce principe, en attribuant plusieurs voix à un ou plusieurs membres. Néanmoins, aucun membre ne peut détenir seul la majorité des voix (art. 13 al. 4 L25.3.1991).

**[619]Contrôle des comptes et de la gestion.** — La loi est muette sur le contrôle des comptes et de la gestion. Ils seront donc librement organisés dans les statuts. Plus précisément, il n'existe aucune obligation de faire auditer les comptes sociaux par un professionnel agréé. Lorsque le GIE n'est pas commercial (v. n° [616]), il n'est pas non plus tenu de tenir une comptabilité, sauf pour des raisons fiscales.

**[620]Dissolution du GIE : renvoi au droit des sociétés de personnes.** — Les causes de dissolution du GIE sont celles retenues pour les sociétés de personnes (art. 19 L25.3.1991) :

- l'arrivée du terme fixé par le contrat ;
- la réalisation ou l'extinction de l'objet social ;
- la dissolution anticipée ;
- la dissolution judiciaire pour justes motifs (notamment en raison d'une mésentente grave empêchant le fonctionnement de la société) ;
- le décès d'une personne ou la dissolution d'une personne morale membre, sauf stipulation contraire ;

- l'incapacité, la faillite personnelle d'une personne physique membre, sauf stipulation contraire ;
- lorsque le GIE ne comprend plus qu'un membre.

Il faut y ajouter la dissolution judiciaire à la requête du ministère public ou de toute partie ayant un intérêt légitime, en cas d'infractions à la loi pénale ou autres.

La dissolution donne lieu à un dépôt au greffe du RCS constatant la dissolution et fait l'objet d'une publication au RESA. Elle entraîne automatiquement la liquidation du GIE dont la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation (art. 21 L25.3.1991). Un *liquidateur* est alors nommé conformément aux statuts, sinon à défaut par l'assemblée des membres ou par décision de justice. Après paiement des dettes, l'excédent d'actif est réparti entre les membres aux conditions prévues dans le contrat, ou, à défaut, par parts égales (art. 22 al. 5 L25.3.1991).

### C. LES MEMBRES DU GIE

**[621] Droits des membres du GIE.** — Le GIE constitue le prolongement de l'activité économique de ses membres. Logiquement, le premier droit d'un membre du GIE est celui de *bénéficier des services du groupement*. Outre ce droit, les membres du GIE se voient reconnaître plusieurs prérogatives.

L'admission d'un nouveau membre donne à celui-ci le *droit de participer aux résultats positifs et à la vie du groupement*, dans les conditions fixées par le contrat. Bien que le but essentiel du GIE ne soit pas la réalisation de bénéfices, il arrive qu'un solde bénéficiaire ressorte des comptes de fin d'exercice. Dans le silence des textes, les membres du GIE disposent d'une liberté totale pour les modalités de répartition de ces bénéfices.

L'adhésion au contrat du groupement permet en principe à son adhérent de rester membre du GIE. Il est toutefois possible pour les statuts de régler les conditions dans lesquelles une *exclusion du membre* est autorisée (art. 15 L25.3.1991). En cas de silence des statuts, l'exclusion est néanmoins possible, mais elle

sera prononcée par le tribunal à la demande de l'assemblée des membres. Par ailleurs, il faudra que le membre à exclure ait contrevenu gravement à ses obligations ou ait causé des troubles graves à la vie du GIE.

La loi ne contient aucune disposition relative aux *cessions de droits*. Ceux-ci ne pouvant être représentés par des titres négociables, le membre ne pourra se retirer que si les statuts le permettent et aux conditions y prévues (art. 14 al. 1 L25.3.1991).

**[622] Obligations des membres à l'égard du GIE et vis-à-vis des autres membres.** — Déterminées par le contrat constitutif, ces obligations ont un *caractère contractuel*, car elles ont été acceptées par les membres, soit au moment de la constitution du groupement, soit lors de leur entrée dans celui-ci. Ainsi, par exemple, en cas d'apports, les membres du groupement sont tenus de libérer leurs apports dans les conditions fixées au contrat. Le GIE peut imposer aux membres le versement d'une cotisation ou bien certaines contraintes dans l'exploitation de leurs entreprises. L'inexécution des obligations contractuelles engage la *responsabilité* du membre, l'obligeant à réparer le préjudice subi par groupement et même l'exposant à des *sanctions disciplinaires* (amende, suspension, exclusion).

**[623] Responsabilité solidaire et indéfinie à l'égard des tiers.** — L'obligation indéfinie et solidaire (art. 3 al. 1<sup>er</sup> L25.3.1991) qui pèse sur les membres du groupement est identique à celle qui frappe les *associés des sociétés en nom collectif*. Elle amène les membres à assumer les dettes sociales sur leur patrimoine propre. Il faut néanmoins que le créancier mette d'abord la personne morale en demeure de payer, avant de poursuivre le membre. Le GIE doit être condamné à payer avant que le membre ne puisse l'être à son tour (art. 3 al. 2 L25.3.1991). Lors de chaque transaction, le groupement peut obtenir du cocontractant que celui-ci *renonce au bénéfice de la solidarité*. Il est sans doute également possible que le créancier renonce à toute poursuite individuelle contre les membres et accepte que seul le patrimoine du GIE réponde des dettes

contractées envers lui.

En principe, le nouveau membre est responsable non seulement *des dettes du GIE qui naîtront postérieurement à son entrée*, mais aussi de celles qui existent à la date de son adhésion. Il peut cependant être exonéré des *dettes antérieures* à son entrée dans le groupement (art. 8 al. 1<sup>er</sup> (a) et 14 al. 2 L25.3.1991). L'exonération, pour être opposable aux tiers, doit faire l'objet d'une publication au RESA. Quant à l'adhérent qui se retire, il est responsable de toutes les dettes contractées par le groupement jusqu'à la publication de son retrait.

Dans le silence des statuts, la *contribution de chaque membre au paiement des dettes* du GIE est proportionnelle aux droits du membre au partage des bénéfices (art. 11 al. 1<sup>er</sup> L25.3.1991). Elle ne s'étend cependant pas aux dettes personnelles des autres membres. Le jugement qui prononce la cessation des paiements du GIE produira ses effets également à l'égard des membres du groupement.

## § 2. LE GROUPEMENT À VOCATION INTERNATIONALE : LE GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (G.E.I.E.)<sup>1</sup>

**[624] Renvoi aux dispositions de droit national.** — Le GEIE a été institué par un règlement du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985. Le statut du GEIE est quasiment identique à celui du GIE, car le législateur s'est efforcé d'uniformiser dans la mesure du possible les deux régimes. On y retrouve donc le principe de la liberté contractuelle tout comme celui de l'attribution de la personnalité morale au GEIE. Le but du GEIE est également de favoriser l'activité des membres. Mais à la différence du GIE qui a une vocation purement domestique, le GEIE constitue un instrument de coopération transfrontalière, avec

des membres établis au sein de l'Union Européenne. La règle de la solidarité entre les membres pour toutes les dettes sociales du GIE existe également ici.

**[625] Particularismes.** — Certaines particularités du statut du GEIE méritent d'être relevées. Elles sont principalement dues au caractère international du groupement :

- le droit de l'État du siège du GEIE gouverne le contrat de groupement, les lois nationales réglant la question de l'état et de la capacité des personnes physiques comme morales ;
- le droit communautaire fixe les conditions pour la dissolution du GEIE, le droit national du siège du GEIE réglant les mécanismes de la liquidation ainsi que la clôture de celle-ci ;
- le siège du groupement est soit l'endroit de son administration centrale, soit le lieu où l'un de ses membres a son administration centrale (personne morale) ou le lieu d'exercice de son activité principale (personne physique). Il se situe nécessairement à l'intérieur de l'Union européenne ;
- le transfert du siège peut être effectué librement à l'intérieur de l'Union européenne, sans donner naissance à une nouvelle personne morale ;
- tout groupement peut, avec l'accord unanime de ses membres, céder sa participation dans le GEIE, soit à un autre membre, soit à un tiers.

<sup>1</sup> VAN GERVEN, Le GEIE, *RPS* 1986, p. 181 ; WOODLAND, Le GIE : le regain du modèle français offre aux entreprises de la CEE un fructueux instrument de coopération, *JCP* 1986.I.3247.



## CHAPITRE 4 LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ<sup>1</sup>

[626] **Présentation.** — Certaines sociétés ont une durée de vie illimitée, d'autres disparaissent après un certain temps. Quelle que soit son origine (section 1), la disparition de la société entraîne sa liquidation en vue du partage de l'éventuel actif net (section 2).

### Section 1. La dissolution de la société

[627] **Règles générales et règles particulières aux divers types de sociétés.** — Le Code civil énonce plusieurs règles qui, valant pour toutes les sociétés et n'ayant rien de contraire, en principe, aux lois et usages du commerce (art. 1873 C.civ.), s'appliquent également aux sociétés de commerce. Les règles sont relatives aux causes et aux effets de la dissolution de la société. Cependant, certaines de ces règles ne répondent pas à l'esprit de certains types de sociétés ; la dissolution pour des motifs personnels à un associé, compréhensible dans les sociétés conclues *intuitu personae*, serait déplacée dans les sociétés de capitaux. C'est au sujet des causes de dissolution que cette diversité apparaît. Les effets de la dissolution obéissent davantage à une loi unique, et la loi de 1915 a traité, dans une partie commune aux divers types de sociétés dotées de la personnalité morale, de la liquidation des sociétés commerciales (art. 141 L1915). Les règles qui sont en fait communes à l'ensemble des « sociétés dotées de la personnalité morale » seront traitées ci-dessous. Elles s'appliquent aux sociétés civiles et commerciales, seuls les GIE disposant d'une procédure de liquidation spécifique.

<sup>1</sup> DE BIE/DE LEENHEER, Liquidation des sociétés après la loi du 13 avr. 1995. *Aspects juridiques, comptables, fiscaux et modèles*, Diegem, 1995 ; JEHASSE, *Manuel de liquidation*, Bruxelles, 2004 ; LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Bruxelles, 2014.

La dissolution peut se définir comme la décision de mettre fin à la vie d'une société. On examinera les causes de dissolution (§ 1) et ses effets (§ 2).

### § 1. LES CAUSES DE DISSOLUTION

La plupart du temps, la dissolution de la société sera la conséquence de la volonté des associés (A) : ce qu'ils ont fait (la création de la société), ils peuvent également le défaire. Parfois, cependant, la dissolution est indépendante de la volonté des associés (B).

#### A. LA DISSOLUTION VOULUE PAR LES ASSOCIÉS

[628] **Volonté des associés.** — S'il s'agit d'une *volonté unanime*, la société sera dissoute sans discussion, quel qu'en soit le type. D'une façon générale, en matière contractuelle, ce que le *mutuus consensus* fait, le *mutuus dissensus* peut le défaire. Le pacte social avait fait naître un être moral. Cet être disparaîtra par la même volonté qui lui avait donné naissance. Il est vrai que si aucune disposition spécifique au contrat de société ne consacre le *mutuus dissensus* comme un mode d'extinction du contrat de société, il est pourtant, depuis toujours, reconnu applicable au contrat de société<sup>2</sup>. Cette possibilité de dissolution d'une société en raison d'une volonté unanime des associés se justifie en effet pleinement sur la base de l'article 1134 al. 2 C.civ. : « Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise » ; la société résultant d'un contrat, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer cet article au contrat de société. Les associés peuvent donc discrétionnairement décider à tout moment, d'un commun accord, de mettre fin de manière anticipée au contrat de société. Mais cette volonté unanime doit être exprimée ouvertement et non pas être *tacite*. L'absence d'activité sociale, même prolongée, n'est donc pas en elle-même

<sup>2</sup> PIC, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 558.

une cause de dissolution des sociétés<sup>1</sup>.

L'absence d'activité sociale est parfois l'indice d'un désintérêt des associés pour la société. Ce désintérêt s'accompagne alors souvent également d'un désintérêt pour le respect des obligations légales imposées à la société, telles l'obligation de convoquer des assemblées, de déposer des comptes annuels, etc. Ces infractions graves à la législation sur les sociétés commerciales peuvent aboutir à la dissolution judiciaire de la société initiée par le procureur d'État (art. 203 L1915).

*Seules les parties au contrat de société* ont évidemment le pouvoir de décider d'une rupture anticipée du contrat de société. Seule puissante à faire naître le contrat, la volonté des associés parties au contrat de société permet seule d'anéantir prématurément la société. Il en résulte que ni les créanciers ni les dirigeants ne peuvent se substituer aux associés dans cette décision. Ces derniers, réunis en assemblée générale, détiennent le monopole de cette décision capitale afférente à la rupture anticipée du contrat de société.

Alors que le droit commun exige l'obtention d'une unanimité des parties présentes à la conclusion de l'acte, le droit des sociétés a sensiblement assoupli cette condition en permettant à l'assemblée de voter cette dissolution anticipée. La décision revêt donc toujours un caractère collectif mais ne revêt pas forcément un caractère unanime. C'est là une différence d'ampleur entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés. Décider de rompre le contrat prématurément revient en effet simplement à modifier la *durée statutaire* du contrat et relève donc de la compétence de l'*assemblée extraordinaire*. Ce droit, pour une majorité qualifiée, de dissoudre la société se justifie par le caractère généralement plurilatéral du contrat de société : le changement des contractants qui s'opère entre la constitution et la disparition empêche de satisfaire au principe d'identité des contractants que l'on rencontre dans les contrats bipartites. En outre, la condition d'unanimité devient difficile à réaliser lorsqu'un grand nombre de personnes sont parties à l'acte. La loi de la

majorité n'est rien d'autre que l'expression d'un certain pragmatisme du législateur.

**[629]Volonté d'un seul associé.** — L'article 1865 n° 5 du Code civil prévoit également que la société se dissout « par la volonté qu'un seul ou plusieurs exprime de n'être plus en société ». La règle de l'article 1865 n° 5 C.civ. est cantonnée aux *sociétés de personnes* et ne peut donc être invoquée ni dans les *sociétés de capitaux* ni dans les *SARL*. En effet, l'article 99 alinéa 3 L1915<sup>2</sup> exclut formellement cette hypothèse de dissolution en matière de sociétés anonymes (et par renvoi dans les *SAS*, ainsi que les *SCA*). On comprend aisément cette règle, car les actionnaires mécontents ont à leur disposition la possibilité de céder leurs titres et ainsi de se dégager de la société. Même si ce raisonnement ne s'applique que dans une moindre mesure à la *SARL*, le législateur a repris la disposition de l'art. 99 al. 3 L1915 à l'article 180-1 L1915 en matière de *SARL*<sup>3</sup>.

La loi ne prévoit pas de forme particulière pour l'expression de volonté ; il suffit qu'elle soit non équivoque<sup>4</sup>. Prise à la lettre, cette disposition empêcherait toute prévision raisonnable dans la gestion de la société. Aussi, l'article 1869 du Code civil corrige cette proposition en limitant cette faculté dite de la « *renonciation* » aux *sociétés dont la durée n'est pas limitée*. D'un point de vue pratique, on peut justifier le cantonnement de la règle aux seules sociétés à durée illimitée par le fait que, si une discorde entre les associés éclatait, les associés se sachant liés à vie ne seraient pas incités à rétablir la situation et, la discorde ne pouvant que s'aggraver, la société serait conduite à sa perte. En revanche, dans les sociétés à durée limitée, les associés sachant qu'ils ne sont liés que pour un temps supporte-

<sup>1</sup> Lux. 25 févr. 1987, n° 34 097.

<sup>2</sup> Art. 99 al. 3 L1915 : « Dans le deuxième cas (c.-à-d. si la durée de la société anonyme est illimitée), les articles 1865,5° et 1869 du Code civil ne sont pas applicables ».

<sup>3</sup> 180-1 L1915 : « Dans le deuxième cas, les articles 1865,5° et 1869 du Code civil ne sont pas applicables.(...) ».

<sup>4</sup> Lux. 6 déc. 1982, n° 26 868.

ront mieux la discorde et mèneront à bien jusqu'au bout l'aventure entreprise. Ainsi précisée, la règle tend à sauvegarder la liberté des associés ; ils ne doivent pas être enchaînés leur vie durant à la société qu'ils ont fondée ou dans laquelle ils sont entrés.

Pour apprécier si une société est à durée illimitée, il faut considérer non pas tant la durée qu'elle s'est fixée mais si, par cette durée et l'ensemble des clauses des statuts, les associés sont liés de manière à ne pouvoir se retirer (sans grand dommage) de la société. Il ne suffit donc pas d'assigner un terme à la société (99 ans par exemple) pour la soustraire à la dissolution par la renonciation unilatérale. Les sociétés ayant une durée statutaire supérieure à celle de la vie de ses membres doivent être assimilées aux sociétés à durée indéterminée. Les engagements dépourvus de terme et les engagements affectés d'un terme lointain sont ainsi à assimiler concernant le droit de renonciation.

Là où le droit de renonciation existe, il faudra, du point de vue de la forme, que la dénonciation unilatérale ait été *notifiée* à tous les associés<sup>1</sup>.

Quant au fond, la dénonciation unilatérale doit être faite *de bonne foi*. L'article 1870 du Code civil en donne un exemple : la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé ayant dénoncé espère ainsi pouvoir s'approprier à lui seul un profit prochain destiné à tomber en société (p.ex. : l'associé entend faire à son compte un marché que la société est en voie de conclure). Un autre exemple pourrait être celui d'un associé qui use de son droit de dissolution, alors qu'il a la faculté de céder ses parts. La bonne foi étant présumée, la mauvaise foi devra être prouvée par celui qui veut s'opposer à la dissolution. Souvent, la mauvaise foi réside dans le désir de s'approprier la clientèle de la société dissoute<sup>2</sup>. La renonciation opère dissolution. Si quelque procès s'élève concernant son inopportunité ou les motifs qui l'ont inspirée, le tribunal devra contrôler les conditions de la renonciation, mais, s'il les trouve réunies, il ne substituera pas son appréciation à celle de l'associé et la dissolution aura pour point de départ l'acte de renonciation et non le jugement.

<sup>1</sup> Lux. 29 avr. 2015, n° 38 101.

<sup>2</sup> Cour 21 nov. 2001, Lux. 22 avr. 2002.

D'autre part, il faut qu'elle ne se produise *pas à contretemps*, c'est-à-dire qu'elle n'intervienne pas à un moment inopportun pour le règlement des intérêts communs engagés dans l'entreprise. Par exemple : la dénonciation unilatérale du contrat de société est à contretemps si la vente immédiate des marchandises en stocks s'avérait désastreuse pour la société.

La faculté ménagée aux associés par l'article 1865 C.civ. est *d'ordre public*<sup>3</sup>. Les statuts ne sauraient, du moins substantiellement, y porter atteinte. Si les statuts devaient prévoir la possibilité pour un associé de dénoncer sa participation, sous la forme d'une possibilité de *rachat* par la société, cette possibilité s'ajoute au droit de renonciation, et ne le remplace point. Aucune forme particulière n'est exigée pour l'expression du désir de ne plus être en société ; il suffit que le comportement soit « non équivoque »<sup>4</sup>.

**[630] Causes statutaires de dissolution.** — Le droit des sociétés relevant du droit des contrats, rien n'empêche les associés de prévoir dans les statuts d'autres causes de dissolution additionnelles propres à la société. Ils pourront ainsi créer toute autre cause de dissolution qui leur paraîtra adaptée à la situation particulière de la société. Ces causes de dissolution pourront elles-mêmes, comme toute autre disposition statutaire, être modifiées par la suite en respectant les formalités exigées pour les modifications statutaires.

## B. LA DISSOLUTION IMPOSÉE AUX ASSOCIÉS

La dissolution peut être imposée aux associés par la loi : on parle dans ce cas de « dissolution de plein droit » (1). Dans d'autres cas, c'est une décision du juge qui est à son origine : la dissolution est dite « judiciaire » (2).

### 1. LA DISSOLUTION DE PLEIN DROIT

**[631] Présentation.** — La loi prévoit que certains

<sup>3</sup> Cour 29 avr. 2015, n° 38 101.

<sup>4</sup> Lux. 6 déc. 1982, n° 26.868.

événements entraînent automatiquement et de plein droit, la dissolution de la société. Dans ces cas, même si un jugement s'avère nécessaire, cette décision judiciaire se borne à constater la survenance de l'évènement en question et la dissolution qui a suivi. Elle ne prononce pas cette dissolution, elle n'est que déclarative, contrairement à ce qui se passe dans les cas de dissolution judiciaire où elle est constitutive. En d'autres termes, la dissolution a sa source dans l'évènement en cause, fait juridique, et dans la volonté du législateur. Elle s'opère, par suite, à la date de survenance de cet évènement, et non au jour du jugement qui l'a constaté.

**[632] Survenance du terme.** — Une société commerciale est dissoute de plein droit à l'arrivée du terme fixé dans les statuts (art. 1865 n° 1 C.civ. : « par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée »). Mais rien n'empêche les associés de constituer la société pour une durée indéterminée.

La dissolution est *automatique*. Elle découle de la loi aux termes de laquelle la société prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée. Toutefois, la volonté des associés n'est pas dénuée d'effets. D'abord, ils choisissent le terme qui peut être plus ou moins éloigné. Ensuite, dans l'hypothèse où la société est prospère lors de la survenance du terme, les associés peuvent écarter la dissolution en prorogeant la société.

La décision de *prorogation* obéit aux règles qui gouvernent la modification des statuts. Même si elle semble favorable aux prorogations de la vie sociétaire (art. 1866 C.civ.)<sup>1</sup>, la loi n'impose cependant pas aux représentants légaux de la société de provoquer la réunion des associés, peu de temps avant l'arrivée du terme, pour décider si la société doit être prorogée ou non. C'est dommage, car la prorogation, décidée à temps, évitera de constituer une nouvelle société, ce

<sup>1</sup> Art. 1866 C.civ. : « La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société ».

qui serait d'un intérêt fiscal certain. La prorogation d'une société au-delà du terme initialement prévu n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle, la société poursuivant simplement son existence.

En revanche, *si la société continue après la survenance du terme* alors qu'elle a été dissoute en raison de sa non-prorogation, elle sera traitée comme une société de fait (v. n° [772]). Il en est de même de la *prorogation tardive*, c.-à-d. de la prorogation intervenue après expiration du terme statutaire<sup>2</sup> : il y a eu dissolution de la société au terme, sans possibilité de faire revivre la société par la suite.

Il faut distinguer, en matière de sociétés continuant leur exploitation après la survenance du terme, selon la nature de cette exploitation. En effet, l'arrivée du terme entraînant la dissolution automatique de la société, toutes les règles de la dissolution des sociétés s'appliquent en principe. Or, une société dissoute ne disparaît pas immédiatement : elle *continue à exister pour les besoins de sa liquidation* (v. n° [639]), le liquidateur continuant les activités sociales dans la mesure du nécessaire aux fins de liquidation. Il n'y a donc pas de place, en principe, pour la création d'une *société de fait* à l'expiration du terme de la société. Mais cette situation, sans doute la plus fréquente en pratique, est à distinguer de celle où la société est arrivée à son terme, et par conséquent a été dissoute, mais où les associés continuent à assurer l'exploitation normale de la société, généralement par inadvertance et dans l'ignorance de l'arrivée du terme : ils investissent dans de nouveaux bâtiments, recrutent du personnel additionnel, passent de nouvelles commandes aux fournisseurs, etc. Dans ce cas, l'étendue des actes de gestion sociale démontre que les dirigeants n'agissent pas en tant que liquidateurs d'une société en voie d'extinction mais comme des associés d'une société en cours d'existence. Ce n'est que dans cette seconde hypothèse que l'expiration du terme engendra la création d'une société de fait.

**[633] Réalisation ou extinction de l'objet social.** — Le code civil ajoute comme cause de dissolution de plein droit la « *consommation de la négociation* » (art. 1865 n° 2 C.civ.). La société prend donc fin par la réalisation ou l'extinction de son objet social. Il faut noter qu'une société simplement *mise en sommeil* n'est

<sup>2</sup> Lux. 17 juin 1992, n° 144/92.



pas dissoute (ex : la coquille vide prête à être activée), car la mise en sommeil ne présente, en principe, pas de caractère définitif, de sorte à ne pas empêcher la reprise ultérieure des activités sociales.

La *réalisation de l'objet* doit être distinguée de son extinction. La réalisation de l'objet social est un événement heureux. Ainsi, une société peut avoir été constituée pour réaliser un but unique qui a été atteint : le chantier est achevé, l'immeuble est achevé, etc. (ex : la société holding qui vend son unique participation constituant son objet unique d'après les statuts : « détention de la société XYZ »).

L'*extinction de l'objet social* (à ne pas confondre avec la perte des actifs) est au contraire un événement malheureux, puisque la société est empêchée de poursuivre son activité : l'activité est frappée d'interdiction, etc. Ou encore, son objet social devient impossible et par conséquent, le but poursuivi n'existe plus.

Exemple : Suite à un changement législatif intervenu en 1999, les domiciliataires de sociétés doivent appartenir à certaines professions réglementées. Les bureaux comptables n'appartiennent pas à ces professions. La SARL ABC ayant pour gérants de simples comptables, l'activité de domiciliataire exercée jusqu'alors par la société ne sera plus possible et la société est dissoute en raison de la disparition de son objet social.

Cette dissolution intervient rarement. En effet, les statuts prévoient en général une *pluralité d'objets*, une activité principale et des activités annexes. Ainsi, lorsque l'objet premier disparaît, la société peut continuer à agir dans les autres domaines. Elle n'est pas dissoute.

Pour des raisons de sécurité juridique, la réalisation ou l'extinction de l'objet social doit s'apprécier *par rapport à l'objet social* tel qu'il est indiqué dans les *statuts*, et non pas par rapport à l'*objet réel* de la société.

C'est ainsi que, si les statuts prévoient « la détention et la gestion de participations » comme objet social de la société, la société constituée en fait pour *détenir une seule participation* ne sera pas dissoute en raison de la cession de son seul actif. Les fonds ainsi recueillis peuvent en effet recevoir une réaffectation par la suite, l'objet social statutaire le permettant. Ce n'est que si l'objet social désigne la détention d'une participation déterminée comme son unique objet social que la cession de cette participation entraînera la réalisation de son objet social. Cette

nuance est importante pour les holdings : selon la rédaction des statuts, l'organe de gestion sera compétent pour décider de la cession, la société continuant à exister par la suite, ou ce sera l'assemblée des associés statuant comme en matière de changement de statuts, la société étant dissoute dans la foulée<sup>1</sup>.

**[634] Événements affectant le statut des associés.** — La société finit également par la mort, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés (art. 1865 n<sup>os</sup> 3 et 4<sup>o</sup> C.civ. : « (...) par la mort naturelle de quelqu'un des associés; par l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux; (...) »).

La *déconfiture* est aux personnes physiques ordinaires ce que la *faillite* est aux commerçants. Le législateur a sans doute pris ce terme dans un sens étendu et a visé du même coup également la faillite, la faillite du commerçant et la déconfiture du non-commerçant désignant au fond la même chose. Aussi ne faut-il pas s'arrêter à la terminologie employée par le législateur et étendre par analogie l'article 1865 C.civ. aux associés indéfiniment responsables dans les sociétés de personnes ayant la qualité de commerçants. En revanche, le sursis et le concordat, de gravité moindre, ne sont pas visés par l'article 1865 C.civ., sauf si le débiteur ne se trouve plus à la tête de ses affaires dans le cadre du concordat judiciaire<sup>2</sup>.

Cette proposition n'est exacte que dans les sociétés de personnes : chacun s'y est engagé en considération de la personne de ses coassociés. Elle ne s'applique qu'à défaut de dispositions en sens contraire dans les statuts, comme d'ailleurs l'article 1868 C.civ. l'y autorise, du moins en ce qui concerne l'incidence de la mort de l'un des associés<sup>3</sup>. Dans les sociétés de capitaux, la

<sup>1</sup> Trib. arr. 24 oct. 2007, note SOCCIO, L'étendue des pouvoirs des dirigeants d'entreprise, *DAOR* 2013, p. 105.

<sup>2</sup> DEMEUR, La faillite ou la déconfiture d'un associé comme cause de dissolution dans les « sociétés de personnes », *RPS* 1954, n<sup>o</sup> 4373, p. 10.

<sup>3</sup> Art. 1868 C.civ. : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies; au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ». ; Cass. 17 janv. 2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 49 : l'art. 1868 C.civ.

mort, l'interdiction ou la faillite d'un des associés n'a, en principe, pas d'incidence sur la vie de la société ; le pacte social prend cependant parfois des précautions pour éviter la divisibilité des titres ou pour éliminer les héritiers du disparu en faveur des associés survivants.

**[635] Perte des apports.** — La société peut être dissoute en cas de perte des apports, plusieurs situations devant être distinguées, sachant que cette disposition ne s'applique qu'aux *apports en nature*, car *genera non pereunt*. Si l'article 1867 ne vise formellement que l'apport en nature de la propriété d'une chose, on appliquera cependant ces dispositions *mutatis mutandis* à tous les apports en nature : si, par exemple, le brevet promis est tombé dans le domaine public avant la constitution de la société, la formation en sera empêchée.

Lorsqu'un associé a promis d'apporter la propriété d'une chose, la perte survenue *avant que la mise n'est effectuée* opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés (art. 1867 al. 1<sup>er</sup> C.civ.)<sup>1</sup>. On justifie cette solution par le fait que la société forme un tout et que chacun des associés prend en considération l'ensemble des apports promis par les autres. De ce fait, l'article 1867 du Code civil précise que la société sera dissoute à l'égard de tous les associés et il n'y aura pas simplement exclusion de l'associé dont l'apport est impossible.

Mais si la perte se produit *après la constitution de la société*, il faut opérer une distinction. En tant que perte d'un apport, elle n'a pas d'incidence ; elle est pour cette société et la dissolution n'est pas prononcée de ce chef (art. 1867 al. 3 C.civ.)<sup>2</sup>. Mais si cette chose consti-

tuait un élément essentiel de la société, de telle sorte que cette perte apparaisse comme « l'extinction de la chose » sociale ou la disparition de l'objet du contrat, au sens de l'article 1108 C.civ., sa perte dissoudrait la société aux termes de l'article 1865 n° 2 C.civ.<sup>3</sup>

## 2. LA DISSOLUTION JUDICIAIRE

La dissolution judiciaire résulte d'une décision judiciaire dans les trois cas suivants :

- réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé ;
- dissolution pour justes motifs ;
- dissolution pour infractions graves à la législation.

Le *tribunal de commerce* est compétent pour l'action en dissolution judiciaire des sociétés commerciales<sup>4</sup>.

**[636] Disparition d'une pluralité d'associés.** — L'exigence de pluralité d'associés, là où elle est encore prévue (c.-à-d. pour les sociétés autres que les SA, SAS et SARL), existe non seulement au moment de la constitution de la société, mais également tout au long de sa vie. Mais il faut remarquer un assouplissement des règles applicables. Par le passé, si un seul associé devenait propriétaire de l'ensemble des droits sociaux, leur réunion en une seule main entraînait automatiquement la dissolution de la société<sup>5</sup>. On justifiait cette conséquence de la confusion qui s'opère entre les différentes obligations nées du contrat de société<sup>6</sup>. Mais l'automatisme peut paraître bien sévère au regard du fait que le deuxième associé n'apparaît souvent que pour faire « nombre », de sorte que sa disparition

---

prévoit des règles particulières en matière de décès d'un associé. Ces règles, en tant que texte spécifique, dérogent aux règles générales de l'art. 1130 C.civ.

<sup>1</sup> Art. 1867 al. 1<sup>er</sup> C.civ. : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés ».

<sup>2</sup> Art. 1867 al. 3 C.civ. : « Mais la société n'est pas rompue

---

par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société ».

<sup>3</sup> Art. 1867 al. 2 C.civ. : « La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé ».

<sup>4</sup> Lux. 2 févr. 1977, *Pas.* 24, p. 58.

<sup>5</sup> Doc. parl. n° 2474, 1980-81, Avis du C.E., ad art. 101-1, p. 47.

<sup>6</sup> VAN RYN, T. 1, n° 315.

n'était guère dramatique et ne justifiait pas la dissolution automatique de la société. Par ailleurs, si traditionnellement, en droit luxembourgeois, la société est un contrat, de sorte que la société ne se conçoit donc, comme tout contrat, qu'avec deux personnes au moins, l'article 1832 C.civ. permet également la constitution d'une société par « acte de volonté d'une personne ». Sur cette toile de fond, on ne voyait plus guère d'utilité de conclure à la dissolution de plein droit d'une société initialement constituée par plusieurs personnes, devenue une société mono-associé en cours de vie sociale. D'où la solution consacrée à l'article 1865bis C.civ. : « La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de la société. »

Le texte impose en principe à l'associé unique d'une société autre que la SA, la SAS ou la SARL, une *obligation de régularisation* de la situation dans le délai d'un an. Celle-ci peut être réalisée par cession d'une partie des droits sociaux, ou par transformation en une société admettant l'unicité d'associé. Passé le délai d'un an, tout « intéressé », ce qui inclut notamment les créanciers de la société, pourra demander la dissolution judiciaire de la société, le tribunal ayant cependant la possibilité d'accorder un délai additionnel de 6 mois aux fins de régularisation. Il n'y a plus lieu de statuer sur le fond, si l'associé a de toute façon procédé à la régularisation entre-temps. On constate donc que la régularisation est non seulement possible mais même encouragée par les textes.

Le droit d'action ouvert aux intéressés n'empêche pas l'associé d'agir par lui-même, sauf qu'il ne lui faudra pas passer par un tribunal. En effet, *l'associé unique a la faculté de dissoudre à tout moment la société*, tout comme il pourra décider de rester en société. Dans ce cas, la situation a priori précaire se pérennisera si l'associé s'abstient de dissoudre la société et qu'aucun tiers intéressé ne saisit les tribunaux aux fins de dissolution.

Tant que la société ne sera pas dissoute, l'associé unique (personne physique ou société) n'encourt aucune responsabilité particulière quant au passif social. De ce fait, les dettes de la société restent celles

de la seule société. En cas de dissolution de la société, qui pourra d'ailleurs être en situation d'insolvabilité, qu'elle ait été initiée par l'associé ou un intéressé, l'associé unique reprendra l'intégralité de l'actif et du passif de la société, sous la forme d'une transmission universelle du patrimoine social (v. n° [646]).

**[637] Dissolution pour justes motifs<sup>1</sup>.** — L'esprit de collaboration devant animer les associés peut disparaître en cours de route. L'article 1871 C.civ. permet dans ce cas à un associé d'imposer aux autres la dissolution de la société en recourant à la justice<sup>2</sup>. Le domaine d'application naturel de l'article 1871 C.civ. est le cercle des sociétés de personnes, où le caractère personnalisé est important: si les associés ont perdu la confiance mutuelle qui les habitait initialement, il est utile de leur ménager une porte de sortie. Mais la loi, coupant court à une controverse de longue date<sup>3</sup>, a généralisé cette règle en les étendant aux sociétés par actions (art. 99 al. 4 L1915 pour les SA<sup>4</sup> ; applicable

<sup>1</sup> CAPRASSE/AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, 2010, p. 335 ; LEHRER, La dissolution des sociétés pour justes motifs, *RPS* 1962, p. 173 ; SCHILTZ, La dissolution pour justes motifs en droit luxembourgeois, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 249.

<sup>2</sup> Art. 1871 C.civ. : « La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges ».

<sup>3</sup> En droit belge, la doctrine réservait pendant longtemps la faculté de la dissolution pour justes motifs aux seules sociétés de personnes : COPPENS, Les cas des sociétés anonymes paralysées par deux groupes hostiles et le « juste motif » de dissolution de l'article 1871 du Code civil, *RPS* 1954, n° 44 398, p. 209.

<sup>4</sup> Art. 99 al. 4 L1915 : « La dissolution de la société peut toutefois être demandée en justice pour de justes motifs » ; COPPENS, Le cas des sociétés anonymes paralysées par deux groupes hostiles et le « juste motif » de dissolution de l'article 1871 du Code civil, *RPS* 1954, p. 209.

aux SCA en raison du renvoi à l'art. 103 L1915), mais également aux SARL (art. 180-1)<sup>1</sup>, ainsi qu'aux sociétés coopératives (art. 116)<sup>2</sup>.

L'associé qui demandera la dissolution de la société devra faire valoir ses raisons : l'un des associés manque à ses engagements (p.ex. il n'exécute pas son apport en industrie) ou l'infirmité habituelle d'un autre le rend inhabile aux affaires de la société (p.ex. : l'associé-gérant statutaire qui gère mal la société), ou encore la disparition du coassocié empêche le fonctionnement de la société<sup>3</sup>. De manière générale, la légitimité et la gravité des justes motifs sont laissées à l'appréciation des juges, les exemples cités à l'article 1871 C.civ. n'étant qu'illustratifs : les tribunaux pourront valablement retenir *toute raison* invoquée par l'associé qui leur paraît *suffisamment sérieuse*. Leur règle est d'ailleurs de ne prononcer la dissolution que si les justes motifs allégués mettent la *société en péril*<sup>4</sup>. C'est donc l'intérêt social qui constitue la boussole pour les tribunaux, lorsqu'il s'agit d'apprécier si la société doit être dissoute.

En pratique, c'est la *mésentente entre associés* qui sera, la plupart du temps, à l'origine de la demande judiciaire en dissolution. Les annales judiciaires montrent que les actions en dissolution fondées sur cette disposition sont nombreuses et intentées dans tous les genres de société, y compris dans les sociétés par actions. L'article 1871 C.civ. est souvent invoqué dans les luttes stériles entre deux associés égalitaires (souvent des anciens époux) : si aucune majorité ne peut être

dégagée, ni en assemblée, ni au sein de l'organe de gestion, en raison des désaccords entre les deux associés, la paralysie de la société sera totale. Trois situations sont en fait à distinguer.

L'euphorie de l'entente initiale entre associés peut s'estomper au fil du temps et dégénérer de manière à engendrer de « *mauvais rapports* » entre associés. Des relations tendues entre associés sont à accepter, et font partie de la vie en société. Ils n'intéressent pas le droit et ne sont donc pas suffisants, contrairement à la « *mésentente grave* » requise en matière de « justes motifs », pour obtenir la dissolution judiciaire de la société<sup>5</sup>. Les mauvais rapports entre associés créent certes des désagréments personnels, et peuvent compliquer le fonctionnement de la société en raison de ces discordances internes. Mais l'activité de la société continue à se déployer normalement, ou du moins pâtit peu de cette situation, ce qui justifie que le juge n'intervienne pas. La mésentente entre associés, à elle seule, ne constitue pas une cause de dissolution judiciaire de la société<sup>6</sup>.

La situation sera différente, si les mauvais rapports entre associés dégénèrent en *véritable crise*. Tel sera le cas, si une « *mésintelligence* »<sup>7</sup> grave et prolongée entre associés affecte la gestion et le fonctionnement de la société à tel point, qu'elle rend la vie sociale quasiment impossible<sup>8</sup>, ou du moins « *périlleuse* »<sup>9</sup>. Le « *blocage* »

<sup>1</sup> Art. 180-1 L1915 : « (...) La dissolution de la société peut toutefois être demandée en justice pour de justes motifs. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 116 L1915 : « (...) La dissolution de la société peut toutefois être demandée en justice pour de justes motifs. (...) ».

<sup>3</sup> Lux. 13 juin 1986, n° 36. 821.

<sup>4</sup> Cour 29 septembre 1993, n° 14 197 ; Lux. 2 févr. 1977, *Pas.* 24, p. 58 ; Cour 18 juin 2003, n° 26. 917 ; BENOIT-MOURY, Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales, in : *Liber amicorum Jan Ronse*, p. 147.

<sup>5</sup> Lux. 8 nov. 1990, n° 386/90 ; Lux. 2 févr. 1977, *Pas.* 24, p. 58.

<sup>6</sup> CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, La paralysie de fonctionnement de la société est-elle une condition *sine qua non* de la dissolution pour justes motifs ?, *Rev. sociétés* 2016, p. 33.

<sup>7</sup> Cour 20 févr. 1920, *Pas.* 11, p. 79.

<sup>8</sup> Lux. 8 nov. 1990, n° 39 521 ; Lux. 13 déc. 1991, n° 40. 049 ; Lux. 8 nov. 1990, n° 39.521 ; Lux. 14 mai 1993, n° 42. 183 ; Lux. 25 mars 1994, n° 41 104 ; Lux. 14 mars 2002,

n° 199/2002 ; Cour 18 juin 2003, n° 26. 917.

<sup>9</sup> Lux. 30 mars 1996, *Rob c/Lux.* ; Lux. 12 mai 2011, n° 132 317, *Bull. Barreau* 2011/8, p. 148.

n'est pas seulement d'ordre juridique (ex. : des assemblées qui ne peuvent plus prendre de résolutions) ; il peut également être économique, si la bonne marche de la société se trouve complètement entravée. L'attitude du juge ne sera pas la même, selon que la crise sera jugée temporaire ou définitive.

En cas de *crise temporaire*, la dissolution pour justes motifs ne constitue pas la mesure appropriée à adopter. En effet, l'article 1871 C.civ. ne doit pas constituer la panacée pour se débarrasser d'associés indésirables ; il s'agit plutôt de l'ultime moyen auquel les tribunaux vont recourir, si tous les autres moyens permettant la reprise d'une vie sociale normale ont échoué. Une simple difficulté passagère ne justifie dès lors pas la dissolution judiciaire. De ce fait, si le tribunal est saisi d'une demande en dissolution, il décidera, en cas de crise temporaire, dans un premier temps, de *surseoir à statuer*, afin de donner du temps additionnel aux associés pour résoudre à l'amiable leurs différends. Si un règlement à l'amiable du différend entre les associés paraît peu probable, le tribunal nommera directement un *administrateur provisoire* dont le rôle consistera à tenter de dénouer la crise. Le tribunal sera d'autant plus tenté de procéder ainsi, si la société est prospère.

En cas de *crise définitive*, le caractère irrémédiable de celle-ci justifie que le tribunal arrête la dissolution de la société, afin d'éviter que la société ne s'enlise dans des querelles sans fin, rendant impossible une exploitation rentable de la société, et risquant même sans doute de l'amener au bord de la faillite. Les risques encourus par la société en cas de paralysie durable justifient dans ce cas la dissolution de la société pour de justes motifs.

La faculté d'agir étant *d'ordre public*<sup>1</sup>, les statuts ne sauraient la restreindre. Le *droit d'agir* appartient

exclusivement aux associés<sup>2</sup>, à l'exclusion donc des tiers. La dissolution judiciaire étant une mesure de protection des intérêts légitimes des associés, il serait illogique d'accorder le droit d'agir en dissolution à l'associé qui se trouve à l'origine de la dissension entre associés. Aussi, selon le bon sens, et conformément à la règle « *nemo auditur ...* », on ne peut à la fois être l'initiateur du différend, et pouvoir espérer obtenir un résultat judiciaire favorable basé sur ce différend. Aussi le droit d'agir en nullité sera refusé à l'associé responsable de la cause de dissolution<sup>3</sup>. Cela reste vrai, même si la dissolution pour justes motifs n'est pas en soi une dissolution judiciaire pour faute d'un des associés<sup>4</sup>, car elle ne fait que constater l'impossibilité de continuer à exercer la vie sociale. Il sera bien évidemment souvent difficile d'attribuer la paternité des blocages subis par la société à un associé déterminé, les actions des uns s'entremêlant la plupart du temps avec des réactions des autres. Dans ce cas, il n'y a pas d'associé fautif à proprement parler, de sorte que chaque associé pourra agir en dissolution judiciaire.

L'action en dissolution est *dirigée contre la société ainsi que les autres associés*. La dissolution sera prononcée, le cas échéant, par le *tribunal de commerce* (tribunal civil pour les sociétés civiles). Elle rappelle la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques pour inexécution de ses engagements par l'un des contractants (art. 1184 C.civ.)<sup>5</sup>. Elle produit son *effet du jour où le jugement est devenu définitif*.

**[638] Dissolution pour infractions graves à la législation.** — L'article 203 L1915 permet aux tribunaux de commerce d'ordonner la liquidation de toute société

<sup>1</sup> Lux. 22 mars 1989, n° 35 631 ; SCHILTZ, La dissolution pour justes motifs en droit luxembourgeois, in : VARI AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 249.

<sup>2</sup> En ce sens prudemment : SCHILTZ, op.c.

<sup>3</sup> V. sur cette question : LEHRER, La dissolution pour justes motifs, *RPS* 1962, p. 1991 ; TILQUIN, Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé, *RPS* 1991, n° 6560, p. 18 ; SCHILTZ, op.c. ; VAN RYN, t. 1, n° 346.

<sup>4</sup> Lux. 13 déc. 1991, n° 40 049 ; Cour 29 septembre 1993, n° 14 197.

<sup>5</sup> Cette cause de dissolution est empruntée à POTHIER, Du contrat de société, n° 152.

té « qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions de la présente loi ». L'objectif de cette sanction civile<sup>1</sup> applicable à toutes les sociétés commerciales est de maintenir saine la place financière du Luxembourg par la dissolution des sociétés qui n'ont plus aucune activité ou dont les organes statutaires se sont rendus coupables d'infractions graves ou encore répétées à la législation sur les sociétés ou qui s'adonnent à des activités illicites<sup>2</sup>.

Le caractère « grave » des infractions commises est évidemment une question d'appréciation (souveraine) de la part des tribunaux<sup>3</sup> qui ne sont dès lors jamais tenus de décider obligatoirement la dissolution de la société en cas d'infractions constatées<sup>4</sup>. Ceux-ci tiennent compte du degré de compétence des organes de gestion, une même infraction à la loi sur les sociétés commerciales pouvant être considérée comme étant grave pour une société, mais non pas pour telle autre. Notamment, les irrégularités commises par une société dont l'objet social est la tenue de comptabilité sont moins excusables et donc plus rapidement graves que les mêmes irrégularités commises par des sociétés qui ne sont pas des professionnels du chiffre<sup>5</sup>.

La société devant veiller au respect des obligations légales, elle ne saura échapper aux dispositions de l'article 203 L1915 qu'en prouvant que l'infraction commise résulte d'un événement indépendant de sa volonté<sup>6</sup> et non pas de son propre état d'inorganisation ou de son incurie.

L'article 203 L1915 vise à protéger toutes les personnes susceptibles d'entrer en contact avec la société. Il s'agit en premier lieu des *tiers* ayant contracté avec la société ainsi que le public en général désireux de se

renseigner sur la situation financière de la société<sup>7</sup>. Mais la loi vise également à protéger les *associés* de la société<sup>8</sup>. Nul besoin dès lors de prouver une *lésion effective* des intérêts des tiers<sup>9</sup>. Souvent, la cause de dissolution judiciaire tient à l'absence de publication des comptes annuels (v. n° [446]).

Du point de vue procédural, le *Ministère public* a le monopole de la requête judiciaire en dissolution de la société, les demandes faites en ce sens par une personne intéressée étant irrecevables<sup>10</sup>. Le Ministère public n'a pas à respecter de forme particulière vis-à-vis de la société. Notamment, il n'est pas obligé de mettre la société au préalable en demeure de régulariser la situation sous peine de demander la dissolution de la société<sup>11</sup>. Il suffit que l'irrégularité existe au moment de l'introduction de la requête<sup>12</sup>, l'irrégularité ne pouvant faire l'objet d'une *régularisation* de la part de la société<sup>13</sup>. Bien sûr, la société pourra faire appel contre cette décision<sup>14</sup>, le cas échéant en faisant *opposition* à un jugement rendu par défaut contre elle. Le délai pour faire opposition est de 15 jours à partir de la signification ou de la notification du jugement, la publication par extrait au Mémorial ainsi que dans des journaux ne faisant pas déjà courir ce délai<sup>15</sup>.

<sup>1</sup> Lux. 14 juin 1990, n° 1352/90.

<sup>2</sup> Lux. 18 nov. 1982 n° 190/82 ; Lux. 27 juin 1989, n° 1121/89 ; Lux. 29 nov. 1990, n° 39.884 ; Lux. 18 déc. 2003, *Bull. Barreau* 2004, p. 180.

<sup>3</sup> Lux. 24 juin 1983, n° 692/83 ; Lux. 25 mai 1989, n°1094/89 ; Lux. 25 mai 1989, n° 1095/89 ; Lux. 27 juin 1989, n° 1121/89 ; Lux. 14 juin 1990, n° 1352/90 ; Lux. 12 déc. 1991, n° 40.490.

<sup>4</sup> Lux. 19 juin 2008, *Bull. Barreau* 2008, n° 114 420.

<sup>5</sup> Lux. 29 nov. 1990, n° 39.884.

<sup>6</sup> Cour 26 mai 1993, n° 14.938 ; Lux. 14 juin 1990, n° 1352/90 ; Lux. 25 mai 1989, n° 1095/89.

<sup>7</sup> Lux. 18 nov. 1982, n° 190/82 ; Lux. 25 octobre 1990, *Pas.* 29, p. 46 ; Lux. 29 nov. 1990, n° 39 884 ; Lux. 27 septembre 1990, n° 1404/90 ; Cour 15 févr. 2006, n° 28 050, *Bull. Barreau*, n° 3/2006, p. 76 ; *Pas.* 33, p. 204.

<sup>8</sup> Lux. 24 juin 1983, n° 692/83.

<sup>9</sup> Lux. 14 juin 1990, n° 1352/90.

<sup>10</sup> Cour 15 févr. 2006, n° 28 050, *Bull. Barreau*, n° 3/2006, p. 76 ; *Pas.* 33, p. 204.

<sup>11</sup> Cour 20 juin 1984 n° 6557.

<sup>12</sup> Cass. 15 juill. 2004, *Pas.* 32, p. 581 ; Lux. 25 mai 1989, n° 1095/89.

<sup>13</sup> Jurisprudence constante : v. notamment Cour 20 octobre 1993, n° 15 614 ; Lux. 24 juin 1983, n° 692/83 ; Lux. 27 septembre 1990, n° 1404/90 ; Lux. 25 octobre 1990, *Pas.* 29, p. 46.

<sup>14</sup> Cour 31 mars 1993, n° 14.687 ; Lux. 10 avr. 2008, n° 476/2008, *Bull. Barreau* 2008, p. 132.

<sup>15</sup> Lux. 19 févr. 2009, n° 119 034 (application des règles

Suite à la mise en liquidation, l'organe de gestion existant sera remplacé par le liquidateur nommé par le tribunal. L'organe de gestion reste toutefois compétent afin d'interjeter appel ou opposition à la décision judiciaire de mise en liquidation. Si la société n'avait plus d'organe de gestion en place au jour de la dissolution judiciaire, le droit de faire opposition reviendra aux associés de la société<sup>1</sup>.

Le but final de l'article 203 L1915 étant d'aboutir à la dissolution de la société, l'action en dissolution judiciaire devient sans objet<sup>2</sup> si les associés *se mettent volontairement en liquidation*, après la déclaration de dissolution du tribunal. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles tenant principalement à la gravité des infractions à la loi que le tribunal prononcera la liquidation judiciaire malgré la décision de liquider volontairement la société selon une décision régulière des associés. Cette mesure est justifiée dans un but d'intérêt public, lorsqu'il importe que le tribunal garde la « main haute » sur la liquidation de la société en nommant un liquidateur indépendant<sup>3</sup>. En effet, si la dissolution judiciaire ouvre droit à une liquidation soumise au droit commun des sociétés, les dispositions concernant l'intervention de l'assemblée générale dans la désignation des liquidateurs et dans la fixation du mode de liquidation se trouvent écartées, le tribunal statuant en la matière.

## § 2. LES EFFETS DE LA DISSOLUTION

La dissolution d'une société entraîne deux effets principaux (A) et quelques effets secondaires (B).

ordinaires en matière de procédure, dont l'art. 90 du Nouveau Code de procédure civile).

<sup>1</sup> L'art. 158 C. civ. auquel l'article 643 du C. comm. est donc applicable : Lux. 18 nov. 1982, n°190/82 ; Lux. 24 juin 1983 n° 692/83 ; Lux. 21 mai 1985, n° 222/92 ; Lux. 18 juin 1992, n° 265/92.

<sup>2</sup> Cour 20 févr. 1991, *Pas.* 28, p. 145 ; Lux. 19 juin 2008, *Bull. Barreau* 2008, n° 114 420.

<sup>3</sup> Cour 26 févr. 1992, n° 13.302 ; Cour 30 juin 1993, n° 14 977 ; Cour 27 octobre 1999, n° 23 345, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, n° 98, 2001, p. 47.

### A. LES EFFETS PRINCIPAUX DE LA DISSOLUTION

**[639] Personnalité morale de la société dissoute<sup>4</sup>.** — L'intérêt des créanciers sociaux exige que les tiers ne perdent pas, au moment où ils leur sont le plus utiles, les avantages généralement reconnus à la personnalité morale : droit d'agir contre la collectivité ; droit de préférence sur le patrimoine social. Aussi la société dissoute survit à la dissolution en vue de sa liquidation. Le *maintien de la personnalité juridique* durant la phase de liquidation existe quel que soit le type de société concerné (SNC, SARL, etc.), quelle qu'en soit la nature (société civile ou commerciale) et quelle que soit la cause de dissolution (art. 141 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>5</sup>. En général, on y voit un phénomène de survie imposé par des nécessités pratiques. On peut également y voir le fait que la liquidation n'est pas une simple opération de l'esprit : la décision judiciaire ou la délibération des associés qui dissout la société n'a pas le pouvoir de l'opérer, en fait. Les créanciers sociaux ont fait confiance à un être juridique, créé non seulement par la volonté des associés mais aussi par la constitution en fait d'un actif social et par la poursuite d'opérations sociales au nom de cette société.

Le *maintien de la personnalité morale* ne va pas de soi. Le Code de commerce ne le prévoyait pas à l'origine. Aussi la liquidation entraînait-elle immédiatement une indivision entre les associés, souvent désastreuse pour les tiers, ne fût-ce qu'en raison du transfert immédiat des droits et obligations de la société dans le patrimoine des associés. Les anciens associés devenaient ainsi non seulement copropriétaires de l'actif social, mais également codébiteurs des dettes de la société. Sans oublier que l'indivision nécessitait l'intervention personnelle de chacun des associés pour tous les actes impliquant la société. L'art. 141 L1915 écarta dans un premier temps ces conséquences préjudiciables au bon déroulement des opérations de liquidation pour les sociétés commerciales. Mais il ne s'appliquait pas en tant que

<sup>4</sup> BORONARD-LESOIN, La survie de la personne morale dissoute, *RTD com* 2003, p. 1.

<sup>5</sup> Art. 141 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les sociétés civiles et commerciales, autres que les sociétés commerciales momentanées ou les sociétés commerciales en participation, sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation ».

tel à la dissolution des sociétés civiles gouvernées seulement par l'art. 1872 C.civ. On pouvait dès lors craindre l'indivision dès la mise en liquidation de la société civile, sauf dispositions spécifiques sur ce point convenues, le cas échéant, dans le pacte social<sup>1</sup>. La Cour de Cassation, dans le silence des textes, décida d'étendre aux sociétés civiles la solution applicable aux sociétés commerciales<sup>2</sup>. La loi du 10 août 2016 a concrétisé cette jurisprudence dans les textes, en consacrant le maintien de la personnalité morale de la société dissoute non seulement pour les sociétés commerciales (dans la mesure où elles avaient la personnalité morale durant leur existence, ce qui exclut les sociétés momentanées, les sociétés en participation ainsi que les SECsp), mais également pour les sociétés civiles.

Seulement, la société n'a plus de vie nouvelle. Elle n'existe que sur sa lancée. Sa personnalité est limitée par son objet qui est devenu sa liquidation. On en conclut d'une part :

- que la société conserve son nom et son domicile, qu'elle assignera<sup>3</sup> et sera assignée seule devant les tribunaux de commerce<sup>4</sup>, et non pas avec ses associés, que le liquidateur n'aura point besoin de reprendre l'instance de procès en cours<sup>5</sup> ;
- que le patrimoine social subsiste, qu'il reste le gage des créanciers sociaux et qu'il ne peut pas être appréhendé par les créanciers personnels des associés, tout comme les dettes de la société ne deviendront pas les dettes des différents associés ;
- que la société peut valablement effectuer toute opération, dans la mesure où elle est utile à sa liquidation, les contrats en cours continuant à courir ;
- que la société ne doit pas être encore radiée au RCS ; la radiation n'interviendra qu'avec la fin des opérations de liquidation, ce qui implique également qu'elle puisse être déclarée en faillite jusque six

mois après la clôture de la liquidation<sup>6</sup> ;

- que les statuts de la société peuvent être modifiés dans tous leurs aspects, dans la limite cependant des besoins de la liquidation de la société.

On admet d'autre part :

- que la société ne peut plus se transformer en changeant d'être moral, ou se proroger au-delà du terme prévu ;
- qu'elle ne peut pas entreprendre d'opérations entièrement nouvelles.

La personnalité morale dure jusqu'à la clôture de la liquidation (n° [656]).

**[640] Cessation des fonctions des organes de gestion et de contrôle.** — La dissolution de la société implique la nomination d'un liquidateur. Une même société ne pouvant être gérée par différents organes au même moment, *la dissolution met automatiquement fin de plein droit au mandat des organes sociaux* (gérants, administrateurs, commissaires aux comptes), même statutaires<sup>7</sup>. L'ancien dirigeant ne pourra donc plus valablement agir au nom de la société. Mais il devra rendre compte à l'assemblée de leur mandat pour la période courue depuis le début de l'exercice social jusqu'au jour de la dissolution de la société ; cette reddition des comptes est nécessaire parce que la dissolution n'entraîne pas une décharge automatique implicite à l'égard des anciens dirigeants.

Le liquidateur a seul<sup>8</sup> qualité pour représenter la société dans les actions judiciaires, en défendant ou en demandant (p.ex. dans une action en responsabilité contre les anciens dirigeants<sup>9</sup>). Dès lors, ni les anciens dirigeants, ni les associés de la société dissoute ne

<sup>1</sup> Cour 20 avr. 2005, n° 28 560, *Bull. Barreau* 2005, p. 107.

<sup>2</sup> Cass. 18 mai 2006, *Pas.* 33, p. 229 ; Cour 7 mars 2007, *Pas.* 33, p. 409.

<sup>3</sup> Lux. 12 juill. 1984, n° 25 438.

<sup>4</sup> Lux. 4 juin 1981, n° 22 496.

<sup>5</sup> Lux. 12 déc. 1984, n° 30 160 ; Cour d'appel 5 mai 1993, n° 11.305.

<sup>6</sup> Lux. 18 févr. 1970, *Pas.* 21, p. 393 ; Lux. 18 juill. 1991, n° 40 446 ; Lux. 18 juill. 1991, n° 40.446.

<sup>7</sup> Lux. 25 nov. 1988, n° 37.913.

<sup>8</sup> Lux. 25 févr. 1950, *Pas.* 15, p. 95 ; Lux. 1<sup>er</sup> juill. 1992, n° 158/92.

<sup>9</sup> Cass. 12 juill. 1990, n° 99 013.



pourront agir pour compte de la société<sup>1</sup>.

Que se passe-t-il si *ni les statuts, ni l'assemblée des associés, ni encore les tribunaux ne désignent de liquidateur* ? La loi répute dans ce cas les associés gérants ou les administrateurs dans les sociétés commerciales liquidateurs à l'égard des tiers<sup>2</sup>. Cette présomption ne constitue pas un mode subsidiaire de nomination des liquidateurs ; il ne s'agit en fait que d'une imputation de responsabilité quant à la conservation du patrimoine social, c.-à-d. d'une sanction instituée dans l'intérêt des tiers<sup>3</sup>. De ce fait, ces personnes ne peuvent représenter la société que lorsqu'elle est défenderesse, toute action contre les tiers comme les associés étant exclue.

La dissolution met également fin au mandat de *commissaire*. Celui-ci terminera son mandat en rédigeant son rapport sur le dernier exercice clos. L'exercice comptable au cours duquel la dissolution a été décidée ainsi que les exercices postérieurs à celui-ci seront traités par la personne nommée par les associés en fin de liquidation aux fins de contrôle des opérations de liquidation.

## B. LES EFFETS SECONDAIRES DE LA DISSOLUTION

**[64I] Caractère définitif de la décision de dissolution.** — La conséquence normale de la dissolution d'une société est sa liquidation. Une fois acquise, la décision de dissolution de la société sera-t-elle irrévocable, ou est-ce que les associés peuvent revenir dessus ? La réponse est assurément négative si la dissolution est la conséquence d'une cause qui échappe à leur volonté, telles que l'arrivée du terme, la réalisation de l'objet

social ou la dissolution judiciaire de la société. La rédaction de l'article 1865 C.civ. indiquant que « la société finit » semble renvoyer à l'idée de la *dissolution-couperet*, de sorte que les associés ne semblent pas pouvoir revenir par la suite sur leur décision.

Cependant, la société étant un contrat et non une institution, la dissolution, lorsqu'elle est décidée par les associés, est une résiliation contractuelle. On ne voit dès lors pas pourquoi la dissolution prononcée par les associés devrait être irréversible, les associés pouvant par voie contractuelle décider à l'unanimité de faire revivre la société<sup>4</sup>.

**[642] Publicité de la dissolution.** — Un principe général est posé par l'article 11bis § 2 de la loi de 1915 : la dissolution doit être *publiée au Mémorial*<sup>5</sup>. Elle ne produira ses effets à l'égard des tiers qu'à compter du jour où elle aura été publiée (art. 11bis § 4 L1915). Ce principe doit viser tous les cas de dissolution. Hormis ces cas, il faut distinguer suivant que la dissolution réalise ou non une modification du pacte social.

Dans l'affirmative, il faut en outre que l'acte de dissolution (jugement ou acte de dénonciation unilatérale ou délibération des associés) suive la publicité ordonnée pour les *modifications des statuts* : avis dans un journal d'annonces légales et dépôt au greffe, le greffier devant effectuer l'insertion au Mémorial. En effet, l'acte de dissolution modifie la durée statutaire de la société. Or, cette durée fait partie des mentions obligatoires à publier au Mémorial (art. 6 n° 4 L1915). Il existe une seule exception à cette règle ; celle où la dissolution est une application directe des statuts, ainsi lorsque la société a été constituée pour un temps. Encore, on note que l'acte déposé au greffe doit indiquer le *nom du liquidateur* (art. 11bis §1<sup>er</sup> n° 5 c) L1915)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cour 13 juin 1928, *Pas.* 11, p. 426 ; Lux. 25 févr. 1950, *Pas.* 15, p. 95 ; Lux. 13 déc. 1984 n° 1184/84.

<sup>2</sup> Même si la loi ne vise pas expressément ce cas de figure, l'art. 143 L1915 s'applique également aux SARL : Cour 29 juin 1987, n° 9.474 (non publié) ; Cour 14 juill. 1999, *Pas.* 31, p. 180.

<sup>3</sup> Justice de Paix Luxembourg 12 déc. 1991, rép. fiscal 4051/91 ; Cour 14 juill. 1999, *Pas.* 31, p. 180 (art. 143 « seront, à l'égard des tiers, considérés comme liquidateurs »).

<sup>4</sup> En sens opposé cependant: Circ. RCS11/3 du 21 oct. 2011.

<sup>5</sup> Art. 11bis § 2 L1915 : « La dissolution de la société par expiration de son terme ou pour toute autre cause (...) » ; Lux. 12 mars 1992, n° 115/92.

<sup>6</sup> Art. 11bis § 1<sup>er</sup> n° 5 c) L1915 : « le cas échéant la nomina-

Une autre chose est la *radiation* de la société ; elle interviendra quand la liquidation sera achevée ; l'acte de clôture sera lui-même publié.

**[643] Faillite éventuelle de la société dissoute.** — La faillite de la société et sa liquidation entretiennent d'étroites relations, puisque la première entraîne très souvent la seconde. Même si la procédure entourant la liquidation de la société, à savoir le respect du principe d'égalité des créanciers, répond parfaitement aux objectifs poursuivis en matière de faillite, à savoir d'éviter qu'une entreprise qui n'est plus en mesure de payer l'ensemble de ses dettes favorise un créancier par préférence aux autres, il n'existe aucun obstacle à la *mise en faillite d'une société se trouvant en liquidation*. Cette solution est logique, car la commercialité de la société reste préservée malgré la mise en liquidation de la société. Aussi, s'il apparaît lors de la liquidation de la société que l'actif est insuffisant pour apurer le passif, le liquidateur devra déclarer la faillite de la société auprès des tribunaux<sup>1</sup>.

Le fait que la société, une fois dissoute, ne fasse plus que subsister en vue de sa liquidation, n'empêche pas sa mise en faillite éventuelle. En effet, si la faillite est réservée aux « commerçants » au sens du Code de commerce et si l'activité résiduaire de la société lors de sa liquidation fait qu'elle n'accomplit plus guère d'actes de commerce au sens du Code de commerce, il ne faudrait pas en conclure que la société perdrait de ce fait la qualité de commerçant ; la société est commerçante en effet non pas en raison de son activité, comme c'est le cas pour les personnes physiques, mais en fonction de sa seule forme juridique. Or, celle-là reste préservée tout au long de la liquidation de la société.

Par ailleurs, s'il est certes vrai que les règles de procédure entourant la liquidation et la faillite de la société répondent à un objectif commun, *le régime de la faillite accorde cependant des garanties plus importantes aux créanciers sociaux* : présence d'un

tion du ou des liquidateurs avec l'indication précise des noms et prénoms ainsi que de leur adresse privée ou professionnelle ; au cas où le liquidateur est une personne morale, l'extrait contiendra la désignation ou la modification à la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation ».

<sup>1</sup> Cour 14 juill. 1999, *Pas.* 31, p. 180.

curateur indépendant désigné par le tribunal et agissant sous son contrôle ; le régime de l'inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte ; l'action en comblement de passif, sont autant de garanties propres aux faillites des sociétés que l'on ne retrouve pas en matière de liquidation de sociétés. Ne fût-ce qu'afin d'éviter que les sociétés en état virtuel de faillite ne puissent se soustraire à la sanction par le vote anticipé de la mise en liquidation de la société, est-il important que la possibilité d'une mise en faillite des sociétés dissoutes existe<sup>2</sup>. Enfin, on ne comprendrait pas les raisons pour lesquelles la situation d'une société en liquidation serait plus favorable que celle de tout autre commerçant liquidant ses affaires<sup>3</sup>.

Outre l'état de cessation de la société, il faudra, conformément au droit commun, que son *crédit* se trouve *ébranlé*. Cette condition supplémentaire permet parfois d'éviter la déclaration de la faillite de la société, même si la liquidation s'avère déficitaire. Il suffit en effet que les créanciers sociaux se satisfassent de la liquidation de la société et maintiennent leur confiance en la société en conservant ainsi à celle-ci un crédit non ébranlé pour que le liquidateur n'ait point besoin de déclarer la cessation des paiements. En conséquence, toute liquidation déficitaire ne conduit pas nécessairement à la faillite. Ce qui importe donc, c'est que les créanciers sociaux continuent à consentir des délais normaux de paiement à la société, malgré sa mise en liquidation. Lorsque la société est à même de poursuivre ses opérations avec l'accord des créanciers sociaux, avant comme après la mise en liquidation, son crédit ne se trouvera pas ébranlé et la société ne sera pas en faillite<sup>4</sup>.

Quand est-ce qu'une société dissoute se trouve-t-elle en situation de faillite<sup>5</sup>? Dans la conception moderne<sup>6</sup> prévalant de nos jours, l'état de cessation de paiements est réalisé lorsque l'actif disponible du commerçant ne permet plus de couvrir son passif exigible. *De matérielle, la constatation de l'état de cessation de paiements est ainsi devenu comptable*.

Comme pour tout ancien commerçant, la date de la faillite peut être prononcée jusqu'à l'expiration du 6<sup>e</sup>

<sup>2</sup> T'KINT, note sous Cour Liège 17 nov. 1988, *RPS* 1989, n° 6506.

<sup>3</sup> WAUVERMANS, n° 926.

<sup>4</sup> ERKELENS/COLLE, Quelques réflexions à propos de la faillite d'une société en liquidation, *RPS* 1992, n° 6595.

<sup>5</sup> DERICKE, note sous Cass. 17 juin 1994, *RPS* 1994, n° 6655.

<sup>6</sup> Par le passé, on adoptait une approche purement matérielle de l'état de cessation de paiements: était en faillite le commerçant qui ne pouvait plus payer les dettes échues.

mois et dix jours suivant la date de clôture de la liquidation<sup>1</sup>.

**[644] Différence avec le droit successoral.** — La liquidation est l'opération au terme de laquelle il ne restera plus rien de la société dissoute ; ses créanciers auront été payés ou seront devenus créanciers des anciens associés ; le patrimoine sociétaire aura servi à payer les créanciers et à rembourser leurs apports aux associés ; s'il restait un boni, il aura été partagé. Ces opérations font songer à la situation créée par le décès d'un homme qui laisse plusieurs *héritiers*.

Il y a cependant des différences notables, de fait et de droit. En fait, parce que les héritiers tiennent à recueillir les biens mêmes qui composaient la fortune du *de cuius*, alors que les associés sont moins sentimentalement attachés aux biens sociaux. En droit, parce que la *succession* est transmise directement du défunt aux héritiers, de sorte que chacun doit, pour sa part, procéder à la liquidation de la succession. La liquidation fera apparaître l'actif net que l'héritier aura reçu, chacun payant sa part dans les dettes du défunt (art. 1220 C.civ.). Exception faite pour la société civile (jusqu'à la loi du 10 août 2016 : depuis lors, l'article 141 s'applique également aux sociétés civiles)<sup>2</sup>, la dissolution de la société, au contraire, ne réalise pas un transfert immédiat et direct du patrimoine de la société dissoute (actif et passif) aux ex-associés dont chacun, pour sa part, serait chargé de procéder à l'apurement des comptes sociaux. La société, par le biais du liquidateur, va se liquider elle-même.

## Section 2. La liquidation de la société<sup>3</sup>

**[645] Présentation.** — La dissolution ne suffit pas pour

entraîner la disparition de la société. Il faut également liquider ses actifs. La liquidation, qui a une durée variable selon les circonstances de l'espèce, consiste à réaliser l'actif social, c.-à-d. à le transformer en argent liquide pour payer les créanciers sociaux, rembourser aux associés leurs apports et, enfin, partager entre ces derniers les bénéfices restants ou « boni de liquidation ». Il s'agit de « faire la toilette du mort »<sup>4</sup>. Elle est la conséquence de la dissolution de la société. Éventuellement, elle consiste aussi à fixer entre les associés la contribution de chacun au paiement du passif social non encore réglé. Ces diverses opérations sont réalisées par un liquidateur agissant au nom et pour le compte de la société. Ses pouvoirs sont limités aux actes indispensables à la liquidation de la société.

Sous réserve de ce qui va être dit en matière de réunion de toutes les parts en une seule main (v. n° [646]), il ne peut en effet y avoir de dissolution sans liquidation subséquente. La loi de 1915 réserve plusieurs articles à la liquidation des sociétés. Sont visées les règles relatives à la nomination des liquidateurs, à leurs pouvoirs, ainsi que les droits des associés résultant de la liquidation. Enfin, la loi précise les effets de la clôture de la liquidation. Certaines dispositions de la loi de 1915 sont supplétives, de sorte que les associés peuvent les écarter (art. 142 L1915: « à défaut de convention contraire (...) ») ; d'autres, en revanche, sont d'ordre public.

**[646] Dissolution sans liquidation en présence d'une réunion de toutes les parts en une seule main : la dissolution-confusion.** — La seule exception à l'enchaînement « dissolution – liquidation » est la situation où un associé détenant tous les droits sociaux décide de dissoudre la société (v. n° [636]). On peut songer par exemple à l'hypothèse où une société acquiert la totalité des droits sociaux d'une société cible, qu'elle désire absorber dans la foulée, sans avoir à

<sup>1</sup> Lux. 3 avr. 1987 n° 37.479 ; note DERIJCKE sous Tribunal Tournai, *RPS* 1998, n° 6739.

<sup>2</sup> Cour 20 avr. 2005, n° 28 560, *Bull. Barreau* 2005, p. 107.

<sup>3</sup> JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 2007 ; WUILLAUME, *Vademecum du liquidateur de sociétés et d'associations*, Bruxelles, 1983.

<sup>4</sup> DAL/DE WOLF, La société et sa restructuration, in : *Droit des sociétés. Les lois des 7 et 13 avr. 1995*, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, 1995, p. 301.

retenir la procédure assez longue de la liquidation. La dissolution-confusion entraîne deux effets immédiats :

- la société dissoute *disparaît en tant que sujet de droit*. Il n'y a donc pas de liquidation de la société, mais uniquement une dissolution de celle-ci. C'est la seule hypothèse connue en droit luxembourgeois d'une « dissolution instantanée », encore appelée « dissolution-confusion » ou « TUP » (« transmission universelle de patrimoine ») par les praticiens ;
- le patrimoine de la société est automatiquement transféré en tant qu'*universalité* à l'associé unique (art. 1865bis al. 4 C.civ.)<sup>1</sup>. L'associé unique, qui pourra être une personne morale ou physique, recueille donc l'intégralité du patrimoine social et se substitue à la société dissoute dans tous les biens, droits, dettes et obligations de celle-ci, comme s'il y avait eu fusion de sociétés. La substitution s'effectue automatiquement, par effet de la loi, sans novation et sans devoir respecter les formalités prescrites par la loi pour les cessions de certains droits (p.ex. : art. 1690 C.civ. pour les cessions de créance).

L'article 1865bis C.civ. ne prévoyant qu'une *option* pour l'associé unique, celui-ci pourra renoncer au bénéfice de l'article 1865bis C.civ. et soumettre la dissolution de la société aux règles ordinaires des sociétés dissoutes, caractérisées notamment par leur liquidation<sup>2</sup>. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'associé unique devra exprimer son choix dans l'*acte notarié* de dissolution de la société.

Par analogie avec la situation des *créanciers sociaux* en matière de réduction de capital des sociétés ano-

nymes (v. n° [1038]), les créanciers de la société peuvent demander au président du tribunal d'arrondissement, dans les trente jours de la publication au Mémorial de l'acte de dissolution de la société, la *constitution de sûretés*, si l'associé ne paraît pas disposer d'un patrimoine suffisant eu égard aux dettes qu'il reprend. Le président du tribunal d'arrondissement statuera au fond, mais selon la procédure du référé, ce qui se justifie au regard du caractère urgent de la problématique juridique. Le patrimoine personnel de l'associé étant nécessairement différent du patrimoine de la société dissoute, le tribunal accordera la constitution de sûretés, sauf « si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires compte tenu du patrimoine de l'associé » (art. 1865bis al. 4 C.civ.). La protection ainsi fournie par la loi aux créanciers sociaux n'a toutefois aucune incidence sur l'acte de dissolution de la société, car il ne s'agit pas d'un droit d'opposition accordé aux créanciers sociaux : le notaire passera l'acte, et la société sera radiée du RCS. Les créanciers sociaux obtiendront donc les sûretés, si elles leur sont accordées, de la part de l'associé unique ayant recueilli le patrimoine dissoute<sup>3</sup>.

Afin d'éviter que certains créanciers privilégiés ne puissent être lésés (les *administrations fiscales*, la *Sécurité sociale*), l'acte de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main doit, sous peine de nullité, être accompagné par des attestations établies par ces organismes dont il ressort que la société est à jour avec ses paiements (art. 141 § 2 L1915)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Art. 1865bis al. 4 C.civ. : « En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation ».

<sup>2</sup> Art. 1865bis al. 1<sup>er</sup> et 3 : « La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de la société. (...) L'associé entre les mains duquel sont réunies toutes les parts d'une société peut dissoudre cette société à tout moment ».

<sup>3</sup> CARVALHO MOREIRA/LECLERE, Dissolution sans liquidation – Les particularités de la TUP luxembourgeoise, *JurisNews Droit des sociétés* Vol. 9 n° 4/2016, p. 331.

<sup>4</sup> Art. 141 § 2 L1915 : « Tout acte de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main doit, sous peine de nullité, être accompagné par des attestations établies par : 1) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, 2) l'Administration des contributions directes, 3) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, attestations dont il ressort que la société est en règle avec ses

## § 1. LE LIQUIDATEUR

Comme tout organe de la société, le liquidateur fait l'objet d'une nomination (A), afin d'exercer ses pouvoirs dans un but bien identifié : liquider la société (B).

### A. L'EXISTENCE DES FONCTIONS DE LIQUIDATEUR

[647] **Personnes susceptibles d'être nommées liquidateur.** — Une fois que la société est dissoute, les opérations de liquidation sont confiées à une ou plusieurs personnes appelées « *liquidateur* » ou « *collège des liquidateurs* », s'ils sont plusieurs (art. 141 L1915)<sup>1</sup>. S'il existe *plusieurs liquidateurs*, leur mode de fonctionnement sera calqué sur celui du conseil d'administration des sociétés anonymes (« qui délibère suivant le mode fixé à l'article 64 »). Souvent ils agiront sous la forme de la signature conjointe de deux liquidateurs. Bien que le législateur se serve toujours du pluriel en parlant du liquidateur, la liquidation peut être confiée à *une seule personne*<sup>2</sup>. C'est le mode de liquidation préféré en pratique, le collège des liquidateurs étant généralement réservé aux liquidations de grandes sociétés exigeant des compétences diverses (juristes, comptables, etc.).

En tant que représentants de la personne morale, les liquidateurs ont un *statut proche de celui des dirigeants*. Comme eux, ils représentent la société, et non les associés individuellement<sup>3</sup>. Comme eux également, ils peuvent être choisis parmi les associés ou en dehors d'eux (avocat ; expert-comptable ; employé de la société ; une autre société ; ...). Souvent, l'un des dirigeants de la société dissoute devient le liquidateur de la société, car il connaît la société. À défaut de texte sur le sujet, il faut rester réservé sur la possibilité pour l'auditeur de la société de devenir son liquidateur. Une telle fonction pourrait en effet mettre à mal, a posteriori, l'indépendance de l'auditeur. Par contre, il n'existe aucun obstacle à la nomination d'un *liquidateur personne morale* plutôt que physique (art. 142 al. 3 L1915)<sup>4</sup>. Dans ce cas, la personne physique qui représente la personne morale liquidateur doit être désignée dans l'acte de liquidation (généralement une assemblée générale extraordinaire) et faire l'objet de la même publication que celle qui s'applique aux dirigeants sociaux (v. n° [351]). Il en est de même de tout changement éventuel du représentant. La personne physique sera sans doute choisie, la plupart du temps, parmi l'équipe dirigeante au sein de la personne morale nommée liquidateur ; mais il n'y a pas d'obligation à ce sujet, de sorte qu'une personne tierce non liée au liquidateur pourrait également être retenue. Lorsque la personne physique agit en tant que représentant d'un liquidateur personne morale auprès d'une société anonyme, l'article 51bis L1915 ne lui sera pas applicable (v. n° [891]). En effet, le liquidateur remplace certes les administrateurs de la société anonyme, en s'occupant de la gestion de la société durant la phase de liquidation de la société ; mais il s'agit d'un organe distinct de l'organe de gestion de la société anonyme, ses pouvoirs étant différents - le gérant agit dans l'intérêt exclusif des associés, alors que le liquidateur agit également dans l'intérêt des tiers - et plus restreints que ceux du conseil d'administration - le liquidateur ne gère que pour liquider la société - . De ce fait, la

obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et taxes à une date qui ne peut être ni antérieure de trois mois au jour de l'acte de dissolution ni postérieure à l'acte de dissolution » ; v. circ. L.G. n° 18 du 20 sept. 2016.

<sup>1</sup> Art. 142 L1915 : « A défaut de convention contraire, le mode de liquidation est déterminé et les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale des associés. (...) Quand il y a plusieurs liquidateurs, ils forment collège (...) ».

<sup>2</sup> FREDERICQ, *Traité* T. V, n° 723.

<sup>3</sup> Cour 7 mars 2007, *Pas.* 33, p. 409.

<sup>4</sup> Art. 142 al. 3 L1915 : « Au cas où le liquidateur est une personne morale, la personne physique qui représente le liquidateur doit être désignée dans l'acte de nomination. Toute modification à la désignation de cette personne physique doit être décidée conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, et déposée et publiée conformément à l'article 11bis, paragraphe (1), 3) c) ».

personne physique qui représente le liquidateur auprès d'une société anonyme ne se verra pas soumis au régime de l'article 51bis L1915. En particulier, il n'encourra pas de responsabilité civile vis-à-vis des actionnaires de la société anonyme pour manquements éventuels commis dans le cadre de la liquidation de la société ; seule la personne morale liquidateur sera responsable (v. n° [220])<sup>1</sup>.

**[648] Nomination du liquidateur.** — Les statuts déterminent librement leur mode de nomination et peuvent même, par avance, choisir tel ou tel liquidateur (le « *liquidateur statutaire* »). Le liquidateur statutaire peut être une personne nommée (ex. : M. Dupont) ou des personnes identifiables sur la base de leur statut juridique (ex. : les membres de l'organe de gestion).

Lorsque les statuts sont muets sur le point, ce qui est généralement le cas, *l'assemblée* prendra sa décision à la majorité absolue (art. 142 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. Cela se conçoit aisément en matière de sociétés de capitaux, où la gérance est également nommée sur cette base ; on ne fait qu'étendre à la liquidation de la société les règles applicables à ces sociétés en mode de fonctionnement normal. Il en va différemment, cependant, dans les autres sociétés où la considération de la personne continue à avoir son importance. Appliquer la règle de la majorité à ces sociétés ferait prévaloir dans ces sociétés un système qui n'est pas le leur. Voilà pourquoi les conditions de majorité sont renforcées dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ainsi que les sociétés à responsabilité limitée, en ce sens qu'il faut une double majorité sous la forme d'une majorité absolue en termes de nombre des associés et

une majorité renforcée de 75% en termes de capital social de la société (art. 142 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>3</sup>. Ces règles sont supplétives et pourront donc être modifiées dans les statuts de la société.

Subsidiairement, le liquidateur est *nommé par les tribunaux* statuant en matière commerciale. Ce scénario est susceptible de survenir tant dans la liquidation volontaire que la liquidation judiciaire. Il en est ainsi lorsque les associés n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une personne déterminée (art. 142 L1915 : « *à défaut de cette majorité, il est statué par les tribunaux* ») et lorsque les tribunaux ont prononcé eux-mêmes la liquidation de la société, en raison d'infractions importantes à la loi sur les sociétés commerciales commises par la société, notamment en cas de nullité de la société (art. 12quinquies L1915).

Prise à la lettre, la nomination judiciaire ne serait possible que pour les sociétés énumérées à l'art. 142 L1915. Il n'est pas douteux cependant que le recours aux tribunaux sera également possible dans les sociétés de capitaux : il y va de la sauvegarde de l'intérêt des associés pour éviter la paralysie de la société (l'art. 143 L1915 n'est en effet d'aucun secours pour la représentation active de la société)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, Bruxelles, p. 201, n° 327 et p. 485, n° 906 ; EYBEN, Le représentant permanent, une fonction qui mérite réflexion, *Rev. Prat. Soc.*, 2/2003, p. 166, n° 57.

<sup>2</sup> Art. 142 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « A défaut de convention contraire, (...) les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale des associés. »

<sup>3</sup> Art. 142 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés à responsabilité limitée, les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social ; à défaut de cette majorité, il est statué par les tribunaux. Dans les sociétés en commandite simple, à défaut d'autres stipulations dans le contrat social, les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment d'associés représentant les trois quarts des parts d'intérêts ».

<sup>4</sup> Art. 143 L1915 : « A défaut de nomination de liquidateurs, les associés-gérants dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, les gérants dans les sociétés à responsabilité limitée et les administrateurs ou membres du directoire, selon le cas, dans les sociétés anonymes et dans les sociétés coopératives, seront, à l'égard des tiers, considérés comme liquidateurs ». Ce texte sanctionne la gérance qui a négligé de faire nommer un liquidateur suite à la dissolution de la société : il permet aux tiers, à titre de sanction, de diriger leurs actions contre la gérance qui était en fonction avant la dissolution de la société (Lux. 12 déc. 1991, n° 99114756 ; Cour 20 avr. 1994, n° 13 681 et 15 073). Ce texte ne per-

La nomination d'un liquidateur judiciaire n'étant qu'une *nomination subsidiaire* intervenant lorsque les associés n'arrivent pas à se mettre d'accord, le pouvoir doit être reconnu à ces derniers de se mettre ultérieurement d'accord pour substituer au liquidateur judiciaire le liquidateur de leur choix.

En raison du *principe du parallélisme des formes*, le liquidateur nommé par l'assemblée générale ne peut en principe être révoqué que par celle-ci. Une révocation judiciaire du liquidateur nommé par l'assemblée générale ne sera possible que dans l'hypothèse exceptionnelle de dol ou de violation des statuts, à la condition supplémentaire que l'assemblée générale ait repoussé une demande en révocation<sup>1</sup>.

Le liquidateur est nommé pour la *durée prévue par les statuts* ou, si ces derniers n'ont rien prévu, pour la *durée fixée par l'assemblée* des associés lors de leur nomination. Généralement, il est nommé pour la durée de la liquidation, mais cette règle n'est pas obligatoire. Le mandat des liquidateurs s'apparentant à celui des dirigeants, leur *mandat* peut être renouvelé une ou plusieurs fois. Le liquidateur peut de même être révoqué dans les mêmes conditions que l'administrateur d'une société anonyme<sup>2</sup>.

Cette disposition s'applique également aux *liquidateurs judiciaires*, sauf que leur révocation ne peut résulter que d'une décision des tribunaux. Les associés désireux de provoquer la révocation du liquidateur judiciaire devront donc s'adresser aux tribunaux pour obtenir la révocation. Inversement, les tribunaux n'ont, en principe, aucune compétence pour *révoquer les liquidateurs nommés par l'assemblée* des associés.

**[649] Cessation des fonctions de liquidateur.** — Si la durée de ses fonctions n'est pas fixée dans les statuts ou l'acte de nomination, le liquidateur sera réputé désigné pour toute la durée de la liquidation de la société. Ses fonctions peuvent cependant, pour diffé-

---

met cependant pas à cette gérance de poser des actes de gestion durant la phase de liquidation de la société.

<sup>1</sup> Lux. 13 octobre 1989, n° 319/89.

<sup>2</sup> Lux. 13 octobre 1989, n° 319/89 (non publié) ; Lux. 3 janv. 1992, BCCI, *Bull. Dr. B.* n° 19, 1992, p. 45. Le mandant de liquidateur étant distinct du contrat de travail et pouvant être cumulé avec celui-ci, la révocation *ad nutum* du mandat de liquidateur est possible même si ce dernier est un salarié de la société : Lux. 29 octobre 1984, *Roland c/Frisa*.

rentes raisons, cesser prématurément.

La *cessation des fonctions* peut être *automatique*, et tenir à des événements survenus dans le chef du liquidateur personne physique. C'est ainsi que le décès, l'interdiction ou la déconfiture du liquidateur mettront automatiquement fin au mandat de liquidation, conformément au droit commun en matière de mandats (art. 2003 et 2010 C.civ.)<sup>3</sup>. La faillite de la société mettra également, en pratique, fin aux fonctions du liquidateur, le curateur prenant sa place. Si le liquidateur a été nommé pour une durée limitée, sa fonction se terminera automatiquement à l'arrivée du terme.

Le liquidateur pourra de la même manière, et sous les mêmes conditions (v. n° [349]) que les dirigeants, *démissionner* de ses fonctions. S'il est membre d'un collège des liquidateurs, le liquidateur démissionnaire notifiera sa décision non seulement à l'assemblée, mais également au collège des liquidateurs.

Concernant la *révocation* du liquidateur, il faudra distinguer selon qu'il a été nommé dans les statuts, par l'assemblée générale ou par le tribunal. Si le liquidateur a été nommé dans les statuts, le mandat ne pourra être résilié unilatéralement, sauf l'hypothèse de l'inexécution contractuelle (art. 1184 C.civ.)<sup>4</sup>. Pour les

---

<sup>3</sup> Art. 2003 C.civ. : « Le mandat finit par la révocation ou la renonciation du mandataire, par la tutelle des majeurs, la faillite et toute procédure analogue ainsi que par le décès du mandant ou du mandataire, à moins qu'il n'ait été convenu du contraire ou que le contraire ne résulte de l'affaire » ; art. 2010 C.civ. : « En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci ».

<sup>4</sup> Art. 1184 C.civ. : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un

liquidateurs statutaires désignés de par leurs fonctions (ex : les derniers gérants), la règle doit être différente, et il suffira de changer les statuts. Les liquidateurs ayant un statut proche de celui des dirigeants sociaux, ils sont révocables selon les mêmes règles de quorum et de majorité que les dirigeants sociaux des sociétés concernées. Le liquidateur nommé par le tribunal ne pourra être révoqué, sur la base du principe du parallélisme des formes, que par le tribunal également. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée du principe du parallélisme des formes (celui qui nomme est celui qui révoque) : il est ainsi admis que les tribunaux peuvent révoquer le liquidateur nommé par les associés s'il y a eu dol ou violation des statuts et si l'assemblée a repoussé la demande en révocation<sup>1</sup>.

La nomination ainsi que la révocation du liquidateur font l'objet des mêmes règles de *publicité* que la nomination ou la révocation des dirigeants (v. n° [352] et s.). L'extrait de l'acte de nomination comporte l'indication précise des noms et prénoms ainsi que l'adresse privée ou professionnelle du liquidateur. Si le liquidateur, ce qui est souvent le cas, est une *personne morale*, l'extrait contiendra la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation (art. 142 dernier alinéa L1915, renvoyant à l'art. 11bis art. 1<sup>er</sup> n° 3 (c) pour la nomination opérée par les associés dans le cadre de la liquidation volontaire ; art. 11bis § 1<sup>er</sup> n° 5 (c) L1915 si la nomination est faite par les tribunaux dans le cadre de la liquidation forcée).

## B. L'EXERCICE DE SES FONCTIONS PAR LE LIQUIDATEUR

**[650] Statut du liquidateur.** — Le liquidateur n'est pas le « *représentant* » de la société, ce qui pourrait laisser penser que la société agirait par l'intermédiaire

d'un tiers ; il est, tout comme les dirigeants, un « *organe* » de la société (v. n° [361]), sauf qu'il s'agit de l'organe de gestion unique de la société dissoute. Les associés sont donc représentés par le liquidateur et ne sauraient poursuivre eux-mêmes les débiteurs de la société. Organe de la société, le liquidateur n'est ni le représentant d'associés individuels, ni celui des créanciers, pris individuellement ou collectivement.

Si la mission du liquidateur existe tant dans l'intérêt des associés que de celui des tiers, puisqu'il rembourse les dettes avant de répartir le boni de liquidation éventuel entre les associés, on pourrait être tenté de faire un parallèle avec le *curateur de faillite*. Une telle assimilation serait toutefois erronée. Le curateur représente clairement en droit la masse des créanciers (en sus de la société), alors que le liquidateur de sociétés ne représente que la seule société<sup>2</sup>. Cette limitation du rôle du liquidateur peut poser difficulté en présence de *sociétés à risque illimité déficitaires*. Comme le liquidateur ne représente pas les créanciers sociaux, il n'a aucune qualité pour exercer l'action en paiement des dettes sociales, celle-ci revenant aux créanciers sociaux. Par contre, l'action en contribution aux pertes subsiste, les associés dans ce type de société s'étant engagés à supporter les pertes de la société au-delà de leurs apports. La société détient donc en quelque sorte une créance sur les associés à ce titre, ce qui n'est rien de moins qu'un actif que le liquidateur aura à recouvrer, en vue de mener à bien la liquidation de la société.

**[651] Mission générale : l'exécution des opérations nécessaires à la liquidation.** — La survivance de la société étant subordonnée aux besoins de la liquidation, le liquidateur n'aura d'autre fonction que d'exécuter ces actes qui sont nécessaires pour la liquidation de la société. Seuls les *actes indispensables à la liquidation* étant passés au nom et pour le compte de la société, celle-ci n'est dès lors pas engagée par les opérations qui sont sans rapport direct avec la liquidation,

délai selon les circonstances ».

<sup>1</sup> Lux. 13 octobre 1989, n° 319/89 (non publié) ; Cour 20 avr. 1994, n° 13 681 ; Cour 14 juill. 1999, *Pas.* 31, p. 180.

<sup>2</sup> Lux. 30 juill. 1927, *Pas.* 11, p. 554.



sauf si l'assemblée a autorisé le liquidateur à agir ainsi (art. 145 L1915 « *continuer jusqu'à réalisation l'industrie et le commerce de la société* »). Cette règle n'est pas toujours facile à appliquer et peut générer une insécurité pour les tiers. En effet, il est admis que le liquidateur doit continuer à exécuter les contrats en cours et qu'il peut même conclure de nouveaux contrats lorsque ceux-ci s'imposent pour la liquidation, comme par exemple des contrats de publicité en vue de la vente de l'actif social.

Pour l'essentiel, le liquidateur doit « réaliser » l'actif social, c.-à-d. *transformer le patrimoine de la société en argent liquide* (art. 144 L1915)<sup>1</sup>. Il a, en premier lieu, l'obligation de recouvrer les créances de la société, y compris celle existant à l'égard des associés en raison de l'existence d'un capital non libéré<sup>2</sup>. Celles-ci incluent la fraction non encore libérée du capital social souscrit par les associés (art. 146 L1915)<sup>3</sup>. Le paiement des sommes promises par les associés peut être nécessaire en vue du « règlement de la liquidation », ce qui est plus large que le paiement du passif social. L'appel des fonds non encore libérés ne sera dès lors possible que si les liquidateurs jugent la libération « nécessaire au règlement de la liquidation ». Le liquidateur est seul juge, à l'exclusion des tribunaux, du caractère « nécessaire » de l'appel des fonds<sup>4</sup>. En second lieu, il peut être amené à céder les biens appartenant à la société (les

stocks ainsi que les immeubles), toujours afin de *désintéresser les créanciers sociaux*.

Dans les groupes de sociétés où le temps est de l'argent, on recherche généralement à clôturer rapidement la liquidation de la société. On y arrive assez bien lorsque, dans l'acte de dissolution, l'associé, généralement lui-même une personne morale, se nomme lui-même en tant que liquidateur et déclare dans le même acte reprendre non seulement l'actif social de la société dissoute, mais également son passif exigible, connu et inconnu. Dans ce cas, l'intégralité des opérations de liquidation ayant été accomplies, on pourra clôturer, toujours dans le même acte, la liquidation de la société. Le commissaire à la liquidation n'intervenant que dans un souci de protection des associés, afin de contrôler l'activité du liquidateur, il pourra, du coup, également être renoncé à la nomination d'un tel commissaire, l'associé ne tirant aucun bénéfice d'un rapport établi par un tiers concernant sa propre gestion de liquidateur.

#### [652] Restrictions aux pouvoirs du liquidateur. —

La loi confère des pouvoirs suffisants au liquidateur pour réaliser l'actif (art. 144 L1915). Nous ne passerons dès lors en revue que les restrictions légales apportées aux pouvoirs du liquidateur (les règles en matière de conflit d'intérêts s'appliquent par analogie si la société en liquidation est une SA ou une SE ; art. 148ter L1915 ; v. n° [958] et s.). Ces restrictions ne s'appliqueront cependant qu'à défaut de dispositions dans les statuts de la société ou de résolutions adoptées en assemblée indiquant les pouvoirs des liquidateurs (art. 144 L1915 : « *A défaut de dispositions contraires dans les statuts ou dans l'acte de nomination (...)* »). C'est ainsi que les statuts ou l'acte de nomination des liquidateurs pourraient se contenter de conférer les pouvoirs les plus larges aux liquidateurs pour réaliser les actifs et rembourser les dettes, de sorte que les restrictions posées par la loi, purement supplétives, ne viendraient à s'appliquer. Ils pourraient également, en sens inverse, ajouter des restrictions à celles qui existent déjà dans la loi aux pouvoirs des liquidateurs. Ces restrictions additionnelles seraient opposables aux tiers dans la mesure où elles ont été publiées.

Une première restriction importante a trait à la *vente d'immeubles*. Il faut l'autorisation de l'assemblée générale en vue de leur vente, que la vente ait lieu par voie d'adjudication publique ou de gré à gré (art. 145

<sup>1</sup> Art. 144 L1915 : « A défaut de dispositions contraires dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent tenter et soutenir toutes actions pour la société, recevoir tous paiements, donner mainlevée avec ou sans quittance, réaliser toutes les valeurs mobilières de la société, endosser tous effets de commerce, transiger ou compromettre sur toutes contestations. Ils peuvent aliéner les immeubles de la société par adjudication publique, s'ils jugent la vente nécessaire pour payer les dettes sociales ».

<sup>2</sup> Cass. 5 juill. 1887, *Pas.* 2, p. 625.

<sup>3</sup> Art. 146 L1915 : « Les liquidateurs peuvent exiger des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la société et que les liquidateurs jugent nécessaires au règlement de la liquidation ».

<sup>4</sup> Lux. 25 févr. 1950, *Pas.* 15, p. 95.

L1915)<sup>1</sup>. Cette restriction est le reflet des principes généraux en matière de mandat, qui interdisent les actes de disposition. Elle ne se concilie guère cependant avec le rôle du liquidateur qui a pour mission de réaliser les actifs en vue de rembourser les créanciers sociaux. Au point de vue de la liquidation, il ne peut y avoir de différence entre la vente de biens mobiliers et immobiliers : s'il faut les vendre afin de désintéresser les créanciers sociaux, le liquidateur devrait pouvoir le faire sans que l'assemblée ne doive intervenir.

La seconde restriction a trait aux *endettements nouveaux* de la société. Si le nouvel endettement peut, le cas échéant, être utile à la société, notamment afin de lui éviter de tomber en faillite, il crée d'autres risques pour la société et devra faire l'objet d'un remboursement par la suite. Aussi ils requièrent toujours l'accord en assemblée des associés (art. 145 L1915)<sup>2</sup>. L'endettement visé par le législateur s'entend dans un sens large : emprunts bancaires à court comme à long et moyen terme ; effets de commerce ; et même la mise en gage ou l'hypothèque de biens.

Le liquidateur ne saurait pas non plus, sauf accord obtenu en assemblée, *apporter l'actif net social à une autre société* (art. 145 L1915)<sup>3</sup>. Cette disposition permet de protéger les associés de la société dissoute contre les risques d'une nouvelle entreprise. Lorsqu'un accord a été obtenu en assemblée, l'apport de l'actif net social à une autre société implique une émission de droits sociaux par la société bénéficiaire de l'apport. Ces droits sociaux devraient normalement faire partie de l'actif net social de la société apporteuse qui devra encore rembourser ses dettes. Afin

<sup>1</sup> Art. 145 L1915 : « Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale des associés, donnée conformément à l'article 142, (...) aliéner ses immeubles, même de gré à gré (...) ».

<sup>2</sup> Art. 145 L1915 : « Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale des associés, donnée conformément à l'article 142, (...) emprunter pour payer les dettes sociales, créer les effets de commerce, hypothéquer les biens de la société, les donner en gage, (...) ».

<sup>3</sup> Art. 145 L1915 : « Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale des associés, donnée conformément à l'article 142, (...) faire apport de l'actif net social dans d'autres sociétés. »

de faciliter les concentrations des sociétés anonymes, surtout celles ayant émis des emprunts obligataires, l'art. 148bis L1915)<sup>4</sup> permet à la société dissoute d'éviter de devoir rembourser ses dettes obligataires, le liquidateur transférant la charge de cette dette à la société bénéficiaire de l'apport, sans devoir obtenir l'accord des obligataires. Ce transfert des dettes obligataires de la société dissoute à la société bénéficiaire de l'apport permettra du coup au liquidateur de répartir les droits sociaux reçus en échange entre les associés de la société dissoute. La société bénéficiaire de l'apport peut non seulement être une société de droit luxembourgeois, mais également une société établie à l'étranger. Dans ce dernier cas, toutefois, l'apport ne sera possible que si le droit étranger autorise le même type d'opération (condition de réciprocité). Ce texte permettait de réaliser des fusions transfrontalières de sociétés anonymes<sup>5</sup> tant que celles-ci n'étaient pas encore devenues possibles sur la base de la directive communautaire relative aux fusions transfrontalières (2005/56/CE du 26 octobre 2005).

**[653] Paiement des créanciers sociaux.** — Les créanciers de la société ont été prévenus de la liquidation de

<sup>4</sup> Art. 148bis L1915 : « Par dérogation aux dispositions de l'article 147 et du premier alinéa de l'article 148, lorsqu'une société anonyme aura fait apport de l'entière de sa situation active et passive à une autre société anonyme, les liquidateurs de la société apporteuse pourront, en se conformant suivant le cas, aux articles 26-1 et 44 de la présente loi, répartir entre les actionnaires les actions qui auront été attribuées en rémunération de l'apport, sans devoir préalablement rembourser les obligations ou consigner les sommes nécessaires à ce remboursement, la société qui a reçu l'apport étant tenue directement de l'exécution des obligations de la société apporteuse, de la même manière que celle-ci y était tenue, toutes les garanties spéciales étant maintenues au profit des obligataires. La société qui a reçu l'apport, et celle qui l'a fait seront de nationalité luxembourgeoise, à moins que la législation du pays de la société apporteuse ne permette de faire l'apport dans les conditions dont s'agit même à une société étrangère. En cas de reprise de l'intégralité de la situation active et passive d'une société anonyme par l'Etat, ce dernier pourra désintéresser les actionnaires sans devoir rembourser préalablement les obligataires ou consigner les sommes nécessaires à ce remboursement ».

<sup>5</sup> JIMENEZ-LUNZ, Fusion-scission des sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes : mythe ou réalité ?, *Bull. Cercle François Laurent* n° 1-4, 2003, p. 1.

la société par la publicité effectuée au moment de la dissolution. Normalement, ils seront payés au fur et à mesure qu'ils se présentent. Le fait qu'ils ne se présentent pas au liquidateur ne dispense pas celui-ci de payer, le moment venu, les dettes de la société ; il consignera de ce fait les sommes nécessaires en vue de leur remise ultérieure aux créanciers sociaux<sup>1</sup>. Au besoin, il devra provisionner au passif du bilan les sommes nécessaires afin de couvrir les obligations pouvant naître après la clôture de la liquidation, p.ex. en raison d'un appel en garantie contre la société<sup>2</sup>.

Le liquidateur ne suivra souvent pas d'ordre particulier, si l'*actif social* est *suffisant* pour désintéresser tous les créanciers sociaux. En cas d'*insuffisance* de l'actif social, le liquidateur tiendra compte de la nature privilégiée ou chirographaire de chaque créance ; il distinguera également selon que la dette est une dette dans la masse (c.-à-d. une dette existant au jour de la dissolution de la société) ou une dette de la masse (c.-à-d. une dette née après la dissolution de la société). Aussi le liquidateur évitera-t-il en règle générale de rembourser quelque créancier que ce soit avant d'avoir recensé de manière exhaustive les avoirs et les dettes de la société. Ce n'est qu'après avoir terminé l'inventaire de la société que le liquidateur saura avec précision ce qui reviendra à chacun.

Les *créanciers privilégiés et hypothécaires* passent avant les *créanciers chirographaires* (art. 147 L1915)<sup>3</sup>. Les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires sauvegardés, le liquidateur réglera les autres créanciers (les

créances à terme deviennent immédiatement exigibles<sup>4</sup>), en respectant la règle de la proportionnalité. La proportionnalité est nécessaire afin de respecter le *principe d'égalité des créanciers*<sup>5</sup>. Ce principe entraîne la suspension du cours des intérêts des créanciers chirographaires ainsi que de ceux garantis par un privilège général et interdit la compensation après la dissolution<sup>6</sup>, le recours à la clause résolutoire par le vendeur impayé, etc. D'une certaine façon, les créanciers de la société dissoute se trouvent dans une situation similaire aux créanciers d'un débiteur failli, car là aussi il y a un « concours » entre tous les créanciers chirographaires ou titulaires d'un privilège général de la société tombée en faillite<sup>7</sup>.

Le liquidateur aura l'obligation, en cas d'insuffisance d'avoirs pour régler les créanciers sociaux, de demander aux associés de libérer la partie du capital qu'ils ont souscrite (art. 146 L1915)<sup>8</sup>, d'agir contre les *associés tenus au passif social sur leur patrimoine personnel*, puis, en cas d'insuffisance, de faire la *déclaration de faillite de la société*.

**[654] Remboursement des apports aux associés.** — Lorsque les créanciers sociaux ont été intégralement désintéressés ou, du moins, lorsque les sommes nécessaires à leur payement ont été consignées à la Caisse de Consignation à Luxembourg, le liquidateur doit rembourser leurs apports aux associés (art. 148 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>9</sup>. En principe, cette restitution porte sur le

<sup>1</sup> Cour 20 avr. 1994, n° 13.681 et 15.073.

<sup>2</sup> Cass. 7 févr. 2013, *JT Luxbg* 2013, p. 75.

<sup>3</sup> Art. 147 L1915 : « Les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés et hypothécaires, payeront toutes les dettes de la société, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci. Ils pourront cependant, sous leur garantie personnelle, payer d'abord les créances exigibles, si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante et sauf le droit des créanciers de recourir aux tribunaux ».

<sup>4</sup> Art. 147 L1915 : « Les liquidateurs (...) payeront toutes les dettes de la société et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci (...) ».

<sup>5</sup> Lux. 30 juill. 1927, *Pas.* 11, p. 554.

<sup>6</sup> Lux. 30 juill. 1927, *Pas.* 11, p. 554.

<sup>7</sup> T'KINT, Le concours des créanciers d'une société en liquidation, *RPS* 1977, p. 161.

<sup>8</sup> Article 146 L1915 : « Les liquidateurs peuvent exiger des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la société et que les liquidateurs jugent nécessaires au règlement de la liquidation ».

<sup>9</sup> Art. 148 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Après le paiement ou la consignation des sommes nécessaires au paiement des dettes, les li-

montant nominal des droits sociaux. Elle se fait *en argent*. En ce sens, on peut dire que le remboursement des apports en numéraire est le paiement par la société, par la voie de son liquidateur, d'une dette subordonnée au paiement des dettes sociales proprement dites.

Le remboursement en argent peut être réalisé par la voie d'un *rachat des titres sociaux* (art. 148 al. 2<sup>e</sup> L1915)<sup>1</sup>. Cette technique, en raison de sa simplicité, peut s'avérer utile en matière de liquidation de sociétés. Voilà pourquoi elle ne requiert pas, contrairement à ce qui se passe en règle générale, l'existence de sommes distribuables suffisantes. Le rachat peut ici être opéré sur le capital lui-même. Cette technique est surtout utile lorsqu'elle permet de faire baisser le nombre d'associés. Afin de respecter l'égalité de traitement des associés, le rachat doit soit être fait en bourse, soit par voie de souscription à prix fixé, soit par soumission au rabais, à condition que les conditions de souscription ou de soumission soient les mêmes pour tous les associés.

Toutefois, la restitution peut se faire *en nature* dans certains cas. Tout d'abord, lorsque l'apport en nature ne portait que sur la jouissance d'usufruit du bien apporté. Dans cette hypothèse, en effet, l'associé est resté propriétaire du bien et doit le récupérer (v. n° [98]). Ensuite, la reprise peut s'opérer en nature, même pour les biens apportés en pleine propriété. En effet, tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport. Les apporteurs des biens qui se retrouvent en nature sont ainsi les propriétaires d'une créance de restitution. Cette faculté résulte de l'article 1872 C.civ. renvoyant pour les partages entre associés, en termes très généraux, aux « *règles concernant le partage des*

---

liquidateurs distribueront aux sociétaires les sommes ou valeurs qui peuvent former des répartitions égales ; ils leur remettront les biens qui auraient dû être conservés pour être partagés ».

<sup>1</sup> Art. 148 al. 2 L1915 : « Ils peuvent, moyennant l'autorisation indiquée en l'article 145, racheter les droits sociaux de la société soit à la Bourse, soit par souscription ou soumission, auxquelles tous les sociétaires associés seraient admis à participer ».

*successions* »<sup>2</sup>. Cette faculté s'exerce avant tout autre droit à une attribution préférentielle. Par exemple, un associé ayant apporté un fonds de commerce ou un immeuble peut avoir intérêt à le récupérer en nature. Toutefois, la plus-value acquise par le bien pendant la vie sociale est analysée comme un bénéfice et doit donc être partagée entre tous les associés. Une expertise s'avère donc nécessaire, et l'associé qui recouvre son bien peut être amené à payer une soulte. Quand le bien apporté en nature ne se retrouve plus dans le patrimoine social, notamment lorsqu'il a été vendu pour payer les créanciers sociaux, le liquidateur restitue à l'associé concerné la valeur du bien en argent.

Au moment de la mise en dissolution de la société, le statut d'un associé se rapproche de celui d'un créancier de la société : lors de sa liquidation de la société qui suit sa dissolution, les associés auront en effet le *droit de reprendre leurs apports*, s'il y a somme suffisante, c.-à-d. si le passif a été intégralement réglé (v. n° [654]). Chaque associé quel qu'il soit, a d'autre part, droit, lors du partage, à une fraction de l'excédent (le *boni de liquidation*) s'il existe. Ce droit appelle deux précisions :

- à moins d'une clause des statuts ou d'un accord contraire des associés, tout *bien apporté* qui se retrouve *en nature* dans la masse partagée est attribué, sur sa demande et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport ;
- le *partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices*, sauf convention contraire. Si l'apporteur en industrie n'a aucun droit sur le capital, puisqu'il ne concourt pas à sa formation, il est en revanche logique qu'il lui revienne, dans des proportions à déterminer dans les statuts, au partage de l'actif net : en effet, cet actif, après reprise des apports, peut

---

<sup>2</sup> Art. 1872 C.civ. : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers s'appliquent aux partages entre associés ».

être analysé comme une accumulation des bénéfices non distribués à la réalisation desquels il a contribué par son activité.

**[656] Partage du « boni de liquidation ».** — S'il reste encore des fonds après le paiement des créanciers sociaux et le remboursement des apports, ce « boni de liquidation » doit être partagé entre les associés (ou leurs mandataires<sup>1</sup>), les associés disposant d'une créance de distribution à l'égard de la société. Cette créance de distribution résulte tant des réserves comptables accumulées durant toute la vie de la société que des bénéfices sociaux réalisés depuis la mise en liquidation de la société. Les associés peuvent mettre le liquidateur en demeure d'effectuer cette répartition et, en cas de refus, ils peuvent saisir le tribunal de commerce. La part de chacun des associés dans le partage de cet actif net est, en principe, proportionnelle au montant de son apport. Toutefois, cette règle, valable d'une manière générale pour la participation aux bénéfices de la société, peut être écartée par une clause contraire des statuts.

En pratique, le remboursement des apports et le versement du boni de liquidation s'effectuent parfois concomitamment au paiement des dettes sociales. Il n'y a pas d'inconvénient à cela, tant que le montant des dettes sociales est connu avec certitude, de façon à garantir leur remboursement intégral.

**[657] Présentation annuelle des résultats de la liquidation et droit de contrôle.** — Avant même la clôture de la liquidation, le liquidateur doit rendre des comptes aux associés. Ainsi, *chaque année*<sup>2</sup>, il doit convoquer une assemblée et présenter aux associés un rapport sur la situation de l'actif et du passif (après avoir dressé un inventaire), sur les causes l'ayant empêché de clôturer la liquidation ainsi que sur la façon dont il envisage la suite de liquidation de la société (art. 150 L1915)<sup>3</sup>. L'objectif est de permettre aux

associés de contrôler la gestion passée du liquidateur et d'éviter des lenteurs exagérées dans le processus de liquidation<sup>4</sup>. Il s'agit pour l'assemblée générale de prendre connaissance de la gestion passée de la liquidation et non pas d'approuver (ou de rejeter) le bilan. Cette assemblée est également chargée de donner les autorisations nécessaires pour la poursuite des affaires en cours ou bien pour la cession des biens immobiliers (v. n° 0). Mais il ne faut pas confondre cette information annuelle du résultat de la liquidation avec la production de comptes sociaux annuels ; la loi n'exige que le premier<sup>5</sup>. Ce *droit de contrôle* comporte du même coup le droit de vérifier, à l'occasion de l'assemblée, les résultats passés de la liquidation, soit directement, soit par voie de délégués spéciaux (p.ex. des experts-comptables). Ce droit de contrôle est toutefois collectif et ne peut être exercé que par l'assemblée, les actions individuelles des associés étant exclues.

En sus de ces réunions régulières, l'assemblée des actionnaires est susceptible de se réunir *à d'autres moments également*, dès lors que les associés représentant le dixième du capital social en font la demande aux liquidateurs, en indiquant l'ordre du jour de l'assemblée. Les liquidateurs doivent également convoquer l'assemblée générale des obligataires lorsqu'ils en sont requis par les obligataires regroupant un vingtième des obligations en circulation dont les titres font partie d'une même émission. L'assemblée des associés, tout comme l'assemblée des obligataires, doit être tenue dans le délai d'un mois à partir du jour de la demande (art. 146bis L1915)<sup>6</sup>. Ces assemblées, tout

---

tion sont soumis à l'assemblée générale de la société, avec l'indication des causes qui ont empêché la liquidation d'être terminée. Dans les sociétés anonymes, le bilan est, en outre, publié ».

<sup>4</sup> JEHASSE, *Manuel de liquidation*, Bruxelles, 2004, citant E. Pirmez, p. 259.

<sup>5</sup> Lux. 25 févr. 1950, *Pas.* 15, p. 95.

<sup>6</sup> Art. 146bis L1915 : « Les liquidateurs doivent convoquer l'assemblée générale des associés de façon qu'elle soit tenue

<sup>1</sup> Cour 12 octobre 1989, n° 6958.

<sup>2</sup> Il n'est certes pas interdit d'informer les associés à des intervalles plus courts, mais la loi n'exige qu'une information annuelle : Lux. 25 févr. 1950, *Pas.* 15, p. 95.

<sup>3</sup> Art. 150 L1915 : « Chaque année, les résultats de la liquida-

comme l'assemblée annuelle, si elles subsistent certes, ne peuvent prendre des décisions que dans la mesure des besoins de la liquidation de la société.

Les résultats de la liquidation ne présentent nécessairement qu'une étape intermédiaire de la liquidation de la société. Aussi la *publicité des comptes annuels*, qui n'existe en matière de liquidation que pour les sociétés par actions, est limitée au seul bilan de la société (art. 150 L1915). Cette publication doit être faite chaque année, sans que le délai de 15 jours existant pour la publication des comptes annuels (art. 75 L1915) ne vienne à s'appliquer. Cette disposition transpose, sur le terrain des sociétés par actions en liquidation, les règles applicables à ces sociétés en mode de fonctionnement normal (v. n° [520] et n° [994]).

## § 2. LA PHASE TERMINALE DE LA LIQUIDATION

Une fois son travail accompli, le liquidateur demandera aux associés de clôturer la liquidation (A). Comme tout mandataire social, il pourra voir sa responsabilité mise en jeu en cas de manquements à ses obligations juridiques (B).

### A. LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION

**[658] Nomination d'un commissaire à la liquidation.** — La liquidation, pour être terminée, ne doit pas nécessairement aboutir au désintéressement complet de tous les créanciers, car autrement les liquidations déficitaires ne pourraient jamais être clôturées. La clôture aura lieu lorsque tous les avoirs auront été distribués aux créanciers sociaux, même si certains

---

dans le délai d'un mois, lorsque des associés représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite indiquant l'ordre du jour, et ils doivent convoquer l'assemblée générale des obligataires de façon à ce qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsqu'ils en sont requis par les obligataires regroupant un vingtième des obligations en circulation dont les titres font partie d'une même émission ».

d'entre eux n'ont pas pu être payés<sup>1</sup>. Lorsque les opérations de liquidation sont ainsi achevées, le liquidateur convoque l'assemblée des associés pour faire rapport sur la liquidation de la société et pour nommer un ou plusieurs commissaires à la liquidation (art. 151 L1915)<sup>2</sup>, en pratique presque toujours un commissaire unique.

Le commissaire à la liquidation est nommé, non pas d'après les conditions spéciales de majorité de l'article 142 L1915, mais à la *simple majorité ordinaire*. Comme le commissaire ainsi que le réviseur d'entreprises cessent, de par la loi, leurs fonctions au sein de la société lors de la dissolution de cette dernière, le commissaire à la liquidation joue un rôle important dans le contrôle de la régularité des comptes annuels établis par le liquidateur. Pour cette raison également, le commissaire à la liquidation devra être choisi sur la liste des *réviseurs d'entreprises*, si la société a dû se faire auditer par un réviseur d'entreprises avant sa mise en liquidation (sociétés commerciales dépassant certains seuils, v. n° [449]; banques, organismes de placement collectif ; etc.)<sup>3</sup>. Le commissaire à la liquidation devra évidemment être *différent du liquidateur*, car

<sup>1</sup> Lux. 4 juin 1981, n° 22.496.

<sup>2</sup> Art. 151 L1915 : « Lorsque la liquidation sera terminée, les liquidateurs feront un rapport à l'assemblée générale sur l'emploi des valeurs sociales et soumettront les comptes et pièces à l'appui. L'assemblée nommera des commissaires pour examiner ces documents et fixera une nouvelle réunion dans laquelle il sera statué, après le rapport des commissaires, sur la gestion des liquidateurs (...) »

<sup>3</sup> Art. 151 L1915 : « (...) La qualification de réviseur d'entreprises agréé pour les commissaires n'est requise que pour les sociétés qui dépassent deux des trois critères prévus à l'article 35 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales et pour les sociétés qui ont dépassé les limites prévues à l'article 35 au cours des trois dernières années ayant précédé le jour de mise en liquidation (...) »; Règl. CSSF n° 11-01, Mém. A n° 161, 1er août 2011, p. 2820 (Annexe 4).

il s'agit de contrôler ce que ce dernier aura fait dans le cadre de la liquidation de la société. Par contre, il pourra s'agir de l'*auditeur de la société* avant sa mise en liquidation, à condition toutefois que cette personne ait agi en tant que réviseur d'entreprises et non en tant que commissaire<sup>1</sup>.

La mission du commissaire à la liquidation est d'*éclairer les actionnaires sur la gestion des liquidateurs*.

Œuvrant dans l'intérêt des actionnaires, le commissaire à la liquidation ne sera pas requis dans les liquidations de sociétés où l'associé unique se nomme lui-même liquidateur et s'approprie l'actif net subsistant de la société (tout en acceptant de régler le passif latent de la société). Dans ce cas, en effet, le commissaire à la liquidation viendrait à informer l'actionnaire sur la question de savoir s'il devait se donner décharge à lui-même pour sa propre mission de liquidateur, ce qui est pour le moins inutile.

**[659]Assemblée clôturant la liquidation.** — Une fois le travail du commissaire à la liquidation accompli, le liquidateur convoquera une dernière fois l'assemblée générale des associés en vue de constater la clôture de la liquidation. L'assemblée de clôture ne requiert aucun *quorum* et ses décisions se prennent à la majorité ordinaire. Lorsqu'aucun associé ne se présente à l'assemblée, sans doute parce qu'il n'a rien à espérer de la liquidation déficitaire, la clôture ne paraît techniquement pas réalisable quoique souhaitable. Aussi admet-on dans ce cas que le liquidateur peut confier le contrôle des comptes à un *tiers indépendant* (réviseur d'entreprises, expert-comptable) et se contenter de faire publier un procès-verbal de clôture<sup>2</sup>.

L'assemblée statuera sur le *compte définitif*, sur la gestion du liquidateur et donc également sur la *décharge* éventuelle (art. 151 L1915)<sup>3</sup>. Le vote approubatif des comptes annuels remis par le liquidateur vaut décharge de sa responsabilité. Elle n'est évidemment

pas opposable aux tiers. Contrairement aux assemblées annuelles réunies tout au long de la liquidation, qui ne visaient qu'à recevoir des renseignements sur la gestion de l'exercice écoulé (v. n° [656]), l'assemblée statuera ici sur la régularité des opérations de liquidation. Si cette assemblée refuse d'approuver les comptes du liquidateur, celui-ci ou tout intéressé doit saisir le *tribunal de commerce* qui tranche cette difficulté. Il en est de même si l'assemblée ne peut pas être réunie.

Avec la clôture de la liquidation, la société *perd sa personnalité juridique* ; elle n'a plus de représentants légaux et ceux-ci ne peuvent plus agir pour elle (exception faite de la survie passive pendant cinq ans ; v. n° [660])<sup>4</sup>. La clôture de la liquidation est en principe définitive, de sorte que, sauf l'hypothèse de fraude, la liquidation ne pourra plus être rouverte par la suite<sup>5</sup>.

**[660]Publication de la liquidation et survie passive de la société pendant 5 ans.** — Le liquidateur a, ensuite, l'obligation de faire procéder à la publicité de la clôture de la liquidation (art. 151 al. 2 L1915)<sup>6</sup>. Cette *publication* s'effectue au Mémorial. Elle indiquera en outre l'endroit où les documents sociaux seront conservés pendant cinq ans ainsi que les mesures prises en vue de la consignation des sommes revenant aux créanciers sociaux et les associés, dans la mesure où leur remise n'a pas pu leur être faite. Cette publicité de la clôture de la liquidation constitue une date importante, puisque la survie passive pendant cinq ans de la

<sup>1</sup> Règl. CSSF n° 11-01, Mém. A n° 161, 1<sup>er</sup> août 2011, p. 2820.

<sup>2</sup> ROLAND, La liquidation, in : *Traité pratique de droit commercial*, T. 4, 1998, p. 1146.

<sup>3</sup> Art. 151 L1915 : « L'assemblée (...) fixera une nouvelle réunion dans laquelle il sera statué, après le rapport des commissaires, sur la gestion des liquidateurs ».

<sup>4</sup> Lux. 12 nov. 1927, *Pas.* 12, p. 78 ; Lux. 2 mars 1993, n° 37 019 et 41 406.

<sup>5</sup> Lux. 4 juin 1981, n° 22.496.

<sup>6</sup> Art. 151 al. 2 L1915 : « La clôture de la liquidation sera publiée conformément aux dispositions du chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. Cette publication comprendra en outre : 1° L'indication de l'endroit désigné par l'assemblée générale, où les livres et documents sociaux devront être déposés et conservés pendant cinq ans au moins ; 2° L'indication des mesures prises en vue de la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés et dont la remise n'aurait pu leur être faite ».

société ne commence à courir que si les formalités de publicité ont été correctement remplies<sup>1</sup>. Autrement dit : si la personnalité juridique de la société a cessé d'exister à partir du moment où l'assemblée de clôture a eu lieu (v. n° [659]), les tiers pourront se prévaloir de la continuation de l'existence de la société, tant que sa cessation d'existence n'aura pas été publiée. Cela n'est encore que l'application du droit commun à l'assemblée de clôture en termes d'opposabilité aux tiers d'actes dont la publication est requise par la loi. La radiation du RCS doit ensuite intervenir dans le délai d'un mois (art. 19-1 L27.05.2016).

Par ailleurs, conformément à la théorie de la *survie passive* de la société liquidée, la société continue à subsister pendant 5 ans pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle en la personne du liquidateur (art. 157 L1915)<sup>2</sup>. L'action sera dirigée contre le liquidateur « en cette qualité »<sup>3</sup> ; il s'agit donc en réalité d'une action dirigée contre l'organe de la société liquidée, c.-à-d. contre la société elle-même et non contre ses associés<sup>4</sup>. Elle n'aboutit donc pas non plus à une condamnation personnelle du liquidateur. La survie étant passive, dans l'intérêt des tiers, la société ne pourra plus agir en justice en tant que demandeur<sup>5</sup>, sauf peut-être en matière fiscale<sup>6</sup>.

## B. LES RESPONSABILITÉS RÉSULTANT DE LA LIQUIDATION

### [661] Responsabilités du liquidateur. — Les liquida-

<sup>1</sup> Cour 18 octobre 1978, n° 45.02.

<sup>2</sup> Art. 157 L1915 : « Sont prescrites par cinq ans : (...) - toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité, à partir de la publication prescrite par l'article 151 (...) » ; Lux. 15 mai 1992, n° 209/92 ; Cour 18 janv. 2012, *Pas.* 35, p. 749.

<sup>3</sup> Cour 18 avr. 1967, *Pas.* 20, p. 338 ; Lux. 4 juin 1981, n° 22.496.

<sup>4</sup> Cour 18 avr. 1967, *Pas.* 20, p. 339.

<sup>5</sup> Cour 20 avr. 1994, n° 15 049 ; Cour 28 avr. 1999, n° 21 072.

<sup>6</sup> TA 17 nov. 2016, n° 36 865.

teurs n'encourent aucune responsabilité personnelle en cas d'insuffisance d'actifs distribuables, car il s'agit de dettes sociales et non de leurs dettes personnelles<sup>7</sup>. En revanche, les liquidateurs, qu'ils soient nommés par les associés ou par les tribunaux, sont *responsables vis-à-vis de la société* des conséquences dommageables des fautes qu'ils ont pu commettre dans l'exercice de leurs fonctions. Leur responsabilité dérive de celle du mandat (art. 149 L1915)<sup>8</sup>. Un cas classique de faute sera la distribution d'un boni de liquidation inexistant, les créanciers sociaux n'ayant pas été intégralement payés<sup>9</sup>. Comme les actions contre les dirigeants sociaux, les actions en responsabilité des associés contre les liquidateurs se prescrivent par cinq ans, à compter de la clôture de la liquidation (et non pas à partir du fait dommageable ou de sa révélation ; art. 157 L1915)<sup>10</sup>. La société en liquidation exercera l'*action sociale* contre le liquidateur après avoir désigné, le cas échéant, un mandataire *ad hoc* pour mettre sa décision à exécution. L'action individuelle n'existant pas en la matière, les actionnaires minoritaires seront impuissants à tenter une action en responsabilité contre le liquidateur.

L'article 149 L1915 étend la responsabilité des liquidateurs aux préjudices subis par les *créanciers sociaux*.

Exemple : La responsabilité du liquidateur vis-à-vis des créanciers sociaux sera engagée si le liquidateur rembourse leurs apports aux associés en négligeant de régler l'intégralité du passif

<sup>7</sup> Justice de Paix 12 déc. 1991, rép. fiscal n° 4051/91. Par exemple en matière d'arriérés de salaires, c'est la société qui est tenue, et non pas le liquidateur : Lux. 17 avr. 1985, n° 1171/85.

<sup>8</sup> Art. 149 L1915 : « Les liquidateurs sont responsables, tant envers les tiers qu'envers la société, de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion ».

<sup>9</sup> Cour 29 juin 1987, n° 9474 ; Cour du 20 avr. 1994, n° 13.681 et 15.073.

<sup>10</sup> Art. 157 L1915 : « Sont prescrites par cinq ans : - toutes actions contre les gérants (...), liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits (...) » ; pour la justification de cette courte prescription, v. n° [434] .



social<sup>1</sup>.

N'ayant pas participé au choix des liquidateurs, les créanciers sociaux ne sauraient révoquer les liquidateurs. Par ailleurs, les liquidateurs n'ont pas de compte à rendre aux créanciers sociaux. Les liquidateurs ne sont dès lors *pas les mandataires des créanciers sociaux*. Mais comme la loi impose aux liquidateurs certaines missions et obligations, également dans l'intérêt des tiers, la question du fondement légal de la responsabilité du liquidateur envers les créanciers, doit du coup, être établie. Les auteurs se divisent sur cette question : pour les uns, il s'agirait d'une *responsabilité quasi-contractuelle*<sup>2</sup>, alors que d'autres y voient une *responsabilité quasi-délictuelle*<sup>3</sup>. La responsabilité civile est délictuelle lorsque le préjudice a été causé par un fait volontaire (ex : le liquidateur a volontairement nui aux intérêts des créanciers sociaux en distribuant un boni de liquidation inexistant). Elle est *quasi-délictuelle* lorsque le préjudice a été causé par un fait involontaire (ex : le liquidateur pensait erronément qu'un boni de liquidation existait). Les quasi-contrats sont traités aux articles 1371 C.civ. et suivants : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelque fois un engagement réciproque des deux parties. » Le quasi-contrat correspond à la situation dans laquelle, en dehors de tout contrat, une obligation juridique semblable à une obligation contractuelle naît. Cependant, à la différence de l'obligation contractuelle, l'obligation issue d'un quasi-contrat ne doit rien à la volonté de son débiteur mais est uniquement et exclusivement fondée par la loi elle-même. C'est bien le cas des liquidateurs vis-à-vis des créanciers sociaux.

Même s'il n'existe aucune relation contractuelle entre les liquidateurs et les créanciers sociaux, la loi (art. 149 L1915) indique que : « Les liquidateurs sont responsables, (...) envers les tiers (...) des fautes commises dans leur gestion ». La loi ayant institué une responsabilité spéciale des liquidateurs vis-à-vis des tiers, la doctrine conclut à juste titre que les liquidateurs encourrent une responsabilité quasi contractuelle vis-à-vis des tiers.

**[662] Responsabilité personnelle des associés après la dissolution et le partage.** — La clôture de la liquidation ne libère pas encore les associés envers les créanciers sociaux. Normalement, les associés restent des coobligés solidaires jusqu'à expiration du délai de prescription propre à chacune des dettes : prescription quinquennale, trentenaire ; etc. Cette obligation solidaire n'existe évidemment que dans des circonstances bien déterminées :

- il faut que les créanciers sociaux n'aient pas été payés intégralement ;
- dans les sociétés à risque limité, l'action n'est possible que si les associés n'ont pas libéré leurs apports intégralement ; elle sera limitée au montant de l'apport non libéré ;
- dans les sociétés à risque illimité, l'action est ouverte vis-à-vis des seuls associés qui répondent des dettes de la société indéfiniment sur leur patrimoine personnel.

Dans un souci de protection des associés contre les réclamations tardives des créanciers, l'art. 149 L1915 retient une *courte prescription de cinq ans* pour « toutes actions de tiers contre les associés ou actionnaires à partir de la publication, soit de leur retrait de la société, soit d'un acte de dissolution, soit de l'arrivée de son terme contractuel ». Cette disposition remplace l'ancien article 64 du Code de commerce qui disposait de manière similaire que « toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société (...) ».

<sup>1</sup> Cour 29 juin 1987, n° 9 474 ; Lux. 30 octobre 1987, n° 37 316 ; Cour 20 avr. 1994, n° 13 681 et 15 073 ; Cour 14 juill. 1999, *Pas.* 31, p. 180.

<sup>2</sup> VAN RYN, *Principes de droit commercial*, n° 1111 ; DE BIE/DE LEENHEER, Liquidation des sociétés après la loi du 13 avr. 1995, *J.E.C.* 1995, n° 25.

<sup>3</sup> FREDERICQ, *Traité*, T. V, p. 1050 ; RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les lois belges*, 1913, IV, n° 2046.



## **PARTIE 2. LE DROIT SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS**

Les développements qui suivent doivent s'entendre en tous points sous réserve de ce qui est expliqué dans la première partie ; on ne présentera, pour chaque type de société, que ce qui n'est pas exposé au titre des dénominateurs communs du droit des sociétés.

**[663]Énumération limitative des différentes formes sociétaires : la théorie dite des « cadres légaux obligatoires ».** — La loi luxembourgeoise reconnaît six espèces de sociétés commerciales proprement dites (art. 2 L1915) :

- la société en nom collectif ;
- la société en commandite simple ;
- la société anonyme et la société par action simplifiée ;
- la société en commandite par actions ;
- la société à responsabilité limitée et la société à responsabilité limitée simplifiée ;
- la société coopérative ;
- la société européenne (SE).

À l'origine, le Code de commerce de 1807 ne connaissait que trois espèces de sociétés commerciales (art. 19) : la société en nom collectif ; la société en commandite ; la société anonyme. Le législateur y a ajouté en 1915 la société en commandite par actions ainsi que la société coopérative. La société en commandite par actions doit son origine aux abus auxquels avait donné lieu la pratique des sociétés en commandite durant le XIX<sup>e</sup> siècle : l'article 38 du Code de commerce de 1807 permettait en effet que le capital de la société en commandite soit divisé en actions. Comme le Code de commerce soumettait par ailleurs la constitution des sociétés anonymes à une autorisation gouvernementale, certains préféraient créer des sociétés en commandite à actions afin d'échapper à cette procédure d'autorisation. D'où le souci d'organiser légalement la société en commandite par actions, en s'inspirant tant que faire se peut des règles applicables aux sociétés anonymes, afin d'éliminer toute possibilité d'abus pour l'avenir. La fin du XIX<sup>e</sup> siècle ayant également été celui de l'essor du mouvement coopératif, le législateur a également décidé en 1915 de régler le fonctionnement juridique des coopératives (agricoles, ouvrières) à cette occasion. La SARL, d'inspiration germanique, a été ajoutée à cette liste en 1933. La SAS a fait son introduction en droit luxembourgeois suite à la loi du 10 août 2016. La SAS vise à être une SA allégée, laissant une plus grande liberté contractuelle aux associés afin d'organiser la société au mieux de leurs intérêts. On espère ainsi réorienter vers les SAS une partie de la pratique actuelle favorisant les SARL en tant que véhicule juridique « par défaut », lorsqu'il s'agit de choisir un holding de détention de participation.

Cette *énumération* est *limitative*, et non pas *exemplative*. Aussi n'est-il pas possible pour les parties de créer un nouveau type de société, confectionné à leur guise, à

l'instar des contrats innommés du droit civil. Cette *théorie dite des « cadres légaux obligatoires »* interdit de combiner les différentes formes prévues par la loi, pour en faire une sorte d'hybride plus ou moins complexe<sup>1</sup>. Le législateur a en effet entendu réserver la personnalité juridique aux seules sociétés commerciales prévues par lui-même. Cette théorie, qui soulève également certaines objections<sup>2</sup>, comporte au moins deux conséquences.

La première a trait aux *sociétés luxembourgeoises* n'entrant pas dans l'un des moules légaux. Les associés de ces sociétés commerciales exerçant leurs activités sous une dénomination sociale se voient appliquer les règles de la *société en nom collectif* (ou une société civile si l'objet social est de nature civile)<sup>3</sup>. On justifie cette règle par le souci d'offrir aux tiers le maximum de garanties par la solidarité des associés pour tous les engagements de la société et par le caractère de société commerciale de droit commun de la société en nom collectif. Le même raisonnement s'applique aux *sociétés irrégulières*, c.-à-d. aux sociétés de fait (v. n° [772]) : si deux ou plusieurs personnes exercent conjointement un commerce pour compte commun et partant ont constitué une société sans pour autant respecter les formalités de constitution des sociétés, elles seront réputées avoir constitué une société en nom collectif. Cette conclusion se justifie au regard du fait que la solidarité est de droit entre débiteurs commerçants tenus d'une même obligation contractuelle et que ceci correspond au statut des associés de la société en nom collectif. Toutefois, les personnes réputées ainsi exploiter leur commerce dans le cadre d'une société en nom collectif n'ont pas pour autant créé une société disposant de la personnalité morale. La personnalité morale résulte de la loi et n'est accordée qu'aux groupements d'affaires régulièrement constitués (v. n° [166])<sup>4</sup>.

Ce qui vient d'être dit ne devrait toutefois pas s'appliquer aux G.I.E. non immatriculés. À défaut d'immatriculation, les *G.I.E. non immatriculés* n'acquièrent pas la personnalité juridique. Il pourrait paraître séduisant de qualifier identiquement dans un tel cas de figure les G.I.E. et les sociétés irrégulières. Mais le G.I.E. n'est précisément pas une société (v. n° [42]). Comme la volonté des créateurs d'un G.I.E. doit être prise en considération, l'on ne voit pas comment cette requalification pourrait être effectuée, sous peine de dénaturer la volonté des parties. De ce fait, seule la personne ayant agi au nom du G.I.E. non immatriculé sera tenue par les engagements pris, ce qui, il faut bien l'admettre, n'est guère satisfaisant à l'esprit.

La deuxième conséquence vise les *sociétés étrangères* qui transfèrent leur administra-

<sup>1</sup> CORBIAU, p. 5.

<sup>2</sup> COIPEL, Suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial, in : *Mélanges Harmel*, Liège, 1992, p. 49.

<sup>3</sup> En ce sens la jurisprudence belge, v. notamment Cass. 17 mai 1968, *RPS* 1969, note LIMPENS, p. 215 ; VAN OMMESLAGHE, *Les sociétés de fait*, *JT* 1957, p. 709.

<sup>4</sup> CORBISSIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139 (p. 164) ; EOD. Les lignes de force des récentes réformes, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 13 (26).

tion centrale au Luxembourg : si le droit étranger utilise une forme sociétaire inconnue en droit luxembourgeois, la société étrangère, lors de son transfert au Luxembourg, doit nécessairement adapter ses statuts afin de les faire rentrer dans le cadre législatif luxembourgeois, l'adaptation étant faite par rapport aux dispositions prévues par la loi pour le type de société dont la société étrangère se rapproche le plus en droit luxembourgeois.

[664] **Montages en droit des sociétés**<sup>1</sup>. — La pratique s'accommode cependant parfois mal des limites posées par le législateur. L'imagination des praticiens étant sans limites, il leur arrive de combiner différentes formes sociétaires, afin d'obtenir les résultats voulus. Les aspects fiscaux sont ici souvent prépondérants. C'est ainsi que, dans les sociétés à risque illimité, les acteurs économiques cherchent fréquemment à diminuer les risques pesant sur leurs biens personnels par la combinaison de structures juridiques proposées par la loi. La technique principale consiste à créer une société à risque illimité, la société en commandite simple, dont l'associé commandité est une société à risque limité, généralement une société à responsabilité limitée. Appelée *GmbH & Co KG*<sup>2</sup>, en raison de son inspiration germanique, de tels montages présentent certains risques, tel celui de voir les créanciers sociaux essayer de lever le voile social, en arguant du caractère frauduleux du montage, destiné uniquement à nuire à leurs intérêts.

---

<sup>1</sup> DOM, *Les montages en droit des sociétés*, Paris, 1998.

<sup>2</sup> GmbH & Co KG = Gesellschaft mit beschränkter Haftung Kommanditgesellschaft, « SARL et Cie » en terminologie française.



## **Titre 1. Les sociétés à risque illimité**

[665] **Présentation.** — Quelles que puissent être les divergences d'opinion sur l'exacte définition des sociétés de personnes (encore appelées « *sociétés par intérêts* »), il est unanimement admis que la société en nom collectif et la commandite simple en font partie. De même que la *société du code civil* constitue le droit commun des sociétés, la *société en nom collectif*, qui n'en diffère que par la solidarité obligatoire des associés et par des règles communes à toutes les sociétés commerciales, est la société commerciale de droit commun.

Sa désignation actuelle remonte à POTHIER. L'ordonnance (française) de 1673 emploie encore la dénomination de *société générale*.

La *commandite simple* présente beaucoup de traits communs avec la société en nom collectif, sauf qu'elle prévoit une catégorie spéciale d'associés. Ces deux sociétés constitueront logiquement le centre de nos intérêts en matière de sociétés de personnes. Mais au préalable, il convient d'étudier la société civile, car elle fournit l'essentiel des règles communes à l'ensemble des sociétés de personnes. La *société coopérative* fait également partie des sociétés de personnes. Habituellement, son étude se trouve reléguée au « coin des amateurs », en raison de son particularisme et du fait qu'elle est peu répandue. Mais cette forme juridique a été récemment remise à l'honneur dans le contexte des efforts législatifs visant à attirer les fonds de pension internationaux au Luxembourg. Aussi avons-nous décidé de consacrer un chapitre à ce type de société au demeurant fort intéressant, en raison de la flexibilité qu'il offre sur beaucoup de points.

Toutes ces sociétés ont la personnalité morale. Cependant, on retrouve également dans la catégorie des sociétés de personnes des sociétés auxquelles la loi ne reconnaît *pas la personnalité morale*. Elles seront étudiées en dernier lieu.





## CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ CIVILE

[666] **Présentation.** — On n'attache pas toujours aux sociétés civiles l'importance qu'elles méritent. Leur nombre n'est pas négligeable, même si elles présentent un caractère résiduel : ne sont civiles que les sociétés qui ne sont pas commerciales de par leur objet ou leur forme (v. n° [47]). Les sociétés civiles à forme commerciale ne sont pas régies par ce chapitre mais par celui applicable à la forme juridique qu'elles ont empruntée. Contrairement à nos pays voisins qui ont modernisé le régime des sociétés civiles, le Luxembourg continue à appliquer aux sociétés civiles le Code civil dans sa teneur de 1805. Les dispositions légales sont en grande partie archaïques et laissent une grande liberté à la volonté contractuelle.

[667] **Intérêts pratiques.** — La société civile se rencontre fréquemment en matière de profession civile, agricole, libérale ou intellectuelle. Les sociétés civiles présentent plusieurs intérêts pratiques additionnels, notamment dans le domaine de l'immobilier.

Il peut s'agir d'une technique de gestion d'un *patrimoine privé*, notamment un patrimoine immobilier familial à raison de la souplesse qu'il présente au regard des opérations de partage successoral ou de ses avantages fiscaux.

L'attribution des parts sociales permet de réaliser de manière fort simple et pratique un partage, à la différence d'une répartition de droits indivis sur un immeuble, par exemple. La société civile a longtemps également été avantageuse en présence de *sociétés civiles immobilières*, la cession des droits sociaux étant jusqu'à une période récente, contrairement à la cession immobilière, exempte de droits d'enregistrement proportionnels. La situation a changé suite à la loi du 21 décembre 2001. Cette loi soumet aux droits proportionnels d'enregistrement applicables aux mutations immobilières les cessions de parts dans les sociétés de personnes dont l'actif comprend en tout ou en partie des immeubles (§ IX du tarif des droits proportionnels al. 2). Cette loi assimile donc les cessions de parts sociales de certaines sociétés, dont la société civile immobilière, aux cessions d'immeubles. Cette fiscalité, en soi justifiée, a mis un frein aux constitutions de sociétés civiles immobilières.

La *société civile immobilière* peut également représen-

ter la structure autonome du *patrimoine immobilier affecté à une entreprise*. Il est assez fréquent dans les entreprises familiales que le terrain et les constructions soient appropriés par une société civile, et le fonds de commerce par une société commerciale, généralement à risque limité. Cela permet d'associer des partenaires ayant des motivations différentes. La société commerciale est exonérée de la charge des investissements immobiliers, ce qui ne peut que favoriser son autofinancement à finalité commerciale. Les associés de la société civile, s'ils restent à l'écart de sa gestion, n'assument aucun des risques attachés à la société commerciale<sup>1</sup>. Cela leur permet également de fractionner la propriété économique sur l'immeuble et de céder leurs droits indirects dans l'immeuble de manière assez simple, par cession de leurs parts d'intérêts. Enfin, et peut-être surtout, la séparation de l'immeuble des autres biens de l'entreprise place l'immeuble hors d'atteinte des créanciers de l'entreprise.

Le droit fiscal n'est pas resté insensible aux montages sociétaires où la société immobilière et la société d'exploitation sont détenues par le même groupe d'associés, l'immeuble étant donné en location à la société d'exploitation. Sous le terme de « scission d'entreprise », le droit fiscal répute les deux sociétés ne former en fait qu'une seule entreprise commerciale<sup>2</sup>. Ceci entraîne deux conséquences importantes pour la société immobilière : ses revenus de location sont, par exception, soumis à l'impôt commercial communal ; les plus-values de cession éventuelles de l'immeuble font partie du bénéfice commercial, au lieu de relever de la fiscalité des ménages, qui est plus favorable.

La spécificité de la société civile est définie par un caractère fortement marqué par le caractère personnel des associés et corrélativement par l'importance de la volonté des associés ; cela explique les quelques particularités de son organisation et de son fonctionnement : les parts sont incessibles (art. 1861 C.civ.) ; la mort ou le retrait d'un associé dissout la société (art. 1865

<sup>1</sup> CHAUVIN, Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une SCI, *JCP* 1988.I.320.

<sup>2</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

C.civ.) ; la responsabilité des associés est infinie (art. 1863 C.civ.) mais sans solidarité (art. 1862 C.civ.) ; enfin les changements statutaires ne peuvent, sauf clause statutaire dérogatoire, être opérés qu'à l'unanimité.

## Section 1. L'existence de la société civile

Dans ce type de société, les formalités sont réduites au minimum, tant pour la constitution de la société (§ 1) que pour sa dissolution (§ 2).

### § 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

**[668] Conditions de fond.** — Dans l'ensemble, la constitution de la société civile est marquée par le *libéralisme*. À l'image de tout contrat, la société civile doit répondre aux conditions posées par l'article 1108 du Code civil relatives à la validité des contrats en général (v. n° [57] et s.), et à celles énoncées par l'article 1832 du Code civil pour le contrat de société en particulier (v. n° [80]).

Aucune condition particulière n'est exigée des *associés*, malgré leur obligation indéfinie au passif. Le caractère civil de la société n'exige pas la qualité de commerçant des associés, la capacité civile suffisant. Un mineur<sup>1</sup>, un majeur incapable<sup>2</sup> peuvent en conséquence entrer dans une société civile. Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales (de droit privé comme de droit public), y compris des sociétés commerciales. S'ils doivent être deux au moins, aucun nombre maximal n'est fixé.

La loi ne prévoit aucun *capital* minimal, ce qui donne la possibilité aux associés de déterminer librement le montant du capital social, la fraction qui n'est pas immédiatement libérée et le moment de cette

libération. La responsabilité étendue des associés comme gage des créanciers sociaux est en effet jugée suffisante par le législateur pour ne pas nécessiter en sus un capital minimum. Il est même possible de constituer une société civile sans capital.

Cette conclusion ne résulte pas directement de la loi mais peut en être déduite. L'article 6 L1915 exige en effet pour les sociétés commerciales de personnes une publication par extraits des statuts contenant notamment l'indication du montant du capital social, cette mention existant également pour les sociétés de capitaux, leurs statuts étant publiés en entier. Il faut dès lors conclure que l'indication du montant du capital social fait partie de l'essence même du contrat de société pour toutes les sociétés commerciales. Mais ce raisonnement ne doit pas pour autant être étendu aux sociétés civiles. En effet, les articles du Code civil traitant du contrat de société n'évoquent aucune exigence de capital social. Par ailleurs, si l'article 10 de la loi relative au RCS prévoit certes l'immatriculation des sociétés civiles, il ne mentionne pas non plus, et ce contrairement aux sociétés commerciales, le montant éventuel du capital social en tant qu'information à déposer.

Une société civile étant cependant d'abord une société, les conditions posées par la loi en matière de contrat de société doivent cependant être remplies. Parmi celles-ci figure l'obligation de faire des apports. Comme les apports rentrent en général dans le capital social de la société, l'hypothèse de la société civile sans capital social se limite en pratique à celle où tous les associés sont des apporteurs en industrie.

**[669] Forme, preuve et publicité du contrat de société.** — Conformément aux principes généraux du droit des contrats que l'article 1834 C.civ.<sup>3</sup> et l'article 4 L1915<sup>4</sup> ne font que reproduire, la société civile peut être constituée par *acte notarié* ou par *acte sous seing privé*. Lorsque l'acte est fait sous seing privé, la loi n'exige que l'établissement de deux originaux, même si le nombre des associés est plus élevé. À l'égard des tiers cependant, l'existence de la société est un fait dont ils

<sup>1</sup> DELGADO, Réflexions sur les sociétés civiles face au mineur, *JCP* 1995, éd. N, I, p. 601.

<sup>2</sup> RICHARD, L'associé incapable d'une société civile ayant une activité commerciale, *JCP* 1984, éd. E, I, p. 13546.

<sup>3</sup> Art. 1834 C.civ. : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 3,75 euros ».

<sup>4</sup> Art. 4 L1915 : « Les sociétés (...) sont, à peine de nullité, formées par des actes notariés spéciaux ou sous signatures privées, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil. Il suffit de deux originaux pour les sociétés civiles (...) ».

peuvent faire la preuve par toutes voies de droit.

La *société verbale* n'est donc plus possible. Elle posait souvent des difficultés de preuve ; si la preuve de l'existence d'un contrat de société ne pouvait être apportée, il y avait indivision. Le législateur abolit en 1972 la possibilité de constituer des sociétés verbales en exigeant l'établissement d'un écrit.

Les sociétés civiles ne bénéficient donc pas de la clandestinité, leurs statuts devant être publiés en entier au *Mémorial* (art. 8 L1915)<sup>1</sup>, sauf dans l'hypothèse d'une société civile familiale.

La loi du 18 septembre 1933 définit comme suit la *société civile familiale* : « Seront à considérer comme société familiale, dans le sens de l'alinéa précédent, la société à responsabilité limitée, la société en nom collectif, la société en commandite simple et enfin la société civile, ne revêtant pas une forme commerciale, lorsque les parts sociales sont attribuées par l'acte constitutif, pour les 9/10 au moins, soit aux époux seuls, soit aux père et mère ou au survivant d'entre eux et à leurs descendants ou alliés en ligne directe, soit, en cas de décès des père et mère, aux frères et sœurs en état d'indivision et respectivement aux épouses ou époux de ceux-ci, ainsi qu'à leurs descendants et alliés en ligne directe. »

Même si la société civile n'est pas commerciale, elle sera néanmoins immatriculée au *RCS* (art. 1 n° 6 LRCS)<sup>2</sup>. L'immatriculation portera sur (art. 8 LRCS)<sup>3</sup> :

<sup>1</sup> Art. 8 L 1915 : « Les actes de (...) société civile sont publiés en entier. (...) Par dérogation au premier alinéa, la publication de l'acte des sociétés civiles qui sont à considérer comme société familiale au sens de l'article III de la loi du 18 septembre 1933 (...) contiendra sous peine des sanctions établies à l'article 10: 1) la désignation précise des associés; 2) la dénomination de la société ainsi que l'indication de son objet et celle du lieu où elle a son siège social; 3) la désignation des gérants ainsi que l'indication de la nature et des limites de leurs pouvoirs; 4) l'indication des valeurs fournies ou à fournir par chacun des associés avec évaluation précise des apports en nature; 5) l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir ».

<sup>2</sup> Art. 1 n° 6 LRCS : « Il est tenu un registre de commerce et des sociétés, dans lequel sont immatriculés sur leur déclaration ou sur la déclaration d'un mandataire: (...) les sociétés civiles (...) ».

<sup>3</sup> Art. 8 LRCS : « Toute société civile est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique: 1° la dénomination; 2° l'objet; 3° la durée pour laquelle la société est constituée

la dénomination ; l'objet ; la durée de la société ; l'adresse de son siège de la société ; les détails concernant les gérants ainsi que la nature et l'étendue de leurs pouvoirs.

**[670] Personnalité morale.** — La question de la personnalité morale des sociétés commerciales fut pendant un certain temps controversée en doctrine belge et française pour les sociétés civiles (v. n° [166]). La jurisprudence luxembourgeoise s'est toutefois rapidement ralliée à la thèse suivant laquelle les sociétés civiles seraient des êtres moraux<sup>4</sup>. Le législateur entérina par une loi de 1933 (loi du 18 septembre 1933, art. 3) cette thèse en reconnaissant d'une façon générale que les sociétés civiles ont « une individualité juridique

---

lorsqu'elle n'est pas illimitée; l'identité des associés et leur adresse privée ou professionnelle précise; s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, date et lieu de naissance ou s'il s'agit de personnes morales non immatriculées auprès du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, leur dénomination ou leur raison sociale, leur forme juridique et le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés, si la législation de l'Etat dont la personne morale relève prévoit un tel numéro ainsi que le nom du registre, le cas échéant, ou s'il s'agit de personnes morales immatriculées auprès du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, le seul numéro d'immatriculation; 5° l'adresse précise du siège de la société; 6° l'identité, l'adresse privée ou professionnelle précise des gérants, la date de nomination et la date d'expiration du mandat, la fonction et, le cas échéant, l'organe social auquel ils appartiennent ainsi que la nature et l'étendue de leurs pouvoirs; s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, date et lieu de naissance ou, s'il s'agit de personnes morales non immatriculées auprès du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, leur dénomination sociale ou leur raison sociale, leur forme juridique, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés doit être indiqué si la législation de l'Etat dont la personne relève prévoit un tel numéro ainsi que le nom du registre, le cas échéant, ou s'il s'agit de personnes morales immatriculées auprès du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, le seul numéro d'immatriculation (...) ».

<sup>4</sup> Cour 11 mars 1875, *Pas.* 1, p. 63 ; récemment Cass. 18 mai 2006 et Cour 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Pas.* 34, 2010, p. 512.

distincte de celle de ses associés »<sup>1</sup>.

**[671] Objet social.** — L'objet de la société doit être .... civil. La loi ne définissant pas les *activités civiles*, l'objet civil d'une société s'apprécie par rapport aux actes de commerce énumérés dans le Code de commerce. Les *actes de commerce* sont déterminés par le Code de Commerce, ce sont les actes de commerce par nature. Les actes de commerce par accessoire sont ceux qui ne figurent pas dans cette énumération mais qui sont rendus commerciaux par suite de la profession de l'auteur de l'acte. C'est de la définition de l'acte de commerce que se déduit la définition du commerçant. L'article 2 du Code de commerce est un texte fondamental du droit commercial. Il énumère des actes réputés commerciaux sans donner de définition de l'acte de commerce. La jurisprudence retient deux critères complémentaires l'un de l'autre pour qualifier un acte de commerce : le critère de la spéculation (l'achat en vue de la revente avec profit) et le critère de la répétition de l'acte. La société civile ne pourra donc exercer de manière répétitive une activité axée sur la réalisation rapide de profits. Une société civile peut réaliser des opérations commerciales sans pour autant perdre son statut de société civile, si ces opérations commerciales ne constituent que le support de l'activité civile dont elles constituent le complément de moindre importance.

Si elle exerce des actes de commerce, la société aura pris de manière *irrégulière* la forme de société civile. Étant commerciale de par son objet social, la société aurait dû prendre l'une des formes juridiques prévues par la loi sur les sociétés commerciales. Les associés ne l'ayant pas fait, la société sera réputée prendre la forme de la société commerciale accordant le plus de garanties aux créanciers sociaux, donc la société en nom collectif. Le droit fiscal fera également sienne cette analyse, en ce

<sup>1</sup> Sur la problématique : BOULACH, L'évolution du droit civil des sociétés depuis 1804, in : *Le Bicentenaire du Code civil. Une contribution luxembourgeoise*, Luxembourg, 2005, p. 321.

que l'accomplissement d'actes de commerce par une société civile (autre qu'à titre accessoire) entraînera son assujettissement à la *fiscalité des entreprises* en général et à l'impôt commercial communal en particulier<sup>2</sup>.

Le Code civil distingue deux types de sociétés civiles :

- la *société universelle* (art. 1836 C.civ.)<sup>3</sup> est celle qui n'est pas particulière. Elle consiste en la mise en commun soit de tous les biens meubles et immeubles des associés, soit de tous les profits susceptibles d'en être retirés. Elle ne se rencontre plus guère de nos jours ;
- la *société particulière* (art. 1841 C.civ.)<sup>4</sup> ne s'applique qu'à une ou à certaines choses ou entreprises déterminées. La société civile que l'on rencontre de nos jours relève de cette catégorie, les associés se contentant d'une mise en commun limitée en raison de l'objet lui-même limité de la société.

**[672] Durée de la société.** — La société commence à l'instant même du contrat et dure pour la période fixée dans les statuts. Lorsque les statuts sont silencieux à cet égard, deux règles alternatives viennent à s'appliquer (art. 1844 C.civ.)<sup>5</sup> :

- la durée de la société est limitée à l'entreprise pour laquelle elle a été formée ;
- à défaut de cet élément, elle est réputée faite pour toute la vie des associés, sauf que chaque associé dispose, conformément au droit commun des contrats à durée indéterminée, d'un droit unilatéral de dissolution du contrat de société.

**[673] Modifications statutaires.** — La société civile ne relève que du Code civil. Un changement des

<sup>2</sup> Pour l'importance de la distinction entre la fiscalité des entreprises et la fiscalité des ménages, v. STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, 5<sup>ème</sup> éd., Luxbg, 2015.

<sup>3</sup> Art. 1836 C.civ. : « On distingue deux sortes de sociétés universelles: la société de tous biens présents et la société universelle de gains ».

<sup>4</sup> Art. 1841 C.civ. : « La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir ».

<sup>5</sup> Art. 1844 C.civ. : « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869 ; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire ».

statuts n'est donc analysé qu'en tant que changement d'une convention. Un changement d'une convention ne pouvant être réalisée de manière unilatérale, il faut en principe l'accord de tous les associés pour modifier les statuts (art. 1134 C.civ.)<sup>1</sup>.

Mais la règle de l'unanimité peut poser des difficultés lorsqu'il s'agit d'adapter le mode de fonctionnement de la société à l'environnement changeant de la société. Aussi les statuts de la société civile prévoient-ils souvent des règles de majorité renforcée, librement arrêtées, permettant à l'assemblée des associés de modifier les statuts, même en cas d'opposition de la minorité. Les statuts détermineront les domaines particuliers dans lesquels la majorité suffit pour opérer le changement. La minorité devra, dans ce cas, se plier au vote de la majorité, et ce en vertu du même article 1134 C.civ. Une résolution adoptée autrement qu'unaniment ne saurait cependant altérer l'essence du contrat de société (v. n° [522]). L'unanimité est donc requise pour changer l'objet social de la société, du moins s'il est envisagé de sensiblement modifier l'activité de la société.

## § 2. LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

**[674]Transformation.** — La transformation d'une société civile en société commerciale, à risque limité comme illimité, est expressément prévue par la loi<sup>2</sup>. La transformation n'entraîne pas création d'une personne

<sup>1</sup> Art. 1134 C.civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>2</sup> Art. 3 al. 3 L1915 : « Pourront aussi les sociétés civiles, quelle que soit l'époque de leur constitution, si aucune disposition de leur contrat constitutif ne l'interdit, être transformées en l'une des sociétés à forme commerciale, à l'exception de la société à responsabilité limitée simplifiée, par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée à cet effet. Cette assemblée arrêtera les statuts de la société ».

morale nouvelle (art. 3 L1915)<sup>3</sup>. Sauf si les statuts de la société civile interdisent la mutation de la société, la transformation sera valablement opérée, même au profit d'une société commerciale à risque illimité, si elle obtient l'adhésion de 60% des associés de la société, indépendamment du pourcentage du capital que ceux-ci détiennent (art. 3 al. 4 L1915)<sup>4</sup>.

**[675]Dissolution.** — Il n'existe pas de causes spécifiques de dissolution de la société civile, de sorte qu'il suffit de se reporter aux causes communes de dissolution analysées précédemment (v. n° [627] et s.). On relèvera simplement que le décès, tout comme la déconfiture d'un associé, constitue, sauf clause contraire des statuts, une cause de dissolution de la société. En revanche, la révocation du gérant associé, statutaire ou ordinaire n'entraîne pas la dissolution de la société.

Par ailleurs, la jurisprudence ayant étendu l'art. 141 L1915 aux sociétés civiles (v. n° [639]), la personnalité juridique de la société civile survit à sa dissolution, de sorte qu'à compter du jour de cette dissolution, les associés ne passent pas en indivision (v. n° [639]). La loi du 10 août 2016 a consacré cette jurisprudence sur le terrain du droit positif, en reformulant l'art. 141 L1915 de manière à inclure les « sociétés civiles » à l'article.

L'art. 1872 C.civ.<sup>5</sup> dispose que les règles en matière de partage des *successions* s'appliquent au partage entre associés d'une société. Cela se conçoit assez bien en droit français et belge où la société civile ne dispose (disposait) pas de la personnalité juridique. La société civile étant une masse de biens détenue en copropriété, la similitude de situation avec le droit successoral justifie l'application des règles successorales en matière de

<sup>3</sup> Art. 3 L1915 : « Les transformations visées au présent article ne donnent lieu ni à dissolution ni à création d'une personnalité juridique nouvelle ».

<sup>4</sup> Art. 3 al. 4 L1915 : « Sa décision n'est valable que si elle obtient l'adhésion des titulaires de parts représentant les trois cinquièmes au moins des parts sociales. »

<sup>5</sup> Art. 1872 C.civ. : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers s'appliquent aux partages entre associés ».

partage entre associés d'une société civile. Il était cependant admis dans ces deux pays que l'article 1872 C.civ. ne s'appliquait qu'à défaut de dispositions statutaires en sens contraire. En pratique, les statuts prévoyaient souvent la nomination de liquidateurs aux pouvoirs similaires de ceux existant en matière de sociétés commerciales.

Au Luxembourg, où la personnalité morale de la société civile a été admise assez tôt (v. n° [166]), l'art. 1872 C.civ., basé sur l'idée d'une indivision, n'a jamais réellement bien fonctionné, car l'existence de la personnalité morale empêche par principe que les biens de la société appartiennent en commun aux associés : ce sont ceux de la société. Il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence ait retenu, malgré les textes en sens contraire, d'appliquer le régime de la liquidation (prévu pour les seules sociétés commerciales) également aux sociétés civiles (v. n° [639]).

## Section 2. Le fonctionnement de la société civile : la gérance

**[676]Liberté contractuelle.** — Dans la pensée du législateur, c'est manifestement aux associés qu'il incombe de pourvoir à la gestion de la société. Les règles prévues au Code civil (art. 1856 et 1858 C.civ.) ne prévoient que des dispositions supplétives de volonté, les parties étant tout à fait libres d'y déroger dans les statuts. L'autonomie de la volonté permet donc de librement préciser l'étendue des pouvoirs des gérants.

### § 1. LA NOMINATION ET RÉVOCATION DU GÉRANT

**[677]Qualités requises pour être gérant.** — Aucune capacité juridique particulière n'est exigée du gérant d'une société civile. Il peut être une personne physique ou une personne morale. Dans ce dernier cas, la personne morale gérante sera représentée par une personne physique : cette personne n'encourt pas, contrairement au droit français, les mêmes responsabilités civile et pénale que si elle était gérante en nom personnel, la personne morale gérante étant seule responsable.

Les gérants sont généralement choisis parmi les associés, mais cela n'est pas obligatoire, le gérant pouvant provenir en dehors d'eux.

**[678]Désignation du gérant.** — Les statuts fixent

librement le nombre des gérants ; ils peuvent opter pour une gérance unique, une cogérance, voire aucune gérance. En effet, la loi prévoit deux modes de gestion de la société civile :

- la *gestion sans gérant* (art. 1859 C.civ.)<sup>1</sup>. Si les statuts sont silencieux sur la gérance de la société, la loi considérera que les associés seront réputés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer ;
- la *gestion avec gérant* (art. 1856 à 1858 C.civ.). Les gérants associés comme non associés sont des mandataires sociaux. Toutes les règles du mandat sont dès lors applicables entre les gérants, les associés et les tiers. La gestion avec gérants se décline elle-même en gestion avec des gérants statutaires et avec des gérants ordinaires.

Les gérants sont nommés soit par les statuts (« *gérants statutaires* »), à la constitution ou en cours de vie, suite à un changement apporté aux statuts, soit en dehors des statuts, par une décision des associés (« *gérants ordinaires* »).

**[679]Révocation du gérant.** — Si les pouvoirs du gérant statutaire et ordinaire sont, certes, les mêmes, d'importantes différences existent cependant quant au mode de révocation. Souvent les statuts, tout en désignant le gérant, ont la précaution de réserver à l'assemblée générale des associés la faculté de sa révocation. Dans le silence des statuts, on appliquera les règles suivantes.

Le *gérant statutaire* fait partie du pacte fondamental de la société ; il emprunte nécessairement à celui-ci un caractère obligatoire et permanent<sup>2</sup>. Le gérant statutaire sera choisi, la plupart du temps, parmi les associés. La révocation de l'associé-gérant statutaire nécessite, sauf clause statutaire expresse, l'*accord unanime* des associés. Cela n'est toujours que l'application du

<sup>1</sup> Art. 1859 C.civ. : « A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes: 1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre ».

<sup>2</sup> PLANIOL/RIPERT, *Traité de droit civil*, T. XI, n° 12023.

droit commun en matière de prise de décision au sein des sociétés à risque illimité (v. n° [245]). Si le gérant statutaire a été choisi parmi les associés, l'associé-gérant pourra bloquer sa révocation en votant contre la résolution. Aucune règle n'interdit en effet que le gérant-associé puisse participer au vote comme tout autre associé ; il votera contre la révocation, ce qui suffira pour bloquer la résolution. Mais le gérant-tiers statutaire bénéficiera d'une protection similaire à l'associé-gérant statutaire. En effet, ce gérant ayant été nommé dans les statuts, il participe à ce titre à la convention entre les associés. De ce fait, il devra *accepter sa révocation*, car il s'agit de modifier une convention qui est également la sienne. Ceci rend hautement improbable sa révocation, parce qu'il dispose d'un droit contractuel propre à rester le gérant statutaire de la société.

À défaut d'unanimité, l'associé désireux d'obtenir la révocation du gérant statutaire pourra toujours se rabattre sur la voie de la révocation pour « *cause légitime* » (art. 1856 al. 2 C.civ. ; v. n° [348]). S'agissant d'une révocation pour inadéquation (la perte de confiance ne suffisant pas), la volonté d'un seul associé suffit, mais elle nécessite le recours aux tribunaux. L'article 1856 al. 2 C.civ. constitue un texte dérogatoire au droit commun des mandats, il ne s'applique qu'aux cas y visés. L'article 1856 du Code civil ne vise que les cas où « un associé » est chargé de la gestion de la société par une clause statutaire (« *L'associé chargé de l'administration* ») ; il ne s'appliquera par conséquent pas au *gérant statutaire non associé* qui ne pourra être révoqué qu'à l'unanimité. La révocation du gérant statutaire ne compromettant pas la survie de la société, elle n'entraîne pas non plus la dissolution de la société.

Quand le gérant n'a pas été nommé dans les statuts, il n'est qu'un mandataire ordinaire (un « *gérant ordinaire* »), même s'il s'agit d'un associé. Le gérant ordinaire est révocable à volonté (art. 1856 al. 2 C.civ. ; « *il est révocable comme un simple mandat* » ; v. n° [347]). La loi ne dit rien concernant l'exigence de majorité requise à cet effet. Trois solutions sont a priori possibles : on peut exiger l'unanimité des associés ; se contenter de la simple majorité ou d'une majorité

renforcée ; ou admettre la révocation par la volonté d'un seul. L'exigence de l'unanimité est le principe en matière de société à risque illimité (v. n° [245]), de sorte qu'il faudrait conclure, en l'absence de dispositions statutaires en la matière, que le gérant ordinaire pourrait certes être révoqué sur un simple coup de tête des associés, mais à l'unanimité seulement. Ceci le mettrait, du coup, dans une situation plus favorable que le gérant statutaire (il faut l'unanimité ; la révocation pour cause légitime ne s'applique pas), ce qui est pour le moins contre-intuitif. Le gérant ordinaire ayant été nommé, dans le silence des statuts, à l'unanimité, donc avec l'accord de chacun des associés, on peut du coup postuler que le maintien du mandat du gérant ordinaire suppose également la volonté de tous ceux qui l'ont donné. Du coup, il devrait être possible de révoquer le gérant ordinaire par la volonté d'un seul. Mais la controverse est théorique : généralement, les statuts règlent la difficulté.

La révocation d'un gérant-associé, qu'il ait été gérant statutaire ou ordinaire, n'ouvre pas droit, de ce fait-là, à son retrait en tant qu'associé. Le mandat social et le statut d'associé sont deux choses bien différentes, qui suivent chacune leur cours propre.

**[680] Démission du gérant.** — La démission des gérants n'est pas directement envisagée par les textes. Mais il faut considérer que le droit de démissionner n'est que le pendant du risque de révocation qui lui est consacré par la loi. Si le principe du droit de démissionner est ainsi acquis, il n'en reste pas moins que le régime juridique du droit de démission paraît bien incertain, le gérant pouvant être statutaire, ordinaire, associé ou non.

Le *gérant ordinaire* est un simple mandataire. Il peut dès lors toujours librement renoncer à son mandat (art. 2003 C.civ.)<sup>1</sup>, sans notamment devoir fournir de motif légitime pour sa décision. Les statuts ne peuvent pas supprimer la faculté de démissionner du gérant, mais

<sup>1</sup> Art. 2003 C.civ. : « Le mandat finit par (...) la renonciation du mandataire (...) ».

ils peuvent seulement aménager les conditions, notamment en stipulant un délai de préavis. Cette disposition est particulièrement utile si le gérant est seul ; dans cette hypothèse, le gérant doit convoquer urgemment les associés afin qu'ils désignent un nouveau gérant.

On ne peut a priori accorder ce même droit au *gérant statutaire*, car cela impliquerait que le gérant, associé ou non, puisse unilatéralement changer les statuts de la société. En stricte logique, le gérant statutaire ne devrait pouvoir démissionner qu'à condition que sa démission ait été approuvée par les associés, conformément aux conditions posées par la loi ou les statuts en vue de la modification des statuts. Cependant, comme le gérant statutaire peut être révoqué pour « cause légitime », il n'est que logique, au minimum, de lui accorder le droit de démissionner pour des motifs légitimes, ceci même si les associés s'opposent à sa démission. Ce droit de démissionner pour le gérant statutaire trouvera appui, à défaut de texte spécifique, sur le principe de symétrie. On peut toutefois se demander s'il faut aller aussi loin et s'il n'y a pas lieu de simplement appliquer l'article 2007 C.civ., aux termes duquel « le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant sa renonciation ». Le gérant, s'il est certes statutaire, est avant tout un mandataire, de sorte que sa démission est à voir comme étant l'expression d'un acte unilatéral ne nécessitant aucune acceptation de la société<sup>1</sup>. Il pourra donc renoncer à son mandat par la simple notification de sa démission à la société.

Le gérant démissionnaire, statutaire ou ordinaire, pourra être tenu d'indemniser la société pour le préjudice causé à celle-ci par son départ intempestif, sauf à démontrer qu'il lui a été impossible de poursuivre son mandat sans lui-même subir un préjudice (art. 2007 al. 2 C.civ.).

## § 2. L'EXERCICE DES FONCTIONS DE GÉRANT

**[681] Pouvoirs des gérants.** — Les gérants, statutaires ou ordinaires, sont toujours des mandataires. Leurs pouvoirs dépendent des statuts ou de l'acte qui les a nommés. Si rien n'a été précisé dans les statuts, toutes les règles du *mandat* seront applicables. En particulier, les gérants seront considérés comme ayant reçu *tous les pouvoirs utiles pour la gestion* dont ils sont chargés au vu de la nature de la société et de son objet. Autrement dit, les gérants peuvent accomplir tous les actes qui rentrent dans l'objet social, car il faut présumer que les associés ont donné aux gérants tous les pouvoirs nécessaires afin d'atteindre le but qu'ils se sont fixé en commun. Il convient de ne pas interpréter restrictivement le concept d'acte rentrant dans l'objet social (l'« acte de gestion »), si bien qu'un gérant peut réaliser un acte de disposition pourvu qu'il soit conforme à l'objet social ; la nature intrinsèque de l'acte n'importe pas. Pour les actes dépassant l'objet social et donc leur mandat, les gérants devront obtenir l'accord de tous les associés, afin de pouvoir engager la société (v. n° [372]).

La loi ne distinguant pas les pouvoirs du gérant dans l'ordre interne et externe, les pouvoirs du gérant seront les mêmes dans les rapports avec les associés et avec les tiers. Les associés disposent dès lors de la plus grande *liberté pour déterminer l'étendue des pouvoirs du gérant*, en particulier pour limiter ses pouvoirs en matière d'emprunt, d'aliénation de biens sociaux, ou pour prévoir les modalités d'habilitation du gérant en vue d'accomplir tel ou tel acte. Les règles du mandat s'appliquant, les associés ne sont pas tenus à l'égard des tiers pour les actes du gérant accomplis en dehors de son mandat, car il n'y a, par hypothèse, pas de représentation (art. 1998 al. 2 C.civ.)<sup>2</sup>. Contrairement au droit des sociétés à risque limité, les clauses statutaires limitatives des pouvoirs des gérants sont donc oppo-

<sup>1</sup> V. note NELISSEN, *RPS* 1971, t. LXX, p. 235.

<sup>2</sup> Art. 1998 al. 2 C.civ. : « Il (le mandant) n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».



sables aux tiers ayant contracté avec la société, de sorte que les tiers doivent s'assurer à l'avance de l'étendue des pouvoirs du gérant. En cas d'actes accomplis en dehors du mandat, le gérant ne sera pas tenu non plus s'il a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs au tiers (art. 1997 C.civ.)<sup>1</sup>.

Exemple : Les statuts de la société disposent que le gérant doit obtenir l'assentiment de l'assemblée des associés statuant à l'unanimité avant de pouvoir céder un immeuble. La cession immobilière accomplie par le gérant sans la consultation préalable des associés n'est pas opposable à la société. Le gérant ayant fourni une copie des statuts à l'acquéreur de l'immeuble avant l'opération de cession, l'acquéreur aurait dû se rendre compte que le gérant agissait sans pouvoirs. Le gérant ne sera, du coup, pas tenu non plus. La vente est donc nulle.

En cas de *pluralité de gérants*, leurs pouvoirs seront fonction de ce que disent les statuts. Très souvent, les statuts répartissent les différentes attributions en matière de gestion sociale entre les différents gérants. Les statuts prévoient parfois également, pour les actes les plus importants, l'accord de tous les gérants. Si, par exemple, les statuts prévoient une double signature pour engager la société, un gérant seul ne pourra agir, même si l'autre gérant se trouve dans l'impossibilité d'agir (art. 1858 C.civ.)<sup>2</sup>. Toutes ces dispositions statutaires sont à respecter par les gérants, la société n'étant pas liée par les actes posés par les gérants en dehors des pouvoirs conférés par les associés. Dans le silence des statuts, chaque gérant exerce séparément l'intégralité des pouvoirs de gérance, sans que les autres gérants n'aient le droit de s'opposer à l'opération en question (art. 1857 C.civ.)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 1997 C.civ. : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ».

<sup>2</sup> Art. 1858 C.civ. : « S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration ».

<sup>3</sup> Art. 1857 C.civ. : « Lorsque plusieurs associés sont chargés

[682] **Gestion d'une société dépourvue de gérants : la codirection.** — Lorsqu'aucun gérant n'a été nommé, la loi donne des pouvoirs égaux à tous les associés, qui sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1859 C.civ.). Leurs pouvoirs sont beaucoup plus restreints cependant que ceux des gérants statutaires ou ordinaires. La loi limite en effet leurs pouvoirs aux actes d'administration pris au sens strict, les actes de disposition leur étant interdits (art. 1860 C.civ. et 1988 C.civ.).

L'art. 1860 C.civ. porte que « *l'associé qui n'est point administrateur (c.-à-d. qui n'a pas reçu de mandat des autres à cet effet) ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui appartiennent à la société* ». Article fort simple mais qui est souvent mal compris. La prohibition étant absolue, il en résulte que cet associé ne peut même pas disposer des biens sociaux jusqu'à concurrence de sa part dans le capital social de la société. Sur ce point, le Code civil innove : au temps de POTHIER, on suivait encore la doctrine romaine, et chaque associé pouvait aliéner valablement sa part des biens communs, conséquence rigoureusement logique de cette idée qu'il en était personnellement propriétaire et que la société n'était qu'une indivision<sup>4</sup>. Aussi l'article 1860 C.civ. a fourni leur argument favori aux partisans de la personnalité des sociétés.

[683] **Droit d'opposition exceptionnel des associés non gérants.** — Lorsqu'un gérant a été nommé, dans les statuts ou par un acte ultérieur, celui-ci détiendra l'exclusivité de la gestion sociale. Dans cette situation, les associés ne disposent par ailleurs d'aucun *droit d'opposition* aux actes que le gérant se propose d'effectuer. En effet, le gérant ayant été nommé par les associés, dans les statuts ou dans un acte postérieur, cette nomination engagera les associés qui devront respecter le mandat qu'ils ont conféré (art. 1134 C.civ.)<sup>5</sup>. L'art. 1856 C.civ. qui indique que le gérant : « (...) *peut faire, nonobstant l'opposition des autres*

d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il n'ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration ».

<sup>4</sup> POTHIER, *Société*, n° 89, Digeste, liv. XVII, tit. 2, fr. 68.

<sup>5</sup> Art. 1134 C.civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

*associés, tous les actes (...)»* reflète exactement cette idée. Dans ces cas, ne pouvant engager la société ni s'opposer aux actes de gestion du gérant, le rôle des associés se limitera à contrôler le gérant dans l'ordre interne.

En revanche, si aucun gérant n'a été nommé, soit dans les statuts, soit en assemblée, les associés sont tous réputés gérants, chacun disposant par ailleurs d'un droit d'opposition (art. 1859 n° 1 C.civ. : « *sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue* »). Si l'opposition intervient avant la conclusion de l'acte, la présomption légale du mandat réciproque tombe, et il faudra l'unanimité des associés pour passer l'acte. Le risque de conflit et de blocage est donc patent. Si l'associé passe outre le veto, l'acte est nul entre les associés, mais non pas envers les tiers de bonne foi, comme pour toute révocation de mandat (art. 2005<sup>1</sup> et 2009 C.civ.<sup>2</sup>).

**[684] Responsabilité du gérant.** — Le gérant étant le mandataire de la société, la responsabilité des actes juridiques à l'égard des tiers incombe à la société. Le gérant n'exposera sa propre responsabilité que lorsqu'il commet une *faute extérieure au mandat social*. Vis-à-vis des associés, le gérant devra répondre des fautes commises dans les conditions précisées par le Code civil pour les mandataires (v. n° [382]). Même si le Code civil ne connaît pas la distinction « fautes de régularité – fautes de gestion » propres aux sociétés commerciales, le gérant répondra à l'égard de la société des infractions aux lois et règlements, du non-respect des statuts ainsi que des fautes commises dans sa gestion. Les clauses extensives ou restrictives de responsabilité arrêtées conventionnellement sont, conformément aux règles générales du mandat, licites.

<sup>1</sup> Art. 2005 C.civ. : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire ».

<sup>2</sup> Art. 2009 C.civ. : « Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi ».

Le gérant pourra demander, conformément au droit commun des mandats, *quitus* de sa gestion aux associés (v. n° [426]). Sauf l'hypothèse du dol ou de la fraude, la décharge ne pourra pas être remise en cause, si elle est accompagnée des comptes annuels de la société civile. La décharge doit être distinguée de la *ratification* éventuelle des actes conclus par le gérant avec les tiers et qui outrepasseraient ses pouvoirs. La ratification en tant que telle n'a d'effets que vis-à-vis des tiers, sauf si elle doit être considérée dans le cas particulier comme impliquant également approbation de l'acte dans l'ordre interne de la société.

### Section 3. Les associés de la société civile

**[685] État des textes du Code civil.** — Le Code civil ne contient guère que des dispositions surannées sur le sujet. Il prévoit deux cas :

- *un engagement est pris envers un tiers par tous les associés conjointement*. L'art. 1863 C.civ. les déclare tous tenus pour parts égales, à moins que l'acte n'ait spécialement restreint l'obligation de ceux qui ont une part inférieure à une part virile (la part virile correspondant à la part proportionnelle en nombre d'associés, v. n° [639]) ;
- *l'engagement est pris, au nom de la société, par un seul des associés*. Cet engagement ne lie pas les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir à cet effet ou que la chose n'ait tourné à leur avantage (art. 1864 C.civ.). Conformément aux règles applicables au mandat (art. 1998 C.civ.), l'associé contractant en son propre nom n'oblige jamais que lui-même (art. 1862 C.civ.).

**[686] Forme moderne de la gestion des sociétés.** —

Ce n'est pas d'ordinaire sous cette forme que les sociétés contractent avec les tiers ; elles ont des gérants qui agissent en cette qualité avec des pouvoirs spéciaux, et toutes les questions qui s'élèvent portent sur l'interprétation des statuts. Le Code civil n'a nullement prévu le mode de fonctionnement moderne des sociétés civiles, qui sont pourvues, non seulement de gé-

rants, mais souvent de conseils de gérance qui délibèrent et prennent des décisions, et souvent aussi d'un organe de contrôle.

## § 1. DROITS DES ASSOCIÉS

**[687] Droits individuels des associés.** — L'associé non gérant n'a aucun pouvoir de faire des opérations pour la société<sup>1</sup>. Mais le Code civil lui accorde pour le moins un droit de contrôle sur l'activité du gérant, celui-ci ayant l'*obligation de rendre compte* à ses mandataires (art. 1993 et s. C.civ.). Cette disposition applicable aux mandataires en général s'applique également au gérant d'une société civile.

Il appartiendra donc aux statuts de régler la question du droit de communication des comptes annuels ainsi que le droit éventuel de poser des questions au gérant. Dans le silence des statuts, chaque associé aura le droit de surveiller individuellement la gestion sociale, en posant telle question au gérant qu'il jugera utile, en inspectant les livres sociaux, etc. Cela n'est que le corollaire logique de sa responsabilité illimitée.

L'associé peut également agir individuellement en responsabilité contre le gérant, pour la part de dommage collectif qu'il a éprouvée (v. n° [395]).

**[688] Droits collectifs des associés.** — Les décisions les plus importantes dans la société relèvent de la compétence de la collectivité des associés. Il s'agit des décisions qui excèdent les pouvoirs de gestion confiés au gérant. C'est le cas en particulier : des actes dépassant l'objet social ; de la désignation du gérant et de sa révocation ; de l'approbation des comptes annuels et de l'affectation des résultats ; de la modification des statuts.

La loi étant muette quant aux modalités de la prise de décision collective (la loi n'évoque les assemblées qu'au détour, dans le cadre de la nomination d'un liquidateur en présence d'une dissolution de la société ; v. n° [648]), le mode de droit commun de la

délibération en *assemblée* n'est pas obligatoire, même si c'est la seule méthode permettant un échange de vues entre associés. Dans le silence de la loi, il appartient aux statuts de régler les modes de prise de décisions collectives des associés. Les statuts pourront bien sûr retenir la formule de l'assemblée, pour toutes les résolutions ou certaines d'entre elles seulement ; alternativement, ils peuvent choisir la voie de la *consultation écrite* ou celle du consentement des associés dans un *acte* sous forme d'adhésion à un acte sous seing privé.

Les décisions ne sont en principe valablement prises par les associés que si ceux-ci prononcent à l'*unanimité*, encore que les statuts puissent valablement prévoir le contraire. Cette règle traditionnelle en matière de sociétés de personnes s'applique sans discussion possible aux modifications statutaires (v. n° [245]). Concernant les décisions ordinaires à prendre par les associés en assemblée générale (affectation des résultats, ...), il n'y a pas de changement du pacte social, de sorte qu'il faut s'en référer au *droit commun des assemblées délibérantes* : chaque associé dispose d'une voix, et les décisions sont prises à la majorité absolue, quel que soit le nombre d'associés présents ou représentés.

**[689] Contrôle de la société civile.** — La présence d'un auditeur constitue souvent une garantie tant pour les associés que pour les tiers. Il est donc regrettable que la loi n'oblige pas les sociétés civiles à désigner un réviseur d'entreprises si les seuils légaux prévus pour la 4<sup>e</sup> directive venaient à être dépassés (v. n° [449]) ; la 4<sup>e</sup> directive ne s'applique en effet qu'aux sociétés commerciales.

## § 2. RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS

La mesure dans laquelle les associés sont tenus vis-à-vis des tiers se décline de différentes manières. La responsabilité est illimitée, conjointe, identique pour chaque associé, et sans doute principale (quoique cela se discute).

**[690] Obligation aux dettes : responsabilité illimitée des associés sur leurs biens personnels.** — La responsabilité des associés n'est pas nécessairement la

<sup>1</sup> Cour 10 juill. 2002, n° 23 054, *Bull. Barreau*, 2004, p. 27.

même, selon qu'elle est considérée dans les rapports des associés avec les tiers ou entre associés. Un premier point mérite d'être mentionné : la responsabilité illimitée des associés n'engage ceux-ci que vis-à-vis des créanciers de la société, et non pas envers la société elle-même. Dès lors, la gérance de la société ne saurait demander aux associés de régler les dettes de la société qu'elle ne sait pas payer elle-même.

*Vis-à-vis des tiers*, les associés d'une société civile sont, comme dans toute société de personnes, tenus *sur l'intégralité de leurs biens*<sup>1</sup>. Cette règle, si elle ne résulte pas formellement de l'article 1863 C.civ.<sup>2</sup>, la présuppose en effet, et toute clause de limitation statutaire de responsabilité à la mise serait inopposable aux tiers (sauf leur accord). Cette obligation étant de l'essence de la société civile, il ne serait pas possible de limiter l'étendue de la responsabilité dans les statuts. Ceci n'empêche bien évidemment pas qu'un tiers renonce, au cas par cas, au recouvrement de sa créance impayée vis-à-vis de l'un ou de l'autre, voire de tous les associés.

Les créanciers sociaux disposent donc non seulement d'un droit de *gage exclusif*, à savoir le patrimoine social, mais en outre d'un droit de *gage supplémentaire* constitué par le patrimoine personnel des associés. Ce droit de gage supplémentaire n'est toutefois pas exclusif, car les créanciers sociaux viendront en concours avec les autres créanciers personnels des associés.

L'associé peut revêtir une double casquette et contracter avec la société à l'instar des tiers. Le droit des sociétés, contrairement au droit fiscal, respecte ce contrat et confère dans ce cas les mêmes droits à l'associé ayant contracté avec la société qu'aux tiers concernant le règlement de sa créance. Exemple : l'associé A dispose d'une créance de 150 vis-à-vis de la société civile en raison d'une vente qu'il a faite à la société civile. La société civile a trois associés (A, B, C), de sorte que A pourra s'adresser à B ou à C en vue du règlement de sa créance (en cas de défaillance de

la société civile).

Le *droit fiscal*, en revanche, ne reconnaît pas les transactions (loyer, ventes, etc.) effectuées par les associés de sociétés de personnes avec celles-ci : les loyers, ventes résultant dans l'encaissement de sommes d'argent par l'associé seront réputés constituer des prélèvements privés de l'associé, les flux d'argent en sens inverse représentant des suppléments d'apport effectués par l'associé.

**[691] Contribution aux pertes : possibilité d'aménagements de la responsabilité dans les statuts.** — S'il n'est donc pas possible d'affranchir par une clause statutaire un des associés de toute contribution aux pertes (ce serait une clause léonine ; v. n° [125] et s.), il n'est cependant pas interdit de *limiter dans les statuts la contribution aux pertes d'un des associés*. Il faut en effet distinguer l'obligation aux dettes vis-à-vis des tiers de la contribution aux pertes entre associés. L'obligation à la dette, instaurée au profit des tiers, est nécessairement indéfinie dans la société civile. Mais rien n'empêche les associés de librement fixer entre eux leurs contributions respectives aux pertes de la société (« contribution aux pertes », v. n° [117] et s.), sous la seule réserve de la clause léonine bien sûr<sup>3</sup>. L'associé qui aura payé une dette sociale dans le cadre de son obligation à la dette aura un recours contre ses coassociés pour la part incombant à chacun, en tenant compte, le cas échéant, des dispositions statutaires convenues en matière de contribution aux pertes.

Rien n'empêche non plus qu'un créancier social, traitant avec la société, *renonce expressément* au bénéfice de la responsabilité indéfinie. La responsabilité illimitée étant seulement destinée à protéger les intérêts des créanciers sociaux, le bénéficiaire de cette garantie pourra y renoncer soit à l'égard de tous les associés, soit à l'égard de certains d'entre eux seulement<sup>4</sup>.

**[692] Absence de solidarité.** — Les associés sont tenus *conjointement*, et non pas solidairement, des dettes sociales (art. 1862 C.civ. : « *les associés ne*

<sup>1</sup> Cour 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Pas.* 34, 2010, p. 512.

<sup>2</sup> Art. 1863 C.civ. : « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et à parts égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part ».

<sup>3</sup> Lux. 12 févr. 1969, *Pas.* 21, p. 382.

<sup>4</sup> CORBIAU, ad art. 14, p. 48.

sont pas tenus solidairement des dettes sociales »<sup>1</sup>. Celles-ci se divisent donc de plein droit entre eux, par *parts viriles* ou égales (c.-à-d. proportionnellement au nombre d'associés ; « bénéfice de la division »), sauf stipulation statutaire contraire plus favorable pour les créanciers sociaux<sup>2</sup>. La situation des associés d'une société civile tranche ainsi nettement avec celle des associés soumis au droit commercial et à la loi sur les sociétés commerciales où la solidarité des associés est la règle (v. n° [639]).

Exemple : La société civile SC a dix associés ; SC ne règle pas une dette sociale de € 1 000 000. Chaque associé est tenu vis-à-vis du créancier de SC à hauteur de € 1 000 000 x 1/10 = € 100 000.

**[693] Une obligation aux dettes par parts égales.** — Les associés sont tenus, vis-à-vis des tiers, *chacun pour un même montant*, quel que soit, par ailleurs, la part de capital détenue par chacun d'eux (art. 1863 C.civ.). Cette règle peut s'avérer sévère pour les petits associés ne détenant qu'une fraction minime du capital social de la société.

Exemple : La société civile SC a dix associés ; SC ne règle pas une dette de € 1 000 000 d'une société dont A détient 25% du capital social. A répond, sur son patrimoine personnel, non pas de 25% des engagements sociaux, mais de 10% seulement. A devra payer € 100 000 au créancier.

**[694] Pas de bénéfice de discussion.** — L'article 152 L1915 prévoit une hiérarchie en termes d'actions par les créanciers sociaux contre une société commerciale à risque illimité : ils doivent d'abord intenter leur action contre la société et obtenir sa condamnation, avant de pouvoir se retourner contre ses associés<sup>3</sup>. L'article 1863 C.civ. ne prévoit rien d'équivalent pour la société civile

mais se contente de postuler que « *les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et à part égale (...)* ». Cet article se comprend aisément si la société civile n'a pas de personnalité morale : dans ce cas, les créanciers de la société ne pouvant agir contre la société même, n'auront d'autre possibilité que de poursuivre les associés en paiement des dettes sociales, auxquelles ceux-ci sont tenus directement. Mais il en va autrement dans un système où, tel le Luxembourg, la société civile dispose de la personnalité juridique : les dettes sociales étant d'abord les dettes de la société, puisque c'est elle qui les a contractées, il ne serait que logique que les créanciers sociaux s'adressent d'abord à la société, afin d'obtenir paiement de ce qui leur est dû. Ce n'est que si la société ne s'exécute pas que les créanciers sociaux devraient pouvoir agir contre les associés. Les associés devraient donc disposer du bénéfice de la discussion. La jurisprudence luxembourgeoise semble cependant être fixée en sens contraire, en ce sens que les associés seraient tenus comme la société, ce qui signifierait qu'ils puissent être poursuivis sans que la société ait même été préalablement mise en demeure de payer.

L'interprétation de l'art. 1863 C.civ. par la jurisprudence luxembourgeoise est instable et a connu des revirements récents. Par deux arrêts de 1999<sup>4</sup> et 2005<sup>5</sup>, la Cour d'appel de Luxembourg avait conclu au caractère subsidiaire de l'action intentée contre les associés. Cette action n'était déclarée recevable qu'après la vaine et préalable poursuite menée contre la société elle-même. Cette interprétation était fondée sur un argument qui paraissait solide, à savoir l'attribution de la personnalité morale à la société civile, laquelle était jugée dès lors débitrice au premier chef de ses créanciers<sup>6</sup>. Cependant, il arrivait encore

<sup>1</sup> Cour 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Pas.* 34, 2010, p. 512.

<sup>2</sup> Lux. 6 déc. 1933, *Pas.* 13, p. 534.

<sup>3</sup> Article 152 L1915 : « Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés solidaires dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les sociétés en commandite par actions et les coopératives à engagement illimité, ne peut être rendu avant qu'il n'y ait condamnation contre la société ».

<sup>4</sup> Cour 11 mars 1999, n° 21955, v. FAYOT, Droit des sociétés (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* p. 590 s.

<sup>5</sup> Cour 7 déc. 2005, n° 29262, DA/OR, 2007, p. 315, note STEVENS.

<sup>6</sup> Ce précis, 2<sup>e</sup> éd., p. 485 ; STEVENS, note préc., p. 319. Dans le régime français institué par le code civil, qui a repris les solutions du droit romain et la jurisprudence de l'ancien droit, la société n'avait pas la personnalité morale. Par application de la théorie générale des obligations, les associés

que les tribunaux inférieurs adoptassent une interprétation contraire, essentiellement exégétique, de l'art. 1863 C.civ.<sup>1</sup>. De son côté, la Cour d'appel de Luxembourg opéra un revirement de sa propre jurisprudence à l'occasion d'un arrêt du 1<sup>er</sup> avr. 2009<sup>2</sup>. Aux termes de cette décision, les créanciers sociaux peuvent s'adresser immédiatement aux associés pour obtenir règlement de leur créance. Les associés sont de ce fait des débiteurs conjoints et non subsidiaires du passif social. De ce fait, les créanciers sociaux ne sont pas obligés de subordonner une action contre les associés à une action préalable contre la société civile (« bénéfice de la discussion »)<sup>3</sup>. Le créancier social pourra, du coup, poursuivre simultanément la société et ses associés.

Le bénéfice de la division étant limité aux seuls associés et ne profitant donc pas à la société, le créancier social aura donc le choix :

- de réclamer le paiement intégral de sa créance à la société ;
- de poursuivre le paiement de sa créance vis-à-vis de chacun des associés, chacun pour sa part, ce qui ne l'empêchera pas de procéder en parallèle aux mesures de recouvrement vis-à-vis de la société.

### § 3. SORTIE DES ASSOCIÉS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

**[695]Le principe de l'incessibilité des parts d'intérêts.** — *Par principe*, la part d'associé dans la société en nom collectif est incessible et intransmissible, d'où le nom de « *part d'intérêt* ». Ce fait tient du

étaient tenus pour une part virile sur leurs biens personnels. La société civile, de droit commun, et les associés étaient considérés comme des débiteurs principaux placés sur un pied d'égalité au regard des dettes sociales. Sous réserve des dispositions dérogatoires applicables à certains types de sociétés, le créancier d'une société civile avait le choix de poursuivre indifféremment les associés ou la société. Mais comme la société civile a bénéficié très tôt, en droit luxembourgeois, de la personnalité juridique, il n'y a pas vraiment de raisons non plus de traiter l'obligation aux dettes différemment ici que pour les sociétés commerciales : v. n° [716].

<sup>1</sup> Lux. 28 nov. 2002, *Bull. Barreau*, 2003, p. 10.

<sup>2</sup> Cour 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Pas.* 34, 2010, p. 512.

<sup>3</sup> Cour 1<sup>er</sup> avr. 2009, *Pas.* 34, 2010, p. 512.

caractère personnel particulièrement prononcé du contrat de société pour ce type d'organisation. Les associés se choisissent en raison non seulement de leurs affinités, mais surtout parce qu'ils *se font mutuellement confiance*. Il ne saurait être question de leur imposer un tiers qui partagera avec eux une responsabilité indéfinie et solidaire mais dont ils ne connaissent pas nécessairement la surface financière.

L'engagement de chacun des associés étant basé sur l'engagement concomitant de tous les autres associés, le *principe d'incessibilité* est la règle, pour les cessions à titre onéreux aussi bien qu'à titre gratuit, les cessions à un tiers et les cessions à un coassocié, les cessions de la totalité des parts d'intérêt ou les cessions d'une partie de ces parts. L'associé qui entre dans une société civile n'ignorant pas le principe de l'incessibilité de ses parts d'intérêt, la loi ne prévoit aucun *droit de retrait* non plus, de sorte que les associés qui refusent la transmission des parts d'intérêt ne sont pas obligés de procéder à leur rachat. L'associé risque dès lors de rester prisonnier de ses titres.

**[696]Aménagements au principe d'incessibilité.** — Si donc la cession de parts d'intérêt est en principe impossible dans la société civile, comme dans toute société de personnes, cette règle peut cependant être aménagée. En effet, si les statuts ne sauraient, sans dénaturer le contrat de société, rendre les parts d'intérêt librement négociables), comme dans les sociétés anonymes, cela n'implique pas pour autant également une incessibilité totale ; entre les deux, il y a de la place pour un juste milieu. L'incessibilité ne tient en effet pas à la nature de la part d'intérêt qui est un bien patrimonial comme un autre, mais à la loi du contrat.

La cession des parts d'intérêt sera ainsi possible si les associés y ont consenti par avance, selon les conditions imposées par les *statuts*. Dans le silence des statuts, la cession pourra également être agréée suite à une résolution postérieure aux statuts<sup>4</sup>, mais sous réserve évi-

<sup>4</sup> Cour 2 juin 1999, *Pas.* 31, p. 204.

demment d'obtenir l'accord de l'*unanimité des associés*. Très souvent également, les statuts de la société prévoient la cessibilité des parts d'intérêt dans l'hypothèse du *décès* d'un associé ; il s'agit moins de favoriser la sortie de l'associé défunt que d'éviter que la société ne soit dissoute (v. n° [634]). Si un associé venait à céder sa part d'intérêt sans le consentement de ses coassociés, la cession produirait certes des effets entre le cédant et le cessionnaire mais serait inopposable à la société. C'est l'hypothèse de la *convention de croupier* (v. n° [325]).

Entre les parties, la cession, lorsqu'elle est possible, est parfaite dès l'échange de consentements. Elle ne sera opposable aux tiers comme à la société qu'après la publication au RCS et la signification à la société (v. n° [319] et s.). Autrement dit, le cédant demeure tenu du passif social en ce qui concerne les *dettes nées jusqu'à la publication* au RCS. Le cessionnaire, de son côté, sera très certainement responsable du *passif né depuis cette date*. On a pu également soutenir que le cessionnaire serait tenu, en outre, pour le passif né avant son entrée dans le cercle des associés, au motif que l'obligation solidaire et illimitée aux dettes sociales serait de l'essence du statut d'associé dans la société en nom collectif<sup>1</sup>. Le bon sens voudrait cependant que le nouvel associé ne soit pas tenu aux dettes préexistantes à son entrée dans la société (v. n° [634]).

La cession de parts d'intérêt ne subit pas de *droits d'enregistrement* proportionnels, sauf si la société dont les parts sont cédées détient des immeubles. Dans ce cas, la cession est soumise aux droits d'enregistrement proportionnels de 7% (10%) sur la quote-part du prix de cession attribuable à l'immeuble. En raison de la *transparence fiscale* de la société et de la théorie du faisceau des bilans, le cédant est réputé avoir cédé son entreprise individuelle du point de vue de l'impôt sur le revenu. Par conséquence, la plus-value de cession suivra le régime d'imposition des profits de cession d'entreprises individuelles, ce qui veut dire en pratique

que le cédant est imposable à un taux de faveur égal à la moitié de son taux d'imposition moyen<sup>2</sup>.

Exemple : L'associé X détient 30% du capital social de la SNC au bilan suivant :

- actif total (dont immeuble : 200):	1 000
- capital social	500
- passif exigible :	500

Le prix de cession de sa part d'intérêt est de 400, le taux d'imposition moyen de X s'établissant à 40%.

Du point de vue de l'impôt sur le revenu, le gain en capital s'élève à 250 (à savoir  $400 - 30\% \cdot 500$ ). Il est imposable à la moitié du taux moyen d'imposition, soit au taux de  $50\% \cdot 40\% = 20\%$ . X paiera donc un impôt de  $250 \cdot 20\% = 50$ .

La cession de la part d'associé doit être distinguée de la *cession d'un droit isolé* en résultant, tel que l'usufruit. Dans le second cas, en effet, la cession ne fait pas perdre au cédant sa qualité d'associé, de sorte que l'opération ne requiert pas le consentement des autres associés. L'exigence de l'unanimité est évidente au regard du caractère personnel de la société civile ; elle résulte également implicitement (a contrario) de l'article 1861 C.civ., qui ne prévoit que la convention de croupier (v. n° [325])<sup>3</sup>. Mais les statuts peuvent écarter cette règle et prévoir la possibilité de la cession sous certaines conditions (ex. : en cas d'accord par la majorité des associés, à une majorité qualifiée, ...) ; parfois, le droit de cession est combiné avec un droit de retrait pour les autres associés. La société civile ayant la personnalité juridique, le rachat des parts sociales par la société elle-même est également possible<sup>4</sup>.

**[697] Droit de retrait.** — Les rédacteurs des statuts prévoient souvent qu'un associé aura la faculté de se retirer de la société, ce qui entraînera une annulation

<sup>1</sup> En ce sens MALHERBE/LAMBRECHT, n° 595.

<sup>2</sup> En détail : STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

<sup>3</sup> Art. 1861 C.civ. : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration »; DEMEUR, *Sociétés de personnes et sociétés de capitaux*, RPS 1955, n° 4500.

<sup>4</sup> Lux. 27 nov. 2000, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 587.

de ses parts et la réduction corrélative du capital social. À défaut de clause statutaire, le retrait pourra toujours être autorisé à l'unanimité des associés. Il est souhaitable également, bien que cela ne soit pas certain (v. n° [637]), que les tribunaux puissent accorder le retrait sur la base de l'article 1869 C.civ.<sup>1</sup>, afin d'éviter la dissolution de la société en raison d'une renonciation à la société formulée par l'un des associés : accorder par la voie judiciaire le droit de sortie à l'un des associés est préférable à la dissolution de la société imposée à tous les associés. Là où le retrait existe, l'associé aura droit au remboursement de la valeur de ses parts, tout en restant tenu du passif antérieur à la date de son retrait.

Mais, exception faite de ses hypothèses, le Code civil n'accorde pas de droit de retrait aux associés des sociétés civiles. De même, le droit luxembourgeois ne connaît pas non plus de droit d'exclusion de l'associé atteint par la déconfiture ou d'interdiction, de sorte que seule la dissolution de la société sera possible (art. 1865 n° 4 C.civ.).

Là où le droit de retrait existe, l'on peut se demander si la *perte de la qualité d'associé* survient au moment où l'organe compétent décide du retrait, ou au moment, le plus souvent décalé dans le temps, où l'associé a obtenu le remboursement intégral de ses droits sociaux. Comme le retrait n'est pas une opération translatrice de propriété mais une opération extinctive de droits, il participe davantage à la nature d'un remboursement de créance que d'une vente de biens. Aussi, de la même manière que le remboursement d'une créance entraîne extinction de la créance, le remboursement des parts de la société civile emporte extinction de ces parts. L'associé gardera donc son statut durant la période intercalaire débutant avec la décision d'effectuer le retrait et prenant fin avec le remboursement des parts. Ses droits sociaux ainsi que son obligation de contribution aux pertes s'en trouvent, du coup, prolongés.

**[698] Obligation aux dettes des associés entrés dans la société après sa création ou sortis en cours de route.** — Les associés qui ont fait partie de la société

<sup>1</sup> Art. 1869 C.civ. : « La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps. »

depuis sa création jusqu'à sa dissolution sont tenus de toutes les dettes sociales. Mais *quid* de ceux qui sont entrés après sa création ou de ceux qui sont sortis avant sa dissolution?

*Les premiers* (à savoir les associés entrés en cours de vie sociale) ne sont tenus que des *dettes sociales nées postérieurement à leur entrée dans la société*. Les créanciers antérieurs ne devraient pas pouvoir les poursuivre, car ils ne pouvaient compter sur la solvabilité du nouvel associé au moment où ils ont contracté avec la société. Cependant, si ces associés ont apporté de l'argent ou des biens en nature, ces *biens seront entrés dans le patrimoine social* et les créanciers, même antérieurs, pourront les saisir. En pareil cas, il y aura lieu à règlement particulier entre les associés anciens et l'associé nouveau, qui ne doit pas contribuer à de pareilles dettes.

La thèse selon laquelle la responsabilité des associés serait, selon l'expression heureuse de Pierre COPPENS, « objectivement illimitée quoique limitée dans le temps »<sup>2</sup>, ne tombe pas sous le sens. Concernant les sociétés en nom collectif, la loi (art. 14 L1915) prévoit en effet la responsabilité des associés à l'égard de « tous les engagements de la société ». Conformément à l'adage qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi n'a pas jugé elle-même nécessaire de distinguer, une lecture littérale de l'article 14 L1915 devrait amener à conclure que la responsabilité des nouveaux associés porte même sur les dettes existantes au moment de leur entrée dans le capital de la société. Autrement dit, le nouvel associé prendrait en charge la garantie du passif antérieur. Mais la logique commande une autre solution. Comme, en outre, elle peut se réclamer de la meilleure doctrine belge<sup>3</sup>, ce sera également notre opinion sur le sujet.

Pour les associés de sociétés civiles, il est possible de se référer à l'article 1863 C.civ., aux termes duquel : « *les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté (...)* ». Écrit à l'époque où l'on considérait que la société civile n'avait pas la personnalité morale, cet article requiert donc qu'une relation contractuelle existe entre l'associé et le créancier de la société, afin que l'associé soit tenu vis-à-vis de ce créancier. Transposé sur le plan de la société civile ayant la personnalité juridique, cet article implique donc qu'une personne ne sera tenue de manière illimitée au passif social que dans la mesure où les dettes de la

<sup>2</sup> COPPENS, *RPS* 1980, n° 6110, p. 288.

<sup>3</sup> FREDERICQ, *Traité*, t. V, p. 323.



société ont été contractées à un moment où cette personne était un associé de la société.

*Les seconds* (à savoir les associés sortis en cours de vie sociale) ne sont pas tenus des *dettes nées postérieurement à la publicité* qui a dû accompagner leur sortie de la société. Au retrait d'un associé, la gérance procède aux formalités de publicité légale. La publicité étant destinée à protéger les tiers, le retrait sera opposable aux nouveaux créanciers sociaux à partir de ce moment-là, sauf si l'associé sait prouver que le tiers avait connaissance préalable de son retrait. Mais les créanciers antérieurs pourront les poursuivre dans les délais légaux, l'associé sortant n'étant toutefois qu'un *associé de second rang* (en termes de garantie légale) derrière ceux qui ont la qualité d'associé au moment des poursuites. D'autre part, les créanciers antérieurs aussi bien que postérieurs, indifféremment, pourront saisir dans le patrimoine social les biens qui le composent, même s'il s'agit de biens qu'avait apportés l'associé sorti de la société, parce que ces biens sont devenus propriété sociale. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que, pour remplir l'associé sortant de ses droits, tout ou partie de ce qu'il avait apporté lui eût été préalablement rendu<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Faute de radiation de son nom au RCS, l'associé retraits pourra être mis en faillite en même temps que la société (Com. 10 fév. 1970, *D.* 1970, 441 ; *RS* 1970, 458, note A. Honorat)



## CHAPITRE 2 LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF<sup>1</sup>

[699]Évolution législative. — La société en nom collectif constitue l'archétype de la société de personnes. Déjà reconnue dans l'*Ordonnance royale de 1673* sous le qualificatif de « société générale », la société en nom collectif doit son nom à POTHIER et SAVARY qui écrivaient que les associés faisaient leur commerce « sous leur nom collectif ».

De l'exploitation du commerce sous le nom collectif des associés à la *raison sociale*, il n'y a qu'un pas. Influencé par ces deux auteurs, le *Code de commerce* n'y consacrait que trois articles : l'article 20 indiquant que la SNC fait le commerce « sous une raison sociale » ; l'article 21 précisant que seuls les noms d'associés peuvent faire partie de la raison sociale ; et enfin, l'article 22 prévoyant la responsabilité solidaire des associés pour les dettes de la société.

La caractéristique essentielle de la SNC, à savoir la responsabilité solidaire des associés, étant passée sous silence à l'article 20 C.com., la loi de 1915 a reformulé comme suit la définition de la SNC (Article 14) : « *La société en nom collectif est celle qui existe sous une raison sociale et dans laquelle tous les associés sont indéfiniment et solidairement tenus de tous les engagements de la société.* », l'article 21 C.com. devenant l'article 15 L1915.

Depuis la loi du 10 août 2016, la SNC n'a plus de raison sociale ; elle opère, comme toute société, avec une dénomination sociale, de sorte que la SNC est maintenant définie comme suit : « *La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont indéfiniment et solidairement tenus de tous les engagements de la société* » (art. 14 L1915). Cette définition a pour mérite de mettre l'accent sur la caractéristique essentielle de la société en nom collectif qui est la responsabilité indéfinie et solidaire des associés relativement aux

dettes sociales.

La société en nom collectif est non seulement la plus ancienne, mais également la société de droit commun, c.-à-d. celle retenue par les tribunaux si plusieurs associés font un commerce sans adopter de forme juridique déterminée, ou s'ils recourent à un type de société inconnu en droit luxembourgeois (v. n° [663]). Malgré son importance sur le plan théorique, la loi sur les sociétés commerciales ne réglemente que très sommairement la société en nom collectif en ne lui consacrant qu'un seul article.

[700]Utilité de la SNC. — La société en nom collectif n'est plus très répandue aujourd'hui. Pourtant, elle continue à présenter certains intérêts :

- l'exigence d'un accord unanime pour la *cession des parts* permet d'exclure l'entrée de tiers jugés indésirables ;
- la société en nom collectif bénéficie d'une grande *discretion*, en ce sens qu'il ne lui faut pas publier de comptes annuels (sauf si tous ses associés sont des sociétés à risque limité ; art. 77, 2° L 2002 sur le RCS), ni faire contrôler ses comptes sociaux par un commissaire (ou un réviseur d'entreprise) ;
- la *transparence fiscale* de la société en nom collectif avec comme corollaire la taxation immédiate des bénéfices sociaux dans le chef des associés, même en l'absence de toute distribution, permet pour les mêmes raisons une remontée immédiate des pertes fiscales de la société vers ses associés. La société en nom collectif est dès lors intéressante dans la phase de démarrage d'une nouvelle activité, car celle-ci se solde souvent par des pertes initiales.

<sup>1</sup> SIMONART, *Société en nom collectif. Sociétés en commandite*, Bruxelles, 2014.

## Section 1. L'existence de la société en nom collectif

Les règles entourant le contrat de société sont peu contraignantes, ce qui laisse une grande liberté aux rédacteurs des statuts tant pour la constitution de la société (§ 1) que sa dissolution (§ 2).

### § 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

[701] **Règles générales applicables.** — La société en nom collectif obéit naturellement aux règles générales de constitution des sociétés (v. n° [67]), sauf que le concept de « fondateurs » ainsi que la responsabilité spécifique en résultant n'y sont pas appliqués. Il suffira de noter les particularités propres à cette forme sociale :

- *Apports en capital.* Les associés doivent faire des apports comme dans toute société. Cependant, ils n'ont pas l'obligation de doter la société en nom collectif d'un capital social minimum, de sorte qu'un capital symbolique (p.ex. : 1 €) suffira. Les apports en industrie (v. n° [108]) sont possibles, mais ils ne font pas partie du capital social. Les apports en nature sont évalués dans l'acte de société mais n'exigent pas de rapport d'un réviseur d'entreprise (v. n° [100] et s.);
- *Associés.* Les associés peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales ; rien n'interdit qu'elles soient également associés dans d'autres sociétés en nom collectif. Si la société en nom collectif n'a comme associés que des sociétés à risque limité (p.ex. les SARL unipersonnelles), la responsabilité des associés de la société se trouvera limitée dans les faits. Étant tous des *commerçants*, les associés doivent avoir la capacité commerciale correspondante. La capacité commerciale s'appliquant tant pour les personnes physiques que morales, une société civile ne saurait donc être associée dans une société en nom collectif.

Le statut de commerçant des associés d'une société en nom collectif ne résulte pas directement de la loi mais semble y être implicitement conte-

nue<sup>1</sup>. Il faudra de ce fait que chacun des associés en nom ait la capacité de faire le commerce, ce qui implique l'exclusion des mineurs même émancipés<sup>2</sup>, des majeurs en tutelle ou en curatelle et celle des individus déchus du droit de faire le commerce.

La *nécessité d'être commerçant en vue de participer à la société en nom collectif* est certes traditionnelle mais néanmoins curieuse<sup>3</sup>. Elle se justifiait tout à fait au début du droit commercial, à une époque où l'on estimait que la société en nom collectif n'avait pas de personnalité morale ; le gérant de la société ne faisait alors qu'agir au nom et pour compte de l'associé. Comme la société en nom collectif visait à regrouper des commerçants, en vue d'une exploitation commune, le statut de commerçant des associés d'une société en nom collectif n'était pas la conséquence mais la cause du caractère commercial de la société. Mais la situation est différente si, tel que c'est le cas au Luxembourg, la société en nom collectif est commerciale de par sa seule forme juridique, indépendamment des opérations qu'elle effectue, et qu'elle dispose par ailleurs de la personnalité morale. On ne voit pas de raison, en pure logique, qu'un non-commerçant qui devient associé d'une société en nom collectif devienne, de ce fait-là, commerçant.

Dans le cas plutôt exceptionnel où *un nouvel associé entre dans la société*, l'acquisition du statut de commerçant a lieu au moment de la publication de son entrée au capital social de la société. La commercialité du statut de l'associé résulte en effet d'une pure détermination de la loi, dans un but de protection des tiers, et non pas en raison de ses activités effectives. Ce n'est donc qu'au moment où les tiers apprennent la qualité d'associé que la personne devient commerçante, et non pas déjà au moment de la cession des parts d'intérêt.

Si les associés ont ainsi le statut de commerçant, il n'est cependant point exigé qu'ils se fassent immatriculer au RCS et qu'ils tiennent une comptabilité commerciale propre ; en effet, seule la société exerce effectivement une activité commerciale,

- *Objet social.* La SNC étant une société commerciale

<sup>1</sup> Lux. 8 nov. 1952, *Pas.* 15, p. 396.

<sup>2</sup> Art. 481 C.civ. : « le mineur émancipé (...) ne peut cependant pas faire le commerce ».

<sup>3</sup> V. SIMONART, *Société en nom collectif. Sociétés en commandite*, Bruxelles, 2014, p. 51.

par la forme, l'activité qu'exercera cette société n'influera pas sur sa nature commerciale et son statut de commerçant. Comme l'objet social est le seul moyen pour les associés pour se prémunir contre les actes intempestifs éventuels de son gérant, les associés seront bien inspirés de porter un grand soin à une rédaction précise de l'objet social, car une limitation de l'objet social permet de limiter les actes pouvant être valablement conclus par la gérance de la SNC.

**[702]Forme des statuts.** — La société en nom collectif est soit constatée par un acte écrit notarié, soit par un acte sous seing privé (art. 4 L1915). Dans ce dernier cas, il devra en être dressé autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1325 C.civ.)<sup>1</sup>.

Les sociétés en nom collectif sont soumises aux règles de *publicité* déjà exposées précédemment (v. n° [141]). On notera seulement les particularités suivantes :

- l'extrait publié au Mémorial doit être signé par le *notaire* comme gage de la volonté des associés indiqués à l'extrait d'accepter la responsabilité particulièrement sévère des associés des sociétés en nom collectif ;
- l'extrait doit mentionner « la désignation précise des *associés solidaires* », c.-à-d. leurs noms, prénoms, qualités et adresses personnelles.

**[703]Modifications des statuts.** — Les modifications du pacte social doivent réunir l'assentiment de l'unanimité des associés (v. n° [245])<sup>2</sup>. Les statuts pourraient cependant prévoir des modifications à d'autres conditions (majorité renforcée, par tête ou capital détenu ; majorité absolue ; ...). Une modifica-

tion est courante dans ce genre de sociétés : en effet, il est souvent prévu dans les statuts d'une société en nom collectif qu'en cas de *décès de l'un des associés*, la société continuera entre les survivants et les héritiers du défunt, ceux-ci n'étant alors tenus que pour la mise en capital social de leur auteur. Dans une telle hypothèse, il faut alors nécessairement transformer la société en nom collectif en une société en commandite simple.

Les modifications au pacte social doivent donner lieu à la rédaction d'un écrit notarié ou d'un acte sous seing privé (art. 11 L1915). La loi n'exigeant aucun parallélisme des formes, il est possible de modifier ultérieurement, par acte sous seing privé, un acte de constitution notarié. La modification au pacte social sera soumise à la publicité prescrite pour le pacte initial.

## § 2. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

**[704]Conséquences du caractère personnel du contrat de société.** — Les sociétés en nom collectif, outre les causes de dissolution communes à toutes les sociétés de commerce (v. n° [627]), subissent, plus que toute autre espèce de société commerciale, l'incidence des événements qui atteignent personnellement les divers associés. La société en nom collectif est en effet conclue entre divers associés à raison même de leurs personnes. Selon l'étendue des changements affectant le statut des associés, la société perd sa raison d'être et doit être dissoute :

- il suffit ainsi qu'un associé soit mis en *tutelle*, pour que la société soit dissoute ; on ne saurait en effet remplacer les majeurs en tutelle par le juge de tutelle (art. 492 et s. C.civ.) ni subordonner les décisions du prodigue ou du faible d'esprit à l'assentiment du curateur (art. 508 et s. C.civ.) ;
- la *déconfiture* fait également finir la société, dit l'article 1865 C.civ. ;
- le même effet est attaché à la mise en *faillite d'un associé*, car dans les deux cas les autres associés auront perdu la confiance qu'ils avaient par le passé dans l'associé défaillant.

<sup>1</sup> Art. 1325 C.civ. : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt ».

<sup>2</sup> Cour 2 juin 1999, *Pas.* 31, p. 204.

Ces dispositions existant pour protéger les associés, il faut admettre la possibilité pour les associés d'atténuer le caractère personnel de leur société, en rendant les *statuts* moins rigides, par exemple en prévoyant le rachat de la part de l'associé devenu incapable ou tombé en faillite. De même, on ne voit pas pourquoi les autres associés ne pourraient pas décider à l'unanimité, en l'absence de toute disposition statutaire contraire, la continuation de la société entre eux.

**[705] Mort d'un associé.** — « *La société finit (...) par la mort naturelle de quelqu'un des associés* » (art. 1865 n° 3° C.civ.). Deux raisons expliquent cette disposition. D'abord, la société en nom collectif fonctionne par la collaboration personnelle de chacun des associés, et les qualités propres de chacun (esprit de décision de l'un, de réflexion de l'autre, connaissances d'un troisième...) sont nécessaires au succès de l'entreprise. Ensuite parce que les associés sont chacun indéfiniment responsables des dettes de la société et qu'une pareille perspective, supportée par chaque associé, ne saurait être imposée à leurs héritiers. Ces raisons s'appliquent aux associés personnes physiques tout autant qu'aux associés personnes morales. Aussi, si la mort « naturelle » ne s'applique en tant que telle qu'aux personnes physiques, la dissolution de la société associée dans la société en nom collectif doit y être assimilée.

L'incidence de cet événement n'en est pas moins gênante pour la pérennité d'une entreprise, de sorte qu'il est admis que les associés ont la faculté d'éviter la brutalité de la solution légale. L'article 1868 C.civ. indique les deux directions vers lesquelles les associés peuvent orienter leurs décisions : ils ont pu stipuler dans le pacte social que la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants. Ces deux hypothèses doivent être analysées distinctement<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 1868 C.civ. : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies; (...) ».

**[706] Continuation entre les associés survivants.** — Les statuts de la société peuvent prévoir une *clause de continuation* entre les survivants. Cette clause ne peut évidemment jouer que si la société avait trois associés au moins. En pareil cas, les héritiers, au lieu de recevoir la part même de leur auteur, ce qui entraînerait l'incidence des règles du partage de succession, c.-à-d. très généralement la licitation des biens de la société et portant sa dissolution, devront se contenter d'une *somme d'argent* représentant cette part<sup>2</sup>. Les héritiers n'auront ainsi aucun droit dans la société mais seulement un droit de créance sur les associés<sup>3</sup>, car la clause s'analyse en une cession éventuelle de part. C'est un *pacte sur succession future*, exceptionnellement valable en vertu de l'article 1868 C.civ.<sup>4</sup>. Mais il doit également être possible de prévoir que les héritiers ne recevront *aucune indemnité* ; cette clause n'est pas léonine, car les associés ont tous participé au partage des bénéfices jusqu'au jour du décès ; par ailleurs, la clause jouant à l'égard de tous les associés, le contrat de société prend un caractère aléatoire la rapprochant de la clause de la tontine (v. n° [125]).

L'estimation de la part du défunt se fera suivant l'état réel de la société au jour du décès. Les difficultés de cette estimation et les contestations susceptibles d'en résulter expliquent pourquoi les statuts prévoient généralement le mode d'estimation de la part du défunt. Il y est souvent dit qu'on prendra pour base les résultats du dernier bilan ou que l'on capitalisera à un certain taux les dividendes moyens des trois ou des cinq derniers exercices (ou mieux : on capitalisera les espérances de bénéfices futurs ; v. n° [316] et s.).

<sup>2</sup> Art. 1868 C.civ. : « (...) Au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ».

<sup>3</sup> VAN RYN, n° 416.

<sup>4</sup> On peut également y voir une clause portant sur les droits actuels mais à exigibilité différée : MALHERBE/LAMBRECHT, n° 605.

Les clauses valorisant la part d'intérêt à partir du bilan sont pratiques, car simples à mettre en œuvre ; mais elles conduisent, en fait, à léser les survivants, dans les cas fréquents où la société avait des réserves occultes ou distribuait de faibles dividendes eu égard au résultat de ses comptes d'exploitation. Cependant, lorsque les statuts énoncent, sans acception de personne, que la société se continuera, « en cas de décès de l'un des associés »..., il n'est pas possible de prévoir en faveur de quels associés une pareille clause opérera ; le pacte présente un caractère aléatoire qui interdit de le prétendre léonin. On ne saurait davantage arguer des insuffisances ou des dissimulations du dernier inventaire social, si le défunt l'avait connu et accepté. Quant à la lésion, il n'en saurait être question puisqu'on est en présence d'une cession de part, c.-à-d. d'une vente mobilière, ce qui exclut tout à la fois le jeu de l'article 887 C.civ. (il n'y a pas de partage) et celui de l'article 1674 (il n'y a pas de vente d'immeuble).

Lorsque la société ne comprend (ou ne comprend plus) que *deux associés*, la mort de l'un d'eux a nécessairement pour effet de dissoudre la société.

**[707] Continuation de la société entre les survivants et les héritiers.** — Mais il est également possible de prévoir dans les statuts que la société continuera entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé. Cette clause rend la *part d'intérêt transmissible*. Par le fait qu'ils acceptent la succession de leurs auteurs, les héritiers sont liés par cette clause. Ils ne peuvent pas prétendre accepter la succession et en même temps renoncer au bénéfice ou à la charge de la clause. Des difficultés peuvent toutefois surgir. On en citera deux ordres.

*Quid* lorsque l'un des héritiers est *mineur* ? Le mineur ne peut pas être commerçant. Il en est de même du régime de la *tutelle* qui est tout entier agencé de manière à éviter que le pupille ne soit engagé au paiement de dettes excessives. En droit, il n'est pas possible de faire fonctionner normalement la société en nom collectif avec des mineurs et des personnes mises sous tutelle. Il faudra dans ce cas que la société se transforme en commandite simple et que l'héritier mineur devienne commanditaire pour la part que son auteur avait dans la société en nom.

Une autre difficulté susceptible d'être rencontrée lorsqu'il y a *plusieurs héritiers* est que le pacte social a

prévu la *continuation de la société avec un seul d'entre eux*. Par exemple, le pacte social prévoit que si l'un des associés décède, en laissant sa veuve ou un enfant, celui-ci prendra sa place, tandis que s'il laisse des héritiers plus éloignés, les associés survivants pourront racheter la part du prédécédé. Cette solution ne paraît pas choquante, car elle ne lèse personne : il suffit de désintéresser les héritiers exclus par l'opération, ce qui se fera en attribuant sa valeur à la part du défunt. Chaque héritier exclu recouvre une quote-part de cette valeur, déterminée par ses droits dans la succession de l'associé prédécédé.

Dans un souci de protection des héritiers qui n'avaient pas nécessairement été impliqués dans la gestion sociale passée, les statuts prévoient parfois la transformation automatique de la société en nom collectif au décès d'un associé, généralement en une société en commandite simple, dans laquelle les héritiers ou ayant en cause auront la qualité de *commanditaires*, de façon à limiter leurs engagements financiers dans la société.

**[708] Retrait d'un associé et convention de croupier.** — Lorsque la société a été conclue pour une *durée indéterminée*, tout associé peut la quitter, à condition que sa dénonciation soit faite de bonne foi et qu'elle n'intervienne pas à contretemps (v. n° [629]). Son retrait entraînera la dissolution de la société, sauf clause contraire des statuts.

Si la société a été conclue pour un *temps déterminé*, aucun associé ne peut la quitter avant le délai convenu. Il ne peut pas davantage céder sa part à un tiers. Mais par une convention qui ne développera ses effets qu'entre eux, un associé peut céder tout ou partie de sa part à une autre personne. C'est la *convention de croupier*, mot désignant toute personne qui prend part à quelque affaire de finance sans s'y faire nommer. Les autres associés continuent à ne connaître que l'associé « en nom » ; ils ignorent le croupier (art. 1165 C.civ.). Cette convention greffe une petite société (entre l'associé et son croupier) sur la société à laquelle appartient l'associé principal. Cette petite société doit elle-même comporter un partage des bénéfices et des pertes

entre l'associé et son croupier (v. n° [325]).

## Section 2. Le fonctionnement de la société en nom collectif : sa gérance

La loi de 1915 ne prévoit pas de règles spécifiques concernant la gérance de la SNC. De ce fait, les règles relatives à la société civile sont applicables. Il suffit donc d'y renvoyer (v. n° [676]). On se contentera ici de quelques rappels et précisions.

**[709] Nomination et changement des gérants.** — La société a la personnalité morale<sup>1</sup> et est administrée par un ou plusieurs gérants. La société en nom collectif ayant la personnalité morale, elle agira, en l'absence de toute disposition spécifique concernant sa représentation en justice, par son *organe*, donc au nom de la société elle-même. La mention du nom des gérants n'est donc pas requise<sup>2</sup>.

Les gérants peuvent être choisis *en dehors des associés*, mais la chose est rare, parce que les associés n'apprécient guère que leur responsabilité illimitée puisse être engagée par quelqu'un qui, sauf faute personnelle envers les cocontractants, ne serait pas lui-même tenu des engagements qu'il prend au nom de la société. La loi sur les sociétés commerciales étant muette sur le mode de gestion des sociétés en nom collectif, les *principes généraux du Code civil* s'appliquent ; il suffit d'y renvoyer (v. n° [218] ; n° [679]).

**[710] L'objet social ainsi que les statuts comme**

<sup>1</sup> Cour 30 juin 1993, *Pas.* 29, p. 254.

<sup>2</sup> Cour 30 juin 1993, *Pas.* 20, p. 253 ; la cour d'appel a pris le contrepied des décisions des juridictions inférieures qui avaient conclu qu'il fallait mentionner, sous peine de nullité, les noms, prénoms, professions et domicile des gérants lorsque la société est demanderesse : Lux. 22 octobre 1981, n° 23.305 ; Lux. 17 juin 1982, n° 30.317. Lorsqu'elle est défenderesse, les juridictions inférieures n'exigent pas la mention du nom du gérant : Lux. 17 juin 1982, 30.317 ; Lux. 13 janv. 1983, n° 28.743.

**limites aux pouvoirs des gérants.** — Les associés n'ont aucun rôle dans la gestion de la SNC, si un gérant a été nommé, ce dernier disposant de l'*exclusivité des pouvoirs*. Dans les rapports avec les tiers comme avec les associés, les gérants engagent la société quand ils agissent en son nom, dans le cadre de l'*objet social* (v. n° [372]) et dans les limites des pouvoirs que les *statuts* leur accordent (v. n° [374]).

S'il n'y a rien dans les statuts, les gérants ont, conformément à l'article 1856 C.civ., le pouvoir de faire tous les *actes d'administration*, c.-à-d. les actes qui rentrent normalement dans l'objet social. Le gérant ayant pour mission de permettre à la société d'atteindre son objectif, le mot « administration » ne doit pas être pris à la lettre et recouvre également les actes de disposition nécessaires à cette fin.

Les *exploits d'assignation en justice* rentrent dans la compétence des gérants mais nécessitent l'indication des noms, prénoms, profession et domicile des gérants à défaut d'irrecevabilité pour vice de forme<sup>3</sup>. Le but de cette exigence étant de mettre l'autre partie en mesure de vérifier la capacité des dirigeants à agir au nom de la société, les exploits dirigés contre la société peuvent se contenter d'identifier la seule société défenderesse<sup>4</sup>.

En tant qu'organe de la SNC, les gérants sont tenus aux mêmes *obligations* que celles applicables en général aux dirigeants de sociétés (v. n° [366] et s.).

**[711] Décisions excédant les pouvoirs des gérants.** — Ces décisions visent aussi bien les actes qui n'entrent pas dans l'objet social que les actes qui dépassent les limites que les statuts posent à la libre action des gérants.

Les actes excédant les pouvoirs des gérants n'engagent la société que si ces décisions sont prises en *assemblée générale des associés*. Cela signifie que l'accord des associés est nécessaire. Cet accord est soumis à la *règle de l'unanimité*, car chaque associé dispose d'un droit personnel à ce que la société ne soit gérée que conformément aux buts que l'associé a fixés en com-

<sup>3</sup> Lux. 22 octobre 1981, n° 23 205.

<sup>4</sup> Lux. 17 juin 1982, n° 30 317 ; Lux. 13 janv. 1983, n° 28 743.



mun avec ses coassociés dans le cadre du contrat de société ; ses coassociés ne sauraient ratifier valablement, contre le gré de l'associé, des actes de gestion dépassant ce à quoi l'associé avait consenti dans le cadre du contrat de société (art. 1134 C.civ.)<sup>1</sup>.

Il est cependant également théoriquement concevable que les statuts indiquent que les associés pourraient valablement ratifier à la *majorité absolue* les actes de gestion excédant les pouvoirs des gérants. Les tiers ne sauraient se plaindre d'une telle clause statutaire qui, substituant une majorité à l'unanimité, tend à valider plus aisément l'acte conclu par le gérant avec eux. Il en est de même de l'associé mis en minorité, car il a approuvé en son temps, à l'unanimité, la règle de la majorité absolue, lors de la constitution de la société, ou suite à un changement de statuts.

Sous réserve de ce qui a été dit ci-avant en matière de ratification des actes de gestion posés par le gérant ayant dépassé ses pouvoirs, la société pourra agir en nullité de l'opération critiquée, les limites aux pouvoirs du gérant étant opposables aux tiers en raison de leur publication.

**[712] Difficultés liées à la dénomination sociale.** — Deux difficultés que l'on rencontre parfois dans la gestion des sociétés en nom collectif doivent être analysées ici :

- le gérant peut se servir de la dénomination sociale à des fins personnelles et ainsi commettre un « *abus de signature sociale* ». La société restera tenue vis-à-vis des tiers, sauf pour elle à prouver que le tiers n'était pas de bonne foi, c.-à-d. qu'il avait connaissance que, d'une part, le gérant faisait un usage personnel non conforme des pouvoirs qui lui avaient été accordés par les associés et, d'autre part, que la société n'avait pas autorisé l'acte ;
- le gérant peut également avoir traité avec un tiers pour le compte de la société, mais *sans utiliser la dénomination sociale*. Dans ce cas, la présomption

est que le gérant a voulu contracter pour lui-même. Mais cela n'empêche pas le tiers de poursuivre la société, s'il est à même de prouver que la société a ratifié l'acte accompli par son gérant ou si l'acte a tourné à son profit. La preuve peut être rapportée par tous moyens, un formalisme excessif étant déplacé dans ce genre de situations.

### Section 3. Les associés de la société en nom collectif

À défaut de règles spécifiques en matière de SNC, on appliquera celles applicables aux associés de sociétés civiles, auxquelles l'on pourra dès lors renvoyer (v. n° [695] et s.). On ne relèvera donc que les spécificités propres aux associés de SNC.

**[713] Assemblée des associés.** — Il appartient aux statuts de régler la matière. Dans le silence des statuts, il y a lieu de se référer au droit commun des « assemblées délibérantes » (v. n° [240] et n° [688]). Chaque associé disposera dès lors d'une voix et les décisions seront prises à la majorité absolue pour les assemblées ordinaires (approbation des comptes sociaux, nomination d'un gérant non statutaire) et à l'unanimité pour les assemblées extraordinaires (car elles modifient les statuts et donc le contrat de société), sauf si les statuts prévoient d'autres règles.

L'assemblée générale des associés, sans pouvoir faire elle-même des actes de gestion, peut contrôler étroitement la gérance et délibérer sur les actes qui excèdent les pouvoirs des gérants :

- l'assemblée des associés pourra *interdire au gérant ordinaire un acte rentrant normalement dans ses pouvoirs*. L'interdiction d'accomplir un acte déterminé est faite aux mêmes conditions que la révocation du gérant (unanimité sauf dispositions statutaires différentes). Cette possibilité s'explique par le fait que l'assemblée pourrait également, aux mêmes conditions, révoquer le gérant (« qui peut le plus peut le moins »). En présence d'un *gérant statutaire*, il faut l'unanimité, y compris le vote du gérant ;

<sup>1</sup> Art. 1134 C.civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

- les statuts peuvent prévoir le vote approuvant en assemblée les *actes dépassant les pouvoirs des gérants*, aux conditions de majorité prévues aux statuts. En raison du caractère personnel du contrat d'association, la majorité devrait se calculer, dans le silence des statuts sur ce point spécifique, par tête et non par parts détenues. Dans le silence des statuts, l'assemblée ne pourra approuver qu'à l'*unanimité* les actes dépassant les pouvoirs des gérants.

[714] **Des associés tenus indéfiniment sur tout le passif social.** — La responsabilité indéfinie des associés constitue le trait caractéristique de la société en nom collectif, la loi définissant ce type de société notamment par rapport au statut des associés vis-à-vis des tiers, en indiquant que « tous les associés sont indéfiniment et solidairement tenus pour tous les engagements de la société » (art. 14 L1915)<sup>1</sup>. Comme le statut des associés d'une SNC est sur ce point identique à celui des associés d'une société civile, il suffit d'y renvoyer (v. n° [690]).

[715] **Des associés solidairement au passif social.** — La responsabilité solidaire des associés d'une société en nom collectif constitue le deuxième trait distinctif de la SNC, qui, ensemble avec la responsabilité indéfinie, constitue la spécificité de la SNC. S'agissant de l'essence de la société en nom collectif, la responsabilité indéfinie et solidaire des associés d'une société en nom collectif est d'ordre public. Si les statuts entendaient limiter l'étendue de la responsabilité des associés vis-à-vis des tiers, cette clause serait nécessairement nulle<sup>2</sup>. Certes, la responsabilité solidaire et indéfinie existe également pour les commandités dans les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions. Mais dans ces deux types de sociétés, il existe toujours nécessairement un deuxième groupe

d'associés, les commanditaires, qui n'engagent leur responsabilité que dans la limite de leur mise. Dans la société en nom collectif, en revanche, tous les associés sont nécessairement indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Cette caractéristique constitue donc bien *l'élément clef de la société en nom collectif* : c'est dans la société en nom collectif que les associés s'exposent véritablement.

La solidarité entre associés pour les dettes de la société implique qu'un créancier de la société pourra se retourner contre n'importe lequel des associés de la société pour obtenir le règlement de l'intégralité de sa créance sur la société. Ceci distingue la responsabilité des associés d'une société en nom collectif de celle des associés de sociétés civiles, dans laquelle la responsabilité n'est que conjointe (v. n° [692]). La conséquence de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés est que la faillite de la société en nom collectif entraînera d'elle-même la faillite des associés (art. 470 al. 3 C.com.)<sup>3</sup>.

La mise en faillite des associés de la société en nom collectif, en cas de faillite de la société, se justifie par le fait que, étant tenus au passif social de la société, les associés ont nécessairement manqué à leurs obligations en cas de faillite de la société et sont donc eux-mêmes insolvable<sup>4</sup>. Et comme les associés sont tous commerçants, ils sont donc en faillite.

Afin de pouvoir jouer le rôle de garant des engagements financiers de la société, les associés de la société en nom collectif doivent être avertis de l'insolvabilité de la société et donc être invités à régler le passif social, avant de pouvoir être mis en faillite eux-mêmes. Logiquement, la mise en faillite de la société doit être préalable à la mise en faillite des associés, et non pas concomitante<sup>5</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'une extension de la faillite de la société à ses associés : respect de la personnalité morale oblige, la faillite de la société sera distincte de celle de ses associés, de sorte qu'il y aura autant de faillites et de masses distinctes de la société que d'associés. Si la faillite de la société entraîne la faillite des associés en nom, l'inverse, n'est en re-

<sup>1</sup> Lux. 12 févr. 1969, *Pas.* 21, p. 382 ; HAMEL/LAGARDE, n° 438.

<sup>2</sup> Lux. 12 févr. 1969, *Pas.* 21, p. 382, CORBIAU, ad art. 14, p. 48.

<sup>3</sup> Cour 7 déc. 1994, n° 16.742 ; Lux. 22 juill. 1999, n° 267/99.

<sup>4</sup> D'un avis contraire : V. SIMONART, *Société en nom collectif. Sociétés en commandite*, Bruxelles, 2014, p. 58.

<sup>5</sup> Lux. 4 févr. 2000, n° 49.773.

vanche, pas vrai : la faillite d'un associé ne constitue qu'une simple cause de dissolution de la société.

La solidarité en matière de société en nom collectif est « parfaite » au sens du droit civil. Cela veut dire que les poursuites dirigées contre l'un des associés produisent effet contre tous les autres et que l'associé poursuivi ne peut opposer au créancier poursuivant le *bénéfice de la division*, c.-à-d. un fractionnement de la demande du créancier social entre tous les associés<sup>1</sup>. La solidarité a pour effet, vis-à-vis des tiers, de permettre à ceux-ci de s'adresser à l'un quelconque des associés en vue d'être désintéressé sur la totalité de sa créance sociale. Elle ne joue cependant pas dans les rapports des associés entre eux : ici, l'obligation de chaque associé se réduit à sa part et portion.

Exemple : Le créancier social CS a une créance de 200 vis-à-vis de la société en nom collectif SNC que celle-ci ne peut lui régler. SNC a trois associés (A, B, C) détenant 25%, 30% et 45% du capital social. CS s'adresse à A en vue du règlement intégral de sa créance sur SNC.

La solidarité indéfinie de A oblige celui-ci à payer les 200 à CS. A se retournera ensuite vers B et C pour leur réclamer 60 (= 30% • 200) et 90 (= 45% • 200).

Les associés étant des *codébiteurs solidaires*, on appliquera toutes les règles principales et secondaires de la solidarité :

- les poursuites contre un associé interrompent la *prescription* à l'égard de tous les autres (art. 1206 C.civ.)<sup>2</sup> ;
- la *mise en demeure* de l'un des associés produit son effet à l'égard de tous (art. 1205 C.civ.)<sup>3</sup> ;

<sup>1</sup> Lux. 31 mai 1902, *Pas.* 5, p. 108.

<sup>2</sup> Art. 1206 C.civ. : « Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous ».

<sup>3</sup> Art. 1205 C.civ. : « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri que contre ceux

- l'associé qui a payé un créancier social peut récupérer contre chacun des autres sa portion dans la dette, sauf en cas d'insolvabilité de l'un des associés, à répartir sa part entre les associés solvables (art. 1214 C.civ.)<sup>4</sup>. L'associé doit donc, contrairement au créancier social, diviser son *recours en remboursement* entre les associés en proportion de la fraction du passif à laquelle chacun est tenu en vertu du pacte social ;
- dans son recours, il est *subrogé* aux droits du créancier qu'il a payé (art. 1251, 3<sup>o</sup> C.civ.)<sup>5</sup>.

La situation des créanciers sociaux est donc très avantageuse.

La situation du *fisc* n'est qu'en partie calquée sur celle des créanciers sociaux ordinaires. Lorsque le passif fiscal est basé sur l'activité de l'entreprise elle-même (TVA, impôt commercial communal), la solidarité des associés joue à l'égard du fisc. En revanche, lorsque le passif fiscal résulte de l'impôt sur le revenu de la société, la solidarité ne saurait jouer : la dette d'impôt est en effet, en raison de la transparence fiscale, une dette purement personnelle de l'associé et non une dette sociale<sup>6</sup>.

**[716] Responsabilité subsidiaire : le bénéfice de la discussion.** — Les associés sont-ils *tenus principalement* avec la société, en tant que codébiteurs solidaires ayant pris l'engagement principal de régler la dette de la société, ou sont-ils des *débiteurs accessoires*, qui ne sont appelés à payer que si le débiteur principal, la société, n'a pas satisfait à ses engagements ? Les intérêts de la question sont nombreux; toutes les différences qui séparent la situation d'un codébiteur solidaire de

qui étaient en demeure ».

<sup>4</sup> Art. 1214 C.civ. : « Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement ».

<sup>5</sup> Art. 1251 n<sup>o</sup> 3 C.civ. : « La subrogation a lieu de plein droit: (...) au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; (...) ».

<sup>6</sup> V. STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, 5<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2015.

celle d'une caution, même solidaire, sont en cause. Les différences apparaissent en ce qui concerne :

- le bénéfice de cession d'actions, car *l'exceptio cedendarum actionum* de l'article 2037 C.civ.<sup>1</sup> ne peut pas être invoquée par le codébiteur solidaire ;
- l'effet de la *mise en demeure* ou de l'action en justice contre la société, qui s'étendra ou non à l'associé suivant qu'on verra en lui un codébiteur solidaire (art. 1205 et 1206 C.civ.) ou une caution, même solidaire ;
- et surtout la faculté pour le créancier de *poursuivre indifféremment la société ou l'associé*, sans précaution ni formalité préalable.

Concernant ce dernier point, il est certain que les créanciers peuvent agir contre la société, comme les créanciers de n'importe quelle société. Il est tout aussi certain qu'ils peuvent agir, en outre, contre les associés qui sont tenus personnellement aux dettes de la société. Seules se posent des questions d'aménagement des rapports entre associés et des rapports des associés avec la société : les actions peuvent-elles être concomitantes, ou faut-il observer un certain ordre ? La réponse à cette question est que les dettes sont d'abord des dettes sociales ; elles doivent donc être d'abord recouvrées auprès de la société, avant que les créanciers de la société ne puissent se retourner contre les associés. L'obligation des associés aux dettes sociales est donc *subsidaire* à celle de la société. La loi est d'ailleurs assez exigeante en matière de subsidiarité, en exigeant que le tiers ait obtenu la *condamnation préalable* de la société, avant qu'il ne puisse poursuivre les associés (art. 152 L1915)<sup>2</sup>. Le créancier social ne saurait donc se conten-

ter d'une simple mise en demeure<sup>3</sup>. Les créanciers sociaux pourront cependant procéder à des assignations parallèles tout en respectant l'exigence de l'article 152 L1915, pour autant que la société se trouve condamnée en premier lieu dans le dispositif du jugement<sup>4</sup>.

La subsidiarité de l'engagement des associés découle directement de l'existence de la personnalité morale de la société en nom collectif : celle-ci exerçant le commerce en son nom et pour son propre compte, la dette sociale est en premier lieu une dette de la société et non des associés. Aux débuts du droit commercial, lorsque la société en nom collectif n'avait pas encore la personnalité morale, il en allait différemment : la société en tant qu'être juridique n'existant point, les dettes sociales étaient par là même des dettes personnelles des associés, de sorte que la subsidiarité n'existait point. De nos jours, les associés de la SNC jouent plutôt un *rôle de garants*, c.-à-d. d'un « engagement de seconde ligne, d'une sorte de cautionnement »<sup>5</sup>.

La situation de l'associé d'une SNC n'est donc pas celle d'un véritable *codébiteur solidaire*, que le créancier peut poursuivre seul, sans avoir accompli quelque acte que ce soit à l'égard des autres débiteurs. Elle n'est pas assimilable non plus à celle d'une *caution ordinaire* qui peut invoquer le bénéfice de discussion et qui, dans les conditions définies par les articles 2021 à 2023 C.civ., peut contraindre le créancier à saisir et à faire vendre les biens du débiteur principal, avant de pouvoir agir contre la caution. La situation des associés en nom n'est pas non plus celle de la caution solidaire qui est privée de tout bénéfice de discussion (art. 1021 C.civ.) ; ceci s'explique, car la caution solidaire intervient dans l'acte même qui constate la dette, tandis

---

gagement illimité, ne peut être rendu avant qu'il n'y ait condamnation contre la société ».

<sup>1</sup> Art. 2037 C.civ. : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ».

<sup>2</sup> Art. 152 L1915 : « Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés solidaires dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les sociétés en commandite par actions et les coopératives à en-

<sup>3</sup> Lux. 8 janv. 1958, *Pas.* 17, p. 260 ; Justice de Paix Esch/Alzette 6 déc. 1983, *Marbrerie Focant c/Alleva*, où le juge de paix a estimé qu'il fallait une condamnation de la société avant toute condamnation personnelle des associés.

<sup>4</sup> Esch/Alzette 6 déc. 1983, *Marbreries Focant c/Alleva* (SNC) ; Cour 11 juin 1986, n° 7.390 (SECS dont le régime est calqué sur celui de la SNC) ; en doctrine : VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, p. 290.

<sup>5</sup> Cour 11 juin 1986, n° 7.390. Si l'arrêt a été rendu en matière de SECS et non pas de SNC, le raisonnement y tenu s'applique, en raison du renvoi dans la SECS aux règles applicables aux sociétés en nom collectif, également à ces dernières.

que les associés en nom sont tenus en vertu du titre plus lointain et non adapté spécialement à la dette considérée, que constitue le pacte social. Les associés étant des débiteurs subsidiaires sans être des cautions solidaires, il faudrait sans doute parler de *garantie légale* pour caractériser leur situation assez originale.

Ces règles s'appliquent également lorsque la société est *en voie de liquidation* (car elle continue à exister jusqu'à la clôture de la liquidation), et même après la clôture de sa liquidation endéans la prescription quinquennale (v. n° [660])<sup>1</sup>.

Il en découle également que la société ayant payé ses propres dettes ne pourra pas agir contre ses membres en paiement de celles-ci (la contribution aux pertes n'a lieu qu'au moment de la dissolution de la société, v. n° [117]) et leur imposer des appels de fonds complémentaires (ce serait augmenter leurs obligations, v. n° [306]).

---

<sup>1</sup> Cour 18 avr. 1967, *Pas.* 20, p. 339. Lorsque la SNC a été dissoute et que sa liquidation a été clôturée, les créanciers sociaux peuvent assigner simultanément la société avec ses associés durant la phase de survivance passive de la société :Lux. 8 janv. 1958, *Pas.* 17, p. 260 ; Cour 18 avr. 1967, *Pas.* 20, p. 339.



## CHAPITRE 3 LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE<sup>1</sup>

La commandite est une structure sociétaire quelque peu curieuse (section 1), permettant d'établir une relation entre des commanditaires (section 2), souhaitant valoriser un capital dans une opération commerciale, et des commandités (section 3), décidés à réaliser leur projet d'entreprise malgré des possibilités financières limitées.

### Section 1. Les caractéristiques de la société en commandite

**[717] Historique.** — La société en commandite simple tire son origine du contrat de commandé<sup>2</sup>, très usité autrefois dans le *commerce maritime* d'abord, puis dans le commerce terrestre.

C'était le contrat par lequel un capitaliste fournissait, soit un navire, soit des marchandises, soit de l'argent à un marin ou à un négociant en vue d'une entreprise déterminée, à la condition de prendre une part dans les bénéfices qu'elle pouvait rapporter. Il y avait là un moyen, pour les nobles et les gens de robe, de s'intéresser clandestinement à des affaires commerciales, car le

<sup>1</sup> FAURE, *La société en commandite simple*, Paris, 1997 ; FAURE, *Les commandites : Contrat de commande, société en commandite simple, société en commandite par actions*, Paris, 1998 ; DURO, *La société en commandite simple et la société en commandite spéciale après la loi du 12 juillet 2013*, *ACE* 2013/9, p. 10 ; VARIU AUCTORES, *Les Commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 3, Bruxelles, 2013 ; PANICHI/SCHUMMER/GASTON-BRAUD, *Les sociétés en commandite luxembourgeoises : des véhicules d'investissement*, in : *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, Vol. III, p. 1563 ; LATTARD, *De la société en commandite simple à la société en commandite spéciale : 1915 – 2015*, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 373.

<sup>2</sup> Plus précisément du latin « *commandere* », c.-à-d. de l'acte de confier un mandat ensemble.

baillleur de fonds restait inconnu des tiers, l'association ayant les caractères de ce que nous appelons aujourd'hui une société en participation. Ce contrat permit également de tourner la prohibition du prêt à intérêt, l'argent du commanditaire donnant seulement droit à une part de bénéfice.

Une grande partie de l'essor de la *société en commandite simple* au XVIII<sup>e</sup> siècle tient au fait qu'il s'agissait à l'époque de la seule société permettant la limitation de la responsabilité de certains associés. Mais sa nature se modifia au fil du temps, les gérants s'étant mis à contracter sous une dénomination sociale, par conséquent à faire connaître l'existence de la société. Cette évolution était déjà accomplie, lorsque le Code de commerce prescrivit la publication de l'acte constitutif.

Sous sa forme moderne, la commandite est encore une combinaison très utile, notamment dans le cas où un inventeur a besoin du concours d'un bailleur de fonds pour exploiter son invention, et plus généralement dans les cas où un *homme actif et peu fortuné veut faire le commerce*. La société en commandite simple permet ainsi de réunir le « financier » et le « savoir-faire »<sup>3</sup>. Elle permet également à une société en nom collectif où l'un des associés décède en laissant des héritiers mineurs de continuer à fonctionner. Quoique sous une forme différente en tant que société en commandite simple, les héritiers mineurs se retrouvant parmi les commanditaires. La pratique fiscale d'inspiration allemande utilise aussi la société en commandite simple avec une société à risque limité comme commandité ; c'est la formule de la « *GmbH & Co KG* », combinant la transparence fiscale et la limitation des risques financiers pour les associés. Mais elle n'est pas sans susciter quelques questions sur le plan juridique<sup>4</sup>.

La société en commandite simple suscite depuis quelque temps déjà un regain d'intérêt, notamment en raison du fait que les opérateurs de fonds d'investissement alternatifs ont été habitués depuis des décennies aux charmes du *limited partnership* anglo-

<sup>3</sup> MACCHI/MULLER, *L'utilisation des sociétés en commandite en droit luxembourgeois*, *JurisNews* vol. 3 n° 8, 2010, p. 117.

<sup>4</sup> On lira avec profit la thèse de Mme GUINERET BROBBEL DORSMAN, *La GmbH & Co KG allemande et la SARL en commandite française*, Paris, 1998.

saxon. Aussi, afin d'attirer l'implantation au Luxembourg des gestionnaires de tels fonds, le législateur a profondément modernisé en 2013<sup>1</sup> la législation relative aux sociétés en commandite simple qui, depuis lors, peuvent être constituées avec (SEC simple ou « SECS ») ou sans personnalité juridique distincte (SEC spéciale ou « SECsp »).

De manière générale, la loi en matière de société en commandite privilégie le *principe de la liberté contractuelle*, en ne prévoyant pour l'essentiel que quelques dispositions supplétives<sup>2</sup>. Ceci permet de définir un cadre juridique sur mesure des conditions entraînant ou ne devant pas entraîner la dissolution de la société.

[718] **SECsp**<sup>3</sup>. — Le régime juridique de la SECS et celui de la SECsp sont largement alignés l'un sur l'autre. Cela se comprend assez bien dans le contexte du souci de neutralité sur le plan juridique ; le législateur voulait offrir aux opérateurs économiques deux véhicules gouvernés par des règles identiques, sauf que l'un d'entre eux n'a pas de personnalité morale. Cela n'empêchera cependant pas la SECsp (celle qui n'a pas de personnalité morale) de pouvoir se comporter en droit comme si elle disposait de la personnalité juridique : la SECsp a un domicile ; elle agira en son nom et pour son compte par l'intermédiaire de son organe de gestion ; elle pourra émettre des parts de commanditaires ; des titres de dettes ; elle sera liquidée comme si elle avait la personnalité juridique (l'art. 141 § 1<sup>er</sup>

L1915 est applicable aux « sociétés commerciales », et non seulement aux sociétés dotées de la personnalité morale) ; etc. Les seules expressions de l'absence de personnalité morale de la SECsp sont son incapacité à participer à une opération de fusion-scission et le fait qu'elle n'encourt aucune responsabilité pénale (qui reste donc uniquement sur la tête des personnes physiques).

Comment réconcilier ces règles habituellement rencontrées seulement dans le cadre de sociétés dotées de la personnalité morale avec le statut de la SECsp ? Certains proposent de s'inspirer des règles allemandes de la copropriété en main commune (« *Gesamthand* »)<sup>4</sup>. Mais il ne faut sans doute pas aller aussi loin et se contenter de voir dans la SECsp la consécration d'un régime d'indivision particulier organisé par la loi, un peu comme tel a déjà été le cas pour les fonds communs de placement<sup>5</sup>.

[719] **Caractères distinctifs**. — La société en commandite, simple ou spéciale, présente une double caractéristique, permettant de différencier cette société de toute autre.

La première caractéristique, la plus importante, tient au statut de ses associés : les uns, les *commandités*, sont de véritables associés en nom collectif, les autres, les *commanditaires*, ne sont responsables des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports. C'est ainsi que l'art. 16 L1915 définit la société en commandite comme étant « (...) celle que contractent (...) un ou plusieurs associés commandités indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, avec un ou plusieurs associés commanditaires qui n'engagent qu'une mise déterminée (...) ». La présence de commanditaires distingue cette forme de société de la

<sup>1</sup> Loi du 12 juill. 2013 portant transposition de la directive européenne 2011/61 du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds alternatifs (directive dite « AIFM ») ; en détail : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux Luxembourg, n° 3, Bruxelles, 2013.

<sup>2</sup> PANICHI, Les commandites : la liberté contractuelle et les mécanismes de sanction, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, op.c., p. 63.

<sup>3</sup> BERTRAND, La société en commandite spéciale ou l'avenir de l'industrie des fonds alternatifs au Luxembourg, *DAOR* 20114/10, p. 184 ; RIASSETTO/CORBISIER, La société de libre partenariat française et la société en commandite spéciale luxembourgeoise, quel degré de parenté ? *Rev. soc.* 2015, p. 646.

<sup>4</sup> SCHLEIMER, Réflexions sur le régime patrimonial de la société en commandite spéciale, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, op.c., p. 9.

<sup>5</sup> En ce sens CORBISIER, La société en commandite spéciale : finalités et caractéristiques, *JTLux.* n° 29, 2013, p. 117.



société en nom collectif (où il n'y a que l'équivalent de commandités), celle de commandités permet de distinguer la commandite des sociétés à risque limité. Il résulte de la lettre de l'art. 16 L1915 que la société peut se réduire à *un commandité et un commanditaire*. Ces statuts peuvent d'ailleurs *se cumuler* sur la tête d'une seule et même personne, mais il faudra cependant au moins toujours un commandité et un commanditaire distincts valablement engagés afin que la SECS (ou SECsp) puisse être constituée ou éviter la dissolution (art. 16 al. 4 et 7 L1915)<sup>1</sup>.

La deuxième caractéristique permettra de différencier la commandite, simple ou spéciale, de la commandite par actions. Tout comme la SEC, la commandite par actions dispose de deux catégories d'associés : les commandités et les commanditaires. Les commandités de la commandite par actions se trouvant dans la même situation que les commandités de la SEC, ce sera une caractéristique attachée au statut de commanditaire qui permettra de faire la différence entre ces deux sociétés : tandis que le commanditaire de la commandite par actions possède des actions comme dans les sociétés anonymes, le commanditaire de la SEC ne détient que des *parts d'intérêt* (art. 16 L1915 : « (...) avec un ou plusieurs associés commanditaires qui n'engagent qu'une mise déterminée, constitutive de parts d'intérêts (...) »). Là où l'action du commanditaire de la commandite par actions est librement négociable, la part d'intérêt du commanditaire de la SEC sera, en principe, incessible.

**[720] Constitution.** — Conformément au droit commun, la SEC existe dès l'accord des parties, l'écrit

<sup>1</sup> Art. 16 al. 4 L1915 : « Sauf stipulation contraire du contrat social, un associé commandité peut également être associé commanditaire, à condition qu'il y ait toujours au moins un associé commandité et un associé commanditaire juridiquement distincts l'un de l'autre ». ; art. 16 al. 7 L1915 : « La nullité d'une société en commandite simple ne peut être prononcée que dans les cas suivants: (...) c) si la société ne comprend pas au moins un associé commandité et un associé commanditaire distincts valablement engagés ».

privé ou notarié étant exigé à titre de preuve (art. 4 L1915). La constitution des sociétés en commandite simple s'effectue conformément aux règles applicables aux sociétés commerciales dotées de la personnalité morale :

- il n'existe aucun minimum imposé par le législateur pour le montant du *capital social*, lequel peut dès lors être très faible ;
- les *apports* de chaque associé commandité ou commanditaire pourront prendre la forme d'apports en numéraire, en nature et même en industrie, tel le savoir-faire (art. 16 al. 2 L1915), à libérer selon les termes du contrat d'association (tout en bloc à la signature, progressivement au fil des besoins, ...) ;
- la SEC doit maintenir, à titre probatoire<sup>2</sup>, un *registre des associés* à son siège social indiquant les différents associés (commandités, commanditaires) ainsi que les entrées et sorties au capital de la société (art. 16 al. 5 L1915)<sup>3</sup> ; ce registre peut être consulté par les seuls associés, sauf si les statuts prévoient d'autres règles (droit d'inspection pour tout le monde, aucun droit d'inspection, etc.);

<sup>2</sup> Les règles gouvernant le registre des actions nominatives des sociétés anonymes (v. n° [977]) s'appliquent par analogie ici : l'inscription au registre n'est pas à considérer en elle-même comme un titre de propriété ; il ne s'agit que d'un simple moyen de preuve.

<sup>3</sup> Art. 16 al. 5 L1915 : « Toute société en commandite simple doit tenir un registre contenant: a) une copie intégrale et conforme du contrat social de la société dans une version à jour; b) une liste de tous les associés, indiquant leurs nom, prénoms, professions et adresse privée ou professionnelle, ou s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination sociale, leur forme juridique, leur adresse précise et le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés si la législation de l'État dont la société relève prévoit un tel numéro, ainsi que les parts d'intérêts détenues par chacun; c) la mention des cessions de parts d'intérêts émises par la société et la date de la notification ou acceptation de telles cessions. Tout associé peut prendre connaissance de ce registre, sous réserve des limitations prévues par le contrat social ».

- les commandités seuls étant des *commerçants*, les mineurs peuvent devenir des commanditaires.

Les statuts de la société ne doivent être *publiés que par extraits*, ce qui est utile du point de vue de la confidentialité des affaires. La publication ne portera que sur certains points déterminés (art. 5 L1915) : désignation des commandités ; raison ou dénomination sociale ; objet et siège social ; désignation des gérants ainsi que la durée de la société.

**[72r] Dénomination sociale.** — La SEC (simple ou spéciale) n'a plus de raison sociale mais opère, comme toute société, avec une *dénomination sociale* (v. n° [171] et s.). Pour les sociétés continuant à fonctionner avec une raison sociale, on pourrait s'attendre à ce qu'y figurent exclusivement les *noms des associés commandités* (ou certains d'entre eux), car ces personnes sont tenues indéfiniment et solidairement au passif social. Mais, depuis la réforme de 2013, il est également permis de faire figurer le nom d'un ou de plusieurs associés commanditaires. Dans ce cas, les tiers ne pourront invoquer de ce seul fait-là une erreur sur la solvabilité réelle de la société, pour leur appliquer les règles des commandités en termes d'obligation au passif social. Une telle conséquence ne pourra résulter que d'une immixtion dans la gestion sociale.

On voit donc que les propositions ont été inversées. Avant la réforme de 2013, on craignait que les commandités ne deviennent de simples hommes de paille d'un commanditaire trop puissant. L'ancien article 20 (abrogé à l'occasion de la réforme de 2013) prévoyait de ce fait une obligation indéfinie et solidaire au passif social à l'égard des commanditaires, du seul fait qu'ils aient fait figurer leur nom dans la raison sociale. Cette responsabilité existait indépendamment de savoir si le commanditaire avait par ailleurs participé à la gestion externe de la société. Il suffisait, pour que sa responsabilité existât, qu'il ait fait inclure son nom dans la raison sociale ou qu'il ait, par complaisance, laissé utiliser son nom. En somme, ce n'était que dans l'hypothèse tout à fait improbable où le commanditaire aurait vu son nom inclus à son insu dans la raison sociale qu'il échappait à la responsabilité de l'article 20 L1915. Depuis la réforme de 2013, l'inclusion du nom d'une personne dans la raison sociale ne permet plus d'appliquer automatiquement, de ce seul fait, les règles applicables aux commandités : il faudra prouver l'immixtion dans la gestion sociale.

**[72z] Gérance unique ou collégiale, par un commandité ou un tiers.** — « *La gérance appartient à un ou plusieurs gérants, associés commandités ou non* » (art. 17 al. 1<sup>er</sup> L1915). Le gérant pourra donc être l'un des associés commandités (mais non pas un commanditaire). À défaut de nomination de gérants, les commandités seront réputés tous gérants et chacun pourra exercer à lui tout seul l'intégralité de la gestion sociale. Mais les statuts, comme une décision ultérieure des associés, pourront également désigner un gérant qui ne serait pas associé. Le *gérant-tiers*, lorsqu'il existe, ne sera responsable que conformément aux règles applicables aux administrateurs de sociétés anonymes (v. n° [381] et s.; art. 17 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Le gérant-tiers n'encourt donc pas la responsabilité illimitée du commandité en raison de la gestion sociale ; il ne sera toujours responsable que de fautes commises dans le cadre de la gestion sociale. Le gérant, une fois nommé, pourra déléguer tout ou partie de ses pouvoirs de gestion à un tiers ; cette délégation n'est pas nécessairement à limiter à l'exécution de certaines opérations déterminées, mais peut porter sur l'intégralité de la gestion sociale (art. 17 al. 3 L1915)<sup>2</sup>. Le tiers auquel la gestion sociale aura été déléguée par la gérance de la société se trouvera dans une situation de mandataire vis-à-vis de la société, comme s'il avait été nommé gérant par les associés ; la gérance nommée par les associés restera responsable si la substitution de mandataire n'a pas été approuvée par eux.

On entend par « *substitution de mandataire* » la situation où le mandataire délègue à un tiers tout ou partie des pouvoirs qu'il a reçus d'agir au nom du mandant. En ce sens, se substituer autrui, c'est lui transmettre *ses* pouvoirs de représentation : le substitut (aussi nommé « *mandataire substitué* ») est chargé d'accomplir l'acte juridique au nom et pour compte du man-

<sup>1</sup> Art. 17 al. 2 L1915 : « Les gérants qui n'ont pas la qualité d'associé commandité sont responsables conformément à l'article 59 ».

<sup>2</sup> Art. 17 al. 3 L1915 : « Le contrat social peut permettre aux gérants de déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires qui ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat ».

dant, et ce en lieu et place du mandataire originaire. La substitution de mandataire pose plusieurs questions. Classiquement, on estime que le mandat étant un contrat personnel, toute *faculté de se substituer un tiers* dans l'exécution de la mission serait exclue. La difficulté tombe bien évidemment si, comme c'est le cas dans la commandite, le législateur prévoit directement lui-même la faculté de substitution.

En cas de sous-mandat, le régime de la responsabilité du mandataire fait l'objet de plusieurs aménagements, rendus nécessaires en raison de la présence de deux interlocuteurs potentiels du mandant. Concrètement, le mandant insatisfait peut espérer obtenir réparation de son préjudice auprès du mandataire initial ou du mandataire substitué.

Le traitement réservé au *mandataire initial* varie selon les modalités de la substitution. Il est plus souple quand la substitution a été autorisée par le mandant que lorsqu'elle ne l'a pas été.

- Si la substitution a été autorisée par le mandant, le mandataire originaire ne répond, en principe, pas des agissements de celui qu'il s'est substitué. C'est ce qui résulte implicitement de l'article 1994 du Code civil. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1994 C.civ. fera cependant exception à l'irresponsabilité, quand le mandataire originaire a choisi une personne « *notoirement incapable ou insolvable* ». Les tribunaux admettront dès lors la responsabilité pour faute personnelle du mandataire initial, s'il n'a pas choisi correctement son substitut. Le mandataire initial devra également surveiller le mandataire substitué.
- La responsabilité du mandataire initial qui n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, est expressément prévue par l'article 1994, alinéa 1<sup>er</sup> C. civ. En pratique, le mandataire initial est contractuellement responsable à l'égard du mandant de tous les faits et actes de son substitut, sans qu'il soit nécessaire de prouver sa faute<sup>1</sup>.

La responsabilité du mandataire substitué peut être engagée, d'une part, à l'égard du mandataire initial et, d'autre part, à l'égard du mandant.

- Lorsque le mandant subit un préjudice en raison de l'inexécution du contrat de mandat, il peut engager la responsabilité du mandataire initial. Si une telle action aboutit, le mandataire initial dispose d'un recours contre son substitut sous la forme d'une action récursoire.
- L'article 1994, alinéa 2, du Code civil offre également au mandant la possibilité d'agir directement contre la per-

sonne que le mandataire initial s'est substituée<sup>2</sup>. Cette action est de nature contractuelle. On fait donc ici abstraction de l'absence de lien contractuel entre le mandant et le mandataire substitué.

Contrairement à ce qui se passe, en règle générale, dans les sociétés de personnes, le *dépassement de l'objet social* engage la société, comme cela est la règle dans les sociétés à risque limité (v. n° [218]), la loi reprenant en la matière les règles applicables aux SARL (art. 17 al. 4 et 5 L1915 ; v. n° [809])<sup>3</sup>.

**[723] Décisions collectives.** — Les décisions sont prises aux règles de *quorum* et de *majorité* déterminées par le pacte social, et dans le silence, en fonction de la décision à prendre (art. 20 al. 2 a et b L1915)<sup>4</sup>:

- les décisions portant sur les *modifications de l'objet social, le changement de nationalité, la transformation*

<sup>2</sup> Art. 1994 C.civ. : « (...) Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

<sup>3</sup> Art. 17 L1915 : « Les restrictions apportées par le contrat social aux pouvoirs des gérants ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. (...) La société est liée par les actes accomplis par le ou les gérants, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances ».

<sup>4</sup> Art. 20 L1915 : « A défaut de stipulations contraires dans le contrat social, les droits de vote de chaque associé sont en proportion de ses parts d'intérêts. Toute modification de l'objet social ainsi que le changement de nationalité, la transformation ou la liquidation doivent être décidés par les associés. Le contrat social détermine, parmi les autres décisions, celles qui ne sont pas prises par les associés. Il détermine également dans quelles formes et selon quelles conditions ces décisions doivent être prises. A défaut de telles stipulations dans le contrat social : (...) b) toute décision n'est valablement prise qu'à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion des parts d'intérêts représentées, sauf pour les décisions portant sur les modifications de l'objet social, le changement de nationalité, la transformation ou la liquidation qui ne sont adoptées que par l'assentiment d'associés représentant les trois quarts des parts d'intérêts et dans tous les cas par l'assentiment de tous les associés commandités; (...) ».

<sup>1</sup> Art. 1994 C.civ. : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion: 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; (...) ».

ou la liquidation doivent être obligatoirement décidés par les associés. Ces décisions requièrent l'assentiment d'associés représentant les trois quarts des parts d'intérêts ainsi que l'assentiment de tous les associés commandités ; les statuts peuvent renforcer, mais non pas alléger, ces conditions ;

- il appartient de décider pour les « autres résolutions » si elles sont à adopter en assemblée ou par la gérance de la société. Dans le silence des statuts, les autres résolutions sont adoptées à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion des parts d'intérêts représentées.

Le vote se fait par parts d'intérêts détenus et non par tête, sauf si les statuts prévoient d'autres règles en matière de droits de vote : vote par tête ; parts sans droits de vote, parts à droit de vote multiple, droit de vote conditionnel ; suppression du droit de vote sous certaines hypothèses fixées dans les statuts ; etc. Il est même possible de confier le droit de vote pour les autres résolutions à un tiers, par exemple au gérant-tiers.

**[724] Répartition des bénéfices et des pertes.** — En vertu du principe de la *liberté contractuelle*, les rédacteurs des statuts pouvant retenir la clef de répartition qui leur semble appropriée (art. 19 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Souvent, les statuts attribuent d'ailleurs une proportion différente aux commandités et aux commanditaires ; les commandités bénéficient généralement d'un traitement plus favorable, car ils courent des risques financiers bien plus considérables que les commanditaires. Mais il est également possible d'opter pour une situation inverse et de privilégier les commanditaires, voire d'opérer des différences de traitement entre les commanditaires, dans la limite de la prohibition de la

clause léonine (v. n° [125] et s.), ou encore de supprimer le droit aux dividendes à titre de sanction pénale. Dans le silence des statuts, la répartition des bénéfices s'effectue *proportionnellement aux apports* (art. 19 al. 2 L1915).

La *participation aux pertes* se fait en principe selon les mêmes règles que la répartition des bénéfices, sauf si les statuts prévoient autre chose. Mais il faut tenir compte de la situation particulière des commanditaires. Leur responsabilité étant limitée au montant de leurs apports, ils ne contribueront plus aux pertes au-delà de ce montant, de sorte que les commandités devront répartir les pertes restantes entre eux, comme dans la société en nom collectif.

#### Exemple

La SCS a trois associés : A et B sont des commandités et ont droit chacun à 40% des bénéfices ; C est commanditaire et a droit aux 20% restants. Le capital de SCS est de 1 000, C ayant apporté pour un montant de 300. SCS a subi des pertes de 3 000.

Dans ce cas, la contribution théorique de C aux pertes est de 20% calculée sur un montant de 3 000, soit 600. Mais ceci excéderait le montant maximal de sa contribution aux pertes qui est limitée au montant de son apport, soit à 300. C ne contribue donc aux pertes que pour un montant de 300.

Du coup, A et B devront partager entre eux la perte restante, soit 2 700. Ceci correspond à un montant de 1 350 pour A et pour B, ce qui excède nettement le montant de leurs apports (700 au total).

**[725] Dissolution de la société en commandite simple.** — Les sociétés en commandite, simple comme spéciale, étant des sociétés de personnes, on applique les règles applicables aux sociétés en nom collectif en ce qui concerne leur dissolution éventuelle (v. n° [704] et s.). C'est ainsi, notamment, que les événements qui, dans une société en nom collectif, emportent, sauf clause de continuation, la dissolution de la société, emportent dès lors également dissolution de la société en commandite simple lorsqu'ils surviennent en la personne d'un associé commandité.

<sup>1</sup> Art. 19 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les distributions et remboursements aux associés ainsi que les conditions dans lesquelles la société en commandite simple peut demander leur restitution sont régis par le contrat social. A défaut de stipulations contraires dans le contrat social, la part de chaque associé dans les bénéfices et pertes de la société est en proportion de ses parts d'intérêts ».

## Section 2. Les commanditaires

Dans la logique de la commandite, le commanditaire ne joue qu'un rôle effacé dans la gestion sociale (§ 1). En contrepartie de cette situation en retrait dans la société, la personne du commanditaire importe peu (§ 2), et il sera protégé contre certains des risques financiers auxquels le commandité se trouve exposé (§ 3).

### § 1. LE RÔLE DES COMMANDITAIRES

À la différence d'un commandité, le commanditaire n'a pas la qualité de *commerçant* ; aucune des conséquences de cette qualité ne lui est applicable. En contrepartie, il ne peut s'occuper de la gestion de la société.

**[726] Exclusion de la gestion : le principe de non-immixtion<sup>1</sup>.** — Le commanditaire étant un associé, il doit pouvoir participer à la marche de la société. Il faut cependant éviter que les tiers ne puissent être trompés sur la solvabilité de la société, qui est avant tout fonction de la solvabilité des commandités, tenus envers eux comme des associés en nom. L'article 18 de la loi de 1915 essaie de résoudre ce conflit en distinguant les actes de gestion impliquant des tiers et le concours aux délibérations de la société, qui ne concerne que les commandités et commanditaires. Les actes que les commanditaires font avec les tiers (les « *actes de gestion externe* »)<sup>2</sup> sont défendus aux commanditaires et ceux qu'ils accomplissent au sein de la société (les « *actes de gestion interne* ») restent autorisés<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PARTSCH/BOYER, La société en commandite simple, constitution et gouvernance, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 3, Bruxelles, 2013, p. 139.

<sup>2</sup> Art. 18 L1915 : « Il (le commanditaire) ne peut faire aucun acte de gestion à l'égard de tiers ».

<sup>3</sup> Art. 18 L1915 : « (...) 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, à ses entités affiliées ou à leurs gérants,

Cette interdiction d'effectuer des actes de gestion externe a un double fondement. Elle s'explique en premier lieu et avant tout par *l'intérêt des tiers* : il ne faut pas que les tiers se trompent et, voyant agir un associé comme gérant, croient qu'il est associé en nom, donc qu'il est responsable indéfiniment. Ceci risquerait de les conduire à accorder à la société un crédit en fonction de la surface personnelle du commanditaire, alors que celui-ci n'engage pas tout son patrimoine, mais seulement sa mise sociale. Certes, les tiers peuvent également se méprendre lorsque la gestion est confiée à un étranger à la société, mais la méprise est plus à craindre parce que l'ambiguïté est plus grande lorsqu'il s'agit d'un associé que lorsqu'il s'agit d'une personne absolument étrangère à la société. Le principe de l'interdiction de l'immixtion dans la gestion de la commandite est donc avant tout une *mesure de lutte contre l'équivoque*.

Accessoirement, on explique parfois la défense d'immixtion des commanditaires par *l'intérêt des associés commandités* qui pourraient être engagés par l'imprudence de personnes qui ne risqueraient pas d'être tenues au-delà de leurs apports, de personnes ne craignant pas d'être écrasées par la perspective d'une responsabilité illimitée. La défense d'immixtion est donc également une *mesure de protection des gérants commandités*. À l'origine de la société en commandite simple, à une époque où le commanditaire était souvent un notable et le commandité un petit commerçant, on pouvait craindre à l'époque que le commandité ne subisse l'influence d'un commanditaire plus puissant que lui. Cette crainte a largement perdu sa raison d'être aujourd'hui. Elle explique également la licéité des actes de gestion interne, le législateur se souciant avant tout de la protection des tiers.

**[727] Étendue de la prohibition.** — Conformément à l'article 18 al. 2 L1915, la protection des tiers contre les méprises commande seulement que les commanditaires s'abstiennent de toute gestion externe (sauf dans le cadre d'une procuration spéciale<sup>4</sup>). Mais cela

les actes de contrôle et de surveillance, l'octroi de prêts, de garanties ou sûretés ou toute autre assistance à la société 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. (...) »

<sup>4</sup> Art. 18 dernier alinéa L1915 : « L'associé commanditaire peut agir en qualité de membre d'un organe de gestion ou mandataire d'un gérant de la société, même associé commandité, ou prendre 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

n'enlève rien à la validité des clauses statutaires, selon lesquelles les gérants commandités ont besoin de l'assentiment des commanditaires pour accomplir certains actes. Ces clauses sont, certes, efficaces entre les associés, mais elles ne sont pas opposables aux tiers (art. 17 al. 5 L1915<sup>1</sup>) ; elles constituent un acte de gestion interne autorisé des commanditaires.

La loi ne parle pas explicitement des « actes de gestion externe », mais uniquement des « actes de gestion » (art. 17 L1915). Si les « actes de gestion » sont interdits aux commanditaires, il n'en va pas ainsi des « avis et conseils donnés à la société, à ses entités affiliées ou à leurs gérants, des actes de contrôle et de surveillance, de l'octroi de prêts, de garanties ou sûretés ou de toute autre assistance à la société 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 » que le commanditaire peut toujours accomplir (*ibidem*). Cette distinction n'est rien d'autre qu'une différenciation d'*actes faits au sein de la société* et ceux qui supposent une *relation avec des tiers*. D'où les noms plus commodes d'actes de gestion « externe » et « interne ». Dans ce contexte, l'existence d'un *contrat de travail* liant le salarié, s'il est également commanditaire, au commandité peut créer des difficultés : si les fonctions salariales ne créent, dans l'esprit des tiers, aucune équivoque, l'article 17 L1915 sera réputé respecté (art. 17 dernier alinéa L1915); mais il n'en va pas nécessairement de même lorsque la nature des fonctions salariales du commanditaire le fait participer étroitement à la gestion de la société, en l'amenant à conclure des contrats avec des tiers (clients, fournisseurs, etc.). Dans ce cas, pour que sa responsabilité soit écartée, il faudra clairement faire ressortir qu'il n'agit qu'en tant que représentant du commandité-gérant, sans être le gérant lui-même.

L'interdiction d'effectuer des actes de gestion n'empêche pas le commanditaire d'effectuer des *opérations avec la société*, puisqu'il n'engage pas, dans ce cas, la société dans sa qualité de commanditaire : c'est ainsi que le commanditaire pourra acheter et vendre à la société, lui accorder des crédits sous toutes ses formes, etc. (art. 18 al. 1<sup>er</sup> L1915).

En revanche, tous les « *actes de gestion interne* » sont

---

des engagements sociaux, à condition que la qualité de représentant en laquelle il intervient soit indiquée. »

<sup>1</sup> Art. 17 L1915 : « (...) Les restrictions apportées par le contrat social aux pouvoirs des gérants ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées (...) ».

permis aux commanditaires et peuvent, le cas échéant, constituer leurs « apports ». Ainsi, les statuts peuvent prévoir la *révocabilité du gérant* par les commanditaires ou leur participation au remplacement du gérant décédé, retiré ou révoqué. Les *conseils* donnés au sujet de la gestion sociale constituent également des actes de gestion interne, car la gérance pourra ou non suivre les conseils prodigués. D'autre part, même dans les cas où les statuts sont muets, les commanditaires peuvent exercer un *contrôle de la gestion*. Leurs droits de contrôle et de surveillance dérivent de leur qualité même d'associé et s'exercent, en l'absence de toute précision législative, tout au long de l'année. Le petit nombre des commanditaires explique en fait une faculté que l'on ne pourrait pas accorder dans les mêmes conditions aux actionnaires. Le même motif commande de faciliter l'exercice de cette communication, sous la condition qu'elle soit effectuée au profit du commanditaire *personnellement*, compte tenu des secrets d'affaires qui peuvent être dévoilés par la consultation des livres et des documents commerciaux. Le droit de contrôle est en premier lieu un *droit individuel du commanditaire* ; mais rien n'empêche les statuts de prévoir un exercice collégial de ce droit sous la forme d'un *conseil de surveillance*, par référence à ce qui se passe dans les sociétés en commandite par actions.

[728] **Sanction.** — On aurait pu craindre que le législateur ne sanctionne l'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société en le transformant en commandité pour le rendre personnellement et solidairement responsable de tout le passif social. Mais la loi n'est pas allée aussi loin, car elle distingue deux situations :

- si le commanditaire ne participe que de manière passagère à la gestion externe de la société, en accomplissant quelques *actes sociaux isolés*, la loi se contente de punir le commanditaire par la responsabilité indéfinie et solidaire des engagements qui dérivent de ces actes de gestion (« *immixtion isolée* ;

art. 18 al. 3 L1915)<sup>1</sup>. À l'égard des actes de gestion où il est intervenu, le commanditaire se trouve donc dans une situation identique à celle des associés en nom collectif ou commandités. Mais cette responsabilité ne s'étend pas aux autres dettes sociales où il n'est pas intervenu ;

- si le commanditaire *participe de manière régulière à la gestion externe de la société*, la responsabilité du commanditaire ne se limitera plus aux engagements sociaux auxquels il a participé mais portera sur l'intégralité du passif social, même celui résultant d'opérations intervenues avant que le commanditaire ne commence à s'immiscer dans la gestion externe de la société (*immixtion généralisée* » ; art. 18 al. 4 L1915)<sup>2</sup>.

L'article 18 instaure ainsi une responsabilité exorbitante du droit commun pouvant aller au-delà de la réparation du dommage effectivement causé. Elle ne joue cependant *qu'à l'égard des tiers*. Dans l'ordre interne, le commanditaire préserve son statut de commanditaire, de sorte que, s'étant acquitté de son obligation à l'égard des tiers, il pourra *agir contre les commandités en vue du remboursement* des sommes qu'il a déboursées et qui excèdent le montant de son apport. Le commanditaire ne changeant pas de statut mais voyant seulement sa responsabilité mise en jeu, les juges ne pourront pas lui attribuer la qualité de commerçant ni, par voie de conséquence, prononcer la faillite contre lui.

## § 2. LA PERSONNE DES COMMANDITAIRES

### [729] Nombre d'associés commanditaires. —

<sup>1</sup> Art. 18 al. 3 L1915 : « L'associé commanditaire est indéfiniment et solidairement tenu à l'égard des tiers de tous les engagements de la société auxquels il aurait participé en contravention à la prohibition de l'alinéa précédent. »

<sup>2</sup> Art. 18 al. 4 L1915 : « Il est également tenu indéfiniment et solidairement à l'égard des tiers, même des engagements auxquels il n'aurait pas participé, s'il a habituellement fait des actes de gestion à l'égard de ceux-ci ».

L'article 16 L1915 n'exige point une pluralité de commanditaires, puisque la commandite simple est valablement constituée « avec un ou plusieurs associés commanditaires ». Il suffit donc d'un seul commanditaire pour la commandite simple.

Mais se pose dans ce cas la question de savoir si le *décès du commanditaire unique* emporte la dissolution de la société en commandite. Partant du principe que la dualité d'associés est la caractéristique essentielle de la commandite simple, il faut conclure qu'une telle société, qui ne comporterait plus d'associés commanditaires, est soit nécessairement dissoute de plein droit, soit se transforme de plein droit en société en nom collectif. Cette dernière solution paraît préférable d'un point de vue juridique si les associés restants continuent la société ; en plus, elle ne nuit aucunement aux créanciers sociaux.

**[730] Caractère personnel atténué du statut des commanditaires.** — Le commanditaire est un associé et la société en commandite simple est conclue en fonctions des associés participants. C'est une différence avec la commandite par actions.

Cependant, ce caractère personnel du contrat de société est moins prononcé que celui qui préside au choix des associés en nom. Pour cette raison, les événements qui, venant à se produire dans la personne d'un associé en nom ou d'un commandité, ont pour conséquence d'entraîner la dissolution de la société, n'auront pas le même effet s'ils se produisent dans la personne du commanditaire. Sa mort, sa mise en faillite, sa mise en tutelle n'auront aucun effet sur la vie de la société. Sa mort entraînera son remplacement ou la liquidation de ses droits. Sa faillite judiciaire n'aura aucune influence. La mise en tutelle conduit, dans l'immédiat, à substituer le tuteur dans l'exercice des droits de l'incapable.

**[731] Cession et cessibilité des parts de commanditaire.** — Le *caractère personnel de la part sociale* permet de distinguer, en principe, la commandite simple de la commandite par actions. Dans les faits, cependant, cette distinction est souvent bien moins nette en pratique, surtout dans le domaine des fonds

d'investissement alternatifs : les commanditaires s'y comportent généralement comme de véritables actionnaires. Aussi le législateur se contente de poser une règle supplétive que les statuts sont libres d'écarter : à savoir l'agrément nécessaire du commandité pour toute cession de parts de commanditaires, sauf en cas de décès du commanditaire, où le transfert se fait sans qu'un agrément ne puisse être exigé (art. 21 al. 1<sup>er</sup> et 2 L1915)<sup>1</sup>.

Les statuts peuvent donc prévoir des règles alternatives telle une *cessibilité restreinte* de la part d'intérêt, comme dans la société en nom collectif (qui elles-mêmes renvoient aux règles applicables aux sociétés civiles ; v. n° [695]). Logiquement, les restrictions à la cessibilité des parts de commanditaire se justifient en effet bien moins que pour les parts de commandité : la personnalité du commanditaire, une fois qu'il a effectué son apport, importe en effet peu, contrairement à celle du commandité. Parfois, les statuts posent la règle de la cessibilité des parts de commandité avec le consentement de tous les associés et autorisent la cession des parts de commanditaires avec le consentement soit de la majorité des associés, soit d'une majorité renforcée des associés.

Mais il sera également possible pour les statuts de prévoir la libre négociabilité des parts de commanditaire, comme pour une action de société anonyme. La société pourra d'ailleurs acquérir elle-même les parts de commanditaire, par exemple dans le cadre d'un rachat de parts de gré à gré, ou suite à une exclusion forcée du commanditaire sous les hypothèses prévues aux statuts (art. 21 dernier alinéa L1915).

<sup>1</sup> Article 21 L1915 : « Les parts d'intérêts d'associés commanditaires ne peuvent, à peine de nullité, être cédées, démembrées ou mises en gage qu'en conformité avec les modalités et dans les formes prévues par le contrat social. A défaut de stipulations dans le contrat social, une cession autre qu'une transmission pour cause de mort, un démembrement et une mise en gage d'une part d'intérêts d'associé commanditaire, requiert l'agrément du ou des associés commandités ».

### § 3. LES RESPONSABILITÉS DU COMMANDITAIRE

**[732] Limitation de la responsabilité.** — Aux termes de l'article 16 L1915, les *commanditaires* ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports, leurs obligations étant limitées à la réalisation de leurs apports. Leur statut est donc, en ce qui concerne leur responsabilité aux dettes sociales, celui des *associés à risque limité* n'engageant qu'une mise déterminée. La limitation de la responsabilité bénéficiant aux commandités a non seulement pour conséquence de leur interdire de s'immiscer dans la gestion de la société (v. n° [726]), mais également de faire des apports en industrie.

**[733] Nature de l'obligation du commanditaire.** — L'ancien droit attribuait à l'obligation du commanditaire un caractère purement civil. La jurisprudence française déclarait cependant cette obligation commerciale. L'argument avancé était que le commanditaire donnait mandat au gérant de faire des opérations commerciales dans lesquelles il est personnellement intéressé, et qui l'obligent du moins jusqu'à concurrence de sa mise. On pensait donc que l'obligation de verser sa mise était commerciale, en tant qu'accessoire à une entreprise de cette nature.

Il résultait de cette opinion :

- que, si le commanditaire tardait à verser la somme qu'il avait promise, les intérêts couraient contre lui au taux du commerce ;
- qu'il pouvait être poursuivi devant le tribunal de commerce ;
- que les personnes qui, à raison d'une incapacité ou d'une incompatibilité, ne pouvaient faire des actes de commerce, ne devaient pas entrer, même en qualité de commanditaires, dans une société commerciale.

On aurait dû en conclure qu'il devait être interdit à un mineur de prendre, dans une pareille société, la situation de commanditaire. Mais la jurisprudence n'admettait pas cette déduction jugée excessive, de sorte qu'un mineur pouvait devenir commanditaire.



L'erreur de raisonnement a été dénoncée<sup>1</sup> : la commercialité par accessoire ne joue que dans l'hypothèse où un commerçant accomplit certains actes pour les besoins de son commerce mais qui en eux-mêmes sont civils. Dans cette hypothèse, les actes civils sont attraités dans la commercialité de l'activité d'ensemble du commerçant, dans un souci de cohérence des règles applicables aux différents actes. Mais dans le cas du commanditaire, la théorie de l'accessoire ne saurait jouer, car il n'est pas commerçant en cette qualité. Dès lors, la souscription d'une part de commanditaire constitue également un acte civil.

**[734] Action des créanciers sociaux contre les commanditaires.** — Les commanditaires étant débiteurs de leurs apports envers la société, les créanciers de celle-ci peuvent certainement agir contre eux en lieu et place du gérant, en exerçant l'*action indirecte* appelée « *action oblique* », conformément à l'article 1166 C.civ. L'action oblique n'est ouverte que si le gérant a négligé d'agir au nom de la société. Dans le cadre de l'action oblique, le commanditaire pourra opposer aux créanciers toutes les exceptions qu'il pourrait faire valoir vis-à-vis de la société, ce qui se conçoit aisément, car le créancier agit pour compte de la société.

Mais les créanciers n'ont-ils pas également une *action directe* ? Dans notre ancien droit, on ne l'admettait pas. Mais la commandite a changé de caractère : c'était autrefois une société occulte ; l'existence des commanditaires restait ignorée des tiers. Aujourd'hui, au contraire, le gérant, agissant sous la dénomination sociale, représente tous ceux qui font partie de la société, même les commanditaires. L'extrait publié au RCS indique non seulement les noms des commanditaires, mais également le montant de leurs apports, sur lesquels les créanciers sociaux sont autorisés à compter (art. 6 tiret 3 L1915). C'est pourquoi l'article 16 al. 1<sup>er</sup> L1915, en prévoyant que les commanditaires sont responsables vis-à-vis des tiers, non seulement des *pertes* de la société, mais également de ses *dettes*, ac-

corde une action directe aux créanciers sociaux pour exiger des commanditaires le *versement de leur promesse d'apport*<sup>2</sup>. L'action directe, il faut le souligner, ne joue que si les commanditaires n'ont pas encore libéré leurs apports, car elle vise uniquement à la libération des apports.

La question présente un réel intérêt. Certaines *exceptions* que le commanditaire aurait le droit d'opposer à l'action intentée par la société ou en son nom ne sont pas opposables à l'action directe des tiers. Telles sont celles résultant : des manœuvres dolosives employées par le gérant pour déterminer le commanditaire à entrer dans la société ; de la nullité de la société pour défaut de publicité, car les associés ne peuvent s'en prévaloir contre les tiers ; des arrangements, intervenus au sein de la société, qui auraient dispensé le commanditaire de remplir l'intégralité des engagements imposés à lui par l'acte constitutif.

Dans le cas où un commanditaire a retiré du fonds social tout ou partie de son apport, les créanciers sociaux n'ont d'action directe contre lui pour le contraindre à rapporter ces valeurs que si les statuts le prévoient ainsi ; dans le silence des statuts, ils devront se retourner contre le commandité dans le cadre de son obligation financière illimitée au passif social. Cette question se pose principalement lorsque le commanditaire a bénéficié d'une *distribution de dividendes fictifs*, c.-à-d. quand les sommes qu'il a touchées ne provenaient pas de bénéfices réels (le « bénéfice réel » est à l'origine du versement de « dividendes réels » ; c'est le terme opposé du « bénéfice fictif » qui lui entraîne le versement de « dividendes fictifs »), mais avaient été, en réalité, prélevées sur le capital social (v. n° [282]). Le commanditaire, conformément au droit commun suivant lequel le possesseur de bonne foi conserve les fruits qu'il a perçus (art. 549 C.civ.), pourra échapper à l'action en répétition de l'indu ; il ne devra restituer les sommes indûment touchées que dans les limites de ce que les statuts auront bien voulu prévoir à ce titre.

Le commanditaire, dans les cas où il aura dû restituer les sommes indûment perçues, n'est pas sans recours pour autant : il disposera en effet d'une *action*

<sup>1</sup> ESCARRA, n° 677.

<sup>2</sup> CORBIAU, ad. art. 16, p. 55.

*en dommages-intérêts contre le gérant*, dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile (art. 1992 C.civ.) ; une faute légère suffira donc pour engager la responsabilité du mandataire. En revanche, le gérant n'encourt aucune *responsabilité pénale* de ce chef, l'article 167 L1915 (distribution de dividendes fictifs ; v. ° [282]) ne s'appliquant qu'aux sociétés à risque limité.

Là où elle existe, l'action des créanciers sociaux contre les commanditaires en versement de leur mise ou de la restitution de l'indu obéit à la règle de la *prescription quinquennale* applicable en général aux actions entreprises contre les associés (art. 157 L1915). Les créanciers sociaux devront dès lors exercer l'action directe endéans un délai de cinq ans de la dissolution de la société (action en versement) ou du versement du dividende fictif.

---

### Section 3. Les commandités

[735] **Renvoi au statut des associés dans la société en nom collectif.** — Les explications ci-dessus concernent ce qui singularise la commandite simple, c.-à-d. la présence d'associés qui ne sont pas tenus indéfiniment des dettes sociales. En ce qui concerne la vie de la société, la gérance, l'obligation des associés commandités, on appliquera les règles exposées pour la société en nom collectif. C'est le sens de l'article 16 L1915 : en disposant que les associés commandités sont « indéfiniment et solidairement responsables » de l'ensemble des dettes sociales, l'article 16 L1915 calque en fait, sans l'exprimer formellement, le statut des associés commandités sur celui des associés en nom collectif (v. n° [714] et s.).

## CHAPITRE 4 LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE<sup>1</sup>

[736] **Présentation.** — Le Code de commerce luxembourgeois de 1808 ne connaissait que trois espèces de sociétés : la société en nom collectif ; la société en commandite et la société anonyme. La société coopérative n'était alors qu'une application spécifique des formes légales de sociétés existantes<sup>2</sup>. La situation était la même en droit belge (jusqu'à la loi du 18 mai 1873) et français, où la coopérative pouvait également emprunter toutes les formes sociales. Avec la loi de 1915, la coopérative est cependant devenue une *forme particulière sociétaire* (section 1). Cependant, l'idée de « croiser » la coopérative avec d'autres formes sociales a également fait son chemin en droit luxembourgeois, une loi de 1999 ayant instauré un régime innovateur et quelque peu surprenant de la « coopérative sous forme d'une société anonyme » (section 2). À ces régimes nationaux s'est superposé un régime communautaire visant à permettre à des sociétés coopératives de différents pays membres de l'Union européenne de s'unir entre elles afin de se lancer sur le marché de l'Union européenne dans le cadre d'une structure coopérative dédiée à cet effet (section 3).

### Section 1. La coopérative classique

La coopérative présente certaines caractéristiques qui peuvent paraître originales (§ 1). Aussi le législateur a-t-il estimé utile d'emprunter à la fois aux sociétés de capitaux et de personnes en ce qui concerne sa

<sup>1</sup> DELAHAYE, *La société coopérative à responsabilité illimitée*, Bruxelles, 1994 ; DU FAUX, *Les sociétés coopératives*, *Rép. Not.* T. XII, Bruxelles, Livre 4, 1997 ; DURO, *La Société coopérative*, *LuxAccount* 2014, 20 p. ; DUSEIGNEUR, *Des corporations à Rome, droit romain. Sociétés coopératives, droit français*, th., 1886, réimpr. Paris, 2014 ; HIEZ, *Coopératives*, Paris, 2014 ; RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1936 ; T'KINT/GODIN, *La société coopérative*, Bruxelles, 1968.

<sup>2</sup> RESTEAU, *op.cit.*, p. 24.

constitution et son fonctionnement. Il en résulte un statut quelque peu hybride (§ 2). La principale originalité de la coopérative reste cependant le statut particulier des associés n'ayant pas son équivalent dans les autres sociétés commerciales (§ 3).

### § 1. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA COOPÉRATIVE

[737] **Définition.** — Selon l'article 113 L1915, la société coopérative est « celle qui se compose d'associés dont le nombre ou les apports sont variables et dont les parts sont incessibles à des tiers. Elle est à responsabilité illimitée ou limitée ». La coopérative se distingue donc par trois éléments essentiels : la variabilité du capital, la variabilité des associés ; l'incessibilité des parts. Comme la variabilité du capital et la variabilité des associés sont étroitement liés, nous considérerons que la coopérative se définit en réalité par deux caractéristiques : la variabilité du capital et l'incessibilité des parts sociales. La société coopérative est donc une *société mixte* située à mi-chemin entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes<sup>3</sup>.

[738] **Variabilité du capital.** — La variabilité du capital social est la première caractéristique essentielle de la coopérative ; elle y est même consubstantielle. En effet, si le droit des sociétés est gouverné par le *principe de la fixité du capital social*, ce principe se trouve écarté dans la coopérative au profit de la règle de la variabilité<sup>4</sup>. La coopérative étant caractérisée par la technique de la « porte ouverte », la variabilité du capital est nécessaire afin d'assurer dans de bonnes conditions les fréquents départs et arrivées des associés.

[739] **Incessibilité des parts sociales.** — La coopérative étant une société de personnes, on n'est pas étonné

<sup>3</sup> SPANG, *Les changements apportés au droit des sociétés et des associations par les deux lois introduisant en droit luxembourgeois les sociétés coopératives organisées comme des sociétés anonymes et créant les fonds de pension (SEPCAV et ASSEP)*, *Bull. Dr. et Banque* n° 29, 1999, p. 17.

<sup>4</sup> SPANG, *op.cit.* p. 20.

du caractère incessible des parts sociales émises par ces sociétés. Mais alors que dans les autres sociétés de personnes, l'incessibilité n'est que de principe, les statuts pouvant y déroger, il en va différemment dans les coopératives où *l'incessibilité est absolue*. Ce sont en effet des raisons d'ordre public qui justifient cette règle a priori sévère : la coopérative étant d'abord destinée aux employés et ouvriers, le législateur a entendu *écarter les capitalistes* de ce type de société. La meilleure façon d'y arriver est d'éliminer toute possibilité de cession à des tiers, ce qui élimine du même coup tout espoir de gain en capital du fait de la cession.

Si les parts sociales ne peuvent être cédées aux tiers, la cession aux associés existants est toutefois possible si elle est autorisée par les statuts. L'article 113 L1915 dispose en effet que les « *parts sont incessibles à des tiers* », ce qui admet implicitement la possibilité de la *cession aux associés*.

L'entrée dans le capital social de la coopérative s'effectue dès lors nécessairement par la voie d'une *augmentation de son capital social* (on parlera d' « *admission* »), plutôt que par la voie de la cession de titres, et l'associé sortira de la société en se faisant *rembourser sa mise* (hypothèse du « *retrait* » ou de l' « *exclusion* »). Entre le nouvel associé et l'associé sortant ne se crée donc aucun lien juridique.

**[740] Nature juridique de la coopérative : association ou société ?** — La coopérative est issue du mouvement coopératif né au XVIII<sup>e</sup> siècle en Grande-Bretagne sous la forme d'associations populaires. On espérait que la coopérative puisse améliorer la condition des travailleurs et des classes moyennes, grâce à la suppression des intermédiaires et du patronat et grâce à la disparition du profit capitaliste. À cette fin, la coopérative recrute ses fournisseurs ou clients parmi ses associés : tantôt elle est le distributeur des produits de ses membres ; tantôt elle est le fournisseur de ses membres. Les liens entre la coopérative et les associés sont donc doubles : aux *liens d'associé* se superpose un

*lien de client ou de fournisseur*<sup>1</sup>. Ce double lien explique également la différence d'optique : alors que la société classique essaie d'acheter au mieux, afin de vendre cher, afin de maximiser le bénéfice de la société, la coopérative achète à des conditions favorables pour ses membres fournisseurs, en privilégiant leur situation personnelle au détriment de celle de la coopérative, et vend à ses membres au prix le plus attractif possible. L'optique est donc exactement à l'opposé de celle prévalant dans les autres sociétés.

On associe généralement à l'idéal coopératif la *suppression du profit capitaliste*. Le caractère humaniste de la coopérative transparait bien avec la coopérative, à savoir la *coopérative de consommation*. Celle-ci limite ses activités aux opérations conclues avec ses associés, en leur vendant ses produits avec une marge. La marge se trouve ensuite répartie entre les coopérateurs au prorata des opérations traitées avec chacun d'eux. C'est ce que l'on appelle la « *ristourne* ». Ainsi, chaque membre d'une coopérative de consommation reçoit un carnet d'achats sur lequel sont portés les achats qu'il fait à la coopérative pendant l'année, et la ristourne sera calculée sur la base de ses achats. Si l'on analyse la ristourne comme le remboursement d'un « trop perçu », il sera bien évidemment fort difficile de voir, du coup, dans la coopérative une « société », ce qui nécessite la recherche d'un but lucratif. Or, en remboursant le « trop perçu », la coopérative vise justement à éliminer le bénéfice qu'elle a réalisé. Mais le doute est permis, car la ristourne permet aux associés coopérateurs de faire des économies, ce qui est une forme de partage de bénéfices (pour le concept, v. n° [112]). Mais l'assimilation des coopératives aux sociétés ne peut être totale non plus : en cas de retrait d'un associé, celui-ci ne peut rien obtenir de plus que le remboursement de son apport (art. 124 L1915) ; ceci contraste avec le droit commun des dissolutions de sociétés où un *boni*

<sup>1</sup> Cette double qualité est parfois mal comprise ; v. PARLEANI, Utiles rappels de la spécificité coopérative, *Rev. soc.* 2015, p. 452.

de liquidation ira aux associés (v. n° [656]). Si la coopérative semble donc proche de l'association à certains égards, elle s'en différencie cependant sur d'autres, notamment son objet. La coopérative se propose en effet de fabriquer pour vendre, de distribuer du crédit, de vendre des produits achetés au préalable, c.-à-d. d'effectuer des opérations qui, entrant dans les secteurs économiques de la production et de la distribution, ne peuvent pas relever de l'activité des associations. Face à ces difficultés, le plus simple est sans doute de considérer que la coopérative constitue une *société par détermination de la loi*.

## § 2. LA CONSTITUTION ET LE FONCTIONNEMENT DE LA COOPÉRATIVE CLASSIQUE

**[74I] Constitution de la coopérative.** — La loi prévoit un certain nombre de conditions de fond qui doivent être remplies en vue de la constitution de la coopérative (art. 115 § 1<sup>er</sup> L1915) :

- la coopérative est destinée à rassembler le plus grand nombre de personnes possible autour d'une idée, d'un projet. On conçoit dès lors que la coopérative doit avoir *deux associés* au moins (art. 114 al. 1<sup>er</sup> L1915 ; ce nombre a été réduit de 7 suite à la loi du 10 août 2016 ; v. également art. 115 § 2 n° 4 L1915). Les associés, personnes physiques ou morales, ne doivent pas nécessairement être des commerçants, car l'acquisition du statut d'associé n'est pas en lui-même un acte de commerce (art. 2 al. 3 L1915). Il suffit donc que l'associé ait la *capacité juridique* pour souscrire des parts sociales, même s'il venait par là même à s'engager de manière indéfinie concernant les dettes sociales de la coopérative.
- la loi exige certes que tout le *capital social* ait été intégralement souscrit mais n'impose pas de montant minimum ni de pourcentage à libérer immédiatement. Tout est donc à préciser dans les statuts, en gardant en tête toutefois que ceux-ci doivent indiquer, à peine de nullité, le montant du capital social, si faible soit-il le cas échéant. La coopérative pouvant être à responsabilité limitée ou illimitée, le

capital social constituera le gage unique des créanciers si la coopérative a choisi la forme de la responsabilité limitée pour ses associés. Dans ce cas, le capital social devra être scindé en une partie fixe et une partie variable, seule la partie variable étant susceptible d'évoluer librement au fil des entrées et sorties des associés (art. 115 n° 4 L1915)<sup>1</sup> ;

La *forme de l'acte constitutif* est réglée à l'article 4 L1915 et peut prendre la forme d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé. Dans ce deuxième cas, il suffit de deux originaux ; le législateur part en effet de l'idée qu'en règle générale les associés des coopératives n'investissent que de faibles montants et n'ont dès lors pas tous besoin de recevoir chacun leur original. La loi exige également l'indication de l'*objet social* (qui doit être commercial ; art. 115 n° 2 L1915 ; v. n° [740]) ainsi que la *forme de la responsabilité des associés (illimitée ou limitée)* (art. 115 n° 3 L1915). Le non-respect des conditions de forme (art. 12quater L1915) comme de fond (art. 115 L1915) est une cause de nullité de la société. Mais elles ne peuvent jamais être opposées aux tiers et n'ont dès lors d'effets qu'entre les associés.

La *durée de la société* est librement fixée dans les statuts et s'établit pour une durée de vie illimitée. Si la durée de vie est indéterminée, la société ne pourra être dissoute que par un vote majoritaire à l'assemblée des associés, suivant les règles applicables aux modifications des statuts dans les sociétés anonymes (art. 116 n° 1 et 117 n° 1 L1915 ; v. n° [1005])<sup>2</sup>, ou pour justes

<sup>1</sup> Art. 115 n° 4 L1915 : « (...) la manière dont le capital social est ou sera ultérieurement formé, et son minimum de souscription immédiate. Dans les sociétés coopératives à responsabilité limitée, les statuts doivent déterminer la part fixe du capital ».

<sup>2</sup> Art. 116 L1915 : « 1° la durée de la société qui peut être limitée ou illimitée. Dans le premier cas, la société peut être successivement prorogée dans les conditions de l'article 67-1. Dans le deuxième cas, les articles 1865,5° et 1869 du Code civil ne sont pas applicables. La dissolution de la société peut toutefois être demandée en justice pour de justes motifs. Sauf dissolution judiciaire, la dissolution de la société ne peut résulter que d'une décision prise par l'assemblée

motifs (art. 116 n° 1 L1915 ; v. n° [637]). Les règles générales de liquidation des sociétés s'appliquent également aux coopératives (v. n° [641]), y compris celles relatives à la prescription (v. n° [660]).

Les statuts de la coopérative sont *publiés en entier au Mémorial* (art. 8 al. 1<sup>er</sup> L1915).

**[742]Fonctionnement de la coopérative.** — Les statuts arrêtent le *mode d'administration* de la coopérative (art. 116 n° 3 L1915)<sup>1</sup>. La gestion de la coopérative peut donc être collégiale ou reposer sur une seule personne, être ouverte aux associés seulement ou être confiée à des tiers. Si les statuts sont muets sur les modes d'administration de la coopérative, les règles rencontrées en matière de sociétés anonymes deviennent applicables (art. 117 n° 3 L1915 ; v. n° [889] et s.)<sup>2</sup>, sauf que la gérance sera exercée par un seul administrateur, et non un collège. Un extrait de l'acte de nomination doit être déposé au greffe du tribunal de commerce, le tiers assigné par la société ayant omis de procéder à cette formalité ayant le droit de faire surseoir à la procédure devant les tribunaux jusqu'après l'accomplissement de cette formalité<sup>3</sup>.

Les statuts déterminent également les droits de l'assemblée ainsi que ses modalités de prise de décision (art. 116 n° 4 L1915)<sup>4</sup>. Dans le silence des statuts, tous

---

générale dans les formes prescrites pour les modifications des statuts. L'article 1865bis, alinéas 2 et suivants, du Code civil est également applicable; (...) »

<sup>1</sup> Art. 116 L1915 : « L'acte indiquera en outre : (...) 3° comment et par qui les affaires sociales seront administrées et contrôlées et, s'il y a lieu, le mode de nomination et de révocation des gérants, des administrateurs (...), l'étendue de leur pouvoir et la durée de leur mandat; (...) ».

<sup>2</sup> Article 117 L1915 : « A défaut de dispositions sur les points indiqués en l'article précédent, ils seront réglés comme suit : (...) 3° la société est gérée par un administrateur et surveillée par un commissaire ou réviseur d'entreprises agréé, nommés, révoqués et délibérant de la même manière que dans les sociétés anonymes ; (...) ».

<sup>3</sup> C.E. 27 avr. 1932, *Pas.* 12, p. 487.

<sup>4</sup> Art. 116 L1915 : « L'acte indiquera en outre : (...) 4° les pouvoirs de l'assemblée générale, les droits y conférés aux

les associés ont le *droit de vote* (art. 117 n° 4 L1915)<sup>5</sup>; ceci implique nécessairement que les statuts peuvent exclure certains associés du droit de vote. En raison de la grande flexibilité laissée par la loi, il est possible pour les statuts de prévoir des parts sociales à voix multiples accordées à certains seulement, ou le vote proportionnellement au capital détenu, ou encore un mélange entre le vote par tête et le vote proportionnel. La *convocation à l'assemblée* est exclusivement faite par l'organe de gestion, selon les modalités arrêtées dans les statuts (simple lettre, annonce dans les journaux), ou, à défaut, par lettre recommandée. La même flexibilité laissée par la loi en matière de droits de vote se retrouve en ce qui concerne les *conditions de majorité*. Les statuts détermineront également les conditions pour que les prises de décision de l'assemblée soient valables : unanimité pour toutes les décisions, unanimité pour certaines décisions seulement et majorité absolue pour les autres décisions ; majorité pour toutes les décisions ; pourcentage inférieur à 50% pour certaines ou toutes les décisions prises en assemblée. Dans le silence des statuts, ce sont les règles de la tenue des assemblées générales des sociétés anonymes qui s'appliquent (art. 117 n° 4 L1915).

Les statuts arrêtent également les missions et pouvoirs de l'*auditeur* (art. 116 n° 3 L1915). À défaut, il est nommé un commissaire unique, nommé et révoqué selon les règles applicables dans les sociétés anonymes (art. 117 n° 3 L1915 ; v. n° [1007]). Cependant, dans le silence des statuts, les pouvoirs des commissaires aux comptes sont limités à la surveillance des affaires so-

---

associés, le mode de convocation, la majorité requise pour la validité des délibérations, le mode de votation; (...) ».

<sup>5</sup> Art. 117 L1915 : « À défaut de dispositions sur les points indiqués en l'article précédent, ils seront réglés comme suit : (...) 4° tous les associés peuvent voter dans l'assemblée générale; ils ont voix égale; les convocations se font par lettre recommandée, signée de l'administration; les pouvoirs de l'assemblée se déterminent et ses résolutions sont prises en suivant les règles indiquées pour les sociétés anonymes ; (...) ».

ciales, ce qui empêche qu'ils puissent, comme dans les sociétés anonymes dans le silence des statuts, convoquer l'assemblée générale des associés<sup>1</sup>.

[743] **Absence de raison sociale.** — Traditionnellement, la coopérative n'avait pas de raison sociale, car celle-ci impliquait nécessairement une obligation indéfinie et solidaire des associés. Or, dans la coopérative, les associés sont libres de décider s'ils entendent courir les risques de la responsabilité illimitée ou s'ils préfèrent limiter celle-ci au montant de leurs mises (v. n° [744]). La coopérative devait donc agir au moyen d'une *dénomination sociale*. La loi du 10 août 2016 qui a abrogé la raison sociale pour les sociétés, là où elle était d'application par la passé, n'a donc pas apporté de changements à la situation des coopératives. On applique à la coopérative les règles déjà examinées précédemment en matière de sociétés en commandite simple, lorsqu'un commanditaire laisse figurer son nom dans la dénomination sociale (v. n° [721]).

De même, dans un souci de protection des tiers, la coopérative doit *mentionner* « société coopérative » dans tous ses actes (lettres, factures, annonces, etc. ; art. 130 L1915)<sup>2</sup>. Lorsque cette prescription n'est pas respectée, les tribunaux pourront contraindre les intervenants à l'acte à être personnellement responsables à l'égard des tiers des engagements sociaux (art. 131 L1915)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PASSELECQ, n° 3522.

<sup>2</sup> Article 130 L1915 : « Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres pièces émanés des sociétés coopératives, on doit trouver la dénomination sociale précédée ou suivie immédiatement de ces mots, écrits lisiblement et en toutes lettres : « Société coopérative » ».

<sup>3</sup> Article 131 L1915 : « Tout agent d'une société coopérative qui interviendra pour celle-ci dans un acte où la prescription de l'article précédent ne sera pas remplie, pourra, suivant les circonstances, à défaut de la société, être déclaré personnellement responsable des engagements qui y sont pris par la société ».

### § 3. LES ASSOCIÉS DE LA COOPÉRATIVE CLASSIQUE

[744] **Statut des associés.** — Le législateur laisse libre choix aux associés de définir dans les statuts l'*étendue de leurs engagements* : ils peuvent donc choisir entre la responsabilité solidaire et illimitée, comme dans les sociétés en nom collectif, et la responsabilité illimitée mais divisée, comme dans la société civile, et enfin la responsabilité limitée au montant des apports, comme dans les sociétés de capitaux (art. 113 L1915)<sup>4</sup>. Dans le silence des statuts, la responsabilité des associés est celle des associés en nom collectif (art. 117 n° 6 L1915 ; v. n° [714])<sup>5</sup>. Ces différences sur le plan de la responsabilité des associés sont évidemment importantes, ce qui justifie que la souscription de parts sociales dans une coopérative puisse être annulée si l'erreur sur la responsabilité (indéfinie et non pas limitée) a été la « cause déterminante » de la souscription<sup>6</sup>.

Les parts d'associé étant nominatives (art. 127 L1915)<sup>7</sup>, la coopérative tiendra toujours un *registre des associés* (noms, demeure, capitaux versés et retirés (art. 119 L1915))<sup>8</sup>. Ce registre est mis à jour tous les six mois (art. 133 L1915)<sup>9</sup> et fait l'objet d'un dépôt sous

<sup>4</sup> Art. 113 L1915 : « Elle est à responsabilité illimitée ou limitée. »

<sup>5</sup> Art. 117 L1915 : « À défaut de dispositions sur les points indiqués en l'article précédent, ils seront réglés comme suit : (...) 6° les associés sont tenus indéfiniment et solidairement. »

<sup>6</sup> Lux. 30 juill. 1927, *Pas.* 11, p. 554.

<sup>7</sup> Art. 127 L1915 : « (...) Les parts d'associés ou bénéficiaires d'une société coopérative sont nominatives. Elles portent un numéro d'ordre ».

<sup>8</sup> Art. 119 L1915 : « La qualité de sociétaire ainsi que le nombre de parts sociales dont chacun se trouve à tout moment être titulaire sont constatés, indépendamment des autres moyens de preuve du droit commercial, par l'apposition de leur signature, précédée de la date, en regard de leur nom, sur le registre de la société ».

<sup>9</sup> Art. 133 L1915 : « Ceux qui gèrent la société devront déposer tous les six mois, au registre de commerce et des sociétés, une liste indiquant par ordre alphabétique les noms, professions et demeures de tous les associés, datée et certifiée ».

forme de liste au greffe du tribunal d'arrondissement, afin de permettre aux tiers de se renseigner sur la composition du cercle des associés (art. 132 L1915). Le non-dépôt de la liste des associés, à défaut de rendre irrecevable l'action judiciaire initiée par la coopérative, en arrête cependant l'action jusqu'à accomplissement de la formalité du dépôt<sup>1</sup>. Le registre des associés constitue le complément de l'acte constitutif sous seing privé, celui-ci n'étant établi qu'en deux originaux. Les associés reçoivent, en raison de leur mise dans le capital social, un *titre nominatif* représentatif, mais non pas constitutif de leurs droits. La coopérative peut également émettre des *parts bénéficiaires nominatives* (art. 127 L1915)<sup>2</sup>, dont le régime suit celui applicable aux parts bénéficiaires émises par les sociétés anonymes.

En contrepartie de leurs apports, les associés auront *droit au partage des bénéfices*, tout comme ils devront *contribuer aux pertes* (art. 116 n° 5 L1915)<sup>3</sup>. Dans le silence des statuts, le partage est fait, pour une moitié, par parts égales et, pour l'autre moitié, en fonction de leurs mises respectives (art. 117 n° 5 L1915)<sup>4</sup>. Cette disposition est le complément indispensable à l'incessibilité totale des parts sociales aux non-associés, afin d'éliminer tout risque d'investissements spéculatifs, un investisseur uniquement mû par l'appât du gain n'acceptant pas de partager les bénéfices sociaux pour moitié par tête, si sa mise est proportionnelle-

---

véritable par les signataires. Ceux-ci seront responsables de toute fausse énonciation dans lesdites listes ».

<sup>1</sup> Lux. 15 juill. 1986, *City Tele Taxi c/Colux*.

<sup>2</sup> Art. 127 L1915 : « Indépendamment des parts représentatives du capital social, il peut être créé des titres non représentatifs du capital social, désignés par la présente loi par l'appellation de « parts bénéficiaires ». Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. (...) ».

<sup>3</sup> Art. 116 L1915 : « *L'acte indiquera en outre : (...) 5° la répartition des bénéfices et des pertes ; (...)* ».

<sup>4</sup> Art. 117 L1915 : « À défaut de dispositions sur les points indiqués en l'article précédent, ils seront réglés comme suit : (...) 5° les bénéfices et les pertes se partagent chaque année, par moitié par parts égales entre les associés, et par moitié à raison de leur mise ; (...) ».

ment au-dessus de la moyenne. Tout comme dans les sociétés anonymes (v. n° [206]), la coopérative ne pourra pas distribuer l'intégralité de ses bénéfices sociaux mais devra mettre de côté, chaque année, un certain montant alloué à une « réserve légale » (art. 129 al. 2 L1915)<sup>5</sup>.

**[745] Entrée et sortie des associés.** — Les *conditions d'admission* au capital social de la coopérative sont réglées par les statuts. Ceux-ci peuvent donc prévoir une décision en assemblée des associés ou, sans doute plus souvent, une décision par les dirigeants. Les statuts peuvent prévoir toutes sortes de conditions d'admission (appartenance à un groupe socioprofessionnel, à une entreprise déterminée, etc.), l'organe compétent pour statuer sur la demande d'admission pouvant rejeter sans autre justification la demande d'admission (il n'existe donc aucun droit à l'entrée au capital social d'une coopérative).

La loi permet toujours aux associés de se retirer en notifiant la société de leur *démission*. Afin de laisser le temps à la société de se préparer pour le remboursement des fonds à l'associé quittant la société, le retrait ne peut intervenir qu'au cours du *deuxième semestre de l'année sociale* (art. 120 L1915)<sup>6</sup>. Le retrait donné dans les six premiers mois n'est cependant pas nul, ses effets sont seulement différés dans le temps. Mais le retrait peut également être forcé, soit en vertu d'un ordre de la loi, soit en vertu d'une décision des associés. Le *retrait forcé* est prévu par la loi en cas de décès, faillite, déconfiture et interdiction de l'associé (art. 125 L1915)<sup>7</sup>. La disposition s'explique par le souci du

---

<sup>5</sup> Art. 129 al. 2 L1915 : « (...) Une réserve sera constituée de la manière déterminée par ledit article ».

<sup>6</sup> Art. 120 L1915 : « Les associés ont toujours le droit de se retirer, sous les conditions et modalités prévues éventuellement dans les statuts. Ils ne peuvent donner leur démission que dans les six premiers mois de l'année sociale ».

<sup>7</sup> Art. 125 L1915 : « En cas de décès, de faillite, de concordat préventif, de déconfiture ou d'interdiction d'un associé, ses héritiers, créanciers ou représentants recouvrent sa part de la manière déterminée par l'article 124. Ils ne peuvent provo-



législateur de préserver le caractère de société de personnes. Le retrait forcé, on devrait plutôt parler d'*exclusion*, peut également résulter d'une disposition des statuts prévoyant librement les conditions requises à cet effet et les organes compétents pour décider de l'exclusion. À défaut, l'exclusion sera toujours possible, mais uniquement pour inexécution du contrat, soit essentiellement pour non-libération des sommes souscrites (art. 117 n° 2 L1915)<sup>1</sup>. Quel que soit le motif de sortie, la coopérative survit au départ de l'associé. L'associé aura toujours *droit au remboursement de sa part*, en tenant compte bien sûr des pertes éventuellement subies par la société. Les statuts peuvent également lui accorder une part sur les réserves constituées par la société. Dans le silence des statuts, les associés sont présumés avoir opté pour le remboursement de la valeur nominale, dans un souci de maintenir l'activité coopérative sur sa lancée (art. 124 al. 2 L1915)<sup>2</sup>.

## Section 2. La coopérative moderne : la coopérative sous forme de société anonyme (la « CoopSA »)<sup>3</sup>

Résultat d'une initiative relativement récente destinée à élargir le champ des possibilités des praticiens, la

<sup>1</sup> quer la liquidation de la société ».

Art. 117 n° 2 L1915 : « 2° les associés ne peuvent être exclus de la société que pour inexécution du contrat; l'assemblée générale prononce les exclusions et les admissions et autorise les retraits de versements ; (...) ».

<sup>2</sup> Art. 124 al. 2 L1915 : « Sauf disposition contraire des statuts, il n'a droit qu'à la valeur nominale de ses parts sociales. En aucun cas, les éléments du bilan qui constituent la contrepartie de fonds publics alloués à la société coopérative ne peuvent lui être distribués. S'il résulte de la situation du bilan de l'exercice au cours duquel la démission a été donnée ou l'exclusion prononcée que la valeur des parts est inférieure à leur montant nominal, les droits de l'associé sortant sont diminués d'autant ».

<sup>3</sup> SPANG, op.cit. ; SABATIER/RUSCEV, La société coopérative organisée comme une société anonyme : son origine, son utilisation, son avenir, *ACE* 2016/3, p. 24.

coopérative sous forme de société anonyme n'a pas eu le succès escompté. Cela tient sans doute aux difficultés que l'on peut avoir à ranger correctement la société au sein du droit des sociétés.

### § 1. LA COOPSA EST UNE FORME JURIDIQUE HYBRIDE

**[746]Fonds de pension : principal mais non unique domaine d'application des CoopSA.** — Au cours de ces dernières années, parallèlement au développement des marchés de capitaux, on observe l'accroissement spectaculaire du poids financier des fonds de pension des pays de l'OCDE.

Sur le plan historique, l'analyse des raisons de l'*émergence des fonds de pension* à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, particulièrement en Grande-Bretagne et aux États-Unis, indique qu'elle s'est effectuée en parallèle à la révolution industrielle. La mise en place de ces fonds apparaît comme un instrument de gestion d'une main-d'œuvre abondante et qualifiée. Par ailleurs, l'adhésion des employés à des fonds permet aux entreprises d'obtenir de leur part un comportement loyal et optimal en matière de productivité. Plus récemment, ce sont surtout les *perspectives négatives des systèmes des retraites obligatoires*, c.-à-d. de celles payées par les pouvoirs publics (le 1<sup>er</sup> pilier), en raison du vieillissement de la population, des conséquences du chômage, qui ont attiré l'attention un peu partout dans le monde sur l'extraordinaire potentiel de développement des systèmes de retraite par capitalisation (2<sup>e</sup> pilier). Le régime luxembourgeois des fonds de pension internationaux essaie d'en tirer parti, pour le bien-être de la place financière.

Il est apparu que les fonds de pension doivent avoir la double qualité de *flexibilité* et de *sécurité* :

- les fonds de pension luxembourgeois doivent pouvoir s'adapter aux contraintes des législations nationales ;
- ils doivent par ailleurs garantir les droits des bénéficiaires, notamment contre l'insolvabilité de l'employeur cotisant.

La flexibilité nécessite surtout la capacité du fonds de pension à gérer un grand nombre de bénéficiaires des promesses de pension, dont notamment une entrée et sortie souvent importante dans le fonds. Ceci explique pourquoi les pouvoirs publics ont essayé de faire rentrer les fonds de pension dans le moule des coopéra-

tives (v. n° [745]). Mais il est apparu très rapidement, lors des travaux préparatoires au projet de loi, que la structure sociétaire des fonds de pension axée sur le régime juridique des coopératives n'allait pas être entièrement satisfaisante ; le cadre légal des sociétés anonymes paraissant souvent plus adapté que la coopérative quant aux *exigences modernes de l'organisation et du mode de fonctionnement sociétaire*. C'est pour cette raison que le législateur décida de combiner les règles applicables aux sociétés anonymes et aux coopératives pour créer la « *coopérative sous forme de société anonyme* » (« CoopSA »)<sup>1</sup>. La CoopSA est principalement destinée à offrir aux promoteurs de fonds de pension internationaux une forme sociétaire en tant qu'alternative à la technique « associative » de l'« association d'épargne-pension » (« ASSEP »)<sup>2</sup>. Lorsqu'elle s'applique au monde des fonds de pensions, la CoopSA prend le nom de « *société d'épargne-pension à capital variable* » (« SEPCAV ») et se voit appliquer un certain nombre de règles additionnelles spécifiques à l'industrie des pensions complémentaires. Mais la CoopSA peut également être utilisée dans tous les autres domaines d'activité permis aux sociétés en général.

**[747]Application cumulative ou distributive des règles applicables aux coopératives et des sociétés anonymes.** — La CoopSA reste une société coopérative quant à sa forme juridique (art. 137-1 (1) L1915)<sup>3</sup>, mais elle emprunte largement à la société anonyme l'essentiel de son mode de fonctionnement. Ceci explique également pourquoi la CoopSA ne peut servir de véhicule juridique pour la *société européenne*, car celle-ci est réservée aux sociétés anonymes. La CoopSA emprunte à la société anonyme quant à son

mode de fonctionnement, mais elle n'en reste pas moins une société coopérative.

La CoopSA participant à la fois au statut de la société coopérative et de la société anonyme, *les dispositions légales relatives aux sociétés coopératives et aux sociétés anonymes s'appliquent en principe cumulativement* (art. 137-1 (2) et (3) L1915)<sup>4</sup>. Les règles applicables aux deux types de sociétés étant nécessairement différentes, du moins sur certains points (autrement il y aurait identité des régimes juridiques et, en fait, un seul type sociétaire), il fallait résoudre les *conflits inévitables*. Le législateur l'a fait en prévoyant tantôt la non-applicabilité de certaines dispositions gouvernant les sociétés coopératives, et tantôt en écartant certaines dispositions applicables aux sociétés anonymes en général. Il s'ensuit un régime d'application tantôt cumulatif, tantôt distributif des dispositions applicables aux coopératives et aux sociétés anonymes. Il est *cumulatif* lorsqu'il n'y a pas de contradictions entre ces deux corps de règles. Lorsqu'il apparaît que les règles de l'un des deux types de forme juridique sont inadéquates, l'application des règles n'est que *distributive*, les dispositions jugées inopportunes étant écartées. L'idée générale du régime de la CoopSA est de garder les deux grandes caractéristiques de la coopérative, à savoir la variabilité du nombre des associés et de leurs apports (v. n° [738] et s.) et d'y adjoindre les modes plus modernes de fonctionnement de la SA.

## § 2. LES PRINCIPALES RÈGLES APPLICABLES À LA COOPSA

**[748]Constitution.** — La CoopSA émettant des actions et non des « parts sociales », les détenteurs du

<sup>1</sup> Loi du 10 juin 1999 Mém. A 1999, p. 1469, doc. parl. n° 4463, session 1997-1998.

<sup>2</sup> Sur les difficultés de bien classer l'ASSEP soit dans le groupe des sociétés, soit dans celui des associations, v. SPANG, op.cit., p. 30.

<sup>3</sup> Art. 137-1 (1) L1915 : « La société coopérative peut également être organisée comme une société anonyme ».

<sup>4</sup> Art. 137-1 L1915 : « (...) (2) La société coopérative organisée comme une société anonyme est soumise aux dispositions relatives aux sociétés coopératives, sauf les adaptations indiquées dans la présente sous-section. (3) La société coopérative organisée comme une société anonyme est également soumise aux dispositions relatives aux sociétés anonymes de la présente loi, sauf les adaptations indiquées dans la présente sous-section. (...) »

capital de la CoopSA sont des *actionnaires*. Il en faut au moins un associé pour la constitution de la CoopSA. Si la CoopSA ne peut être constituée sans un écrit, il n'est toutefois point exigé d'acte notarié, un *écrit* privé étant suffisant (art. 137-3 L1915)<sup>1</sup>. Les statuts de la CoopSA sont publiés dans leur intégralité au *Mémorial*.

**[749] Organes.** — Les organes de la CoopSA sont ceux de la SA et non pas ceux de la coopérative. La CoopSA aura donc un conseil d'administration (v. n° [889]) et un commissaire (v. n° [1007]). Par ailleurs, l'assemblée générale de la CoopSA fonctionne d'après les règles de la SA (v. n° [990]) et non pas de la coopérative.

**[750] Capital social.** — Il n'existe pas de *capital social minimum* légal dans la CoopSA, mais les statuts doivent prévoir un montant minimum en dessous duquel le capital social ne pourra jamais tomber. Le montant minimum de capital social, s'il doit certes être intégralement souscrit à la constitution de la CoopSA, peut toutefois faire l'objet d'une *libération* différée (art. 137-4 (2) L1915)<sup>2</sup>. Les *apports en nature* ne doivent pas faire l'objet non plus d'un rapport du réviseur d'entreprises (idem). L'objectif de la CoopSA étant de permettre une entrée et sortie facilitée des actionnaires, le *principe de fixité du capital social* ne s'applique pas, de sorte que le capital social pourra librement augmenter et diminuer (jusqu'à hauteur du minimum statutaire) en raison des entrées et sorties des actionnaires. Pour les mêmes raisons, les règles protectrices des intérêts des créanciers sociaux en matière de réduction

de capital dans les sociétés anonymes et de rachat d'actions propres ne s'appliquent pas aux CoopSA.

Une très grande liberté existe également quant à la composition des fonds propres de la société. C'est ainsi que les statuts détermineront librement :

- le *nombre* et la *valeur nominale* des différentes catégories d'actions;
- les actions auront en principe le *droit de vote*, bien que les statuts puissent prévoir l'émission d'actions sans droit de vote ;
- les actions sont nécessairement *nominatives* ou *dématérialisées* (art. 137-4 (6) L1915)<sup>3</sup>. Le *registre des actionnaires nominatifs* fonctionnera d'après les règles plus souples applicables aux coopératives, et non pas d'après celles gouvernant les sociétés anonymes. Elles permettent notamment de constater la qualité d'actionnaire par tous les moyens de preuve du droit commercial, et non pas seulement par l'apposition de la signature de l'associé dans le registre des actionnaires ;
- les statuts pourront prévoir l'émission de *titres non représentatifs du capital social* (parts bénéficiaires, etc. ; v. n° [985] et s.) dont ils détermineront librement les droits et obligations<sup>4</sup>. Les titres non représentatifs du capital social pourront prendre la forme nominative ou être au porteur ;
- les actions seront émises à la valeur nominale ou avec une *prime d'émission* (v. n° [1034]). Dans ce dernier cas, contrairement à ce qui se passe dans la société anonyme, la prime ne doit pas être immédiatement versée dans son intégralité. Les statuts pourront de même prévoir un système de *droits pré-*

<sup>1</sup> Art. 137-3 L1915 : « L'article 4, alinéa 2, ne s'applique pas à la société coopérative organisée comme une société anonyme ».

<sup>2</sup> Art. 137-4 (2) L1915 : « L'article 26, paragraphes (1) 2), 3) et 4) et (2) ne s'applique pas à la société coopérative organisée comme une société anonyme. La constitution d'une société coopérative organisée comme une société anonyme requiert, outre ce qui est mentionné à l'article 26 (1) 1), la souscription immédiate du fonds social indiqué à l'acte de société ».

<sup>3</sup> Art. 137-4 (6) L1915 : « A l'article 37, paragraphe (1), alinéa 1, les actions mentionnées sont uniquement nominatives ou dématérialisées pour la société coopérative organisée comme une société anonyme ».

<sup>4</sup> Art. 137-4 (6) L1915 : « A l'article 37, paragraphe (1), alinéa 2, les parts bénéficiaires mentionnées peuvent être nominatives au porteur ou dématérialisées pour la société coopérative organisée comme une société anonyme ».

*férentiels de souscription* (v. n° [1030]), sans que, cependant, les contraintes applicables aux sociétés anonymes ne doivent être respectées ;

- l'*émission publique d'actions* est possible dans la CoopSA, avec pour seul encadrement réglementaire la nécessité de respecter les dispositions en matière d'offre publique d'actions (loi Prospectus du 10 juill. 2005).

**[751] Comptes sociaux et distribution de dividendes.** — La CoopSA étant une « société », elle aura vocation à réaliser des bénéfices en vue de leur distribution aux actionnaires. Les règles détaillées existant en la matière pour les sociétés anonymes ne sont pas applicables :

- les statuts peuvent prévoir le principe de la libre distribuabilité des dividendes suite à l'approbation des comptes sociaux (les « *dividendes annuels* »), avec pour seule limite l'interdiction pénale de la distribution des dividendes fictifs (art. 167 L1915 ; v. n° [282]) ;
- en revanche, la CoopSA ne pourra pas verser de *dividendes intérimaires* (v. n° 0), ce qui est regrettable au regard de l'objectif affiché de flexibilité (art. 137- 4 (16) L1915)<sup>1</sup>.

La distribution de dividendes exige donc l'établissement préalable de comptes sociaux. Là aussi, le législateur a choisi la voie de la flexibilité, en excluant l'application des règles applicables aux sociétés anonymes ainsi que l'obligation d'établir des comptes consolidés. La CoopSA peut donc se contenter de respecter les exigences ultra-réduites (et vétustes) de l'article 72 L1915 imposant aux organes de gestion d'établir un inventaire indiquant, outre les valeurs mobilières et immobilières, les « dettes actives et passives ».

**[752] Entrée et sortie des actionnaires.** — Les entrées, retraits et exclusions des actionnaires se font

<sup>1</sup> Art. 137- 4 (16) L1915 : « Les articles 72-1 à 72-4 ne s'appliquent pas à la société coopérative organisée comme une société anonyme ».

uniquement d'après les règles fixées dans les statuts, en tenant toutefois compte des restrictions suivantes :

- il ne peut y avoir de retrait et d'exclusion des actionnaires que sous le respect du *capital social minimum* fixé dans les statuts. Dans le cadre de cette limite, le droit de retrait s'exerce à tout moment de l'exercice social ;
- les actions sont *incessibles aux tiers*.

La sortie des actionnaires se fera dès lors normalement par le rachat de ses actions par la CoopSA. Ce rachat entraînera, certes, une *réduction de capital* de la CoopSA ; mais comme il s'agit d'une opération en principe tout à fait courante pour ce type de société, il n'y a pas lieu d'exiger la réunion d'une assemblée des actionnaires pour statuer en ce sens. La CoopSA est en effet une société à capital variable permettant au capital social de fluctuer vers le haut comme vers le bas, au gré des entrées et des retraits totaux ou partiels des actionnaires.

### Section 3. La société coopérative européenne (« SCE »)

On pourra être bref, en raison de l'intérêt tout à fait limité de la SCE pour les acteurs au Luxembourg.

#### § 1. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA SCE

**[753] Origine de la SCE : le droit communautaire.**

— La société coopérative européenne trouve son fondement dans le Règlement européen (CE) n°1435/2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE), adopté le 22 juillet 2003 par le Conseil des Ministres de l'Union européenne. Ce Règlement est le fruit d'un long processus, initié à la suite de l'introduction de la société (anonyme) européenne (SE).

Au départ, l'initiative de la Commission comportait trois volets proposant un statut pour une Société coopérative européenne, une Association européenne et une Société mutuelle européenne. L'initiative de la

Commission voulait offrir une réponse non capitaliste aux travaux en cours sur la Société européenne (SE). Si la Commission est d'abord partie du principe que ces trois entités juridiques devaient être adoptées ensemble, elle a abandonné cette piste quelque temps plus tard pour ne plus se concentrer que sur celle de la SCE. À cet égard, on a largement bénéficié de l'impulsion donnée par l'adoption de la SE.

Le texte a été implémenté en droit luxembourgeois par l'insertion dans la loi de 1915 d'une section VI, commençant avec l'article 137-11<sup>1</sup>. Tout comme pour la SE, le législateur européen a opté pour une dénomination qui transcende les différentes langues de l'Union et s'est tourné vers le latin, d'où l'appellation SCE ou, en toutes lettres, *societa cooperativa europea* donnée à ce type de société.

Le règlement est d'application dans tous les États membres de l'Union européenne ainsi que dans les trois pays qui, avec l'Union européenne, font partie de l'Espace économique européen (EEE), à savoir la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

**[754] But de la SCE.** — A l'instar de la SE, la SCE se présente comme la solution juridique à la réorganisation interne de sociétés dont les activités dépassent les frontières. Auparavant, ces sociétés étaient tenues de mener leurs activités via un ensemble d'entités juridiques nationales soumises à des régimes juridiques différents. Avec la SCE, il est désormais possible d'agir sur tout le territoire de l'EEE sous la forme d'un seul type de société, régie par un jeu de règles uniques et dotée d'une structure d'administration et d'un système de rapport uniques.

Sur le plan juridique, la SCE permet la fusion, par-delà les frontières, et le transfert du siège d'un État membre dans un autre en conservant la personnalité juridique ainsi qu'une organisation juridique simplifiée. Comme les coopératives sont avant tout des groupements de personnes physiques ou morales qui obéissent à des principes de fonctionnement particu-

liers, différents de ceux des autres opérateurs économiques (notamment le principe de la structure et du contrôle démocratique et de la distribution équitable des bénéfices nets de l'exercice), le législateur européen a estimé nécessaire de créer une personne morale européenne distincte.

## § 2. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA SCE

**[755] La variante transnationale de la société coopérative domestique.** — La SCE est une société coopérative européenne qui tire directement sa personnalité juridique du Règlement 1435/2003. Elle présente à cet égard toutes les caractéristiques d'une société coopérative. Ainsi, son *capital* souscrit est divisé en parts. Le nombre de ses *membres* et, par conséquent, son capital sont variables, le règlement précisant par ailleurs que, sauf dispositions contraires des statuts de la SCE au moment de sa constitution, les membres ne s'engagent qu'à concurrence du capital qu'ils ont souscrit.

La SCE a pour *objet* principal la satisfaction des besoins et le développement des activités économiques ou sociales de ses membres, notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la SCE exerce ou fait exercer. Cette définition des objectifs reflète très bien le segment économique dans lequel la SCE est appelée à fonctionner, à savoir l'*économie sociale* régie notamment par les principes suivants : primauté des personnes et du travail sur le capital dans la répartition des revenus ; finalité de service aux membres ou à la collectivité plutôt que de profit ; processus de décision démocratique et autonomie de gestion. Une SCE peut également exercer ses activités par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales. Le Règlement 1435/2003 prévoit que, sauf dispositions contraires de ses statuts, la SCE ne peut admettre des non-membres au bénéfice de ses activités ou permettre à ceux-ci de participer à ses opérations.

<sup>1</sup> Loi du 19 mars 2014, Mém. A n° 39, p. 482.



## CHAPITRE 5 LA SOCIÉTÉ SANS PERSONNALITÉ MORALE<sup>1</sup>

[756] **Présentation.** — La société sans personnalité morale est une anomalie du droit des sociétés, le législateur ayant porté soin d'attribuer l'existence juridique autonome à la quasi-totalité des groupements commerciaux. Si la société sans personnalité morale constitue donc l'exception, elle ne se situe cependant pas nécessairement aux confins du droit des sociétés. Le législateur, principalement pour des raisons de souplesse et de discrétion, a en effet prévu un cadre juridique spécifique à certains groupements de personnes désireux d'exercer leurs activités autrement que dans le cadre d'une personnalité morale : c'est l'hypothèse de la société commerciale momentanée et en participation (section 1)<sup>2</sup>. Mais il existe une deuxième série d'hypothèses où la personnalité morale est refusée au groupement d'affaires, soit pour sanctionner le non-respect de certaines règles juridiques de sociétés effectivement constituées, soit pour bien marquer qu'une société existe à l'insu des participants : c'est l'hypothèse de la société de fait (section 2).

<sup>1</sup> TILQUIN, SIMONART, *Traité des sociétés*, T. 2, Les sociétés sans personnalité morale, Bruxelles, 1997 ; DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, th. 2 vol., Paris, 2006.

<sup>2</sup> La société en commandite simple spéciale, en raison de sa paternité avec la société en commandite simple classique, est traitée ensemble avec celle-ci (v. n° [717]).

### Section 1. Sociétés momentanées et en participation<sup>3</sup>

La loi sur les sociétés commerciales connaît deux types de sociétés n'ayant pas la personnalité juridique : la « société commerciale momentanée » et la société commerciale en participation. La première est connue du public bien qu'elle ne soit qu'éphémère. La seconde est occulte mais souvent durable. Nous verrons d'abord leurs caractéristiques communes (§ 1), avant d'aborder les points spécifiques à chacune d'entre elles (§ 2).

#### § 1. CARACTÉRISTIQUES COMMUNES

La caractéristique essentielle de l'absence de personnalité morale est que ces sociétés n'ont pas d'organe de gestion sociale. S'agissant de sociétés non immatriculées au RCS, des doutes peuvent parfois surgir en ce qui concerne l'existence même de la société.

#### A. GÉNÉRALITÉS

[757] **Nature juridique et caractéristiques.** — Dès 1807, le Code de commerce, qui avait reconnu trois espèces de sociétés commerciales (la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme), précisait qu'indépendamment de ces trois espèces, « la loi reconnaît les associations commerciales en participation » (ancien art. 47). Les articles 47 et 48 en précisait le régime, en les définissant comme étant celles relatives « à une ou plusieurs opérations de commerce ». Ces articles ont été transférés ailleurs en 1915 (articles 138 à 140 L1915), sans que les principes essentiels régissant la matière aient été changés. Le législateur luxembourgeois, s'inspirant du droit belge,

<sup>3</sup> DE PELSMAEKER, *Des associations en participation et des syndicats financiers*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1926 ; SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, 1990 ; DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – Contribution à la théorie de la personnalité morale*, Paris, 2006 ; VIERLING-KOVAR, *Le contrat de société en participation*, th. Strasbourg, 2013.

décida néanmoins de saisir cette occasion pour lever un doute concernant les sociétés sans personnalité morale et effectuant le commerce de manière répétée, en les autorisant de manière expresse sous le nom de société en participation (« association en participation » dans la terminologie d'antan, art. 139 L1915). On pouvait hésiter en effet sur la question de savoir si la société en participation s'inscrivant dans la durée était interdite ou simplement réglée, dans le silence du Code de commerce, par le droit commun.

La précision législative avait été rendue nécessaire par le *flottement jurisprudentiel* français ayant résulté du Code de commerce. On admettait en effet généralement en France que la société en participation se distinguait de la société en nom collectif en raison du fait qu'elle n'existait que pour effectuer certaines opérations déterminées. Ceux qui soutenaient cette thèse s'appuyaient sur la lettre de l'ancien article 48 qui déclarait : « ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce » ; le caractère momentané semblait donc bien caractériser l'association. Mais, sous l'influence de TROPLONG<sup>1</sup>, la jurisprudence française commença graduellement à accepter la possibilité pour les associations en participation de se constituer non seulement pour des opérations isolées, mais également pour des opérations répétitives. La loi de 1915 a consacré cette idée en distinguant les « associations momentanées », à vocation éphémère, des « associations en participation » qui s'inscrivent dans la durée.

Les sociétés momentanées et en participation sont nombreuses et jouent un grand rôle dans la vie commerciale. On en rencontre aussi bien dans les affaires modestes, constituées pour une opération donnée, que dans les rapports de très grandes sociétés, qui s'unissent entre elles par ce moyen en vue de s'apporter une aide réciproque et de partager les bénéfices qu'elles retirent de leur entente. On les rencontre ainsi dans les collaborations interentreprises, les coopérations, les concentrations, les ententes, les pools, les syndications, c.-à-d. à chaque fois que des entreprises différentes et parfois concurrentes trouvent avantage à faire un bout de chemin ensemble pour la réalisation en commun d'un nombre limité d'opérations.

<sup>1</sup> TROPLONG, *Commentaires du contrat de société en matière civile et commerciale*, Bruxelles, 1843, n° 497.

[758] **Constitution et preuve.** — La constitution d'une pareille société ne connaît *aucune règle particulière de forme, ni de fond* autre que celles requises pour toute société en général (apports, ...). En codifiant une société qui a, en outre, l'avantage de n'être soumise à aucune règle de publicité, la loi facilite ainsi la réalisation d'opérations commerciales qui ont besoin de *souplesse*, de *rapidité* et sans doute très souvent également de *discretion*. Il suffit que les parties obéissent aux prescriptions générales concernant la validité des conventions (n° [67] et s.) et plus spécialement des sociétés (respect de l'article 1855 C.civ. par exemple ; v. n° [80] et s.). L'article 13 L1915 précise qu'elles ne sont « pas sujettes aux formalités de publicité prescrites pour les autres sociétés ». Elles ne sont pas non plus immatriculées au RCS.

Les associés s'occupant de la gestion de la société, tous les associés dans la société momentanée ainsi que le gérant dans la société en participation doivent avoir la capacité d'accomplir des activités commerciales et, par conséquent, avoir le *statut de commerçant*. On peut hésiter sur la question de savoir si l'*associé occulte dans la société en participation* doit lui aussi être *commerçant*. Comme il n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis des tiers, le gérant agissant seul, son obligation au passif social n'existe que dans les rapports entre associés. Il doit donc avoir la capacité juridique de faire des actes de disposition, mais cela ne requiert pas pour autant le statut de commerçant, seul le gérant de la société en participation ayant le statut de commerçant.

La *preuve du contrat* est libre, comme elle l'est en général pour les contrats commerciaux (art. 13 L1915 : « Elles se constatent par les modes de preuve admis en matière commerciale »). En fait, un écrit est généralement préparé, mais la preuve testimoniale peut le suppléer et doit souvent le faire, parce que l'écrit est inexistant ou mal rédigé.

[759] **Absence de dénomination sociale.** — Les sociétés momentanées et en participation agissent toujours sans dénomination sociale. Avant la réforme législative de 2016, la loi l'exigeait très clairement pour les seules sociétés momentanées (art. 138 L1915), les



associés traitant directement avec les tiers, sous peine de voir la société requalifiée en société en nom collectif (irrégulière pour défaut d'acte notarié)<sup>1</sup>. Mais il doit en aller de même de la société en participation ; elle aussi doit agir sans raison sociale. Autrement, en effet, d'occulte elle deviendrait ostensible et publique et on ne saurait plus la distinguer de la société en nom collectif (irrégulière). L'emploi d'une dénomination sociale est incompatible avec l'essence de la société en participation<sup>2</sup>.

Cette règle est cependant interprétée avec souplesse en présence de sociétés momentanées. Il est ainsi admis que la société puisse faire usage des noms des associés à condition seulement qu'elle mentionne expressément qu'il s'agit d'une société momentanée.

**[760] Fonctionnement de la société dans les rapports entre associés.** — Il n'y a pas de patrimoine social, faute de personnalité morale de la société. Cependant, les associés ont dû faire des apports, sans quoi l'un des éléments fondamentaux de la société manquerait. Les *apports en numéraire* donnent lieu à des versements de fonds entre les mains du gérant ou, par un procédé bancaire quelconque, à la mise de ces fonds à la disposition du gérant. Les *apports en nature* consistent dans la mise des biens, qui en font l'objet, à la disposition de la société ; il n'y a pas transfert de propriété mais seulement transfert d'usage. La société n'ayant pas la personnalité juridique, les obligations d'apport ne le sont pas à l'égard de la société mais vis-à-vis des coassociés. Aussi, l'inexécution des obligations nées du contrat de société ne pourra être invoquée que par eux. Les *biens en nature* restant la propriété juridique de l'associé apporteur, celui-ci reprendra normalement le bien à la dissolution de la société. Mais il ne s'agit là que d'une règle de raison applicable à titre supplétif. Rien n'interdit que le contrat de société ne prévoie que les biens apportés deviennent la *propriété*

*indivise* des associés.

Les *benefices* sont répartis librement (art. 140 L1915 : « aux conditions convenues entre eux ») et ont pour seule limite le respect des dispositions d'ordre public (v. n° [10]). Si le contrat de société est muet sur le mode de répartition des bénéfices et des pertes, la répartition est proportionnelle à la valeur des apports. Si chacun des associés ne s'engage qu'à effectuer un *apport en industrie*, p.ex. en présence d'une société momentanée d'architectes, la répartition des bénéfices et des pertes se fait par parts égales<sup>3</sup>.

Les associés, sans forme sacramentelle, se réunissent pour délibérer sur leur affectation. Il n'y a pas de *réserve légale* à constituer. Lorsque la société est conclue pour une affaire donnée, la répartition des bénéfices attend et accompagne la dissolution de la société.

Les sociétés momentanées comme en participation sont non seulement conclues *intuitu personae*, mais il découle de leur nature même (pas de personnalité morale) qu'elles ne peuvent émettre de *titres négociables* au profit des associés.

**[761] Fonctionnement de la société dans les rapports avec les tiers.** — Les associés désignent généralement l'un d'entre eux comme *gérant* de leur société. Mais cette désignation n'est pas obligatoire dans toutes les hypothèses.

Dans la *société en participation*, il existe nécessairement un gérant, car dans ce type de société une personne agira vis-à-vis des tiers en son nom personnel, comme si l'affaire qu'il traitait était exclusivement la sienne. Il est ainsi conduit à prendre des engagements qu'il répercutera dans ses rapports avec ses associés. La mesure dans laquelle il peut les engager dépend de leurs conventions, des pouvoirs qui lui ont été expressément conférés ou que la nature de la société commandait. La répartition entre eux du poids de ces engagements dépend de leur pacte social. Mais ces

<sup>1</sup> SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles 1990, n° 28.

<sup>2</sup> VAN RYN, n° 451.

<sup>3</sup> Cour 23 janv. 2001, n° 23 581 ; cité par FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, pp. 543 et s. (587).

arrangements entre associés, par définition inconnus des tiers, ne leur sont pas opposables non plus (v. n° [770]).

Ce n'est que dans la *société momentanée* que la question du gérant se posera véritablement. Parfois, la société momentanée sera dotée d'un gérant, afin de rendre sa gestion plus souple. Dans ce cas, le gérant pourra agir envers les tiers en qualité de mandataire des associés, en indiquant cependant qu'il agit pour compte de la société, donc pour compte de chacun des associés. Faute d'être un sujet de droit, la société momentanée ne peut évidemment être partie, en tant que telle, à un contrat. Chaque associé contracte donc en son nom personnel par le truchement du gérant. Lorsque la société momentanée est dépourvue d'un gérant, chaque associé disposera d'un mandat tacite limité cependant aux actes d'administration (art. 1859 et 1988 C.civ.). Pour les actes dépassant les actes d'administration, tous les associés devront intervenir (v. n° [768]).

#### B. UNE VÉRITABLE SOCIÉTÉ DÉNUÉE CEPENDANT DE LA PERSONNALITÉ MORALE

La société momentanée comme en participation se présente comme un véritable contrat de société. Ce contrat de société ne donne pas naissance à une personne morale. Nous allons examiner chacune de ces deux propositions.

[762] **Une véritable société.** — Les éléments caractéristiques du contrat de société se retrouvent en ce qui concerne la convention qui donne naissance à la société. En effet, d'une part, les parties au contrat s'engagent à effectuer certains *apports* en vue d'une exploitation commune (apports en numéraire, en nature ou en industrie). D'autre part, elles s'engagent à *participer à la vie sociale* dans un esprit égalitaire, ce qui implique la participation de chacune d'entre elles aux bénéfices et aux pertes dans une certaine mesure (la prohibition des *clauses léonines* se retrouvant dans le cadre de ces sociétés) et la participation de chacune

d'entre elles à la gestion de la société ou, du moins, au contrôle de cette gestion.

C'est ce *droit de contrôler la marche des affaires sociales*, on l'a déjà mentionné précédemment (v. n° [43] et s.), qui permet de tracer une ligne de démarcation entre le contrat de société et les autres contrats qui prévoient une participation aux bénéfices. Cette directive, valable pour toutes les sociétés commerciales, est particulièrement utile pour dissocier le contrat de société en participation avec le *contrat de travail* avec participation aux bénéfices ou avec le *contrat de prêt* avec participation aux bénéfices. Si la personne qui s'oblige à fournir un travail ou des fonds a un droit de décision quant à l'utilisation de ce travail ou de ces fonds, et plus généralement quant à la gestion sociale, le contrat doit être compris comme un contrat de société (en participation), et cette personne doit être considérée comme un associé qui effectue un apport en industrie ou en numéraire. Dans le cas contraire, le contrat est un contrat de travail ou de prêt, avec participation aux bénéfices, et le cocontractant est un salarié ou un prêteur (et non un associé en participation).

Le contrat qui est à l'origine de la société en participation est donc un véritable contrat de société. Quant au fond, ce contrat obéit aux règles déjà signalées pour toutes les sociétés, notamment aux exigences concernant la capacité de s'obliger, le consentement sain, l'objet et la cause licites. Il faut relever cependant, à cet égard, que les associés non gérants n'ont pas à avoir la capacité d'exercer le commerce, même dans le cas où ils s'engagent sur tout leur patrimoine. En effet, cela sera précisé plus loin (v. n° [770]), les associés de la société en participation n'apparaissent pas aux yeux des tiers et n'exercent donc pas, vis-à-vis d'eux, une activité commerciale. Ce n'est pas la limitation de la responsabilité dans l'exercice du commerce, mais le défaut de publicité de l'exercice du commerce qui fait obstacle à l'acquisition de la *qualité de commerçant*. Dans les rapports avec les tiers, seul le gérant (associé ou tierce personne) a une existence et exerce une entreprise commerciale. Lui seul est donc un commerçant. Par la suite, seul le gérant doit avoir la capacité spéciale

requis pour l'exercice du commerce. Comme dans la société momentanée, tous les associés sont gérants, ils doivent tous avoir la qualité de commerçant.

Entre eux, les associés règlent librement l'organisation de la société. Dans le silence du contrat de société, on appliquera la *règle de l'unanimité* comme pour toutes les sociétés de personnes.

**[763] Conséquences de l'absence de la personnalité juridique.** — Les sociétés momentanées ou en participation n'ont pas de personnalité juridique propre. Il en résulte plusieurs conséquences, telles l'inexistence d'un siège social et d'un patrimoine social, l'incapacité d'agir en justice<sup>1</sup>, l'obligation d'assigner en justice directement et individuellement chacun des associés de la société en participation (art. 155 L1915 : « les associés momentanés seront assignés directement et individuellement ») ; l'inexistence de créanciers et de débiteurs propres et l'inapplicabilité des règles de la faillite.

La société ne formant pas une personne juridique nouvelle, elle n'aura pas de *siège social*. Cela ne pose évidemment pas de problèmes pour la société en participation, car les tiers ne connaissent de toute façon que le gérant. L'action contre la société sera dès lors évidemment dirigée au lieu de son domicile (ici le siège social). Comme il n'y a pas de gérant dans la société momentanée, les tiers devront assigner individuellement chacun des associés au lieu de leur domicile (art. 28 NCPC). La situation sera seulement différente si la société a décidé dans le contrat de société d'élire domicile auprès d'une personne déterminée. Les tiers pourront dans ce cas, sans y être tenus (ils sont en effet étrangers à ce contrat qui ne leur est donc pas opposable), assigner les associés auprès du domicile élu.

**[764] Conséquences au niveau des apports.** — Parmi les différents aspects entourant l'absence de personnalité juridique, l'*inexistence du patrimoine social* est le plus intéressant. En droit luxembourgeois, en effet, le patrimoine est indissociable de la personnalité physique ou morale dont il constitue la projection sur le plan des intérêts patrimoniaux (v. n° [194]). Les sociétés commerciales, autres que la société en participation comme momentanée, ayant la personnalité

morale, ont, par là même, un patrimoine distinct de celui de leurs associés. Et, inversement, nous l'avons vu, c'est parce que les textes ont admis l'existence d'un patrimoine social distinct du patrimoine des associés que la personnalité morale leur a été reconnue. C'est bien pour distinguer ce type particulier de groupement d'affaires des sociétés ordinaires disposant de la personnalité morale que le législateur s'est résigné à les appeler « associations ».

Les « associations », étant exceptionnellement privées de la personnalité morale, n'ont pas de patrimoine propre. Les apports (ils doivent bien exister puisque, autrement, un des éléments essentiels du contrat de société ferait défaut) effectués par les associés ne font donc pas partie du patrimoine social, faute de personnalité morale de la société. Ceci a d'importantes conséquences :

- dans les *rapports entre associés*, les associés sont copropriétaires des biens apportés à la société et codébiteurs des dettes sociales. Le gérant devant agir dans les limites posées par le contrat de société, les dépassements de pouvoirs n'engageront pas les associés dans l'ordre interne. Les biens apportés par les associés ne rentrant pas dans un patrimoine distinct (celui de la société), constituent de ce fait une *indivision*. Mais cette indivision, contrairement à celle du Code civil, est voulue et organisée (par la convention des parties).
- dans les *rapports avec les tiers*, du fait de l'absence de transfert de propriété juridique, il n'y a eu qu'un transfert d'usage. Les apports des associés ne tombent donc pas dans le patrimoine social mais restent propres à chacun. Cette règle, qui normalement devrait valoir dans les deux types de sociétés sans personnalité morale, n'est toutefois pas toujours respectée dans la société en participation. Celle-ci agissant par son gérant, celui-ci fera souvent figurer les biens ainsi apportés au bilan de son entreprise. Dans ce cas, les biens apportés à la société en participation constituent, concurremment avec les biens personnels du gérant, le gage commun des créanciers sociaux et des créanciers per-

<sup>1</sup> Cour 8 nov. 1989, n° 8852 et 8995.

sonnels du gérant.

Exemple : A et B conviennent d'une société en participation: A agirait en son nom personnel dans le cadre de son commerce existant, tout en s'adjoignant B en tant qu'associé occulte. B participerait à la société en participation en faisant un apport de 100.

La société en participation étant occulte, A ne fera pas figurer B comme associé dans son bilan mais l'indiquera comme un simple créancier social (en contrepartie des 100 se trouvant à l'actif du bilan de son commerce). Les 100 apportés par B font partie du gage des créanciers de A. L'argent étant un bien fongible au sens du Code civil, il devient de toute façon la propriété du gérant.

**[765] Droit fiscal.** — La société en participation n'a pas non plus la personnalité fiscale. Il en découle que chacun des associés est imposable sur sa quote-part de bénéfices commerciaux, comme s'il encaissait directement lui-même les revenus en question (*transparence fiscale*). Cela n'empêche pas l'établissement en commun du bénéfice au niveau de la société en participation. Le « bulletin d'établissement en commun » indiquera le revenu global de la société ainsi que la quote-part de bénéfice revenant à chacun des associés. Le montant ainsi déterminé sera repris dans le bulletin d'imposition de chaque associé. En cas de désaccord avec le montant en question, l'associé devra réclamer contre le bulletin d'établissement, et non pas contre son bulletin d'imposition personnel.

Exemple : X convient avec le commerçant G de s'associer à son entreprise que G continuera à exercer en son nom personnel. Du bénéfice comptable de G de 100, un montant de 30 revient à X. X dispose d'autres revenus de 200.

Le bulletin d'établissement renseignera un montant de 100, tout en indiquant qu'il est attribuable à hauteur de 70 à G et de 30 à X. X sera imposable sur sa quote-part de bénéfice commun de la société en participation ainsi que sur ses revenus propres additionnels, soit pour un montant de 230 (= 200 + 30).

La société n'ayant pas la personnalité juridique, les transferts de biens entre les associés et la société en participation ne subiront pas de *droits d'enregistrement*, car il n'y a pas de transfert de propriété juridique mais simple transfert d'usage.

**[766] Dissolution.** — La société momentanée comme celle en participation sont conclues *intuitu personae* et

se dissolvent par la mort ou la faillite d'un associé, ou par la révocation unilatérale si la société a été conclue pour une durée indéterminée. Cependant, les associés peuvent convenir que la société continuera entre les survivants et les héritiers en cas de décès de l'un d'eux. Cette clause est valable si, du moins, le décès ne fait pas disparaître l'apport de l'associé ; dans le cas d'un apport en industrie, il n'est pas possible de prévoir la continuation avec les héritiers de l'apporteur.

Les deux sociétés n'ayant pas la personnalité morale et les biens apportés n'ayant de ce fait pas fait l'objet d'un transfert de propriété, les associés récupèrent normalement leurs apports respectifs à la dissolution de la société. Pour le reste, les règles en matière de dissolution de sociétés sont applicables (art. 1853 et 1855 C.civ. ; v. n° [626] et s.)<sup>1</sup>.

Les créanciers du gérant ne peuvent demander la dissolution de la société que par la voie de l'action oblique. Cependant, si la révélation aux tiers tient à des faits postérieurs à la dissolution, on peut dire qu'une société en participation restée occulte jusqu'à sa dissolution a été suivie d'une société de fait (v. n° [772]).

## § 2. SOCIÉTÉ MOMENTANÉE<sup>2</sup>

**[767] Définition et traits caractéristiques.** — L'article 138 L1915 définit la société momentanée (« *association momentanée* » dans la terminologie d'antan) comme étant « celle qui a pour objet de traiter une ou plusieurs opérations de commerce déterminées ». La société momentanée se rencontre fréquemment dans la *construction immobilière*, deux ou plu-

<sup>1</sup> Cour 23 fév. 2011, n° 34 705, *Bull. Barreau* n° 5/2011, p. 76

<sup>2</sup> FLOOR, *La société momentanée*, Bruxelles, 2002 ; SERLOOTEN, *Société en participation et société créée de fait*, GLN-Joly éd. Paris, 1996 ; SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, 1990 ; TRIVAUDEY/BURBI, *L'association momentanée luxembourgeoise : une société commerciale « éphémère » en vue de la réalisation d'opérations en commun*, *ACE* n° 3, 2007, p. 3.

sieurs entreprises de construction convenant de l'exécution d'un marché de travaux déterminé. Si la société momentanée est, en règle générale, commerciale, le législateur employant lui-même le terme d'« opérations de commerce », il ne faut pas prendre cette définition législative à la lettre, la société momentanée étant tout à fait possible pour la réalisation d'*opérations civiles* (p.ex. : deux bureaux d'architectes soumissionnant ensemble pour un projet). Outre le fait qu'elle n'emploie pas de *dénomination sociale*, la société momentanée est caractérisée par la brièveté de son existence. La société momentanée ne s'inscrit pas dans la *durée* et ne peut servir à l'exploitation régulière d'un commerce, sous peine, de nouveau, de permettre aux tiers de présumer de l'existence d'une société en nom collectif (irrégulière)<sup>1</sup>.

**[768]Rapports avec les tiers.** — La loi fournit la solution en son article 138 al. 2 L1915 : « les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec lesquels ils ont traité ». Cette solution n'est pas étonnante, puisque le droit commercial confère, en règle générale, la solidarité à ceux agissant conjointement. De ce fait, chaque associé pourra actionner individuellement. Il pourra de même être poursuivi individuellement, et éventuellement seul, au paiement des dettes sociales. Pour arriver à ce résultat, les créanciers sociaux n'auront pas besoin d'obtenir la condamnation préalable de la société. C'est ce que confirme l'art. 155 L1915 : « les associés momentanés seront assignés directement et individuellement ».

Mais bien évidemment, comme le texte de l'art. 138 L1915 le dit lui-même, la solidarité n'existe qu'au regard des associés ayant effectivement traité avec les tiers, et uniquement pour les actes auxquels ils ont participé. Pour que l'action directe en responsabilité solidaire puisse aboutir, il faudra donc que l'associé ait contracté avec le tiers ou ait été représenté par le gérant dans ses rapports avec le tiers (v. n° [761]).

### § 3. SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

**[769]Définition.** — Le trait caractéristique de cette société est qu'elle est occulte ; elle *ne se révèle pas aux tiers*. D'où son nom de « société anonyme » dans l'ancien droit et de « *société interne* » en droit moderne belge. Elles ne développent normalement leurs effets que dans les rapports entre associés. En conséquence, elles n'ont à l'extérieur aucune vie sociale. D'où l'article 139 L1915 : « *la société en participation est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres personnes gèrent en leur nom propre* ». La restriction temporelle des sociétés momentanées ne se rencontre pas ici, la société en participation pouvant avoir un objet limité dans le temps ou s'inscrire dans la *durée*.

On rencontre souvent la société en participation dans des *montages financiers* où une personne, restant dans l'ombre, participe aux heurs et malheurs d'une entreprise exploitée par un gérant agissant en son nom personnel. Les *syndicats financiers*<sup>2</sup> ou *pools bancaires* constituent une autre application de la société en participation. La discrétion de la société en participation ne doit évidemment pas amener ses associés à penser que cette forme juridique pourrait constituer un instrument utile pour *contourner des prohibitions légales* : ce que la loi défend aux personnes de faire ouvertement, en s'associant dans l'une des formes juridiques ayant la personnalité morale, ne saurait devenir possible de manière détournée, occulte, dans le cadre de la société en participation (ex. : société en participation entre des avocats et des réviseurs d'entreprise).

**[770]Cas normal : la société est inconnue des tiers.** — Il faut distinguer deux situations : celle qui est normale, où le gérant n'a pas révélé en droit l'existence de la société, et celle qui est anormale, où cette révélation s'est produite. Il faut bien préciser : *révéler en droit*, parce que la *connaissance du fait* par les tiers n'a

<sup>1</sup> Lux. 31 janv. 1992, n° 40 303.

<sup>2</sup> TERRAY, L'octroi conjoint de crédit : syndicat et sous-participation, *JCP* éd. E 2002, n° 510.

aucune importance par elle-même. Ce qui compte, c'est que les tiers aient été incités à prendre en considération l'existence de la société et que l'attitude des participants ait confirmé cette croyance (p.ex. : en participant aux actes de gestion).

Normalement, les tiers ne connaissent que le gérant et ne traitent qu'avec lui. Le gérant, qui ne peut être qu'un associé, s'engage seul envers les créanciers sociaux (art. 139 L1915)<sup>1</sup> ; c'est à lui qu'ils s'adressent pour se faire payer, ce qui est normal, puisque les tiers ignorent tout de la société (celle-ci agissant sans dénomination sociale et les gérants agissant « en leur nom propre »). S'il y a plusieurs gérants, hypothèse plutôt rare en pratique, leur responsabilité vis-à-vis des tiers sera solidaire.

Mais, comme tout créancier quelconque, ils peuvent savoir que leur débiteur est lui-même créancier et agir à l'occasion contre les débiteurs de leur débiteur. C'est ce qu'ils font contre les associés de celui avec lequel ils ont traité, lorsqu'ils ont connaissance de la société en participation qui les lie. Si la société avait une personnalité morale, ces créanciers auraient les droits des créanciers sociaux ; ils auraient action directe sur les apports dus encore par les associés et primeraient sur les créanciers personnels de ceux-ci. Mais, comme il n'y a pas de personnalité morale, ces créanciers n'ont contre les associés qui doivent quelque chose à la société (c.-à-d., de leur point de vue, au gérant, leur cocontractant et débiteur) que les droits et actions d'un créancier contre les débiteurs de leur propre débiteur. Ils agiront donc par l'*action oblique* de l'article 1166 C.civ. et dans les conditions prévues par ledit texte<sup>2</sup>. C'est ce que confirme l'art. 155 al. 2 L1915 : « il n'y a entre les tiers et le participant, qui s'est tenu dans les termes d'une simple participation, aucune action directe ». Le tiers ne pourra donc, en principe, agir que

contre le gérant.

**[771] Cas exceptionnel : la société est révélée aux tiers.** — Il y a révélation aux tiers, lorsque les associés ont laissé croire qu'ils traitaient avec une société en nom collectif, ou lorsqu'un participant, qui aurait dû rester dans l'ombre, agit conjointement avec le gérant. L'usage extérieur d'une dénomination sociale aurait le même effet. En revanche, le simple fait pour le gérant de dire qu'il ne traite pas seul, mais qu'il a derrière lui un groupe important organisé en société en participation ne constitue qu'une indiscretion, sans effets sur les participants.

Lorsqu'il y a révélation, la société se transforme, vis-à-vis des tiers, en une *société en nom collectif irrégulière* (en raison du non-respect des formalités légales pour ce type de société) ou en une *société momentanée*, s'il ne s'agit que d'opérations isolées. Les créanciers, devenus créanciers sociaux, pourront obtenir paiement de ce qui leur revient sur le patrimoine social. Si cela ne suffit pas pour les désintéresser, les créanciers pourront encore agir directement contre les participants et mettre en jeu leur responsabilité illimitée, comme en toute société en nom collectif. Les tiers auront également la faculté, s'ils le préfèrent, d'ignorer la société et de tenir le gérant pour leur unique débiteur, sans limitation de responsabilité pour lui.

<sup>1</sup> Art. 139 L1915 : « Les gérants sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité »; Cour 26 févr. 1901, *Pas.* 5, p. 517.

<sup>2</sup> Cour 14 mars 1902, *Pas.* 6, p. 53.

## Section 2. Société de fait<sup>1</sup>

La société de fait est souvent confondue avec des sociétés voisines – société momentanée ; société annuelle ; société apparente – (§ 1). En raison des conséquences financières qu'elle est susceptible d'avoir pour les associés, ce sont souvent les tiers qui entendent l'invoquer contre les associés. Pour les mêmes raisons, les associés, convaincus, le cas échéant, de l'existence de la société de fait, essaient de la faire cesser (§ 2).

### § 1. DÉFINITION ET CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES

[772] **Définition.** — La société de fait, appelée « société créée de fait » en droit français, n'est pas définie dans les textes législatifs mais constitue une création prétoirienne. Elle caractérise les situations où des personnes n'ont certes pas consciemment voulu créer une société, mais où le comportement est celui de sociétaires<sup>2</sup>.

Exemples : a) Les concubins ou époux exploitant en commun un fonds de commerce. b) Les sociétés post-successorales relatives à la continuation par les héritiers de l'exploitation du défunt.

La société de fait existe comme société parce que toutes les conditions de fond requises à cet effet se trouvent réunies en fait, sans que, cependant, les parties aient eu l'intention formelle de donner naissance à une société. Cette définition a été à juste titre critiquée<sup>3</sup>, car on ne voit pas bien comment des associés

inconscients pourraient exister : on ne contracte en effet pas avec une société sans le savoir. En réalité, la société de fait ne naît pas de la *volonté des prétendus associés*, elle est seulement passivement induite de leur comportement. La société de fait étant rangée dans les sociétés, et les sociétés résultant nécessairement d'un accord de volontés, on présume habituellement la volonté des parties<sup>4</sup>. Mais cette *thèse de l'association inconsciente* n'est pas très convaincante. Il est préférable d'accepter l'inexistence d'un accord de volontés et de conclure au caractère sociétaire de la société de fait sur la base de la *théorie de l'apparence* : les juges se fondent sur l'apparence pour qualifier l'activité de « société de fait » dans un souci de protection des tiers.

Par définition, les associés n'ont pas conclu entre eux ni de contrat écrit, ni même oral<sup>5</sup>. C'est après coup que les tribunaux constatent l'existence de la société de fait, soit à l'occasion de litiges entre associés (p.ex. parce qu'une personne estime avoir droit à des bénéfices sociaux), soit en raison de demandes de la part des créanciers sociaux.

[773] **Régime juridique.** — L'existence de la société de fait suppose établies les *caractéristiques générales du contrat de société*<sup>6</sup> : apport, partage des bénéfices et des pertes, intention de collaborer ensemble. La distinction avec les contrats voisins (contrat de travail v. n° [43], prêt avec participation aux bénéfices v. n° [44], indivision v. n° [41], concubinage<sup>7</sup>) n'est pas toujours aisée. La *preuve* de l'existence de la société de fait peut être rapportée par tous moyens lorsque la société de fait supposée exerce une activité commerciale, et d'après les

<sup>1</sup> DELVAUX (B.), La société de fait en droit luxembourgeois, in : Travaux de l'Association Henri Capitant, 11/1957, p. 190 ; HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1926 ; TEMPLE, *Les sociétés de fait*, Paris, 1975 ; VACRATE, *La société créée de fait, essai de théorisation*, th., Paris, 2003 ; VAN OMMESLAGHE, Les sociétés de fait, *J.T.* 1957, p. 709.

<sup>2</sup> Cour 15 févr. 1984, n° 7547 ; Lux. 22 nov. 1990, R. n° 13 805 et 13 806 ; TILQUIN/SIMONART, t. 1<sup>er</sup>, n° 653 ; v. également la jurisprudence citée chez : PRŪM/HOSS, *Code des sociétés 2015*, Bruxelles, p. 256.

<sup>3</sup> VACRATE, *La société créée de fait, essai de théorisation*, th., Paris, 2004.

<sup>4</sup> HEMARD, *Traité des nullités de sociétés*, p. 193.

<sup>5</sup> TEMPLE, op.cit.

<sup>6</sup> Cour 20 mars 1991, n° 11451 ; Cour 15 juill. 2008, n° 33 173, *Bull. Barreau* 2008, p. 159 (l'exercice durant une période de 6 ans d'une activité commerciale sous le nom de A.-B X ne suffit pas si les éléments constitutifs du contrat de société ne sont pas réunis).

<sup>7</sup> Pour la délimitation entre le concubinage et la société de fait, v. FAYOT, *Droit des sociétés* (1997 – 2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, pp. 543 et s. (585 et s.).

règles du Code civil si son activité est civile.

La principale conséquence de l'activité commerciale exercée dans le cadre d'une société de fait est la *responsabilité solidaire et indéfinie* de tous ses membres (et non pas seulement de ceux ayant contracté avec le tiers), par application des règles du groupement d'affaires de droit commun, la société en nom collectif<sup>1</sup>. Il faut en effet faire rentrer tout groupement d'affaires dans l'un des cadres légaux prévus en droit (v. n° [663]).

Mais l'assimilation a ses limites. En effet, à la différence de la société en nom collectif, la société de fait ne bénéficie pas de la personnalité morale<sup>2</sup>. La société de fait n'ayant pas la personnalité juridique, elle ne pourra agir en justice en tant que demandeur (v. n° [212] et s.). Règle certes logique mais qui, appliquée strictement, causerait des difficultés aux créanciers sociaux, car ceux-ci devraient, du coup, assigner en justice chacun des associés personnellement. Aussi, afin d'éviter que la société de fait ne puisse prendre prétexte de l'inexistence de sa personnalité juridique pour se soustraire à ses dettes sociales, la jurisprudence permet que la société de fait soit assignée en la personne de ses représentants. La société de fait a donc la *capacité passive d'ester en justice*<sup>3</sup>.

Lorsque l'activité de la société de fait sera civile, la responsabilité des associés sera indéfinie, mais par parts égales seulement, comme dans la société civile<sup>4</sup>.

Exemple : a) La collaboration commune de deux personnes pour gérer l'épicerie du coin, avec partage des bénéfices et des pertes, chacun apportant sa force de travail, constitue une

<sup>1</sup> Lux. 22 nov. 1990, n° 13805 et 13806 ; PASSELCO, n° 5869.

<sup>2</sup> Cour 26 févr. 1901, *Pas.* 5, p. 517. ; Cour 20 mars 1991, R. n° 11 451 ; v. également CORBISIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139 (p. 170).

<sup>3</sup> Cour 7 juill. 1992, n° 13 925, *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* n° 83, 1993, p. 33 ; Cour 13 mai 1997, n° 17 938 ; Cour 13 mai 1997, n° 20 478.

<sup>4</sup> Lux. 6 déc. 1933, *Pas.* 13, p. 534.

société de fait. Comme la nature de la société est commerciale, c'est le régime de la société en nom collectif qui s'applique. Si la concubine se sépare par la suite de son ami épicier, elle aura le droit d'être dédommée. b) L'apport de deux parcelles de terre voisines, par deux personnes différentes, afin d'y ériger un immeuble en vue de sa mise en location, est également constitutif d'une société de fait. Mais comme l'activité de location est civile, ce seront les règles de responsabilité des sociétés civiles qui s'appliqueront. Si la personne mettant en valeur les deux parcelles de terre devient insolvable (factures du chantier impayées), les fournisseurs pourront se retourner vers l'autre associé suivant les règles applicables aux sociétés civiles.

**[774] Distinction avec la société momentanée.** — La société de fait a en commun avec la société momentanée qu'elles n'ont ni l'une ni l'autre la personnalité juridique. Elles sont également soumises au même régime juridique, sans que l'on ne puisse pour autant en inférer une identité de nature juridique. Pour le reste, les deux sociétés s'opposent nettement :

- la société momentanée a été voulue, alors que la société de fait est une société qui s'ignore mais dont on tire les conséquences juridiques qui s'imposent ;
- contrairement à la société de fait, qui doit exercer ses activités de manière durable et importante, la société momentanée ne peut effectuer que des *actes de commerce isolés*<sup>5</sup> ; lorsque plusieurs personnes conviennent de constituer une société momentanée, mais dont l'activité se prolonge dans le temps, elles sont réputées avoir constitué une société en nom collectif (et non pas une société de fait, car la société de fait n'est jamais voulue par les parties) ;
- la société momentanée est *régulière* et visée par la loi sur les sociétés commerciales, alors que la société de fait n'existe que pour en tirer des conséquences juridiques, soit au moment de la liquidation de la société, soit pour protéger les tiers.

**[775] Distinction avec la société annulée.** — La société de fait doit également être distinguée de la société nulle (la « société de fait » en droit français). La société nulle est une société ayant fait l'objet d'une

<sup>5</sup> Lux. 31 janv. 1992, n° 43/92.



décision d'annulation judiciaire (v. n° [146] et [152] et s.) :

- l'annulation des sociétés ne rétroagissant pas dans l'intérêt des tiers comme des associés, la société nulle a la *personnalité morale*. Elle a la personnalité morale non seulement tant que la décision judiciaire d'annulation n'a pas été prononcée, mais également par la suite, durant sa liquidation. Les règles générales de liquidation des sociétés s'appliquent en effet également aux sociétés annulées, qui gardent donc leur personnalité morale jusqu'au jour de la clôture de leur liquidation. La société annulée est donc une technique permettant de liquider une société de droit dont la nullité a été prononcée par le tribunal. En revanche, il ne saurait être question d'accorder, en quelque sorte à titre posthume, la personnalité juridique à la société de fait, le tribunal n'intervenant dans les sociétés de fait que pour constater leur existence (et constater les droits du requérant) ;
- la société annulée fonctionne, jusqu'au jour de son annulation, comme une *société ordinaire* : c'est avec elle que les tiers traitent, le patrimoine social est leur seul gage (dans les sociétés à risque limité), elle peut être mise en faillite. La société de fait, en revanche, n'a jamais fonctionné en tant que telle dans l'esprit de ses membres, son existence n'étant généralement qu'à posteriori.

**[776] Distinction avec la société devenue de fait.** — La « société créée de fait » doit également être distinguée de la « société devenue de fait ». La première constitue une véritable société, mais elle est ignorée des associés, l'existence de la société n'étant révélée qu'aux fins de dissolution de la société. La société devenue de fait est une société venue à terme, et qui continue, dans l'ignorance de sa dissolution, à traiter avec les tiers, comme si elle en mode de fonctionnement normal.

Ex. : les associés d'une société dont le terme est venu à expiration et qui est donc dissoute continuent à exercer le commerce

ensemble, sous le nom de la société dissoute<sup>1</sup>. Une société dissoute est normalement liquidée. La liquidation s'oppose en tant que concept à toute idée d'une société en activité. La société ne survivant que pour les besoins de sa liquidation, et comme il n'y a pas eu de liquidation, la société dissoute dégenère en société devenue de fait.

La société devenue de fait a créé des apparences trompeuses contre lesquelles les tiers doivent être protégés. La société est juridiquement dissoute, mais elle reste active aux yeux de tous. Ce décalage entre les apparences et la réalité a pour conséquence que le pseudo-représentant légal de la société engagera bien la société vis-à-vis des tiers. La société devenue de fait n'ayant pas de personnalité morale, le régime de l'indivision s'appliquera, faute d'autre texte plus pertinent<sup>2</sup>. La société répondra seule, en tant qu'actif patrimonial de l'indivision des actes conclus par la société ayant de bonne foi cru avoir contracté avec une société. Cela permettra d'éviter que les créanciers de la société devenue de fait puissent obtenir le désintéressement de leurs créances sur le patrimoine personnel des associés.

## § 2. CONSTATATION ET LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ DE FAIT

**[777] Relations de la société de fait avec les tiers.** — La demande tendant à faire constater l'existence d'une société de fait émane souvent d'un tiers : dès lors qu'elle est reconnue et qu'elle a un objet commercial, ses membres se voient soumis au statut d'associés en nom collectif. Ils sont dès lors solidairement et indéfiniment responsables des dettes de la société<sup>3</sup>. De ce fait, le créancier, au lieu d'être confiné à poursuivre le seul débiteur initial, pourra agir contre tous les associés de la société. On comprend dès lors aisément l'intérêt pour les tiers à voir constater l'existence d'une société

<sup>1</sup> JEANTIN, *Bull. Joly* 1993, n° 134.

<sup>2</sup> DOM, *La société après son terme statutaire*, in : *Mélanges offerts à P. Serlooten*, Paris, 2015, p. 327 ; ZOLOMIAN, *Les sociétés devenues de fait*, *Rev. sociétés* 2016, p. 407.

<sup>3</sup> Cour 19 juin 1934, *Pas.* 13, p. 572 ; Lux. 22 nov. 1990, n° 13 805 et 13 806 ; Lux. 31 janv. 1992, n° 43/92.

de fait. Les associés sont aussi considérés comme des commerçants et peuvent donc être mis en faillite.

[778] **Liquidation des apports entre associés de fait.** — La demande judiciaire en constatation d'une société de fait peut également émaner de l'un des associés ; l'action est initiée par le demandeur afin de lui permettre de bénéficier du partage des bénéfices qui est réservé aux seuls associés. La société de fait existe souvent entre concubins, époux, parents qui vivent et travaillent ensemble. Mais le juge vérifiera avec soin si les relations entre les parties offrent effectivement tous les caractères requis des rapports entre associés.

La *durée de la société* de fait correspond à celle de l'exploitation commune ; les règles des sociétés à risque illimité à durée de vie indéfinie s'appliquent ici, de sorte que tout associé peut à tout moment mettre fin à la société de fait (v. n° [629]).

La société de fait n'ayant pas la personnalité morale, chaque associé reste *propriétaire des biens* qui lui appartenaient au moment de la naissance de la société de fait. Les biens additionnels, qui sont entrés dans la société de fait en raison de l'exploitation, appartiennent de manière indivise aux différents associés et leur seront attribués (tout comme les pertes) selon les modalités convenues entre les associés et, en l'absence de toute précision de leur part, selon les règles de l'article 1853 C.civ., conformément aux règles générales existant en matière de partage des bénéfices et des pertes (v. n° [112] et s.). Lorsque les apports existent sans que leur montant ne puisse être précisé (ce qui sera sans doute souvent le cas en raison de l'absence de tout écrit), il est permis de penser que les associés ont implicitement convenu d'un partage par parts égales.

## **Titre 2. Les sociétés à risque limité**

[779]**Catégorie hétérogène.** — La loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales connaît traditionnellement trois types de sociétés à risque limité : la SARL, la SA et la SCA. La SA constitue le pendant de la SNC, la SCA l'équivalent de la SEC sur le plan des sociétés à risque limité. Dans la SA, tous les actionnaires ne s'engagent qu'à hauteur d'une mise déterminée, alors que l'engagement financier est illimité pour tous les associés dans la SNC. Dans la SCA, il existe, tout comme dans la commandite, deux catégories d'associés, les uns engagés à l'égal des associés de la SNC, les autres comme les actionnaires de la SA. Ce qui distingue fondamentalement la SCA de la SEC, c'est la libre cessibilité des actions dans la SCA, alors que les parts d'intérêt des commanditaires de la SEC ne peuvent être transférées que d'après les règles plus contraignantes du code civil.

Mais il existe un troisième type de sociétés à risque limité : la SARL (chapitre 1). Son caractère hybride a déjà été signalé (v. n° [53]) : la SARL présente à maints égards des caractéristiques propres aux sociétés de personnes, et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle on parle souvent de « société de personnes à responsabilité limitée ». Mais elle permet surtout de faire le commerce avec une responsabilité limitée au montant du capital et constitue une forme juridique particulièrement appropriée pour les petites et moyennes entreprises, surtout celles de type familial, si bien qu'on parle parfois de « petite société de capitaux ».

L'évolution récente a modifié le paysage des sociétés à risque limité (chapitre 3). D'une part, le droit communautaire nous a laissé l'apparition d'une forme nouvelle, la *société européenne*, aussi complexe, si ce n'est davantage, que la société anonyme. Par ailleurs, dans un souci d'offrir aux opérateurs économiques une réelle alternative à la SARL en termes de réglementation allégée, le législateur a pris l'initiative de créer la *société par actions simplifiée* (« SAS »).

[780]**Sociétés par actions : le critère de l'action.** — Au sein des sociétés à risque limité, il est commun d'opérer une sous-distinction visant à regrouper les sociétés par actions ou sociétés de capitaux. Il s'agit de la SA et de la SCA (chapitre 2). Dans ces sociétés, la considération de la personne ne joue guère, car ce qui compte, c'est le montant des apports. Du coup, les parts, appelées « actions », sont librement cessibles, les *événements qui atteignent un actionnaire* (décès, incapacité, etc.) ne mettant pas, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés de personnes, fin à la société. Et les actionnaires ne seront bien sûr tenus au passif social que jusqu'à la hauteur de leurs apports.

Si, donc, le critère de reconnaissance de la société de capitaux est l'action, se pose

immédiatement la question de la *distinction de l'action avec la part sociale des sociétés de personnes*. La qualification donnée par les statuts, pour utile qu'elle puisse être dans une première approche, n'est évidemment pas décisive. Une SEC ne constitue pas une société de personnes, parce que les associés l'ont déclarée ainsi aux statuts, mais parce que la société réunit les caractéristiques essentielles des sociétés de personnes. Si les parts sociales de la société ont, en revanche, le caractère d'actions, les tribunaux ne manqueront pas de juger qu'il y a là une société de capitaux. De nos jours, on considère que ce qui distingue l'« action » de la « part d'intérêt », c'est sa *cessibilité*. Ainsi, si les associés sont libres de céder leurs parts et de modifier le cercle des associés, la preuve est rapportée que la considération de la personne ne joue pas, de sorte que la part sociale constitue en fait une « action ». Sans doute, les clauses d'agrément peuvent-elles apporter des restrictions à la cessibilité de l'action, mais n'est-ce pas là la meilleure preuve que la cession serait normalement possible ?

Plus précisément, la caractéristique de l'action est non seulement sa libre cessibilité, mais surtout sa *négociabilité*, c.-à-d. sa cessibilité par les modes commerciaux, sous forme de titre nominatif ou de titre au porteur. C'est ainsi que seule une action peut être cotée en bourse, le transfert de propriété résultant de la remise matérielle du titre à l'acquéreur. Les *sociétés cotées en bourse* sont donc nécessairement des sociétés de capitaux.

## CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE<sup>1</sup>

[781] **Traits distinctifs.** — Créée au Luxembourg par la loi du 18 septembre 1933, la SARL est aux termes de l'article 179 L1915, la société « où des associés en nombre limité n'engagent qu'une mise déterminée et dont les parts sociales représentées exclusivement par des titres non négociables ne peuvent être cédées que conformément aux modes et conditions prescrits par la présente section ».

La législation luxembourgeoise en matière de SARL est d'inspiration française, la loi française datant de 1925. La SARL française est elle-même venue de l'Allemagne à travers l'Alsace-Lorraine, la loi allemande de 1898 ayant suscité des vocations chez le législateur français. Le législateur luxembourgeois s'est toutefois également inspiré du projet de loi belge de la même époque, la Belgique s'étant elle-même basée sur le modèle français.

Le critère distinctif de cette société est donc double :

- il réside, d'une part, dans la *limitation de responsabilité des associés* et, d'autre part,
- dans le fait que son capital social est divisé non point en actions, mais en *parts sociales* qui sont non seulement pas négociables), mais en outre seule-

ment cessibles avec certaines limites. Ainsi, elle repose partiellement sur l'*intuitu personae*.

La SARL est ainsi une *société « hybride »* : elle ressemble à la SA, en ce que la responsabilité de tous les associés est limitée au montant de leur mise et en ce que la société n'est pas dissoute par la mort, l'incapacité et la faillite d'un associé. Mais elle se rapproche également des sociétés de personnes, parce que les parts sociales ne sont pas négociables. N'étant ni tout à fait une société de personnes, ni tout à fait une société de capitaux, la SARL constitue un *type original de société* dont les règles de constitution et de fonctionnement sont inspirées, tantôt des premières, tantôt des secondes.

[782] **Avantages de la SARL.** — Comparativement aux autres types possibles, le nombre d'entreprises luxembourgeoises ayant opté pour la forme juridique SARL traduit la place de choix qu'occupe ce type de société dans le paysage juridique et économique luxembourgeois. La SARL présente en effet un certain nombre d'avantages provenant de son croisement entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes. S'y ajoute le charme d'une flexibilité bien plus grande que pour les sociétés anonymes.

Dans la SARL, les associés ne sont responsables du passif social qu'à hauteur de leurs apports. Cette règle calquée sur les sociétés anonymes constitue un avantage, alors que dans la société en nom collectif, les associés encourent une responsabilité indéfinie et solidaire. Par ailleurs, les associés d'une SARL n'ont pas de ce seul fait qualité de commerçant. Mais alors que, dans la société anonyme, il fallait pendant très longtemps sept actionnaires, la SARL pouvait être constituée avec deux associés seulement. Et lorsque le nombre minimum d'actionnaires de la société anonyme fut réduit à deux, celui de la SARL passa à un. La SARL unipersonnelle permet de réaliser en quelque sorte un patrimoine affecté à l'exploitation et donc de séparer également vis-à-vis des tiers ce qui relève du patrimoine privé et ce qui est investi dans l'entreprise. De même, le capital social minimum d'une SARL a toujours été moindre que celui d'une société anonyme,

<sup>1</sup> L'ouvrage de référence luxembourgeois est celui de METZLER, *Le régime juridique et fiscal des sociétés à responsabilité limitée dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Luxbg, 1933 ; v. également BEHRENS, Luxembourg. Société à responsabilité limitée, in : Hachenburg, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Bd. 1, Berlin/New York, 1975, p. 633 ; CHAPUT, *La SARL* : éd. Dalloz, Connaissance du droit. 1994 ; SAINTOURENS, *L'entreprise en société à responsabilité limitée* : éd. Dalloz, 1994 ; NICAISE/MAQUET, Constitution, structure et gestion des sociétés à responsabilité limitée, in : CENTRE JEAN RENAULD, *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, 1999, p. 251 ; GAUZES, La SARL – emblème du droit des sociétés luxembourgeois, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 355 ; RECKINGER/SCHLEIMMER, Le régime de la SARL sous l'influence de la SA, in : PRÜM (sous la dir. de), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2016, p. 411.

et est même tombé à l'euro symbolique avec la SARL-S. Enfin, la structure de gestion d'une SARL est plus simple que celle de la société anonyme.

La SARL est également appréciée dans les *groupes de sociétés*. La SARL cumule l'avantage d'être traitée comme une société opaque sur le plan fiscal, en bénéficiant de ce fait des conventions contre la double imposition ainsi que des directives communautaires en matière de fiscalité, tout comme la société anonyme. D'où la possibilité pour la SARL de percevoir des dividendes sans retenue à la source en provenance de filiales communautaires. Mais, contrairement à la société anonyme, la SARL peut opter pour être traitée, d'après le droit américain, comme une société de personnes transparente sur le plan fiscal (« *check the box* »). Ceci présente des avantages sur le plan du droit fiscal américain. Par ailleurs, la SARL peut également bénéficier, contrairement à la SA, d'apports en nature sans l'intervention d'un réviseur d'entreprises, ce qui accroît sensiblement la rapidité de sa constitution. Enfin, la réglementation des participations réciproques ne s'applique pas aux participations détenues par les SARL, ni les restrictions rencontrées dans la SA en matière d'assistance financière (art. 49-6 L1915).

La SARL est moins encadrée sur le plan législatif que la société anonyme, ce qui augmente sa *flexibilité*. C'est ainsi que la SARL a longtemps été la seule formule permettant la constitution d'une société, personne morale distincte, ne comportant qu'un seul associé. Elle constitue donc un cadre susceptible de s'adapter à des situations très variées allant de la modeste entreprise artisanale jusqu'à l'importante filiale commune de grands groupes internationaux. De façon générale, la SARL n'a pas une organisation aussi complexe que la société anonyme, ce qui réduit les formalités de fonctionnement et donc son coût.

Nous verrons les règles relatives à l'existence de la SARL (section), à sa gérance (section 2), la place qu'occupent des associés au sein de la SARL (section 3) ainsi que les deux variantes du droit commun instituées par le législateur, afin d'accroître davantage encore l'attractivité de cette formule sociétaire (section

4).

---

## Section 1. L'existence de la SARL

Les règles gouvernant la constitution (§ 1) et la dissolution (§ 2) des SARL ne diffèrent guère de celles applicables aux autres sociétés à risque illimité.

---

### § 1. LA CONSTITUTION DE LA SARL

L'on distinguera les conditions de fond (A) et les conditions de forme (B).

---

#### A. LES CONDITIONS DE FOND

Elles se décomposent en conditions relatives aux associés (1) et à la société (2).

##### 1. LES CONDITIONS RELATIVES AUX ASSOCIÉS

[783] **Capacité pour être associé.** — Normalement, les associés d'une SARL sont des *personnes physiques*, mais rien n'empêche la participation (même exclusive) de *personnes morales*. De façon générale, la capacité qui est requise pour devenir associé est commandée par l'absence de principe de la responsabilité illimitée des associés. Il n'est pas nécessaire que les associés d'une SARL soient *commerçants*, car ils ne sont tenus au passif social qu'à concurrence de leurs apports<sup>1</sup>. Il suffit dès lors d'être *capable d'administrer des biens*. Il s'ensuit que le mineur émancipé et les majeurs incapables peuvent entrer dans une SARL (art. 181 L1915).

Le *majeur placé sous sauvegarde de justice* conservant l'exercice de ses droits, peut souscrire seul à des parts de SARL. Toutefois, les actes passés et les engagements contractés sont rescindables pour lésion et réductibles pour excès. Le *majeur sous tutelle* est soumis aux mêmes règles que celles relatives à la tutelle des mineurs. Le *majeur en curatelle* peut acquérir seul des parts de SARL, si ses apports consistent en des meubles d'usage courant ou en des biens ayant le caractère de fruits. Il doit obtenir

---

<sup>1</sup> METZLER, *Le régime juridique et fiscal des SARL*, Luxbg, 1933, p. 13.

l'assistance de son curateur pour les apports de tous les autres biens. Un mineur non émancipé peut également participer à une SARL. L'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce lui appartenant a lieu à l'amiable. Il est autorisé par le conseil de famille sur le rapport d'un expert désigné par le juge des tutelles, s'il s'agit d'un mineur sous tutelle. Il est autorisé par le juge des tutelles s'il s'agit d'un mineur sous administration légale, même si les deux parents y ont consenti.

Deux époux peuvent participer ensemble à une SARL et même former à eux seuls la SARL dont ils seraient les cogérants. La seule limite légale à la capacité des époux de s'associer est que l'entrée dans le capital social de la SARL ne doit pas modifier les effets de leur régime matrimonial (v. n° [61]).

**[784] Nombre d'associés.** — La SARL est une société originale puisqu'elle peut être constituée par une seule personne physique ou morale qui devient ainsi associé unique. Cette société est dite « Société unipersonnelle à responsabilité limitée » (art. 179 al. 2 1<sup>re</sup> phrase L1915 ; « SARL-U » ; v. n° [844]). Une SARL pluripersonnelle pourrait, au cours de son existence, devenir unipersonnelle et fonctionner ainsi durablement (art. 179 al. 2 2<sup>e</sup> phrase L1915). Tel sera le cas si les parts de la SARL sont réunies entre les mains d'un seul associé, suite à des opérations de cession effectuées à son profit ; la société anonyme n'ayant plus qu'un associé unique voudra sans doute également se transformer en SARL, afin d'éviter sa dissolution (sauf à se transformer en SAS). Réciproquement, la SARL unipersonnelle peut à tout instant devenir ou redevenir SARL, grâce à la cession par l'associé unique d'une ou de plusieurs de ses parts sociales.

Le nombre des associés est nécessairement « en nombre limité » (art. 179 L1915) ; ce nombre ne peut dépasser 100 (art. 181 L1915). Cette limitation se fonde sur la volonté de cantonner la SARL dans des dimensions modestes et, par conséquent, de faire en sorte que les associés se connaissent (en cas de dépassement : v. n° [797]).

## 2. LES CONDITIONS RELATIVES À LA SOCIÉTÉ

**[785] Capital social<sup>1</sup>.** — Le capital social de la SARL doit être au minimum de € 12 000 (§ 182 § 1 L1915) ; il doit être intégralement souscrit (§ 183 § 1<sup>er</sup> n° L1915). S'il est habituellement exprimé en euros, il n'existe cependant aucune obligation légale à ce sujet, de sorte que les fondateurs pourront recourir aux devises de leur choix. La devise du capital retenue commandera également le choix de la devise en matière de livres comptables.

Exemple : Une SARL constituée avec un capital social exprimé en dollars américains tiendra une comptabilité commerciale en dollars américains également. Le bilan fiscal pourra, du coup, également être établi en dollars américains, bien que la dette d'impôts soit à régler en euros.

Le législateur ayant jugé prudent d'exiger la libération immédiate des apports, le capital social est, en principe, *immédiatement et intégralement libéré* à la souscription (art. 183 § 1<sup>er</sup> n° 2 L1915)<sup>2</sup>. Alors que la souscription intégrale du capital est commune à toutes les sociétés, la libération immédiate est propre aux SARL. Elle constitue probablement la contrepartie de la modicité du montant du capital minimum.

Les *variations du capital social* (augmentation de capital, réduction de capital), entraînant une modification des statuts de la SARL, relèvent d'une délibération de l'assemblée extraordinaire des associés (v. n° [841]). Elles ne nécessitent aucune intervention du commissaire de la SARL et les créanciers sociaux ne disposent d'aucun droit d'opposition (en cas de réduction du capital social). La loi du 10 août 2016 a confirmé la pratique, dont la validité avait parfois été discutée dans le passé, du régime du « capital autorisé » (art. 199 al. 3 L1915)<sup>3</sup>, afin de faciliter les *augmentations de capital*

<sup>1</sup> SCHMIT, Le capital social d'une SARL, in *Bulletin Droit et Banque* n° 7, 1985, p. 54.

<sup>2</sup> Art. 183 § 1 n° 2 L1915 : « (...) que les parts sociales soient entièrement libérées au moment de la constitution de la société (...) ».

<sup>3</sup> Art. 199 al. 3 L1915 : « Les dispositions de l'article 32, paragraphe (2) et suivants sont applicables à la condition

dans les SARL. Afin de préserver le caractère personnel de la SARL, les parts sociales ainsi émises ne peuvent cependant l'être qu'au profit d'associés existants ou de personnes tierces dûment agréées en assemblée. La *réduction du capital* peut s'effectuer par réduction du nominal des parts sociales comme par diminution du nombre des parts. Dans les deux cas, la réduction de capital impliquera un remboursement anticipé des apports effectués par les associés, de sorte qu'il faudra respecter le principe d'égalité des associés : chaque associé devra donc être invité à céder à la SARL un pourcentage identique de ses parts (v. n° [834]).

**[786]Parts sociales.** — Le capital social doit être divisé en parts sociales réparties entre les associés en représentation de leurs apports, de sorte que certains associés peuvent n'avoir qu'un nombre restreint de parts. Afin d'éviter tout problème d'arrondis, le législateur permet de constituer des SARL avec des valeurs nominales de un (ou une fraction de 1) cent seulement, voire sans valeur nominale (art. 182 L1915 : « *sans mention de valeur* »). Généralement, les parts sociales ont une valeur nominale, le capital social s'obtenant, dans ce cas, par multiplication de la valeur nominale par le nombre de parts sociales émises (ex : une SARL ayant émis 1 000 parts sociales à valeur nominale de 100 a un capital social de 100 000 = 100 x 1000). Mais la loi permet également l'émission de parts sociales *sans valeur nominale* (art. 182 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Si la part sociale n'a certes pas de valeur nominale, la SARL dispose cependant d'un capital social donné. En divisant le montant du capital social par le nombre de parts sociales émises, on obtient le pair comptable, ce qui constitue un substitut à la valeur nominale (ex. : si la SARL a un capital social de 100 000 et a émis 5 000 parts sociales, le pair comp-

que les parts sociales ainsi émises le soient en faveur des associés existants ou des personnes tierces ayant obtenu l'agrément conformément aux dispositions de l'article 189 ».

<sup>1</sup> Art. 182 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Il se divise en parts sociales, avec ou sans mention de valeur ».

table d'une part sociale sera de : 100 000 : 5 000 = 20).

La répartition initiale des parts doit être mentionnée dans l'acte constitutif de la SARL (art. 184 L1915)<sup>2</sup>. Les associés à l'acte constitutif étant les *fondateurs* de la SARL, ils sont soumis, à ce titre, à un régime spécifique de responsabilité calqué sur celui des fondateurs de sociétés anonymes (art. 184 § 3 L1915 ; v. n° [881])<sup>3</sup>. À cette responsabilité civile s'ajoute un risque de responsabilité pénale pour les fondateurs, l'article 163 n° 2 L1915 punissant d'une amende de € 500 à € 25 000 les fondateurs d'une SARL qui, sciemment, auront fait dans l'acte de société une déclaration fautive concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, la libération des parts ou le dépôt des fonds, ou auront omis cette déclaration.

Bien que les parts confèrent, en principe, des droits égaux, rien n'interdit la création de *parts privilégiées* ou de *classes distinctes de parts sociales ainsi que l'émission de parts sociales d'inégale valeur* (art. 182 L1915 : le capital

<sup>2</sup> Art. 184 L1915 : « L'acte de société indique: 1) l'identité de la ou des personnes physiques ou morales qui ont signé l'acte ou au nom de laquelle ou desquelles il a été signé; (...) ».

<sup>3</sup> Art. 184 § 3 L1915: « Les fondateurs au sens de l'article 28, alinéa 2 et, en cas d'augmentation du capital social, les gérants, sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire: 1° de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence entre le capital minimum requis par l'article 182 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs; 2° de la libération effective des parts sociales ainsi que de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu des dispositions sub 1°; 3° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société prononcée par application de l'article 12ter, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par le paragraphe (1). Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers nommément désignés dans l'acte, soit comme mandataires, soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés, s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation. Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements ».



social « se divise en parts sociales, avec ou sans mention de valeur »). Certains associés peuvent donc recevoir des parts leur accordant un droit de priorité, à titre permanent ou seulement temporaire, quant aux dividendes ou quant au remboursement du capital. Le *droit de vote* constituant une caractéristique essentielle du statut d'associé (v. n° [841]), seul un texte de loi peut permettre l'émission de parts sociales sans droit de vote (ce qui est le cas pour la SA). Un tel texte avait certes été proposé<sup>1</sup> mais n'a finalement pas été retenu<sup>2</sup>, de sorte que les parts sociales de la SARL sont nécessairement assorties du droit de vote.

Les parts sociales d'une SARL se distinguent à un double titre des actions émises par une société anonyme :

- tout d'abord, les parts sociales dans les SARL doivent être *libérées intégralement* dès leur souscription, tandis que les actions dans les SA peuvent n'être libérées que du quart de leur montant, la libération du surplus pouvant intervenir dans un délai de cinq ans ;
- mais surtout, à la différence des actions, les parts sociales ne sont *pas négociables* (art. 188 al. 2 L1915)<sup>3</sup>, bien qu'elles restent simplement cessibles. Elles ne peuvent pas non plus être émises au *public* (art. 188 al. 1<sup>er</sup> L1915 ; sous peine de sanction pénale : art. 163 n° 6 L1915). Les droits sociaux dans les SARL s'appellent « *parts sociales* » plutôt qu'« *intérêt* », comme dans les sociétés de personnes, ou « *actions* », comme dans les sociétés de capitaux. Cela marque bien le caractère hybride de ce type de société.

<sup>1</sup> Doc. parl. n° 5730 (0), art. 182bis L1915.

<sup>2</sup> Doc. parl. n° 5730 (5), p. 60, ad point 83.

<sup>3</sup> Art. 188 al. 2 L1915 : « Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires ne peuvent être représentées par des titres négociables nominatifs, au porteur ou à ordre, mais seulement par des certificats de participation à personne déterminée. Elles ne peuvent être cédées que dans les conditions de fond et de forme prévues par les deux articles ci-après ». Concernant le caractère négociable des actions, v. n° [971].

Il est également possible dans une SARL d'émettre des *parts bénéficiaires* (v. n° [985]) et des *parts de fondateur* (v. n° [985]). Certes, dans le silence des textes, la doctrine classique considèrerait généralement que la loi de 1933 aurait entendu vouloir proscrire les parts bénéficiaires ainsi que les parts de fondateur dans la SARL. Cette volonté ne s'était cependant pas exprimée par un article de la loi mais plutôt par le silence du législateur. Puisque la licéité des parts de fondateur comme des parts bénéficiaires n'était pas douteuse pour les sociétés commerciales en général (exception faite des sociétés coopératives peut-être), on ne voyait aucune raison d'interdire ces titres dans la SARL. La loi du 10 août 2016 a consacré cette thèse en indiquant expressément que l'émission de parts de fondateur est permise dans les SARL (art. 181 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915)<sup>4</sup>. Les parts bénéficiaires portant droit de vote étant à bien des égards fort proches des parts sociales, elles doivent également, tout comme les parts sociales, être nominatives. Leur régime de cession suit pour la même raison celui des parts sociales (v. n° [825] et s.). A contrario, les statuts détermineront librement les règles en matière de cessibilité des parts bénéficiaires, si celles-ci n'ont pas de droit de vote.

**[787] Catégories d'apports.** — Les fonds correspondant aux *apports en numéraire* doivent être déposés dans un compte spécial de la société en formation à ouvrir auprès d'une banque. La mention du dépôt des fonds doit figurer dans les statuts. Cela implique un *dépôt préalable* à la signature des statuts. Les fonds déposés sont *indisponibles* tant que la société n'a pas été constituée. Ils ne peuvent donc faire l'objet ni d'une saisie de la part des créanciers personnels des apporteurs ni d'une compensation avec une dette de l'apporteur à l'égard du dépositaire des fonds. Ils ne deviennent disponibles qu'après passation de l'acte notarié (mais avant l'immatriculation de la société au RCS).

La SARL peut cependant également recevoir des *apports en nature* (art. 184 § 2 L1915)<sup>5</sup>. De façon géné-

<sup>4</sup> Art. 181 L1915 : « Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires ne peuvent être représentées par des titres négociables nominatifs, au porteur ou à ordre, mais seulement par des certificats de participation à personne déterminée. Elles ne peuvent être cédées que dans les conditions de fond et de forme prévues par les deux articles ci-après ».

<sup>5</sup> Art. 184 § 2 L1915 : « Les apports en nature ne peuvent

rale, tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel (immeuble au sens commun du terme, droit au bail, fonds de commerce, brevet, créance, ...) peut être apporté, soit en pleine propriété, soit en jouissance, dès lors qu'il peut être évalué sur le plan financier. Afin de réduire les risques de surestimation préjudiciable aux intérêts des autres associés et surtout des créanciers en conférant un caractère fictif au capital, l'acte de constitution de la société ou d'augmentation de son capital devra contenir l'évaluation de chaque apport en nature.

L'apport en nature dans une SARL ne doit dès lors pas faire l'objet d'un rapport par un *réviseur d'entreprises agréé*. La raison de cette disposition réside sans doute dans le souci de faciliter le recours à la SARL par les grands groupes internationaux. Ceux-ci créent souvent des SARL aux capitaux très importants. Ces grands groupes apprécient à sa juste valeur le gain de rapidité et de flexibilité que cette situation crée. L'intégrité du capital social n'est généralement pas un véritable souci dans ces situations, car le groupe aura les moyens nécessaires de renflouer, s'il le faut, sa filiale luxembourgeoise.

L'absence de ce type de contrôle crée des risques certains de *surestimation des apports en nature*. La surestimation des apports n'entraîne cependant pas la nullité de la société mais seulement la responsabilité des fondateurs de la SARL. Ce n'est que dans l'hypothèse extrême où les charges grevant l'apport absorbent l'intégralité de celui-ci, c.-à-d. dans l'hypothèse d'une absence totale d'apport, que la question de la nullité de la société peut se poser. Dans ce cas, il faut distinguer selon que l'absence d'apport ne concerne qu'un ou plusieurs associés ou qu'elle se retrouve chez tous les associés : dans le premier cas, celui ou ceux qui ont fait un apport nul, voire négatif, ne sauraient prétendre au titre d'associé ; dans le second cas, c'est la nullité de la société qu'il faudra prononcer.

Aussi, les *fondateurs* sont solidairement tenus sur leur patrimoine entier de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ; ils en sont réputés de plein droit souscripteurs (art. 184 § 3 L1915)<sup>1</sup>. Les

être rémunérés par des parts représentatives du capital social que s'ils consistent en des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services ».

<sup>1</sup> Art. 184 § 3 L1915 : « Les fondateurs au sens de l'article 28,

fondateurs sont tous *ceux qui apparaissent à l'acte constitutif* comme associés. Mais il leur est loisible de désigner comme fondateur une ou plusieurs personnes détenant ensemble au moins un tiers du capital social de la société à constituer. Dans ce cas, les autres personnes ne sont pas des fondateurs mais de simples *souscripteurs* (art. 183 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915)<sup>2</sup>.

L'*apport en industrie*, en raison de son caractère successif, ne peut servir de garantie aux créanciers sociaux et ne peut être réalisé pour contribuer au paiement des dettes sociales. Aussi se trouve-t-il exclu du capital social dans la SARL (comme dans toute société à risque limité) ; mais cela n'empêche qu'il s'agit d'un apport en société susceptible d'être rémunéré par des parts sociales en industrie (art. 183 § 3 L1915)<sup>3</sup>. Ces parts

---

alinéa 2 (...) sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire: 1° de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence entre le capital minimum requis par l'article 182 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs; 2° de la libération effective des parts sociales ainsi que de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu des dispositions sub 1°; 3° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société prononcée par application de l'article 12ter, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par le paragraphe (1). (...) ».

<sup>2</sup> Art. 183 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « (...) Les souscripteurs à l'acte constitutif seront considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, l'acte constitutif peut désigner comme fondateur un ou plusieurs souscripteurs possédant ensemble au moins un tiers du capital social. Dans ce cas, les autres comparants qui se bornent à souscrire des parts sociales contre espèces sans recevoir directement ou indirectement aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs. (...) ».

<sup>3</sup> Art. 183 § 3 L1915 : « Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie. Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes. Les parts attribuées en contrepartie d'apports en industrie sont incessibles et intransmissibles ».

sociales son incessibles (ex. : elles ne peuvent pas être vendues) et intransmissibles (ex. : elles s'éteignent en cas de décès de son titulaire).

**[788] Dénomination sociale.** — La SARL bénéficie du libre choix de sa dénomination sociale, sous réserve bien sûr de ne pas porter atteinte aux droits d'une société préexistante (v. n° [171]). Le *nom d'un ou de plusieurs associés* peut être incorporé à la dénomination sociale, ce qui oblige la société à changer de dénomination sociale si l'associé vient à quitter la société comme associé<sup>1</sup>. La dénomination sociale est obligatoirement précédée ou suivie des mots « société à responsabilité limitée » ou du sigle « SARL » (art. 187 n° 2 L1915). Ces *indications* ainsi que l'énonciation du capital social, du siège social ainsi que le numéro d'immatriculation au RCS doivent figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers (art. 187 L1915). Le non-respect de ces dispositions peut engager la *responsabilité* personnelle des gérants pour les engagements pris par la SARL (art. 187 L1915 dernier alinéa renvoyant à l'art. 77 L1915)<sup>2</sup>.

**[789] Objet social.** — Si la SARL peut avoir un *objet* aussi bien *civil* que *commercial*, le caractère civil de son objet n'altère pas la commercialité par la forme de la société. La SARL connaît, comme toute société, une limitation générale fondée sur le caractère licite de l'objet qui, figurant dans les statuts, doit être conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (v. n° [76]).

L'objet de la SARL rencontre également des limitations spécifiques qui se justifient par l'insuffisance de la surface financière qu'offre cette structure sociale pour des activités qui présentent des risques. En conséquence, sont interdites aux SARL les *entreprises d'assurances*, de capitalisation et d'épargne (art. 180 L1915). D'autres activités sont formellement réservées par la loi à un autre type de société. C'est le cas des *sociétés d'investissement*. Toute société qui, au mépris de

cette réglementation, adopterait la forme de SARL serait nulle pour objet illicite (art. 12ter L1915).

Diverses activités ne peuvent être exercées par les SARL que si certaines conditions relatives notamment à la *qualification professionnelle* des associés et des gérants sont remplies. Il en est notamment ainsi des sociétés d'expertise-comptable et de réviseurs d'entreprises.

## B. LES CONDITIONS DE FORME

Il faut rédiger et signer les statuts (1) et accomplir ensuite certaines formalités de publicité (2).

### 1. L'ACTE NOTARIÉ

**[790] Règle obligatoire et sanction en cas de non-respect.** — Si les statuts des sociétés ayant la personnalité morale doivent toujours être établis par écrit, l'acte peut, pour certaines sociétés, être sous seing privé ou notarié, tandis que la forme notariée est obligatoire pour d'autres. La SARL relève de cette deuxième catégorie, le législateur disposant que « (...) les sociétés à responsabilité limitée sont, à peine de nullité, formées par des actes notariaux spéciaux » (art. 4 al. 2 L1915). Sur ce point, la SARL se rapproche plus des sociétés de capitaux que des sociétés de personnes, car les premières, contrairement aux secondes, ne disposent pas de l'option de se constituer par un simple écrit entre les parties. La sanction du non-respect de cette formalité est très lourde, car la constitution d'une SARL par acte sous seing privé entraîne la nullité de la société (art. 12ter n° 1 L1915 ; v. n° [139]).

**[791] Indications dans les statuts.** — Les statuts sont plus ou moins détaillés selon le désir des associés. En raison du renvoi aux dispositions correspondantes applicables aux sociétés anonymes, les mentions suivantes doivent obligatoirement figurer dans les statuts (art. 184 L1915) : l'identité des associés ayant constitué la société ; la forme juridique adoptée ; la durée ; la dénomination sociale ; le siège social ; l'objet de la société ; le montant du capital social ; les différentes catégories de parts sociales et leurs droits respectifs ; les

<sup>1</sup> Lux. 25 mars 1966, *Pas.* 20, p. 150.

<sup>2</sup> Lux. 5 mai 1994, n° 41 972.

apports en nature ; les parts bénéficiaires et leurs droits. En outre, les statuts doivent contenir toutes les clauses nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la société, notamment celles concernant le choix du ou des gérants, la détermination des pouvoirs des gérants.

Tous les associés doivent personnellement ou par mandataire intervenir à l'acte constitutif. Le régime de responsabilité des fondateurs est le même que celui des fondateurs dans la SA (v. n° [880] et s.). C'est ainsi que les fondateurs sont tenus de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite. De même, toute personne ayant subi un préjudice par suite d'omissions ou d'irrégularités dans les statuts pourra agir en responsabilité contre les fondateurs (art. 184 dernier alinéa L1915).

## 2. LA PUBLICITÉ DE LA SARL

**[792] Règles générales.** — Comme pour toutes sociétés commerciales, la constitution d'une SARL donne lieu, indépendamment de l'enregistrement, à des formalités de publicité :

- l'insertion au journal d'annonces officiel, c.-à-d. au RESA (art. 12 L1915) ;
- la société, agissant par ses dirigeants, doit également requérir son immatriculation au RCS. Celle-ci indiquera les mêmes mentions que celles contenues obligatoirement dans les statuts (v. n° [791]).

**[793] Registre des associés.** — Pour renseigner en tout temps les tiers sur la composition du cercle des associés des SARL et du niveau de leur participation dans la société, le législateur impose la tenue, au siège social, d'un registre des associés contenant, outre l'acte constitutif de la société et les actes modificatifs, la *désignation précise des associés et des parts sociales détenues par chacun d'eux* (art. 185 L1915)<sup>1</sup>. Le registre

<sup>1</sup> Art. 185 L1915 : « Toute société à responsabilité limitée doit tenir un registre contenant copies intégrales et conformes : 1° de l'acte constitutif de la société ; 2° des actes apportant des modifications audit acte. A la suite de ceux-ci seront relatés les noms, professions et demeures des associés,

n'étant véritablement utile que s'il est constamment tenu à jour, les transferts de parts figurent également au registre des associés.

Le registre des associés est *tenu par la gérance* sur la base de documents probants en sa possession. La loi limitant le cercle des personnes autorisées à inspecter aux seuls associés, les *tiers intéressés* n'auront aucun droit de consultation.

Le registre des associés est souvent examiné en détail à l'occasion du transfert de parts sociales, l'acquéreur exigeant que le vendeur soit correctement référencé dans ledit registre. Pour compréhensible que cette exigence puisse être, il faut cependant garder à l'esprit que le registre des associés ne constitue pas en lui-même le *titre juridique* permettant à une personne de se considérer comme étant un « associé ». Le droit de propriété du titulaire de la part sociale n'est pas incorporé dans l'inscription au registre des associés ; le registre des associés ne fait que relater sur un document ad hoc le droit de propriété sur la part sociale constitué par d'autres moyens. Le registre des associés ne constitue qu'un décalque du titre de propriété mais n'est pas constitutif du titre de propriété lui-même. En effet, le droit de propriété juridique sur les parts sociales résultera la plupart du temps d'un acte notarié, à l'acte constitutif de la SARL, ou dans un acte subséquent dans le cadre d'une augmentation de capital. À défaut, le droit de propriété résultera d'un accord entre les parties, dans le cadre d'une cession de parts sociales. L'inscription au registre n'est donc pas une question de *validité de la cession* mais de son *opposabilité* à la société comme aux tiers.

Les parts sociales ne prenant pas la forme de titres émis par la société, et le registre des associés restant au sein de la société, il est fréquent pour la société d'émettre des « *certificats de participation à personne déterminée* » aux titulaires des parts sociales (art. 188

---

la mention des cessions de parts sociales et la date de la signification ou acceptation. Tout associé pourra prendre connaissance de ce registre ».

L1915)<sup>1</sup>. En pratique, le certificat reproduira les mêmes énonciations que le registre des associés dont il constitue un extrait. La société n'émettant qu'un seul certificat par associé, le certificat indiquera nécessairement le nombre total de parts sociales détenues.

**[794] Mentions dans les documents émanant de la SARL.** — Tous les documents (actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commande, etc.) émanant d'une SARL doivent contenir (art. 187 al. 1<sup>er</sup> L1915) :

- la dénomination sociale ;
- la mention « société en responsabilité limitée » reproduite lisiblement en toutes lettres ou le sigle « SARL » ;
- l'indication précise du siège social ;
- les initiales « R.C.S. » ou les termes « Registre de Commerce et des sociétés » accompagnés de l'indication du siège du tribunal d'arrondissement dans le ressort territorial duquel la société a son siège social et suivis du numéro d'immatriculation ;

En raison du renvoi aux dispositions applicables aux sociétés anonymes, tout gérant d'une SARL qui interviendra dans un acte où les exigences légales en matière de documents de SARL n'auront pas été respectées pourra être déclaré personnellement responsable des engagements qui y sont pris par la société, comme s'il avait conclu pour son propre compte (art. 187 al. 2 L1915)<sup>2</sup>.

### C. LES NULLITÉS DES SARL

**[795] Énumération limitative.** — De façon générale, les *causes de nullité* dans les SARL sont énumérées de manière limitative, la nullité ne pouvant être prononcée, outre pour défaut d'acte notarié (v. n° [139]), que

dans certaines hypothèses limitativement énumérées (art. 12<sup>ter</sup> L1915), à savoir :

- si l'acte constitutif n'est pas établi sous forme notariée (v. n° [790]) ;
- si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public (v. n° [76]) ;
- si aucun des fondateurs n'est valablement engagé ;
- si l'acte constitutif ne contient « aucune indication » au sujet de la dénomination sociale, de l'objet social, des apports ou du capital social. Il ne suffit pas, pour entraîner la nullité de la société, que l'indication soit incomplète ou inexacte, mais elle doit faire défaut.

Les cas de nullité dans la SARL sont donc plutôt d'ordre théorique. Ce sont les seules causes de nullité retenues par le législateur, de sorte que les *infractions à l'ordre public sociétaire* (p.ex. clause léonine) n'entraînent pas la nullité de la société. Les nullités sont prescrites après cinq ans à compter du jour de la publication de l'acte constitutif (art. 157 L1915).

Il faut bien sûr, comme en toute société, distinguer la nullité de la société et la *nullité du contrat de souscription*. Dans la SARL, les nullités classiques en matière de contrat telles que prévues par le Code civil ont été écartées en ce qui concerne la nullité de la SARL même. Par contre, le droit commun des contrats continue à s'appliquer en ce qui concerne la nullité éventuelle du contrat de souscription.

Il faut également distinguer les nullités des SARL et les *nullités des assemblées d'associés* après la constitution de la société (v. n° [257] et s.).

### § 2. LA DISSOLUTION DE LA SARL

La SARL n'est pas dissoute par les causes liées à l'*intuitu personae* : liquidation judiciaire, faillite personnelle, interdiction de gérer, incapacité frappant l'un des associés. Elle n'est pas non plus dissoute par le décès d'un associé, sauf disposition contraire des statuts, et une telle stipulation est extrêmement rare.

**[796] Causes communes.** — Les causes de dissolution des SARL sont celles communes à toutes les sociétés : arrivée du terme, extinction ou perte de l'objet, annulation du contrat de société, dissolution judiciaire ou

<sup>1</sup> Art. 188 L1915 : « Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires ne peuvent être représentées par des titres négociables nominatifs, au porteur ou à ordre, mais seulement par des certificats de participation à personne déterminée ».

<sup>2</sup> Lux. 20 févr. 2004, n° 65 986.

décision des associés (v. n° [626]).

Toutefois, depuis la loi de 1992, la réunion de toutes les parts dans une seule main n'entraîne plus la dissolution de la SARL (l'art. 180-1 L1915 rend applicable l'art. 1865bis C.civ. ; v. n° [849]). L'associé qui détient l'ensemble des parts sociales a cependant le droit de décider la dissolution volontaire de la société ; dans ce cas, la dissolution n'entraîne pas la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique. Il y a liquidation de la société suivant le droit commun (v. n° [645]).

**[797] Nombre d'associés supérieur à 100.** — Aux causes communes de dissolution s'ajoutent les causes spécifiques telles que le nombre des associés supérieur à 100, sauf transformation en un autre type de société (en pratique, ce sera sans doute une transformation en SA), ou si le total des associés est ramené à 100. La société dispose d'un délai d'un an pour régulariser sa situation (art. 181 al. 1<sup>er</sup> L1915).

La loi du 10 août 2016 a fait passer la limite des 40 associés à 100. Avant le changement législatif, la limite de 40 posait parfois problème en matière de successions. Préalablement à la réalisation du partage, les héritiers et ayants droit demeurent en effet indivisaires ; il fallait dès lors reconnaître la qualité d'associé à chacun des indivisaires de parts sociales de la SARL, même si chacun d'eux ne pouvait exercer que les droits relevant de la simple administration des parts indivises. Pour cette raison, l'ancien art. 181 de la loi de 1915 permettait le dépassement du chiffre de 40 suite à une transmission de parts sociales « à cause de mort » (v. n° [830]). Cette facilité a été abrogée à juste titre, le passage à 100 résolvant de toute façon le problème du dépassement éventuel de la limite du nombre d'associés en raison d'un décès.

**[798] Cas particulier des capitaux propres (actif net) inférieurs à la moitié du capital social.** — Une société qui subit de lourdes pertes entamant ses capitaux propres se trouve nécessairement dans une situation financière périlleuse. Par conséquent, dans les sociétés par actions, les dirigeants doivent, dans ce cas, consulter à brève échéance les associés pour savoir s'il y a lieu ou non de procéder à la dissolution anticipée de la société (v. n° [885]). On aurait pu penser que cette disposition devrait, pour identité de motifs, également

s'appliquer aux SARL. Mais la loi de 1915 ne connaît pas de telle disposition pour les SARL, de sorte que la consultation des associés n'est pas nécessaire. Le gérant ne convoquant pas les associés de la SARL pour statuer sur cette question ne commet donc pas non plus de faute susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale.

Cette lacune législative peut prêter à critique pour les SARL industrielles et commerciales de type PME, car la prise de conscience que l'on peut espérer résulter du vote en assemblée peut parfois être salutaire pour les associés : Faut-il continuer sur la lancée ou arrêter les frais ? Recapitaliser la société ou attendre de jours meilleurs ? Dans les montages sociétaires internationaux, une telle exigence est pour le moins aussi gênante qu'inutile. Le législateur a dû choisir : il l'a fait au profit de l'« international ».

## Section 2. La gérance de la SARL

Le régime juridique de la gestion de la SARL présente une grande souplesse. Cette structure sociétaire est gérée par un ou plusieurs gérants dont le nombre est librement fixé par les statuts. Lorsqu'il existe plusieurs gérants, il est parfois constitué un conseil de gérance (1). La gérance incarne l'organe essentiel qui assure le fonctionnement quotidien de la SARL (2).

### § 1. L'EXISTENCE DES FONCTIONS DE GÉRANT

On verra comment une personne accède au statut de gérant (A) et la manière par laquelle ce statut peut être perdu (B).

#### A. GÉRANT EN FONCTION

**[799] Accession aux fonctions de gérant.** — Le ou les gérant(s) sont choisis parmi les *associés* ou les *tiers*. Cela résulte de l'article 191 L1915 selon lequel les gérants sont des « (...) *mandataires associés ou non associés* (...) ». Toutefois, les statuts pourraient valablement réserver aux seuls associés la possibilité d'être nommés gérants de la société.

La loi de 1915 considère le gérant comme étant un

« *mandataire* », même s'il est en fait un *organe* de la société. Il s'ensuit que toutes les personnes capables d'être mandataire au sens de l'article 1990 C.civ. peuvent également pouvoir devenir le gérant d'une SARL. C'est ainsi que même un *mineur d'âge* ou un *interdit* pourraient sans restriction être gérant d'une SARL, car ils peuvent être un mandataire. Chacun des *époux*, quel que soit le régime matrimonial, peut, séparément ou avec le conjoint, être gérant, même s'ils ne sont pas les seuls associés<sup>1</sup>. Le gérant peut être de *nationalité* luxembourgeoise comme étrangère, sans qu'il faille distinguer les étrangers ressortissants des pays membres de l'Union européenne et les étrangers ressortissants de pays tiers. À l'étranger (Belgique, France), seules les personnes physiques peuvent assumer les fonctions de gérant d'une SARL. Cette exigence tient au souci de voir la direction de la société assumée par une *personne physique* apte à être pénalement condamnée en cas de commission d'infractions. Au Luxembourg, en l'absence de toute disposition législative en ce sens, une *personne morale* peut être gérante d'une SARL. Dans ce cas, la personne morale gérante n'est pas obligée, contrairement à ce qui est le cas dans la SA, à nommer un représentant permanent pour exercer son mandat auprès de la SARL<sup>2</sup>.

Le gérant d'une SARL n'étant pas *commerçant* du fait de ses fonctions, la capacité commerciale n'est pas exigée du gérant. Pour les mêmes raisons, les interdictions et incompatibilités qui font obstacle à l'exercice régulier du commerce par une personne n'empêchent point la nomination aux fonctions de gérant. Peuvent donc également accéder à la fonction de gérant les

individus ayant subi certaines déchéances résultant notamment de la faillite de la société dont ils s'occupaient précédemment. Il faut toutefois réserver le cas des dirigeants d'une société déclarée en faillite, si le tribunal a constaté une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite ; dans ce cas, le tribunal pourra interdire pendant un délai ne pouvant pas dépasser 20 ans l'accès aux fonctions de gérant à ces dirigeants (v. n° [413]).

En revanche, la gérance d'une SARL ne peut être attribuée à des personnes exerçant certaines professions ou occupant un *emploi incompatible avec cette fonction*. C'est le cas des fonctionnaires, membres des tribunaux, avocats, notaires, députés, membres du Gouvernement, militaires. En revanche, il n'existe aucune disposition interdisant à l'auditeur, après un délai raisonnable suite à la cessation de ses fonctions, de devenir gérant des sociétés qu'il a auditées.

L'exercice par la société de certaines activités réglementées entraîne pour les gérants l'obligation de remplir diverses conditions particulières, tels que des *diplômes*. C'est le cas des cabinets de réviseurs d'entreprises, d'expertise comptable, d'avocats, etc.

**[800] Mode d'accession aux fonctions de gérant.** — Le ou les gérants sont nommés par les associés dans les statuts (« *gérants statutaires* ») ou dans un acte postérieur (« *gérants non statutaires* » ; art. 191 al. 2 L1915). Dans cette dernière hypothèse, leur désignation doit intervenir dans la première assemblée des associés suivant la constitution de la société, car la publicité légale doit mentionner leur identité.

Dans les SARL familiales, on prévoit parfois un « *gérant suppléant* » destiné à prendre la place du gérant en fonctions lors de son décès éventuel (p.ex. le fils). Cette disposition caractérisée par une désignation à l'avance du gérant est licite<sup>3</sup> quoique dangereuse, puisqu'elle liera les associés sur une longue durée (mais c'est justement l'effet recherché).

La nomination des gérants en cours de société peut être décidée par l'assemblée des associés si la décision

<sup>1</sup> Cela résulte de l'article 223 C.civ., conférant à chaque époux « (...) le droit d'exercer une profession sans l'accord de son conjoint ». La gérance d'une société doit sans doute être assimilée à l'exercice d'un métier ; en ce sens COIPEL, op.cit., n° 262.

<sup>2</sup> Il avait été prévu d'insérer une telle obligation pour les SARL à l'article 191 § 2 L1915 (doc. parl. 5730(0) ; suite à l'amendement n° 530(5), ad art 191, point 91, cette proposition de texte a été retirée du processus législatif.

<sup>3</sup> RESTEAU, *Des SPRL*, Gand-Bruxelles, 1936, n° 194.

est adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social de la société (art. 194 L1915)<sup>1</sup>. Elle peut même intervenir à une *majorité* plus faible, sur seconde convocation des associés. Dans ce cas, en effet, il suffit que la décision soit adoptée par la majorité du capital social représenté, quel que soit par ailleurs le pourcentage total du capital présent à l'assemblée (art. 194 L1915)<sup>2</sup>. La loi ne prévoit aucune condition additionnelle quant au nombre d'associés devant approuver la décision. Les statuts peuvent cependant valablement stipuler une majorité plus importante, auquel cas le gérant verrait sa position renforcée.

Quelle que soit l'époque, les gérants statutaires ou non peuvent être nommés pour une *durée* limitée ou sans limitation. En l'absence de dispositions statutaires, ils sont nommés pour la durée de la société.

Le gérant doit accepter les fonctions qui lui sont confiées. C'est à compter de cette *acceptation*, qui peut être informelle, que sa nomination prend effet dans les rapports avec les associés. À l'égard des tiers, la société ne peut se prévaloir de la nomination du gérant qu'à dater de la publication régulière de celle-ci.

**[801] Rémunération du gérant.** — Faute de disposition légale particulière, l'allocation d'une rémunération au gérant de la SARL n'est pas de plein droit, si bien que ses fonctions peuvent être *gratuites* ou *rémunérées*<sup>3</sup>. Le gérant étant un mandataire et le mandataire étant en principe gratuit, il appartient au gérant de rapporter

la preuve du caractère rémunéré de son activité au sein de la société<sup>4</sup>. Le défaut de rémunération n'a cependant aucune incidence sur l'exercice des fonctions, notamment en ce qui concerne la responsabilité.

Dans la plupart des cas, les fonctions sont rémunérées. Les statuts peuvent soit préciser le *mode de calcul* de cette rémunération, soit en laisser le soin à une décision collective des associés, le gérant associé ne pouvant pas, à notre avis, dans cette dernière hypothèse, participer au vote. Mais en aucun cas, le gérant ne saurait s'octroyer de son propre gré une rémunération ou une augmentation. De plus, le fait pour lui de s'attribuer des sommes dépassant les rémunérations auxquelles il était statutairement en droit de prétendre constitue le délit d'abus de biens sociaux (v. n° [417]).

Cette rémunération peut être fixe, proportionnelle ou mixte, c.-à-d. comporter un pourcentage du chiffre d'affaires ou des bénéfices. En plus du traitement lié à sa fonction de gérant, l'intéressé peut bénéficier de rétributions complémentaires, tels que des indemnités ou gratifications exceptionnelles, le remboursement des frais engagés pour l'exercice de sa mission, des avantages en nature (logement, véhicule...).

Sur le terrain fiscal, la loi a toujours aligné le régime fiscal des gérants majoritaires de SARL sur celui des salariés. Il n'y a donc aucune distinction entre le gérant minoritaire, le gérant majoritaire et le gérant rémunéré non associé sur le plan fiscal.

**[802] Régime social du gérant.** — Le *gérant non associé* reste assujéti au régime général de la sécurité sociale des salariés, même si son conjoint et/ou ses enfants mineurs venaient à posséder des parts dans la société. Il lui faudra bien évidemment percevoir un salaire.

S'agissant des *gérants associés*, une distinction s'impose selon leur situation majoritaire ou minoritaire dans le capital social de la société. Le gérant minoritaire est celui qui ne possède pas plus de la moitié du

<sup>1</sup> Art. 194 L1915 : « Aucune décision n'est valablement prise dans les deux cas prévus par l'article précédent qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 194 L1915 : « (...) Sauf stipulation contraire dans les statuts, si ce chiffre n'est pas atteint à la première réunion ou consultation par écrit, les associés sont convoqués ou consultés une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté. »

<sup>3</sup> L'article 191 L1915 précise que les gérants sont « salariés ou gratuits ». L'adjectif « salarié » renvoie non pas à un statut éventuel de personne salariée au sens du droit du travail mais à une personne qui est rémunérée pour son travail.

<sup>4</sup> Lux. 26 janv. 1990, n° 38 934 (non publié).



capital social. Il est affilié au régime général de la sécurité sociale des salariés pour l'ensemble des risques sociaux. S'il n'est pas rémunéré, il ne relève d'aucun régime obligatoire, ni de celui des salariés, ni de celui des non-salariés. Le gérant majoritaire se trouve dans une situation identique à celle du travailleur indépendant (v. n° [5]). Il doit donc cotiser personnellement aux allocations familiales des employeurs et travailleurs indépendants, au régime maladie et maternité des travailleurs non-salariés non agricoles ainsi qu'au régime vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales. Ses cotisations sont donc plus coûteuses pour des prestations moins élevées.

**[803]Cumul du mandat social et d'un contrat de travail.** — Le cumul de la fonction de gérant de SARL et d'une activité salariée est d'un intérêt évident, même s'il est moindre que pour l'administrateur de société anonyme, puisque ce gérant n'est pas révocable sur un simple coup de tête (« *ad nutum* » ; pour le concept v. n° [899]). Outre le complément de rémunération procuré par le contrat de travail, l'intérêt du cumul devient essentiel en cas de cessation des fonctions de gérant. Le dirigeant, désormais lié à la société par ce contrat, pourra, en cas de rupture de celui-ci, prétendre aux divers avantages conférés aux salariés : indemnités de licenciement, allocations du régime de l'assurance chômage, garantie de paiement de salaires non payés si la perte d'emploi se situe dans le cadre d'une procédure de faillite de la SARL. Cette situation justifie aisément les nombreuses tentatives de dénégations en justice de ce cumul de la part des organismes chargés du versement des indemnités liées à la rupture du contrat de travail.

La loi de 1915 ne se prononce pas sur le sujet. La jurisprudence admet la validité du cumul de fonctions au sein d'une même société, à condition que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif séparé du mandat social et pour lequel l'intéressé reçoit une rémunération distincte, même si ce dernier facteur n'est pas décisif. Il est douteux que ces conditions puissent être remplies dans les SARL de petite dimension. Ainsi, le monopole des connaissances techniques

détenu par le mandataire social, en particulier dans une société de dimension modeste, peut faire obstacle à l'existence d'un lien de subordination juridique.

L'activité salariée doit, de plus, être accomplie dans un *état de subordination* vis-à-vis de la société<sup>1</sup>, c.-à-d. que le gérant doit se trouver sous l'autorité d'un organe de la société quant à l'exercice de ses fonctions distinctes. Pour cette raison, la jurisprudence se montre plutôt réticente pour accorder la qualité d'employé au gérant unique de la SARL, lorsque celui-ci est par ailleurs associé de la société<sup>2</sup>. A fortiori, l'associé-gérant de la SARL unipersonnelle ne saurait jamais prétendre à la qualité de salarié, car il n'a de comptes à rendre qu'à soi-même (le gérant unique détenant par ailleurs toutes les parts de la société). La condition de subordination fait également défaut chez le gérant majoritaire de la SARL. Aussi, quand un associé majoritaire et salarié de la société accède aux fonctions de gérant, son contrat de travail est immédiatement suspendu. De façon générale, il faudra, pour que le critère du lien de subordination soit rempli, que la SARL soit dotée d'un *conseil de gérance* et que le gérant salarié n'ait au mieux qu'une *participation minoritaire* dans la société<sup>3</sup>.

En revanche, cumule valablement les fonctions de gérant et de salarié l'associé minoritaire qui continue d'exercer son activité technique distincte de celle afférente à la gestion sociale et pour laquelle il continue à percevoir un salaire distinct, révélant ainsi l'existence d'un lien de subordination. Le contrat de travail, même conclu postérieurement à sa nomination en qualité de gérant, ne requiert pas l'approbation des associés.

## B. CESSATION DES FONCTIONS DE GÉRANT

**[804]Généralités.** — Dans le silence de la loi, les associés sont libres de déterminer la *durée* des fonctions du gérant. Ils pourront donc le nommer pour une

<sup>1</sup> À ne pas confondre avec la subordination d'une autre nature du gérant à l'égard de l'assemblée des associés. Cette subordination découle en effet du mandat social :Lux. 17 janv. 1986, n° 169/85.

<sup>2</sup> Lux. 30 octobre 1987, n° 425/87 (non publié).

<sup>3</sup> Lux. 13 juill. 1989, n° 2419.

durée déterminée, pour une durée indéterminée et même pour la durée de la société. Le gérant étant un « mandataire » (art. 191 al. 1<sup>er</sup> L1915), les associés peuvent décider sa révocation avant l'arrivée du terme de ses fonctions, par application de la règle selon laquelle le mandat peut être révoqué à tout moment, même si sa durée est déterminée (art. 2004 C.civ.). Sous réserve que la révocation ne soit pas intempestive et ne porte pas préjudice au gérant, celui-ci n'aura pas droit à des dommages et intérêts en raison de sa révocation<sup>1</sup>.

À la différence de la situation rencontrée dans la SNC, la cessation des fonctions du gérant de SARL ne provoque pas la *dissolution* de la société. Il convient simplement de nommer son successeur, à moins qu'en raison d'une pluralité de gérants, les associés ne l'estiment pas nécessaire. La cessation pour une cause quelconque des fonctions du ou des gérants doit faire l'objet de mesures de *publicité*. Elle n'est opposable aux tiers que si elle est mentionnée au RCS. À l'instar du gérant de SNC, il est mis fin aux fonctions du gérant de SARL par l'arrivée du terme ou la survenance d'un évènement tel que le décès, l'incapacité, l'interdiction de gérer une entreprise, le prononcé de la faillite personnelle et tout autre évènement empêchant de manière durable le gérant d'assumer ses fonctions. Ce gérant peut également démissionner.

Lorsque le gérant est *nommé dans les statuts*, on peut se demander s'il peut renoncer à son mandat par la simple notification de sa démission à la société, ou s'il ne peut le faire qu'à la condition que sa démission soit approuvée par les associés, conformément aux conditions posées par la loi en vue de la modification des statuts. Cette deuxième opinion a pour elle l'avantage de la logique, le gérant statutaire faisant du pacte social, de sorte que sa démission est une modification de statuts. La Cour de cassation belge a cependant préféré y voir l'expression d'un acte unilatéral ne nécessitant aucune acceptation de la société<sup>2</sup>. Cette jurisprudence, basée sur l'article 2007 C.civ. aux termes duquel « le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant sa renonciation », paraît également appli-

cable au Luxembourg.

### [805] Révocation du gérant pour « cause légitime ».

— Les associés peuvent révoquer le gérant de la SARL, sans qu'il n'y ait lieu de faire de distinction entre le *gérant statutaire* et le *gérant ordinaire*: les deux sont révocables aux mêmes conditions, à savoir pour « cause légitime » (art. 191 al. 2 L1915)<sup>3</sup>. Cette solution est étonnante, car le gérant statutaire, contrairement au gérant ordinaire, fait partie du pacte social : ayant été nommé à la constitution à l'unanimité, ou en cours de vie sociale à la majorité renforcée pour le changement de statuts, on se serait attendu à ce qu'il bénéficie d'une stabilité plus grande que le gérant ordinaire.

La règle de la révocation pour « cause légitime » n'étant pas d'ordre public, les associés pourront même, par la voie statutaire, préférer la solution de la révocation *ad nutum* (« *sauf stipulations contraires des statuts* » ; pour le concept, v. n° [899]), comme dans les SA. Le gérant, s'il est associé, n'étant pas empêché de voter sur sa révocation, sa révocation sera pratiquement impossible, sur base d'un vote en assemblée, s'il est *gérant-associé majoritaire*. Afin d'empêcher l'inamovibilité du gérant associé majoritaire contre qui une mesure de destitution ne pourrait être prononcée, faute de rassembler le nombre de voix nécessaire, tout associé peut demander sa révocation en justice<sup>4</sup>. La *révocation judiciaire* est ouverte, quelle que soit la part de capital social détenue par le demandeur. Pour être recevable, la demande en révocation judiciaire devra reposer sur une « cause légitime » au sens de l'art. 191 L1915.

La « *cause légitime* » est une notion qui n'a pas de définition légale. Elle renvoie aux motifs de la révocation qui doivent, d'après la jurisprudence, être « probants et présenter un caractère de gravité suffisant »<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Lux. 22 janv. 1947, *Pas.* 14, p. 285.

<sup>2</sup> V. note NELISSEN, *RPS* 1971, t. LXX, p. 235.

<sup>3</sup> Art. 191 al. 2 L1915 : « Sauf stipulations contraires des statuts, ils ne sont révocables, quel que soit le mode de leur nomination, que pour des causes légitimes. »

<sup>4</sup> Lux. 4 mars 1970, *Pas.* 21, p. 398.

<sup>5</sup> *Idem*.

afin de pouvoir constituer une « cause légitime ». On peut considérer comme constituant un motif légitime de révocation : l'incompétence ; les fautes de gestion ; le désintéret porté aux affaires sociales ; la faillite personnelle du gérant ; les fautes de régularité commises par le gérant (violation de la loi, des statuts). Il faut sans doute ajouter à cette liste, pour les sociétés intégrées dans un groupe, les comportements de nature à compromettre l'intérêt social du groupe ; cette situation sera rencontrée, lorsque le dirigeant contrarie la logique du groupe, en privilégiant sa vision de l'intérêt social<sup>1</sup>. S'il ne fait aucun doute que la faute commise par le gérant dans le cadre de ses fonctions constitue un juste motif, la révocation peut toutefois valablement intervenir en dehors d'une faute de gestion. Elle peut être légitimée par l'intérêt de la société, en particulier par un souci d'amélioration de la gestion sociale, pourvu que les faits invoqués soient propres à établir en quoi l'attitude du gérant est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société. Mais la simple perte de confiance ne saurait suffire ; il faudra avancer des éléments concrets susceptibles de justifier la révocation. De même, la révocation ne pourra simplement reposer sur des fautes personnelles n'ayant aucun lien avec les fonctions de gérant ou sur la volonté arbitraire des associés. Bien évidemment, l'unanimité des associés ne saura pallier l'existence d'un juste motif.

Exemple :

a) Ne représente pas un juste motif, le simple changement de majorité conduisant les nouveaux majoritaires à porter une autre personne à la direction de la société.

b) Le gérant menant une vie privée mouvementée commet peut-être des fautes d'indélicatesse, mais non pas une faute de gestion. Sa révocation ne s'appuie pas sur une cause légitime, car on ne voit pas l'impact éventuel sur le fonctionnement de la société.

c) Le gérant qui se désintéresse de la société dont il a la charge commet une faute suffisamment grave pour justifier sa révocation.

<sup>1</sup> FAYARD, La discrète métamorphose du « juste motif » de révocation, *Bull. Joly Société* 2016, p. 342.

Le motif légitime devra ressortir de l'acte de révocation ; à défaut, la révocation est illégale<sup>2</sup>. Le gérant s'estimant révoqué sans cause légitime pourra contester son éviction de la société par la voie judiciaire. Théoriquement, le *tribunal* pourrait *annuler la décision* des associés, même si elle a été prise à l'unanimité. Mais l'allocation de *dommages-intérêts* paraît préférable, car le maintien forcé dans ses fonctions d'un gérant contre la volonté des associés ne peut qu'aboutir rapidement à une impasse. À défaut d'être évalué par les statuts, le montant de l'indemnité est fixé par le tribunal qui peut d'ailleurs modifier l'éventuelle stipulation, s'il estime le montant manifestement excessif ou dérisoire. Ce montant est déterminé au regard de la perte des rémunérations auxquelles le gérant pouvait prétendre pour l'exercice de ses fonctions pendant la durée de son mandat ; des conditions d'intervention de la révocation ; des circonstances qui risquent de contraindre le gérant associé révoqué à se retirer de la société.

La révocation du gérant associé titulaire d'un *contrat de travail* ne met pas fin à celui-ci. Pour cela, doit intervenir dans les conditions du droit commun, une procédure de résiliation du contrat de travail distincte de celle suivie pour la révocation. Mais on observe souvent une coïncidence entre le juste motif de révocation et la cause réelle et sérieuse de licenciement. Le gérant destitué est habilité à invoquer non seulement l'absence de cause légitime, mais également l'abus de droit incarné par les conditions brusques et vexatoires de la révocation. Il peut donc se placer sur ces deux terrains pour obtenir des *dommages-intérêts*.

La révocation produit son *plein effet dès la décision des associés*, même si l'intéressé entend faire trancher par le tribunal la question de la légitimité de sa révocation<sup>3</sup>.

### [806] Révocation du gérant en assemblée générale.

— La révocation du gérant, statutaire ou ordinaire, ne pourra être décidée qu'en assemblée générale des associés. Sa révocation interviendra aux conditions de

<sup>2</sup> Cour d'appel 18 mai 2011, n° 36 809.

<sup>3</sup> GODIN, La décision de l'assemblée des associés d'une SARL de révoquer le gérant statutaire, pour motifs graves, prend-elle effet dès le vote ?, *RPS* 1966, t. LXV, p. 113.

droit commun des assemblées ordinaires (v. n° [840]). Il suffira donc d'un vote en ce sens par des associés représentant plus de 50% du capital social de la société. Ce droit de révocation étant d'ordre public, toute disposition statutaire qui porterait atteinte à ce droit sera nulle. Il s'ensuit que les statuts ne pourraient pas renforcer les exigences de quorum et de majorité en matière de révocation du gérant, statutaire comme ordinaire.

La *date de révocation* du gérant peut se situer à différents moments de la vie sociale. Souvent, ce sera lors de l'approbation des comptes annuels par l'*assemblée générale annuelle des associés* que la révocation sera prononcée, souvent pour des motifs similaires à ceux expliquant la mauvaise performance de la société durant l'exercice écoulé. Mais on peut également convoquer à *tout autre moment* une assemblée générale ordinaire spécifique pour statuer sur la révocation du gérant (une assemblée ordinaire réunie extraordinairement). On peut aller plus loin et considérer que la révocation du gérant se trouve implicitement à l'ordre du jour chaque fois que celui-ci implique, d'une manière ou d'une autre, un examen de la gestion du gérant. Normalement, il appartient aux gérants de convoquer l'assemblée des associés. Pour parer au risque de peu d'empressement de ceux-ci, surtout en cas de gérance unique, la loi permet également au conseil de surveillance (s'il y en a un) ainsi qu'aux associés représentant plus de 50% du capital social de procéder à la *convocation* (art. 196 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915)<sup>1</sup>.

En l'absence de toute disposition légale contraire, *le gérant, s'il est associé, participe au vote de l'assemblée*<sup>2</sup>. En effet, ainsi qu'il l'a déjà été relevé<sup>3</sup>, le seul fait qu'un

associé soit personnellement intéressé dans la délibération du résultat de l'assemblée ne le prive pas du droit d'y voter.

## § 2. EXERCICE DES FONCTIONS DE GÉRANT

Les pouvoirs du gérant sont ceux des sociétés à risque limité (v. n° [373]). Ils sont donc fort larges (A). En contrepartie, les gérants peuvent se trouver exposés à des risques de mise en responsabilité (B).

### A. POUVOIRS DU GÉRANT

**[807]Variété dans le mode de gérance.** — Selon la loi (art. 191 al. 1<sup>er</sup> L1915), la SARL est gérée « *par un ou plusieurs mandataires (...)* ». Il s'ensuit que la gérance dans la SARL, contrairement aux SA, peut être *unique*. C'est d'ailleurs le mode de gérance privilégié en pratique dans les SARL, notamment celles de type familial.

Mais il est également tout à fait possible de prévoir un mode de gestion à *plusieurs gérants*<sup>4</sup>. La pluralité de gérants est d'ailleurs prévue dans un cas de figure par le législateur lui-même : en effet, lorsque ni les statuts, ni les associés réunis en assemblée ne désignent de gérant, la gérance de la SARL est dévolue de plein droit à tous les associés (art. 1859 al. 1<sup>er</sup> C.civ. ; v. n° [678]). Si une pluralité de personnes a été nommée gérants d'une SARL, les statuts devront régler leur mode de fonctionnement. Très souvent, les statuts s'inspireront des règles existant en matière de sociétés anonymes, en instituant un *collège des gérants* fonctionnant d'après des règles similaires au conseil d'administration de la SA (ce qui inclut la possibilité d'adopter des résolutions par la voie circulaire, si les statuts prévoient cette possibilité ; art. 191bis § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>5</sup>. C'est l'hypothèse

<sup>1</sup> Art. 196 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « D'autres assemblées générales peuvent toujours être convoquées par le ou les gérants, à leur défaut par le conseil de surveillance, s'il en existe un, à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital ».

<sup>2</sup> COIPEL, op.cit. n° 305.

<sup>3</sup> GODIN, La décision de l'assemblée des associés d'une SARL de révoquer le gérant statutaire, pour motifs graves,

prend-elle effet dès le vote ?, *RPS* 1966, t. LXV, p. 113.

<sup>4</sup> ALIBERT, La pluralité de gérants dans la SARL, *Rev. soc.* 1975, p. 695.

<sup>5</sup> Art. 191bis § 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) les statuts peuvent toutefois prévoir qu'en cas de pluralité de gérants, ceux-ci forment un collège ».

du « conseil de gérance ». Étant prévu par la loi, le conseil de gérance est un organe de la société. Les associés peuvent également décider de faire l'économie d'un conseil de gérance et de confier à chacun des gérants la plénitude des pouvoirs de gestion. Leurs pouvoirs de gestion sont alors concurrents (art. 191bis § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>.

**[808] Pouvoirs du gérant dans l'ordre interne.** — Dans les relations avec les associés (relations internes), l'étendue des pouvoirs des gérants est librement déterminée par les associés dans les *statuts*. Dans le silence des statuts, l'acte de nomination d'un gérant ne pourrait prévoir des restrictions aux pouvoirs du gérant, car cet acte serait contraire au pacte social.

Ceux-ci peuvent limiter ces pouvoirs et imposer une autorisation préalable de la collectivité des associés pour la conclusion de certains contrats ou la réalisation d'opérations jugées trop importantes pour être laissées à la seule initiative du ou des gérants (par exemple le nantissement du fonds de commerce, l'hypothèque sur les immeubles sociaux, la conclusion de contrats entre le gérant et la SARL, la conclusion de contrats d'un montant supérieur à une certaine somme...). Toutes ces stipulations sont valables, tant qu'elles ne réduisent pas le gérant au rôle de simple porte-parole des associés, en lui enlevant toute initiative propre. Les statuts ne pourront donc pas priver le gérant de tout pouvoir de gestion. Contrairement à ce qui se passe en matière de SA, il n'existe pas de *conventions réglementées entre le gérant et la SARL*, c.-à-d. de conventions qui seraient interdites si elles venaient à être conclues entre le gérant et la SARL, ni des conventions soumises à des procédures d'agrément ou d'information particulières. Le législateur est plus exigeant cependant pour les SARL unipersonnelles (v. n° [853]).

Suite à la violation par le gérant d'une clause restreignant ces pouvoirs, les associés peuvent lui demander *réparation du préjudice* subi de ce fait et le révoquer pour cause légitime (ici, la méconnaissance des statuts). Dans ces conditions, le gérant révoqué ne saurait

bénéficier de droits à des dommages et intérêts.

Si les statuts ne contiennent pas de clause déterminant les pouvoirs du gérant, celui-ci peut accomplir « *tous les actes nécessaires ou utiles dans l'accomplissement de l'objet social, sauf ceux que la loi réserve à la décision des associés* » (art. 191bis § 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> L1915). Il s'ensuit que la gérance dispose, tout comme dans la société anonyme, du pouvoir résiduel dans la société, ce qui rend inutile l'énumération statutaire des actes qu'il peut poser. Les *actes de gestion* doivent être entendus d'une manière large. Ils comprennent aussi bien des actes de simple gestion que certains actes de disposition des biens sociaux, dès lors que ceux-ci concernent l'exploitation de l'entreprise, c.-à-d. répondent à l'objet social. Le gérant ne doit cependant pas empiéter sur les prérogatives conférées par la loi aux associés : approbation annuelle des comptes, modification des statuts, contrôle des conventions passées entre le gérant et la société.

Les pouvoirs conférés par la loi ou les statuts au gérant sont propres à ce dernier, ce qui signifie qu'il n'a pas le droit de *déléguer l'intégralité de ses pouvoirs*. Le gérant ne saurait non plus s'engager à n'exercer les actes de sa fonction qu'avec l'accord de quelqu'un, fût-il associé. Toutefois, il peut valablement déléguer les pouvoirs de *gestion journalière* (art. 191bis § 4 L1915<sup>2</sup>) et conférer des *délégations spéciales et temporaires* pour des opérations bien précises, sauf si les statuts requièrent en pareille circonstance une autorisation préalable des associés. De façon générale, l'article 191bis L1915 retient à propos des pouvoirs du gérant les mêmes principes que ceux appliqués dans les sociétés anonymes, en distinguant les relations avec les associés et celles avec les tiers.

<sup>1</sup> Art. 191bis § 1<sup>er</sup> L1915: « Chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social, sauf ceux que la loi ou les statuts réservent à la décision des associés. (...) Chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant ».

<sup>2</sup> L'article 191bis § 4 L1915 étant calqué sur l'art. 60 L1915 traitant de l'administrateur-délégué dans les SA, on pourra s'y reporter : v. n° [925] et s. La possibilité, envisagée par le projet de loi n° 5730(0), de consacrer également la possibilité d'un comité de direction, n'a pas été retenue, suite à l'opposition du CE (doc parl. n° 5730(5), ad art. 191 § 5 L1915 et art. 192 L1915).

**[809] Pouvoirs du gérant vis-à-vis des tiers.** — Vis-à-vis des tiers, le gérant est le représentant légal de la société (art. 191bis § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « *chaque gérant représente la société à l'égard des tiers (...)* »). Il en va de même en cas de *pluralité de gérants* (« chaque gérant »). Toute clause statutaire ainsi que toute décision interne limitant les pouvoirs des gérants, telle la nécessité pour le gérant d'obtenir l'accord préalable de l'assemblée des associés, est inopposable aux tiers (art. 191bis § 5 L1915)<sup>1</sup>. Ce principe s'appliquera également en présence d'un collège de gérants. Par voie de conséquence, l'opposition éventuelle par un gérant, ou le collège des gérants, à un acte d'un autre gérant est sans effets à l'égard des tiers.

Exemple : Une SARL à conseil de gérance prévoit dans ses statuts que le conseil de gérance doit approuver à la majorité des 2/3 tous les contrats dépassant une contrevaletur de € 100 000. La SARL a cinq gérants. Les statuts disposent également que la SARL est engagée par la signature conjointe de deux gérants. Deux gérants de la SARL signent un contrat d'achat d'un immeuble de € 1 000 000 sans être passés par le conseil de gérance.

La SARL est tenue vis-à-vis des tiers, mais les deux gérants ont commis une faute dans l'exécution de leur mandat.

Par contre, après avoir postulé en son alinéa 2 le principe de la pleine compétence de chaque gérant pour représenter la société vis-à-vis des tiers (art. 191 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915), l'alinéa 4 de l'article 191bis 1§ 1<sup>er</sup> L1915 tempère ce principe en disposant que les statuts peuvent prévoir une limitation générale des pouvoirs de représentation des gérants, en cas de pluralité de gérants, en prévoyant l'exigence d'une *signature conjointe* pour les documents émanant de la société. Cette clause est opposable aux tiers si elle est publiée au

RESA (art. 191bis § 1<sup>er</sup> al. 4 L1915)<sup>2</sup> ; elle doit, dans l'intérêt de la sécurité juridique, nécessairement porter sur l'intégralité des actes de représentation externe de la société. Les statuts ne sauraient dès lors accorder un pouvoir de représentation à chacun des gérants pour les actes de faible importance, la signature conjointe de deux gérants étant requise pour les actes plus importants. Rien n'empêche évidemment, même si cela ne semble guère pratique, les statuts d'exiger la signature de tous les gérants, afin que la société soit tenue, qu'il y ait ou non un collège de gérants. Dans ce cas, les gérants pris isolément (ou deux à deux) ne sauraient engager la société.

La loi prévoit également la possibilité pour les statuts d'une SARL de nommer un *délégué à la « gestion journalière »* (art. 191bis § 4 L1915). Dans ce cas, le gérant engagera la société pour tous les actes relevant de sa gestion journalière telle que comprise par la loi en matière de sociétés anonymes (v. n° [931]).

**[810] Dépassement de l'objet social.** — La société est engagée même si les actes accomplis par le gérant n'entrent pas dans l'objet social. Ce principe souffre cependant d'une limite qui est la connaissance à rapporter par la société « *que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances* » (art. 191bis § 6 L1915). Il est entendu que la seule publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve. La connaissance de l'excès de pouvoir résultera d'ordinaire des relations nouées entre la société et le cocontractant qui auraient permis à ce dernier de connaître la nature de l'activité sociale. Le non-respect des restrictions statutaires constitue évidemment un manquement aux devoirs du gérant dans

<sup>1</sup> Art. 191bis § 5 L1915 : « La société est liée par les actes accomplis par les gérants, par le gérant ayant qualité pour la représenter conformément au paragraphe (1), alinéa 4, ou par le délégué à la gestion journalière même si ces actes excèdent l'objet social à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

<sup>2</sup> Art. 191bis § 1<sup>er</sup> al. 4 L1915 : « Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs gérants pour représenter la société dans les actes ou en justice, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers dans les conditions prévues au chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ».

l'ordre interne et engagera sa responsabilité vis-à-vis des associés (v. n° [369]).

**[811] Empiètement sur les pouvoirs de l'assemblée générale.** — Mais le gérant ne saurait davantage empiéter sur les prérogatives de l'assemblée des associés (art. 191bis L1915 : « (...) *sauf ceux que la loi réserve à la décision des associés* »). Aussi, la société ne sera pas engagée si l'acte accompli par le gérant ressort, en vertu de la loi, de la compétence exclusive des associés. Il en est ainsi, par exemple, des actes du gérant qui impliqueraient une modification des statuts<sup>1</sup>. En ce sens, le tiers est censé connaître certaines règles élémentaires du droit des sociétés, en particulier celles relatives aux pouvoirs des gérants.

Cela n'exclut pas les difficultés pratiques générées par la mise en œuvre de ces principes. Le doute est parfois permis. Ainsi en est-il dans la détermination du pouvoir du gérant d'*aliéner seul un fonds de commerce* exploité par une SARL. Tout va dépendre des circonstances. Soit que la vente ne met pas fin à l'activité sociale, notamment parce qu'elle dispose d'autres fonds dans lesquels peut être réinvestie la somme procurée par l'opération. Dans ce cas, le gérant est habilité à engager la société à l'égard du cessionnaire, en dépit de toute stipulation contraire. Soit que l'aliénation provoque la cessation d'activité de la société. Elle s'assimile dans ce cas à une dissolution indirecte pour laquelle les associés ont seuls compétence. Le gérant ne peut alors agir de la sorte.

## B. RESPONSABILITÉ DU GÉRANT

Nous verrons les cas classiques de responsabilité des gérants (1) ainsi que le risque particulier de responsabilité rencontrée si, comme c'est souvent le cas, la SARL accorde des garanties financières en raison de dettes dans le groupe (2).

<sup>1</sup> Le transfert de siège social implique une modification des statuts et relève donc, en principe, de la compétence de l'assemblée générale des associés. Mais les statuts peuvent autoriser la gérance à transférer le siège social d'une SARL à l'intérieur du pays, à l'intérieur d'une commune, ou d'une commune à une autre : art. 199 al. 2 L1915.

### 1. LA RESPONSABILITÉ EN GÉNÉRAL DU GÉRANT

**[812] Responsabilité civile du gérant.** — On peut renvoyer au droit commun de la responsabilité des dirigeants (v. n° [381]). La responsabilité des gérants s'apprécie en particulier, en raison du renvoi fait à l'article 59 L1915, d'après les mêmes principes et règles qu'en matière d'administrateurs de SA (v. n° [381] et s.)<sup>2</sup>. En application de l'article 192 L1915, les gérants de SARL sont donc responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, *envers la société*, des infractions aux dispositions légales ou réglementaires applicables aux SARL (p.ex. : défaut de dépôt des comptes sociaux), comme des violations des statuts (les « *fautes de régularité* ») ainsi que des fautes commises dans leur gestion (les « *fautes de gestion* »). Cette disposition textuelle ne s'applique pas aux gérants de fait dont la responsabilité est déterminée conformément au droit commun. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits délictueux, le tribunal détermine la part contributive de chacun d'eux dans la réparation du dommage. *Envers les tiers*, la responsabilité des gérants sera limitée aux fautes de régularité.

La *responsabilité* des gérants peut être *mise en cause par tout associé ou tiers pouvant justifier d'un préjudice personnel* ; il s'agit alors d'une action individuelle. Cela peut être un associé qui a perçu un dividende moindre ou un tiers trompé sur l'étendue de la solvabilité de la société. Plus souvent, l'action en responsabilité résulte de l'*action sociale* intentée par l'assemblée des associés ; celle-ci vise à réparer le préjudice subi par la société. L'action sociale ne peut être introduite que par l'assemblée générale des associés statuant à la majorité absolue. L'action minoritaire possible pour les sociétés anonymes n'existe pas ici.

Le tribunal ne peut statuer sur cette action sociale que si la gérance a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de l'assemblée des associés. Les *dommages et intérêts* éventuellement alloués par les tribunaux reviennent intégralement à la société et non pas aux demandeurs.

<sup>2</sup> Lux. 9 juin 1989, n° 235/89.

Toute clause des statuts qui aurait pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à une *majorité renforcée* de l'assemblée ou qui comporterait *par avance renonciation* à l'exercice de cette action est réputée non écrite. L'action en responsabilité contre les gérants, tant sociale qu'individuelle, *se prescrit par cinq ans* à compter du fait dommageable ou si celui-ci a été dissimulé, à compter de sa révélation (art. 157 L1915).

**[813] Responsabilité aggravée du gérant.** — Mais la responsabilité des gérants peut également être aggravée. C'est ainsi qu'à la suite de la mise en faillite de la société, les gérants peuvent être appelés à :

- combler tout ou partie du passif social, avec ou sans solidarité (v. n° [403]) ;
- être personnellement mis en faillite (v. n° [407]) ;
- être interdit de gérer ou de contrôler une entreprise (v. n° [413]).

**[814] Responsabilité pénale.** — En plus des sanctions pénales applicables aux infractions qu'ils peuvent commettre en d'autres circonstances de la vie sociale (constitution, approbation des comptes, modification des statuts), les gérants sont exposés aux risques d'une responsabilité pénale. Ils peuvent ainsi être punis d'une peine de prison de un mois à deux ans et d'une amende de € 5 000 à € 125 000 ou de l'une de ces deux peines seulement, en cas :

- de répartition entre les associés de dividendes fictifs en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux (art. 167 L1915 ; v. n° [282]) ;
- de non-publication frauduleuse des comptes annuels de la société (art. 166 n° 2 L1915) ;

L'article 166 n° 2 L1915 ne sanctionnant que la non-publication, la présentation d'un faux bilan destiné à dissimuler la véritable situation de la société, de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière ou du patrimoine de la société n'est pas visée. Le faux bilan est sanctionné par des dispositions spécifiques plus lourdes (v. n° [442]).

La peine d'emprisonnement est portée à un an jusqu'à cinq ans et l'amende est portée de € 500 à € 125 000, ou d'une de ces deux peines seulement si les gérants sont coupables du *délit d'abus de biens sociaux* (v. n° [417]), soit en raison :

- d'*usage de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société*, qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient directement ou indirectement intéressés (art. 171-1 L1915) ;
- d'*usage de mauvaise foi des pouvoirs ou des voix* dont ils disposaient en cette qualité, et ceci dans un but sciemment contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient directement ou indirectement intéressés (art. 171-1 L1915).

Au surplus, les gérants peuvent être personnellement et pénalement responsables, en cas de violation des règles du *droit du travail* et de la *sécurité sociale*, à l'égard des salariés de la société. Comme tout chef d'entreprise, ils ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité pénale en invoquant la délégation de pouvoirs. Lorsqu'il y a plusieurs gérants, chacun doit, en principe, être considéré comme *pénalement responsable* de l'élément infractionnel<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cour 4 juin 2002, n° 144/02.



## 2. LA RESPONSABILITÉ DU GÉRANT EN PRÉSENCE DE CAUTIONNEMENTS ACCORDÉS

Dans la terminologie anglo-saxonne, on distingue les « *public companies* », à savoir les sociétés dont les titres sont cotés en bourse, et le « *private equity* », c.-à-d. les sociétés dont le capital n'est pas coté en bourse. Les SARL sont très largement utilisées par les « *private equity funds* » (Apax, Goldman Sachs, Providence, ...) afin d'acquérir des sociétés-cibles localisées à l'étranger, par le biais d'une SOPAFI luxembourgeoise constituée sous la forme d'une SARL. Dans ce contexte, la SARL doit parfois s'endetter sur le marché (auprès d'un consortium bancaire). En contrepartie, les banquiers exigent souvent que la SARL donne tous ses avoirs en garantie : créances sur ses filiales SARL, les actions des filiales, voire les deux. Cette pratique n'est guère problématique si la mise en gage des avoirs de la SARL sert à garantir les *dettes propres de la SARL*. Il est en effet dans son intérêt social d'acquérir la société-cible (devenue filiale) ; sans la garantie accordée, le financement ne pourrait voir le jour. Gager les droits sociaux de la filiale est également possible, parce que les titres représentatifs du capital social de la filiale appartiennent à la société-mère et non à sa filiale. La situation deviendra cependant plus compliquée si le cautionnement sert à garantir les dettes d'autres sociétés du groupe : ses filiales, sa société mère.

**[815] Cautionnements conclus dans l'intérêt social de la société : les cautionnements accordés au profit des filiales.** — La SARL peut accorder des garanties financières (gage, cautionnement, ...) au profit de banques ayant accordé des prêts à ses filiales (« *downstream guarantees* »)<sup>1</sup>. En cas de défaut de la filiale, la garantie financière jouera, de sorte que la SARL devra utiliser ses avoirs afin de rembourser les dettes de la filiale. Ceci pose la question de l'*intérêt social* pour la SARL de se porter caution. La réponse à cette question semble peu problématique : la filiale

constitue un actif de la SARL, de sorte que toute action préservant ou augmentant la valeur de cet actif est dans l'intérêt de la SARL. La SARL, en tant que société mère, ayant un intérêt à voir prospérer financièrement sa filiale, la garantie financière accordée au profit de la filiale ne devrait normalement pas être contraire à l'intérêt social de la société mère, car le désintéressement du prêteur de la filiale dans le cadre de la garantie financière accordée par la SARL a permis d'éviter la faillite de sa filiale.

La pratique semble cependant vouloir *limiter le montant de la garantie* accordée à un pourcentage donné des capitaux propres de la SARL, auxquels on ajoute généralement les dettes subordonnées vis-à-vis de l'associé. On s'accorde ainsi à penser que le pourcentage maximal de la garantie financière ne devrait pas dépasser 90% - 95% des capitaux propres et dettes subordonnées. Il restera dans ce cas une réserve financière de 5% - 10% à la SARL pour compenser des pertes éventuelles futures. Ce pourcentage, pour commode qu'il soit, manque cependant de pertinence. Accorder une garantie financière n'implique pas que la SARL se soit appauvrie de ce fait. L'appauvrissement reste hypothétique, tant que la filiale est en mesure de rembourser ses dettes. Il faudrait donc plutôt estimer la probabilité d'appel de la garantie, ce qui nécessite de tenir compte de l'évolution prévisible de la situation financière de la filiale.

Exemple : la SARL cautionne les dettes de sa filiale pour un montant de 2 400. La SARL a des capitaux propres de 500 et bénéficie de prêts actionnaires subordonnés de 2 000. Les ressources financières en provenance de ses associés dont la SARL dispose sont de 2 500. 90% de ce montant est égal à 2 250. La SARL ne devrait donc pas accorder le cautionnement. Cependant, la probabilité de risque que la garantie financière ne vienne à jouer est estimée à 50%. De ce fait, la SARL est à risque à hauteur de  $50\% \times 2\,400 = 1\,200$ , ce qui est moins que le montant de ses ressources financières en provenance de ses associés.

**[816] Cautionnements au profit d'autres sociétés du groupe : les cautionnements à risque.** — La SARL peut également accorder des garanties financières afin de garantir des crédits accordés ailleurs dans le groupe,

<sup>1</sup> V. CUNY DE LA VERRYERE, *Sûretés & garanties au Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, 2014, p. 31.

soit à des sociétés-sœurs (« *cross-stream guarantee* »), soit, plus souvent, à l'actionnaire même de la SARL (« *upstream guarantee* »). La question est dans ce cas double : il faut apprécier l'opération par rapport à l'intérêt social ainsi qu'aux règles en matière de rachat de parts sociales.

Il ne peut être répondu à la question de l'*intérêt social* de l'opération pour la SARL de la même manière qu'en matière de cautionnements accordés au profit des filiales de la SARL (v. n° [815]), car ce cautionnement ne permet pas de mieux valoriser les actifs de la SARL. On aborde dès lors cette question, la plupart du temps, plutôt sous l'angle de l'intérêt du groupe : la garantie financière, à défaut de présenter un intérêt pour la SARL, est utile pour le groupe auquel la SARL appartient. La garantie financière peut donc se justifier sur la base de l'intérêt du groupe, endéans les limites posées par la doctrine et jurisprudence (v. n° [589] et s.). Mais il existe, la plupart du temps, également un intérêt propre à la SARL pour accorder la garantie financière. En effet, dans les groupes de sociétés, la SARL s'insérera quelque part dans une chaîne de sociétés, chaque société n'ayant de raison d'être et de justification propre que dans la mesure où toutes les autres sociétés existent également. Si la SARL n'accordait pas la garantie financière vers le haut, son associé ne serait pas en mesure de bénéficier du financement bancaire recherché, ce qui l'empêcherait de constituer la SARL afin de servir de véhicule d'acquisition de la société-cible. De ce point de vue, la garantie financière vers le haut est généralement dans l'intérêt même de la SARL, car elle est la condition de l'existence même de la SARL. La plupart du temps, la sûreté pour autrui grèvera lourdement le patrimoine de la société, parce que, en cas de réalisation de la sûreté, la pérennité de la société ne sera plus assurée. Dans ce cas, il faudra déterminer avec précision la contrepartie ou l'avantage patrimonial dont la société accordant le cautionnement profitera en raison de son appartenance au groupe, une certaine équivalence étant requise entre les risques courus par la société en raison du cautionnement et l'avantage qu'elle retire du groupe. Dans cet

exercice de proportionnement, l'avantage doit être d'autant plus grand que le risque couru par la société devient lui-même grand en raison du cautionnement.

Les règles en matière de *rachat de parts sociales* sont également un souci dans ce genre d'opération. Supposons que l'associé de la SARL dont les dettes font l'objet d'une garantie financière de la SARL ne soit pas capable de rembourser sa dette. La SARL obtiendra de ce fait une créance sur son associé, car elle aura payé la dette de son associé vis-à-vis du prêteur. Comme son associé sera par hypothèse insolvable, puisqu'il n'a pas pu honorer sa dette vis-à-vis de son financier, la SARL détiendra, du coup, une créance ne valant quasiment rien. On pourrait être tenté d'en déduire qu'on se trouverait en fait en présence d'une réduction de capital déguisée prohibée par l'art. 168 L1915. Ce texte sanctionne les gérants en général, donc également les gérants de SARL, qui « *auront sciemment racheté des droits sociaux en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire (...)* ». On pourra assimiler les *cross-stream guarantees* aux *up-stream guarantees* pour les besoins de la cause, car la soeur ne sera garantie qu'en raison du fait qu'elle se trouve sous une direction commune. Fondamentalement, c'est comme si la SARL garantissait sa mère qui transférerait le bénéfice de la garantie au tiers prêteur de la filiale soeur. La garantie financière « vers le haut » ne peut cependant être assimilée à un rachat de parts sociales. Certes, la garantie financière, si elle est mise en œuvre, a en commun avec le rachat de parts sociales de réduire en fait le capital social de la société, celui-ci n'étant plus représenté par des valeurs actives à hauteur du prix de rachat des actions (hypothèse du rachat de parts sociales) ou de la créance sur la société du groupe (hypothèse de la garantie financière vers le haut). Mais, à la différence du rachat de parts sociales qui ampute toujours le capital social (en l'absence de réserves distribuables), la garantie financière n'aboutit à ce résultat que si l'associé de la SARL s'avère insolvable. Or, ceci ne peut être présupposé, le banquier n'ayant aucun intérêt à prêter à une personne, s'il s'attend à ce qu'elle ne puisse rembourser sa dette le moment venu.

La garantie « vers le haut », au moment où elle est accordée, devrait donc, en règle générale, ne pas aboutir à terme à la naissance d'une créance irrécouvrable de la SARL sur son associé. De ce fait, l'opération ne peut être assimilée à un rachat déguisé de parts sociales.

Un autre type de garantie susceptible de poser problème se retrouve dans le cadre de l'*intéressement du personnel à la bonne marche de l'entreprise*. Il est fréquent, en effet, que l'équipe dirigeante de la société-cible devient également un associé dans la SARL, car les investisseurs veulent mettre les chances de leur côté pour qu'ils s'intéressent le mieux et qu'ils peuvent contribuer à la bonne marche financière de la société-cible. Mais le personnel n'a, la plupart du temps, pas les moyens financiers pour financer sur ses deniers personnels la souscription des parts sociales. D'où l'idée de faire intervenir la SARL en tant que financier. Un mécanisme classique consistera pour la SARL à accorder un *prêt au management nanti par les parts sociales* que celui-ci détient dans la SARL. L'opération est dangereuse, la SARL risquant de devenir détentrice de ses propres parts sociales ainsi financées, si le débiteur se trouve être incapable d'honorer sa dette. L'article 168 L1915 semble d'ailleurs viser précisément ce genre de situation en interdisant les « (...) prêts ou avances au moyen de fonds sociaux sur les actions ou parts d'intérêt de la société et ce, contrairement aux articles 49-6 et 49-7 dans le cas des sociétés anonymes ». Il faut évidemment éviter de donner à cette disposition pénale une portée plus large que les textes ne commandent : les articles 49-6 et 49-7 L1915 ne s'appliquant qu'aux sociétés par actions, on ne saurait étendre par voie d'analogie le champ d'application d'une disposition pénale interdisant l'assistance financière dans les SA à l'assistance financière dans les SARL, alors qu'elle y est permise sous réserve de ce qui sera indiqué ci-après. Si une SARL accorde un prêt à une personne afin de la mettre en mesure d'acquérir ses parts sociales, soit dans le cadre d'une souscription, soit dans le cadre d'une acquisition de parts sociales déjà existantes, l'opération ne sera interdite que si le prêt est nanti sur les parts sociales de la SARL (« prêts (...) sur

les parts »). Rien n'empêchera de ce fait la SARL à accorder un prêt à son personnel, afin d'acquérir ses parts sociales, tant que les parts sociales ne sont pas nanties au profit de la SARL. Par ailleurs, sont seules interdites les situations où la constitution du nantissement est concomitante ou antérieure à l'octroi du prêt ; rien n'empêche les parties, une fois le prêt accordé, de s'accorder sur la création d'un nantissement afin d'améliorer la situation juridique de la société<sup>1</sup>.

### Section 3. Les associés de la SARL

Comme dans toute société, il faut distinguer les droits et obligations individuels des associés de ceux qu'ils ont en commun. Les premiers s'exercent par chaque associé séparément ; les seconds dans le cadre des assemblées générales des associés.

#### § 1. DROITS DES ASSOCIÉS

Les droits des associés sont tantôt individuels, tantôt collectifs.

#### A. DROITS INDIVIDUELS DES ASSOCIÉS

On distinguera, tout comme pour les associés en général (v. n° [227]), les droits financiers et non financiers ; ils sont nettement plus importants que les quelques rares obligations auxquelles les associés sont soumis.

##### 1. DROITS NON FINANCIERS

Les associés doivent être informés, afin de pouvoir voter en connaissance de cause à l'assemblée. Le non-respect du droit à l'information constitue un vice de forme susceptible d'entraîner l'annulation de l'assemblée (v. n° [257]). Les associés ont également le droit de bénéficier, sous certaines conditions, des lumières d'un auditeur.

<sup>1</sup> PASSELECQ, op.cit., n° 5584.

**[817] Droit individuel d'information.** — Tout associé doit pouvoir *prendre sa décision en connaissance de cause*, en appréciant correctement la situation financière de la société. Il doit en particulier pouvoir apprécier la portée des résolutions qui lui sont soumises en assemblée, notamment les décisions en matière d'affectation des résultats. Pour cette raison, tout associé (chaque copropriétaire de parts sociales ; chaque titulaire de droits démembrés portant sur des parts sociales : art. 198 al. 3 L1915) peut exercer personnellement un certain nombre de prérogatives de contrôle (« droit de contrôle individuel »). C'est d'ailleurs le mode normal de contrôle de gestion de la SARL, le législateur ne prévoyant le pouvoir collectif du contrôle de la gestion de la SARL par la voie de l'assemblée générale que pour les SARL comptant plus de 25 membres. Dans cette perspective, l'associé individuel dispose d'un *droit de communication portant sur les états financiers ainsi que le rapport de l'auditeur*, en se déplaçant au siège de la société (art. 198 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Ce droit de contrôle individuel est en principe exercé par l'associé en personne. Cela ne l'empêche cependant pas de se faire représenter par un mandataire appelé « *fondé de pouvoir* » par le législateur. Ce fondé de pouvoir sera généralement un expert financier inscrit sur le tableau de l'Ordre des Experts-Comptables ou de celui des Réviseurs d'entreprises agréés. Ce droit d'inspection existe à tout moment durant l'année pour les SARL ne comptant pas plus de 60 associés. Il ne s'accompagne pas, toutefois, de celui de prendre copie.

En revanche, lorsque la loi prévoit l'intervention obligatoire d'un auditeur, ce droit de contrôle, s'il n'est certes pas éliminé, ne peut s'exercer que durant une *période de 15 jours* précédant l'assemblée générale devant approuver les comptes annuels de l'exercice

<sup>1</sup> Art. 198 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Tout associé peut, par lui-même ou par un fondé de pouvoir, prendre au siège social communication de l'inventaire, du bilan et du rapport du conseil de surveillance constitué conformément à l'article 200. (...) ».

écoulé (art. 198 L1915)<sup>2</sup>. Cette disposition s'explique par le fait que l'auditeur va faire le contrôle des comptes à la place de l'associé. Le droit de communication des documents comptables est le seul droit de contrôle au sens large conféré par la loi aux associés. Ce droit de contrôle ne va pas jusqu'à conférer un pouvoir d'investigation individuel aux associés, même si aucun auditeur n'a été nommé.

**[818] Droit collectif d'information en assemblées.**

— Les associés disposent collectivement d'un droit collectif d'information qui s'exerce principalement au moment de l'examen annuel des comptes (« droit de contrôle collectif »). Ce droit de contrôle collectif n'existe toutefois que dans les *sociétés comptant plus de 60 associés*, une assemblée devant y être tenue (v. n° [840]). Dans les autres cas, il peut être fait l'économie d'une assemblée au profit d'une consultation écrite. Le gérant devra alors communiquer aux associés le texte des résolutions proposées (art. 193 L1915)<sup>3</sup>. Ces documents sont systématiquement envoyés au domicile des associés, sans qu'ils aient besoin de les réclamer, à l'inverse de la règle applicable dans les sociétés anonymes.

Ce droit de contrôle inclut le *droit de poser des questions à la gérance*, en rapport avec les différents points à l'ordre du jour de l'assemblée. Dans le silence de la loi, il faut penser que tout associé a également la faculté de poser des questions écrites à la gérance, préalablement à l'assemblée, auxquelles la gérance devra répondre en

<sup>2</sup> Art. 198 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) ». Dans les sociétés de plus de soixante membres, cette communication ne sera permise que pendant les quinze jours qui précèdent cette assemblée générale. Le droit à communication des documents appartient également à chacun des copropriétaires de parts indivises, au nu-propiétaire et à l'usufruitier de parts sociales et de parts bénéficiaires ».

<sup>3</sup> Art. 193 L1915 : « Sauf en cas de modification des statuts, la tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire, quand le nombre des associés n'est pas supérieur à soixante. Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre, expressément formulées, et émettra son vote par écrit ».

assemblée, si ces questions ont trait à la gérance de la société (v. n° [232]). Les associés exprimeront souvent leur défiance vis-à-vis de la gérance ou le désaccord avec la gestion sociale écoulée en refusant de voter la *décharge* ou en *révoquant le gérant*.

Le contrôle collectif des associés s'arrête cependant à ces quelques mesures ; il ne s'étend pas à d'éventuelles *situations d'opposition d'intérêts* entre un gérant et la société telles celles susceptibles d'intervenir en raison d'opérations conclues entre la société et ses dirigeants. La loi de 1915 prévoit, certes, une procédure particulière dans une telle situation, tout en limitant son champ d'application aux sociétés de capitaux. Cependant, si le principe est dès lors celui que *le gérant d'une SARL peut librement traiter avec la société*, il est tenu à une obligation de bonne foi comme tout mandataire (v n° [366]). En l'absence de dispositions dans la loi sur le sujet, les statuts prévoient parfois des limitations à ce sujet, soit en interdisant au gérant de traiter, pour toutes ou certaines opérations seulement, avec la société, soit en les autorisant, tout en obligeant le gérant à en informer par la suite l'assemblée des associés, éventuellement aux fins de ratification.

**[819] Droit de vote.** — Tout associé ainsi que tout porteur de part bénéficiaire conférant un droit de vote peuvent participer eux-mêmes, ou par un mandataire, aux assemblées, quel que soit le nombre de parts qu'ils détiennent, afin d'y voter sur les résolutions portées à l'ordre du jour de l'assemblée. Le nombre de voix de l'associé sera égal au nombre de parts sociales qu'il détient (art. 195 L1915)<sup>1</sup>. Les clauses contraires sont réputées non écrites.

Il faut cependant distinguer les conventions, aux termes desquelles l'associé aurait un droit de vote excédant sa participation au capital, et celles où l'associé convient de renoncer à l'exercice du droit de vote ; ces conventions sont parfaitement valables (v. n° [340])<sup>2</sup>. Il sera de même possible pour les associés

d'une SARL de se lier, dans le cadre d'une convention de vote, d'après les mêmes règles que dans les SA (v. n° [339]). Il faut également tenir compte du fait que le droit de vote de l'associé peut être suspendu (v. n° [1011])<sup>3</sup>.

**[820] Droit d'action de l'associé individuel.** — L'associé peut agir en groupe, dans le cadre de l'assemblée générale, afin d'intenter une action sociale en responsabilité contre la gérance en raison d'atteintes aux droits communs des associés (v. n° [393]). Pour la défense de ses droits propres, tout associé peut également intenter une *action personnelle en responsabilité*, s'il a subi des préjudices personnels (v. n° [395]), Il dispose également de la faculté de solliciter en justice la *nomination d'un gérant provisoire*, lorsque la gestion sociale contrarie l'intérêt social ou se trouve entravée par l'impossibilité de dégager une majorité<sup>4</sup>, tout comme il pourra demander une *expertise de gestion* (v. n° [233] et s.).

En revanche, la loi ne prévoit pas la possibilité pour l'associé de demander en justice la *nomination d'un auditeur* ; il ne pourra que demander à ce que cette question soit traitée en assemblée. De même, l'associé ne pourra pas exercer l'*action sociale à titre individuel* (v. n° [394]).

**[821] Droit éventuel de bénéficiaire du contrôle par un auditeur.** — Trois raisons différentes peuvent justifier qu'une SARL recoure aux services d'un auditeur.

La SARL peut y être obligée par la loi *en raison de sa taille*. En effet, outre l'obligation de respecter les mêmes obligations comptables que les SA, la SARL est tenue de désigner au moins un réviseur d'entreprises, si

<sup>1</sup> Art. 195 L1915 : « Nonobstant toute clause contraire des statuts, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 195 L1915 : « (...) Il est permis à tout associé, à titre personnel, de s'engager à ne pas exercer temporairement ou définitivement tout ou partie de ses droits de vote. Une telle

renonciation lie l'associé renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière ».

<sup>3</sup> Art. 195 L1915 : « (...) Les statuts peuvent prévoir que les gérants peuvent suspendre les droits de vote de tout associé qui est en défaut de remplir les obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement. (...) ».

<sup>4</sup> Lux. 4 mars 1970, *Pas.* 21, p. 398.

elle atteint une certaine taille (v. n° [449]).

Lorsque la SARL ne dépasse pas les seuils de taille posés par la loi, la nomination d'un auditeur sera néanmoins obligatoire si la société comprend plus de *soixante associés*.

En dessous de ce seuil ainsi que pour les SARL à petite taille, la nomination d'un auditeur est *facultative*.

Lorsqu'un auditeur aura été nommé, son *régime juridique* sera calqué sur celui applicable à l'organe équivalent des sociétés anonymes (art. 200 L1915 ; v. n° [979])<sup>1</sup>. Ce renvoi est assurément exact si la nomination de l'auditeur est imposée par la loi. Mais comme la mission d'un auditeur ne change pas, s'il a été nommé sur une base facultative, la responsabilité de l'auditeur restera gouvernée par les mêmes principes que ceux applicables aux auditeurs obligatoires.

## 2. DROITS AUX BÉNÉFICES SOCIAUX

**[822] Dividende annuel.** — La répartition des bénéfices s'effectue conformément aux statuts, avec les particularités suivantes :

- les SARL sont tenues de constituer une *réserve légale* (v. n° [206]) jusqu'à ce qu'elle atteigne 10% du capital social de la société (pour le détail des modalités de calcul, v. n° [281]) ;
- les *clauses d'intérêt fixe*, consistant dans l'attribution d'un dividende fixe même en l'absence de bénéfices, sont interdites (v. n° [275]) ;
- aucune *répétition de dividendes* ne peut être exigée des associés, en dehors du cas de distribution de dividendes fictifs (v. n° [282]). L'action en répétition des dividendes fictifs doit être intentée dans les cinq

<sup>1</sup> Art. 200 L1915 : « Dans toute société à responsabilité limitée comprenant plus de soixante associés, la surveillance doit être confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non. Ce conseil est nommé dans l'acte de société. Il est soumis à la réélection aux époques déterminées par les statuts. Les pouvoirs des membres du conseil de surveillance et leur responsabilité sont déterminés par l'article 62, alinéas 1 et 3 de la loi ».

ans suivant la mise en distribution des dividendes (v. n° [284]).

Exemple : Les statuts de la SARL prévoient un dividende prioritaire fixé à 6% calculé sur la valeur nominale de 100 € par action. L'année de démarrage, la société subit des pertes. De ce fait, aucun dividende prioritaire n'est calculé ; ceci permet d'ailleurs de distinguer le dividende prioritaire de la clause d'intérêt fixe. La deuxième année, le dividende auquel l'associé aura droit s'élèvera à :  $(6\% \times 100) + (6\% \times [100 + 6]) = 12,36 \text{ €}$ . On remarquera que, tout comme en matière d'intérêts sur les sommes d'argent où l'intérêt est susceptible d'être capitalisé et, de ce fait, engendrer un intérêt plus élevé dans le futur, le dividende dû quoique non mis en distribution a augmenté la base de calcul pour le dividende futur, tant qu'il n'aura pas été payé. Cette solution n'est pas commandée par les textes de loi mais relève de la liberté contractuelle. Il serait également possible d'adopter la solution inverse, en excluant la capitalisation et en limitant de ce fait le droit au dividende à 12 € au titre de la deuxième année ( $= [6\% \times 100] + [6\% \times 100]$ ). Les deux solutions se défendent, et il appartient de ce fait aux statuts de trancher la question. Dans le silence des statuts, la capitalisation ne pouvant être présumée, le montant dû sera de 12 €. La problématique des intérêts sur les intérêts n'affectera pas la liberté contractuelle, l'art. 1154 C.civ. relatif à l'anatocisme<sup>2</sup> ne s'appliquant qu'en matière de prêts.

En l'absence de toute disposition légale ou réglementaire obligeant que la *mise en paiement des dividendes* ait lieu dans un certain délai, il appartiendra à l'assemblée des associés, et à défaut aux gérants, de fixer la date de mise en paiement (v. n° [274]).

Le droit aux bénéfices sociaux s'exprimant sous la forme d'un versement de dividendes, et la base de calcul du dividende incluant les *réserves* de la société (v. n° [280] et n° [281]), il s'ensuit que les associés disposent d'un droit sur les réserves, le dividende ne devant pas nécessairement être limité à la mise en distribution

<sup>2</sup> Dans les obligations portant sur un prêt d'argent, l'« anatocisme » est le nom donné à la capitalisation des intérêts. Cette pratique est réglementée par l'article 1154 du Code civil. La jurisprudence retient que la seule condition exigée par l'article 1154 du Code civil pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts est qu'ils soient dus au moins pour une année entière à la date de la demande.

des bénéfices de l'exercice écoulé.

**[823] Dividende intérimaire : l'acompte sur dividende.** — La question de la licéité du versement d'un acompte sur dividende dans la société à responsabilité limitée *a longtemps été discutée*<sup>1</sup>.

D'un côté, jusqu'à la loi du 10 août 2016, le législateur n'avait explicitement prévu l'acompte sur dividende que pour les sociétés anonymes (v. n° 0), ce qui, *a contrario*, pouvait faire penser qu'une telle pratique était interdite pour les sociétés à responsabilité limitée<sup>2</sup>. De même, à l'époque du vote de la loi (en 1983) instaurant la possibilité d'un acompte sur dividendes dans la société anonyme, la commission juridique avait relevé que la pratique (jusque-là) considérait généralement une telle technique comme étant interdite en droit luxembourgeois<sup>3</sup>. Aussi faudrait-il dans ce cas conclure à l'interdiction de l'acompte sur dividendes dans les sociétés à responsabilité limitée. On ajoutait parfois un argument de poids ayant trait à la date à laquelle les bénéfices distribuables sont déterminés : normalement, les dividendes ne peuvent être distribués que sur la base d'un bilan arrêté en bonne et due forme par les associés. Comme les bilans sont établis une fois par an, le bénéfice social est, lui aussi, annuel. Ceci ne laisserait pas de place au versement d'acomptes sur dividendes dans les sociétés à responsabilité limitée.

D'un autre côté, cependant, il faut bien admettre que les arguments précédents n'étaient pas tous convaincants. Le raisonnement *a contrario* a souvent ses limites, en particulier dans ce cas-ci. En effet, il ne s'agissait en 1983 que de transposer la 2<sup>e</sup> directive CEE en matière de droit des sociétés, directive qui ne s'applique qu'aux sociétés anonymes. Il est dangereux de vouloir *inférer une interdiction implicite du silence législatif*, car tout porte à croire que ce dernier ne s'était préoccupé que de la société anonyme.

Il ne faut pas confondre silence législatif avec interdiction : en France, à l'époque où l'acompte sur dividendes n'était pas réglementé non plus, la *validité* d'une telle pratique pouvait se

targuer de l'approbation par la doctrine autorisée<sup>4</sup>. La Belgique lui emboîta le pas à la fin des années soixante-dix<sup>5</sup>. Il n'y avait aucune raison de penser que le droit luxembourgeois se serait écarté sur ce point du droit français. Par ailleurs, la raison d'être de l'acompte sur dividendes, à savoir une distribution rapide des bénéfices sociaux aux associés, n'était pas propre aux sociétés anonymes. Qui plus est, la raison d'être d'une éventuelle interdiction ne pouvait consister que dans le souci de respecter le *principe d'intangibilité du capital social* ; ce principe a la même valeur et le même poids dans les sociétés anonymes que dans les sociétés à responsabilité limitée. Les articles 167 et 201 L1915 relatifs aux sanctions civiles et pénales en matière de *distribution de dividendes fictifs* (v. n° [282]) ainsi que de *répétition des dividendes* constituaient d'ailleurs un garde-fou suffisant pour assurer l'intégrité du capital social des sociétés à responsabilité limitée. Finalement encore, il ne fallait pas oublier que le droit des sociétés luxembourgeois laisse une large place au *principe de la liberté contractuelle* (v. n° [7]), de sorte qu'il n'existait aucune raison de poser un principe implicite d'interdiction là où la loi est restée muette<sup>6</sup>.

Sur la base de ces considérations, après quelques balbutiements initiaux, la pratique conclut que le législateur aurait laissé une entière liberté en la matière, de sorte que le versement d'acomptes sur dividendes ne serait pas soumis à des conditions de forme et de fond particulières, sauf qu'il faudrait limiter l'acompte sur dividendes aux *bénéfices « distribuables »* au sens de l'article 167 L1915. Il fallait donc que l'organe procédant à la distribution s'assurât que des bénéfices suffisants existent, ce qui ne se concevait pas sans l'établissement d'un bilan et compte de profits et pertes intérimaire. L'objectif de l'établissement des *comptes annuels intérimaires* consistait uniquement à faire ressortir que la société disposait de fonds distribuables suffisants, autrement dit que le versement d'acomptes sur dividendes n'affectait ni le capital social, ni les réserves non distribuables. En revanche, il n'existait aucune exigence légale de faire *auditer* les calculs par un tiers, comme cela est prévu pour les SA, sauf si les

<sup>1</sup> V. en détail : BOONE, The distribution of interim dividend by a société à responsabilité limitée, *ALJB* n° 41, 2008, p. 33.

<sup>2</sup> La doctrine belge opinait, semble-t-il, dans ce sens pendant un certain temps : GILSON DE ROUVREUX, De la distribution de dividendes intérimaires, *RPS* 1951, n° 4210, p. 123 ; HENRION, La distribution des dividendes intercalaires par les sociétés commerciales, *RPS* 1958, n° 4764.

<sup>3</sup> COMMISSION JURIDIQUE, Doc. parl. n° 2474, p. 28.

<sup>4</sup> HOUPIN/BOSVIEUX, T. 2, n° 1400.

<sup>5</sup> VAN RYN/OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence. Sociétés commerciales (1972 – 1978), *R.C.J.B.* 1981, n° 77-78, ainsi que la jurisprudence et la doctrine mentionnées.

<sup>6</sup> Dans le même sens : BOONE, op.cit., n° 13-32.

statuts prévoient autre chose<sup>1</sup>.

Concernant l'*organe compétent* pour statuer sur le sujet, on pouvait hésiter entre la gérance et l'assemblée. D'un côté, on pourrait penser que la décision de distribuer des dividendes devrait relever de la compétence de l'assemblée des associés, comme en matière de dividendes annuels. Mais d'un autre côté, la gérance est mieux placée que l'assemblée pour décider de la mise en distribution des dividendes, car elle connaît mieux les chiffres du bilan et sait donc plus facilement que l'assemblée va déterminer le montant des bénéfices distribuables<sup>2</sup>. Les deux thèses se défendant, on attribuait généralement dans les statuts la compétence en la matière à la gérance ou à l'assemblée, voire aux deux.

Plutôt que d'en rester aux errements de la pratique, qui au final arrangeaient tout le monde, la loi du 10 août 2016 a préféré consacrer dans un article spécifique le régime des acomptes sur dividendes (art. 198bis L1915)<sup>3</sup>. En ce faisant, le législateur a étendu aux sociétés à responsabilité limitée le régime des acomptes sur dividendes (dividendes intérimaires) applicable aux *sociétés anonymes*, en reprenant les différentes conditions y posées, y compris l'obligation de faire vérifier le caractère distribuable des sommes

<sup>1</sup> En ce sens : BOONE, op.cit., n° 52-55.

<sup>2</sup> En ce sens : BOONE, op.cit., n° 42-45.

<sup>3</sup> Art. 198bis L1915: (1) Il ne peut être procédé à un versement d'acomptes sur dividendes que si les statuts autorisent les gérants à le faire. Ce versement est en outre soumis aux conditions suivantes: a) il est établi un état comptable faisant apparaître que les fonds disponibles pour la distribution sont suffisants; b) le montant à distribuer ne peut excéder le montant des résultats réalisés depuis la fin du dernier exercice dont les comptes annuels ont été approuvés, augmenté des bénéfices reportés ainsi que des prélèvements effectués sur les réserves disponibles à cet effet et diminué des pertes reportées ainsi que des sommes à porter en réserves en vertu d'une obligation légale ou statutaire; c) la décision des gérants de distribuer un acompte ne peut être prise plus de deux mois après la date à laquelle a été arrêté l'état comptable visé sub a) ci-dessus; d) le commissaire ou le réviseur d'entreprises, s'il y en a, vérifie si les conditions prévues ci-dessus ont été remplies. (2) Lorsque les acomptes excèdent le montant du dividende arrêté ultérieurement par les associés, ils sont, dans cette mesure, considérés comme un acompte à valoir sur le dividende suivant ».

par *l'auditeur de la société*, « s'il y en a » (v. n° [276]). Cette exigence faisant intervenir le commissaire ou réviseur d'entreprises vise uniquement l'auditeur au sens de l'article 200 L1915 (c.-à-d. le commissaire en présence d'associés de plus de 60 personnes), ainsi que le réviseur d'entreprises au sens de l'article 69 § 1<sup>er</sup> L2002 sur le registre du commerce, pour autant que la SARL ne soit pas exclue, en raison de sa taille par l'article 35 de cette loi, de l'exigence d'un contrôle par un réviseur d'entreprises. L'auditeur contractuel comme statutaire, c.-à-d. la personne nommée pour le contrôle des comptes en présence de SARL de 60 personnes au maximum, ou de SARL de petite taille, n'est pas visée par cette disposition : une mission légale, qui est celle de vérifier que les réserves sont suffisantes pour distribuer un acompte sur dividende, ne peut être confiée qu'à une instance de contrôle elle-même instituée par la loi, plutôt que la simple volonté des associés.

**[824] Remboursement des apports et boni de liquidation.** — Outre une distribution de dividendes qui peut être décidée au cours de la vie sociale par l'assemblée (par la gérance en cas d'acomptes sur dividendes), les associés ont droit, en fin de société, aux réserves non distribuées ainsi que sur le boni de liquidation.

Ce droit n'existera bien évidemment que dans l'hypothèse où le passif de la société a pu être totalement réglé grâce aux actifs de la société, en laissant un solde. Ce solde revient aux associés (v. n° [277] et n° [656]). La SARL pouvant créer des parts sociales disposant de droits financiers différents, elle peut donc émettre diverses catégories de parts sociales, et de ce fait, conférer un droit prioritaire dans le remboursement de la mise et/ou dans la perception d'un boni de liquidation à certaines classes de parts sociales et non à d'autres.

### 3. SORTIE DES ASSOCIÉS DE LA SARL : LA CESSION DE PARTS SOCIALES

**[825] Présentation.** — Les droits des associés dans le



capital ne peuvent être représentés par des titres négociables (à ordre, nominatifs ou au porteur). La SARL garde en effet des caractéristiques des « sociétés de personnes », pour lesquelles les associés sont choisis en raison de leurs qualités personnelles. Cela justifie des limitations apportées à la transmissibilité des parts sociales. De plus, il est interdit aux SARL de faire publiquement appel à l'épargne, cette interdiction étant sanctionnée par la nullité des contrats conclus et des titres émis irrégulièrement. Sans être *librement cessibles*, les parts de la SARL peuvent néanmoins être *cédées sans le consentement unanime des associés*, comme c'est le cas dans les sociétés de personnes, si bien que ces associés restent rarement prisonniers de leurs parts. Le régime ne sera pas le même, selon que la cession est effectuée au profit d'un tiers (a), ou à d'autres associés ou à la société (b). L'opposabilité de la cession requiert également le respect d'un certain formalisme (c).

#### a) LA CESSION DE PARTS SOCIALES À UN TIERS

**[826] Opérations concernées.** — Compte tenu du caractère personnel du statut d'associé existant dans les SARL (quoique dans une moindre mesure que dans la SNC), la cession des parts sociales (comme des parts bénéficiaires) est soumise à une procédure d'agrément (art. 189 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Cela permet à la société d'opérer un contrôle des futurs associés, du moins lorsque la « cession » est faite à un tiers.

Le *tiers* est une personne étrangère à la société, c.-à-d. une personne autre qu'un associé. Sont donc visées les cessions effectuées au profit d'une personne qui n'est pas, au moment de la cession, déjà propriétaire d'une part sociale au moins. En raison de la similitude

de la part bénéficiaire donnant droit au vote avec la part sociale, le détenteur d'une part bénéficiaire est assimilé à un associé pour les besoins de la cause.

L'agrément concerne les « *cessions* » de parts sociales (ou de parts bénéficiaires donnant droit de vote). La cession inclut non seulement les *ventes* d'une ou de plusieurs parts sociales en pleine propriété, en usufruit ou en nue-propriété (ou la constitution d'un usufruit), mais également les apports, les échanges ainsi que les cessions à titre gratuit, telles que les *donations*. Par contre, des opérations telles une promesse de cession ou une convention de croupier ne sont pas visées par le régime de l'agrément, parce qu'il n'y a soit pas encore de cession (promesse de cession), soit pas de cession vis-à-vis de la société (convention de croupier).

L'agrément ne concerne que les « *parts sociales* », c.-à-d. les droits d'associé. Les *parts bénéficiaires portant droit de vote* sont assimilées pour les besoins de la cause aux parts sociales, car leurs caractéristiques sont proches de celles de parts d'associé. Les parts bénéficiaires sans droit de vote, les parts de fondateur ne constituant pas des « parts sociales », la procédure d'agrément ne leur sera pas applicable, de sorte qu'il appartiendra aux statuts de la SARL de prévoir les limitations éventuelles à leur cessibilité.

**[827] Agrément en assemblée.** — La cession doit être autorisée par les autres associés en assemblée. Il s'agit pour les associés de marquer leur accord qu'un tiers déterminé peut les rejoindre comme associé au sein de la SARL. Pour cette raison, une assemblée qui donnerait son agrément à l'avance, sans nom de bénéficiaire, respecterait certes la formalité de la procédure d'agrément, mais non pas sa finalité, de sorte à être nulle. Par contre, il doit être possible pour les associés d'approuver par avance un cercle prédéfini de personnes innommées, tel p.ex. un cercle restreint de salariés de la société ; dans ce cas, le nouvel associé, à défaut d'être déterminé, est suffisamment déterminable pour que l'on puisse considérer que le caractère personnel de la SARL reste préservé.

L'associé désirant céder ses parts informera la société

<sup>1</sup> Art. 189 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires portant droit de vote ne peuvent être cédées entre vifs à des personnes autres que les associés ou les détenteurs de parts bénéficiaires portant droit de vote sans l'agrément donné conformément à l'article 193 (...). La même règle s'applique lorsqu'il s'agit pour ces parts: – de constituer un usufruit; ou – d'en céder la nue-propriété ou l'usufruit. Le projet de cession est notifié à la société ».

de son *projet de cession*. La gérance convoquera l'assemblée des associés afin qu'elle délibère sur le projet de cession. Même si la loi permet, dans les SARL avec plus de 25 associés, de consulter les associés par écrit (art. 193, §2, L-1915), la consultation écrite doit être écartée à cette occasion, la loi exigeant que l'autorisation de cession soit donnée « *en assemblée générale* »<sup>1</sup>. L'intérêt de ce formalisme n'existe cependant que si l'un des associés au moins entend s'opposer à la cession ; s'il peut s'exprimer en assemblée sur les raisons de son opposition, il pourrait peut-être être en mesure de convaincre de sa thèse une majorité suffisante d'associés. Il en résulte que dans trois séries de cas au moins, un agrément en assemblée ne sera pas nécessaire, en raison du respect d'un formalisme jugé équivalent :

- dès lors que tous les associés agrément à la cession, il n'y a aucune plus-value à attendre d'une assemblée d'associés, de sorte que l'agrément pourra être valablement donné par voie de *consultation écrite* ;
- pour la même raison, si *tous les associés participent à la convention de cession*, sans pour autant céder eux-mêmes leur participation, l'on doit pouvoir conclure à l'existence de l'agrément, même s'il n'est pas donné en « assemblée » ;
- le but de l'agrément en assemblée étant de permettre aux associés restants de garder le contrôle sur le cercle des associés, l'agrément en assemblée ne sera pas requis non plus si *toutes les parts sociales sont transférées*, car dans ce cas de figure tous les associés sortent.

Le législateur n'exigeant pas explicitement l'agrément préalable à la cession, deux possibilités paraissent envisageables. La première consiste à ne soumettre qu'un *projet de cession* à l'assemblée de la SARL ; après agrément par celle-ci, la cession interviendra. C'est la seule manière dont le législateur considère la cession à un tiers (« *Le projet de cession est notifié à la société* »). Mais il n'existe aucune raison

d'exclure la deuxième possibilité qui revient à rendre la cession immédiatement parfaite entre les parties, mais sous la *condition suspensive* de l'agrément de l'assemblée. Dans ce cas, la condition rétroagit au jour de la cession entre les parties, une fois que l'assemblée aura donné son agrément (art. 1179 C.civ.)<sup>2</sup>. On doit pareillement considérer comme opposable à la société la cession à un tiers sans condition suspensive, si une assemblée des associés ratifie par la suite la cession.

Lorsque la cession entre vifs est le résultat d'une *donation*, il faut en outre, sous peine de nullité, un acte notarié (art. 931 C.civ.)<sup>3</sup>.

**[828] Personnes appelées à voter sur l'agrément et conditions de majorité.** — L'agrément étant à donner par « *des associés* », seules les personnes participant au capital social de la SARL seront appelées à voter. Ceci exclut donc les détenteurs d'autres valeurs mobilières, telles les parts de fondateurs et les parts bénéficiaires, y compris celles donnant droit de vote. La loi ne distinguant pas entre les associés, *l'associé désireux de céder ses parts sociales peut participer au vote dans l'assemblée*, car aucun texte ne l'exclut du vote à prendre.

L'autorisation de cession sera donnée si les associés représentant au moins *75% des parts sociales* de la société approuvent la cession. Les statuts peuvent réduire la majorité des 75% jusqu'à 50%, tout comme ils pourront renforcer le pourcentage, afin d'accentuer le caractère personnel de la société<sup>4</sup>. Contrairement à

<sup>2</sup> Art. 1179 C.civ. : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier ».

<sup>3</sup> Art. 931 C.civ. : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

<sup>4</sup> Art. 189 § 1er L1915 : « (...) sans l'agrément donné conformément à l'article 193 par des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Les statuts peuvent toutefois abaisser cette majorité jusqu'à la moitié des parts sociales. La même règle s'applique lorsqu'il s'agit pour ces parts : – de constituer un usufruit ; ou – d'en céder la nue-propriété ou l'usufruit. (...) ».

<sup>1</sup> En ce sens METZLER, op.c., p. 78.

ce qui valait, jusqu'à la réforme de 2016, pour les modifications statutaires, où une double majorité en nombre d'associés et en proportion du capital est requise (v. n° [841]), même une minorité numérique peut approuver la cession, pourvu qu'elle dispose de la majorité des trois-quarts du capital social.

**[829]Refus d'agrément.** — L'assemblée statuant sur le projet de cession n'est pas obligée de motiver sa décision. En cas de refus d'agrément, l'associé-cédant peut décider de renoncer à la cession. S'il entend continuer à sortir de la société, les associés devront, dans un délai de 3 mois (prorogeable à 6 mois par décision judiciaire), à compter du refus, acheter ou faire acheter les parts de l'associé-cédant. À défaut, l'associé-cédant peut procéder à la cession (art. 189 § 1<sup>er</sup> dernier alinéa L1915)<sup>1</sup>, dans le cadre d'une forme d'agrément par déchéance. Que les parts de l'associé-cédant soient rachetées par la société ou acquises par un associé ou un tiers, la cession devra, sauf accord du cédant, porter sur l'intégralité des parts dont la cession est projetée.

Le plus simple, en cas de refus d'agrément, sera sans

doute pour la société de racheter elle-même les parts sociales. Voilà pourquoi la loi prévoit expressément cette possibilité. Si la société n'a pas les réserves suffisantes, il lui faudra effectuer le rachat dans le cadre d'une réduction de son capital. L'associé-cédant devra cependant donner son accord sur le rachat par la société, ce qui se justifie du fait que cette opération s'effectuera au prix fixé dans les statuts, qui peut donc être moindre que celui offert par le tiers, mais également parce qu'une réduction de capital est susceptible de constituer un dividende imposable (alors que la cession à un tiers est non imposable, sauf si la participation est de 10% au moins dans le capital de la société).

La loi ne précise pas si, en cas de refus d'agrément, les autres associés ont une simple *faculté d'achat* ou si une véritable *obligation d'achat* pèse sur eux. On pourrait penser que les associés hostiles à la cession devraient se porter acquéreurs des parts sociales à céder. Toutefois, le texte ne s'exprime pas en ce sens ; comme il existe également une option d'achat par la société ou par un tiers, postuler une obligation de rachat à charge des associés hostiles à la cession serait excessif. Sans oublier que les autres associés, favorables à la cession, peuvent également trouver un intérêt à acquérir les parts sociales. Les statuts peuvent évidemment couper court à cette controverse, en prévoyant les modalités d'acquisition des parts sociales par les autres associés, en se prononçant notamment sur la question de savoir si une obligation de rachat pèse sur tous les associés, ou sur certains parmi eux uniquement.

Aux termes de la loi, les conditions et les modalités de rachat par la société sont fixées dans les *statuts*. S'agissant d'une mesure de protection des associés, qui pourraient se voir exposés à un mode de fixation du prix qui leur serait défavorable, un accord de leur part sur le mode de calcul obtenu dans une convention d'associé extrastatutaire ne devrait pas affecter la validité juridique de la disposition. La loi ne fixe donc pas le mode de calcul du prix mais préfère s'en remettre aux conventions entre les parties. En cas de *désaccord entre les parties* quant à l'application des règles convenues entre elles, le prix de rachat sera déterminé par le magistrat président la chambre du tribunal

<sup>1</sup> Art. 189 § 1<sup>er</sup> dernier alinéa L1915: « Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés peuvent, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, acquérir ou faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues au paragraphe (3), sauf si le cédant renonce à la cession de ses parts. Les frais d'expertise sont à la charge de la société. Sur requête du gérant, ce délai peut être prolongé par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, sans que cette prolongation puisse excéder six mois. La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts au prix déterminé dans les conditions prévues au paragraphe (3). Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par décision de justice. Les sommes dues portent intérêt au taux légal en matière commerciale. Si, à l'expiration du délai imparti, aucune des solutions prévues aux troisième et quatrième alinéas ci-dessus n'est intervenue, l'associé peut réaliser la cession initialement prévue ».

d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé (art. 189 § 3 L1915)<sup>1</sup>. Celui décidera la plupart du temps de recourir aux lumières d'un expert en matière d'évaluation. L'expert se placera au jour de la notification de la cession, en cas de cession entre vifs, et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort, aux fins d'évaluation des parts sociales. Si le prix offert par le tiers paraît raisonnable, la valeur retenue par l'expert devrait normalement être proche de ce prix. Une difficulté pourra surgir si le prix fixé par l'expert est plus élevé que celui auquel la société ou les associés pensaient. Il faut penser que, dans ce cas, la société (ou ses associés) peuvent se désister de l'achat. Il appartiendra également aux statuts de se prononcer sur la question de délais éventuels de paiement ; en l'absence de précisions en ce sens, le prix sera immédiatement payable, bien que le tribunal puisse également décider d'accorder un délai de paiement ne pouvant dépasser deux années.

### [830] Transmission successorale de parts sociales.

— Les transmissions de parts sociales sont facilitées au profit de tiers si la cession intervient dans le cadre d'une *succession légale* ou *testamentaire* (à l'époux ou à l'épouse, aux enfants, etc. ; art. 189 § 2 L1915)<sup>2</sup>. Cette

<sup>1</sup> Art. 189 § 3 L1915 : « Les conditions et les modalités de rachat sont fixées par les statuts. En cas de désaccord des parties quant au prix de cession, celui-ci est déterminé par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. La valeur des parts est fixée au jour de la notification de la cession en cas de cession entre vifs et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort ».

<sup>2</sup> Art. 189 § 2 al. 2 L1915 : « Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires portant droit de vote ne peuvent être transmises en pleine ou en nue-propriété pour cause de mort à des personnes autres que les associés ou les détenteurs de parts bénéficiaires portant droit de vote sans l'agrément des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales appartenant aux survivants. Les statuts peuvent toutefois abaisser cette majorité jusqu'à la moitié des parts sociales appartenant aux survivants. Sauf disposition contraire

disposition s'explique par le caractère souvent familial des SARL : les héritiers sont très souvent impliqués dans la gestion de la société et au fait de ce qui s'y passe, sans pour autant être des associés en droit ; la transmission successorale ne fait qu'aligner en quelque sorte le juridique sur l'économique. À cette fin, l'article 189 L1915 aligne, à titre de règle générale, cette situation sur le régime de cession à des tiers. La transmission est donc subordonnée, comme dans les cessions entre vifs, à l'*agrément de l'assemblée des associés représentant au moins 75% des parts sociales votantes* de la société (art. 189 § 2 al. 1<sup>er</sup> L1915). Le défunt ne pouvant plus voter, et les bénéficiaires de la succession n'étant pas encore des associés, il y a lieu de déduire les parts sociales détenues par le défunt pour les besoins du calcul des 75%. Dans un souci de faciliter la transmission de l'héritage aux générations suivantes, la loi prévoit cependant que :

- l'agrément n'est pas requis, sauf dispositions statutaires en sens contraire, pour les transmissions aux *héritiers réservataires* (c.-à-d. les descendants) ainsi qu'au *conjoint survivant* et au partenaire survivant ;
- lorsque la transmission se réalise au profit d'*autres héritiers légaux* (c.-à-d. les ascendants, frères et sœurs, ...) du défunt, l'agrément reste de droit, sauf que les statuts peuvent y renoncer, ce qui, normalement, n'est pas possible en cas de cession à des tiers.

En cas de transmission successorale des parts sociales, la société continue entre les associés survivants et les héritiers ou le conjoint de l'associé décédé qui seront associés dans la SARL, proportionnellement aux parts qu'ils recueilleront lors du partage de la succession du défunt. Tant qu'il n'y a pas eu partage, l'exercice des droits relatifs à ces parts est suspendu jusqu'à ce que le transfert soit devenu opposable à la

---

des statuts, l'agrément n'est pas requis lorsque les parts sont transmises, soit à des héritiers réservataires, soit au conjoint ou partenaire survivant, et, pour autant que les statuts le prévoient, aux autres héritiers légaux ».

société (art. 189 § 2 dernier alinéa L1915).

En cas de *refus d'agrément*, les autres associés doivent acheter ou faire acheter par des tiers, ou par la société elle-même, les parts du conjoint ou des héritiers non agréés, dans un délai de trois mois à compter du refus. À défaut, les héritiers auront la possibilité de provoquer la dissolution de la société (art. 189 § 2 al. 3 L1915)<sup>1</sup>. Le prix de rachat est fixé par la loi « *sur la base du bilan moyen des trois dernières années* » (art. 189 § 2 al. 5 L1915), le tribunal intervenant en cas de désaccord sur le mode de calcul du prix (art. 189 § 2 al. 6 L1915). Cette formulation du texte de loi est quelque peu malheureuse et ne doit pas être prise à la lettre : il s'agit de fixer la valeur des parts sociales au jour du décès, en compensant à la valeur de marché les héritiers évincés de la société. La fixation de la valeur des parts sociales ne peut être uniquement basée sur les valeurs portées au bilan de la société mais doit tenir compte d'autres facteurs, dont la rentabilité future espérée de la société. Le tribunal devra donc recourir aux méthodes classiques d'évaluation des sociétés (v. n° [316] et s.).

### [831] Agrément et cession de parts sociales nanties.

— Les SARL sont fréquentes de nos jours en matière de montage sociétaire, notamment avec des investisseurs américains. Lorsque la SARL est ainsi utilisée pour acquérir des filiales à l'étranger, le financement est généralement fait en partie par fonds propres, et en partie par dettes bancaires. Les banques prêteuses exigent dans ce cas régulièrement la remise des parts sociales en nantissement, aux fins de couverture de leurs risques. Mais le nantissement n'est véritablement utile que si les parts sociales nanties peuvent faire l'objet d'une appropriation par les banques ou si elles

peuvent être vendues par celles-ci en cas de difficultés financières de la SARL. Dans l'un comme dans l'autre cas, cela implique que la constitution du nantissement peut entraîner l'entrée de nouveaux associés dans le capital de la SARL. Mais il n'est évidemment pas certain que l'assemblée des associés approuvera à ce moment-là le transfert des parts sociales aux banques. Aussi, afin de concilier le caractère personnel de la SARL avec les nécessités de la vie financière, l'art. 12 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières, telle que modifiée, prévoit un régime nuancé en matière d'agrément et de transfert de parts sociales nanties<sup>2</sup>.

La nécessité d'obtenir l'agrément en assemblée des associés n'existe pas si *toutes les parts sociales sont nanties*. Cette règle s'explique aisément : comme, dans ce cas, les associés existants seront intégralement remplacés lors de la réalisation du nantissement, l'agrément ne les concerne pas, car ils ne feront plus partie de la société. Du coup, on peut se dispenser de la procédure d'agrément.

<sup>1</sup> Art. 189 § 2 al. 3 L1915 : « Les héritiers ou les bénéficiaires d'institutions testamentaires ou contractuelles qui n'ont pas été agréés et qui n'ont pas trouvé un cessionnaire réunissant les conditions requises, peuvent provoquer la dissolution anticipée de la société, trois mois après une mise en demeure signifiée aux gérants par exploit d'huissier et notifiée aux associés par pli recommandé à la poste ».

<sup>2</sup> Art. 12 de la loi du 5 août 2005 : « Nonobstant les dispositions de l'article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, l'agrément de l'assemblée générale des associés n'est pas requis en cas de réalisation totale ou partielle d'un gage portant sur toutes les parts d'une société à responsabilité limitée et accordé, lors de la constitution, à une personne ou à plusieurs personnes dans le cadre d'une même opération. Dans les autres cas, l'agrément peut être donné dans les conditions de l'article 189 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à tout moment avant la réalisation en faveur soit d'une ou de plusieurs personnes ou groupes de personnes identifiées, soit de personnes non identifiées. Un tel agrément est irrévocable. Au cas où, dans le cadre de la réalisation, les parts sont cédées à une personne agréée non identifiée et que la réalisation du gage n'est pas faite par vente publique annoncée préalablement par écrit à la société, les associés, à l'exclusion du cédant et du cessionnaire des parts sociales nanties, pourront, dans le mois suivant la notification de la cession à la société, soit racheter eux-mêmes les parts sociales nanties au prix de réalisation, soit faire racheter ces parts par la société au prix de réalisation ».

En cas de *nantissement sur une partie seulement des parts sociales*, il faudra distinguer selon que l'assemblée a ou non donné son agrément au moment de la constitution du nantissement. Dans tous les cas de figure, l'agrément sera irrévocable ;

- si l'assemblée des associés a donné son agrément à certaines personnes ou groupes de personnes identifiés (« *agrément spécial* ») lors de la constitution du nantissement, il n'y aura plus besoin de tenir une assemblée au moment de la réalisation du nantissement ;
- il en sera de même si l'agrément n'est qu'au profit de personnes non identifiées (« *agrément général* »), à la réserve près que les associés pourront racheter eux-mêmes ou faire racheter par la société les parts sociales nanties. Cette possibilité n'existera cependant pas si les parts sociales sont réalisées par vente publique, puisque dans ce cas les associés peuvent acquérir directement eux-mêmes tout ou partie des parts sociales en question.

Si l'assemblée n'a donné *aucun agrément lors de la constitution du nantissement et que celui-ci ne porte que sur une partie des parts sociales* de la société, on appliquera le droit commun en matière d'agrément (v. n° [826] et s.).

**[832] Sanctions en cas de non-respect de la procédure d'agrément.** — La nécessité d'obtention de l'agrément constitue une *disposition d'ordre public*, en ce qu'elle vise à préserver le caractère hybride de la SARL. Toute clause statutaire contraire sera réputée non écrite. Du coup se pose la question de savoir si le non-respect de cette obligation est sanctionné par la nullité de la cession ou seulement par son inopposabilité par rapport à la société.

En droit commun, la cession entre parties est parfaite dès l'échange de consentements. Cette règle s'applique en principe également à la vente de parts dans une SARL. Mais la vente de parts d'une SARL se trouve également conditionnée par un facteur additionnel : l'agrément des associés. On se trouve donc en présence d'une *vente affectée d'une condition suspensive*.

Si l'agrément n'est pas obtenu, il n'y a pas de vente. L'agrément en assemblée n'est donc pas une question d'opposabilité de la vente à la société, où le cessionnaire non agréé deviendrait le croupier de l'associé dont la cession a été refusée, mais une question de vente qui devient inexistante si la condition suspensive n'est pas remplie.

#### b) LA CESSION DE PARTS SOCIALES AUX ASSOCIÉS OU À LA SOCIÉTÉ

**[833] Cession aux associés.** — À l'inverse de la cession à des tiers, la cession de parts entre associés est libre. L'associé se distinguant du tiers, il faut donc définir les personnes qui sont associées à la société. Ce sont celles qui figurent sur le registre des associés (v. n° [793]). De ce fait, le régime de la libre cessibilité entre associés ne s'applique pas aux *cessions entre conjoints* et entre *ascendants* et *descendants*, car ceux-ci ne sont pas des associés dans la société. Par contre, l'indivisaire étant un associé, un associé doit pouvoir librement céder ses parts à un membre d'une indivision successorale (v. n° [286]). Pour les cessions à un usufruitier ou nu-proprétaire, la question de leur statut éventuel d'associé n'est pas aisée à trancher (v. n° [289] et s.).

L'associé-cédant n'est pas obligé d'offrir ses parts sociales aux autres associés, au prorata de leurs droits dans le capital de la société ; il pourra librement vendre ses parts sociales au prix convenu à l'associé de son choix. Une cession à un associé ne portant pas atteinte au caractère « fermé » de la société, le transfert de propriété résulte du simple échange des consentements, conformément au droit commun de la vente, la vente n'étant pas affectée d'une condition suspensive d'agrément en assemblée (v. n° [832]). Les statuts peuvent cependant en disposer autrement, et notamment prévoir l'agrément des associés, afin de les protéger contre tout renversement d'alliances. En cas de refus d'agrément, le vendeur doit pouvoir obtenir l'achat de ses parts par ses coassociés, la société ou un tiers, en suivant les règles applicables au refus d'agrément en cas de cession à des tiers (v. n° [829]),

car il ne serait pas concevable qu'une vente à un autre associé puisse être plus contraignante pour l'associé-cédant qu'une vente à un tiers.

Lorsque la cession entraîne la réunion de toutes les parts dans une même main, la société devient automatiquement une SARL unipersonnelle.

**[834] Cession à la société : le rachat par la SARL de ses propres parts sociales.** — L'achat des parts sociales par un tiers comme par un associé est souvent difficile à réaliser à bref délai. Le plus simple est souvent de faire acheter les parts sociales par la SARL elle-même. Le législateur envisageait expressément l'hypothèse du « rachat » à l'occasion de la transmission de parts sociales pour cause de mort (v. n° [830]). Le rachat des parts sociales restait cependant également possible dans les autres circonstances, même dans le silence des statuts. Il suffira dans ce deuxième cas que les associés approuvent la cession à la société aux conditions requises en matière de transmission de parts à des tiers (v. n° [826] et s.), sauf si la SARL est déjà associée, auquel cas le rachat est libre (v. n° [833]), à condition bien sûr de l'existence de réserves suffisantes). Suite à l'introduction dans la loi de 1915 d'un article 182 § 2 L1915<sup>1</sup>, une SARL peut également émettre des parts rachetables (et convertir des *parts sociales ordinaires* en *parts sociales rachetables*). Il faut donc dorénavant distinguer le rachat de parts sociales ordinaires et le rachat de parts sociales rachetables.

Ces deux types de rachats ont cependant en commun de ne permettre le rachat que dans la mesure où la société dispose de *réserves distribuables suffisantes*, c.-à-d. de réserves à hauteur du montant du prix de rachat envisagé. Cette exigence se conçoit aisément, car l'encadrement juridique des opérations de rachat sert

<sup>1</sup> Art. 182 § 2 L1915 : « Sans préjudice de la possibilité d'un rachat de parts sociales décidée par la société avec le consentement des associés concernés, le capital social peut être composé en tout ou en partie de parts sociales rachetables dont les conditions et les modalités de rachat sont fixées par les statuts. Le rachat doit être autorisé par les statuts avant la souscription des parts rachetables ».

avant tout la protection des créanciers sociaux. Leurs intérêts ne sont évidemment pas lésés si le rachat est financé par des sommes distribuables, car ces sommes peuvent, de toute façon, être distribuées aux associés sans que les créanciers sociaux ne puissent s'y opposer. S'ils rachètent les parts sociales en l'absence de sommes distribuables suffisantes, les gérants encourrent une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de € 5 000 à € 125 000, ou d'une de ces peines seulement, car l'opération se traduirait par une réduction du capital social en dessous du montant fixé dans les statuts (art. 168 L1915<sup>2</sup> pour tous les rachats de parts sociales ; art. 182 § 3 L1915<sup>3</sup> pour les parts sociales rachetables ; v. également n° [324]).

Exemple : Une SARL au capital de 10 000 000 et disposant de réserves distribuables de 5 000 000 procède au rachat de parts sociales pour un montant de 4 000 000 et verse un dividende pour le complément, soit 1 000 000. Au lieu de procéder au rachat, la SARL aurait pu distribuer un dividende de 5 000 000. Les créanciers ne pouvant s'opposer à la distribution de 5 000 000 (s'il n'y a pas de rachat), il n'existe aucune raison non plus de les protéger particulièrement à l'occasion du rachat de ces parts sociales.

Les deux types de rachat ont en commun certaines conséquences juridiques résultant du rachat, mais se différencient sur d'autres plans. Ils ont en commun que les droits politiques et financiers normalement attachés aux parts sociales rachetées seront suspendus, tant que les parts sociales seront détenues par la société. Cette règle résulte formellement de l'article 182 § 6

<sup>2</sup> Art. 168 L1915 : « Seront punis des mêmes peines tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires, gérants ou membres du comité de surveillance, auront sciemment : (...) racheté des droits sociaux en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire, et ce contrairement aux dispositions de l'article 49- 2 dans le cas des sociétés anonymes et de l'article 182 paragraphes (2) à (7) dans le cas des sociétés à responsabilité limitée ; (...) ».

<sup>3</sup> Art. 182 § 3 : « Le rachat de parts sociales ne peut avoir pour effet que la valeur nominale ou, selon le cas, le pair comptable agrégé des parts détenues par des personnes autres que la société devienne inférieure au capital social minimum visé au paragraphe (1) ».

L1915<sup>1</sup> pour les parts sociales rachetables ; elle s'applique par analogie aux rachats de parts sociales ordinaires.

La différence principale en matière de rachat de parts sociales ordinaires ou rachetables se situe au niveau du montant du capital social de la société. Lorsqu'une société rachète ses parts sociales ordinaires, ces parts feront partie de son patrimoine, suite au rachat, et figureront donc à l'actif de son bilan. Si la SARL veut annuler ces parts sociales, il lui faudra passer par une *assemblée extraordinaire* statuant en matière de réduction de capital (v. n° [841]). Il n'est pas garanti que l'assemblée vote la résolution, de sorte qu'il n'est pas acquis non plus que les parts sociales puissent être annulées. La situation est différente, cependant, en matière de parts sociales rachetables : la gérance de la société pourra procéder à une réduction de capital, sans approbation ad hoc de l'assemblée des associés, si les statuts s'expriment en ce sens (« capital autorisé inversé » ; art. 182 § 7 L1915)<sup>2</sup>. Le paiement du prix de rachat aux associés devant préserver les intérêts des créanciers sociaux, la gérance devra déterminer si la société disposera normalement d'avoirs suffisants lui permettant, le moment venu, d'honorer ses dettes. Si tel devait ne pas être le cas, la gérance devra limiter le paiement du prix de rachat à ce qui sera nécessaire afin de rembourser les dettes sociales et différer le paiement de la partie restante du prix de rachat jusqu'au moment où la société disposera

d'avoirs suffisants (art. 182 § 4 L1915)<sup>3</sup>.

#### c) FORMALISME DE LA CESSION

**[835] Droits sociaux simplement cessibles et non négociables.** — Le caractère *non négociable* des parts sociales distingue celles-ci des actions qui sont des titres négociables. Les titres négociables sont des titres qui incorporent certains droits (droit de créance très souvent) et dont la transmission s'opère concomitamment avec le transfert du titre. Si les parts sociales ne sont certes pas négociables, elles restent cependant *cessibles*, ce qui veut dire qu'elles se transmettent par les voies du droit civil. La cession doit être constatée par écrit. Elle n'est opposable à la SARL qu'après l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 C.civ. pour les cessions de créance : notification à la société ou acceptation par celle-ci de la transmission, soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé (art. 190 § 2, L1915)<sup>4</sup>. Lorsqu'il est procédé à une donation, il faut en outre, sous peine de nullité, un acte notarié (art. 931 C.civ.). Le nouvel associé doit également être publié au RCS (art. 6 n° 6 L19.12.2002), sans que cette formalité n'entraîne de conséquences en ce qui concerne l'*opposabilité aux tiers*, la cession étant opposable aux tiers dès sa notification à la société ou son acceptation par celle-ci.

Cette affirmation peut a priori surprendre. Les cessions de parts sociales doivent en effet être publiées au RCS. Par ailleurs, l'art. 8 L1915 prévoit que l'extrait à publier concernant la SARL contienne la « désignation précise » des associés. Aussi serait-on

<sup>1</sup> Art. 182 § 6 L1915 : « Les droits de vote et les droits financiers attachés aux parts rachetées sont suspendus pendant la durée de leur détention par la société. Il en est de même si la société fait racheter ses parts par une entreprise filiale au sens de l'article 309 paragraphe (2) ».

<sup>2</sup> Art. 182 § 7 L1915 : « Les statuts peuvent autoriser les gérants à annuler des parts sociales rachetées par la société et décider une réduction de capital afférente. Dans ce cas, les gérants feront constater la réduction de capital par acte notarié. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de l'annulation et de la réduction de capital afférente décidée par les gérants ».

<sup>3</sup> Art. 182 § 4 L1915 : « Les gérants de la société peuvent décider de ne pas payer tout ou partie des distributions sur rachat de parts s'il est prévisible qu'en raison de ce fait la société ne pourrait acquitter ses dettes à leur échéance. La décision des gérants de la société de ne pas payer des distributions conformément à ce qui précède suspend, jusqu'à décision contraire des gérants, l'obligation afférente de la société à l'égard des associés concernés ».

<sup>4</sup> Art. 190 § 2, L1915 : « Elles (les cessions) ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après qu'elles aient été notifiées à la société ou acceptées par elle en conformité avec les dispositions de l'article 1690 du code civil ».



tenté d'appliquer la règle générale prévue à l'art. 19-1 L27.05.2016 qui règle la question de l'opposabilité aux tiers des actes de société que la loi impose de publier. Selon cet article, l'opposabilité ne commence qu'à partir de la publication de l'acte au RESA (v. n° [140] et s.). Mais ce texte applicable aux actes de société en général est écarté par un texte spécifique dans le domaine de la cession des parts sociales dans les SARL (art. 190 al. L1915). Selon cet article, les cessions de parts sociales « ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après qu'elles ont été notifiées à la société ou acceptées par elle (...) ». Le législateur a ainsi voulu traiter de manière uniforme la question de l'opposabilité de la cession des parts sociales dans les SARL, en alignant le moment de l'opposabilité aux tiers sur celui où la cession est devenue opposable à la société. Comme les textes spécifiques prévalent sur les règles générales, la question de l'opposabilité aux tiers est uniquement à apprécier par rapport à l'art. 190 L1915.

## B. DROITS COLLECTIFS DES ASSOCIÉS : LES DÉLIBÉRATIONS COLLECTIVES DES ASSOCIÉS

Tout associé dispose impérativement d'un droit de participation aux délibérations collectives (art. 195 L1915)<sup>1</sup>. Celles-ci peuvent prendre deux formes distinctes (1). Un certain nombre de règles communes s'appliquent à ces délibérations collectives (2). S'y ajoutent certaines règles spécifiques selon que les délibérations collectives sont ordinaires (3) ou extraordinaires (4).

### 1. LES DEUX FORMES DE DÉLIBÉRATIONS COLLECTIVES

**[836] Assemblées physiques.** — En principe, les décisions collectives sont prises en assemblée, donc par réunion physique des associés (art. 193 L1915)<sup>2</sup>. Ce mode de consultation est obligatoire dans plusieurs hypothèses :

- si le nombre d'associés dépasse 60 dans la mesure où

<sup>1</sup> Art. 195 L1915 : « Nonobstant toute clause contraire des statuts, tout associé peut prendre part aux décisions ».

<sup>2</sup> Art. 193 L1915 : « Les décisions des associés sont prises en assemblées générales. (...) ».

il s'agit de la délibération annuelle portant sur l'approbation des comptes sociaux (art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>3</sup> ;

- si l'assemblée est amenée à statuer sur des *modifications aux statuts* (art. 193 L1915)<sup>4</sup> ;
- si les associés sont amenés à se prononcer sur la *dissolution* éventuelle de la société (art. 180-1 L1915)<sup>5</sup> ;
- si la réunion a été *demandée par un ou plusieurs associés* représentant la majorité des parts sociales (art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>6</sup>. Si ce droit est surtout exercé durant la vie de la société, il existe également durant la phase de liquidation de la société.

Le lieu de l'assemblée des associés est déterminé par les statuts. À défaut de dispositions statutaires, l'assemblée se réunit *au siège social* de la société. Aucun associé ne peut être exclu de l'assemblée. L'*auditeur*, appelé « commissaire de surveillance », s'il en existe un, n'a aucun droit d'accès à toutes les assemblées mais peut y être invité par les gérants.

Le législateur a prévu un certain nombre de dispositions visant à faciliter la participation des associés aux assemblées. D'un côté, comme en toute société, l'associé peut *se faire représenter* par toute personne de son choix. Il peut bien évidemment également se faire représenter par un autre associé, même si le nombre des associés n'est que deux. D'un autre côté, l'associé

<sup>3</sup> Art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Dans les sociétés comptant plus de soixante associés, il doit être tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. (...) ».

<sup>4</sup> Art. 193 L1915 : « (...) Sauf en cas de modification des statuts, la tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire, (...) ».

<sup>5</sup> Art. 180-1 L1915 : « Sauf décision judiciaire, la dissolution de la société ne peut résulter que d'une décision prise par l'assemblée générale dans les formes prescrites pour les modifications des statuts ».

<sup>6</sup> Art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) D'autres assemblées générales peuvent toujours être convoquées par le ou les gérants, à leur défaut par le conseil de surveillance, s'il en existe un, à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital ».

empêché d'assister physiquement à l'assemblée au siège de la société, mais désireux néanmoins de participer à la délibération des associés, pourra voter à distance si les statuts prévoient cette possibilité. Il faut cependant, dans ce cas, qu'il y ait au moins un associé physiquement présent (ou représenté) à l'assemblée, les autres associés pouvant alors participer à l'assemblée et voter à distance, en faisant usage des moyens modernes de télécommunication (vidéoconférence, ... ; art. 196 § 2 L1915)<sup>1</sup>. L'exigence d'une présence physique d'un associé au moins vise à assurer un certain ancrage et une certaine substance de la société au Luxembourg, afin de donner un minimum de consistance à la vie juridique de la société. Les associés présents ou représentés sont indiqués sur une *liste de présence* à l'assemblée (art. 196 § 3 L1915)<sup>2</sup>.

Dans le silence des statuts, l'assemblée est *présidée* par le gérant ou l'un des gérants. Si aucun d'eux n'est associé, elle est présidée par l'associé présent ou représenté ; si plusieurs associés sont présents ou représentés, la présidence reviendra à celui qui possède ou représente le plus grand nombre de parts, et en cas d'égalité de parts entre deux associés, par le plus âgé. Les délibérations sont constatées par un *procès-verbal* établi sur un registre.

**[837] Consultation écrite.** — Mais l'article 193 L1915 autorise également le recours à la consultation

écrite<sup>3</sup>, y compris dans les SARL où le nombre d'associés dépasse 60, sauf, dans ce cas, pour l'approbation annuelle des comptes (art. 197 dernier alinéa L1915)<sup>4</sup>.

Le gérant qui entend consulter ses associés par écrit leur envoie une lettre de consultation. C'est une *simple lettre* (la lettre recommandée n'est exigée que pour la seconde assemblée ; art. 194 L1915)<sup>5</sup> où le gérant indique à son destinataire, à savoir l'associé, le *texte des résolutions à prendre* par les associés. La lettre de consultation est accompagnée d'un *bulletin de vote* (d'où le nom de « vote par correspondance ») permettant à l'associé d'exprimer son choix pour chacune des décisions à prendre (art. 196 § 3 L1915)<sup>6</sup>. Après réception des réponses, le gérant procède au dépouillement et informe les associés des résultats de la consultation. Si le quorum n'est pas atteint (v. n° [840] et s.), la procédure est recommencée. Alternativement, la consultation écrite pourra consister dans la signature d'un *document unique circulant entre les associés*.

## 2. CONVOCATION AUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

### **[838] Personne habilitée à effectuer la convocation.**

— Le soin de convoquer les assemblées incombe à la *gérance*. S'il y a pluralité de gérants, le droit de convocation peut être librement déterminé dans les statuts et confié soit à chaque gérant, soit aux gérants agissant

<sup>1</sup> Art. 196 § 2 L1915 : « Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les associés qui participent à l'assemblée par vidéoconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Ces moyens doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue. Pour l'application de cet alinéa, un associé ou son mandataire devra toutefois être physiquement présent au siège de la société. Lorsque, conformément à l'alinéa précédent, l'assemblée est tenue avec des associés qui n'y sont pas physiquement présents, l'assemblée est réputée être tenue au lieu du siège de la société ».

<sup>2</sup> Art. 196 § 3 L1915 : « Il est tenu à chaque assemblée générale une liste des présences ».

<sup>3</sup> Art. 193 L1915 : « (...) la tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire (...). Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre, expressément formulées, et émettra son vote par écrit ».

<sup>4</sup> Art. 197 dernier alinéa L1915 : « Le bilan et le compte des profits et pertes sont soumis à l'approbation des associés qui se prononceront aussi par un vote spécial sur la décharge de la gérance et des commissaires de surveillance s'il y en a ».

<sup>5</sup> Art. 194 L1915 : « les associés sont convoqués ou consultés une seconde fois, par lettres recommandées (...) ».

<sup>6</sup> Art. 196 § 3 : « Les statuts peuvent autoriser tout associé à voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées dans les statuts. Les formulaires, dans lesquels ne seraient mentionnés ni le sens d'un vote ni l'abstention, sont nuls ».

conjointement, soit au seul conseil de gérance (s'il y en a un). En l'absence de clause statutaire, chacun des gérants peut convoquer l'assemblée sans que les autres gérants puissent faire opposition (art. 1857 C.civ. ; v. n° [682]). En cas de carence du gérant, l'*auditeur* ne pourra pas faire le nécessaire, sauf s'il agit en tant que conseil de surveillance (art. 196 § 2 L1915)<sup>1</sup>.

Plutôt que de demander à la gérance de procéder à la convocation d'une assemblée, un ou plusieurs *associés* détenant plus de la moitié du capital social peuvent directement procéder eux-mêmes à la convocation de l'assemblée, sur la base de l'ordre du jour qu'ils auront fixé. Ce droit de convocation de l'assemblée est doublement subsidiaire : il ne s'exerce qu'« à défaut » d'une convocation par le conseil de surveillance, dont l'action n'est elle-même que subsidiaire par rapport à l'action de la gérance (art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. La loi est muette sur le droit éventuel des associés minoritaires de pouvoir demander au tribunal de commerce la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour. Cette possibilité ne paraît dès lors donnée qu'en cas de péril auquel la société pourrait être exposée, l'urgence nécessitant une action rapide des associés justifiant cette procédure.

**[839] Formalités entourant la convocation.** — La loi est muette concernant les formalités entourant la convocation aux assemblées, de sorte que celle-ci peut prendre la forme d'une *lettre simple* comme d'une lettre recommandée (pour la convocation de la seconde consultation, la lettre recommandée est toutefois nécessaire ; art. 194 L1915 ; v. n° [840]). Même si les convocations en pratique sont envoyées en règle générale quinze jours au moins avant la date de la réunion, il s'agit là d'une simple pratique, mais non pas d'une exigence légale : dans le silence des statuts, la convoca-

tion sera faite dans les *délais légaux* si elle offre à chaque associé la possibilité matérielle de participer à la réunion.

Même s'il paraît préférable que l'*ordre du jour* de l'assemblée soit indiqué dans l'acte de convocation, la loi ne l'exige point, de sorte que l'assemblée pourra valablement statuer en l'absence d'ordre du jour contenu dans l'acte de convocation<sup>3</sup>. Les règles de convocation, lorsqu'elles ont été fixées dans les statuts, s'imposent sous peine de nullité (v. n° [258]). Ensemble avec la convocation, la gérance doit adresser aux associés les documents qui sont nécessaires pour leur permettre de se faire leur opinion (p.ex. les comptes annuels de la SARL pour l'assemblée devant approuver le résultat de l'exercice).

### 3. DEUX TYPES D'ASSEMBLÉES

**[840] Assemblées ordinaires.** — Les assemblées ordinaires ont pour objet de statuer sur les comptes de l'exercice écoulé, d'autoriser la gérance à effectuer telle ou telle opération subordonnée dans les statuts à l'accord préalable des associés, de procéder à la nomination ou au remplacement des gérants (et, le cas échéant, des commissaires aux comptes), d'approuver les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés, et plus généralement de statuer sur *toutes les questions qui n'entraînent pas de modification des statuts*.

Les décisions ordinaires sont valablement adoptées sur une *première consultation*, par un total de voix correspondant à plus de la moitié des parts sociales (*majorité absolue*), que ce résultat soit obtenu par le vote d'un seul ou de plusieurs associés (art. 194 L1915)<sup>4</sup>. Si la majorité du capital social n'est pas

<sup>1</sup> Art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915 : « à leur défaut, par le conseil de surveillance ».

<sup>2</sup> Art. 196 § 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital ».

<sup>3</sup> Lux. 29 janv. 1999, n° 47 813. L'ordre du jour doit cependant figurer dans le texte des résolutions à prendre par écrit dans les consultations écrites ; v. n° [837].

<sup>4</sup> Art. 194 L1915 : « Aucune décision n'est valablement prise dans les deux cas prévus par l'article précédent qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la

présente ou représentée lors de la première consultation, l'assemblée ne pourra donc prendre de résolutions (même pas à l'unanimité des associés présents ou représentés). Elle sera dès lors convoquée une deuxième fois, cette fois-ci par lettre recommandée. Sur *seconde consultation*, l'assemblée prendra ses décisions par la majorité des voix émises (*majorité relative*), quel que soit le nombre d'associés ayant participé au vote. Toutefois, les *statuts* peuvent écarter cette seconde consultation et par là même, imposer la majorité absolue pour toutes les décisions ordinaires. Par ailleurs, ils peuvent imposer une majorité plus élevée que la majorité légale, par exemple les deux tiers ou les trois quarts.

**[841] Assemblées extraordinaires.** — Elles ont pour objet de se prononcer sur les modifications des statuts : augmentation de capital, transformation, prorogation, dissolution, le changement de nationalité de la société, etc. Elles ne sont valablement prises que si elles sont décidées en assemblée par des « *associés représentant les trois quarts du capital social* » (art. 199 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Cette reformulation de l'article 199 L1915 par la loi du 10 août 2016 a remplacé le texte précédent qui prévoyait une « majorité des associés représentant les trois quarts du capital social » (art. 199 L1915). Là où l'ancienne loi exigeait une double majorité, sous la forme d'une majorité en nombre des associés et d'une majorité des trois quarts des parts sociales<sup>2</sup>, la nouvelle

---

moitié du capital social. Sauf stipulation contraire dans les statuts, si ce chiffre n'est pas atteint à la première réunion ou consultation par écrit, les associés sont convoqués ou consultés une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté ».

<sup>1</sup> Art. 199 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) Sauf dispositions contraires des statuts, les associés représentant les trois quarts du capital social peuvent modifier les statuts dans toutes les dispositions. (...) ».

<sup>2</sup> Pour l'hypothèse de changements à apporter aux droits et obligations au sein de classes déterminées de parts sociales, v. n° [1005] par analogie, l'art. 196bis L1915 ayant repris le libellé de l'art. 68 L1915 applicable aux SA.

mouture de l'article 199 L1915 rapproche sensiblement les assemblées extraordinaires des SARL de celles des SA. Le recul du caractère *intuitu personae* de la SARL est manifeste : au lieu d'exiger, comme par le passé, la volonté conjointe des « petits porteurs » et des « gros capitalistes » aux fins des changements statutaires<sup>3</sup>, on adopte dorénavant une approche capitaliste ; les changements statutaires pourront ainsi être votés par un associé unique détenant 75% du capital social, même si tous les autres associés s'y opposent. Cette règle s'appliquant « sauf dispositions contraires des statuts », ceux-ci pourront modifier le pourcentage vers le haut, en allant jusqu'à exiger l'unanimité, ou combiner la majorité renforcée en capital détenu avec une majorité absolue ou renforcée en nombre d'associés (comme dans l'ancien régime). En raison du reliquat de caractère personnel de la société, il devrait même être possible d'appliquer le droit commun des sociétés de personnes et de permettre la dissolution de la société par la volonté d'une seule personne, si les statuts le disposent ainsi (v. n° [629]).

La question de l'*allègement possible de la supermajorité* est une question qui intéresse les praticiens, qui, souvent, sont confrontés à deux associés seulement dans la structure sociétaire qu'ils conseillent. Il n'est pas certain qu'un renvoi pur et simple aux règles existant en matière de sociétés anonymes soit approprié ici (v. n° [1005]), en raison des différences de nature existant entre ces deux sociétés. De même, l'on ne voit pas très bien quel intérêt des minoritaires il conviendrait de protéger ici. Si la SARL fait l'objet de moins de règles de détail que la SA, cela tient également au souci du législateur de préserver la liberté contractuelle dans la mesure du possible. Si les statuts prévoient la possibilité de leur modification à la majorité requise pour les assemblées ordinaires, parce que les associés le veulent ainsi, le minoritaire, en adhérant au contrat de société, a, par-là, même renoncé à la protection supplétive que le législateur offre dans le silence des statuts. Nul besoin à notre avis de vouloir faire rentrer la règle de l'art. 199 L1915 dans le domaine des disposi-

---

<sup>3</sup> Critique à l'égard de l'ancienne disposition: TAKERKART-WOLF/MARCHAL, Plaidoyer pour un assouplissement de la condition de la double majorité de l'article 199 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, *JurisNews. Droit des sociétés*, Vol. 4 n° 4, 2011, p. 143.

tions d'ordre public sociétaire. Rien ne s'oppose à notre avis à ce que les statuts prévoient la dissolution en raison de la volonté d'un seul associé, qui par ailleurs, sera fortement minoritaire. En effet, si la loi prévoit des règles de majorité renforcées, c'est afin de protéger les associés détenant une quotité certaine du capital d'éviter une dissolution prématurée de la société, en raison du vote en ce sens d'un associé minoritaire. Ces associés doivent pouvoir renoncer à la protection de la loi en acceptant par avance, comme dans les sociétés de personnes, la dissolution par la volonté d'une seule personne.

L'unanimité est par ailleurs requise dans les cas suivants (art. 199 L1915) :

- la transformation en société à risque illimité (v. n° [529]) ;
- l'augmentation des engagements des associés (v. n° [306]) ;

Toutes les modifications apportées aux statuts doivent faire l'objet de formalités de *publicité*.

## § 2. RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS

**[842] À l'égard des tiers.** — À l'égard des tiers, les associés ne sont tenus du passif social que dans la limite du montant de leurs apports. Il n'en sera autrement que si :

- le capital social n'a pas été valablement souscrit ou libéré à l'occasion de la constitution de la société ou lors d'une augmentation du capital, à la condition additionnelle que les associés soient à considérer comme fondateurs (v. n° [787]) de la société ;
- ils ont été gérants de droit ou se sont comportés comme des gérants de fait et, à ce titre, se sont rendus coupables d'une faute détachable des fonctions (v. n° [401]), ou n'ont pas respecté la loi ou les statuts de la société (v. n° [399]) ;
- ils ont cautionné une ou plusieurs dettes de la société (v. n° [606] par analogie).

**[843] Dans les rapports des associés entre eux.** — Dans les rapports entre associés, les pertes sociales sont réparties selon les règles fixées dans les statuts. À défaut de clause statutaire, cette répartition doit être faite proportionnellement aux apports de chacun des associés (v. n° [123] et s.).

S'agissant des autres obligations, l'associé d'une SARL peut, en principe, faire concurrence à la société (v. n° [248]). Il n'en serait autrement que si les statuts le préoyaient. Par ailleurs, la répétition des dividendes fictifs peut être exigée des associés endéans 5 ans (v. n° [284]).

## Section 4. Les SARL particulières

À côté de la SARL de droit commun, il existe deux variantes de la SARL, l'une déjà bien établie (§ 1), l'autre fraîchement instituée par le législateur (§ 2).

### § 1. SARL-U

**[844] Présentation.** — En vue de procurer à l'exploitant individuel la sécurité que ne lui offre pas le statut de commerçant qui implique une responsabilité totale, deux solutions ont été successivement envisagées. La première consistait à admettre l'existence d'un *patrimoine d'affectation* regroupant, dans un patrimoine complémentaire et distinct du patrimoine personnel, l'ensemble des biens professionnels constituant le gage des créanciers. Elle a été rejetée probablement à cause du fort ancrage dans les mentalités du concept de l'unicité du patrimoine. La seconde résidait dans la constitution d'une *société avec une seule personne*. Elle fut retenue en dépit du bouleversement qu'elle devait instaurer dans le droit des sociétés, notamment par la reconsidération des notions de contrat, de partage de bénéfices et d'affectio societatis. La SARL unipersonnelle (« SARL-U »), c.-à-d. la SARL à associé unique, présente l'incontestable intérêt de mettre en harmonie les textes avec la réalité. On avait, en effet, déjà pu constater que bon nombre de sociétés fonctionnaient dans les faits avec une seule personne par le recours à des prête-noms ou à des associés fictifs (A). On verra les conditions posées par la loi relativement à l'existence de la SARL-U (B) ainsi qu'à son fonctionnement (C).

## A. ATTRAITS DE LA SARL-U

[845] **Avantages de la SARL-U.** — Ils sont plusieurs en ce qu'ils permettent de :

- *limiter la responsabilité indéfinie qui pèse sur le patrimoine privé et professionnel de l'entrepreneur individuel* (commerçant ou artisan) et, par ce biais, favoriser son esprit d'initiative. En effet, le principal avantage de la SARL-U est de permettre à pareil entrepreneur de séparer de son patrimoine personnel les biens affectés à l'entreprise, limitant ainsi sa responsabilité au patrimoine social, à l'instar du fonctionnement d'une SARL (responsabilité limitée aux apports). Auparavant, l'entrepreneur, tenu de supporter tous les risques sur l'ensemble de ses biens, gage commun des créanciers, avait souvent recours aux sociétés « de façade » ; d'où le deuxième objectif poursuivi par le législateur ;
- *supprimer les associés de complaisance.* Dans un grand nombre de sociétés, l'intégralité du capital social, sauf une part ou action, est détenue par un seul associé. Le deuxième associé n'apparaît généralement que pour faire « nombre », afin de respecter l'exigence légale de la constitution de la société par deux associés au moins. Mais dans la réalité, ce deuxième associé n'entend nullement participer au devenir de la société. La SARL-U permet d'aligner le droit sur la réalité en permettant aux entrepreneurs de faire l'économie du deuxième associé qui n'est qu'un simple homme de paille ;
- offrir un *cadre juridique, fiscal, social nouveau et adapté à l'entreprise individuelle*, et lui assurer une meilleure gestion malgré les contraintes imposées ;
- faciliter et encourager la *transmission des entreprises familiales.* Mise en société, l'entreprise peut se transmettre plus facilement. En effet, cette cession de propriété s'effectue par la cession des droits sociaux (droits sociaux de la société) non soumise aux droits d'enregistrement.

[846] **Inconvénients de la SARL-U.** — Dans l'ensemble, nous retrouvons les inconvénients déjà évoqués à propos de la SARL, auxquels s'ajoutent

d'autres faiblesses :

- comparativement à l'entreprise individuelle, le fonctionnement de la SARL-U est *plus contraignant par les obligations* qu'il engendre par la constatation des engagements sur un registre spécial, l'obligation de nommer, le cas échéant, un auditeur, le dépôt au greffe des comptes annuels, etc. ;
- l'espoir de *limiter la responsabilité* constitue souvent *un leurre*. En premier lieu, les créanciers sociaux, en particulier les établissements de crédit, ne se contentent souvent pas de la garantie offerte par le capital social légal, généralement jugé insuffisant. Ils exigent le cautionnement de l'associé unique. En second lieu, dans l'hypothèse d'une cessation des paiements, la responsabilité personnelle de l'associé unique est souvent recherchée, soit par une condamnation au comblement du passif pour faute de gestion, soit par une déclaration personnelle en redressement ou liquidation judiciaire pour avoir disposé des biens de la personne morale comme de ses biens propres (« abus de biens sociaux », v. n° [417]).
- le gérant de la SARL-U ne bénéficie pas du *régime social des salariés*. Il doit s'affilier au régime des travailleurs indépendants (assurance vieillesse, ...).

## B. L'EXISTENCE DE LA SARL-U

[847] **Présentation.** — Le recours à la forme sociale de la SARL-U peut concerner les mêmes activités que la SARL pluripersonnelle ; il en est de même des activités prohibées aux SARL-U (v. n° [789]). La création de la SARL-U pourra résulter de l'acte de volonté d'une seule personne créant ainsi une société nouvelle, soit d'autres modes (1). Les raisons qui aboutissent à la disparition de la SARL sont largement les mêmes que celles rencontrées pour les autres sociétés (2).

## 1. CONSTITUTION

[848] **Création par constitution d'une société nouvelle.** — En dehors de la constitution d'une société unipersonnelle afin d'exercer une activité nouvelle, la

création peut résulter de la mise en société d'une entreprise individuelle préexistante. Certes, il ne s'agit pas d'un contrat comme pour la SARL, mais d'un acte unilatéral de volonté. Mais cette possibilité est expressément envisagée par la loi (art. 1856 C.civ.). À quelques différences près, la constitution d'une SARL-U répond à des *règles identiques à celles prévues pour la mise sur pied d'une SARL pluripersonnelle*. La constitution d'une SARL-U suppose l'observation des règles de forme et de fond conditionnant la validité d'une telle société.

LA SARL-U est ouverte à toute *personne* sans distinction. C'est dire que l'associé unique peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale, lequel effectuant seul les apports, doit réunir le capital social minimum prévu par la loi (v. n° [785]). Rien n'interdit dès lors non plus à une SARL-U d'avoir pour associé unique une autre SARL-U. De même, est possible pour une seule personne de constituer plusieurs SARL-U, de manière à diviser son patrimoine entre plusieurs entités en fonction de ses besoins.

S'agissant des conditions de fond relatives à l'associé, elles méritent quelques observations :

- en raison de la présence d'un seul associé, la *volonté de collaborer* ne semble pas conditionner l'existence de la SARL-U. Cette notion suppose en effet une pluralité d'associés. Or, la SARL-U, société à part entière, doit respecter l'affectio societatis naturellement considéré comme une des conditions de validité du contrat de société. Pour mettre fin à cet antagonisme, il convient d'attribuer à l'affectio societatis un sens plus large. Si, au sens littéral du terme, elle traduit l'intention de s'associer, dans le cadre de la SARL-U, elle exprime l'intention de créer une société, c.-à-d. la *volonté pour l'associé unique de se comporter comme tel*. Ainsi doit-il se comporter en tant que membre d'une personne morale, en respectant l'objet social et en évitant toute confusion entre les biens constitutifs du patrimoine social et ses biens personnels ;
- la société unipersonnelle pourrait être tenue pour

*fictive* en raison tant de l'utilisation par l'associé unique des biens sociaux comme étant les siens, que de l'utilisation pour les besoins de la société de ses biens personnels.

**[849] Réunion en une seule main de toutes les parts sociales d'une SARL.** — Selon l'article 179 al. 2 L1915, la constitution d'une SARL-U peut résulter de la réunion en une seule main de toutes les parts sociales d'une SARL pluripersonnelle, suite, par exemple, au décès d'un associé ou encore d'un refus d'agrément. Ce texte précise que les dispositions de la loi sur les sociétés commerciales relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables en pareille circonstance. En d'autres termes, cette réunion *n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société*. Par voie de conséquence, également, contrairement au régime de droit commun, aucun intéressé ne peut demander en justice la dissolution de la société, si celle-ci n'est pas redevenue pluripersonnelle à l'expiration.

La substitution de la SARL-U à la SARL pluripersonnelle s'opère au moment où la cession des parts emportant réunion de tous les droits sociaux dans une même main devient opposable aux tiers. Cette *opposabilité* intervient après accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil (v. n° [825]). Cette substitution ne constitue pas une transformation au sens juridique du terme, dans la mesure où elle n'aboutit pas à un changement de forme sociale.

**[850] Transformation d'une société civile ou commerciale en SARL-U.** — Les textes ne se prononcent pas sur cette question. Aucune disposition légale ou réglementaire n'autorise ou n'interdit explicitement la transformation en SARL-U d'une société civile ou commerciale ne comprenant plus qu'un seul membre. Mais comme l'existence de deux associés au moins est de l'essence des sociétés (autres que les SARL-U ainsi que les S.A.U.), les sociétés n'ayant plus qu'un associé devraient être *automatiquement dissoutes*.

## 2. DISSOLUTION DE LA SARL-U

**[851] Renvoi aux causes de dissolution des SARL**

**pluripersonnelles.** — L'ensemble des causes de dissolution rencontrées à propos de la SARL s'étend de plein droit à la SARL-U (v. n° [796]).

Sauf clause contraire des statuts, le décès de l'associé unique ne met pas fin à la société. Celle-ci se maintient de plein droit avec le ou les héritiers du défunt qui reçoivent les parts de ce dernier, dans la proportion de leurs droits dans la succession. En présence de plusieurs héritiers, la société devient pluripersonnelle et se trouve soumise au régime de droit commun des SARL.

La dissolution d'une SARL-U n'échappe pas à la règle selon laquelle la dissolution d'une société est toujours accompagnée de sa *liquidation*. En pratique, la plupart du temps, la liquidation de la SARL-U prendra la forme du transfert de l'intégralité du patrimoine social à l'associé.

### C. FONCTIONNEMENT DE LA SARL-U

**[852] La SARL-U est une SARL.** — La SARL-U est soumise à l'ensemble des règles prévues pour toutes les SARL pluripersonnelles. Il n'est dérogé à ce principe que lorsque l'application d'une disposition de droit commun est expressément écartée par la loi. Le régime de la SARL unipersonnelle étant réservé aux SARL n'ayant qu'un seul associé, il cessera de s'appliquer si l'associé unique s'adjoit *un ou plusieurs associés supplémentaires en cours de vie sociale*. La SARL ne changera, dans ce cas, ni de forme juridique, ni de personnalité morale ; seulement certaines règles simplificatrices de la vie sociétaire existant en matière de SARL unipersonnelles ne seront plus applicables, la SARL étant devenue pluripersonnelle.

**[853] Gérance de la SARL-U.** — Les dispositions relatives au gérant de SARL, y compris celles à caractère pénal, sont applicables à la SARL-U. Il s'ensuit que la SARL-U est gérée par une ou plusieurs *personnes physiques ou morales* pouvant être désignées en dehors des associés.

À l'égard de l'associé, les pouvoirs du gérant sont déterminés par les statuts et dans le silence de ceux-ci, par l'article 191bis L1915 (v. n° [807] et s.). En applica-

tion de ce texte, ce gérant peut accomplir tous les actes de gestion conformes à l'objet social. Il en découle que les statuts, dans la détermination des pouvoirs des gérants, peuvent soit les restreindre, soit accorder à ce dernier des prérogatives n'excédant en aucun cas ce qu'autorise la loi.

*Vis-à-vis des tiers*, le gérant est investi des plus larges pouvoirs pour intervenir en toute circonstance pour le compte de la société, sous réserve des pouvoirs expressément dévolus par la loi à l'associé unique. Le gérant peut, dans l'exercice de ses fonctions, engager sa responsabilité, d'autant plus que le gérant est également l'associé unique. Il confond souvent, du coup, son patrimoine personnel avec celui de la société, ce qui l'expose à diverses sanctions civiles et pénales identiques à celles applicables au gérant de SARL (v. n° [382] et s.).

**[854] Décisions de l'associé unique** — Dans la SARL-U, l'associé unique, outre qu'il peut *céder librement ses parts* à toute personne, exerce les *pouvoirs dévolus par la loi à l'assemblée générale* des associés des SARL pluripersonnelles (art. 200-2 L1915)<sup>1</sup>. Il<sup>2</sup> doit donc se prononcer sous la forme de *décisions unilatérales* sur toutes les questions qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale des associés de SARL. Ces pouvoirs concernent aussi bien les *décisions ordinaires* relevant du fonctionnement courant de la société (approbation annuelle des comptes, nomination du gérant, des commissaires aux comptes et renouvellement de leurs

<sup>1</sup> Art. 200-2 L1915 : « L'associé unique exerce les pouvoirs attribués à l'assemblée des associés. Les décisions de l'associé unique prises dans le domaine visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit. De même, les contrats conclus entre l'associé unique et la société représentée par lui sont inscrits sur un procès-verbal ou établis par écrit. Cette disposition n'est pas applicable aux opérations courantes conclues dans des conditions normales. »

<sup>2</sup> L'associé unique peut cependant *déléguer ses pouvoirs à un tiers*, tel un gérant, voire à une personne totalement étrangère à la société. On ne voit pas bien la raison d'être de cette disposition, alors que la possibilité d'une délégation de pouvoirs est, de toute façon, prévue dans le Code civil.



fonctions) que les *décisions extraordinaires* ayant trait aux modifications des statuts (changement de dénomination ou du siège social, modification de l'objet social, augmentation ou réduction du capital, dissolution de la société).

L'associé unique doit inscrire sur un procès-verbal toutes les *opérations conclues avec la société*, à moins qu'il ne s'agisse d'opérations normales conclues à des conditions normales (art. 200-2 L1915). Une telle exigence fait défaut pour les gérants de SARL pluripersonnelles ; le législateur est donc plus exigeant dans les SARL-U que dans les SARL pluripersonnelles concernant les possibles conflits d'intérêts, ce qui est illogique.

### Section 5. Les SARL-S

**[855] Origine et raison d'être de la SARL-S.** — La SARL simplifiée (la « SARL-S ») a été introduite en droit luxembourgeois par une loi du 23 juillet 2016. Inspirée du droit belge (la « *SARL Starter* ») et allemand (« *Mini-GmbH* »), la SARL-S poursuit une double finalité :

- l'objectif premier du législateur est de permettre aux *entrepreneurs débutants* de constituer une SARL sans capital minimum, et partant, de stimuler l'emploi. Les pouvoirs publics ont en effet dû constater que les jeunes entrepreneurs rencontrent trop souvent des difficultés à créer leur propre entreprise ; l'apport en capital qu'ils devraient effectuer constitue souvent un risque trop important pour passer le pas de l'entrepreneuriat ;
- mais il s'agit également de ne pas être à la traîne dans la *concurrence des systèmes juridiques* au sein de l'Union européenne. Si l'on compare la SARL de droit commun avec les systèmes existant dans d'autres pays européens (Allemagne, Belgique, ...), on constate qu'une société à responsabilité limitée peut y être créée avec un capital minimal négligeable, voire sans aucun capital réel. Cela implique qu'un nombre croissant d'entreprises déménagent

dans ces autres pays, où elles peuvent constituer une société sans apport de capital, pour ensuite exercer leurs activités au Luxembourg, via une succursale de cette société étrangère.

**[856] Application des règles de la SARL.** — Comme son nom l'indique, la SARL-S ne constitue pas à proprement parler un nouveau type de société mais *une variante de la SARL classique* ou de la SARL-U. Il en résulte que toutes les dispositions relatives à la SARL ou à la SARL-U s'appliquent sous réserve des règles exposées ci-après (art. 202-1 L1915)<sup>1</sup>.

**[857] Associés.** — La SARL-S, contrairement à la SARL classique, ne peut être constituée que par une ou plusieurs *personnes physiques* (art. 202-2 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. Le législateur a exclu les personnes morales du statut de fondateur de SARL-S, puisque le but de la loi est de stimuler la création de nouvelles entreprises par les jeunes entrepreneurs, voire des personnes plus âgées qui désiraient donner une nouvelle orientation à leur carrière. L'exclusion des personnes morales se poursuit au cours de la vie de la société. Les personnes morales ne peuvent donc ni participer à la constitution de la société, ni être cessionnaires de parts par la suite ou participer à une augmentation de capital, sauf si celle-ci permet de sortir du régime de la SARL-S, ni même devenir gérantes. La participation éventuelle d'une personne morale à une SARL-S entraînera la nullité de l'acte ayant abouti à lui conférer le statut d'associé dans la SARL-S, mais non celle de la SARL-S.

Par ailleurs, afin d'éviter qu'ils ne se dispersent dans différents projets, au risque de les voir échouer tous, la loi exige qu'une personne qui est déjà associée dans une SARL-S ne puisse devenir un *associé dans une SARL-S additionnelle* (sauf suite à un héritage). La

<sup>1</sup> Art. 202-1 L1915 : « Les dispositions relatives à la société à responsabilité limitée sont applicables aux sociétés à responsabilité limitée simplifiées, sauf les modifications indiquées dans la présente sous-section. »

<sup>2</sup> Art. 202-2 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Sous peine de nullité, les personnes physiques peuvent seules être associées d'une société à responsabilité limitée simplifiée. »

limitation vaut tant pour les fondateurs que pour tous les autres associés qui prendraient des parts dans la société postérieurement à la constitution. La loi n'interdisant que l'association dans plusieurs SARL-S, rien ne devrait empêcher un associé d'une SARL-S d'être en même temps un associé d'une société commerciale autre que la SARL-S.

La *sanction* d'une association dans plus d'une SARL-S est lourde, l'associé étant tenu aux dettes de toute SARL-S surnuméraire, dont il deviendrait l'associé, comme s'il s'agissait d'une caution solidaire (art. 202 § 2 L1915)<sup>1</sup>. L'obligation aux dettes se trouve cependant limitée aux dettes nées après que cette personne ne soit devenue un associé de la SARL-S surnuméraire. Elle cessera également au moment où la société perd son statut de SARL-S.

**[858] Capital social.** — La caractéristique essentielle de la SARL-S est qu'elle peut être constituée moyennant la souscription d'un capital symbolique de 1 euro. Destinée aux entrepreneurs débutants en manque de capitaux, la SARL-S leur est également réservée, ce qui explique pourquoi le capital social doit rester inférieur à celui prévu pour les SARL de droit commun (12 000 euros)<sup>2</sup>. Le capital est constitué d'apports en nature ou en numéraire, à l'exclusion donc d'apports en industrie, ce qui n'est toujours que l'application du droit

commun, les apports en industrie ne rentrant pas dans le capital social des sociétés (v. n° [109]).

**[859] Objet social.** — L'objectif du législateur est de favoriser le développement de l'économie dite « réelle ». Seules, dès lors, certaines activités peuvent être exercées dans le cadre de la SARL-S. Il s'agit de celles pour lesquelles une autorisation de commerce au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 septembre 2011 est requise : activité commerciale qui n'est pas autrement réglementée ; activité HORESCA (exploitant d'un débit de boissons, d'un restaurant, d'un hôtel) ; activité immobilière (agents immobiliers, administrateurs de biens, syndics de copropriété, promoteurs immobiliers) ; activité relevant du secteur artisanal ; activité industrielle ; activité libérale (architecte, ingénieur, ...); ...

**[860] Gérance.** — La SARL-S, en raison de la possibilité d'être constituée avec un capital social de 1 euro, fait courir d'importants risques aux créanciers sociaux qui ne pourront obtenir paiement de leurs créances sur le patrimoine personnel de l'associé. Si, en plus, il lui était possible de gérer la SARL-S dans le cadre d'une personne morale (ex. : la SARL-S serait gérée par une SARL dont l'associé de la SARL-S serait également l'associé et gérant), l'entrepreneur pourrait échapper à toute responsabilité, tant comme associé que comme gérant : n'ayant aucune fonction de gérant au sein de la SARL-S et n'étant pas obligé de se désigner non plus en tant que représentant permanent de la personne morale gérante auprès de la SARL-S (v. n° [344]), l'entrepreneur échapperait même aux risques de responsabilité délictuelle pour fautes détachables des fonctions (v. n° [401]). Pour cette raison, la loi limite aux personnes physiques la possibilité d'être nommées gérantes d'une SARL-S (art. 202-6 L1915)<sup>3</sup>. Cette personne physique ne doit cependant pas être obligatoirement un associé de la SARL-S, de sorte à pouvoir également être un gérant non associé.

<sup>1</sup> Art. 202 § 2 L1915 : « Une personne physique ne peut être associée dans plus d'une société à responsabilité limitée simplifiée à la fois, sauf si les parts lui sont transmises pour cause de mort. La personne physique associée d'une société à responsabilité limitée simplifiée est réputée caution solidaire des obligations de toute autre société à responsabilité limitée simplifiée dont elle deviendrait ensuite associée, dans la mesure où ces obligations sont nées après qu'elle en soit devenue associée, sauf si les parts lui sont transmises pour cause de mort. Cette personne physique ne sera plus réputée caution solidaire des obligations des sociétés visées à l'alinéa précédent dès que les dispositions de la présente sous-section ne sont plus applicables ou dès la publication de la dissolution de ces sociétés. »

<sup>2</sup> Art. 202-4 L1915 : « Le capital social doit être compris entre 1,- euro et 12.000 euros. »

<sup>3</sup> Art. 202-6 L1915 : « Les gérants doivent être des personnes physiques ». »

**[861] Durée du régime de la SARL-S.** — La SARL-S est dans l'esprit du législateur une SARL de démarrage permettant aux entrepreneurs de se lancer. Il s'agit donc d'un véhicule transitoire permettant aux entrepreneurs de « glisser » de leur statut d'entrepreneur individuel vers celui d'une SARL classique, en passant par celui d'une SARL-S. Cependant, aucune limite temporaire n'est prévue par la loi pour se transformer en SARL classique.

La sortie du régime « SARL-S », si elle a lieu, se réalisera par le recours à la technique de l'augmentation de capital, afin de le porter au moins au minimum légal des SARL classiques, soit 12 000 euros.

En outre, l'art. 202-5 L1915 prévoit que, tant que la SARL-S ne s'est pas transformée en SARL classique, elle doit ajouter le mot « simplifiée » ou, en abrégé, SARL-S dans l'extrait de l'acte constitutif de société ainsi que dans tous les actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commandes, sites internet et autres documents, sous forme électronique ou non.

**[862] Obligation de doter une réserve indisponible.**

— Conscient des risques que la SARL-S est susceptible de faire courir aux créanciers sociaux, la loi impose, dans un souci de protection du capital, à l'assemblée générale de faire annuellement un prélèvement sur les bénéfices nets de 5% au moins et de l'affecter à la formation d'une réserve indisponible. Cette mesure vise à faciliter l'augmentation du capital en vue de la transformation en SARL classique. Cette obligation de prélèvement cesse lorsque la réserve a atteint la différence entre 12 000 euros et le capital souscrit par la SARL-S. Cette obligation s'ajoute à celle qui consiste à devoir se doter d'une réserve légale, comme en toute SARL.

## CHAPITRE 2 LA SOCIÉTÉ ANONYME<sup>1</sup>

### [863] Origine et évolution de la société anonyme.

— C'est avec le Code de commerce de 1808 qu'apparaît la SA. Perçue dès l'origine comme un remarquable instrument de mobilisation des capitaux, « une machine juridique »<sup>2</sup>, et donc du capitalisme, la SA présentait un grand avantage sur toutes les autres formes commerciales en ce sens qu'elle permettait à tous les associés de *limiter leur responsabilité* à leurs apports. Institution jugée nécessaire quoique dangereuse, ne fût-ce qu'en raison de l'anonymat de ses associés, la SA était subordonnée à une *autorisation préalable des pouvoirs publics* dans le Code de commerce de 1808. La loi de 1915 ayant supprimé la nécessité d'une autorisation gouvernementale, suivant en cela l'exemple étranger<sup>3</sup>, la SA a rapidement eu un succès retentissant qui ne s'est plus démenti depuis lors.

Si la loi de 1915 constitue toujours la base du droit des sociétés anonymes, elle a subi d'importants changements au cours des trente dernières années, notamment sous l'influence du droit communautaire (v. n° [15]). C'est en effet la SA qui, par essence, constitue le véhicule juridique des groupes internationaux, de sorte que les mesures d'harmonisation communautaire du droit des sociétés concernent principalement ce type de

sociétés. L'harmonisation communautaire a abouti, la plupart du temps, à des textes détaillés et complexes, ce qui a amené nombre d'opérateurs à retrouver du goût à la SARL, en raison de sa plus grande flexibilité.

**[864] Caractéristique essentielle de la SA : la négociabilité de toutes les actions.** — L'article 23 de la loi de 1915 définissait traditionnellement la SA comme étant « *celle dans laquelle chacun des associés n'engage qu'une mise déterminée* ». Pour utile que puisse être la référence à la limitation de la responsabilité des associés, elle n'en était cependant pas pour autant essentielle à la SA, puisque les associés de la SARL bénéficient également de la limitation de leurs engagements financiers au montant de leurs mises.

Ce qui caractérise véritablement cette forme sociétaire, c'est que le capital social est divisé en actions (art. 37 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup>. Une société dont tous les droits sociaux prennent la forme de parts sociales négociables est nécessairement une SA<sup>5</sup>, même si, dans ses statuts, elle s'attribue une autre qualification (qui, du coup, est erronée). Autrement dit, la SA est une société dans laquelle l'« *intuitu personae* » est inexistant, tant dans les rapports avec les tiers (les associés étant inconnus des tiers) que dans les rapports entre coassociés (les associés ne se connaissant pas nécessairement non plus). « Ce sont des sacs d'écus qui délibèrent » disait déjà BOUCART<sup>6</sup>, lorsqu'il parlait des actionnaires assistant aux assemblées d'actionnaires.

**[865] Utilité et inconvénients de la SA<sup>7</sup>.** — La SA a connu un succès considérable au Luxembourg, sans commune mesure avec son champ d'application naturel, à savoir les grandes entreprises devant réunir des

<sup>1</sup> ANDRIEUX/DIREZ/GILBERT, *Traité pratique des sociétés anonymes*, Paris, 1977 ; BÉZARD, *La société anonyme*, Paris, 1986 ; COPPER-ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, 5 vol. 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1931 ; DE CORDT (sous la coordination de), *Société anonyme*, Bruxelles, 2014 ; GUYON, *La société anonyme*, Connaissance du droit, Paris, 1994 ; MOREAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3 t., 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1955-1960 ; SCHMIDT/GRAMLING, *Sociétés anonymes. Sociétés à responsabilité limitée*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1981 ; WAUVERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles/Paris, 1921.

<sup>2</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951, p. 109.

<sup>3</sup> L'abandon de la tutelle administrative remonte à 1873 pour la Belgique et à 1867 pour la France.

<sup>4</sup> ESCARRA, n° 743.

<sup>5</sup> En ce sens déjà : HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, 2<sup>e</sup> vol., p. 225, n° 223.

<sup>6</sup> BOUCART, *De l'organisation des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés par actions*, Paris, 1905, n° 35.

<sup>7</sup> DE LAENDER, La société anonyme, un mal nécessaire ?, in : *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, P. Le Cannu (dir.), Paris, 2008, p. 259.

capitaux parfois importants. La SARL a été conçue pour les petites et moyennes entreprises à caractère familial, mais bon nombre d'entreprises familiales préfèrent recourir à la SA pour exercer leur commerce. Ce constat est quelque peu déconcertant, alors que la réglementation juridique de la SA est autrement plus détaillée que celle applicable à la SARL.

Il fut un temps où l'on imputait à la *fiscalité* la préférence pour la SA : dans la SARL, en effet, contrairement à la SA, le salaire du gérant majoritaire n'était pas déductible pour le calcul de l'impôt commercial communal ; mais cette disposition ne concernait que l'impôt commercial communal et non pas l'impôt sur le revenu, de sorte que le coût fiscal supplémentaire de la SARL n'apparaissait pas énorme. Par ailleurs, cette forme de discrimination de la SARL par rapport à la SA a été abolie depuis un certain temps déjà. L'engouement pour la SA n'ayant jamais diminué, même récemment, l'explication doit être recherchée ailleurs.

L'une des raisons du succès de la SA est l'*anonymat de son cercle d'actionnaires*. La SA permet en effet, contrairement à la SARL, de garder secret le nombre et l'identité de ses actionnaires. Cela permet à la fois aux actionnaires de sociétés anonymes à caractère familial de prétendre qu'elles ne détiennent pas (ou plus) le contrôle financier sur la société (« pour vivre heureux, vivons cachés ») et de prétendre d'être plus fortunées qu'elles ne le sont effectivement. De même, la coquetterie de certains commerçants fait qu'ils préfèrent souvent s'appeler le président du conseil d'administration (ou l'administrateur-délégué) d'une SA, plutôt que le simple gérant d'une SARL, le *prestige* qui est censé s'attacher dans l'esprit du public au titre de président ou d'administrateur-délégué étant autrement plus grand que celui de gérant, dont on s'attend à ce qu'il ait les « mains dans le cambouis ». Le *statut social* de l'administrateur de la SA est également plus favorable que celui de gérant d'une SARL : le premier bénéficie toujours du statut de salarié, tandis que le second n'y a droit que s'il est associé minoritaire.

L'intérêt principal de la SA est de permettre la réunion de capitaux et de faciliter l'*accès aux marchés des capitaux*. C'est en ce sens que le doyen RIPERT a pu parler de « merveilleux instrument du capitalisme

moderne »<sup>1</sup>. C'est vers la SA que les promoteurs d'un projet industriel se tourneront normalement, s'ils entendent recourir au financement bancaire ; l'émission publique d'obligations a toujours été possible dans la SA mais était interdite dans la SARL jusqu'à la réforme de 2016 ; c'est également dans la SA seulement qu'il sera possible de créer des actions sans droit de vote. De façon générale, les nouvelles formes de valeurs mobilières sont plutôt conçues dans une perspective de SA, car la SA est la société où il est plus important de faciliter le financement des entreprises.

Cette dissociation des responsabilités opérationnelles et du contrôle financier a évidemment un coût : c'est le renforcement du contrôle de l'équipe dirigeante. Elle se traduit par une *densité juridique de la SA* bien plus grande que dans la SARL. Par ailleurs, et pour les mêmes raisons, les directives communautaires prévoient un nombre croissant de dispositions visant à veiller à la préservation des intérêts financiers des partenaires de la SA, qu'il s'agisse de la réglementation relative aux conventions passées par les administrateurs avec la SA, des distributions de bénéfices, du respect du principe d'égalité des actionnaires ou des opérations de réorganisation (fusion, scission, prise de participations, etc.) de la société. Cette réglementation est souvent perçue comme quelque peu tâtilonne, notamment pour les petites et moyennes entreprises.

#### [866] Retour à une plus grande flexibilité : la SA-U.

— Pour contrecarrer ce mouvement, le législateur a instauré le régime de la « *société anonyme unipersonnelle* » (« SA-U »). La SA-U est intéressante pour les groupes de sociétés, car elles permettent ainsi de créer des filiales à 100%, un peu comme les entrepreneurs individuels qui peuvent isoler une partie de leur patrimoine qu'ils affectent à une entreprise commerciale<sup>2</sup>. Mais la SA-U peut également être retenue

<sup>1</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1948, p. 28.

<sup>2</sup> En détail : CORBISIER, La société anonyme unipersonnelle au Grand-Duché de Luxembourg, *DAOR* n° 85,

en cours de route, ce qui permet d'éviter les risques de dissolution de la société en raison de la réunion de toutes les actions en une seule main (v. n° [636]). Si la SA-U est certes une société anonyme, un certain nombre de dispositions contraignantes ne lui sont néanmoins pas applicables, ou dans une moindre mesure seulement :

- si la société a soit un conseil d'administration, soit un directoire, elle peut valablement fonctionner avec une seule personne (art. 51 al. 1<sup>er</sup> L1915) ;

Le texte se lit ainsi : « (...) toutefois, lorsque la société est constituée par un associé unique ou que, à une assemblée générale des actionnaires, il est constaté que celle-ci n'a plus qu'un associé unique, la composition du conseil d'administration peut être limitée à un ou deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation de l'existence de plus d'un associé ». La SA-U pouvant avoir *un seul administrateur*, il s'ensuit qu'elle peut très bien garder un organe de gestion à trois personnes, comme pour les SA classiques. Qui peut le plus pouvant également le moins, il n'existe aucune raison non plus d'interdire à la SA-U de fonctionner avec deux administrateurs.

On voit, en revanche, moins bien l'intérêt pratique de la possibilité théorique pour la SA-U de fonctionner avec un *directoire*. L'intérêt de la S.A.U est la simplicité dans son mode de fonctionnement axé sur les décisions prises par une seule personne qui sera, en règle générale, en même temps son actionnaire unique. Celle-ci ne verra guère d'utilité à créer une gestion bicéphale dans « sa » société, même si la loi permet de nouveau de limiter à un à chaque fois le nombre de personnes devant faire partie du directoire ainsi que du conseil de surveillance (art. 60bis-2 et 60bis-14 L1915). L'actionnaire unique ne pourra cependant cumuler les fonctions : il sera soit au directoire, soit au conseil de surveillance. L'intervention d'un tiers, soit au directoire, soit au conseil de surveillance, ne plaira pas à l'actionnaire unique, même s'il garde le contrôle absolu sur sa nomination et révocation éventuelle.

- les opérations pour lesquelles il existe une opposition d'intérêts entre la société et le dirigeant ne sont pas interdites, et il suffit qu'elles soient consignées

dans le registre des décisions de l'organe de gestion (art. 57 al. 3 L1915) ;

Cette solution libérale s'explique aisément. L'alternative aurait été d'appliquer purement et simplement les règles en matière de S.A. classique. Celles-ci exigent que l'administrateur ayant un conflit d'intérêt signale par avance le conflit et s'abstienne de participer aux délibérations (v. n° [636]). Dans ce cas, l'opération ne pourrait pas être conclue dans la S.A.U., son organe de gestion (on supposera un seul administrateur) devant s'abstenir de prendre une résolution en ce sens. Aussi la loi préfère à cette solution draconienne une solution plus pragmatique : elle consiste à permettre la conclusion de l'opération, sous réserve de la mention du conflit d'intérêt dans le registre des décisions de l'organe de gestion.

- l'associé unique exerce tous les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans la SA (art. 67 § 1 al. 2 L1915). Il (ou son mandataire) doit donc se prononcer sous forme de décisions unilatérales pour désigner l'administrateur, approuver les comptes sociaux, changer les statuts, etc. Afin de garder une trace de ses décisions, celles-ci sont inscrites dans un procès-verbal

---

2008, p. 3 ; COURET, La société anonyme unipersonnelle, in : A. PRŪM (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2008, p. 143.

## Section 1. L'existence de la société anonyme

Un plus grand formalisme gouverne ce type de sociétés, tant en ce qui concerne la constitution de la société (§ 1) que pour sa dissolution (§ 2)

### § 1. LA CONSTITUTION DE LA SA

**[867]Présentation.** — Comme pour toute société, il faudra respecter des conditions de fond (A) comme de forme (B). Contrairement à ce qui se passe dans les autres sociétés, où il n'existe qu'un mode unique de constitution de la société, la loi de 1915 prévoit deux modes de constitution de la SA, dont une, il est bien vrai, est tout à fait exceptionnelle (C).

#### A. LES CONDITIONS DE FOND

Les conditions de fond sont les mêmes que pour toutes les sociétés bien que la loi de 1915 comporte en la matière d'importantes dispositions. Elles ont trait aux actionnaires et leurs apports et rejaillissent sur le capital social de la SA. Dans un souci de protection des tiers, le législateur a également prévu des dispositions particulières applicables aux fondateurs de la société.

**[868]Date de constitution de la société.** — Conformément aux principes généraux gouvernant la constitution de sociétés, la SA est valablement constituée dès la réunion des conditions relatives à l'existence de sociétés (v. n° [169]). L'acte notarié, s'il est certes obligatoire, ne fait que vérifier l'accomplissement de ces conditions. Il en est de même de l'immatriculation au RCS ainsi que de la publication au RESA ; il s'agit là de formalités obligatoires découlant de la constitution de la société mais ne conditionnant pas sa création.

Dans la très grande généralité des cas, la société est créée sans autres conditions. Mais il n'est pas interdit de procéder à la constitution d'une société *sous condition suspensive*. Dans ce cas, l'accomplissement de la société aura pour effet de faire acquérir la personnalité juridique avec effet rétroactif au jour de la passation de l'acte constitutif.

Ce cas de figure doit être distingué de celui où les fondateurs entendent donner un *effet rétroactif* à la constitution de la société à une date antérieure à celle de l'acte constitutif. L'effet rétroactif est impossible en matière de contrat de société créant une personne morale, une société ne pouvant être présumée exister à une date antérieure à sa création.

#### 1. LES ACTIONNAIRES ET LES APPORTS

**[869]Actionnaires.** — Avant un changement législatif intervenu en 1983, il fallait sept actionnaires, comme en droit belge et français, qui eux-mêmes avaient emprunté cette exigence à la loi anglaise qui exigeait sept fondateurs. Depuis la réforme de 1983, il était devenu possible de constituer une société anonyme avec deux actionnaires seulement. Il fallait saluer cette évolution qui allait dans le bon sens, même si elle n'était pas allée suffisamment loin. D'une part, en effet, dans les petites et moyennes entreprises à caractère familial, le capital social se trouve souvent détenu en fait par une seule personne, le fondateur et moteur du projet industriel. D'autre part, dans les groupes de sociétés, les filiales sont généralement détenues à 100% par la société mère. D'où la nécessité à chaque fois de faire intervenir un deuxième actionnaire détenant une seule action, afin de se conformer aux exigences légales en matière de constitution des sociétés anonymes. Ce deuxième actionnaire n'investit pas véritablement dans la société et n'est en réalité qu'un *actionnaire de complaisance*, un homme de paille. La loi du 13 juillet 2006, en introduisant la possibilité de créer des sociétés anonymes unipersonnelles, permet dorénavant de faire l'économie de cet actionnaire de complaisance. À la différence de la SARL, aucun *maximum* n'est fixé, car la SA est destinée à regrouper un large cercle d'investisseurs.

Les actionnaires peuvent être des personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, luxembourgeoises, européennes ou d'États tiers. Les personnes morales doivent bien évidemment, de par leur statut, pouvoir participer à la constitution d'une SA. Les personnes physiques peuvent être d'une même famille et même être des *époux*. Dans ce dernier cas,

pour qu'ils comptent pour deux actionnaires, il faudra qu'ils apportent chacun des biens propres à la société<sup>1</sup>. Les actionnaires de la SA n'ayant pas, à ce titre, la qualité de commerçant, le mineur représenté par ses parents, le mineur émancipé seul, ainsi que les interdits (aux mêmes conditions que les mineurs) peuvent souscrire des actions dans la SA. La SA étant une société dans laquelle les associés n'ont pas la qualité de commerçant, la faillite de la société n'entraînera pas non plus, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés de personnes, la faillite de ses associés.

**[870] Statut d'associé de l'actionnaire.** — Tous les associés ne sont pas également des actionnaires, car l'actionnaire est une variété particulière d'associé, en ce sens qu'il est actionnaire parce qu'il détient des actions (plutôt que des parts d'intérêt ou des parts sociales). L'associé est donc le genre et l'actionnaire l'espèce. La loi de 1915 est très claire à ce sujet : après avoir énuméré les différentes formes de sociétés commerciales susceptibles d'exister en droit luxembourgeois, l'article 2 ajoute que toutes ces sociétés, ce qui inclut les sociétés de capitaux, ont une personnalité juridique distincte de leurs « associés ».

Il faut cependant se demander si l'attribution du statut d'associé à tout actionnaire est effectivement justifiée<sup>2</sup>. Il existe en effet deux types d'actionnaires bien distincts, dont seul un remplit les critères légaux de l'associé. Il y a, d'un côté, l'actionnaire de long terme, intéressé et impliqué dans un projet d'entreprise qu'il poursuit, le cas échéant, ensemble avec d'autres actionnaires. Cet actionnaire remplit tous les critères du

<sup>1</sup> La doctrine belge estime cependant que l'apport de biens communs fait par deux époux n'empêche pas que chacun devienne associé dans la société ; COIPEL, *Rép. not.* t. XII, n° 5-2.

<sup>2</sup> V. sur cette question : CHAMPAUD, *Catégorie d'actions ou sortes d'actionnaires*, in : *Mélanges M. Jeantin*, Paris, 1999, p. 182 ; SIMONART, *Associés, actionnaires et investisseurs*, in : PRÛM (sous la dir. de), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2016, p. 71 ; et STEICHEN, *associés, entrepreneurs et investisseurs*, in : PRÛM (sous la dir. de), *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2016, p. 135.

statut d'associé, y compris l'élément subjectif qui est la volonté de collaborer en commun au sein de la société, afin de mener à terme le projet commun (v. n° [130]). On pourrait l'appeler « *actionnaire-associé* ». Mais il existe également l'actionnaire à éclipse, à la recherche d'un rendement à court terme, et pour qui la société n'est rien d'autre qu'un objet de placement. Cet « *actionnaire-investisseur* » a en commun avec l'actionnaire-associé d'avoir fait un apport en société, en vue d'obtenir un avantage patrimonial, tout en acceptant de devoir contribuer, le cas échéant, aux pertes de la société. Mais l'actionnaire-investisseur ne passe pas le test de l'élément subjectif inhérent au statut d'associé. Plutôt que de traiter l'actionnaire-investisseur comme un associé, la loi de 1915 devrait tenir compte du fait que cet actionnaire ne présente pas toutes les caractéristiques d'un associé, afin de recadrer la théorie juridique avec la réalité économique. L'actionnaire-investisseur n'étant pas un associé au sens de l'article 1852 C.civ., l'ordre public sociétaire ne lui serait pas applicable. Le droit de vote, vecteur matériel de l'élément subjectif du statut d'associé, pourrait être aménagé, si ce n'est éliminé. En contrepartie, les droits financiers de l'actionnaire-investisseur pourraient aller plus loin que ceux de l'actionnaire-associé, car ce sont finalement les seuls qui importent pour lui. Ces nouvelles règles applicables à l'actionnaire-investisseur seraient formulées dans un *droit de l'investissement*, le vénérable droit des sociétés continuant à s'appliquer aux actionnaires-associés.

#### a) LES MODALITÉS DE L'APPORT

La SA peut bénéficier d'apports en numéraire comme en nature, les apports en industrie étant exclus du capital social (art. 26-3 L1915 ; pour le concept v. n° [108]).

**[871] Apports en numéraire.** — L'apport en numéraire ne présente pas de particularités, sauf que la distinction entre la souscription (v. n° [82]) du capital et sa libération (v. n° [84]) y prend toute son importance, le capital devant être intégralement souscrit (comme en toute société) mais ne devant pas être nécessairement intégralement libéré à la souscription (contrairement p.ex. à ce qui se passe dans la SARL).

Le capital souscrit constituant le seul gage des créanciers sociaux, il faut entourer la souscription de garanties suffisantes. Voilà pourquoi les *fondateurs* sont de plein droit réputés souscripteurs de la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite (v. n°



[881]), la société n'étant nulle que si aucun fondateur n'est valablement engagé (v. n° [150]). Le risque de souscription non valable devrait être réduit en pratique, le *notaire* devant vérifier le respect des conditions relatives à l'intégrité du capital social (art. 26 § 2 L1915)<sup>1</sup>.

**[872] Apports en nature.** — Les associés peuvent également faire des apports en nature au capital de la société (pour le cas particulier de l'apport d'une créance détenue sur la société ; v. n° [93] et s.). Tous les biens en nature qui sont « *susceptibles d'évaluation économique* » peuvent être apportés au capital social d'une SA (art. 26-3 L1915). Les biens apportés doivent donc être estimables en argent, ce qui inclut implicitement leur capacité à être réalisés, soit volontairement, soit sur poursuite des créanciers. Les droits intellectuels, tels les marques et brevets, peuvent être apportés à une SA, un fonds de commerce, ... . Les prestations individuelles à venir, soit les apports en industrie (v. n° [108]), sont exclues du capital social de la SA, car elles ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. Le savoir-faire (« *know-how* ») ne peut donc être apporté à une SA.

L'apport en nature fait l'objet d'un *rapport spécial préalable d'un réviseur d'entreprises* qui peut être le même que celui qui audite, en cours de vie sociale, les comptes annuels de la société (art. 26-1 § 2 L1915)<sup>2</sup>. Il s'agit là d'une formalité substantielle, de sorte que l'assemblée d'actionnaires ayant décidé de l'augmentation de capital par voie d'apport en nature

sera nulle si l'apport en nature n'est pas accompagné du rapport spécial du réviseur<sup>3</sup>. Le réviseur d'entreprises<sup>4</sup>, choisi par les fondateurs, établit un rapport spécial à l'attention du notaire où il donne son avis sur la valeur prévue pour ces apports par les fondateurs, valeur qu'il contrôle sous sa responsabilité. La mission du réviseur d'entreprises n'est cependant pas de procéder lui-même à l'évaluation des apports, celle-ci relevant de la seule compétence et responsabilité des fondateurs. Le but du contrôle par le réviseur d'entreprises n'étant pas de protéger l'apporteur en nature mais les autres actionnaires et surtout les tiers, le réviseur d'entreprises vérifiera seulement si les biens apportés ont une valeur au moins égale au montant du capital social (plus la prime d'émission éventuellement émise) émis en contrepartie (art. 26-1 § 3 L1915)<sup>5</sup>. Le rôle du réviseur d'entreprises consistant uniquement à prévenir les risques de fictivité du capital social, une sous-évaluation éventuelle des apports en nature ne sera pas interdite, de sorte à ne pas soulever d'objections de la part du réviseur d'entreprises<sup>6</sup>.

**[873] Quasi-apports** – Les règles en matière de contrôle des apports en nature étant parfois jugées onéreuses, les fondateurs pourraient envisager de contourner ces règles en effectuant des apports en numéraire, l'argent ainsi apporté servant dans la foulée à acquérir des biens détenus par les fondateurs. Si, du point de vue juridique, il n'y avait eu, certes, qu'un apport en

<sup>1</sup> Art. 26 § 2 L1915 : « Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de ces conditions ainsi que celles des articles 26-1, paragraphe (2), 26-3 et 26-5 et en constatera expressément l'accomplissement. »

<sup>2</sup> Art. 26-1 § 2 L1915 : « (2) Les apports en nature font l'objet d'un rapport établi préalablement à la constitution de la société par un réviseur d'entreprises agréé désigné par les fondateurs » ; v. LEJONCQ, La mission du réviseur d'entreprises dans le cadre des apports autres qu'en numéraire, *ACE* n° 4 2008, p. 1.

<sup>3</sup> Lux. 16 mai 2013, *JT* 2014/2, n° 32, p. 54.

<sup>4</sup> V. Règlement CSSF n° 11-01 relatif à l'adoption de normes d'audit.

<sup>5</sup> Art. 26-1 § 3 L1915 : « Ce rapport doit porter sur la description de chacun des apports projetés ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie. Le rapport demeurera annexé à l'acte prévu par l'article 27 ou au projet d'acte prévu par l'article 29. Ses conclusions sont à reproduire dans les documents susdits. »

<sup>6</sup> TILQUIN/SIMONART, t. 2, n° 2352.

numéraire, en substance, cependant, un apport en nature aurait été effectué. Ce procédé visant à contourner les règles applicables en matière d'apports en nature présente un double risque : un risque de fictivité du capital ; un risque d'avantager certains actionnaires au détriment des autres.

Pour y parer, la loi prévoit en son article 26-2 L1915 que si, peu de temps après sa constitution, une société acquiert un bien d'une certaine valeur appartenant à l'un de ses fondateurs, les règles de vérification d'apport de biens en nature au moment de la constitution deviennent applicables. La réglementation dite des « quasi-apports » entraînera certes l'application des règles procédurales en matière d'apport en nature ; sur le plan juridique, l'opération restera cependant une vente et n'entraînera donc aucune augmentation du capital de la société. La réglementation en matière de « quasi-apports » s'appliquera à la double condition que l'opération intervienne dans les *deux ans* suivant la constitution de la société et que la valeur transactionnelle (vente, ...) soit au moins de *10% du capital social souscrit*<sup>1</sup>. La réglementation en matière de quasi-apports visant également à protéger les actionnaires, l'assemblée doit également intervenir à l'opération, sous peine de nullité (application par analogie des règles en matière d'apports en nature, v. n° [872]), sous forme d'agrément qui pourra, le cas échéant, être postérieur au quasi-apport.

La procédure en matière de quasi-apports ne s'applique que si l'opération se situe *endéans les deux premières années de la constitution* de la société. C'est le délai le plus court retenu par la 2<sup>e</sup> directive communautaire sur le sujet (art. 11). Les opérations

<sup>1</sup> Article 26-2 (1) L1915: « Dans les deux ans qui suivent la constitution de la société l'acquisition, par celle-ci de tout élément d'actif appartenant à une personne physique ou morale ayant signé ou au nom de qui a été signé l'acte constitutif pour une contre-valeur d'au moins un dixième du capital souscrit fait l'objet d'une vérification et d'une publicité analogues à celles prévues à l'article 26-1 et est soumise à l'agrément de l'assemblée générale des actionnaires. Le réviseur d'entreprises est désigné par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas ».

intervenant plus de deux ans après l'acte notarié de constitution de la société ne sont donc pas visées. Les engagements repris par une société en formation rétroagissant (v. n° [161]), les ventes de biens effectués par les fondateurs durant la période de formation de la société seront réputées avoir été conclues dès l'origine par la société elle-même. Elles tombent donc dans la période de deux ans, étant présumées avoir été réalisées à la date de constitution de la société.

Le Luxembourg n'ayant pas fait usage de l'option prévue par l'article 11 § 1<sup>er</sup> al. 2 de la 2<sup>e</sup> Directive 77/91/CEE d'étendre cette procédure aux opérations conclues avec les actionnaires en général ainsi que les dirigeants, l'article 26-2 L1915 ne s'appliquera qu'aux acquisitions d'actifs appartenant à une personne « ayant signé ou au nom de qui a été signé l'acte constitutif » de la société. Le cercle des personnes visées est donc celui des « fondateurs » comme des « simples souscripteurs » (v. n° [880]), c.-à-d. de toutes les personnes qui sont devenues actionnaires de la société à sa constitution. Aussi, sauf fraude, l'obligation de vérification des apports en nature ne s'applique pas aux achats de biens faits durant les deux premières années d'existence de la société, si le vendeur des biens est devenu actionnaire de la société seulement après la constitution de la société, soit dans le cadre d'une cession d'actions, soit dans celui d'une augmentation de capital.

L'article 26-2 L1915 ayant pour objectif d'éviter les abus, il ne s'applique pas aux *opérations courantes* d'achats faits par la société avec ses actionnaires, ni aux acquisitions bénéficiant de garanties additionnelles de justesse du prix, tels les achats faits en bourse ainsi que les achats faits à l'initiative ou sous le contrôle d'une autorité administrative ou judiciaire (art. 26-1 al. 2 L1915)<sup>2</sup>. De manière générale, il faut entendre par « *opérations courantes* » celles qui sont habituelles pour la société, tant du point de vue de son objet social que des montants en jeu : une opération d'envergure financière exceptionnelle pour la société ne sera donc pas « courante », même si elle s'inscrit parfaitement dans l'objet social de la société, tout comme celle qui ne rentre pas dans le cadre des activités ordinaires de la société, même si elle est de faible montant.

## b) LA LIBÉRATION ET LES SANCTIONS

### [874] Libération du capital souscrit. — En souscri-

<sup>2</sup> Article 26-2 (1) L1915: « Le paragraphe (1) ne s'applique ni aux acquisitions faites dans le cadre des opérations courantes de la société, ni aux acquisitions faites à l'initiative ou sous le contrôle d'une autorité administrative ou judiciaire, ni aux acquisitions faites en bourse. »

vant, l'actionnaire fait la promesse d'apporter des biens à la société ; la *libération* du capital signifie faire l'apport convenu (v. n° [84]). La loi exige une souscription intégrale du capital social au moment de la constitution de la société (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915)<sup>1</sup> mais n'exige point sa libération intégrale immédiate. Il suffit en effet que 25% du capital social soit immédiatement libéré à la constitution de la société (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 4 L1915)<sup>2</sup>, que le capital social provienne d'apports en numéraire ou d'apports en nature. L'exigence de libération du quart porte sur « *chaque action* » ; il ne suffit donc pas que l'ensemble des actions soient libérées de ce pourcentage.

La libération minimale peut n'être que de 5% dans les SICAR (art. 5 al. 2 L12.05.2004). Cette facilité se justifie par le fait que les appels de fonds sont calculés « au plus juste » dans ces sociétés, l'organe de gestion ne demandant la libération qu'au fur et à mesure des besoins.

En règle générale, la libération initiale ainsi que les libérations subséquentes sont effectuées par l'actionnaire. Mais rien n'empêche la *libération par un tiers*, le paiement effectué par un tiers libérant l'actionnaire comme si ce dernier avait effectué la libération (art. 1236 C.civ.).

Les 75% restants seront libérés par la suite, en une ou plusieurs fois, sans que les actionnaires ne puissent être dispensés de leur obligation à cet égard (art. 26-4 L1915)<sup>3</sup>. Cette exigence de libération partielle s'explique par le souci d'assurer à la société suffisamment de moyens financiers pour entamer son activité, tout en réduisant les risques encourus par la société en cas d'éventuelle insolvabilité des souscripteurs dans le futur.

La *date* précise de libération complémentaire résultera des statuts ou, dans leur silence (cas plus fréquent), d'une décision de l'organe de gestion<sup>4</sup> (l'administrateur-délégué n'étant pas compétent) basée sur l'intérêt social et partant des besoins de financement de la société. L'organe de gestion pourra agir sans consulter l'assemblée des actionnaires, les actionnaires ayant donné leur accord lors de la souscription du capital à procéder aux versements aux dates que fixera l'organe de gestion (art. 27 n° 6 L1915 : l'organe de gestion « *étant habilité à faire acter (...)* »).

Les règles gouvernant la libération du capital étant instituées en faveur de la société, afin qu'elle puisse faire l'appel des fonds lorsqu'elle en a besoin, l'actionnaire ne pourra pas *se libérer anticipativement*<sup>5</sup>, sauf si cette possibilité résulte déjà des statuts.

Il est tout à fait possible que la *décision de mise en liquidation de la société* soit prise par les actionnaires, alors même que le capital social n'a pas encore été entièrement libéré. On peut songer par exemple au cas d'une société prospère pouvant aisément régler son passif social, sans demander aux actionnaires de libérer le solde de leur souscription. Le liquidateur renoncera dans ce cas à demander aux actionnaires de libérer la partie non encore appelée du capital social, sans que cette décision ne puisse lui être imposée par l'assemblée. Mais il se peut également que la société soit en proie à des difficultés financières et que l'appel de fonds soit nécessaire au remboursement des créanciers sociaux. Dans ce cas, le liquidateur ne manquera pas de demander la libération intégrale du capital social, et les actionnaires ne sauraient s'y opposer, en arguant de la mise en liquidation de la société<sup>7</sup>.

La preuve de la libération se fait par le dépôt préalable en banque au nom de la société en formation, l'argent restant bloqué sur le compte de la société jusqu'à la constitution effective de la société, contre remise d'un certificat de déblocage par le notaire à la

<sup>1</sup> Art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915 : « La constitution d'une société anonyme requiert : (...) que le capital soit intégralement souscrit (...) ».

<sup>2</sup> Art. 26 § 1<sup>er</sup> n° 4 L1915 : « (1) La constitution d'une société anonyme requiert : (...) 4) que chaque action soit libérée d'un quart au moins par un versement en numéraire ou par des apports en nature. »

<sup>3</sup> Article 26-4 L1915 : « Sous réserve des dispositions concernant la réduction du capital souscrit, les actionnaires ne peuvent pas être exemptés de leur obligation de fournir leur apport. »

<sup>4</sup> Cour 22 juin 1993, *Pas.* 29, p. 108.

<sup>5</sup> Cour 14 mai 1997, note FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 546 ; v. également RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, n° 798.

<sup>6</sup> Cour 14 mai 1997, note FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 546 ; v. également RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, n° 798.

<sup>7</sup> Lux. 10 octobre 1991, 39 559.

banque.

Pour les *apports en nature*, la libération intégrale doit avoir lieu dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de la constitution de la société (art. 26-1 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Cette mesure s'explique par le souci d'éviter que les valeurs marchandes fixées au jour de la souscription et à la libération de l'apport ne diffèrent trop. Ce risque n'existant pas pour les apports en numéraire, il n'existe aucun délai maximal pour la libération des actions résultant d'apports en numéraire. Mais il est vrai que cette question est plutôt théorique pour les apports en nature, ceux-ci n'étant généralement pas divisibles (p.ex. : on ne saurait apporter une partie d'un brevet) ; la règle n'est évidemment pas absolue mais fonction de la nature du bien apporté (un exemple de biens divisibles sera celui des marchandises).

La loi n'interdit pas la *cession d'actions non encore intégralement libérées*. Il faut, dans ce cas, déterminer la personne qui sera tenue de l'obligation de libération des actions : le cessionnaire très certainement, puisqu'il est devenu le propriétaire de l'action non libérée ; en acceptant le transfert des actions partiellement libérées seulement, il accepte, du coup, les charges corrélatives aux droits qu'il acquiert. Mais qu'en est-il du souscripteur initial et des cessionnaires successifs intérimaires ? Une possibilité aurait pu être de prévoir la responsabilité solidaire pour la libération du souscripteur ainsi que de tous les cessionnaires successifs. Cette approche aurait d'ailleurs pu se recommander de l'orthodoxie juridique : une cession de dette ne libère, en droit commun, pas le cédant vis-à-vis de son débiteur, sauf si celui-ci accepte expressément de décharger le cédant. Mais cette solution a semblé excessive : les règles en matière de libération de capital s'inscrivent en premier lieu dans un contexte de protection des intérêts légitimes des tiers. Ceux-ci ont traité sur la base du capital social de la société ; ils doivent donc compter sur le fait que ce capital a été intégralement libéré ou va l'être en fonction des besoins financiers de la société. Dès lors que la cession a été publiée, les tiers sont avertis, de sorte qu'il est légitime que le cédant n'assume plus aucune responsabilité pour les dettes de la société contractées après la publication de la cession. Vu à l'envers, cela veut dire que le souscripteur initial

<sup>1</sup> Art. 26-1 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les actions émises en contrepartie d'apports en nature doivent être libérées dans un délai de cinq ans à partir du moment de la constitution. »

est solidairement tenu, ensemble avec les cédants successifs, à la libération des actions qu'il a cédées, uniquement si la société a besoin des fonds ainsi appelés pour régler des dettes sociales qui sont nées avant la date de publication de la cession d'actions. C'est le régime prévu à l'article 49 L1915<sup>2</sup>. Le souscripteur initial (ainsi que les cédants successifs) dispose cependant d'un recours en remboursement à due concurrence contre le cessionnaire défaillant. Lorsque l'action a plusieurs fois changé de mains, le recours de celui qui a payé la dette de libération du capital peut s'exercer contre n'importe lequel des cédants successifs, d'où l'indication que le recours est « solidaire ».

Aux fins d'information des tiers, la *liste des actionnaires* n'ayant pas encore libéré leurs actions ainsi que les montants dont ils sont redevables sera également publiée annuellement à la suite du bilan (art. 48 L1915).

#### [875] Sanctions en cas de non-libération du capital social et protection des créanciers sociaux. —

L'actionnaire qui est en retard pour effectuer les versements complémentaires subira de plein droit les *intérêts débiteurs* (art. 1846 C.civ.)<sup>3</sup> ; les actionnaires en retard peuvent en outre être condamnés à des *dommages-intérêts supplémentaires* en raison du préjudice subi par la société en raison de ce retard. Il faut donc être en mesure de déterminer en tout temps le propriétaire de l'action tenu des versements complémentaires. Pour cette raison, les *actions restent nominatives* jusqu'à leur entière libération (art. 43 al. 2 L1915)<sup>4</sup>.

Par ailleurs, le *droit de vote* attaché à ses actions est

<sup>2</sup> Art. 49 L1915 : « Les actionnaires sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total de leurs actions. Toutefois, la cession valable des actions les affranchira, à l'égard de la société, de toute contribution aux dettes postérieures à la cession, et à l'égard de tiers, de toute contribution aux dettes postérieures à sa publication. Tout cédant a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs. »

<sup>3</sup> Art. 1846 C.civ. : « L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée. »

<sup>4</sup> Art. 43 L1915 : « Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération ».

suspendu tant que les appels de fond régulièrement faits n'auront pas été remplis, et ce dès la date d'exigibilité des appels (art. 67 § 7 L1915)<sup>1</sup>.

Les *droits des créanciers de la société* à la libération intégrale du capital non encore libéré sont non négligeables. Ils bénéficient non seulement de l'obligation pour les *fondateurs* de procéder à cette libération en lieu et place des actionnaires défaillants (art. 31 al. 2 L1915)<sup>2</sup>, mais ils peuvent également faire *décréter en justice* les versements nécessaires à la conservation de leurs droits, les administrateurs de la SA étant personnellement tenus d'exécuter les jugements rendus à cette fin. Enfin, les créanciers peuvent aussi, dans le cadre de l'*action oblique*, obliger les actionnaires à effectuer les versements exigibles en vertu des statuts, d'une décision sociale ou d'un jugement (art. 153 L1915)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 67 § 7 L1915 : « L'exercice du droit de vote afférent aux actions sur lesquelles les versements n'ont pas été opérés sera suspendu aussi longtemps que ces versements, régulièrement appelés et exigibles, n'auront pas été effectués » ; il s'agit d'une disposition d'ordre public : Cass. 7 juill. 1950, *Pas.* 15, p. 39.

<sup>2</sup> Art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...) de la libération effective jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites ainsi que de la libération dans un délai de cinq ans des actions émises en contrepartie d'apports en nature ; ils sont de même tenus solidairement de la libération effective de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu de l'alinéa précédent ; (...) » ; v. également Lux. 27 juin 2005, Codex n° 6/7 2005, p. 188. La responsabilité des fondateurs est solidaire. Garantissant un certain résultat, l'obligation existera indépendamment de leurs aptitudes personnelles et de leur expérience. Même la bonne foi ne les exonère pas. La responsabilité des fondateurs s'apparente à celle d'une caution.

<sup>3</sup> Art. 153 L1915 : « Les créanciers peuvent, dans toutes les sociétés, faire décréter par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la conservation de leurs droits; la société peut écarter l'action en remboursant leur créance à sa valeur, après déduction de l'escompte. Les gérants, administrateurs ou membres du directoire, selon le cas, sont personnellement obligés d'exécuter les jugements rendus à cette fin. Les créanciers peuvent exercer, confor-

Les statuts prévoient parfois, surtout pour les grandes sociétés, une *clause d'exécution en bourse* à l'encontre de l'actionnaire défaillant. Cette clause permet à la société, après sommation infructueuse, de faire vendre en bourse l'action non libérée, aux risques de l'actionnaire. Supposons par exemple que la valeur nominale de l'action soit de € 1 000 et que € 600 aient été libérés. Si la société vend l'action pour € 1 100 en bourse, elle prendra € 400 au titre de libération restante de l'action et remettra le solde, soit € 800, à l'actionnaire. La nature juridique de cette clause est fort débattue, et on peut hésiter entre la technique de la saisie autorisée par l'usage<sup>4</sup>, le mandat donné d'avance de vendre en bourse en cas de non-libération, une variété de pacte comissoire et l'idée d'exclusion des actionnaires défaillants dans un souci de protection de la société.

**[876] Régime fiscal.** — Les apports faits aux sociétés se font au droit d'enregistrement fixe de € 75, sauf en cas d'apport d'immeubles pour lesquels un *droit d'enregistrement* proportionnel de 0,6% est prélevé (en sus du droit de transcription de 0,5%). La base imposable pour les immeubles est leur valeur marchande et non la valorisation éventuellement plus faible retenue dans le rapport du réviseur d'entreprises.

L'apport en société opérant transfert de propriété juridique des biens apportés, les règles relatives aux *gains en capital* sont également susceptibles de s'appliquer. Elles peuvent être résumées comme suit :

- le chef d'entreprise transformant son entreprise individuelle en société anonyme bénéficiera d'un régime optionnel lui permettant de différer l'imposition, si la société anonyme continue les valeurs comptables précédemment alignées dans l'entreprise individuelle ;
- l'associé qui fait un apport en nature à la SA ne réalisera, en règle générale, une plus-value imposable qu'à la condition d'apporter un terrain ou un immeuble (autre que sa résidence principale) à la

mément à l'art. 1166 du Code civil, contre les associés ou actionnaires, les droits de la société quant aux versements à faire et qui sont exigibles en vertu des statuts, de décisions sociales ou de jugements. »

<sup>4</sup> MALHERBE/LAMBRECHT, *Précis de droit des sociétés*, n° 702.

société.

## 2. LE CAPITAL SOCIAL DE LA SA

**[877]Capital minimum.** — Le capital social de la SA, qui doit être intégralement souscrit (v. n° [82] et [874]), peut être exprimé en euros ou en devises étrangères. Mais en tout état de cause, la SA doit bénéficier d'un capital social minimum de € 30 000, un quart de ce capital devant être libéré au jour de la constitution (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915). Lorsque le capital social est exprimé en devises étrangères, il devra à tout moment rester au moins égal à € 30 000.

Ce n'est que depuis une loi de 1983 que la SA doit avoir un capital social minimum. Auparavant, le législateur ne prévoyait un capital minimum de 100 000 francs luxembourgeois que par la seule SARL, ce qui était paradoxal, alors que la SARL est le véhicule sociétaire naturel pour les petites et moyennes entreprises. Le législateur remédia à cette situation paradoxale en 1983 en exigeant depuis lors un capital social minimum de 1 250 000 francs luxembourgeois pour la SA.

Pour certaines sociétés, il existe des *montants minimaux particuliers*, par exemple pour les assurances et les banques, les autres professionnels du secteur financier ainsi que les sociétés d'investissement. Mais il n'y a pas, en revanche, de maximum pour le capital social d'une SA.

Mais le capital minimum exigé par la loi n'est que rarement suffisant pour le financement des futures activités de la société. Bien qu'il faille espérer que les fondateurs tiennent compte des besoins de financement futurs de la société en vue de la fixation de son capital social, il n'existe pas au Luxembourg, contrairement au droit belge, d'obligation pour les fondateurs d'établir un plan financier relatif aux activités projetées, sous peine de responsabilité en cas de faillite de la société, si sa faillite tient à l'insuffisance de sa capitalisation.

## B. LES CONDITIONS DE FORME ET LES SANCTIONS DE LEUR NON-RESPECT

L'acte constitutif de la SA doit, sous peine de nullité, prendre la forme d'un acte notarié et reprendre

obligatoirement certaines indications (v. n° [146] et s.). D'autres mentions sont seulement obligatoires sous peine de sanctions. Elles seront vues ci-dessus.

**[878]Indications obligatoires sous peine de sanctions.** — L'article 27 L1915<sup>1</sup> exige que les statuts indiquent :

- *l'identité des personnes* qui ont signé l'acte constitutif de la société. La loi exige, sous peine de nullité

<sup>1</sup> Art. 27 L1915 : « L'acte de société indique : 1) l'identité de la ou des personnes physiques ou morales qui ont signé l'acte ou au nom desquelles il a été signé ; 2) la forme de la société et sa dénomination ; 3) le siège social ; 4) l'objet social ; 5) le montant du capital souscrit et, le cas échéant, du capital autorisé ; 6) le montant initialement versé du capital souscrit, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, étant habilité à faire acter dans les statuts toute libération ultérieure et à modifier les statuts en conséquence ; 7) les catégories d'actions, lorsqu'il en existe plusieurs, les droits afférents à chacune de ces catégories, le nombre d'actions souscrites et, en outre, dans le cadre d'un capital autorisé, les actions à émettre de chaque catégorie et les droits afférents à chacune de celles-ci, ainsi que : - la valeur nominale des actions ou le nombre des actions sans mention de valeur nominale - les conditions particulières qui limitent la cession des actions ; 8) la forme nominative ou au porteur des actions ainsi que toute disposition complémentaire ou dérogoire à la loi relative à la conversion des titres ; 9) la spécification de chaque apport en nature, les conditions auxquelles il est fait, le nom de l'apporteur et les conclusions du rapport du réviseur d'entreprises prévu à l'article 26-1 ; 10) la cause et la consistance des avantages particuliers attribués lors de la constitution de la société à quiconque a participé à la constitution de la société ; 11) le cas échéant, le nombre de titres ou de parts non représentatifs du capital exprimé ainsi que les droits y attachés, notamment le droit de vote aux assemblées générales ; 12) dans la mesure où elles ne résultent pas de la loi, les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de la représentation à l'égard des tiers, de l'administration, de la direction, de la surveillance ou du contrôle de la société ainsi que la répartition des compétences entre ces organes ; 13) la durée de la société ; 14) le montant, au moins approximatif, des frais, dépenses et rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge en raison de sa constitution. »

de la société, que la SA soit constituée par au moins un comparant à l'acte constitutif valablement engagé ; il s'agit là de l'une des deux seules conditions de fond que la constitution d'une SA doit respecter sous peine de nullité (art. 12ter n° 4 L1915) ;

- que la *forme d'une société par actions* ait été retenue. Si le sigle « SA » (« SAS ») peut, certes, remplacer l'expression « société anonyme » (« société par actions simplifiée ») dans les actes émanant de la société (art. 76 n° 2 L1915), il n'est toutefois pas possible de remplacer l'expression « société anonyme » (« société par actions simplifiée ») par le sigle « SA » (« SAS ») pour les besoins des statuts de la société. La même remarque peut être faite pour la société européenne (sigle : « SE ») ;
- le *siège social* de la société (v. n° [175]). La désignation du siège social doit être suffisamment précise, afin de permettre aux tiers d'atteindre aisément la société. La seule indication de la ville ou de la commune où est située la société ne devrait donc normalement pas suffire ; il faudra également mentionner le nom de la rue et le numéro postal ;

L'indication précise du siège social dans les statuts obligera les actionnaires à procéder à une modification des statuts aux fins de transfert du siège social. Cela peut s'avérer bien compliqué pour en définitive peu de chose. D'où l'adjonction habituelle d'une clause des statuts permettant au conseil d'administration de librement transférer le siège social au sein du pays, ou pour le moins au sein de la commune. Une autre technique aboutissant aux mêmes résultats consiste à n'indiquer comme siège social que le nom de la ville : cela permettra au conseil d'administration de déplacer le siège social au sein de la ville, sans devoir pour autant modifier les statuts.

- la désignation précise de l'*objet social*, c.-à-d. l'activité que poursuivra la société (v. n° [73]). L'illicéité de l'objet social constitue, ensemble avec la condition relative aux fondateurs, la seule condition de fond en matière de constitution de la société anonyme sanctionnée par la nullité de l'acte

constitutif (art. 12ter n° 3 L1915)<sup>1</sup>. La contrariété de l'objet social à l'ordre public est à apprécier d'après sa description dans les statuts, et non pas sur la base des activités réellement exercées par la société<sup>2</sup> ;

- le montant du *capital social* souscrit (v. n° [202] et [871]) et, le cas échéant, du capital autorisé (v. n° [1028]) ainsi que le montant du capital libéré à la constitution de la société (v. n° [874]) ;
- l'identification des *apports en nature* (v. n° [91]), de l'apporteur, le nombre d'actions émises en contrepartie ainsi que la conclusion du réviseur d'entreprises agréé (reproduite dans le corps de l'acte ; v. n° [102]) ;
- les différentes *classes d'actions*, s'il y en a, ainsi que leurs droits afférents (v. n° [975]), la spécification s'il s'agit d'actions nominatives ou au porteur ;
- la nature et les droits des *titres* et parts *émis en dehors du capital social* de la société (v. n° [985]) ;
- les modes de nomination et d'exécution de la *gestion sociale*, dans la mesure où ils ne résultent pas de la loi (v. n° [893]) ;
- la *durée de la société* (v. n° [632]) ;
- le montant des *frais liés à la constitution* ainsi que les *charges* grevant les biens apportés (p.ex. l'apport d'un fonds de commerce gagé).

Les fondateurs sont civilement responsables du préjudice qui serait la suite immédiate de l'omission ou de la fausseté des mentions précédentes (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915). La loi de 1915 y ajoute des sanctions pénales sous la forme d'une amende de € 500 à € 25 000 à l'encontre de ceux qui n'ont pas fait les énonciations.

<sup>1</sup> Art. 12ter n° 3 L1915 : « La nullité d'une société anonyme (...) ne peut être prononcée que dans les cas suivants : (...) si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public ; (...) ».

<sup>2</sup> CJUE 13 nov. 1990, *RDC* 1991, p. 875, obs. COIPEL.

### C. LES DEUX MODES DE CONSTITUTION DE LA SA

[879] **Présentation.** — Les personnes intervenant à l'acte de constitution jouent un rôle plus important dans les SA que dans les autres types de sociétés ; ils encourent, du coup, également une responsabilité plus importante que dans ces sociétés (1). Ce rôle plus important est largement dû aux spécificités en matière de constitution de SA. En effet, contrairement à ce qui est le cas dans les autres types de sociétés, la SA peut être constituée de deux manières différentes. Dans la très grande majorité des cas, elle résulte de la comparution simultanée devant notaire des actionnaires désirant constituer la société ; c'est la « *constitution immédiate* » par acte notarié (art. 28 L1915)<sup>1</sup>. Il s'agit du cas où les personnes prenant l'initiative de la constitution (les fondateurs) souscrivent directement eux-mêmes la totalité du capital social. Mais il est également possible, bien que cela soit tout à fait rare, que la constitution ait lieu par voie de souscription publique. Cette situation se rencontre très rarement, lorsque les fondateurs cherchent à lever des capitaux dans le public. C'est ce qu'on appelle généralement constitution avec appel public à l'épargne, bien que l'expression de « *constitution successive* » paraisse plus adéquate (art. 29 L1915)<sup>2</sup>. Il faut passer en revue ces deux techniques aboutissant au même résultat final (2) et s'attacher au sort des actes susceptibles d'être accomplis au nom de la société avant sa constitution (3).

#### 1. LES FONDATEURS DE LA SA

[880] **Concept de « fondateur ».** — La loi de 1915 se réfère à plusieurs endroits au concept de « fondateur », notamment en prévoyant certaines responsabilités

<sup>1</sup> Art. 28 L1915 : « La société peut être constituée par un ou plusieurs actes notariés dans lesquels comparaissent tous les associés en personne, ou par porteurs de mandats authentiques ou privés ».

<sup>2</sup> Art. 29 L1915 : « (1) La société peut aussi être constituée au moyen de souscriptions ».

particulières à son égard en relation avec la constitution de la SA. Même si ce terme revêt donc une certaine importance, il ne se trouve cependant défini nulle part. On aurait pu penser que le fondateur d'une SA serait la personne qui, prenant l'initiative de créer la société, se charge de réunir les associés et les capitaux et remplit les formalités légales pour arriver à la constitution de la société. Mais cela serait source de difficultés, puisqu'il faudrait déterminer avec précision les personnes ayant permis à la société de se mettre en mouvement.

Aussi, le législateur a préféré adopter une solution plus simple, aisément vérifiable, en disposant que sont réputées « fondateurs » d'une SA toutes les personnes souscrivant en personne ou par représentation au capital social de la société à sa constitution (art. 28 al. 2 L1915)<sup>3</sup>. Si tous les comparants à l'acte constitutif sont, donc en principe, les « fondateurs » de la société, l'acte constitutif peut cependant limiter cette qualification à un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social de la société (dans les SARL, cette faculté n'existe pas, tous les comparants étant réputés fondateurs). Dans les constitutions successives (v. n° [883]), seules les personnes figurant dans le projet d'acte de la 1<sup>re</sup> phase sont réputées fondateurs, les personnes apparaissant à l'acte constitutif de la 3<sup>e</sup> phase n'étant que de simples souscripteurs (art. 29 al. 2 L1915). Il faut cependant, dans ce cas, que les autres actionnaires se limitent à faire des apports en numéraire, sans recevoir d'avantages particuliers de la société en raison de leur entrée dans le capital social de la société. Si cette triple condition est remplie, les autres actionnaires sont tenus pour simples « *souscripteurs* ».

<sup>3</sup> Art. 29 al. 2 L1915 : « Les comparants à ces actes seront considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si les actes désignent comme fondateur un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants qui se bornent à souscrire des actions contre espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs. »



Exemple : A, B et C souscrivent comme suit au capital social de la SA :

- A : 60% en numéraire ;
- B : 25% en nature ;
- C : 15% en numéraire.

Disposant de 30% au moins du capital social de la SA, A sera fondateur. Cela permettra à B et C de n'être que de simples souscripteurs, si les conditions additionnelles posées à l'article 28 al. 2 L1915 sont également remplies. Ces conditions sont remplies pour C, car il apporte du numéraire et ne bénéficie pas d'avantages particuliers en raison de son apport. Mais il en va différemment de B, car il fait un apport en nature : B est donc également un fondateur de la SA.

**[88r] Responsabilités des fondateurs.** — Dans un souci de protection des tiers comme des associés, la loi de 1915 prévoit un certain nombre de dispositions d'ordre public à charge des fondateurs. Leur non-respect entraîne la responsabilité légale et spéciale à leur encontre ; cette responsabilité est automatique et n'exige pas de faute de la part des fondateurs. Les fondateurs sont ainsi les garants de l'authenticité du capital social et sont, du coup, personnellement et solidairement responsables :

- de la *partie du capital social qui n'est pas valablement souscrite*, que ce soit en raison de la nullité de l'acte de souscription pour incapacité du souscripteur ou de l'absence de valeur de l'apport (apport fictif), les fondateurs étant réputés souscripteurs du capital social manquant (art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915)<sup>1</sup>. La garantie par les fondateurs ne porte cependant que sur la validité de la souscription ; de ce fait, si la souscription est, certes, valable, mais que le souscripteur s'avère insolvable, la garantie ne saurait jouer ;

<sup>1</sup> Art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 1 L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : 1) de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite, ainsi que de la différence éventuelle entre le capital minimal prévu par l'article 26 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs (...) » ; v. Lux. 30 nov. 1988, n° 34 097 (la responsabilité des fondateurs existe vis-à-vis des associés et des tiers, mais non pas entre fondateurs).

- des engagements pris irrégulièrement dans l'acte constitutif de la SARL pour le compte de tiers dans le cadre d'un *mandat non valable*. Dans ce cas, le mandataire sera tenu solidairement avec le fondateur (art. 31 § 2 L1915)<sup>2</sup> ;
- de la *libération du capital social à hauteur de 25%*, mais non pas pour son complément à 100% (art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 2 L1915)<sup>3</sup> ;
- de la libération effective des *apports en nature* (art. 31 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup> ;

Les fondateurs sont, d'autre part, responsables du préjudice résultant :

- de la *nullité de la société* (art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915)<sup>5</sup> ;
- de l'absence ou de la *fausseté des énonciations* prescrites pour l'acte constitutif (art. 27 L1915 pour la constitution directe ; v. n° [882]) et, le cas échéant, pour les prospectus et bulletins de souscription (art.

<sup>2</sup> Art. 31 al. 2 L1915 : « Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers nommément désignés dans l'acte, soit comme mandataires, soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement de porte-fort n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation. Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements. »

<sup>3</sup> Art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 2 L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...) de la libération effective, jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites, ainsi que de la libération dans un délai de cinq ans des actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire en nature; ils sont de même tenus solidairement de la libération effective de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu de l'alinéa précédent ; (...) ».

<sup>4</sup> Art. 31 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...) de la libération dans un délai de cinq ans des actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire en nature; (...) ».

<sup>5</sup> Art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...) de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société (...) ».

29 L1915 pour la constitution successive, v. n° [883])<sup>1</sup>. L'article 27 L1915 incluant la description et l'évaluation des *apports en nature*, les fondateurs seront donc responsables de la surévaluation éventuelle des apports en nature.

## 2. LA CONSTITUTION DIRECTE ET LA CONSTITUTION DIFFÉRÉE DE LA SA

**[882] Cas habituel : constitution sans appel public à l'épargne (« constitution directe »).** — La fondation directe nécessite la comparution des associés à l'acte notarié. La *comparution personnelle* n'est toutefois jamais obligatoire ; en cas de comparution par *mandataire* (art. 28 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « *tous les associés en personne, ou par porteurs de mandats authentiques ou privés* »), il suffit que celui-ci soit muni d'une procuration spéciale et écrite (privée ou authentique) reproduisant les mentions essentielles de l'acte constitutif de la société, dont notamment le montant du capital social que le mandant entend souscrire.

La loi ne prévoit pas explicitement le caractère *écrit* de la procuration, sauf qu'il est permis de l'inférer de l'exigence formulée par la loi que les procurations soient déposées en annexe au greffe du RCS.

Les règles ordinaires de *représentation des personnes morales* sont applicables aux mandats conférés par elles en vue de la constitution d'une SA. Il faut dès lors généralement une délibération de l'organe de gestion, qui sera normalement compétent à cet effet et qui donnera au mandataire les pouvoirs de représentation à l'acte constitutif de la SA.

Le mandat conféré peut comporter deux sortes de difficultés. La première est qu'il peut être non valable, soit parce qu'il est outrepassé (p.ex. : souscription pour 1 000 alors que le mandant ne prévoit qu'une souscription pour 100), soit parce qu'il est sans valeur

<sup>1</sup> Art. 31 § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915 : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...) de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, (...) de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par les articles 27 et 29 dans l'acte ou le projet d'acte de société et dans les souscriptions. »

(p.ex. : incapacité du mandant). Dans ce cas, le mandant ne sera pas tenu par la souscription par le faux mandataire, ce dernier étant obligé personnellement. Cependant, les fondateurs seront solidairement tenus des engagements pris par le faux mandataire (art. 31 (2), §2 L1915). Mais le mandat peut également être inexistant, lorsque le mandant se rétracte au jour de la constitution de la société. Comme en cas de constitution directe, il s'agit de vérifier l'existence du consentement au moment de la constitution de la société, la renonciation à entrer dans la société restera toujours possible, jusqu'au moment de l'acte notarié. Les fondateurs seront solidairement tenus des engagements pris même de bonne foi sur la base d'un mandat révoqué préalablement à l'acte notarié.

L'article 1120 C.civ. prévoit encore le système du *portefort*. Il permet pratiquement au fondateur de se passer de la procuration, à condition d'obtenir ratification de la souscription par le tiers. Même si l'article 28 L1915 n'y fait pas référence, le système du *portefort* n'est pas interdit pour la constitution des sociétés anonymes (v. en ce sens l'art. 31 (2), §1 L1915). Ce qui est interdit seulement, c'est la souscription pour un tiers anonyme. Une personne peut, en revanche, tout à fait signer l'acte constitutif au nom d'une personne nommément désignée, sans disposer de mandat à cet effet, mais en se portant fort de la ratification de la souscription par le tiers concerné. La technique du *portefort* est possible quoique dangereuse pour les fondateurs d'une SA, puisqu'ils seront solidairement tenus des engagements pris à l'acte constitutif en cas de non-ratification (art. 31 (2), §1 L1915). Or, le tiers pour lequel les fondateurs se sont portés fort reste, conformément au droit commun<sup>2</sup>, libre de tout engagement jusqu'au moment de la ratification, laquelle n'est donc jamais obligatoire. Si la ratification par le tiers n'est pas intervenue après deux mois, le *portefort* ainsi que les fondateurs seront personnellement tenus des engagements ainsi contractés.

**[883] Règles spéciales aux sociétés anonymes constituées avec public à l'épargne (« constitution différée »).** — Il est également possible de constituer la SA au moyen de souscriptions par appel public à l'épargne<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Cour 26 févr. 1897, *Pas.* 4, p. 343.

<sup>3</sup> Un prospectus imprimé destiné à tous ceux qui s'y intéressent constitue un appel public à l'épargne, même s'il porte la mention « confidentiel » : Cour 11 déc. 1928, *Pas.* 11, p.

(« constitution différée »). Ce procédé à trois stades, extrêmement rare en pratique, est réglé aux articles 29 et 30 L1915.

Ce procédé est tombé en désuétude en raison des inconvénients qu'il crée pour les promoteurs du projet. Le premier risque est en effet celui que le public ne suive pas, ce qui se traduira par un manque de souscriptions. À ce premier risque de discrédit s'ajoute un deuxième, en ce sens que les souscripteurs peuvent changer d'avis au moment de la tenue de l'assemblée constitutive et refuser de créer la société<sup>1</sup>. Pour cette raison, les promoteurs préfèrent s'assurer le concours d'un institut financier acceptant de souscrire l'intégralité du capital social souhaité. C'est la pratique de la « *prise ferme* » effectuée dans le cadre de la constitution directe. Après souscription, l'institut financier placera les actions dans le public. La loi soumet la vente d'actions au public à un régime de publicité semblable à celui pour la constitution successive (art. 33 à 36 L1915).

Le processus débute par l'établissement préalable d'un *projet notarié de statuts*; ce projet fait l'objet d'une publication au RESA. Les comparants à cet acte notarié sont les « fondateurs » de la société (v. n° [880]). Ce projet n'entraîne pas encore la constitution de la société.

Le deuxième stade est celui de la souscription au capital social. Elle se fait au moyen de *bulletins de souscription* constatant l'engagement synallagmatique, mais elle est révocable dans le chef du souscripteur. Le bulletin de souscription a une valeur économique et peut être cédée suivant les formes du Code civil, mais ne saurait donner lieu à un titre négociable, ce dernier ne pouvant être délivré avant la constitution de la société.

L'engagement représenté par le bulletin de souscription n'est pas unilatéral, comme on pourrait s'y attendre, mais bien *synallagmatique*. Il reflète en effet les obligations à charge tant des souscripteurs que des fondateurs de la société. Le souscripteur s'oblige à faire partie de la société, en lui apportant ce qu'il a promis de contribuer au capital de la société. Mais les fondateurs sont eux aussi obligés pour compte de la société en formation. Leur obligation consiste à poursuivre l'exécution du bulletin de souscription, soit la constitution de la société, et à

délivrer au souscripteur les actions souscrites.

L'engagement des souscripteurs est *révocable* en ce sens qu'ils peuvent encore s'opposer par la suite à la constitution de la SA, en votant contre sa constitution au jour prévu à cet effet au bulletin de souscription. En signant le bulletin de souscription, le souscripteur ne promet pas encore de constituer la société, son accord de volonté ne résultant que de son vote à l'assemblée constitutive. Jusqu'à ce moment-là, les souscripteurs restent entièrement libres<sup>2</sup>.

Le troisième stade est celui de l'*assemblée constitutive*. Elle se réunit à la date indiquée au bulletin de souscription, et ce au plus tard dans les trois mois de la publication du projet de statuts de la société (art. 29 § 3 L1915). Sauf si la majorité absolue (les fondateurs ne votent pas) en nombre (et non pas en volume des souscriptions) des souscripteurs s'oppose à la constitution de la société, les fondateurs la déclareront définitivement constituée avec pour capital social le montant total des souscriptions préalablement recueillies. Si les souscriptions effectivement recueillies restent en-deçà des montants indiqués sur le formulaire de souscription, circulaires et prospectus, la société pourra néanmoins être constituée avec un capital social inférieur égal au montant des souscriptions recueillies, si cette possibilité a été prévue dans le projet de statuts. Les personnes intervenant à cet acte sont en principe de simples souscripteurs (v. cependant l'exception au n° [880]). La société étant maintenant constituée, les règles en matière de libération s'appliqueront (v. n° [874]).

## § 2. LA DISSOLUTION DE LA SA POUR PERTE IMPORTANTE DE L'ACTIF NET

**[884] Décision en assemblée générale extraordinaire.** — De manière générale, mise à part l'hypothèse de dissolution forcée par les tribunaux ainsi que celle où la société a été constituée pour une durée de vie limitée, la mise en dissolution sera toujours décidée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Mais contrairement aux sociétés à risque illimité, la

375.

<sup>1</sup> Cour 11 déc. 1928, *Pas.* 11, p. 375.

<sup>2</sup> Lux. 18 octobre 1984, n° 158/84.

société anonyme ne sera pas dissoute si elle est constituée pour une durée indéterminée, par la volonté d'un seul actionnaire de ne plus être en société (art. 99 al. 3 L1915). Pour obtenir la dissolution de la société autrement qu'en assemblée générale, cet actionnaire devra s'adresser aux tribunaux et invoquer de justes motifs de dissolution (v. n° [637]).

La dissolution ouvre la période de liquidation en vue du partage. La personnalité morale de la société est maintenue jusqu'à la clôture de la liquidation et un liquidateur est désigné. Les règles de liquidation sont identiques à celles applicables aux autres sociétés (v. n° [645]). La publicité de la dissolution de la société la rend opposable aux tiers.

La société anonyme peut être dissoute pour les causes de dissolution de droit commun énoncées à l'article 1865 C.civ. (v. n° [627]). Mais il existe une cause spécifique à la dissolution de la SA : la dissolution en raison de pertes importantes. Les actionnaires doivent en effet se prononcer sur la continuation de la société, si celle-ci a subi des pertes importantes. Plus les pertes sont élevées, plus les conditions pour obtenir la dissolution sont facilitées. Cette cause de dissolution sera analysée ci-dessus.

**[885] Conditions quant au montant de la perte subie.** — Si les sociétés sont, certes, constituées pour réaliser des bénéfices, il leur arrive cependant de subir des pertes. En raison des pertes subies, la situation financière de la société deviendra souvent dangereuse non seulement pour les créanciers sociaux, mais également pour les actionnaires. Pour cette raison, il est justifié de mettre les actionnaires en mesure de décider s'ils entendent poursuivre les activités sociales, dans l'espoir d'une amélioration de la rentabilité de la société, ou s'ils préfèrent dissoudre la société. C'est l'objectif de l'article 100 al. 1er L1915, encore appelé procédure de la « sonnette d'alarme » : « sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, convoquent (...) l'assemblée générale qui délibérera (...) sur la dissolution éventuelle de la société ».

te ».

Il est donc important de savoir déterminer, afin de respecter l'article 100 L1915, le seuil à partir duquel l'assemblée doit être convoquée. La loi fait référence à un « *actif net inférieur à la moitié du capital social* ».

Concernant le « *capital social* », il s'agira nécessairement du *capital social souscrit*, même si une partie n'a pas encore été appelée. La partie non appelée fera en effet l'objet d'une libération dans le futur, sans doute à brève échéance, afin d'améliorer la situation financière de la société. Le but de la disposition étant d'alerter les actionnaires, dès qu'ils ont perdu une fraction importante de leur mise, il faut s'intéresser non seulement à la mise déjà effectuée par eux, mais également à celle qui interviendra par la suite, en raison d'engagements juridiques inconditionnels additionnels des actionnaires résultant de leur souscription au capital de la société. Pour cette même raison, il faudra ajouter au montant du capital social la *prime d'émission*, car la prime d'émission est un élément apporté et non un élément produit (v. n° [1034] et s.).

L'*actif net* s'obtient en retranchant les dettes et les provisions pour risques et charges de l'actif brut. Autrement dit, la procédure de la sonnette d'alarme ne s'appliquera que si le montant des capitaux propres tombe en dessous de la moitié du capital social de la société. Ceci implique que la procédure n'aura pas besoin d'être activée, tant que les réserves de la société permettent d'absorber les pertes en question. Il faut donc lire l'article 100 L1915 comme exigeant la convocation des actionnaires seulement lorsque les pertes de l'exercice, ensemble avec les pertes reportées, et après amputation sur les réserves (légale, libres, etc.) et reports bénéficiaires, atteignent ou dépassent 50% de la mise des actionnaires (capital social & prime d'émission). Ce n'est que dans cette hypothèse que les actionnaires devront être alertés.

Exemple : La société anonyme dispose de la structure financière suivante au 31 décembre de l'année N-1 (après affectation du résultat de l'exercice) :

- capital social :	100
- prime d'émission :	900
- réserve légale :	10
- réserves libres :	200
- résultat reporté :	<u>100</u>
Capitaux propres	1 310

Si la société possède des actifs d'un montant total de 2 310 et doit régler des créanciers pour un montant de 1 000, son actif net s'établira à 1 310 (= 2 310 - 1 000), ce qui correspond bien évidemment au montant des capitaux propres. Les comptes intermédiaires semestriels de l'année N montrent que la société a subi une perte de 400 durant les six premiers mois de l'année. L'organe de gestion se demande s'il doit convoquer l'assemblée

conformément à l'article 100 L1915.

La réponse est non. En effet, l'actif net tombera, certes, de 1 310 à 910 (=1 310 – 400), mais comme la mise initiale des actionnaires était de 1 000, soit la somme du capital social et de la prime d'émission, la perte n'atteint que 9% de la mise des actionnaires (9% = 90/1 000), l'actif net investi s'élevant à 91% du capital de la société (= 910 / 1 000). Si le deuxième semestre génère une perte additionnelle de 410, l'actif net tombera à 500, soit à 50% du capital de la société, ce qui entraînera l'application de la procédure d'alerte.

**[886]Assemblée des actionnaires.** — L'organe de gestion doit convoquer une assemblée des actionnaires pour statuer sur la dissolution de la société. Cette convocation est obligatoire et doit s'opérer de manière à ce que l'assemblée soit tenue dans les deux mois de la date de constatation de la perte, ou du moment où elle aurait dû l'être (« de façon qu'elle soit tenue dans un délai n'excédant pas deux mois de l'assemblée générale »). La tenue de l'assemblée pourra donc avoir lieu durant l'année, en dehors de toute approbation des comptes, dès que l'organe de gestion aura constaté la perte<sup>1</sup>. Les associés décideront alors aux *conditions de quorum et de majorité* des assemblées extraordinaires exigées pour la modification des statuts, s'il y a lieu de dissoudre la société (« dans les conditions de l'article 67-1 »). Si les actionnaires décident de continuer la société, aucune mesure de recapitalisation n'est à prendre, même si l'actif net est tombé en dessous du capital minimum. La résolution soumise au vote de l'assemblée porte sur la dissolution de la société, et non sa continuation. De ce fait, la minorité de blocage pourra, en votant contre la résolution, empêcher qu'elle ne soit adoptée, ce qui entraînera la continuation de la société.

Le délai de deux mois commence à courir à partir du moment « où la perte a été constatée ou aurait dû l'être ». La première partie de la phrase se réfère au moment à partir duquel il est établi que les administrateurs ont eu connaissance de la perte de la moitié du capital social. Tel sera le cas si, par exemple, des comptes sociaux intérimaires (mensuels, trimestriels, semestriels) sont présentés au conseil d'administration. Exceptionnellement, la simple connaissance d'une perte particulièrement importante

suffira, même en l'absence de tous comptes sociaux intérimaires (p.ex. une destruction d'un immeuble non assuré valant 1 000 d'une société au capital de 100). À défaut, la perte du capital social sera connue au plus tard au moment où les comptes sociaux annuels sont arrêtés par l'organe de gestion, la date butoir étant un mois avant l'assemblée générale ordinaire statutaire (art. 72 al. 5 L1915).

L'article 67-1 L1915 étant l'article relatif aux modifications des statuts, la question se pose de savoir si l'assemblée devant statuer sur la question de la dissolution éventuelle de la société devra respecter non seulement les conditions de fond (quorum, majorité renforcée), mais également les conditions de forme requises pour les changements aux statuts. Si tel devait être le cas, l'assemblée devrait être tenue *devant notaire*. Si l'assemblée décide la continuation de la société, l'intervention du notaire ne sera pas nécessaire. Cependant, on ne le saura qu'a posteriori. Par ailleurs, l'assemblée peut décider de dissoudre la société, malgré la recommandation de l'organe de gestion de continuer l'activité sociale. En raison de ces incertitudes, sauf à pouvoir anticiper sur la décision que les actionnaires vont prendre (p.ex. : dans les groupes de sociétés où les décisions sont connues d'avance), il paraît prudent de tenir l'assemblée devant notaire. Si les actionnaires votent la dissolution, l'acte notarié sera de toute façon requis. Et si les actionnaires décident de continuer la vie de la société, le notaire ne publiera simplement pas l'acte au Mémorial, car les statuts n'auront pas été modifiés<sup>2</sup>.

L'assemblée reste souveraine pour prendre sa décision, éventuellement à l'encontre des recommandations de l'organe de gestion. Si l'assemblée ne vote pas la dissolution, en raison des mesures de redressement retenues le cas échéant, mais que ces mesures échouent, les pertes s'aggravant, la procédure de la sonnette d'alarme devra de nouveau être appliquée. Mais l'assemblée peut également décider de ne pas dissoudre la société, sans entreprendre des mesures de redressement ; dans ce cas, il ne sera pas nécessaire de consulter à nouveau l'assemblée, si les pertes continuent de s'accumuler, car elles ne font que confirmer la situation ayant existé au jour de l'assemblée (celle d'un actif net inférieur à la moitié du capital). La question reste cependant largement théorique, parce que, si la perte

<sup>1</sup> TA 8 déc. 2011, n° 133 408, *BJB* 2013 n° 7/2013, p. 136.

<sup>2</sup> V. également : SCHWACHTGEN, *Mélanges de droit des sociétés*, *ACE* n° 4, 2007, p. 39.

atteint les *trois quarts de l'actif net*, une nouvelle assemblée devra de toute façon être convoquée. Le législateur a en effet voulu faciliter la dissolution de la société, en ce sens qu'elle sera valablement votée si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée (art. 100 al. 4 L1915)<sup>1</sup>. Les règles du quorum, en revanche, restent applicables<sup>2</sup> afin de garantir que la décision soit prise par un nombre d'actionnaires représentant une fraction suffisante du capital social de la société.

**[887] Rapport spécial.** — La loi a voulu que les actionnaires prennent leur décision de dissoudre ou de continuer la société en pleine connaissance de cause. Comme l'organe de gestion est aux commandes des opérations de la société, il est le mieux à même d'apporter des explications sur l'origine des pertes ainsi que sur les mérites éventuels des mesures de redressement proposées. Il lui appartient, de ce fait, de non seulement proposer aux actionnaires la dissolution ou la continuation de la société, mais également de justifier ses propositions dans un rapport spécial. Ce rapport est annexé à l'ordre du jour au moment de la convocation des actionnaires en nom. Les actionnaires au porteur obtiendront copie du rapport spécial à l'assemblée générale (ou à telle date antérieure où les formalités, s'il y en a, pour être admis à l'assemblée auront été respectées). Si l'organe de gestion propose la poursuite des activités, le rapport spécial devra, par ailleurs, indiquer les mesures que l'organe de gestion compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société, telle une augmentation de capital (art. 100 al. 2 L1915)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 100 al. 4 L1915 : « Les mêmes règles sont observées si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, mais en ce cas la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée ».

<sup>2</sup> CORBIAU, ad art. 93, p. 263.

<sup>3</sup> Art. 100 al. 2 L1915 : « Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, justifie ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. Si le con-

L'absence de l'établissement du rapport est sévèrement sanctionnée, en ce qu'elle entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'y aient renoncé (art. 100 al. 3 L1915).

**[888] Sanctions.** — Les sanctions du non-respect de cette convocation dans les délais légaux sont sévères, puisqu'elles entraînent, outre la solidarité de droit commun des administrateurs pour *faute de régularité* (v. n° [399]), le risque de voir les tribunaux les déclarer personnellement et solidairement responsables envers la société comme des tiers de *tout ou partie de l'accroissement de la perte* (art. 100 dernier alinéa L1915)<sup>4</sup>. On peut penser en effet que les actionnaires, s'ils avaient été convoqués à l'assemblée requise par la loi, auraient peut-être décidé de la dissolution de la société, de sorte que les pertes subies depuis lors auraient pu être évitées. Le ministère public pourra également demander la *dissolution judiciaire* de la société, parce qu'il y a eu une infraction grave à la législation sur les sociétés commerciales (v. n° [638]).

La difficulté sera d'établir un *lien entre la non-convocation et le dommage subi par les actionnaires*. Le projet de loi n° 5730 entendait contourner la difficulté, en instaurant une présomption de lien de causalité, en reformulant comme suit le dernier alinéa de l'art. 100 L1915 : « Lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dom-

---

seil d'administration ou le directoire, selon le cas, propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Ce rapport est annoncé dans l'ordre du jour. Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire du rapport. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom en même temps que la convocation. Elle est également transmise sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. »

<sup>4</sup> Art. 100 alinéa dernier L1915 : « En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, les administrateurs ou les membres du directoire, selon le cas, peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte ».

mage subi par la société ou par les tiers est, sauf prévue contraire, présumé résulter de cette absence de convocation ». Cette proposition de texte ayant été jugée trop sévère, le texte final devint : « En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, les administrateurs, ou les membres du directoire, selon le cas, peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte. » Il n'existe donc *aucune présomption de lien de causalité*, de sorte que les personnes agissant contre l'organe de gestion devront établir a) que les pertes ont augmenté après la date où l'assemblée aurait dû être convoquée, et que b) si l'assemblée avait été convoquée (en temps utile), des mesures auraient sans doute été adoptées de nature à éviter ces pertes additionnelles (dissolution de la société, ...). Cette preuve sera difficile à rapporter, si l'organe de gestion peut raisonnablement établir que l'assemblée n'aurait pas voté autrement qu'elle ne l'a faite si elle avait été tenue en temps utile.

Les dirigeants n'ayant aucun pouvoir sur les actionnaires, ils ne pourront pas être tenus responsables, si les actionnaires refusent d'injecter des fonds additionnels dans la société<sup>1</sup>. *La décision de recapitaliser appartient en effet exclusivement aux actionnaires*, à qui il faudra imputer, le cas échéant, la décision, si elle devait s'avérer malheureuse pour la société. Comme les dirigeants n'ont aucun pouvoir sur le montant du capital social, ni à la constitution de la société, ni en cours de vie sociale, ils ne pourront être tenus responsables d'une sous-capitalisation de la société. Et peu importe que le dirigeant soit également actionnaire, car l'identité de personne n'emporte aucune identité de fonctions : le dirigeant votant en assemblée agira en tant qu'actionnaire, de sorte que son vote n'aura pas d'incidence sur sa responsabilité en tant que dirigeant. Par contre, on peut penser que les dirigeants devraient *tenir compte de la situation financière fragilisée* de la société, s'il n'y a pas de recapitalisation décidée par les actionnaires, en évitant une prise de risque excessive par rapport aux possibilités financières amoindries de la société. Une faute de gestion pourrait sans doute également leur être imputée, si une recapitalisation s'avérait nécessaire, en raison des règles d'orthodoxie

en matière de gestion financière, mais que les dirigeants auraient manqué des exposer correctement aux actionnaires ; les dirigeants sont en effet *tenus de proposer des solutions* aux actionnaires, là où elles s'imposent, même s'ils ne peuvent pas voter à leur place.

---

## Section 2. L'administration de la société anonyme

**[889]Présentation.** — Le droit luxembourgeois connaît depuis toujours le modèle dit « classique » d'organisation de la SA consistant en une répartition des compétences limitée aux actionnaires et à l'équipe dirigeante : c'est la *structure à conseil d'administration* (§ 1), ce dernier fixant les axes stratégiques des activités de la société et gérant celle-ci au quotidien, les actionnaires se contentant de contrôler la gestion sociale et n'ayant compétence (exclusive) que pour la prise de certaines décisions (modifications statutaires, etc.).

---

<sup>1</sup> HEINICH, Le défaut de recapitalisation effective n'est pas une faute de gestion, *BJS* 2016, p. 157.

L'Allemagne, en revanche, préfère la structure duale composée d'un *directoire* (« *Vorstand* ») et d'un *conseil de surveillance* (« *Aufsichtsrat* »). La structure duale est censée réaliser une meilleure répartition des pouvoirs entre ceux chargés de la gestion sociale et ceux ayant pour mission d'exercer un contrôle permanent sur la gestion du directoire. Une directive communautaire harmonisant le mode de fonctionnement de la SA avait d'ailleurs expressément prévu le régime optionnel de la SA à forme duale. Le Luxembourg décida de ne pas emprunter ce chemin. Ce choix tenait sans doute en partie à la force d'inertie des habitudes. Mais sans doute considérait-on que la séparation entre les fonctions de « décideur » et de « contrôleur » ne serait guère utile dans un pays aux dimensions réduites, où, pour l'essentiel, les sociétés anonymes en place sont de petite taille également, avec un actionnariat majoritaire (si ce n'est unique) également aux commandes de l'entreprise. Sans oublier qu'en droit le commissaire exerce un rôle de surveillance pour compte des actionnaires. Le Luxembourg restait donc caractérisé par une *unité de régime juridique*, les mêmes règles de fonctionnement s'appliquant aux petites sociétés familiales ayant emprunté cette forme juridique et aux grandes sociétés cotées en bourse. Le comité de direction (v. n° [934]) constituait toutefois, en pratique, une tentative plutôt réussie d'instaurer une forme de structure duale dans les limites du modèle « classique » ; il se rencontrait surtout dans les grandes entreprises luxembourgeoises (Arcelor, Dexia, Fortis, etc.). Sur la base de cette expérience réussie ainsi que de la nécessité de transposer le régime communautaire des sociétés européennes qui, de toute façon, prévoit le système dual, le législateur décida, en 2006, de réformer le mode de gestion des sociétés anonymes en prévoyant la structure duale à côté du système traditionnel de l'organe unique (§ 2).

Les dirigeants sont les mandataires sociaux : ces personnes ont pour devoir de gérer la société. À cette fin, la loi leur attribue des pouvoirs ; ces pouvoirs s'exercent sur les biens de la société. Ces pouvoirs sur les biens sociaux leur sont donnés pour agir dans

l'intérêt exclusif de la société et non dans leur intérêt personnel. Si les dirigeants utilisent leurs pouvoirs dans leur intérêt personnel, ils se trouvent en situation de conflits d'intérêts. Tel est le cas lorsque les dirigeants utilisent leurs pouvoirs sur les biens sociaux pour s'octroyer des avantages au détriment de la société et des actionnaires. Une des rares mesures de prévention prévues par la loi sur les sociétés commerciales réside dans l'établissement d'une procédure visant à encadrer les conflits d'intérêts (§ 3).

La passivité des actionnaires dans les grandes sociétés anonymes soumet les administrateurs à des tentations. S'ils sont malhonnêtes, ils peuvent user de leurs pouvoirs dans leur intérêt personnel plutôt que dans l'intérêt social. S'ils sont incompetents, ils peuvent chercher à dissimuler leurs fautes de gestion. Pour protéger les actionnaires, la loi compte d'abord sur les mécanismes généraux de responsabilité des dirigeants déjà étudiés auparavant et auxquels on pourra se contenter de simplement renvoyer (v. n° [382] et s.)<sup>1</sup>. Mais, d'autre part, la loi prévoit un certain nombre de responsabilités spécifiques, particulières aux sociétés anonymes (§ 4).

<sup>1</sup> THIELEN/DELVAUX, La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en droit luxembourgeois, *Bulletin Droit & Banque* n° 4, 1984, p. 1.



## § 1. LA GESTION DE TYPE CLASSIQUE : LA SOCIÉTÉ ANONYME À CONSEIL D'ADMINISTRATION

La gestion de la société anonyme de type classique appartient au conseil d'administration (A). Dans l'exécution de la stratégie qu'il a arrêtée, le conseil d'administration n'est pas nécessairement seul ; il pourra recourir à certaines personnes ou organes auxquels il pourra déléguer certains de ses pouvoirs (B).

### A. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

Il faut préciser le statut des administrateurs (1) et les pouvoirs attribués au conseil d'administration (2).

#### 1. LE STATUT DES ADMINISTRATEURS<sup>1</sup>

Classiquement, il faudra passer en revue les règles générales applicables aux administrateurs (a), avant de s'intéresser à leur entrée en (b) et sortie de fonction (c). Le droit commun s'appliquant largement (v. n° [344] et s.), il suffira de signaler ci-après les particularismes applicables à la SA.

##### a) GÉNÉRALITÉS

**[890]Nombre.** — Le conseil d'administration étant un organe collégial, il doit normalement être composé de trois administrateurs au moins (art. 51 L1915). Il n'existe, en revanche, aucun maximum au nombre possible d'administrateurs. Parfois, ce sont les statuts qui déterminent le nombre exact d'administrateurs de la société ; ils prévoient d'ailleurs souvent un nombre impair d'administrateurs, afin de réduire les risques de parité des voix lors des votes, sauf à accorder une voix prépondérante au président du conseil d'administration en cas de partage des voix. Dans le silence des statuts, il revient à l'assemblée générale des actionnaires de déterminer le nombre d'administrateurs siégeant au conseil d'administration

<sup>1</sup> BERNA, Le statut des administrateurs de sociétés anonymes, *Bull. Cercle Fr. Laurent*, 1987, n° 2, p. 1.

de la société. Lorsque la société anonyme est unipersonnelle, un seul administrateur suffit même.

Les sociétés anonymes occupant habituellement mille travailleurs salariés au moins sur le territoire luxembourgeois sont soumises à certaines dispositions spécifiques destinées à garantir une *représentation adéquate des salariés dans l'entreprise*. C'est ainsi que le nombre minimum d'administrateurs doit être de neuf dans ces sociétés (art. 23 L26 mai 1994). Par ailleurs, un tiers des administrateurs au moins doit représenter le personnel de l'entreprise (art. 24). Le but du législateur est donc de limiter les administrateurs représentant le personnel à un rôle subalterne de consultation et de contrôle de la gestion, car étant minoritaires au conseil d'administration, ils ne sauront ni imposer leurs vues à la majorité, ni bloquer certaines décisions<sup>2</sup>. Afin de garantir que ces administrateurs représentent effectivement les intérêts du personnel de l'entreprise, leur élection est à faire par les délégations d'entreprise et non pas par les actionnaires (art. 25).

**[891]La personne morale administrateur.** — Une SA peut avoir parmi ses administrateurs une personne morale, son conseil d'administration pouvant même être exclusivement composé d'administrateurs personnes morales. Dans ces cas, la personne morale administrateur nommera une personne physique qui agira comme son *représentant permanent* au conseil d'administration de la société (art. 51bis L1915)<sup>3</sup>. La même règle s'applique aux membres du *comité de direction* (art. 51bis L1915), aux membres du *directoire* (art. 60bis-4 L1915), au *directeur général* personne morale (ajout par la loi du 10 août 2016) ainsi qu'aux membres du conseil de surveillance (art. 60bis-4 L1915).

La légalité de cette pratique *dans les autres sociétés* est douteuse, car elle revient à ce que la personne morale administrateur

<sup>2</sup> Lux. 21 janv. 1988, n° 37 823.

<sup>3</sup> Art. 51bis L1915 : « Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur ou membre du comité de direction, celle-ci est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale (...) ». LUX, *Réflexions et mise en pratique* quant à la représentation d'une société anonyme suite à l'entrée en vigueur de la loi du 25 août 2006, ACE n° 4 2007, p. 30 ; concernant l'inscription du représentant permanent au RCS, v. Circulaire RCS09/003.

nomme un mandataire spécial permanent pour l'exercice du poste d'administrateur<sup>1</sup>. La personne morale désignée comme administrateur, plutôt que de nommer un représentant permanent, devrait agir par ses propres organes, comme dans tout autre domaine.

Cette exigence imposée par la loi poursuit un double objectif : il s'agit d'éviter les *risques de diversité d'interlocuteurs*, qui pourraient survenir du fait qu'en l'absence de cette contrainte la personne morale administrateur pourrait se faire représenter par des personnes qui pourraient être différentes à chaque réunion de l'organe de gestion de la société dont elle est un administrateur ; mais il s'agit également d'empêcher que les administrateurs de SA puissent *se soustraire aux actions en responsabilité* pour fautes commises, le cas échéant, dans le cadre de la gestion de la SA, en s'abritant derrière le voile juridique d'une société administrateur. Pour ces deux raisons également, le représentant permanent de la personne morale est nécessairement une *personne physique*. Il est *désigné par l'organe de gestion de la personne morale*, donc, par exemple, par le conseil de gérance de la SARL nommée administrateur auprès de la SA. Le représentant permanent devra accepter sa mission, le mandat de représentation ne se présument pas. L'acceptation peut toutefois être implicite et résulter de l'exercice effectif de la mission de représentant permanent. La personne physique appelée aux fonctions de représentant permanent d'une personne morale pourra cumuler d'autres mandats de même nature voire d'administrateur auprès d'autres sociétés. Le choix du représentant permanent est *totalement libre* : souvent lié à la société qu'il représente (p.ex. : un dirigeant de la personne morale administrateur), rien n'interdit cependant la nomination d'un tiers à la personne morale administrateur (p.ex. : un salarié de la société à administrer) en tant que représentant permanent. Les deux seules limites à la nomination des représentants permanents tiennent au souci de préserver le caractère collégial des décisions. De ce fait, le représentant

permanent d'une personne morale ne peut en même temps déjà être dirigeant en nom personnel de la société ; pour les mêmes raisons, une seule et même personne ne peut en même temps être le représentant permanent de plusieurs personnes morales.

La durée de son mandat de représentant sera bien évidemment limitée à la *durée du mandat* de la société qu'il représente. Mais elle pourra également être le cas, soit parce que le représentant permanent renonce à ses fonctions, soit que la personne morale administrateur décide de révoquer son représentant permanent. Comme la personne morale administrateur a non seulement le pouvoir, mais également le devoir de désigner un représentant permanent au sein de la société dont elle est un administrateur, il lui appartiendra de pourvoir au remplacement de son représentant permanent dans ces cas-là. En révoquant son représentant permanent, elle devra donc simultanément désigner son successeur. Le « représentant permanent » n'est donc le représentant unique et exclusif de la personne morale que tant que celle-ci le voudra bien. Sa permanence est ainsi toute relative<sup>2</sup>. Les règles de publicité en ce qui concerne la nomination et la révocation des administrateurs s'appliquent ici également pleinement.

Le représentant permanent est « *chargé de l'exécution de cette mission d'administrateur* » (art. 51bis L1915). Le représentant permanent de la personne morale exécute la mission d'administrateur de la personne morale administrateur, mais ne devient pas pour autant administrateur de la société, car il n'agit qu'en tant que mandataire de la personne morale administrateur qui seule reste administrateur. Il ne peut correctement remplir sa mission que s'il détient seul les pouvoirs de représentation. De ce fait, le représentant permanent agit pour compte de la personne morale

<sup>1</sup> VAN RYN, t. 2, n° 592.

<sup>2</sup> En ce sens également : LUX, Réflexions et mise en pratique quant à la représentation d'une société anonyme suite à l'entrée en vigueur de la loi du 25 août 2006, *ACE* n° 4 2007, p. 30 (35).

pour l'ensemble des actes à poser dans ce cadre. Les pouvoirs du représentant permanent sont donc *exclusifs*. Pour cette même raison, le représentant permanent est nécessairement *unique*. Le représentant permanent n'est cependant que le mandataire de la personne morale administrateur ; il reste dès lors soumis, comme tout mandataire, aux ordres de son mandant, c.-à-d. de la personne morale administrateur. Il n'y a dès lors aucun obstacle de principe à ce que le représentant permanent soit tenu par un *mandat impératif* sur certains points à l'ordre du jour, parce que la personne morale administrateur a une pensée claire sur la décision à adopter, mais également parce qu'elle encourt une responsabilité d'administrateur. En cas de conflits dans les points de vue, le représentant permanent peut renoncer à son mandat s'il refuse de s'exécuter. La personne morale administrateur devant nécessairement agir par son représentant permanent, le droit commun des mandats, où le mandant garde également le droit de passer l'acte pour lequel il a mandaté une autre personne ne s'appliquera pas ici. En cas d'empêchement du représentant permanent, la personne morale ne pouvant siéger elle-même à la réunion du conseil d'administration, elle ne pourra que donner mandat à un autre administrateur pour la représenter.

La loi est muette sur la question de la *rémunération du représentant permanent*. Si le représentant permanent est, certes, assimilé à un administrateur sur le plan des responsabilités, il n'en reste pas moins que seule la personne morale administrateur est le dirigeant de la société administrée. C'est donc elle, et non le représentant permanent, qui aura droit aux jetons de présence et autres rémunérations versées administrateurs de la société. Il appartiendra ensuite au représentant permanent et à la personne morale administrateur de régler entre elles s'il y a lieu de reverser au représentant permanent tout ou partie des sommes ainsi perçues.

Le représentant permanent, contrairement au droit commun, « *encourt la même responsabilité civile que s'il exerçait cette mission en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente* » (art. 51bis L1915). Cette règle est cepen-

dant écartée pour les personnes qui représentent l'État ou une personne morale de droit public. Ici, c'est le représenté et non le représentant qui assume les risques de mise en cause de sa responsabilité, avec la possibilité toutefois d'un recours en cas de faute grave commise par le représentant (loi du 25 juill. 1990). Si la loi ne vise certes que la responsabilité civile, le même raisonnement s'applique à la *responsabilité pénale* du représentant permanent, en raison du principe de la personnalité des peines (v. n° [222] et [415]). La responsabilité personnelle du représentant permanent n'exclut cependant pas la responsabilité concurrente de la personne morale représentée, qui sera solidairement responsable sur le plan civil avec son représentant permanent. En somme, c'est « comme si le législateur asseyait sur le même siège d'administrateur deux personnes juridiques »<sup>1</sup>. Si la responsabilité est retenue, il appartiendra au juge d'apprécier la *répartition de la charge de la dette de responsabilité* entre la personne morale administrateur et son représentant permanent ; cette répartition tiendra notamment compte des fautes respectives de deux personnes.

La loi ne prévoit pas de *sanctions* spécifiques si aucun représentant permanent n'a été nommé. Mais il s'agira cependant d'une faute de régularité (v. n° [388]) susceptible d'entraîner la responsabilité des dirigeants de la personne morale administrateur. La SA où devrait siéger le représentant permanent pourra également se défendre en s'efforçant d'obtenir la révocation de la personne morale en tant qu'un de ses administrateurs.

#### b) ENTRÉE EN FONCTION

**[892]Qualités requises des administrateurs et incompatibilités.** — Contrairement à la plupart des droits étrangers, la loi de 1915 ne réserve plus l'accession aux fonctions d'administrateur aux actionnaires de la société, de sorte que les administrateurs

<sup>1</sup> LE CANNU, note sous Cass. com. 2 déc. 1986, *Bull. Joly Société* 1986, p. 1132.

peuvent être choisis parmi les *actionnaires* comme parmi les *tiers*. Mais les *statuts* peuvent restreindre le cercle des personnes éligibles aux actionnaires, voire aux actionnaires d'une catégorie donnée, aux personnes exerçant une profession particulière, etc. Il faudra toutefois à chaque fois que l'assemblée puisse faire un *choix effectif entre plusieurs personnes*<sup>1</sup>.

Traditionnellement, les administrateurs devaient affecter un certain nombre d'actions nominatives à la garantie de leurs actes de gestion pour compte de la société. L'idée des actions garantie était de lier le sort de l'administrateur à celui de la société. Mais ce système était imparfait, la garantie ainsi fournie à la société étant insignifiante par rapport aux risques qu'une mauvaise gestion est susceptible de faire courir à la société. D'où l'abrogation, en 1989, de ces dispositions (art. 54 et 56 L1915) purement symboliques relatives aux *actions de garantie*.

L'administrateur n'a pas besoin de prouver la possession de *capacités particulières*<sup>2</sup> et sera une *personne physique*, de nationalité luxembourgeoise ou étrangère, ou une *personne morale* (ex : une société mère administrateur de sa filiale)<sup>3</sup>. Dans ce dernier cas, la personne morale administrateur devra nommer un représentant permanent auprès de la société dont elle est l'administrateur (v. n° [890]).

Afin de pouvoir devenir administrateur, la personne physique devra posséder la *capacité civile* et ne pas tomber sous le coup de certaines *incompatibilités* ou *interdictions*.

Que l'administrateur d'une société doive avoir la capacité civile ne tombe pas sous le sens. En effet, dans ses relations avec la société, l'administrateur est un mandataire. Or, en droit du mandat, seul le mandant doit avoir la capacité civile, le mandataire ne faisant qu'exécuter les ordres qui lui sont donnés par son mandant. Mais le parallèle avec le droit des mandats est

imparfait : le rôle d'un administrateur d'une SA ne se conçoit pas sans un pouvoir et une obligation d'initiative que l'on ne rencontre pas chez le mandataire normal. À cette fin, il doit avoir la capacité d'agir ; mais comme il n'est que l'organe de la société, il n'a pas besoin d'être commerçant, la capacité civile suffisant.

Les *incompatibilités légales* concernent les membres de l'ordre judiciaire, les notaires, les militaires, les agents de l'État<sup>4</sup> ainsi que les auditeurs de la société. S'y ajoutent des *incompatibilités spéciales* en cas de condamnation pour certaines infractions pénales ainsi qu'aux faillis non réhabilités. Il n'existe aucune limitation du nombre de mandats d'administrateur qu'une personne peut exercer ni de limite d'âge. La participation au conseil d'administration d'une personne frappée d'incompatibilité ou d'interdiction ne vicie point les décisions ainsi prises, éventuellement grâce au vote de l'administrateur interdit, car les irrégularités dans les nominations dûment publiées sont inopposables aux tiers, sauf à rapporter la preuve de la connaissance des tiers de l'irrégularité dans la nomination de l'administrateur (art. 12 al. 2 L1915).

**[893] Nomination des administrateurs.** — À la constitution, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale se réunissant immédiatement après la constitution de la société et publiée ensemble avec l'acte constitutif de la société (« être nommés pour la première fois par l'acte de constitution de la société », art. 51 L1915)<sup>5</sup> ; ceci permet d'éviter qu'ils ne deviennent des administrateurs statutaires. En cours de vie sociale, ils sont élus par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires (art. 51 L1915 : « Ils sont nommés pour une période déterminée par l'assemblée générale des actionnaires »).

La nomination des administrateurs fait l'objet des

<sup>1</sup> HEENEN, Le choix des administrateurs, *RPS* 1956, n° 4 558, p. 5.

<sup>2</sup> D'où la jolie formule d'un humoriste selon laquelle le conseil serait la façade de la Maison, mais que cette façade devrait comporter « peu de lumières et beaucoup de décorations ».

<sup>3</sup> HEENEN, De la possibilité pour une personne morale d'être l'organe d'une société ou d'une association ayant la personnalité juridique, *RPS* 1955, p. 81.

<sup>4</sup> Art. 14 al. 3 de la loi du 16 avr. 1979 : « nul fonctionnaire ne peut, sans l'autorisation du gouvernement en conseil, participer à la direction, à l'administration ou à la surveillance d'une entreprise commerciale ou d'un établissement industriel ou financier ».

<sup>5</sup> OLIVIER/DEBOECK, op.cit., n° 354.

mesures habituelles de publicité au RESA. Comme dans les autres sociétés à risque limité, les irrégularités éventuelles dans la nomination des administrateurs ne sont pas opposables aux tiers, à moins que la société ne puisse prouver que ces tiers en avaient connaissance (art. 12 al. 2 L1915 ; v. n° [353]).

Exemple : A est appelé au poste d'administrateur par l'assemblée générale des actionnaires de la société S. Mais il a oublié de procéder à la publication de sa nomination. A est sur le point de signer un important contrat d'approvisionnement avec un fournisseur F.

F a le droit, sans avoir à justifier d'un intérêt légitime, de considérer la nomination de A comme non avenue à son égard et, par conséquent, de dénier à A tous pouvoirs pour engager S<sup>1</sup>.

**[894]Cooptation en cas de vacance d'un poste d'administrateur.** — En cas de vacance d'un siège d'administrateur, le conseil d'administration *peut procéder*, dans l'attente d'une assemblée générale, à une cooptation en nommant une personne à titre provisoire (art. 51 L1915)<sup>2</sup>.

Jusqu'à une loi du 8 mars 1989, la cooptation ne pouvait résulter que d'une décision prise par le conseil général de la SA, formé par les administrateurs et les commissaires aux comptes. Mais comme le commissaire a été remplacé dans les grandes et moyennes entreprises par le réviseur d'entreprises et que celui-ci ne saurait faire partie du conseil général, la cooptation n'était plus possible dans ces sociétés. Aussi le législateur décida-t-il, en 1989, de confier aux seuls administrateurs restants le soin de pourvoir provisoirement au(x) poste(s) vacant(s).

La cooptation est *obligatoire* lorsque le nombre d'administrateurs tombe en dessous du minimum statutaire ou légal. Mais le droit de cooptation peut être *interdit* dans les statuts, de sorte que, dans cette hypothèse, les administrateurs restants devront immédiatement convoquer une assemblée des actionnaires en vue d'une nomination d'un nouvel administrateur.

<sup>1</sup> Lux. 17 janv. 1990, n° 38 274.

<sup>2</sup> Art. 51 L1915 : « (...) En cas de vacance d'une place d'administrateur nommé par l'assemblée générale, les administrateurs restants ainsi nommés ont, sauf disposition contraire dans les statuts, le droit d'y pourvoir provisoirement. Dans ce cas, l'assemblée générale, lors de la première réunion, procède à l'élection définitive. »

La loi ne vise que la cooptation en cas de vacance « d'une place » d'administrateur, ce qui pourrait amener à penser que si deux ou plusieurs administrateurs venaient à cesser leur mandat en cours d'exercice social, la cooptation ne serait pas possible. Mais cette lecture grammaticale n'est pas appropriée, car ce que le législateur vise à éviter par le mécanisme de la cooptation, c'est la paralysie de la gestion sociale. Le risque de paralysie serait plus grand en cas de vacance de plusieurs places d'administrateur qu'en cas de vacance unique ; il n'y a pas de motif pour refuser la cooptation dans ce cas-là<sup>3</sup>. Le souci de préserver le fonctionnement régulier de la société justifie que le pouvoir de cooptation soit également accordé au seul administrateur subsistant, suite à la démission, par exemple, des deux autres administrateurs de la société.

Lorsqu'elle est possible ou obligatoire, la cooptation ne présente qu'une *valeur provisoire* et requiert la *ratification* (l'« élection définitive ») par l'assemblée des actionnaires à la première occasion qui se présente. À défaut de ratification, les délibérations prises et actes accomplis antérieurement par le conseil d'administration n'en demeurent pas moins valables. La cooptation est une mesure essentiellement temporaire destinée à faire provisoirement fonctionner le conseil d'administration, en attendant que les actionnaires ratifient la cooptation. De ce fait, le conseil d'administration se limitera à ne prendre que des décisions de gestion journalière, en attendant la ratification par les actionnaires, à défaut de s'exposer à la *nullité des décisions* qu'il aurait prises et qui excéderait la gestion sociale journalière<sup>4</sup>. La ratification en assemblée ne portant que sur la cooptation des administrateurs, et non sur les actes de gestion posés par ces derniers, la non-ratification de la cooptation restera sans influence sur la validité des résolutions adoptées en conseil d'administration. Il en sera différemment cependant si la cooptation est elle-même irrégulière, ce cas de figure étant visé à l'article 12septies L1915 (v. n° [256]), applicable par analogie aux décisions de la gérance des sociétés.

<sup>3</sup> RESTEAU, t. II, n° 827.

<sup>4</sup> Lux. 30 janv. 1998, n° 20 972, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 573.

À défaut de texte, la *durée du mandat* de l'administrateur coopté devrait être celle de l'administrateur remplacé, de sorte à prendre fin lorsque le mandat de ce dernier aurait dû prendre fin. L'assemblée ratifiant la cooptation pourra cependant prévoir une durée différente, plus longue ou plus courte.

**[895] Rémunération des administrateurs.** — Les fonctions d'administrateurs peuvent être *gratuites*, comme pour tout mandataire, l'administrateur se trouvant vis-à-vis de la société dans une situation de mandataire. Mais les statuts peuvent également prévoir que l'exercice des fonctions d'administrateur soit *rémunéré* (art. 50 L1915 « *mandataires (...), salariés ou gratuits* »). Lorsque les *statuts* sont *muets* sur le sujet, et comme le mandat d'administrateur est civil, aucune rémunération aux fonctions d'administrateur n'est, en principe, due. Mais ce serait négliger le fait que le mandat d'administrateur absorbe souvent beaucoup de temps. Aussi les tribunaux préfèrent-ils adopter une position juridique moins orthodoxe, en présumant que le mandat d'administrateur est rémunéré<sup>1</sup> (et donc a fortiori celle de l'administrateur-délégué)<sup>2</sup>. Le rôle de l'administrateur ne se limite en effet pas à donner çà et là des avis éclairés sur des questions ponctuelles qui lui seraient posées mais inclut une obligation de travail matériel régulier parfois important. Il serait déraisonnable de présumer la gratuité d'un tel travail sur la base des dispositions du Code civil prises dans un contexte bien différent. Il s'ensuit que l'assemblée générale des actionnaires pourra accorder, dans le silence des statuts, mais sans les violer, une rémunération aux administrateurs.

Les statuts indiqueront également quel *organe* sera

*compétent pour accorder la rémunération*. Normalement, et notamment donc également dans le silence des statuts, *l'assemblée générale sera seule compétente pour déterminer le montant de la rémunération*<sup>3</sup>. Mais dans la pratique, le conseil d'administration s'alloue souvent lui-même une rémunération ; celle-ci ne constitue alors qu'une *avance*, que l'assemblée générale devra approuver par la suite. La *ratification par l'assemblée* ira ensemble avec la décharge (« *quitus* ») qu'elle donnera aux administrateurs<sup>4</sup>, l'assemblée n'étant évidemment pas tenue, ni de donner décharge, ni de ratifier la rémunération. La ratification par l'assemblée peut être tacite et résulter de l'approbation des comptes annuels qui mentionnent la rémunération payée aux administrateurs, et de la décharge donnée aux administrateurs.

La rémunération des administrateurs aura souvent deux composantes. La société leur versera des *jetons de présence* en raison et à hauteur de leur participation aux réunions des conseils d'administration (p.ex. : € 500 par séance). Les jetons de présence sont souvent d'un montant assez faible, ce qui fait qu'on les appelle parfois « jetons de consolation ». S'y ajouteront éventuellement des *tantièmes* exprimés la plupart du temps sous la forme de montants en euros, mais parfois également en tant que pourcentage des bénéfices distribuables. L'intégralité de la rémunération est généralement passée dans les charges comptables de la société, bien que l'on puisse également considérer que le versement de tantièmes relève, tout comme le versement des dividendes, de l'affectation des bénéfices. En tout état de cause, la législation fiscale considère que la rémunération des administrateurs, exception faite du salaire versé, le cas échéant, à l'administrateur-

<sup>1</sup> Cour 9 juin 1993, n° 14 076 ; BENOIT-MOURY, De la condition juridique des dirigeants des sociétés commerciales, *Ann. Dac. Dr. Lg.* 1982, n° 52, p. 314 ; FRANCK, De la rémunération des administrateurs dans les sociétés anonymes, *RPS* 1956, n° 7, p. 150 ; contra RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. 2, n° 931.

<sup>2</sup> Cour 9 juin 1993, n° 14 076.

<sup>3</sup> BENOIT-MOURY, op. c., n° 51, p. 313 ; HAINAUT-HAMENDE/RAUCQ, Les sociétés anonymes – La constitution de la société, in : *Rép. Not.* Bruxelles, 1994, n° 407, p. 313.

<sup>4</sup> Il s'agit là d'une application du droit commun, selon lequel le salaire du mandataire n'est dû qu'au moment où il doit rendre des comptes : PASSELECQ, *Les Nouvelles*, « Droit commercial III », Bruxelles, 1934, n° 1727bis, p. 294.

délégué (v. n° [927]), constitue une charge non déductible pour la société, tout en étant soumise à l'impôt dans le chef de son bénéficiaire au titre de bénéfices provenant de l'exercice d'une profession libérale<sup>1</sup>. Lorsque l'administrateur est un non-résident, le tantième subit un prélèvement en principe libératoire de 20% sous forme de retenue à la source opérée par la société. En sus des jetons de présence et des tantièmes, les administrateurs peuvent bénéficier de *rémunérations additionnelles*, généralement pour des missions ponctuelles ne rentrant pas déjà dans le cadre normal de leurs fonctions (ex. : voyage d'étude à l'étranger). Ces rémunérations doivent évidemment être justifiées quant à leur montant et correspondre à un travail effectif.

Le montant des rémunérations allouées aux administrateurs doit normalement être communiqué aux actionnaires sous la forme d'une mention à l'annexe du bilan soumis à approbation de l'assemblée (art. 65 (1) n° 12 L19.12.2002). Mais cette communication qui, de toute façon, ne doit être faite que de « façon globale » n'est guère observée en pratique. Par ailleurs, les administrateurs estiment souvent que la fixation du montant de leurs émoluments relèverait de la compétence du conseil d'administration plutôt que de l'assemblée et que ces conventions, de par leur caractère « fonctionnel », ne rentreraient pas dans la catégorie des conventions réglementées pour lesquelles l'assemblée doit être spécialement informée (v. n° [963]). Cette approche quelque peu hypocrite ne doit pas faire perdre de vue que la fixation des rémunérations même normales est, par nature, une convention où la société et son administrateur se trouvent en conflit d'intérêts et que la fixation de rémunérations excessives est constitutive d'un abus de biens sociaux (v. n° [417]). Par ailleurs, la rémunération des administrateurs, conformément au droit commun du mandat, ne saurait relever de la compétence du conseil

d'administration mais bien de celle des actionnaires : seuls les statuts et, à défaut, les assemblées ordinaires d'actionnaires pourront retenir le caractère rémunéré du mandat d'administrateur et en arrêter les modalités de calcul.

#### c) CESSATION DES FONCTIONS D'ADMINISTRATEUR

**[896]Durée du mandat d'administrateur.** — Le mandat des administrateurs est fixé dans les statuts et, à défaut, par l'assemblée générale des actionnaires portant nomination au poste d'administrateur. En tout état de cause, la durée de leur mandat *ne peut excéder six ans* (art. 51 § 4 L1915) ; si l'élection est faite pour une durée supérieure au maximum légal, la nomination n'est pas nulle, la durée du mandat étant simplement réduite à sa durée légale. La limitation de la durée du mandat est destinée à protéger les actionnaires vis-à-vis des administrateurs qui, s'incrétant durablement dans la gestion sociale, deviendraient, du coup, trop puissants. Elle n'a pas d'effets à l'égard des tiers, de sorte que l'administrateur dont le mandat est venu à expiration en raison du dépassement de la durée légale de six ans continue à engager la société tant que sa démission n'a pas été publiée<sup>2</sup>. Dans la pratique, cependant, les administrateurs sont généralement nommés pour un seul exercice social. De cette façon, les administrateurs ne sont pas assurés de pouvoir s'éterniser à la tête de la société, les actionnaires devant reconsidérer à intervalles annuels leur attitude vis-à-vis des administrateurs, ce qui accroît le contrôle de l'assemblée sur ces derniers. Les administrateurs restent cependant rééligibles, sauf disposition contraire des statuts, pour un nombre illimité de mandats.

Les statuts organisent parfois, surtout pour les sociétés importantes, un *roulement* dans le remplacement des administrateurs, ce qui permet d'assurer une certaine continuité dans la gestion de la société. À cette fin, les statuts prévoient parfois un système de rotation consistant, par exemple, à renouveler la moitié des membres du conseil d'administration à mi-chemin. Parfois également, on veut s'assurer que certains groupes

<sup>1</sup> STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013.

<sup>2</sup> Cour 5 nov. 2003, n° 27 263, *Bull. Barreau*, 2004, p. 32.

d'actionnaires soient représentés au conseil d'administration, ce qui oblige de prévoir des modes particuliers de nomination des administrateurs. Il en est ainsi des sociétés ayant émis différentes catégories d'actions, chaque catégorie pouvant proposer une *liste de candidats* pour la nomination au poste d'administrateurs, l'assemblée devant obligatoirement choisir une personne de chaque liste (liste A pour la classe d'actions A, liste B pour la classe d'actions B, etc.). Ce type de clause statutaire est parfaitement valable tant qu'elle n'enlève pas la possibilité aux actionnaires d'opérer un choix véritable<sup>1</sup>. Sera ainsi valable la clause statutaire obligeant les actionnaires à choisir un administrateur dans une liste de trois candidats au moins, mais non pas la clause permettant l'établissement d'une liste à personne unique (cela ne serait d'ailleurs pas une liste).

L'administrateur sortant (par expiration de la durée ou par démission)<sup>2</sup> n'a aucun droit au *renouvellement* de ses fonctions. Certes, le conseil d'administration pourra décider de proposer le renouvellement du mandat de l'administrateur sortant à l'ordre du jour de la prochaine assemblée, mais il pourra également proposer une autre personne qu'il jugerait plus appropriée. Tant qu'il n'aura pas été pourvu au poste vacant, l'administrateur sortant continuera *provisoirement* à s'occuper de la gestion de la société jusqu'à la prochaine assemblée nommant son remplaçant<sup>3</sup>. Cette compétence s'étend également aux pouvoirs de représentation de la société vis-à-vis des tiers, les nécessités du bon fonctionnement de la société commandant cette solution dérogatoire au droit commun. Mais cette situation ne saurait être tolérée que de manière tout à fait provisoire durant le temps nécessaire à la nomination d'un nouvel administrateur.

**[897] Causes objectives de cessation des fonctions d'administrateur.** — Les fonctions d'administrateur peuvent prendre fin pour des causes variées : décès ou maladie, limite d'âge statutaire, arrivée du terme du mandat, dissolution de la société (v. n° [647]). La cessation des fonctions fait l'objet de mesures de publi-

cité analogues à celles qui ont été effectuées au moment de sa nomination. Ces causes objectives de cessation des fonctions d'administrateur ne suscitent guère de difficultés particulières, si ce n'est parfois la question de la situation de l'administrateur dont le mandat est arrivé à terme : il faut seulement rappeler ici que le mandat prend fin automatiquement sans qu'aucun droit au renouvellement ne puisse être invoqué. De même, il n'existe aucune obligation pour le conseil d'administration d'inscrire la question à l'ordre du jour de l'assemblée, ce qui réduit bien évidemment les chances de réélection de l'administrateur sortant. À noter également que si les mandats des administrateurs sont tous arrivés en même temps à leur terme, les administrateurs continueront à représenter la société en attendant leur remplacement.

**[898] Démission de l'administrateur.** — L'administrateur peut toujours démissionner de la société et est parfois obligé de le faire. Il est obligé de démissionner en cas d'incapacité, d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité (v. n° [344]), bien que sa démission soit, la plupart du temps, volontaire. Tout comme les actionnaires peuvent révoquer l'administrateur sans cause légitime, l'administrateur pourra démissionner sans avoir à fournir le moindre *motif*, et la société ne saura s'y opposer<sup>4</sup>. Mais la démission ne pourra jamais être présumée, et il faudra un acte positif sous la forme d'une communication orale lors d'une réunion du conseil d'administration ou d'une *notification* de la démission à la société. L'administrateur démissionnaire ne devra pas respecter de *préavis*, bien qu'il puisse être tenu responsable de payer des dommages-intérêts à la société au cas où sa démission intempestive aurait causé un préjudice à la société (une démission donnée à contretemps reste

<sup>1</sup> Affaire *Ronsel*, J.T. 1984, p. 212 et note F. T'KINDT.

<sup>2</sup> CAPRASSE/AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, 2010, p. 77.

<sup>3</sup> RESTEAU, t. 2 n° 642.

<sup>4</sup> L'« acceptation de la démission » par la société est un non-sens juridique : Lux. 23 déc. 1987, n° 643/87 ; MARTIN, La démission des organes de gestion des sociétés commerciales, *RS* 1973, p. 273 ; SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. trim. dr. com.* 1972, p. 21.



valable en droit).

Parfois, à la suite de désaccords opposant l'équipe dirigeante aux actionnaires, les *administrateurs démissionnent en bloc* ; la société devant pouvoir continuer à fonctionner, les administrateurs démissionnaires resteront en fonction jusqu'à leur remplacement. Leur rôle sera cependant amoindri, en ce qu'il se limite à « expédier les affaires courantes » ce qui inclura notamment la convocation dans les meilleurs délais d'une assemblée des actionnaires pourvoyant à leur remplacement<sup>1</sup>.

Vis-à-vis des tiers, la démission (comme toute cessation des fonctions d'administrateur) ne sera opposable aux tiers qu'avec l'accomplissement des formalités de *publicité*. D'où il résulte que la société sera tenue par les engagements pris par un administrateur démissionnaire, si sa démission n'a pas été publiée et si l'administrateur aurait pu valablement engager la société en cours de mandat (v. n° [352]). Au cas où les dirigeants en fonction n'y feraient pas procéder, le démissionnaire pourra saisir le juge des référés afin qu'il désigne en urgence un mandataire à cette fin.

**[899] Révocation de l'administrateur.** — Le principe qui régit la révocation des administrateurs de SA est qu'ils sont révocables par l'assemblée générale à volonté (« *ad nutum* »), c.-à-d. sans préavis. Il s'agit là d'une disposition d'ordre public<sup>2</sup> ne souffrant donc d'aucune exception. L'administrateur peut donc être révoqué même avant son terme et en l'absence de toute faute, l'assemblée pouvant même prendre sa décision sans entendre au préalable l'intéressé qui pourra même ne pas être invité à la tenue de l'assemblée<sup>3</sup>. Cette règle se

justifie par le fait que l'administrateur se trouve, à l'égard de la société, dans une situation de mandataire ; il subit de ce fait la règle générale de la libre révocabilité de tout mandataire (art. 2004 C.civ.).

Le principe de la révocation sans délai peut faire l'objet d'aménagements. Ce qui importe, c'est que les actionnaires ne soient pas empêchés d'exercer leur droit de révocation. Il faut cependant que la *clause de préavis* n'ait en toute probabilité aucune incidence réelle sur la décision de révocation du dirigeant. Si la clause de préavis devait avoir un effet dissuasif certain, c'est-à-dire, manifestement susceptible d'influencer la décision de révocation à intervenir, elle sera nulle<sup>4</sup>.

Comme l'assemblée des actionnaires ne peut que statuer sur les points figurant à l'*ordre du jour* (v. n° [996]), il est en principe impossible de discuter de la révocation d'un administrateur si la question ne figure pas à l'ordre du jour de l'assemblée. Il est toutefois dérogé à ce principe si une révélation imprévue concernant des manquements graves de l'administrateur justifie une révocation immédiate, l'assemblée pouvant, dans ce cas, prononcer valablement et sur-le-champ la révocation de l'administrateur fautif<sup>5</sup>. Cette approche de l'*incident de séance* se justifie doublement : on peut penser en effet que le dirigeant pourrait être tenté de ne pas convoquer l'assemblée devant le révoquer ; par ailleurs, il n'est pas souhaitable que la société soit dirigée, ne fût-ce que pendant un court laps de temps, par une personne n'ayant plus la confiance des associés.

On déduit en règle générale, à tort selon nous, que la libre révocabilité de l'administrateur entraînerait

<sup>1</sup> Lux. 7 mai 1927, *Pas.* 12, p. 52 ; Cour 25 mai 1993, n° 100/93 ; Lux. 10 mars 1993, *Euro-Mediterranean Estates SAFH*.

<sup>2</sup> Cour 21 mai 2008, n° 32 550, *Bull. Barreau* 2008, p. 157. Il aurait mieux valu parler de disposition « impérative », car le droit de révocation existe dans l'intérêt exclusif des actionnaires : il s'agit de les protéger contre l'incompétence, la mauvaise foi ainsi que la malhonnêteté des administrateurs.

<sup>3</sup> Cour 26 octobre 1999 n° 23 801 et 23 803, note FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 546.

Le principe du contradictoire ne s'applique donc pas ici. A fortiori l'assemblée ne commet-elle pas d'abus si elle révoque un administrateur régulièrement convoqué à l'assemblée pour y être entendu, alors que l'administrateur décide de ne pas assister à celle-ci : les absents ont toujours tort.

<sup>4</sup> Lux. 30 mars 2007, n° 101625 ; Cour d'appel de Luxembourg, 21 mai 2008, n° 32 550.

<sup>5</sup> FREDERICQ, t. V. n° 423.

ipso facto sa révocation aux *conditions de quorum et de majorité* des assemblées ordinaires et qu'il ne serait donc pas permis, par dérogation, d'accroître dans les statuts les règles de quorum et de majorité légales. Il s'agit là pourtant de deux choses différentes. Si la loi déclare que les administrateurs « *sont toujours révocables par l'assemblée générale* » (art. 51 L1915), cela veut seulement dire que l'assemblée peut souverainement révoquer l'administrateur, sans qu'elle n'ait à justifier ou à motiver sa décision. Mais donner le droit à l'assemblée de pouvoir révoquer à tout moment, sans justifications à fournir, un administrateur ne dit encore rien sur les conditions de quorum et de majorité applicables à cette révocation. En particulier, il n'existe aucune raison d'interdire aux statuts de moduler les conditions de quorum ou de majorité en la matière, en exigeant par exemple un vote à majorité qualifiée, voire à l'unanimité. L'assemblée gardera bien, dans ce cas, son droit absolu de révocation ; mais elle l'exercera selon les modalités de majorité que les statuts ont fixées<sup>1</sup>.

La question de la révocation de l'administrateur se pose parfois en raison d'un changement dans l'actionnariat de la société. Il se pourrait par exemple que l'administrateur-délégué, majoritaire dans la société, cède ses actions à un tiers mais désire rester pendant un certain temps à la tête de la société. Aussi négocierait-il à son profit, au moment de la cession de sa participation, une *clause de maintien dans les fonctions sociales*. Par cette clause, l'acquéreur de la participation déclarera maintenir le cédant dans ses fonctions d'administrateur (-délégué) durant une période de temps déterminée. Cet aménagement contractuel de la cession de contrôle porte évidemment atteinte au principe de libre révocabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes. Par ailleurs, cette convention de vote (v. n° [337]) est prise dans le seul intérêt des dirigeants et non dans celui de la société ; cette clause doit dès lors être déclarée nulle<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> V. sur ce point : STEICHEN/JORDAN-DANDRAU, Révocation ad nutum des administrateurs de sociétés anonymes : quelles conditions de quorum et de majorité prévoir ?, *ACE* 2016/7, p. 3.

<sup>2</sup> En détail : Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes, *Droit des sociétés*, *J.-Cl.* n° 7, 2001, p. 4.

L'administrateur démissionné n'a pas droit non plus à une *indemnité de révocation*, bien que l'assemblée des actionnaires puisse lui en allouer une. La nullité de l'indemnité de révocation convenue par avance ne sera cependant prononcée que si, de par ses conséquences financières importantes, la clause d'indemnisation est de nature à dissuader les actionnaires d'exercer leur faculté de révocation. Tout dépend donc des moyens financiers de la société ainsi que du montant de l'indemnité convenue.

Le dirigeant ne sera toutefois pas complètement démuné par rapport à la décision de révocation. C'est ainsi qu'il pourra obtenir l'*annulation judiciaire* de la décision de révocation, si elle a été prise par une assemblée générale tenue irrégulièrement. De même, si la révocation porte sur le mandat d'administrateur-délégué et que celui-ci cumule un *contrat de travail* avec son mandat social, le contrat de travail (s'il est réel) sera maintenu, sauf à résilier le contrat de travail également, mais en respectant la législation du travail en matière de préavis et d'indemnités de rupture. D'autre part, si la révocation s'accompagne de circonstances injurieuses, vexatoires (p.ex. : reconduite immédiate à la porte) ou brutales (p.ex. : intervention d'un huissier ou des forces de l'ordre), qui portent une atteinte injustifiée à l'honneur de l'administrateur (p.ex. en cas de publicité portant sur une faute simplement alléguée inspirée par la malveillance, car pouvant laisser croire à des manquements graves du dirigeant), celui-ci pourra obtenir des *dommages-intérêts* pour révocation abusive à hauteur du préjudice qu'il a ainsi subi, mais non pas obtenir sa réintégration<sup>3</sup>. Car la faute qui sera sanctionnée sera non pas la révocation de l'administrateur, celle-ci étant toujours libre, mais les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu. Le préjudice à indemniser ne pourra être le préjudice économique lié à la perte des revenus pour le dirigeant ; ce qui est sanctionné, c'est la manière dont

<sup>3</sup> REIGNE, Révocabilité « *ad nutum* » des mandataires sociaux et faute de la société, *RS* 1991, p. 499.

il a été révoqué. Seul donc le préjudice moral résultant des circonstances abusives ou vexatoires de la révocation sera indemnisable.

## 2. LES POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

**[900]Présentation.** — Traditionnellement, le conseil d'administration n'agissait que sur délégation de l'assemblée générale. Les pouvoirs du conseil d'administration étaient par conséquent limités dans le silence des statuts, aux actes d'administration, les actes de disposition relevant de la compétence de l'assemblée des actionnaires<sup>1</sup>. La loi du 23 nov. 1972 a profondément changé la situation en introduisant le « *Führerprinzip* » dans la gestion sociale de la société anonyme. Elle a en effet conféré au conseil d'administration un pouvoir autonome, général et exclusif de gestion sociale (sous réserve des seuls pouvoirs que la loi a maintenus chez l'assemblée). Il y a donc eu un transfert de pouvoirs de l'assemblée vers le conseil d'administration dans un souci de protection des tiers (a). Mais le caractère collégial historique du conseil d'administration a été préservé, d'où la nécessité de s'intéresser au processus délibératif au sein du conseil d'administration (b).

### a) LES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Si les pouvoirs qui reviennent à la gérance de la SA sont en principe uniquement attribués au conseil d'administration pris dans son ensemble, en tant qu'organe (i), les administrateurs individuels disposent cependant également de certains pouvoirs limités (ii).

#### i. Les attributions de l'organe

**[901]Une caractéristique commune au conseil d'administration et au directoire : la gestion est**

<sup>1</sup> Anc. art. 53 L1915 : « Sauf disposition contraire de statuts, le conseil d'administration a le pouvoir de faire tous actes d'administration et de soutenir toutes actions au nom de la société ».

**collégiale.** — Contrairement à la situation rencontrée dans les autres sociétés commerciales, où la gestion sociale est individuelle, la gestion de la SA est une gestion collégiale<sup>2</sup>. Elle est exercée par l'organe de gestion (le conseil d'administration ou le directoire), les administrateurs, agissant individuellement, n'ayant aucun pouvoir décisionnel. Contrairement au droit français où les pouvoirs de direction générale de la société se trouvent concentrés sur une seule personne, le président du conseil d'administration, le droit luxembourgeois privilégie la gestion collective de la SA, tous les dirigeants (administrateurs dans la structure classique, membres du directoire dans la structure moderne) se trouvant sur un pied d'égalité. On peut supposer en effet que les intérêts des actionnaires seront mieux servis si la société est gérée par plusieurs personnes qui se contrôlent mutuellement, plutôt que par un dirigeant omnipotent. Un autre avantage de la conception collégiale de la gestion de la société est que le collège, en tant qu'organe de la société, devient indépendant des personnes qui le composent et par conséquent de nature permanente, les changements intervenant dans sa composition ne mettant pas en péril la continuité de l'organe et donc de sa gestion. Dans l'optique du législateur, la gestion sociale appartient à l'organe de gestion, les personnes y siégeant n'y intervenant que comme des « rouages » ou « relais ».

D'où l'idée de confier la gestion sociale au collègue lui-même, plutôt qu'aux dirigeants pris isolément. C'est ce qu'énonce l'article 64 L1915 en disposant que les administrateurs et les membres du directoire forment un « *collège* », article qu'il faut combiner avec l'art. 53 L1915 attribuant la gestion sociale au « conseil d'administration » (art. 60bis-2 L1915 pour le directoire) et non pas à ses administrateurs ou son directeur pris individuellement. Ceci déroge au droit commun du mandat des sociétés civiles, aux termes duquel, en présence de plusieurs mandataires, chacun peut agir

<sup>2</sup> Du latin « *collegium* » : groupe de personnes ayant des fonctions communes.

séparément au nom du mandant (v. n° [682]). La conséquence pratique la plus importante de cette disposition d'ordre public est qu'il ne sera jamais possible pour les statuts d'attribuer à une personne déterminée la gestion générale de la société ; la charge de cette fonction est confiée par la loi de 1915 à l'organe de gestion, sans que celui-ci ne puisse se faire substituer dans ses fonctions par une autre personne<sup>1</sup>.

### [902] Pouvoir général de gestion de la société. —

Les attributions du conseil d'administration sont définies à l'article 53 L1915 : « *Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale. Il représente la société à l'égard des tiers et en justice (...). Les limitations apportées aux pouvoirs (du conseil d'administration) et qui résultent soit des statuts, soit d'une décision des organes compétents, sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées* ». Il ressort de ces dispositions que le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour non seulement décider des actes de gestion, mais également pour agir en toutes circonstances au nom de la société<sup>2</sup>, y compris pour agir en justice au nom de la société<sup>3</sup>. Ce pouvoir général de gestion s'explique non seulement par des raisons de protection des tiers, mais également par le besoin d'unité d'action essentiellement nécessaire à la bonne marche de toute société.

L'article 53 al. 2 L1915 disposant que les « exploits pour ou contre la société sont valablement faits au nom de la société seule », il n'est pas nécessaire d'indiquer, dans le recours formé par une SA, les noms de ses administrateurs<sup>4</sup> ; il en est de même

des actes judiciaires où la société est défenderesse<sup>5</sup>.

Le conseil d'administration ne se contente donc pas de fixer les grandes lignes de la stratégie de l'entreprise et d'en surveiller l'exécution; il l'exécute lui-même au quotidien, en passant les commandes et en signant les contrats au nom de la société, en agissant en justice, en étant l'interlocuteur des administrations, etc.

Il résulte du libellé de l'article 53 L1915 que l'ancienne démarcation, si difficile à opérer, entre les *actes d'administration* permis au conseil d'administration et les *actes de disposition*, qui relevaient de la compétence de l'assemblée des actionnaires, a été abandonnée (en 1972) au profit d'une compétence exclusive du conseil d'administration pour agir en toute circonstance au nom de la société. L'ancien article 53 L1915 disposait que : « *à défaut de dispositions contraires dans les statuts, les administrateurs ont le pouvoir de faire tous les actes d'administration (...)* ». Antérieurement à la loi de 1972, il fallait consulter les statuts pour savoir si un engagement relevait de la compétence du conseil d'administration ; dans le silence des statuts, les pouvoirs de disposition lui échappaient, car le conseil d'administration ne disposait que des pouvoirs qui lui avaient été délégués par les actionnaires. Enfin, la société n'était jamais engagée pour les actes qui dépassaient l'objet social. D'où la précarité de leur situation que la loi de 1972 désirait éliminer. Suite à cette loi, le conseil d'administration s'est vu attribuer des pouvoirs propres, dans un ensemble d'organes hiérarchisés. Ces pouvoirs ont été fixés par la loi en ce sens que le conseil d'administration dispose du *pouvoir « résiduaire »*, c.-à-d. de celui qui n'est pas déjà attribué par la loi à un autre organe. Le contrat de société devant respecter la répartition des pouvoirs fixés par la loi, l'assemblée ne saurait annuler une décision adoptée par le conseil d'administration et relevant de sa compétence légale, ni leur adresser des injonctions visant à être contraignantes en droit.

Dans un souci de protection des tiers, la société est engagée même par les actes du conseil qui n'entrent *pas dans l'objet social* ou ceux qui ont été *réservés par les statuts à l'assemblée des actionnaires*, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que le conseil d'administration n'avait pas compétence pour agir (art. 53 al. 3 L1915)<sup>6</sup>. La preuve de cette connaissance est

<sup>1</sup> Lux. 21 janv. 1988, n° 37 823.

<sup>2</sup> On est loin des aphorismes sévères d'Auguste DETCEUF à l'égard des conseils d'administration dans ses *Propos d'un confiseur* : « Un conseil qui agit sème le désordre. Pour qu'une affaire prospère, il faut que le conseil ne fasse rien. Mais cela ne suffit pas toujours ... ».

<sup>3</sup> Cour 25 mai 1993, n° 100/93 ; Lux. 10 mars 1993, *Euro-Mediterranean Estates SAH*.

<sup>4</sup> C.E. 24 nov. 1992, n° 8670 ; Cour 8 mai 1962, *Pas.* 18, p. 535.

<sup>5</sup> Lux. 13 janv. 1983, n° 28 743. ; Lux. 7 juill. 1987, n° 326/87.

<sup>6</sup> Art. 53 al. 4 L1915 : « Les limitations apportées aux pou-

difficile à rapporter, car la loi exclut expressément la publication des statuts comme suffisant à la constituer. La société sera donc engagée par tous les actes accomplis par le conseil d'administration, sauf si ceux-ci sont attribués par la loi (et non pas par les statuts) à l'assemblée des actionnaires.

**[903] Respect de l'objet social ainsi que des restrictions apportées par les statuts à ses pouvoirs.** —

Selon le principe de la spécialité statutaire (v. n° [214]), le conseil n'exerce ses pouvoirs que dans la limite de l'objet social. Mais cette limitation n'a d'effets que dans l'ordre interne de la société, vis-à-vis des actionnaires. À l'égard des tiers, le conseil d'administration engage la société même pour les actes qui dépassent son objet social. Il en ira différemment cependant si les tiers avaient connaissance du dépassement de l'objet social ; la publication des statuts ne sera cependant pas suffisante lorsqu'il s'agira de rapporter cette preuve (art. 60bis L1915)<sup>1</sup>. Autrement dit, *à l'égard des tiers, les pouvoirs du conseil d'administration sont déterminés par la loi (et non pas par les statuts)*.

Il en est de même des actes qui respectent l'objet social mais pour lesquels les statuts prévoient un *mécanisme spécial d'autorisation par l'assemblée des actionnaires*. C'est ainsi que les statuts prévoient parfois l'autorisation préalable en assemblée des actionnaires de certains actes importants par leur nature ou leur montant. La validité de ces clauses dans l'ordre interne est incontestable, de sorte que leur non-respect constitue un exercice fautif du mandat social susceptible d'engager la responsabilité du conseil d'administration.

---

voirs que les alinéas précédents attribuent au conseil d'administration et qui résultent soit des statuts, soit d'une décision des organes compétents, sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

<sup>1</sup> Art. 60bis L1915 : « La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration (...), même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. »

En revanche, dans l'ordre externe, la société restera tenue par les actes accomplis par le conseil d'administration en infraction aux statuts de la société, à condition que les actes rentrent dans la sphère de compétence du conseil d'administration d'après la loi de 1915. *Les limitations statutaires des pouvoirs du conseil sont donc inopposables aux tiers* (art. 53 al. 3 L1915). Leur non-respect pourra évidemment entraîner la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des actionnaires. N'envisageant la problématique que sous la perspective de la protection des tiers, la loi est restée muette sur la question de savoir si les tiers peuvent également se prévaloir du dépassement de pouvoir pour se délier de ses obligations<sup>2</sup>.

Il existe une limite vers le bas en ce qui concerne le pouvoir de tutelle que les actionnaires peuvent aménager dans le cadre des actes de gestion devant être soumis à leur approbation. La loi a en effet réservé une sphère d'attribution distincte à chacun des organes, à l'assemblée, mais également au conseil d'administration. Les statuts doivent respecter la sphère attribuée par la loi au conseil d'administration, de sorte à ne pas pouvoir transférer l'ensemble des pouvoirs de gestion du conseil d'administration à l'assemblée des actionnaires, en soumettant par exemple la quasi-totalité des actes relevant, d'après la loi de 1915, de la compétence du conseil d'administration à l'autorisation préalable des actionnaires<sup>3</sup>. Le conseil d'administration doit garder une portion suffisante du pouvoir de gestion dans la société, lui permettant de veiller à l'intérêt social, sans devoir en référer continuellement à l'assemblée générale des actionnaires.

La répartition légale des pouvoirs entre le conseil d'administration et l'assemblée ne doit cependant pas empêcher le conseil d'administration de faire ratifier par l'assemblée une mesure qui relève de sa sphère de compétence. La ratification ne sert qu'à prémunir le conseil d'administration contre une éventuelle action en responsabilité. Elle laisse intact, par contre, son pouvoir décisionnel, puisqu'elle pourrait poser l'acte de

---

<sup>2</sup> Dans le sens de l'impossibilité pour le tiers de se prévaloir de l'irrégularité vis-à-vis de la société : SIMONT, *Loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Bruxelles, n° 43.

<sup>3</sup> SIMONT/VAN OMMESLAGHE, La notion d'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes, *R.C.B.J.* 1964, n° 18, p. 93.

gestion, même dans l'hypothèse où l'assemblée refuserait la ratification.

**[904] Respect des attributions de l'assemblée générale des actionnaires.** — La société anonyme est une société hiérarchisée basée sur la séparation des pouvoirs ; chaque organe a sa place déterminée par rapport aux autres, sur lesquelles les autres organes ne peuvent empiéter. Tout comme l'assemblée générale ne peut s'attribuer des pouvoirs que la loi réserve au conseil d'administration, ce dernier devra également respecter les dispositions légales en matière de compétences des assemblées d'actionnaires. L'obligation de respecter le *principe de répartition légale des pouvoirs* se trouve consacré à l'art. 53 L1915 : « *Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale* ». La loi a organisé une répartition des compétences entre les différents organes de la société, et le conseil d'administration devra respecter ce partage de pouvoirs.

Vis-à-vis des tiers, le conseil d'administration ne saurait usurper les pouvoirs que la loi donne à l'assemblée des actionnaires, pouvoirs que les tiers sont censés également connaître (« nul n'est censé ignorer la loi »). Il s'ensuit que la société ne sera pas tenue par les actes pris par le conseil d'administration qui relèvent directement ou indirectement, en raison de la loi de 1915, de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires. *Les limitations légales des pouvoirs du conseil sont donc opposables aux tiers*. C'est ainsi que le conseil d'administration ne saurait nommer et révoquer ses membres, décider de l'augmentation ou de la réduction du capital social, de l'affectation des bénéfices, et de façon générale changer les statuts de la société.

En pratique, ceci pose parfois des problèmes, notamment dans le cadre de *conventions de crédit de type anglo-saxon*. Ces conventions ont en effet pour caractéristique commune d'exiger de la part du conseil d'administration une prise d'engagements relevant de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires. C'est ainsi que la société doit s'engager à ne pas distribuer de dividendes tant que le prêt n'est pas remboursé ; elle ne

doit pas fusionner avec une autre société, ne pas se scinder, etc. Le conseil d'administration ne pouvant engager d'un point de vue juridique l'assemblée des actionnaires, il n'existe d'autre solution, dans ces cas-là, que de tenir une assemblée d'actionnaires ratifiant ces engagements.

Il est rare que le conseil d'administration ne respecte pas ouvertement les pouvoirs accordés par la loi à l'assemblée générale des actionnaires. Il est plus probable que l'atteinte aux pouvoirs de l'assemblée soit indirecte. Cette question se pose principalement dans le cadre de la *cession d'une partie substantielle des actifs de la société*. Cette cession ressort de la compétence de l'assemblée et non du conseil d'administration, si elle implique, indirectement, une modification de l'activité sociale, voire une dissolution de la société par extinction de la chose<sup>1</sup>. Mais il ne faut pas perdre de vue que la cession d'une partie même importante des actifs sociaux n'est pas en soi une modification indirecte de l'objet social, voire une dissolution anticipée de la société. Pour que tel soit le cas, il faudra que les actifs cédés constituent l'unique objet d'activité de la société<sup>2</sup>.

Exemples :

Le conseil d'administration vend un immeuble sans l'autorisation des actionnaires telle qu'exigée par les statuts. La cession est valable vis-à-vis des tiers, mais le conseil d'administration engage sa responsabilité vis-à-vis de la société.

Le conseil d'administration cède l'immeuble administratif. Bien que l'acte soit important pour la société, il relève de la gestion sociale et donc a priori de la compétence du conseil d'administration. Si, par ailleurs, il ne met pas en cause la pérennité de la société, en empêchant la poursuite de l'activité sociale, l'opération n'entraînera pas la dissolution obligée de la société. De ce fait, il n'y aura pas non plus de violation indirecte de la compétence des actionnaires.

Le conseil d'administration cède le fonds de commerce de la société. Comme il s'agit du seul fonds de commerce de la

<sup>1</sup> BENOÎT-MOURY, Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social, *R.C.J.B.* 1989, n° 8, p. 402.

<sup>2</sup> COIPEL, Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose et sur le pouvoir de décider le dépôt d'une requête en concordat pour abandon d'actif, *R.C.J.B.* 1993, p. 11.

société, cette aliénation aboutit à une dissolution de la société par extinction de son objet. La violation de la loi de 1915 n'est qu'indirecte mais néanmoins réelle, la décision de dissolution d'une société relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

**[905] Représentation du conseil d'administration vis-à-vis des tiers.** — Sur le plan des principes, le conseil d'administration est non seulement responsable de définir la politique générale de la gestion de la société, mais il devra l'exécuter lui-même au quotidien (art. 53 al. 2 L1915 : « [le conseil d'administration] représente la société à l'égard des tiers (...) »). Mais cela causerait assurément des retards dans la gestion sociale, car il est souvent difficile de réunir tous les membres du conseil d'administration au jour le jour. Pour pallier cet inconvénient, la loi prévoit trois mécanismes permettant de concilier le caractère collégial du fonctionnement du conseil d'administration et les « nécessités du service ».

Le conseil d'administration peut arrêter la décision et conférer à un ou plusieurs de ses membres (ou à d'autres personnes) des *mandats spéciaux* pour accomplir en son nom un ou plusieurs actes déterminés<sup>1</sup>. Dans ce cas, l'administrateur pourra valablement engager la société pour les opérations concernées, à condition de rapporter la preuve de la procuration qui lui a été donnée par le conseil d'administration, si le tiers en fait la demande<sup>2</sup>. Cette faculté résultant du Code civil (art. 1984 et s. C.civ.)<sup>3</sup>, le conseil d'administration pourra même conférer des mandats spéciaux en l'absence d'une disposition statutaire à cet effet<sup>4</sup>. En règle générale, le tiers demandera à *voir le*

*mandat avant de traiter avec le mandataire*, afin de s'assurer de la réalité du mandat. Mais il n'est pas tenu de le faire, le tiers renonçant généralement à cette faculté lorsqu'il estime avoir une connaissance suffisante de l'existence et de l'étendue du mandat. Dans ce cas cependant, il ne pourra plus, par la suite, exiger la production du mandat, afin de contester son existence.

Les statuts de la société peuvent également *donner qualité à un ou plusieurs administrateurs (mais non à d'autres personnes) pour représenter la société dans les actes ou en justice* (art. 53 al. 4 L1915 : p.ex. : signature conjointe de deux administrateurs)<sup>5</sup>. Ces personnes deviennent ainsi de véritables *organes* de représentation de la société<sup>6</sup>. Lorsque les statuts font usage de la faculté offerte par l'article 53 al. 4 L1915, l'administrateur concerné n'aura pas besoin de prouver l'existence d'un mandat spécial que le conseil d'administration lui aurait conféré, puisque ses pouvoirs de représentation résultent directement de leur publication au RESA<sup>7</sup>. Dans un souci de sécurité des relations juridiques, le *pouvoir de représentation générale* de l'article 53 al. 4 L1915 porte nécessairement sur la totalité des pouvoirs de représentation du conseil d'administration et ne peut dès lors être limité à certains actes seulement<sup>8</sup> ou quant aux montants. Ceci distingue le pouvoir de représentation basé sur l'art. 53 al. 4 L1915 du mandat spécial conféré par le conseil d'administration sur la base du Code civil. L'article 53 al. 4 L1915 ne confère cependant aucun pouvoir de gestion autonome au « *représentant général* », qui reste auprès du conseil d'administration ; l'administrateur ne fait que transposer cette décision dans l'ordre externe (« (...) *représenter la société* (...) »). Les adminis-

<sup>1</sup> Un mandat spécial peut porter sur une série d'opérations du même ordre : SIMONT/VAN OMMESLAGHE, La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs, *R.C.J.B.* 1964, p. 91.

<sup>2</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 583 ; VAN OMMESLAGHE/SIMONT, op.cit., p. 83, n° 10 et p. 87, n° 14.

<sup>3</sup> Art. 1984 et s. C.civ. : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. »

<sup>4</sup> Cour 10 juill. 1991, n° 10.974.

<sup>5</sup> Art. 53 al. 4 L1915 : « Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou à plusieurs administrateurs pour représenter la société dans les actes ou en justice, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers (...) »

<sup>6</sup> Cour 6 avr. 2011, *JTLux.* 2012, p. 58.

<sup>7</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69.

<sup>8</sup> Cour 4 juin 2008, n° 31 798, *Bull. Barreau* 2009, p. 69 ; Cour 6 avr. 2011, *Pas.* 35, p. 618.

trateurs qui agissent dans le cadre de l'article 53 al. 4 L1915 le font uniquement sur la base d'une décision préalable adoptée par le conseil d'administration. Les tiers, en revanche, n'ont pas à vérifier si le conseil d'administration a effectivement pris la décision en question ; elle est présumée dans la loi. La situation serait différente, d'après nos tribunaux, si l'administrateur ayant le pouvoir général de représentation signait le document « sous réserve d'approbation » par le conseil d'administration. Dans ce cas, à défaut de ratification par le conseil d'administration, la société ne serait pas engagée vis-à-vis des tiers<sup>1</sup>. Cette présomption légale profitera également à l'administrateur qui n'aura pas à prouver l'existence d'une décision régulière préalable adoptée par l'organe de gestion ; cette décision est présumée de par les textes<sup>2</sup>.

La loi disposant que le droit de représentation générale ne peut être accordé qu'à des « administrateurs », la représentation ne pourrait être donnée par les statuts par exemple à un *administrateur signant obligatoirement avec une autre personne non-administrateur*. Dans ce cas, il faudrait conclure que l'administrateur est le représentant général unique de la société et que sa seule signature engagera donc la société. Les clauses statutaires conférant un pouvoir de représentation générale conjoint à deux *administrateurs dits « A » et « B »* sont également critiquables, en ce qu'elles ajoutent des conditions et distinctions non formulées dans la loi ; il suffira dès lors au tiers de vérifier que les deux signataires de l'acte sont bien administrateurs, afin que la société soit engagée, et même s'ils étaient tous les deux de type « A » ou « B ».

Les statuts peuvent également prévoir la possibilité de confier la gestion journalière de la société à un administrateur particulier du conseil d'administration, appelé « *administrateur-délégué* » (v. n° [925]). Contrairement aux deux hypothèses précédentes, l'administrateur-délégué prendra de lui-même les initiatives et décisions qui relèvent de sa sphère de compétence.

<sup>1</sup> Critique à juste titre à l'égard de cette conception erronée de l'article 53 al. 4 L1915 : FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 546, note sous Cour 11 juill. 2001.

<sup>2</sup> Lux. 10 mai 2006, *Bull. Barreau* 9/2006, p. 239.

Dans un souci de protection des tiers, qui doivent savoir à qui ils ont affaire, les administrateurs doivent signer les actes susceptibles d'engager la société en indiquant leur qualité au sein de la société. Cette règle s'applique également aux membres du directoire, du comité de direction, au directeur général, etc. (art. 78 L1915)<sup>3</sup>.

**[906] Attributions particulières.** — La loi de 1915 réserve encore au conseil d'administration, en sus du pouvoir général de gestion (v. n° [901]), certaines attributions particulières. Ces pouvoirs spéciaux que la loi a confiés au conseil d'administration ne sauraient, par la voie des statuts, être transférés à un autre organe de la société, mais doivent être exercés personnellement par le conseil d'administration. Il en est ainsi, par exemple, de l'établissement des comptes annuels (art. 72 L1915), y compris du rapport de gestion (art. 251 L1915), de la convocation de l'assemblée générale des actionnaires (art. 70 L1915)<sup>4</sup>, de la décision de mise en paiement de dividendes intérimaires (v. n° 0), de la cooptation (v. n° [893]), de la nomination du président du conseil d'administration (v. n° [923]) et en général de la répartition interne des tâches du conseil, de la convocation et de l'ordre du jour de l'assemblée (v. n° [992]), du mode d'exercice ainsi que de la suppression éventuelle des droits préférentiels de souscription (v. n° [1032]) ainsi que de l'émission de capital dans le cadre du capital autorisé arrêté par les actionnaires (v. n° [1028]).

**[907] Conventions de vote au sein du conseil d'administration.** — Si la possibilité d'une *convention*

<sup>3</sup> Art. 78 L1915 : « Dans tous les actes engageant la responsabilité de la société, la signature des administrateurs, membres du directoire et du comité de direction, du directeur général, et selon le cas, directeurs, gérants et autres agents, doit être précédée ou suivie immédiatement de l'indication de la qualité en vertu de laquelle ils agissent ».

<sup>4</sup> Le pouvoir de convocation étant accordé par la loi au « conseil d'administration », l'administrateur individuel ne peut pas convoquer valablement l'assemblée : Lux. 29 octobre 1993, n° 41 316.



de vote au sein de l'assemblée générale des associés n'est plus controversée de nos jours (v. n° [338]), il n'en va pas de même cependant des *conventions de vote au conseil d'administration*. Parmi les deux arguments traditionnellement avancés pour justifier la thèse selon laquelle les dirigeants ne pourraient lier leur droit de vote par convention, on peut immédiatement écarter l'argument de la délibération collégiale. Il est vrai que la convention de vote ne cadre guère avec la nature de délibération collégiale du conseil d'administration. Mais cet argument n'est pas différent pour les conventions de vote des assemblées générales, car celles-ci délibèrent également. Si l'on accepte la convention de vote dans l'assemblée générale des associés, l'argument du caractère délibérant du conseil d'administration n'est pas pertinent non plus pour interdire les conventions de vote au sein du conseil. Le second argument, en revanche, est plus sérieux et tient à la nature du droit de vote des dirigeants : alors que le droit de vote de l'actionnaire est essentiellement un « *droit-prérogative* » à exercer dans l'intérêt de l'associé, celui du dirigeant est uniquement un « *droit-fonction* ». On conçoit plus aisément, du coup, que l'actionnaire puisse user du droit de vote dans son intérêt propre (« *droit-prérogative* ») et, le cas échéant, consentir par avance à voter dans un certain sens. Mais à la réflexion, la distinction ainsi opérée paraît quelque peu artificielle, car l'associé ne peut pas faire non plus complètement abstraction de l'intérêt social lors de l'exercice de son droit de vote. Les dirigeants devant exercer leur droit de vote exclusivement dans l'intérêt social (« *droit-fonction* »), la différence de nature alléguée entre les droits de vote des dirigeants et des associés est moins marquée qu'on ne pourrait le penser. La convention de vote au sein du conseil d'administration est dès lors licite.

ii. *Les droits individuels des administrateurs*

**[908] Droits de gestion inexistants.** — Les administrateurs d'une société anonyme, exception faite de l'administrateur-délégué (v. n° [933]), n'ont aucun pouvoir individuel sur la gestion sociale, les pouvoirs

de gestion appartenant au seul conseil d'administration (v. n° [901]). C'est en ce sens que l'on peut lire parfois que l'administrateur individuel n'aurait d'autre pouvoir que celui de participer aux délibérations du conseil d'administration. C'est incontestablement exact en ce que l'administrateur individuel n'a aucun pouvoir de décision (exception faite de l'hypothèse de l'administrateur-délégué) et de représentation (exception faite de l'hypothèse de l'article 53 al. 4 L1915, v. n° [905]).

**[909] Droit individuel à l'information et à l'assistance des dirigeants.** — Dans les sociétés à gérance unique, le dirigeant détient toutes les informations nécessaires à sa prise de décision. Mais il en va autrement dans les sociétés où les dirigeants fonctionnent en tant que collège, notamment si l'organe de gestion collégial opère dans le cadre d'une répartition des tâches. Afin que l'organe de gestion puisse prendre des résolutions suite à un débat éclairé, il faut mettre chacun des dirigeants dans la possibilité de prendre connaissance de toutes les informations pertinentes. Le droit d'information individuel constitue le corollaire nécessaire de l'obligation d'agir en connaissance de cause de l'administrateur. Ce droit à l'information pour l'administrateur individuel est d'autant plus justifié qu'il pourra être tenu responsable des fautes commises par le conseil d'administration. Les dirigeants doivent ainsi pouvoir prendre connaissance des documents de la société et d'en vérifier, en cas de besoin, la pertinence (art. 64 § 4 L1915)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 64 § 4 L1915 : « Chacun des membres du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance peut prendre connaissance de toutes les informations transmises à cet organe ». Lux. 21 janv. 1988, n° 37 823 ; Cour 10 juill. 1991, n° 10 974 ; BORGES, Le droit d'information individuel des administrateurs de sociétés anonymes, *Bull.* Joly 1997, p. 843 ; OLIVIER/DE BOECK, op.cit., n° 58 ; BAILLOD, L'information des administrateurs des sociétés anonymes, *Rev. trim. dr. com.* 1990, p. 1 ; SIMONT, L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle ?, *RPS* 1963, p. 189, n° 5148 ; VIANDIER, Le

Ce droit d'investigation individuel existe *vis-à-vis de l'organe collégial* lui-même ; ce dernier communiquera au dirigeant les documents demandés. Si l'organe de gestion s'y refuse ou ne fournit pas de réponses adéquates, le dirigeant ne pourra pas rechercher à obtenir les mêmes renseignements auprès du personnel de la société, car de telles prérogatives ne reviennent qu'à l'organe collégial de gestion lui-même. Il lui faudra donc recourir à des palliatifs : saisie du juge des référés afin d'obtenir l'information demandée ; demande de report de la réunion de l'organe de gestion ; désaccord marqué sur le procès-verbal de la réunion de l'organe de gestion ; communication aux associés, lors de la prochaine assemblée, des difficultés que le dirigeant a encourues ; ...

Le droit d'information prend deux formes qui sont d'ailleurs complémentaires. Par principe, et en règle générale, le droit d'information prendra la forme d'une information qui sera *portable*, c.-à-d. d'une information à fournir d'office par le président. C'est ainsi que le président du conseil d'administration mettra spontanément à disposition de l'ensemble du collège des documents et informations utiles qu'il est susceptible d'obtenir entre deux réunions du conseil d'administration. Cette communication sera donc préalable à la tenue du conseil d'administration et vise à permettre au dirigeant de disposer d'un délai suffisant pour étudier les documents ainsi reçus avant qu'il ne doive se prononcer au sein de l'organe de gestion. Le fait que l'administrateur individuel soit éventuellement minoritaire au conseil et ne puisse influencer le vote au conseil n'importe pas, car il s'agit également d'assurer la collégialité du conseil et la confrontation des idées. Tous les dirigeants disposent donc d'un droit égal à l'information.

Par extension, et pour les mêmes raisons, les administrateurs disposent d'un *droit d'information individuel* leur permettant de rechercher, de leur propre

---

droit d'information de l'administrateur préalablement à la réunion du conseil d'administration, *Bull. Joly* 1985, p. 919.

initiative, les informations qu'ils jugent nécessaires ou tout simplement utiles à l'exercice de leur mandat<sup>1</sup>. Dans ce scénario, qui relève plutôt de l'exception que de la norme, l'information est *quérable*, c.-à-d. que la communication aura lieu suite à la demande par l'administrateur. Le droit d'investigation individuel, quoique certain dans son principe, n'est pas absolu dans sa portée. L'administrateur désirant exercer son droit d'investigation individuel devra éviter de perturber le fonctionnement normal de la société et garder confidentielles les informations ainsi recueillies personnellement (un droit d'assistance éventuel par un expert est donc exclu)<sup>2</sup>. Traditionnellement, on considère également que le droit d'information individuel sur demande trouve sa limite dans les questions qui intéressent la *gestion sociale actuelle* ainsi que celles *susceptibles d'engager la responsabilité de l'administrateur*<sup>3</sup>. Sur la base du critère de l'efficacité, l'administrateur trop zélé se livrant à des procédures chicanières pourra se voir refuser l'accès à certaines informations par le conseil d'administration. Le droit de communication visant à informer le dirigeant en vue de la prise de résolution par l'organe de gestion, le dirigeant devra limiter ses demandes à ce qui figure à l'ordre du jour de la réunion de l'organe de gestion. Il faut donc apprécier concrètement la demande formulée par l'administrateur par rapport aux questions figurant à l'ordre du jour.

La méconnaissance du droit à l'information affecte, tout comme la convocation irrégulière du conseil, la régularité de la réunion. Lorsque le conseil refuse à un de ses membres l'accès aux informations auxquelles l'administrateur individuel a droit en vertu de la loi, il prendra une décision illégale susceptible d'annulation par la voie judiciaire (en référé s'il y a urgence)<sup>4</sup>. La

---

<sup>1</sup> SIMONT, L'administrateur d'une S.A. agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuel ?, *RPS* 1963, p. 189.

<sup>2</sup> Lux. 21 janv. 1988, n° 37 823.

<sup>3</sup> Cour 10 juill. 1991, n° 10 974.

<sup>4</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 653.

*nullité des décisions* prises, le cas échéant, par le conseil d'administration pourra même être prononcée si la méconnaissance du droit à l'information ne concerne qu'un administrateur minoritaire, car on ne saurait présumer de l'influence que l'administrateur minoritaire aurait pu avoir sur l'issue des discussions.

**[910] Droit de veto**<sup>1</sup>. — Le droit de veto désigne la faculté dont dispose un dirigeant d'empêcher unilatéralement l'adoption (droit de veto « *a priori* ») ou l'exécution (droit de veto « *a posteriori* ») d'une décision par l'organe de gestion. Le droit de veto peut être *général* ou ne porter que sur des *décisions identifiées* dans les statuts de la société.

Hypertrophiant les droits du dirigeant bénéficiaire, le droit de veto porte atteinte au caractère collégial de l'organe de gestion dans les sociétés à gérance collégiale et à l'idéal démocratique sous-tendant le fonctionnement de ces sociétés. On pourrait dès lors être tenté de conclure que tout droit de veto serait nécessairement interdit aux dirigeants. Mais ce serait confondre deux questions : le dirigeant disposant d'un droit de veto ne sait pas imposer ses vues à l'organe de gestion, en substituant sa volonté à celle de la majorité des dirigeants siégeant à l'organe de gestion. Il ne peut que s'opposer à l'adoption de la résolution, de sorte que la collégialité de la prise de décision reste préservée. Par ailleurs, le principe de collégialité des gérances collectives s'inscrit au Luxembourg dans le cadre d'une philosophie de société contractuelle et non institutionnelle, de sorte qu'il n'y a pas de raisons de conclure à une quelconque prohibition d'un droit de veto. En vertu de la *liberté contractuelle*, le droit de veto s'impose au juge, tout comme le serait la disposition dans les statuts exigeant l'unanimité pour certaines résolutions à adopter par la gérance. Or une décision nécessitant l'*unanimité* n'est pas autre chose qu'un droit de veto *de facto*. La première étant licite, la deuxième doit l'être tout autant.

Lorsqu'il a été prévu, le droit de veto donnera un pouvoir absolu de blocage. En raison de son importance pratique pour le fonctionnement de la société, l'exercice d'un droit de veto ne pourra résulter d'une abstention, mais nécessitera une *opposition*. Cette opposition sera généralement explicite, parce que le dirigeant aura voté contre la résolution ; plus exceptionnellement, elle sera implicite, en se déduisant des actes et comportements du dirigeant disposant du droit de veto.

Le droit de veto étant institué dans l'intérêt de la société et non de celui de son titulaire, le détenteur du droit de veto ne saura y faire usage, comme bon lui semble, au gré de ses envies. Comme il fait échec à la loi de la majorité, l'exercice du droit de veto est nécessairement discipliné par le respect de l'*intérêt social*. L'usage du droit de veto en contravention à l'intérêt social pourra ainsi être *abusif*, et sera susceptible d'entraîner la *responsabilité* du dirigeant l'ayant exercé, par analogie aux mécanismes applicables à l'abus de minorité (v. n° [253]).

Si elle outrepassé le droit de veto qui vient d'être exprimé, en réalisant tout de même l'opération à laquelle le titulaire du droit de veto s'est opposé, la gérance de la société commettra une violation des statuts et donc une faute de régularité susceptible d'entraîner sa responsabilité (v. n° [388]). Les effets du droit de veto seront cependant limités à l'*ordre interne* de la société, le droit de veto, comme toute limitation statutaire, ne produisant pas d'*effets vis-à-vis des tiers* auxquels il n'est pas opposable (v. n° [373]). Les tiers devraient cependant pouvoir se prévaloir de la violation d'un droit de veto dont ils auraient connaissance, notamment en raison de son inclusion dans les statuts.

**[911] Droit de manifester son désaccord concernant la résolution qui vient d'être adoptée.** — Le conseil d'administration prenant ses décisions et agissant collectivement, l'administrateur individuel pourra voir sa responsabilité encourue en raison d'actes pris par le conseil d'administration, alors qu'il se trouve en désaccord avec la décision prise majoritairement. Dans ce cas, l'administrateur, dans un souci d'éviter sa mise en

<sup>1</sup> DUREAU-HAZERA/THOMAS, Le droit de veto dans les sociétés françaises, *RTDF* n° 4, 2016, p. 3.

responsabilité ultérieure par la société, sera bien inspiré à manifester son désaccord lors de la réunion du conseil en faisant acter son *désaccord dans le procès-verbal de la réunion* (v. n° [919]). Bien que les administrateurs agissent collégalement dans le cadre du conseil d'administration, de sorte que ce sera normalement le conseil d'administration (par l'intermédiaire de son porte-parole) qui fera *rapport à l'assemblée générale des actionnaires* de la gestion sociale écoulée, l'administrateur individuel pourra également y évoquer son opinion dissidente, s'il l'estime utile pour la prise de décision de l'assemblée.

Il est vrai que la loi de 1915 est silencieuse concernant le droit de parole individuel des administrateurs. Dans ce cas, il y a lieu de se rapporter aux « règles ordinaires des assemblées délibérantes » (art. 67 § 2 L1915), soit au mode de fonctionnement de la Chambre des députés. Comme la Constitution accorde le droit de parole aux ministres (art. 80 Const.) et que ceux-ci peuvent être assimilés aux administrateurs de la société anonyme, il s'ensuit que les administrateurs peuvent se faire entendre en assemblée s'ils le jugent utile.

Mais l'opposition de l'administrateur peut également résulter d'un acte pris par le conseil d'administration en violation des statuts ou de la loi. Dans ce cas, l'administrateur aura non seulement le droit, mais également *l'obligation de dénoncer l'infraction à la première assemblée des actionnaires* suivant la réunion du conseil (ou à la prochaine réunion du conseil d'administration si elle a lieu avant l'assemblée générale) ; cette dénonciation est d'ailleurs la condition pour que l'administrateur soit exonéré de sa responsabilité (art. 59 al. 2 L1915).

## b) LE FONCTIONNEMENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Le conseil d'administration prenant ses décisions de manière collégiale, la loi pose un certain nombre de règles afin d'assurer l'effectivité de cette règle, qu'il s'agisse des conditions requises en matière de quorum et de majorité (i), des règles formelles entourant cette prise de décision (ii) ou des sanctions attachées au non-respect éventuel de celles-ci (iii).

### i. La prise de décision en elle-même

**[912] Quorum.** — L'organe de gestion étant collégial, la loi prévoit un quorum destiné à assurer que les résolutions ne puissent être adoptées qu'à condition qu'un nombre suffisant de dirigeants soit présent (ou représenté). Le calcul du quorum tiendra donc compte des éventuelles procurations. C'est ainsi qu'aucune décision ne pourra être valablement prise qu'à la condition que la moitié au moins des membres de l'organe de gestion soit présente ou représentée (art. 64bis § 1<sup>er</sup> a L1915), les statuts pouvant renforcer les conditions de quorum.

Les *administrateurs empêchés* d'assister à une réunion du conseil d'administration peuvent s'y faire représenter par un autre collègue administrateur qui votera pour lui (« *représentation par procuration* »). La représentation nuisant évidemment au caractère collégial des délibérations, elle ne sera possible que si les statuts n'interdisent pas cette possibilité (le droit de se faire représenter est implicite). L'assemblée des actionnaires ayant porté au poste d'administrateur les personnes en raison de leurs compétences techniques et autres qualités, il serait inadmissible que les personnes choisies par les actionnaires se fassent remplacer, ne fût-ce qu'une seule fois, par un tiers (le mandat est *intuitu personae*)<sup>1</sup>. Un administrateur ne pourra dès lors se faire représen-

<sup>1</sup> HAINAUT/RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, Bruxelles, 1994, n° 382 ; FREDERICQ, t. V, n° 427; contra : T'KINT/ GUYSELINCK, op.cit., n° 211.

ter que par un autre administrateur, et encore, qu'à titre occasionnel (une délégation permanente serait contraire à l'exigence de l'exécution personnelle du contrat de mandat). Il n'est pas interdit non plus pour un administrateur (même si cela n'est pas très élégant) de disposer de plusieurs procurations d'administrateurs empêchés.

Exemple : Soit un conseil d'administration composé de trois personnes. Un des administrateurs se fait représenter, un autre administrateur étant empêché sans donner de procuration. Dans ce cas, les délibérations peuvent être prises valablement, car deux administrateurs sur trois sont présents ou représentés.

Bien sûr, il n'y aura pas de délibération, ni de décision collégiale. Mais il serait excessif d'en déduire une contrariété à une disposition d'ordre public : si les statuts ont prévu cette possibilité, les actionnaires ont accepté par avance les risques induits par une telle possibilité pour des raisons qui sont les leurs et que l'on espérera être bonnes (telle l'urgence).

**[913] Majorité.** — Le vote au conseil d'administration se fait exclusivement *par tête*, et non en capital. Sauf si les statuts ne prévoient pas de majorité plus forte, les décisions sont prises à la *majorité des membres présents ou représentés* (art. 64bis § 1<sup>er</sup> b L1915). En cas de *partage des voix*, la voix du président sera prépondérante, sauf si les statuts prévoient une règle contraire (art. 64bis § 2 L1915)<sup>1</sup>. Comme il faut une majorité des membres présents ou représentés, et non une majorité des voix exprimées, les abstentions et votes blancs émanant de personnes présentes ou représentées équivalent en fait à un vote défavorable.

Exemple : Le conseil d'administration de la société est composé de 9 membres. À l'occasion d'une réunion du conseil, deux administrateurs sont empêchés, l'un d'eux se faisant représenter par un collègue administrateur. Comme 7 administrateurs sur 9 sont présents à la réunion du conseil, le 8<sup>e</sup> y étant représenté, le quorum pour la tenue d'une assemblée régulière est atteint (8/9 > 50% + 1).

À l'ordre du jour figure un point où les avis sont partagés : 3 personnes votent pour une proposition de résolution, dont la

personne bénéficiant d'une procuration, 3 personnes votent contre et une personne s'abstient. Pour que le projet de résolution soit adopté, il faut qu'une majorité des personnes qui votent s'expriment en sa faveur. Comme 8 personnes sont présentes ou représentées, la majorité se calcule par rapport à 8, de sorte qu'il faut 5 votes favorables. Comme 3 personnes votent en faveur du projet, dont une personne disposant de deux voix, il y a, en fait, quatre votes favorables. Le point à l'ordre du jour est donc rejeté.

On discute parfois de la possibilité de remplacer le vote par tête par le *vote par intérêt*. Dans le vote par intérêt, le dirigeant dispose d'un droit de vote proportionnel par rapport aux actionnaires qu'il représente. Utile pour l'actionnaire majoritaire, qui pourra ainsi prolonger sur le plan de l'organe de gestion le rapport de force qui existe déjà en sa faveur au niveau de l'assemblée, une telle disposition statutaire est inconciliable avec le caractère « droit-fonction » du droit de vote du dirigeant, celui-ci devant exercer son droit de vote dans l'intérêt social et l'intérêt du groupe majoritaire des actionnaires (v. n° [914])<sup>2</sup>.

#### **[914] Un vote exprimé dans l'intérêt de la société.**

— Le droit de vote des administrateurs est strictement fonctionnel, car uniquement guidé par l'*intérêt social*. Il n'en faut pas déduire pour autant une illicéité de principe des *accords de vote* éventuels entre dirigeants, par lesquels les dirigeants conviendraient par avance sur les modalités d'exercice de leur droit de vote. Les conventions de vote entre associés étant licites, les accords de vote entre dirigeants doivent pouvoir l'être également, tant qu'ils ne contreviennent pas à l'intérêt social.

Une difficulté peut surgir à ce sujet lorsque le dirigeant est l'émanation d'un groupe déterminé d'actionnaires, souvent de *l'actionnaire de contrôle*, et qu'il a été élu à l'organe de gestion en vertu d'un droit de proposition accordé à ce groupe d'actionnaires. Il semble normal, dans ce cas, que le dirigeant accorde une attention particulière à la défense des intérêts du groupe d'actionnaires dont il émane. Cela n'est pas critiquable tant qu'il n'oublie pas, du même coup, que, faisant partie d'un organe de la société, il est avant tout

<sup>1</sup> Art. 64bis § 2 L1915 : « Sauf disposition contraire des statuts, et dans la mesure où un président a été élu, la voix du président de chaque organe est prépondérante en cas de partage des voix. »

<sup>2</sup> D'un avis opposé : LAURENT, Le droit de vote multiple ou par intérêt des dirigeants de sociétés commerciales en droit luxembourgeois, *ACE* 2013/2, p. 3.

un représentant de la société et non le mandataire de certains actionnaires. De ce fait, si le dirigeant peut, certes, s'inspirer des choix du groupe d'actionnaires l'ayant nommé, il ne pourra toutefois se contenter de purement et simplement entériner ces choix, sans les confronter aux intérêts de la société et de l'ensemble des actionnaires. Lorsque, dans cet exercice de « grand écart », il n'est pas possible de réconcilier les positions, priorité devra être donnée aux intérêts de la société et de l'ensemble des actionnaires.

Une problématique similaire peut survenir en cas de *conventions de vote*. Leur validité a été consacrée dans les textes en ce qui concerne les conventions de vote liant les associés (v. n° [337]). Bien que ce soit là leur principal cas d'application pratique, les conventions de vote apparaissent cependant parfois également au niveau de l'organe de gestion collégiale, tel le conseil d'administration d'une société anonyme. Il s'agira souvent d'y régler la gestion de sociétés détenues en commun par deux groupes d'actionnaires. En l'absence de textes, il faut penser que la validité de conventions de vote entre administrateurs devrait être assurée tant qu'elle porte sur des questions d'organisation et de fonctionnement du conseil d'administration. En revanche, en raison du caractère purement fonctionnel du droit de vote de l'administrateur, on ne saurait décider par avance des décisions de gestion futures, car celles-ci doivent respecter, le moment venu, le critère de l'intérêt social.

## ii. Les règles formelles entourant la prise de décision

**[915] Convocation du conseil d'administration et informations préalables.** — Le caractère collégial du conseil d'administration constitue l'une des règles essentielles de la SA. Il présuppose une convocation et composition régulière du conseil d'administration. Le conseil d'administration est un organe non permanent ; il est convoqué selon les modalités librement fixées dans les statuts. Dans le silence des statuts, il sera convoqué autant de fois que nécessaire, *par son président*, ou à défaut, par l'administrateur-délégué ; en cas

d'urgence, ce droit est également accordé à tout administrateur, le cas échéant, par un mandataire ad hoc désigné en justice (en cas de refus de convocation)<sup>1</sup>. Il doit l'être, à défaut de dispositions statutaires réglant la matière, autant de fois que de besoin, y compris à chaque fois qu'un administrateur le demanderait. Les modalités et les délais de cette convocation sont précisés par les statuts de la société. La loi ne fixe aucune règle concernant la *forme de la convocation* du conseil d'administration, de sorte qu'on peut songer à la lettre (simple ou recommandée), au fax, au courriel et même à la simple convocation orale. La *fréquence* des conseils d'administration varie sensiblement d'une société à l'autre. Dans les petites sociétés, le conseil d'administration ne se réunit qu'occasionnellement, généralement uniquement afin d'arrêter le bilan à faire approuver par l'assemblée des actionnaires, l'administrateur-délégué, souvent également l'actionnaire majoritaire de la société, s'occupant de la gestion journalière de la société. Dans les sociétés plus importantes, le rythme de réunion est, la plupart du temps, trimestriel.

Afin de mettre les administrateurs en mesure de participer à la réunion qui vient d'être convoquée, les convocations doivent être adressées aux administrateurs avec un *délai suffisant* pour leur permettre d'assister à la séance. Le délai de convocation sera fonction de l'éloignement physique des administrateurs, de l'urgence de la prise de résolution (le délai sera plus court) ainsi que des modes de participation possibles (réunion physique, par téléphone, ...).

De même, dans tous les cas où le conseil est convoqué, son *ordre du jour* doit être fixé par l'autorité convoquante et les documents nécessaires en vue d'une bonne préparation du conseil d'administration doivent également être communiqués en temps utile, généralement ensemble avec la lettre de convocation, aux

<sup>1</sup> TILLEMANN, Le fonctionnement interne du conseil d'administration, in : *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, 2008, p. 248.

administrateurs<sup>1</sup>. L'ordre du jour constitue la limite matérielle du pouvoir de prise de décision du conseil d'administration pour la réunion dûment convoquée. Il ne pourra dès lors être délibéré sur des points ne figurant pas à l'ordre du jour communiqué aux administrateurs, sauf si tous les administrateurs sont présents et consentent à l'unanimité à aborder des points non couverts par l'ordre du jour en question.

Les documents utiles pour la tenue du conseil d'administration seront remis d'office aux administrateurs, ensemble avec la convocation et l'ordre du jour. La *communication des documents* par avance résulte du droit à l'information préalable des administrateurs ; l'initiative de l'information préalable revient à l'autorité convoquante (généralement le président du conseil d'administration<sup>2</sup>) qui ne peut se borner à attendre les demandes des administrateurs<sup>3</sup>. Les *informations* à fournir aux administrateurs de la SA sont donc à la fois *portables* et *préalables* : l'autorité convoquante doit prendre l'initiative de fournir les informations utiles pour la prise de décision par le conseil d'administration ; elle doit communiquer ces informations en temps utile avant la réunion du conseil d'administration. La méconnaissance de cette obligation, affectant la régularité de la réunion du conseil d'administration, peut entraîner la *nullité des délibérations* prises par cet organe (v. n° [256] et iii)<sup>4</sup>. Cette jurisprudence puise son fondement dans le souci de permettre à l'organe collégial qu'est le conseil d'administration de tenir des débats éclairés, chaque administrateur y engageant sa responsabilité personnelle et devant, du même coup, être mis dans la possibilité de contribuer utilement aux débats tenus en

conseil, afin que celui-ci prenne la meilleure décision possible pour la société. Mais pour cela, il faut bien se préparer, tout en retenant qu'un débat collégial ne peut jamais être totalement programmé par avance.

**[916] Réunion physique du conseil d'administration.** — Le conseil d'administration ne peut véritablement jouer son rôle que s'il agit comme *organe délibérant* (art. 64 § 1<sup>er</sup> L1915 : « *les administrateurs (...) forment des collègues qui délibèrent (...)* »). Le caractère délibérant du conseil d'administration implique la nécessité d'une concertation entre ses membres sur un ordre du jour déterminé. Il faut donc normalement une délibération, généralement par réunion physique au siège social (ou à tel endroit, y compris à l'étranger, tel que fixé dans la lettre de convocation, sauf si les statuts prévoient obligatoirement la tenue des conseils au siège social), mais parfois également par voie de conférence audiovisuelle (la « *vidéoconférence* ») ou simplement téléphonique (le « *conference call* »). Les débats permettent en effet aux administrateurs de s'éclairer mutuellement, la confrontation des points de vue permettant aux administrateurs de prendre leurs décisions en connaissance de cause. Les débats permettent également un meilleur contrôle mutuel entre administrateurs. Enfin, la décision du conseil d'administration n'est pas toujours le résultat de la somme des opinions individuelles des administrateurs, la discussion collégiale étant susceptible d'influencer la prise de décision collective. Les moyens audiovisuels et téléphoniques remplissent tous ces objectifs et assurent un fonctionnement tout aussi délibératif que la réunion physique au siège social. La participation à une réunion par voie de moyens modernes de télécommunication est réputée avoir lieu au siège de la société (art. 64 § 3 L1915 : « *La réunion tenue par de tels moyens de communication à distance est réputée se dérouler au siège de la société* »).

**[917] Résolutions circulaires.** — A priori donc, la résolution écrite (la « *circular resolution* » ou « réunion dans l'encrier ») devrait être interdite, car elle ne permet pas d'échanges de points de vue entre les administrateurs. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette

<sup>1</sup> DIBOUT, De la nécessité d'un ordre du jour préalable dans les réunions des conseils d'administration de la société anonyme, *Bull. Joly* 1994, p. 1284.

<sup>2</sup> Lux. 17 octobre 2002, n° 77 421.

<sup>3</sup> REINHARD, Information des membres du conseil d'administration, *Rev. trim. dr. comm.* 1990, p. 416.

<sup>4</sup> Lux. 11 octobre 2002, *Gemplus International SA* (non publié).

exigence : tout comme la délibération vise à permettre les échanges de vue, mais ne les implique pas nécessairement, la doctrine a rapidement conclu à la possibilité de la résolution écrite<sup>1</sup>. La loi du 10 août 2016 a confirmé la validité de cette pratique, pour tous les organes collégiaux (à l'exception cependant du comité de direction), à la double condition que les *statuts* autorisent le recours à cette technique de prise de résolutions et que la résolution soit adoptée à l'unanimité (art. 64 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « (...) *par consentement unanime (...) exprimé par écrit* »). Afin de ne pas vider le caractère collégial du conseil d'administration de toute sa substance, on limitera en pratique les résolutions circulaires aux hypothèses suivantes :

- la décision à prendre *ne nécessite pas de débats*. Exiger un débat au sein du conseil d'administration est superflu et n'ajoute rien au processus décisionnel ;
- la décision *a déjà fait l'objet de débats* lors d'une séance précédente du conseil. Il faut sans doute assimiler à cette situation, pour identité de motifs, celle où la décision à prendre a fait l'objet de débats entre les administrateurs, quoique en dehors du conseil d'administration.

Les résolutions circulaires sont particulièrement utiles, *en situation d'urgence*, c.-à-d. dans des situations où le conseil d'administration doit prendre immédiatement une décision importante pour la société. Dans ce cas, si les administrateurs habitent aux quatre coins du globe, la société ne pourra pas réagir avec la célérité nécessaire, de sorte que la résolution écrite devient le seul mode de prise de résolution effectivement envisageable. Dans cette situation fondée sur l'état de nécessité, la résolution écrite est justifiée par la volonté de préserver l'intérêt de la société nécessitant une prise de

décision immédiate. Cependant, en raison de la formulation tout à fait générale de l'article 64 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915, l'état de nécessité n'est pas une condition requise par la loi, afin qu'une résolution circulaire puisse être adoptée : on peut recourir à cette technique de prise de décision même *en situation « normale »*, où, à défaut d'une décision à prendre plus rapidement, il sera tout simplement plus commode de procéder par voie circulaire.

**[918] Confidentialité des réunions du conseil d'administration.** — Le conseil d'administration est un endroit où sont discutées et décidées des opérations souvent importantes pour la société : stratégie ; concurrence ; prise de participations ; etc. Il n'est que normal que la prise de décision soit entourée d'une confidentialité des débats. Elle joue aussi vis-à-vis des autres organes de la société que des tiers.

Le secret des délibérations entourant les réunions du conseil d'administration existe *dans l'ordre interne* de la société et interdit aux autres organes (assemblées des actionnaires, commissaire) d'y assister. Ce n'est véritablement que par rapport au commissaire que cette question se pose : si la présence du commissaire à une réunion du conseil d'administration n'est jamais obligatoire, même pas lors de la séance arrêtant les comptes annuels de l'exercice, il n'est cependant pas interdit au conseil d'administration de solliciter la présence du commissaire à une réunion qu'il jugera utile. Si le commissaire ne saura donc jamais imposer sa présence contre la volonté du conseil, il aura cependant accès aux procès-verbaux du conseil d'administration (art. 62 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Ils peuvent prendre connaissance, sans déplacement (...) des procès-verbaux (...) de la société »). Vis-à-vis des actionnaires, la question de la confidentialité des délibérations du conseil se posera principalement, non pas en termes de participation d'actionnaires individuels à la réunion, mais sous la forme du *devoir de discrétion* dont chaque administrateur est redevable (art. 66 L1915 : « (...) *sont tenus de ne pas divulguer* (...) ») : il appartient au seul conseil d'administration de procéder à l'information de tous les actionnaires (généralement réunis en assemblée) ;

<sup>1</sup> PARTSCH, Dans quelle mesure le conseil d'administration d'une société anonyme belge peut-il adopter des décisions sans réunion physique de ses membres ?, *RPS* 1995, n° 6674, p. 186.



l'administrateur individuel, en revanche, même s'il se sent investi d'un mandat de représentation particulier pour un groupe d'actionnaires, ne saurait communiquer à celui-ci des informations sur les réunions du conseil d'administration.

La confidentialité des réunions du conseil d'administration joue également *vis-à-vis des tiers*<sup>1</sup>, car la société a un intérêt légitime à ne pas voir disséminer sur la place publique des informations importantes sur la bonne marche de la société. Mais ceci n'empêche pas le conseil d'inviter des personnes tierces à l'une ou l'autre réunion du conseil d'administration : cadres dirigeants de l'entreprise ; experts juridique et fiscal ; bureau de conseil ; etc. L'objectif de la participation des tiers ne sera toujours que de faciliter la prise de décision par le seul conseil d'administration, grâce notamment aux informations et explications fournies par ces tiers.

Les risques juridiques qui pèsent sur l'activité des dirigeants expliquent pourquoi les dirigeants bénéficient en principe d'un *droit d'assistance*. Les *avocats* sont de ce fait occasionnellement sollicités afin d'assister, soit l'organe de gestion lui-même, soit l'un des dirigeants en tant que conseil à une réunion de l'organe de gestion. Si l'invitation provient de l'organe de gestion lui-même, ayant décidé en ce sens à la règle majoritaire, cette décision de se faire assister par un avocat s'imposera aux dirigeants. Si la demande provient d'un dirigeant et non de l'organe de gestion, le principe sera que le dirigeant ne pourra pas imposer une personne tierce à la réunion de l'organe de gestion. On dérogera seulement à cette règle si la nature de la décision à prendre est telle que, en raison de son importance, elle peut avoir des répercussions importantes pour le dirigeant : dans ce cas, un droit d'assistance est justifié, même si les autres membres de l'organe de gestion entendent s'y opposer<sup>2</sup>.

Pour ces raisons, les dirigeants doivent garder confidentielles, même après la cessation de leurs fonctions, les informations dont ils disposent sur la société et dont la divulgation serait « susceptible de porter préju-

dice aux intérêts de la société » (art. 66 L1915). L'obligation de confidentialité cesse lorsque la « divulgation est exigée ou admise par une disposition légale ou réglementaire applicable aux sociétés anonymes ou dans l'intérêt public ». L'obligation de discrétion n'est donc pas absolue mais circonscrite.

La confidentialité des réunions du conseil d'administration se trouve spécifiquement régie par les textes en présence de *sociétés cotées en bourse*. Aux termes de la directive n° 89/592/CEE du Conseil du 13 nov. 1989, chaque État membre interdit aux personnes qui disposent d'une « *information privilégiée* » en raison de leurs fonctions au sein du conseil d'administration d'une société cotée à la bourse d'en faire usage (« *délit d'initié* ») : achat ou cession des valeurs mobilières concernées, directement ou indirectement, communication de l'information privilégiée à des tiers<sup>3</sup>. Une directive sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché a, par la suite, été adoptée afin de fixer les définitions, principes et principales mesures d'encadrement du nouveau dispositif relatif à l'abus de marché. La directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003, dite « *abus de marché* » (transposée en droit luxembourgeois par la loi du 16 mai 2006), concernant les opérations d'initiés et les manipulations de marché s'applique à toute personne physique ou morale ayant accès au marché et tout instrument financier répondant aux caractéristiques suivantes :

- tout instrument financier *admis à la négociation sur un marché réglementé* d'au moins un État membre, ou pour lequel une procédure d'admission est en cours, c.-à-d. lorsque « une demande d'admission à la négociation sur un tel marché a été présentée, que l'opération elle-même soit effectivement exécutée sur ce marché ou non » ;
- tout instrument non admis à la négociation sur un marché réglementé, mais dont la valeur dépend d'un instrument financier coté sur un tel marché. Cette dernière catégorie vise plus particulièrement les titres convertibles et certains produits dérivés.

L'article premier de la directive « *abus de marché* » enrichit et précise la définition de l'information privilégiée, notion centrale dans le délit d'initié, par rapport à celle qui était posée dans la directive de 1989. Il s'agit d'« *une information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers et*

<sup>1</sup> TILLEMANN, L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de sociétés, *J.T.* 1993, p. 549.

<sup>2</sup> V. FYON, L'avocat au sein du conseil d'administration, in : *Liber amicorum Georges-Albert Dahl*, Bruxelles, 2014, p. 407.

<sup>3</sup> CJUE 22 nov. 2005, *Knud Grøngaard*, note DAIGRE, *RS* 2006, p. 333 (communication d'informations par le représentant des travailleurs au sein de l'organe de gestion à son organisation professionnelle à laquelle il appartient).

qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés ». Les articles 2 et 3 (articles 8 à 11 L16 mai 2006) prévoient plusieurs interdictions pour toute personne détentrice d'une information privilégiée, dont la transgression apparaît constitutive du délit d'initié, sans pour autant que ce dernier soit expressément défini : utiliser cette information pour la tentative ou la réalisation effective d'une transaction (achat ou cession, de manière directe ou indirecte, pour compte propre ou pour compte de tiers) sur les instruments financiers concernés, communiquer cette information à toute personne hors du cadre normal de l'activité professionnelle et recommander à une autre personne d'acquérir ou de céder les instruments financiers auxquels se rapporte cette information. Cette dernière interdiction a pour effet d'inclure les analystes et journalistes financiers dans le champ de l'information privilégiée.

**[919] Registres, procès-verbaux, etc.** — La loi ne prévoit rien à ce sujet mais renvoie aux règles gouvernant les « assemblées délibérantes » (art. 67 § 2 L1915), entendues comme étant celles applicables à la Chambre des députés. Il s'ensuit que les délibérations du conseil d'administration sont consignées par écrit sous forme de procès-verbal. Celui-ci indique le nom des personnes présentes ou représentées, excusées ou absentes, ce qui permet de vérifier le respect du quorum ainsi que l'attention portée par chaque administrateur à la gestion sociale. Le procès-verbal comprend également un résumé des débats, de l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration ainsi que le résultat des votes. Il sera signé par les administrateurs ayant pris part à la réunion du conseil.

Lorsqu'un administrateur s'oppose à une décision, il peut faire consigner son opposition ainsi que ses motifs dans le procès-verbal de la réunion, pour se dégager d'une éventuelle responsabilité. Il pourra pour la même raison communiquer à l'assemblée générale son désaccord avec le conseil d'administration concernant des actes qu'il estime constitutifs de fautes de gestion (v. n° [911]).

Dans le silence de la loi, il faut penser que les procès-verbaux font foi, jusqu'à preuve du contraire, de leur date et de leur contenu. Cette solution qui doit valoir de la même manière pour les procès-verbaux des

assemblées d'associés, confère une certaine *force probante* à ces documents. Toutefois, la force probante des procès-verbaux n'est pas irréfragable : elle peut être mise en échec par la preuve contraire démontrant son inexactitude. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, notamment par le témoignage des dirigeants ayant participé aux délibérations. Cependant, de simples affirmations ou des documents peu pertinents seront insuffisants pour battre en brèche la valeur des procès-verbaux.

La preuve peut être rapportée par tous moyens propres à démontrer les erreurs dans les mentions du procès-verbal, notamment à propos du calcul des voix déterminant le sens des votes.

iii. *Sanctions du non-respect des règles en matière de tenue des réunions du conseil d'administration*

**[920] Application des règles en matière d'annulation des assemblées d'actionnaires.** — La réforme de 2016 ne traite que des annulations de résolutions adoptées en assemblée d'associés (v. n° [256]). Aucun texte de la loi de 1915 ne visant, par ailleurs, les annulations de résolutions adoptées par la gérance d'une société, la question se pose des règles à appliquer en la matière. On ne concevrait pas, en effet, qu'une résolution adoptée par la gérance d'une société ne puisse faire l'objet d'une procédure d'annulation, alors que les décisions irrégulièrement adoptées par cet organe sont susceptibles de causer autant de dommages, si ce n'est plus, que celles adoptées en assemblée. La loi permettant de remédier aux irrégularités survenues en assemblée, on ne comprendrait pas que l'on ne puisse pas également pallier les irrégularités affectant les résolutions adoptées par la gérance. Il faut donc combler ce vide juridique.

En l'absence de textes luxembourgeois, il est donc utile de voir comment les droits belge et français abordaient la problématique avant qu'ils ne codifient la matière. En droit français, les décisions adoptées par la gérance ne pouvaient être annulées que si des fraudes, des excès de pouvoir ou des abus de droit

avaient été commis au préjudice de la société ou de certains associés<sup>1</sup> ; les irrégularités de forme ne rentraient, en général, pas dans ces catégories. Le Code des sociétés belge est, comme la loi de 1915, silencieux sur le sujet. Avant l'introduction en droit belge de l'article 64 du Code des sociétés relatif aux cas de nullité des décisions de l'assemblée générale, la matière ne faisait pas l'unanimité, ni en doctrine, ni en jurisprudence, bien que le courant majoritaire ait été d'avis qu'il fallait vérifier, en tenant compte de toutes les particularités de l'espèce, si la décision critiquée aurait été probablement prise même sans l'irrégularité. Selon cette solution appelée « appréciative »<sup>2</sup>, il appartenait au demandeur en nullité d'établir l'irrégularité ; il incombait ensuite au défendeur de prouver que, selon toute vraisemblance, celle-ci n'a pas influencé la décision critiquée. Suite à l'introduction en droit belge de l'article 64 du Code des sociétés, ce raisonnement a été délaissé au profit d'une *application par analogie à la gérance des règles en matière de nullité des assemblées*<sup>3</sup>.

S'il aurait sans doute été préférable de rendre applicable l'article 12septies L1915 aux résolutions de tous les organes d'une société, au lieu de ne viser que les résolutions adoptées en assemblée, l'application par analogie aux résolutions adoptées en conseil d'administration est entièrement justifiée : la différence de situation et de perspective entre la gérance et l'associé est suffisamment réduite par rapport au problème de la nullité de leurs résolutions respectives, pour justifier l'application de règles identiques puisées à l'article 12septies L1915. L'annulation pourra donc intervenir en raison du *non-respect d'une loi impérative*. Tel sera le cas, par exemple, du non-respect des règles en matière de quorum et de majorité au sein du conseil. Il appartient aux tribunaux de déterminer le caractère impératif des dispositions légales en matière de prise de résolutions du conseil d'administration, ce qui n'est pas toujours évident. En présence de dispositions impératives, l'annulation de la décision du con-

seil n'est pas automatique. On pourrait ainsi considérer par exemple que les décisions prises par le conseil irrégulièrement convoqué seraient toujours nulles, en raison de l'irrégularité affectant la composition du conseil au moment de la prise de décision. Dans ce cas, si *un administrateur n'a pas été informé en temps utile*, il pourrait obtenir l'annulation de la décision prise, peu importe que sa voix ait pu être prépondérante ou non, car sa contribution à la prise de décision aurait pu changer l'issue des débats<sup>4</sup>. Mais à cette solution radicale on préféra une approche moins draconienne, où seules seront annulées les décisions où l'intéressé non convoqué aurait pu exercer une influence sur la délibération du conseil (v. n° [257]), soit en raison du résultat du scrutin, soit en raison de ses connaissances particulières dans les domaines où les décisions ont été prises, soit encore en raison des conditions frauduleuses de sa non-convocation (v. n°[258]), ou convocation tardive, les administrateurs présents profitant de la non-participation de l'administrateur absent pour adopter la résolution. Un autre cas d'annulation pourra être le détournement de pouvoir en raison de décisions adoptées au mépris de l'intérêt social (v. n° [259]).

**[921] Délais pour agir en nullité et conséquences d'une annulation.** — Si les décisions (actes et délibérations) prises par le conseil d'administration sont donc annulables, encore faudra-t-il que l'action en nullité intervienne rapidement. C'est ainsi que la nullité doit être demandée dans un *délai de six mois* (art. 157 L1915)<sup>5</sup>. Les résolutions adoptées par le conseil d'administration, comme pour tout organe de gérance de toute société, rentrent en effet dans la définition générique des « actes et délibérations posté-

<sup>1</sup> Com. 19 janv. 1959, D. 1959, p. 260, JCP, 1959.II.10966, note BASTIAN.

<sup>2</sup> HEENEN, L'inobservation des règles de forme prescrites pour les délibérations des organes d'une société ou d'une association, *RCJB* 1977, p. 558.

<sup>3</sup> WILLERMAIN, L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés, in : *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, 2006, p. 83.

<sup>4</sup> JEANTIN, *RTD com.* 1990, p. 416, n° 4. Autrement dit, il n'y a pas de place pour la théorie du « *vote efficace* ».

<sup>5</sup> Art. 157 dernier alinéa L1915 : « Sont prescrites par six mois toutes actions en nullité d'actes et délibérations postérieures à la constitution de la société à compter de la date à laquelle les décisions prises sont opposables à celui qui invoque la nullité ou sont connues de lui ou auraient dû l'être, compte tenu des circonstances ».

rieurs à la constitution de la société ». Cette disposition vise : les « *actes* », c.-à-d. les manifestations du conseil d'administration (comme de tout autre organe décisionnel au sein d'une société) visant à produire des effets de droit, c.-à-d. des conséquences juridiques (p.ex. : création, transmission, modification ou extinction d'un droit ou d'une obligation) ; les « *délibérations* », c.-à-d. le débat et l'examen d'une question qui précèdent une décision au sein du conseil.

En principe, la nullité *rétroagit*. Si la décision a déjà déployé ses effets vis-à-vis de tiers, il sera dérogé au principe de l'effet rétroactif, car la nullité ne doit pas léser les droits des tiers, du moins si ceux-ci sont de bonne foi. Pour ces derniers, la décision restera donc valable.

## B. LES EXÉCUTANTS DE LA STRATÉGIE ARRÊTÉE EN CONSEIL D'ADMINISTRATION

[922] **Présentation.** — Le conseil d'administration ne peut pas siéger en permanence. Aussi doit-il pouvoir se faire assister par un certain nombre de personnes et d'organes dans l'exercice de ses responsabilités. On peut les regrouper sous le terme générique de « direction » de la société anonyme. Si leur importance pratique est certes variable selon les modes d'organisation et la taille des entreprises (p.ex. : le comité de direction ne se retrouve généralement que dans les grandes entreprises), l'administrateur-délégué n'en reste pas moins souvent le personnage le plus important dans la gestion des sociétés (abstraction faite du conseil d'administration).

### 1. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

[923] **Nomination et révocation du président.** — En droit français, le président du conseil d'administration (le « PDG ») constitue un rouage essentiel de la gestion sociale, puisqu'il réunit sur sa tête le pouvoir de diriger la société. Sous réserve de ce qui sera indiqué plus loin, en matière de SAS (v. n° [1091]), le droit luxembourgeois évoque le président du conseil d'administration sans le rendre obligatoire dans la SA (art. 64 § 2

L1915)<sup>1</sup>. Le président est nécessairement choisi parmi les administrateurs siégeant au conseil de la société. Ce sont les administrateurs eux-mêmes qui choisissent leur président, les actionnaires se contentant de nommer les administrateurs de la société. En ce sens, le choix du président du conseil d'administration est une *décision purement interne* du conseil d'administration de la société. Ce seront également les administrateurs qui pourront révoquer à tout moment le président, sans que cette décision n'influe sur la continuité du mandat d'administrateur du président venant d'être révoqué. L'exercice du droit de révocation est donc totalement libre ; mais les modalités de son exercice peuvent par contre s'avérer fautives, et engendrer un droit à indemnisation au profit du président révoqué, si celle-ci est intervenue de manière vexatoire. Les actionnaires peuvent évidemment indirectement arriver à ce résultat en mettant fin à son mandat d'administrateur : le président devant obligatoirement être administrateur, sa fonction de président cessera automatiquement avec la révocation de sa fonction d'administrateur.

[924] **Pouvoirs du président.** — La loi ne prévoyant *pas de fonctions particulières* pour le président du conseil d'administration, ses fonctions sont souvent d'ordre majestueux : il préside les débats du conseil, convoque les administrateurs (v. n° [915]), tranche les débats en cas de partage des voix (si les statuts en disposent ainsi), remet à ceux qui y ont droit les copies des procès-verbaux des assemblées d'actionnaires (art. 67 § 2 L1915). Plus rarement, ils sont purement honorifiques, en ce qu'il faut souvent avoir un âge certain pour devenir président du conseil d'administration.

Mais il n'est pas défendu aux *statuts* de confier au président du conseil d'administration un *pouvoir général de représentation* de la société. Dans ce cas, ce

<sup>1</sup> Art. 64 § 2 L1915 : « Sauf dans le cas d'une société européenne (SE) pour laquelle une telle désignation est obligatoire, le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance peuvent élire un président en leur sein ».

pouvoir général de représentation ne résulte pas de son statut de président du conseil d'administration mais de sa qualité d'administrateur (ex. : la société est engagée par la seule signature d'un administrateur). Mais le président n'a aucun pouvoir de représentation générale ni de pouvoir de décision propre. Les pouvoirs du président du conseil d'administration ne sont en effet pas différents de ceux de tout autre administrateur (v. n° [905]). Lorsqu'il agit, il le fait comme simple administrateur, transposant vis-à-vis des tiers les décisions préalablement arrêtées par le conseil d'administration, éventuellement malgré son opposition. Rien n'empêche également le président du conseil d'administration de cumuler les postes et d'être en même temps chargé de la gestion journalière de la société au titre d'*administrateur-délégué* (v. n° [925])<sup>1</sup>.

Sauf disposition contraire des statuts, la loi accorde une voix prépondérante au président en cas de partage des *voix* (art. 64bis L1915). Cette disposition supplétive est utile pour éviter les blocages au sein de l'organe de gestion. Elle ne pourra évidemment pas s'appliquer aux sociétés anonymes fonctionnant avec deux administrateurs seulement (v. n° [890]).

## 2. LE DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE

Le délégué à la gestion journalière est souvent un rouage essentiel dans le fonctionnement de la société anonyme. On s'intéressera à son statut (a), y compris la possibilité pour lui de cumuler, sous certaines conditions, une fonction d'administrateur avec celle de salarié (b), ainsi qu'à ses pouvoirs de gestion (c).

### a) LE STATUT DE L'ADMINISTRATEUR-DÉLÉGUÉ

**[925] Nomination.** — Le conseil d'administration ne se réunissant que par intermittence, mais la gestion de la société nécessitant un suivi au quotidien, il a paru opportun au législateur de prévoir un mécanisme permettant au conseil d'administration de confier les

soins de la gestion journalière à un de ses membres (l' « administrateur-délégué »). D'où l'article 60 L1915 disposant que : « la gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs administrateurs (...) agissant seuls ou conjointement. Leur nomination, leur révocation et leurs attributions sont réglées par les statuts ou par une décision des organes compétents (...). ».

L'organe étant facultatif, il appartiendra aux *statuts* de régler le mode de nomination et de révocation du délégué à la gestion journalière (ou d'interdire que cet organe puisse être nommé) : cela pourrait être l'assemblée des actionnaires, mais ce sera plus souvent le conseil d'administration lui-même. Le conseil devra en effet continuer à surveiller l'activité du délégué à la gestion journalière, l'activité de ce dernier ne constituant qu'une partie de la gestion sociale. Par ailleurs, le conseil d'administration paraît mieux à même d'apprécier les capacités requises pour cette fonction que l'assemblée des actionnaires, plus éloignée de la gestion sociale. Enfin, la nomination par l'assemblée générale d'un administrateur-délégué serait souvent une source de conflits avec le conseil d'administration.

En cas de *silence des statuts* sur la question d'un administrateur-délégué, sa nomination sera basée sur l'article 60 L1915. S'agissant d'un mode de répartition des tâches au sein du conseil d'administration, le pouvoir de nomination, dans le silence des statuts, appartient au conseil d'administration. Si un comité de direction a été institué, la gestion journalière reviendra à cet organe et non pas au conseil d'administration ; il semble dès lors logique, dans le silence des textes, d'attribuer au seul comité de direction le pouvoir de nomination d'un délégué à la gestion journalière.

Suite à la modification de l'article 60 al. 4 L1915, il n'est plus nécessaire d'obtenir l'*autorisation préalable de l'assemblée générale*, avant de nommer un administrateur au poste d'administrateur-délégué. En revanche, le conseil d'administration devra rendre compte à l'assemblée des coûts occasionnés par cette fonction en lui communiquant la rémunération au sens large

<sup>1</sup> Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481.

perçue par le délégué (rémunération mensuelle, participation aux bénéfices, stock-options<sup>1</sup>, logement gratuit, etc.).

Le délégué à la gestion journalière est vis-à-vis des tiers un *organe* de la société, car il représente la société dans ses contacts avec les tiers dans les limites de la gestion journalière. Vis-à-vis de la société, en revanche, il reste un mandataire, comme les administrateurs ordinaires<sup>2</sup>, s'il a été choisi parmi le cercle des administrateurs (« *administrateur-délégué* »). Le délégué à la gestion journalière bénéficie dans ce cas d'un *double mandat* : celui d'administrateur et celui de délégué à la gestion journalière<sup>3</sup>. Lorsque le délégué à la gestion journalière n'est pas également administrateur de la société, il sera choisi, la plupart du temps, parmi les cadres de la société, et on parlera alors de « *directeur (général)* » (v. n° [943]).

La plupart du temps, un seul administrateur-délégué à la gestion journalière sera nommé. Mais la délégation, au lieu d'être *individuelle*, peut également être *conjointe*. Dans ce cas, plusieurs délégués à la gestion journalière agiront seuls ou conjointement, selon ce que les statuts prévoient à ce sujet. Il est d'ailleurs possible de combiner un pouvoir de gestion individuel seul, dans l'ordre interne, avec une obligation d'action conjointe dans l'ordre externe, ensemble avec un autre délégué à la gestion journalière.

**[926] Révocation.** — On pourrait soutenir que si une personne est à la fois administrateur et délégué à la gestion journalière, la cessation de l'une des deux fonctions n'entraîne pas automatiquement la cessation de l'autre fonction. Mais la doctrine considère à raison que ces deux mandats ne se trouvent pas au même niveau, *la délégation à la gestion journalière n'étant*

*qu'un accessoire du mandat d'administrateur*<sup>4</sup>. Il s'ensuit que si l'assemblée des actionnaires révoque le mandat d'administrateur au délégué à la gestion journalière, ce dernier perdra non seulement son mandat d'administrateur, mais également celui de délégué à la gestion journalière<sup>5</sup>. En revanche, et pour les mêmes raisons, le délégué à la gestion journalière qui se verra retirer ses fonctions de délégué à la gestion journalière par le conseil d'administration préservera son mandat d'administrateur<sup>6</sup>. Le délégué à la gestion journalière n'ayant pas le statut d'administrateur en raison de ses fonctions, le principe de la libre révocabilité des administrateurs ne sera pas applicable au délégué à la gestion journalière ; il appartiendra aux statuts, le cas échéant, de prévoir un préavis, le droit à des indemnités, une obligation de motivation, ...

De façon générale, la loi de 1915 ne fixe pas de *durée maximale* pour la gestion journalière, de sorte qu'il est possible de nommer le délégué pour une *durée déterminée* ou *indéterminée*. Lorsqu'il est nommé pour une durée déterminée, le délégué ne saurait démissionner avant le terme convenu, et l'organe l'ayant nommé ne saurait non plus le révoquer. Dans l'hypothèse exceptionnelle d'un délégué *nommé dans les statuts*, sa révocation nécessitera également le respect des conditions de quorum et de majorité pour le changement des statuts (v. n° [1005]). Plutôt que de nommer le délégué dans les statuts, on préfère, en pratique, *définir statutairement les conditions* dans lesquelles la révocation ou la démission peuvent être données.

**[927] Responsabilités et rémunérations du délégué à la gestion journalière.** — Comme il n'est qu'un administrateur auquel a été confié une partie déterminée de la gestion sociale, la plupart des règles commentées précédemment en matière de *rémunération* restent

<sup>1</sup> X, Les options de souscription ou d'achat d'actions: un aperçu du droit luxembourgeois, *JurisNews* Vol. 3, n 1/2010, p. 89.

<sup>2</sup> Cour 27 févr. 1973, *Pas.* 23, p. 481.

<sup>3</sup> Cour 27 fév. 1973, *Pas.* XXIII, 1975-1977, p. 481.

<sup>4</sup> FREDERICQ, t. V, n° 457 ; VAN RYN, t. I., n° 646 ; RESTEAU, t. 2, n° 1096 ; VAN OMMESLAGHE/DIEUX, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.* 1993, p. 751.

<sup>5</sup> En ce sens également BERNA, op.cit., p. 16.

<sup>6</sup> BERNA, ibidem.

applicables au délégué à la gestion journalière (v. n° [895]), sauf que le caractère rémunéré de la fonction sera présumé. La seule particularité est que, dans le silence des statuts, *il appartient au conseil d'administration* qui a nommé le délégué à la gestion journalière, et non à l'assemblée générale, *de fixer cette rémunération*.

Lorsque le délégué à la gestion journalière agit dans le cadre de la gestion journalière, il agit comme *organe* de la société et n'engage pas sa responsabilité<sup>1</sup>. Il reste bien évidemment soumis au droit commun de la responsabilité des administrateurs pour l'exécution de son *mandat* (art. 60 al. 5 L1915 ; v. n° [382]), avec la différence par rapport au droit commun de la responsabilité des administrateurs, que la décision d'intenter l'*action en responsabilité* appartiendra au conseil d'administration et non à l'assemblée générale. Par ailleurs, il n'existe aucun régime légal de *décharge*, de sorte qu'il faudra apprécier, sur la base de l'ensemble des circonstances, si le conseil d'administration a ou non approuvé la gestion du délégué à la gestion journalière.

La nomination d'un administrateur-délégué n'enlève évidemment rien à la *responsabilité des autres membres du conseil d'administration*, car cet organe préserve son caractère d'« autorité supérieure à laquelle sont dévolus la haute direction et le contrôle de la gestion sociale »<sup>2</sup>. Pour cette raison également, le conseil d'administration ne saurait concéder un pouvoir de gestion plus large que celui de la gestion journalière à quelque personne que ce soit, car en ce faisant, il se dessaisirait du mandat de gestion sociale qui lui a été confié. La gestion journalière est l'extrême limite de ce que le conseil d'administration peut transférer en termes de gestion sociale.

b) LE CUMUL DES FONCTIONS D'ADMINISTRATEUR-DÉLÉGUÉ AVEC CELLES DE SALARIÉ<sup>3</sup>

**[928] Problématique.** — Il est avantageux pour un administrateur d'être en même temps lié à la société par un contrat de travail. Non seulement il cumule ainsi deux sortes de rémunérations, mais surtout, en cas de révocation des fonctions d'administrateur, le contrat de travail subsiste, sauf résiliation généralement indemnisée. Par ailleurs, il sera souvent difficile de maintenir au sein de la société, comme salarié, un ancien administrateur, de sorte que la société n'aura souvent d'autre choix que de lier le sort du mandat d'administrateur et du contrat de travail, et de résilier le second suite à la révocation du premier. Du coup, les administrateurs cherchent souvent à cumuler leur mandat social avec un poste d'employé afin de *rendre plus difficile leur révocation d'administrateur*. Le contrat de travail qui vise uniquement à contourner le principe d'ordre public de la libre révocabilité des administrateurs (v. n° [899]) est frauduleux et fictif ; il ne sera donc pas reconnu par les tribunaux. L'autre cas de figure est également possible, à savoir celui de l'employé modèle qui, grâce à sa force de persévérance et en raison des services passés rendus à la société, se trouve « promu » au poste d'administrateur, tout en continuant à exercer ses fonctions salariales au sein de l'entreprise, comme par le passé<sup>4</sup>.

La *promotion du cadre au poste d'administration* n'implique pas automatiquement le maintien du contrat de travail existant, car les deux conditions posées par la jurisprudence en matière de reconnaissance d'un contrat de travail pour un dirigeant restent applicables (v. n° [357]). Si le salarié ne se trouve plus dans une relation de subordination juridique durant la période d'exercice de son mandat social, il ne faut pas conclure pour autant à l'absorption du contrat de travail par le mandat social, ou à sa

<sup>1</sup> Cour 4 mai 1988, n° 6998 ; Lux. 14 juill. 1982, n° 25 458.

<sup>2</sup> FREDERICQ, t. V, n° 456.

<sup>3</sup> LYON-CAEN, Quand cesse-t-on d'être salarié ?, *D.* 1977, chr. 109 ; SAYAG, Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions, *RS* 1981, p. 1.

<sup>4</sup> La longue antériorité du contrat de travail au mandat social constitue un indice de son caractère réel et sérieux : Tribunal de travail 18 janv. 1991, n° 310/91, *Marbehant c/Dufouleux Père & Fils*.

substitution par le mandat social, en raison d'une novation (qui, en droit civil, ne se présume pas) ; il faut plutôt conclure à la *suspension du contrat de travail* durant l'exercice des fonctions d'administrateur. Le contrat de travail n'est pas remis en cause quant à son existence, mais son exécution est paralysée par l'accession au statut de dirigeant. En raison de la suspension du contrat de travail durant l'exercice du mandat social, les revenus que l'administrateur percevra durant son mandat social relèveront du régime des « tantièmes » (v. n° [356]) et non de celui des « salaires et rémunérations ». Le dirigeant retrouvera son statut de salarié, dès que son mandat social cesse, en étant donc réintégré dans le personnel de la société<sup>1</sup>. S'il existe une volonté de s'en séparer, il faudra procéder au licenciement du salarié, selon les règles spécifiques figurant au code de travail.

**[929] Conditions à remplir en vue d'un cumul<sup>2</sup>.** — Pour départager ces deux cas de figure (v. également n° [357]), une première délimitation s'impose. On voit mal comment un administrateur-délégué en fonctions pourrait, par la suite, devenir un salarié ; sauf exceptions, son contrat de travail sera fictif. Concernant les salariés qui deviennent plus tard administrateur-délégué, la jurisprudence part d'une hypothèse de départ, à savoir celle de la *possibilité du cumul des fonctions d'administrateur et de salarié*<sup>3</sup>. Il faudra cependant remplir deux conditions :

- l'administrateur devra exercer, dans le cadre de son activité salariale, des *fonctions techniques différentes* de celles qui lui incombent de toute façon dans le cadre de la gestion sociale. Cette exigence s'explique aisément : si les fonctions étaient les mêmes, il n'y aurait en effet pas cumul mais confu-

sion entre les fonctions sociales et salariées. La gestion journalière faisant partie de la gestion sociale, le délégué à la gestion journalière devra donc exercer, en sus de la gestion sociale quotidienne, des prestations clairement différentes de celles résultant de son double mandat<sup>4</sup> ;

La jurisprudence luxembourgeoise est apparemment basée sur la jurisprudence belge en la matière ; celle-ci exigeait également des fonctions techniques distinctes pour le délégué à la gestion journalière<sup>5</sup>. Elle a été abandonnée par la suite, d'abord pour les délégués-directeurs, puis pour les administrateurs-délégués. De nos jours donc, du moins en Belgique, un administrateur-délégué peut être lié par un contrat de travail pour l'exercice de ses fonctions de gestion journalière. Du coup, il devrait être également possible, en Belgique, de révoquer le mandat d'administrateur sans que ne cessent les fonctions de délégué à la gestion journalière.

- l'administrateur devra également se trouver dans un *état de subordination* vis-à-vis du conseil d'administration en ce qui concerne son activité salariale ; n'ayant pas de pouvoir de décision propre, l'administrateur-délégué devra rapporter au conseil d'administration, comme tout salarié, pour la partie de ses fonctions autre que la gestion journalière de la société<sup>6</sup>. Cette condition du caractère « sérieux »<sup>7</sup> du contrat de travail est particulièrement difficile à remplir par les dirigeants dans des sociétés à taille réduite<sup>8</sup>. Elle est même impossible à rapporter si l'administrateur-délégué est également l'associé unique de la société<sup>9</sup>.

Le respect de ces conditions semble plus être facilement accepté par les tribunaux si la société a nommé

<sup>1</sup> PETIT, La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme, *RTD com.*1981, p. 49.

<sup>2</sup> NUDELHOLE, Délégation à la gestion journalière de la S.A. et contrat d'emploi, *RCJB* 1981, p. 503 ; LAMBE/LEDAIN SANTIAGO, Le statut du dirigeant – salarié ou indépendant ?, *ACE* 2013/4 et 5.

<sup>3</sup> Cour 5 nov. 1968, *Pas.* 21, p. 82 ; Cour 3 mars 2011, n° 35 701, *Bull. Barreau* n° 2/2011, p. 20 ; Cour 12 nov. 2014, *Pas.* 37, p. 340. Exceptionnellement, les tribunaux jugeront que ce n'est pas le contrat de travail mais le mandat social qui est fictif, l'administrateur n'exerçant pas d'autres activités que des activités subordonnées propres au statut d'employé : Lux. 12 janv. 1990, n° 146/90.

<sup>4</sup> Cour 27 mars 1986, n° 8568 ; Cour 29 mai 1986, n° 8259.

<sup>5</sup> NUDELHOLE, Délégation journalière de la société anonyme et contrat de travail, *RCJB* 1981, p. 503.

<sup>6</sup> Lux. 15 juill. 1993, n° 40 594 ; Cour 9 janv. 1997, n° 18786, *Parravano c/Winlux*.

<sup>7</sup> Cour 12 nov. 2014, *Pas.* 37, p. 340.

<sup>8</sup> Cour 3 mars 2011, n° 35 701, *Bull. Barreau* n° 2/2011, p. 20.

<sup>9</sup> Cour 12 nov. 2014, *Pas.* 37, p. 340.



plusieurs administrateurs-délégués plutôt qu'un seul<sup>1</sup>.

La preuve d'un droit appartenant à celui qui s'en prévaut, il reviendra au dirigeant désireux d'invoquer l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Plus exceptionnellement, le dirigeant voudra invoquer le caractère fictif d'un contrat de travail apparent ; il lui faudra alors rapporter la preuve de l'inexistence en droit du contrat de travail<sup>2</sup>.

**[930] Conséquences.** — Il faudra distinguer selon que les conditions pour l'existence d'un cumul sont ou non remplies.

Si les conditions du cumul sont réunies, chaque contrat sera soumis à son propre régime juridique. En raison de la distinction entre les rapports juridiques issus du mandat social et du contrat de travail, la révocation du dirigeant n'aura aucune incidence sur l'existence du contrat de travail. Notamment, le salarié ne saurait arguer d'une quelconque rétrogradation au sein de la société, car ses fonctions techniques restent inchangées. Seules les fonctions de gestion sociale ont disparu, mais celles-ci résultent d'un rapport juridique distinct du contrat de travail. Inversement, si le dirigeant a perdu le bénéfice de son contrat de travail (ex. : licenciement), la rupture du contrat de travail se trouvera, la plupart du temps, accompagné par la révocation du mandat de dirigeant.

Si les conditions du cumul ne sont pas réunies, la conséquence doit être que le contrat de travail est suspendu pendant l'exécution du mandat social.

#### c) LES POUVOIRS DU DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE

**[931] Notion de gestion journalière<sup>3</sup>.** — Le législateur n'a pas donné de définition légale de la gestion journalière. Elle s'apprécie concrètement par référence

aux besoins de la vie quotidienne de la société, les actes de gestion journalière étant « ceux qu'il est nécessaire d'accomplir au jour le jour pour assurer la marche des affaires sociales »<sup>4</sup>. La Cour de cassation belge parle « d'actes ou d'opérations qui ne dépassent pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou les besoins qui, tant en raison du peu d'importance qu'ils représentent qu'en raison de la nécessité d'une prompt solution à atteindre, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration ». La jurisprudence luxembourgeoise a fait sienne cette conception de la gestion journalière<sup>5</sup>.

La gestion journalière est donc en premier lieu *fonction de l'objet social*, ce qui nécessite une analyse cas par cas : ce qui est journalier pour l'un ne l'est pas pour l'autre. C'est ce qui explique également pourquoi il n'est pas possible de donner *a priori* une liste des actes qui relèveraient de cette gestion. Tout au plus peut-on dire de manière tout à fait générale que l'exécution de la ligne de conduite tracée par le conseil d'administration relève de la gestion journalière de la société.

*Par exemple* : la vente d'un immeuble est un acte de gestion journalière pour une société immobilière, car il s'agit de son objet social, mais non pas pour une société commerciale ordinaire. Par contre, la prise de participations ne relève pas de la gestion journalière pour une société commerciale ou industrielle, car elle influe sur les choix stratégiques de la société ; cela reste vrai même si la société est un holding détenant un large

<sup>1</sup> Cour 5 nov. 1968, *Pas.* 21, p. 82 ; Lux. 25 mai 1984, n° 1165/84 ; Lux. 10 mars 1989, n° 934/89 ; Lux. 12 janv. 1990, n° 146/90.

<sup>2</sup> Lux. 5 mai 2011, n° 133 826, *Bull. Barreau* 8/2011, p. 146.

<sup>3</sup> LEHRER, La notion de gestion journalière. Recherche d'une méthode, *RPS* 1957, n° 4 657, p. 71.

<sup>4</sup> FREDERICQ, t. V, p. 459.

<sup>5</sup> Cour 18 mars 1993, n° 13 501 ; Cour 6 avr. 2011, *JTLux.* 2012, p. 58 ; Lux. 2 avr. 2014, *Pas.* 37, p. 392, note CORBISIER.

<sup>6</sup> Si la gestion journalière est, certes, fonction de l'objet social, ce dernier ne constitue cependant pas une limite aux engagements de la société vis-à-vis des tiers. Ainsi, si un délégué à la gestion journalière accomplit un acte de gestion journalière situé en dehors de l'objet social, la société sera néanmoins liée vis-à-vis des tiers : art. 60bis L1915. La situation est la même pour les actes similaires posés par le conseil d'administration, le comité de direction ou le directeur général.

portefeuille d'investissements<sup>1</sup>. La signature des déclarations fiscales fait également partie de la gestion journalière de la société.

La gestion journalière est en second lieu une *portion de la gestion sociale*. La gestion journalière ne peut donc pas recouvrir l'ensemble des actes de gestion sociale. Rentrent, en revanche, également dans cette catégorie les actes qui, en raison de leur peu d'importance et de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration. Les *actes à caractère exceptionnel* ne font manifestement pas partie de la gestion journalière de la société. L'expression « gestion journalière » a donc un contenu élastique qui devra s'apprécier au cas par cas en fonction de l'acte posé, de la taille de la société, de son secteur d'activité, etc. Il est dès lors nécessaire et opportun pour le délégué à la gestion journalière, *dans le doute sur la nature de l'acte*, de recourir au conseil d'administration, afin que celui-ci prenne la décision à sa place. Le délégué à la gestion journalière peut également tenter des *actions en justice*, si celles-ci se rapportent à un acte appartenant, en fonction de sa nature ou de son but, à la gestion journalière<sup>2</sup>. Par le passé, cette question était controversée en doctrine, certains ayant entendu refuser ce droit à l'administrateur délégué au motif qu'« agir judiciairement n'est pas une activité courante »<sup>3</sup>. Cette deuxième approche est trop formaliste et ne cadre plus avec la banalisation croissante des actions judiciaires.

L'appréciation du caractère journalier de la gestion devrait se faire indépendamment de la question de savoir s'il y avait *urgence* à agir<sup>4</sup> : si l'acte relève de la

vie quotidienne de la société, il pourra être accompli par le délégué à la gestion journalière, qu'il requière ou non une prompt solution. Par extension, bien que cela se discute, l'acte qui sort du quotidien devrait également pouvoir être exécuté par le délégué à la gestion journalière, s'il est de peu d'importance, la modicité des sommes en jeu justifiant que la décision peut être prise à un échelon inférieur à celui du conseil d'administration.

**[932] Exercices concurrents de la gestion journalière par différentes personnes.** — Le délégué à la gestion journalière pourra *subdéléguer* une partie de ses fonctions qui lui ont été attribuées par le conseil d'administration. Il pourra ainsi conférer des pouvoirs spéciaux et déterminés (mais non la gestion journalière en tant que telle) à une ou plusieurs personnes de son choix. La société sera, dans ce cas, valablement engagée par ces personnes si elles agissent dans les limites de leur mandat.

Le *conseil d'administration*, gardant la responsabilité générale de la gestion sociale, pourra, concurremment au délégué à la gestion journalière, continuer à poser des actes de gestion journalière. Ce n'est là que l'application des principes généraux applicables au mandat, où le mandant peut lui aussi continuer à agir par lui-même, même après avoir constitué un mandataire. Le même principe s'applique aux relations existant entre le délégué à la gestion journalière et celui à qui il a délégué une partie de ses fonctions : le délégué à la gestion journalière pourra continuer à poser les actes de gestion dans les domaines ayant fait l'objet d'une subdélégation.

Le délégué à la gestion journalière peut être confronté, tout comme l'administrateur (v. n° [960]), à des situations où il existe un *conflit d'intérêts* avec la société. On appliquera dans ce cas, par analogie, les règles prévues à cet égard pour les administrateurs, qu'il s'agisse du délégué à la gestion journalière dans la société anonyme à conseil d'administration (art. 60 dernier alinéa L1915) ou à directoire (art. 60bis-8 L1915). S'il existe plusieurs délégués, ce sont eux qui prendront la décision quant à l'opération projetée ; s'il

<sup>1</sup> Cour 6 avr. 2011, *Pas.* 35, p. 618 ; *JTLux.* 2012, p. 58.

<sup>2</sup> En ce sens par exemple COIPEL, Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales, Rép. Not. T. XII, liv. II, p. 234, n° 380 ; VAN COMPERNOLLE, L'action en justice des sociétés et groupements, T.P.R. 1980, p. 103.

<sup>3</sup> FREDERICQ, *Traité*, t. V, p. 653.

<sup>4</sup> V. ce sujet note CORBISIER, sousLux. 2 avr. 2014, *Pas.* 37, p. 392.

n'y en a qu'un seul, il appartiendra au conseil d'administration ou au directoire de trancher.

**[933] Modifications statutaires aux pouvoirs du délégué à la gestion journalière.** — Le concept de « gestion journalière » est un terme juridique indéfini de la loi, comme la bonne foi, l'intérêt social .... Il s'ensuit que les statuts ne sauraient ni élargir, ni rétrécir ce terme légal, en énumérant certains actes qui relèveraient encore, ou ne relèveraient plus de la gestion journalière de la société.

La solution est certaine lorsque *les statuts limitent les pouvoirs de gestion journalière* : dans ce cas, le délégué à la gestion journalière qui prendra des actes dépassant les pouvoirs que les statuts lui ont conférés, mais respectant la conception législative de la gestion journalière, engagera sa responsabilité vis-à-vis de la société ; en revanche, la société restera tenue dans ses relations avec les tiers, car les limitations aux pouvoirs de gestion journalière résultant des statuts ne leur sont jamais opposables (art. 60 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Vis-à-vis des tiers, le délégué à la gestion journalière disposera toujours d'une compétence générale pour la gestion journalière de la société<sup>2</sup>.

La solution reste la même lorsque *les statuts confèrent plus de pouvoirs au délégué à la gestion journalière* que ceux visés par le législateur sous le terme de « gestion journalière ». Le délégué à la gestion journalière n'engagerait pas sa responsabilité vis-à-vis de la société, pour les actes qui dépassent la gestion journalière tout en étant autorisés par les statuts. En revanche, la société ne sera pas tenue, sauf existence d'un mandat appa-

rent (v. n° [354]) ou particulier (v. n° [944]), voire d'une ratification par le conseil d'administration, des actes commis sans pouvoir (v. n° [372])<sup>3</sup>.

Autrement dit, vis-à-vis des tiers (ordre externe), le délégué à la gestion journalière a à la fois un *pouvoir de décision* et un *pouvoir de représentation* en ce qui concerne les actes de gestion journalière tels qu'entendus par le législateur. La société sera dès lors engagée par les actes du délégué qui s'inscrivent dans la définition légale de la gestion journalière, même si le délégué à la gestion journalière n'a pas respecté les limitations statutaires à ses pouvoirs. Par contre, la société ne sera pas liée par ce que le délégué aura effectué en dehors de la gestion journalière, sauf si les tiers sont à même de prouver l'existence d'un *mandat apparent*<sup>4</sup> (n° [354]) voire la *ratification* des actes accomplis par la société. Dans l'ordre interne, le délégué à la gestion journalière engagera bien évidemment sa responsabilité, en cas de non-respect des limitations de pouvoirs fixées, le cas échéant, dans les statuts.

### 3. LE COMITÉ DE DIRECTION<sup>5</sup>

**[934] Problématique.** — Avant l'introduction de l'article 60-1 L1915, la gestion des SA à structure

<sup>1</sup> Art. 60 al. 2 L1915 : « (...) leurs attributions sont réglées par les statuts ou par une décision des organes compétents sans cependant que les restrictions apportées à leurs pouvoirs de représentation pour les besoins de la gestion journalière soient opposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

<sup>2</sup> Cour 2 avr. 2003, n° 26.100 ; GOTZEN/GOTZEN, La valeur de la signature d'administrateur ou d'administrateur-délégué de société anonyme sous l'empire de la loi du 6 mars 1973, *RPS* 1975, n° 5832, p. 57 (n° 18).

<sup>3</sup> SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Bruxelles, 1974, n° 52.

<sup>4</sup> COLLARD, De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes, *RPS* 2001, p. 323.

<sup>5</sup> DIEUX/WILLERMAIN, Le comité de direction et les comités consultatifs selon la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés, in X, *legal tracks I. Essays on contemporary corporate and financial law*, Bruxelles, 2003, p. 251 ; HERMANT/BERTSCH, La composition et le rôle du comité de direction dans la société anonyme au regard des dernières évolutions législatives ; in : *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, 2003, p. 117 ; KEUTGEN, Le comité de direction : un nouvel organe sociétaire, in : *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme, Hommage à Madame Benoît-Moury*, Bruxelles, 2004, p. 57 ; MEUNIER, Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes, *RPS* 2004, p. 5.

moniste appartenait exclusivement au conseil d'administration, sauf la possibilité pour celui-ci de déléguer à un administrateur-délégué la gestion journalière de la société. Mais ce système avait ses limites dans les grandes entreprises (souvent les banques) : le conseil d'administration ne se réunissant qu'à intervalles réguliers, il lui fallait nommer un administrateur-délégué, afin que les affaires courantes soient expédiées. Mais en raison de la taille de la société, la gestion journalière dépassait de loin ce qu'une personne seule était capable de faire durant la journée. La pratique, prenant appui sur l'article 60 L1915, contournait la difficulté, en confiant la gestion journalière à un groupe de personnes<sup>1</sup>. Lorsque la gestion journalière était confiée à plusieurs personnes, celles-ci formaient un collège qui prenait souvent le nom de « comité de direction ». Le comité de direction n'était pas à confondre avec le directoire des sociétés anonymes à gestion bicéphale (v. n° [946]). Son rôle était donc de permettre une « répartition des tâches » entre les délégués à la gestion journalière<sup>2</sup>.

Mais cette manière de procéder avait un inconvénient important. Les pouvoirs du comité de direction étaient limités par la loi à l'exécution de la gestion journalière de la société (v. n° [931]) ; en pratique, cependant, il fallait constater que, dans les *grandes sociétés*, les conseils d'administration déléguaient souvent au comité de direction des pouvoirs dépassant ceux de la simple gestion journalière. Pour remédier à ce vide juridique, l'article 60-1 L1915 permet dorénavant au conseil d'administration de « déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction ou un directeur général »<sup>3</sup>. La délégation des pouvoirs, qui est en

réalité un transfert de pouvoirs, portera sur les *pouvoirs de gestion de la société*, de sorte que la gestion de la société ne relèvera plus du conseil d'administration mais du comité de direction : les pouvoirs ainsi délégués au comité de direction lui sont exclusivement attribués (ce qui justifierait que l'on parle plutôt de « transfert » que de « délégation »), de sorte qu'ils ne pourront plus être exercés par le conseil d'administration (« *Le comité exerce ses pouvoirs de manière exclusive* »); cette conclusion, qui est contraire au droit des mandats, se justifie dans un souci d'éviter les risques de contradictions dans la gestion sociale. Sont seuls exclus de la délégation, là où elle existe, les questions de « *politique générale de la société* » ainsi que les « *actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi ou des statuts* » (v. n° [936]).

**[935] Conditions, nominations et composition du comité de direction.** — Le comité de direction n'est jamais obligatoire dans les sociétés anonymes (« *les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ...* »). Il faudra donc une habilitation en ce sens formulée dans les *statuts* de la société. Cette exigence s'explique par le fait de l'étendue des pouvoirs susceptibles d'être confiés au comité de direction. De même, l'assemblée peut, en modifiant les statuts, supprimer cet organe. Par contre, la décision d'instituer un comité de direction relève de la seule *compétence du conseil d'administration*, qui décidera en fonction de ce qu'il estime être le plus utile pour la société. Le conseil d'administration pourra également, à statuts inchangés, supprimer le comité de direction (ou révoquer l'un ou l'autre de ses membres, tout en préservant le comité).

La loi laisse le soin aux statuts de formuler les règles en matière de nomination, de durée du mandat, de rémunération (qui doit être présumée dans le silence des statuts) des membres du comité de direction ; à défaut, ces règles sont fixées par le conseil

<sup>1</sup> Art. 60 L1915 : « (...) à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants ou autres agents (...) ».

<sup>2</sup> Lux. 21 janv. 1988, n° 37 823.

<sup>3</sup> Art. 60-1 L1915 : « Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction (...), sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en

vertu d'autres dispositions de la loi ».

d'administration (art. 60-1 al. 3 L1915)<sup>1</sup>. Les statuts peuvent ainsi décider que les membres du comité de direction sont choisis par le conseil d'administration lui-même, par l'assemblée des actionnaires, ou combiner les deux organes (le conseil choisit sur recommandation de l'assemblée, ou inversement). Le comité de direction doit être composé de deux personnes au moins (art. 60-1 al. 2 L1915 : « *plusieurs personnes* »), choisies parmi les administrateurs ou des personnes tierces, personnes physiques ou morales (application, dans ce cas, des règles en matière de représentant permanent ; v. n° [890]). En pratique, le comité de direction regroupera souvent un nombre limité d'administrateurs du conseil (servant de courroie de transmission) ainsi que des cadres supérieurs de l'entreprise. Les statuts pourront également prévoir des règles spécifiques telles : des conditions d'éligibilité (compétence, âge, ...), des limitations au renouvellement du mandat ; au cumul avec d'autres fonctions au sein de la société ou ailleurs ; etc.

Le membre du comité de direction n'étant pas un administrateur, le principe de la libre *révocabilité* applicable aux administrateurs ne s'impose pas ici. Il appartiendra aux statuts, ou à défaut, au conseil d'administration de régler la question. Bien évidemment, si un administrateur devait faire partie du comité de direction, il faudrait appliquer de manière distributive les règles de révocation : *révocabilité ad nutum* de la personne prise en sa qualité d'administrateur ; *révocabilité* selon les termes fixés dans les statuts (ou par le conseil d'administration) de cette même personne en tant que membre du comité de direction (p.ex. : *révocabilité* uniquement pour justes motifs).

On applique aux membres du comité de direction les mêmes règles en termes de *publicité* et

d'opposabilité de leur nomination (et révocation) aux tiers que pour les dirigeants sociaux en général (art. 60-1 al. 5 L1915 ; v. n° [351] et s.)<sup>2</sup>.

**[936] Pouvoirs du comité de direction dans l'ordre interne.** — La loi attribue au comité de direction tous les pouvoirs de gestion revenant au conseil d'administration, à l'exception de la fixation de la politique générale de l'entreprise ainsi que des actes réservés par la loi au conseil d'administration (art. 60-1 al. 1<sup>er</sup> L1915). Les pouvoirs de gestion incluent donc la gestion journalière, sans être limités à celle-ci (c'est d'ailleurs le but de la disposition).

La *politique générale de la société* n'est pas définie dans la loi de 1915. S'il est loisible aux statuts d'essayer de préciser les contours de ces termes, ces précisions ne lieront pas les tribunaux, car ce terme, tout comme celui relatif à la gestion journalière (v. n° [931]), constitue un terme juridique indéfini, à apprécier *concrètement* par les tribunaux. La politique générale dépasse très clairement le journalier ; elle vise les orientations générales de l'activité de la société, son haut de bilan (investissements et désinvestissements ; fermeture d'activités existantes ; décision d'implémentation à l'étranger ; financement par dettes ou capitaux propres, ...) et touche à tout ce qui est la fixation de la stratégie de l'entreprise. La fixation de la stratégie relèvera de la compétence du conseil d'administration ; au comité de direction de l'implémenter.

Le mot « stratégie » vient du grec « *stratos* », qui signifie « armée », et « *ageîn* », qui signifie « conduire ». Pour les militaires, la stratégie est l'art de coordonner l'action de l'ensemble des forces de la Nation pour conduire une guerre, gérer une crise ou préserver la paix. Dans le domaine du droit des sociétés,

<sup>1</sup> Art. 60-1 al. 3 L1915 : « Les conditions de désignation des membres du comité de direction ou du directeur général, leur révocation, leur rémunération et la durée de leur mission de même que le mode de fonctionnement du comité de direction sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration ».

<sup>2</sup> Art. 60-1 al. 5 L1915 : « La nomination d'un directeur général et l'instauration d'un comité de direction et la clause statutaire visée à l'alinéa 3, le pouvoir de représentation du directeur général et des membres du comité de direction, sont opposables aux tiers dans les conditions prévues par les dispositions du chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ».

la stratégie sera l'orientation des activités de la société à long terme. Elle engage fortement l'avenir de la société et présente un certain caractère d'irréversibilité. La stratégie vise à obtenir un avantage concurrentiel, grâce à la reconfiguration en continu des ressources et compétences de l'entreprise dans un environnement changeant, afin de répondre aux besoins du marché et aux attentes des actionnaires.

Les *actes réservés par la loi au conseil d'administration* ne peuvent être délégués non plus au comité de direction. Il faut songer par exemple à l'établissement des comptes sociaux, à la distribution d'acomptes sur dividendes, à l'émission de capital dans le cadre du capital autorisé ainsi qu'à la production de différents rapports (dans le cadre d'une fusion, scission, OPA, ...). À ces compétences réservées au conseil d'administration sur la base de dispositions expresses de la loi de 1915, il y a lieu d'ajouter celles qui, à défaut d'y avoir été formulées explicitement, en résultent implicitement, en raison des finalités poursuivies. On peut songer, par exemple, au rachat d'actions propres ainsi qu'à l'amortissement du capital.

Les statuts ou une décision du conseil d'administration peuvent apporter des *restrictions au pouvoir de gestion* qui a été délégué au comité de direction (directeur général). Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les membres du comité de direction sont convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées (art. 60-1 dernier alinéa L1915)<sup>1</sup>. Cette disposition est identique à celle prévue à l'article 60 alinéa 2 L1915 pour le conseil d'administration et découle du souci de protection des tiers. Les membres du comité de direction engageront cependant leur responsabilité vis-à-vis de la société, en ce qui concerne les actes posés en dehors des dispositions statutaires.

<sup>1</sup> Art. 60-1 in fine L1915 : « Les statuts ou une décision du conseil d'administration peuvent apporter des restrictions au pouvoir de gestion qui peut être délégué en application de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les membres du comité de direction sont convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

[937] **Pouvoirs de représentation dans l'ordre externe.** — La délégation de pouvoirs dans l'ordre interne va de pair avec le pouvoir de représentation de la société par le comité de direction dans l'ordre externe. Ce pouvoir de représentation est bien évidemment limité aux pouvoirs que la loi confie au comité de direction, et exclut donc les actes de politique générale ainsi que des actes spécifiquement réservés par la loi à la compétence du conseil d'administration (v. n° [936] ; art. 60bis L1915<sup>2</sup>).

En sus de cette capacité de représentation du comité de direction en tant qu'organe, « *les statuts peuvent conférer (...) à un ou à plusieurs membres du comité de direction le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement* » (art. 60-1 al. 4 L1915). Ce pouvoir de représentation de certaines personnes du comité de direction sera toujours général et portera sur l'ensemble des pouvoirs dévolus par la loi au comité de gestion. Ils seront opposables aux tiers, à la seule condition de leur publication (art. 60-1 al. 5 L1915). L'opposabilité des pouvoirs ne concerne évidemment que la manière par laquelle le comité de direction (ou ceux en son sein disposant du pouvoir de représentation) agit vis-à-vis des tiers ; elle ne concerne pas l'étendue de ses pouvoirs qui sera limitée aux questions de gestion de la société, tout en portant sur l'intégralité de cette gestion, telle que « définie » à l'article 60-1 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi de 1915 (la société sera donc liée même en cas de dépassement d'objet social, tant que l'opération rentre dans le cadre de la gestion de la société : art. 60bis L1915). Au comité de direction, ensuite, de déléguer, le cas échéant, la gestion journalière à l'un de ses membres, s'il le juge opportun

<sup>2</sup> Art. 60bis L1915 : « La société est liée par les actes accomplis par (...) les membres du comité de direction ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 60-1 alinéa 3 (...), même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

ou nécessaire.

**[938] Fonctionnement du comité de direction.** — Le comité de direction fonctionne, tout comme le conseil d'administration, sur un mode collégial. Sur cette toile de fond, le mode de fonctionnement (convocation, quorum, délibération, ...) du comité de direction sera fixé dans les statuts, et à défaut par le conseil d'administration (art. 60-1 al. 3 L1915)<sup>1</sup>. Si le conseil d'administration est silencieux sur le sujet, il faudra appliquer par analogie les règles en matière de tenue du conseil d'administration (v. n° [915] et s.). L'adoption de résolutions circulaires ne sera cependant pas possible, car, de par sa nature, le comité de direction se réunit très fréquemment, de sorte qu'il n'y aura pas besoin de recourir à ce palliatif qui, du coup, est implicitement interdit<sup>2</sup>.

Si un comité de direction est institué ou un directeur général est nommé, le conseil d'administration sera chargé de surveiller celui-ci (art. 60-1 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>3</sup>. Surveiller n'étant pas administrer, *le comité de direction exercera exclusivement la gestion de la société*. On sépare donc les fonctions de gestion (comité de direction) et celles de la surveillance (conseil d'administration). Le conseil d'administration, s'il ne devait pas être satisfait de la gestion du comité de direction, pourra seulement lui retirer ses droits.

**[939] Régime de responsabilité des membres du comité de direction.** — Le régime des responsabilités des membres du comité de direction est calqué sur

celui applicable aux *administrateurs* (art. 59 L1915)<sup>4</sup>. Les règles en matière de conflit d'intérêts leur sont également applicables (art. 60bis-2 L1915v. n° [957])<sup>5</sup>.

La responsabilité ne pourra évidemment être engagée *que pour les questions qui rentrent dans la sphère de compétence du comité de direction*. Ainsi, les membres du comité de direction ne seront pas responsables pour les questions qui touchent à la politique générale de la société ; en sens inverse, les membres du conseil d'administration ne seront responsables que pour les questions de politique générale ainsi que celles que la loi a confiées au conseil d'administration. Une responsabilité du conseil d'administration pour fautes commises par le comité de direction ne pourrait être envisagée que pour faute dans la surveillance du comité de direction. Ce dernier devra, du coup, informer et faire rapport sur ses activités au conseil d'administration, afin que celui-ci puisse exercer son pouvoir de surveillance.

Le comité de direction ayant été institué par le conseil d'administration, seul ce dernier, à l'exclusion donc de l'assemblée des actionnaires, pourra *engager la responsabilité* du comité de direction pour ses actes. Bien sûr, s'il néglige de faire le nécessaire, là où cela était requis, le conseil d'administration commettra lui-même une faute de gestion, dont il devra se justifier, le cas échéant, auprès de l'assemblée des actionnaires. En

<sup>1</sup> Art. 60-1 al. 3 L1915 : « Les conditions de désignation des membres du comité de direction ou du directeur général, leur révocation, leur rémunération et la durée de leur mission de même que le mode de fonctionnement du comité de direction, sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration. »

<sup>2</sup> V. art. 64 § 1<sup>er</sup> L1915 qui n'énumère pas le comité de direction en tant qu'organe collégial auquel le § 2 pourra s'appliquer. Ce paragraphe concerne les résolutions circulaires.

<sup>3</sup> Art. 60-1 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) Si un comité de direction est institué ou un directeur général est nommé, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci. (...) ».

<sup>4</sup> Art. 59 L1915 : « Les (...) membres du comité de direction (...) sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. Les (...) membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts. »

<sup>5</sup> Article 60-2 L1915 : « Si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération relevant du comité, il est tenu d'en prévenir le comité et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération. (...) ».

pratique, cela implique que le conseil d'administration ne voudra guère accorder la *décharge* (non prévue en tant que telle par la loi) au comité de direction, tant qu'il n'aura pas bénéficié lui-même de la décharge accordée par l'assemblée des actionnaires. Malgré le silence de la loi en ce qui concerne les délais de prescription, la logique commande qu'on applique aux membres du comité de direction les mêmes règles que celles applicables aux administrateurs, plutôt que le droit commun (v. n° [434] et s.).

#### 4. LES AUTRES ORGANES

**[940] Directeur général.** — La loi prévoit la possibilité de confier les tâches, qui autrement seraient allées à un comité de direction, à un « directeur général » (art. 60-1 L1915). Cette formule sera utile dans les structures sociétaires où la délégation de pouvoirs concernant la gestion journalière n'est pas suffisante, sans que l'envergure des opérations au quotidien ne nécessite une répartition des tâches entre plusieurs personnes. Les sociétés de holding et de financement sont susceptibles de s'intéresser à cette possibilité de déléguer la gestion journalière à une seule personne en tant que directeur général. Il s'agit là de *modèles alternatifs* et non cumulatifs : soit la société retient la formule du comité de direction, soit celle du directeur général ; mais elle ne pourra pas combiner les deux, ou les panacher. Cela se conçoit aisément parce que leurs pouvoirs sont identiques.

Lorsque la société opte pour le modèle du directeur général, toutes les règles analysées précédemment concernant le *comité de direction* s'appliqueront à cette personne (à l'exception bien sûr de celles qui sont spécifiques au mode de fonctionnement collégial du comité ; v. n° [934] et s.).

**[941] Conseil général.** — La loi de 1915 dispose en son article 65 que « *les statuts peuvent disposer que les administrateurs et les commissaires réunis formeront le conseil général ; ils en détermineront les attributions* ».

Le conseil général est extrêmement *rare* en pratique, car il mélange les genres : y siègent en effet, côte à côte,

des personnes gérant la société (les administrateurs) et ceux devant les surveiller (les commissaires aux comptes)<sup>1</sup>. La stricte indépendance qui est imposée par la loi à l'activité du réviseur d'entreprises interdit que celui-ci puisse faire partie d'un conseil de surveillance. Lorsque le conseil général existe, son rôle est généralement confiné à un rôle consultatif, à l'avis duquel les responsables de la gestion journalière doivent recourir pour certaines affaires ; le conseil général reste alors une institution purement interne. Mais comme la loi précise que ce sont les statuts qui en règlent les attributions, il serait tout à fait concevable que le conseil général soit habilité à non seulement autoriser, mais également à réaliser certaines opérations jugées particulièrement importantes pour la société (achat ou vente d'immeubles, émission d'emprunts obligataires). Dans ce cas, le conseil d'administration, s'il venait à ne pas respecter ces limitations statutaires à son pouvoir, engagerait sa responsabilité s'il venait à conclure lui-même l'opération avec les tiers, la société étant néanmoins engagée vis-à-vis de ceux-ci (v. n° [903]).

La *responsabilité* des membres du conseil général pourra être encourue en raison des fautes que ce conseil pourrait commettre dans l'exécution de sa mission. Pour les administrateurs qui en font partie, cette responsabilité en principe distincte de celle découlant de l'exercice du mandat social ne pose guère de problèmes, si le conseil général intervient dans des actes de gestion sociale pour lesquels les administrateurs sont de toute façon responsables vis-à-vis de la société. La situation est différente, en revanche, pour les commissaires aux comptes qui délaissent dans ce cas, dans le cadre du conseil général, le terrain qui est le leur, à savoir celui de contrôleur de la gestion sociale. Aussi faut-il considérer que les commissaires aux comptes qui font partie du conseil général encourrent la même responsabilité vis-à-vis de la société que les administrateurs<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Critique à juste titre : RESTEAU, t. II, n° 1086.

<sup>2</sup> R.P.D.B., V° *Société Anonyme*, n° 1077.



**[942] Comités autres que le comité de direction.** —

En sus du comité de direction (v. n° [934]), le conseil d'administration peut instituer des comités additionnels dont il fixe les attributions (art. 54 L1915)<sup>1</sup>. Ces comités peuvent avoir un rôle simplement consultatif dans l'ordre interne. On peut songer aux comités de rémunération et d'audit, dont le rôle est de préparer la prise de décision par le conseil d'administration. Ces comités internes assistent le conseil d'administration, en émettant des recommandations ; mais ils n'agissent pas vis-à-vis des tiers. Cette possibilité existait toujours, même avant que l'article 54 de la loi de 1915 n'ait été introduit en droit luxembourgeois par la loi du 10 août 2016.

Mais le législateur est allé plus loin. En effet, la proposition de texte initiale disposait que ces comités ne pourraient pas prendre des décisions et engager la société dans les domaines définis qui leur auront été attribués par le conseil d'administration, ce qui aurait été conforme à une conception de ces comités en tant qu'organe interne à vocation consultative uniquement. Le texte finalement retenu a éliminé ces restrictions aux pouvoirs des comités, afin que ceux-ci puissent prendre des décisions et engager la société dans les domaines définis qui leur auront été attribués par le conseil d'administration. Il appartiendra aux statuts d'organiser les missions des différents comités, dont le rôle ne peut cependant empiéter sur les pouvoirs des organes sociaux (conseil d'administration ; comité de direction ; ...). Ils pourront de ce fait exercer une partie de la gestion sociale, mais une portion seulement, tant dans l'ordre interne qu'externe de la société.

**[943] Directeurs délégués à la gestion journalière.**

— Le conseil d'administration peut également déléguer la gestion journalière de la société (cette personne doit donc être distinguée du « directeur général » ; v.

n° [940]) à une personne ne faisant pas partie du conseil d'administration, généralement, à un haut cadre bénéficiant d'un contrat de travail (généralement appelé le « directeur », « directeur-gérant » ou « gérant »). La nomination ainsi que la révocation au poste de délégué à la gestion journalière ressortiront exclusivement de la compétence du conseil d'administration qui fixera également la rémunération du directeur, comme pour tout salarié. Le régime d'incompatibilités et d'interdictions qui font obstacle à l'exercice par certaines personnes d'un mandat d'administrateur (v. n° [892]) s'applique nécessairement également aux délégués à la gestion journalière, et ce pour les mêmes raisons. Lorsque le conseil d'administration révoque le mandat de gestion journalière, le contrat de travail liant le directeur à la société subsistera, car ce contrat est indépendant du mandat de gestion social qui lui a été confié pendant un certain temps. Le directeur pourra être révoqué à tout moment par le conseil d'administration (art. 2004 C.civ.), même s'il a été nommé pour une durée déterminée<sup>2</sup>. Dans ce dernier cas, la révocation avant terme pourrait justifier l'attribution d'une indemnité au directeur.

**[944] Mandataires spéciaux.** — Comme toute personne, la société peut également être représentée par des mandataires spéciaux. Il n'est point besoin que les statuts autorisent explicitement la possibilité pour le conseil d'administration de conférer des mandats spéciaux. Une restriction à ce droit résulte toutefois du droit des sociétés : le mandat ne peut être général. Le *mandat général* de représentation est en effet accordé par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ; ce dernier doit l'exercer lui-même. Le conseil d'administration ne pourra se faire substituer par un mandataire spécial que pour une ou plusieurs opérations déterminées.

Le *mandataire spécial* n'est pas un organe de la société, mais agit sur procuration dans les limites du man-

<sup>1</sup> Art. 54 L1915 : « Le conseil d'administration peut décider la création de comités dont il fixe la composition et les attributions et qui exercent leurs activités sous sa responsabilité ».

<sup>2</sup> DAGORNE-LABBE, La révocation du mandat stipulé irrévocable, *D.* 2002, n° 34, p. 2640.

dat qui lui a été conféré. Il s'ensuit que les limitations de pouvoirs que le conseil d'administration décidera d'apporter à l'action des mandataires spéciaux sont opposables aux tiers, ceux-ci étant bien inspirés de demander la production du mandat avant de conclure l'opération avec la société. Le mandataire devra donc justifier de ses pouvoirs auprès des tiers au moyen d'une procuration spéciale et n'engagera la société, conformément au droit commun des mandats, que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été confiés dans le mandat. Le mandataire spécial sera habituellement une personne de la société, souvent un administrateur déterminé, mais on pourrait également confier ce mandat à une personne tierce (notaire, avocat, etc.). Si le mandataire spécial ne lie donc la société que dans les limites de la procuration qui lui a été confiée, il n'y a cependant aucune limite quant aux actes qui peuvent ainsi être posés, tant qu'ils ressortent de la compétence du conseil d'administration qui a mandaté le porteur de procuration : notamment, un mandat spécial pourra porter sur une opération importante, si ce n'est vitale, pour la société.

L'article 1987 du Code civil distingue deux sortes de mandat<sup>1</sup>. D'abord, le *mandat spécial* qui est donné pour traiter une ou plusieurs affaires particulières. C'est, par exemple, le pouvoir donné par un client à son agence immobilière de rechercher un acquéreur. Mais la convention peut également constituer un *mandat général* ; il concerne alors la gestion de toutes les affaires du mandant. Lorsque le mandat est général, le mandataire ne peut qu'administrer les biens du mandant, car un mandat général n'autorise pas à vendre, à hypothéquer (ou à donner en location par un bail de plus de neuf ans) un bien du mandant. En effet, compte tenu du caractère irréversible des actes de disposition, l'article 1988 du Code civil exige un mandat exprès pour vendre ou hypothéquer<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 1987 C.civ. : « Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant ».

<sup>2</sup> Art. 1988 C. civ. : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

## § 2. LA GESTION « À L'ALLEMANDE » : LA SOCIÉTÉ ANONYME À DIRECTOIRE<sup>3</sup>

[945] **Présentation et intérêts de la nouvelle formule sociale.** — Empruntant le pas à d'autres législations, la loi de 1915 permet de constituer des sociétés anonymes sans conseil d'administration. On a considéré, à juste titre, que dans les sociétés anonymes de type classique, il existait une certaine confusion des pouvoirs au sein du conseil d'administration. En principe, ce dernier est chargé de gérer, les actionnaires ayant le pouvoir de contrôle. Mais en fait, le contrôle par les actionnaires est souvent défaillant, le véritable contrôle de la gestion sociale s'effectuant directement au sein du conseil d'administration lui-même. C'est afin d'établir une nette séparation des fonctions que le conseil d'administration peut être remplacé, dans les sociétés anonymes, par un directoire chargé de la gestion sociale (A) ainsi que par un conseil de surveillance chargé du contrôle des activités du directoire (B). Il est d'ailleurs possible, dans les sociétés anonymes déjà constituées, de substituer au conseil d'administration les organes des sociétés de type nouveau par modification des statuts, sur décision de l'assemblée générale extraordinaire (art. 60bis-1 al. 2 L1915).

### A. LE DIRECTOIRE

Il faut analyser le statut du directoire (1), avant de passer à la revue de ses pouvoirs (2).

#### 1. LE STATUT DU DIRECTOIRE

[946] **Nomination.** — Contrairement au droit commun de la nomination des dirigeants par les associés,

<sup>3</sup> BOUCOURECHLIEV et alii, *La pratique des sociétés anonymes à directoire*, Paris, 1980 ; LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, Paris, 1979, LE CANNU, *Les sociétés anonymes à directoire vingt ans après*, RS 1986, p. 565 ; CHARTIER, *Sociétés à directoire ou société à conseil de surveillance*, in : *Mélanges Roblot*, Paris, 1984, p. 335 ; CREDA, *La pratique de la société à directoire*, Paris, 1980.

les membres du directoire sont en principe *nommés par le conseil de surveillance* (art. 60bis-3 L1915)<sup>1</sup>. Dans ce cas, il semblerait logique que le conseil de surveillance nomme également le président du directoire.

Mais la règle de la nomination des membres du directoire par le conseil de surveillance n'est qu'une *règle supplétive* s'appliquant là où les statuts sont muets sur le sujet<sup>2</sup>. Les statuts peuvent ainsi préférer retenir le mode de *nomination classique des membres du directoire par l'assemblée des actionnaires* (art. 60bis-3 al. 2 L1915). Cette faculté découle du règlement communautaire de 2001 en matière de société européenne et a été étendu par la loi à toutes les sociétés anonymes de type nouveau. Dans ce cas cependant, afin d'éviter des nominations contradictoires par l'assemblée des actionnaires et le conseil de surveillance, l'assemblée des actionnaires sera seule compétente aux fins de nomination.

Le *nombre* des membres du directoire ne doit obligatoirement être fixé par les statuts que dans la société européenne. Dans les autres sociétés anonymes, il appartiendra au conseil de surveillance de fixer, dans le silence des statuts, le nombre des membres du directoire ou les règles pour sa détermination (art. 60bis-2 (1) L1915)<sup>3</sup>. Organe collégial, le directoire doit nécessairement avoir deux directeurs au moins. Ce n'est que dans l'hypothèse de la société anonyme unipersonnelle

ainsi que de celle dont le capital social est inférieur à € 500 000 que la loi autorise également un directoire unipersonnel (art. 60bis-2 (2) L1915)<sup>4</sup>.

Les membres du directoire peuvent être des *personnes physiques* comme des *personnes morales*. Dans ce dernier cas, la personne morale doit désigner un *représentant permanent* chargé de l'exécution de sa mission au sein du directoire (art. 60bis-4 L1915)<sup>5</sup>. La responsabilité pour fautes incombera dans ce cas au représentant permanent, comme s'il exerçait la mission de représentant permanent en nom et pour compte propre (v. n° [890]).

Les fonctions du directeur sont *incompatibles* avec celles de membre du conseil de surveillance au sein de la même société, et si un membre du conseil de surveillance venait à pourvoir provisoirement à un poste de directeur en raison d'une vacance au sein du directoire, ses fonctions seraient automatiquement suspendues au sein du conseil de surveillance tant que la personne concernée agit en tant que directeur (art. 60bis-17 L1915)<sup>6</sup>. Pour le reste, la loi reste très souple concer-

<sup>1</sup> Art. 60bis-3 L1915 : « Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance. Les statuts peuvent néanmoins attribuer à l'assemblée générale le pouvoir de nommer les membres du directoire. Dans ce cas, seule l'assemblée est compétente ».

<sup>2</sup> Quant à la flexibilité en la matière, v. CONAC, Les organes de la société anonyme en droit luxembourgeois, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 51 (59).

<sup>3</sup> Art. 60bis-2 (1) L1915 (1) : « La société anonyme est dirigée par un directoire. Le nombre de ses membres ou les règles pour sa détermination sont fixés par les statuts pour la société européenne (SE). Dans la société anonyme, ils sont fixés par les statuts ou, à défaut, par le conseil de surveillance. »

<sup>4</sup> Art. 60bis-2 (2) L1915 : « Dans les sociétés anonymes unipersonnelles ou dont le capital est inférieur à 500.000 euros, une seule personne peut exercer les fonctions dévolues au directoire. »

<sup>5</sup> Art. 60bis-4 L1915 : « Lorsqu'une personne morale est nommée membre du directoire, ou du conseil de surveillance, celle-ci est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre. »

<sup>6</sup> Art. 60bis-17 L1915 : « (1) Nul ne peut simultanément être membre du directoire et du conseil de surveillance. (2) Toutefois, en cas de vacance au sein du directoire, le conseil de surveillance peut désigner l'un de ses membres pour exercer

nant les caractéristiques que les membres du directoire doivent remplir, en renvoyant aux statuts. C'est ainsi qu'une personne pourra être membre du directoire sans également être *actionnaire*. Il n'existe pas non plus de limite légale d'âge. Enfin, il n'est pas interdit de *cumuler les postes* de membre du directoire au sein de sociétés différentes. Bien évidemment, les incompatibilités, déchéances et interdictions frappant les administrateurs s'appliquent également aux membres du directoire (ex : un avocat ne peut participer à un directoire d'une société engagée dans le commerce).

Le directoire est nommé pour une *durée* fixée dans les statuts et qui ne peut excéder six ans. Ses membres, qui peuvent être nommés individuellement, sont *rééligibles*, pour des durées qui pourraient d'ailleurs être variables selon les différents membres du directoire<sup>1</sup>. En cas de *vacance* (décès, démission, révocation), les membres restants ont, sauf disposition contraire dans les statuts, le droit d'y pourvoir provisoirement (art. 60bis-6 al. 2 L1915)<sup>2</sup>. Ce droit de *cooptation* ne pourra cependant pas être exercé si le conseil de surveillance exerce sa prérogative de désigner lui-même un membre intérimaire devant siéger au sein du directoire (art. 60bis-17 al. 2 L1915). Le remplaçant est nommé provisoirement jusqu'à la prochaine réunion de l'organe ayant pouvoir de nommer les directeurs. Selon le cas, l'assemblée des actionnaires ou le conseil de surveillance procédera à l'élection définitive pour le temps restant à courir jusqu'à l'achèvement du terme du poste vacant (art. 60bis-6 al. 3 L1915)<sup>3</sup>.

---

les fonctions de membre du directoire. Au cours de cette période, les fonctions de l'intéressé en sa qualité de membre du conseil de surveillance sont suspendues. »

<sup>1</sup> CONAC, Les organes de la société anonyme en droit luxembourgeois, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 51 (61).

<sup>2</sup> Art. 60bis-6 al. 2 L1915 : « En cas de vacance d'une place de membre du directoire, les membres restants ont, sauf disposition contraire dans les statuts, le droit d'y pourvoir provisoirement. »

<sup>3</sup> Art. 60bis-6 al. 3 L1915 : « Dans ce cas, le conseil de surveillance, ou l'assemblée générale selon le cas, procède,

[947] **Cessation des fonctions.** — Le mandat de directeur prend fin au terme du mandat, par démission, ainsi que par révocation. La *révocation* du directeur peut toujours émaner du *conseil de surveillance*. Mais les statuts peuvent également attribuer à l'*assemblée des actionnaires* un droit concurrent de révocation, auquel cas celui-ci s'exercera concurremment à celui du conseil de surveillance (art. 60bis-5 L1915)<sup>4</sup>. La procédure de révocation peut dès lors être asymétrique de la procédure de nomination : les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance, mais leur révocation est prononcée en assemblée si les statuts le prévoient ainsi.

Le législateur luxembourgeois laisse en fait une *grande liberté* aux sociétés d'organiser le mode de nomination et de révocation du directoire. Dans le silence des statuts, c'est le conseil de surveillance qui nomme et qui révoque. Mais les statuts peuvent également accorder ce droit exclusivement aux actionnaires. Enfin, il leur sera également possible de panacher les méthodes de nomination et de révocation : le conseil de surveillance nomme les membres du directoire que l'assemblée a seule le pouvoir de révoquer. Afin de préserver un certain contrôle du conseil de surveillance sur la procédure, il devrait également être possible d'assujettir le pouvoir de révocation de l'assemblée à l'existence d'une proposition en ce sens par le conseil de surveillance.

Tout comme pour les administrateurs dans la société anonyme de type classique, la révocation aura lieu « *ad nutum* », sur un simple coup de tête (pour le concept, v. n° [899]). Nul besoin donc d'un juste motif comme dans la SARL, de sorte que l'organe révoquant ne devra point motiver sa décision. Un changement de majorité à lui seul justifiera la révocation, même si le directeur n'a commis aucune faute dans sa gestion passée. La directeur révoqué ne bénéficiera d'aucune compensation financière suite à sa révocation, sauf si la révocation constitue un abus de

---

lors de la première réunion, à l'élection définitive. Le membre du directoire nommé achève le terme de celui qu'il remplace. »

<sup>4</sup> Art. 60bis-5 L1915 : « Les membres du directoire peuvent être révoqués par le conseil de surveillance ainsi que, si les statuts le prévoient, par l'assemblée générale. »

droit, le directeur pourra bénéficier de *dommages-intérêts* (la situation est la même pour l'administrateur, v. n° [899]). Une même personne pouvant cumuler les fonctions de directeur avec celles de salarié, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier ce contrat au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un *contrat de travail*.

**[948]Rémunération et contrat de travail.** — Tout comme l'activité des administrateurs, la gestion sociale par les directeurs peut être *gratuite* comme *rémunérée*. Lorsqu'elle existe, la rémunération des directeurs est fixée par le *conseil de surveillance* qui détermine le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire (art. 60bis-19 L1915)<sup>1</sup>.

Les rémunérations sont allouées aux membres du directoire en raison de la gestion sociale quotidienne dont ils s'occupent. Leur *statut fiscal* est dès lors analogue, sur le plan fiscal, à celui du délégué à la gestion journalière. De ce fait, les rémunérations dont les membres du directoire bénéficient sont déductibles du bénéfice imposable de la société et assujetties à l'impôt sur le revenu, entre les mains de leurs bénéficiaires, dans la catégorie des traitements et salaires. L'imposition en tant que salarié se justifie, à défaut de texte précis réglant la matière, par le statut subordonné du directeur dans l'organisation de la société anonyme de type nouveau, notamment par sa dépendance vis-à-vis du conseil de surveillance.

La qualification fiscale de salarié du directeur n'a aucune incidence sur l'existence éventuelle d'un contrat de travail. S'il n'est en effet pas obligatoire pour les directeurs d'exercer leurs activités dans le cadre d'un contrat de travail, la loi ne l'interdit cependant pas non plus, de sorte que les membres du directoire peuvent,

<sup>1</sup> Art. 60bis-19 L1915 : « Les fonctions de membre du directoire et de membre du conseil de surveillance peuvent être rémunérées. Le mode et le montant de la rémunération des membres du directoire sont fixés par le conseil de surveillance. Le mode et le montant de la rémunération des membres du conseil de surveillance sont fixés par les statuts, ou à défaut, par l'assemblée générale. »

comme les administrateurs et aux mêmes conditions (v. n° [927]), cumuler un contrat de travail avec leurs fonctions sociales.

## 2. LES POUVOIRS DU DIRECTOIRE

**[949]Compétences du directoire.** — Le directoire est un *organe collégial*. Il dirige la société en ce sens qu'il « a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi réserve au conseil de surveillance et à l'assemblée générale » (art. 60bis-7 al. 1<sup>er</sup> L1915). Il a donc les mêmes pouvoirs que le conseil d'administration dans les sociétés anonymes de type classique, sous réserve de respecter non seulement la compétence légale de l'assemblée des actionnaires (comme pour le conseil d'administration), mais également celle du conseil de surveillance. Les membres du directoire élisent en leur sein le *président du directoire*, dont les fonctions sont calquées sur celles du président du conseil d'administration (art. 64 § 2 L1915 ; v. n° [923])<sup>2</sup>.

Les pouvoirs du directoire sont donc bornés par l'*objet social* ; cependant, comme dans toute société de capitaux (v. n° [373]), le dépassement de l'objet social engagera la société vis-à-vis des tiers de bonne foi (art. 60bis-9 L1915)<sup>3</sup>. Ces pouvoirs peuvent également être limités par les *statuts*, en soumettant par exemple certaines actions du directoire à un agrément préalable du conseil de surveillance ou de l'assemblée des action-

<sup>2</sup> Art. 64 § 2 L1915 : « Sauf dans le cas d'une société européenne (SE) pour laquelle une telle désignation est obligatoire, le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance peuvent élire un président en leur sein. »

<sup>3</sup> Art. 60bis-9 L1915 : « La société est liée par les actes accomplis par le directoire, par les membres du directoire ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 60bis-7, paragraphe (4), ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. »

naires. Lorsque le conseil de surveillance refuse son agrément, le directoire n'est toutefois pas totalement démuné, puisqu'il pourra soumettre le différend à l'assemblée des actionnaires qui décidera de la suite à donner au projet (art. 60bis-7 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Toutes ces restrictions statutaires aux pouvoirs du directoire sont valables dans l'ordre interne; mais sont cependant inopposables aux tiers, même si elles sont publiées (art. 60bis-7 al. 4 L1915)<sup>2</sup>.

À ce pouvoir général de gestion sociale s'ajoutent un certain nombre de *pouvoirs spéciaux*. L'essentiel de ces pouvoirs ont trait à l'ordre interne de la société. C'est ainsi qu'il appartient au directoire d'établir les comptes sociaux, de convoquer l'assemblée des actionnaires, de fixer son ordre du jour et de faire rapport à l'assemblée sur la gestion de l'exercice écoulé. Ces pouvoirs ne résultent pas expressément de la loi mais peuvent être déduits par analogie avec les règles applicables au conseil d'administration. Mais la loi accorde également un certain nombre de pouvoirs spéciaux au directoire dans l'ordre externe de la société. C'est ainsi que le directoire représente la société activement et passivement en matière judiciaire, les exploits judiciaires étant valablement faits au nom de la société seule (art. 60bis-7 al. 3 L1915)<sup>3</sup>.

**[950] Pouvoirs individuels des directeurs.** — Les pouvoirs individuels des directeurs sont calqués sur

ceux des administrateurs individuels (v. n° [905]).

C'est ainsi que si le directoire est un organe collégial, les statuts peuvent prévoir la possibilité pour le directoire de nommer en son sein un *directeur chargé de la gestion journalière* de la société. Sa nomination, révocation et ses attributions sont, tout comme pour l'administrateur, réglé dans les statuts (art. 60bis-8 L1915). De même, tout comme dans la société anonyme de type classique, le concept de gestion journalière constitue un terme légal que les statuts sauraient certes rétrécir dans l'ordre interne, mais non pas vis-à-vis des tiers. De ce fait, le directeur délégué à la gestion journalière engagera la société vis-à-vis des tiers pour les actes rentrant dans la définition légale de la gestion journalière, même s'il a agi sans pouvoirs sur la base des statuts de la société.

Les statuts peuvent également prévoir la possibilité pour le directoire de donner qualité à un ou plusieurs de ses membres pour *représenter la société dans les actes ou en justice*, soit seuls, soit conjointement (art. 60bis-7 al. 4 L1915)<sup>4</sup>. Comme dans la société anonyme de type classique (v. n° [901]), il ne s'agit là que d'un pouvoir de représentation et non pas de décision : la décision est prise collégalement au niveau du directoire, un ou plusieurs membres ayant qualité pour exécuter la décision (mais non pas de la prendre elle-même) vis-à-vis des tiers. Cette faculté de représentation a pour unique avantage de permettre à la société de se passer de mandats spéciaux.

## B. LE CONSEIL DE SURVEILLANCE

Le conseil de surveillance est également un organe.

<sup>1</sup> Art. 60bis-7 al. 2 L1915 : « Les statuts d'une société européenne (SE) énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation du directoire par le conseil de surveillance. Lorsqu'une opération exige l'autorisation du conseil de surveillance et que celui-ci la refuse, le directoire peut soumettre le différend à l'assemblée générale. »

<sup>2</sup> Art. 60bis-7 al. 4 L1915 : « Les limitations apportées aux pouvoirs que les paragraphes précédents attribuent au directoire et qui résultent soit des statuts, soit d'une décision des organes compétents, sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées. »

<sup>3</sup> Art. 60bis-7 al. 3 L1915 : « Le directoire représente la société à l'égard des tiers et en justice soit en demandant, soit en défendant. Les exploits pour ou contre la société sont valablement faits au nom de la société seule. »

<sup>4</sup> Art. 60bis-7 al. 4 L1915 : « Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou à plusieurs membres du directoire pour représenter la société dans les actes ou en justice, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers dans les conditions prévues au chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. »

Le statut juridique des membres du conseil de surveillance est semblable à celui des administrateurs. De même, ses règles de fonctionnement sont proches de celles qui gouvernent le fonctionnement du conseil d'administration (1). Seule différence essentielle entre les deux organes, les attributions du conseil de surveillance sont plus limitées (2).

### 1. LE STATUT DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

**[951] Nomination et cessation des fonctions.** — Le conseil de surveillance présente de nombreuses *analogies avec le conseil d'administration* en ce qui concerne sa structure : composition, statut individuel, capacité, représentation des personnes morales, cumul avec un contrat de travail<sup>1</sup>, etc. La taille minimale du conseil de surveillance sera donc de trois personnes en principe, sauf que la possibilité d'un conseil de surveillance unipersonnel sera donnée dans les mêmes circonstances que pour la SA à administrateur unique (art. 60bis-14 L1915)<sup>2</sup>. Élus en assemblée des actionnaires, ils exercent leurs activités bénévolement ou de manière rémunérée. En cas de vacance, une cooptation est possible comme pour les administrateurs.

La *durée des fonctions* est également identique à celle des administrateurs ; elle est donc de six ans au plus. Comme les administrateurs, les membres du conseil de surveillance sont indéfiniment rééligibles.

Les *causes de cessation des fonctions* sont les mêmes que pour les administrateurs : décès, démission, révocation ad nutum par l'assemblée générale des actionnaires. Il faut seulement y ajouter une cause de révocation spécifique au conseil de surveillance : la transfor-

mation de la SA en société anonyme à conseil d'administration.

**[952] Fonctionnement du conseil de surveillance.** — Le fonctionnement du conseil de surveillance, organe collégial, est *calqué sur le modèle du conseil d'administration* (art. 64bis al. 4 L1915). Les statuts déterminent les règles relatives à la *convocation* et au rythme des réunions. Très souvent, les statuts indiquent que le conseil de surveillance est convoqué par son président à la date fixée aux statuts, ou sur demande d'un, voire de deux de ses membres, ou encore si le directoire le requiert ainsi.

Le conseil ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés (« *quorum* »). Sauf disposition statutaire prévoyant une majorité plus forte, les décisions sont prises valablement au sein du conseil de surveillance à la *majorité* des membres présents ou représentés. Lorsque les statuts prévoient la nomination d'un président du conseil de surveillance, les débats sont tenus sous la direction du président qui procédera, normalement, également à la convocation des réunions. Les membres du directoire peuvent être invités de manière générale ou ponctuelle à participer aux réunions du conseil de surveillance sans pouvoir imposer leur présence. Lorsqu'ils assistent à une réunion du conseil de surveillance, les membres du directoire ne pourront participer à la prise de décision, bien que leur avis puisse être entendu.

**[953] Statut fiscal.** — La loi fiscale voit avec défaveur l'activité des personnes surveillant la gestion sociale, qu'elle assimile abusivement au passe-temps d'un rentier. C'est ainsi que les rémunérations payées à un « commissaire » ne constituent *pas une charge déductible pour la société* (art. 168 n° 3 LIR) tout en restant imposables en tant que revenu d'une profession libérale auprès de leur bénéficiaire (art. 91 al. 1<sup>er</sup> n° 2 LIR). Le versement des jetons de présence donnera lieu à perception d'une *retenue à la source de 20%*. Cette retenue à la source constitue un acompte de l'impôt sur le revenu du bénéficiaire résident luxembourgeois mais sera, en principe, imposition libératoire pour les non-

<sup>1</sup> L'on peut se demander toutefois si un membre du conseil de surveillance pourrait être lié à la société par un contrat de travail, car cela ferait d'un contrôleur un contrôlé : CONAC, Les organes de la société anonyme en droit luxembourgeois, in : *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, A. Prüm (éd.), Bruxelles, 2008, p. 51 (64).

<sup>2</sup> Art. 60bis-14 L1915 : « Sont applicables au conseil de surveillance les dispositions des articles 51, 51bis, 52 et 54. »

résidents (art. 157 § 3 LIR).

L'assimilation des membres du conseil de surveillance aux « commissaires » de l'art. 168 n° 3 LIR ne tombe pas sous le sens. Mais l'article 168 n° 3 LIR ne constitue que la francisation, en 1967, de la disposition en langue allemande en vigueur jusque-là (« die Vergütungen jeder Art, die an Mitglieder des Aufsichtsrats, Verwaltungsrats (...) oder an andere mit der Überwachung der Geschäftsführung beauftragte Personen gewährt werden »). Et comme le législateur n'a pas voulu innover sur ce point en 1967, nous sommes forcés de conclure à l'application (regrettable) de l'art. 168 n° 3 LIR au conseil de surveillance.

Suite à une circulaire du 30 septembre 2016 (n° 781), les rémunérations versées aux membres du conseil de surveillance sont soumises à la TVA, les revenus versés par la société compensant leurs bénéficiaires pour une « activité économique ».

## 2. LES POUVOIRS ET RESPONSABILITÉS DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

**[954] Attributions générales.** — La fonction du conseil de surveillance est, comme son nom l'indique, différente de celle du conseil d'administration. Il exerce le *contrôle de la gestion* de la société. Ce contrôle est permanent et s'exerce donc de manière continue tout au long de l'exercice (art. 60bis-12 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. À cet effet, il reçoit du directoire un rapport trimestriel écrit (art. 60bis-12 (2) L1915)<sup>2</sup> et peut demander toute information utile à l'exécution de sa mission (art. 60bis-12 (4) L1915)<sup>3</sup> et même opérer directement lui-

<sup>1</sup> Art. 60bis-12 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Le conseil de surveillance a un droit illimité de regard sur toutes les opérations de la société ; il peut prendre connaissance sans déplacement des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société. »

<sup>2</sup> Art. 60bis-12 (2) L1915 : « Le directoire fait, au moins tous les trois mois, un rapport écrit au conseil de surveillance sur la marche des affaires de la société et de leur évolution prévisible. »

<sup>3</sup> Art. 60bis-12 (4) L1915 : « Le conseil de surveillance peut demander au directoire les informations de toute nature nécessaires au contrôle qu'il exerce conformément à l'article 60bis-11. »

même toute vérification qu'il juge opportune (art. 60bis-12 (5) L1915)<sup>4</sup>. Le contrôle de la gestion sociale est global et porte, de ce fait, non seulement sur sa *régularité*, mais également sur son *opportunité*<sup>5</sup>. Surveiller n'étant pas gérer, les membres du conseil de surveillance ne deviennent pas de fait des dirigeants de la société.

Ils n'encourent pas non plus les mêmes *responsabilités* que les membres de l'organe de gestion (v. n° [956]). Cela doit être vrai non seulement, lorsque leur contrôle s'exerce *a posteriori*, mais également si le directoire doit obtenir l'accord préalable du conseil de surveillance, avant de pouvoir poser certains actes de gestion. Autoriser n'est pas gérer, même si cela aboutit à mettre sous tutelle la gérance de la société.

Selon la taille du conseil de surveillance et le degré de complexité des affaires sociales, le conseil de surveillance peut décider de créer des *commissions* en son sein dont il fixe la composition et les attributions (art. 60bis-15 (2) L1915). Ces commissions préparent la prise de décision par le conseil de surveillance sans se substituer à ce dernier.

**[955] Attributions spéciales.** — Le conseil de surveillance exerce également un certain nombre de pouvoirs spéciaux :

- il lui appartient d'autoriser les actes du directoire là où les statuts prévoient son *agrément* (art. 60bis-11 (2) L1915)<sup>6</sup> ;
- il partage avec le directoire le droit de convoquer l'*assemblée* (art. 70 al. 2 L1915) et présente à l'assemblée ses observations sur les comptes annuels que le directoire lui aura remis au préalable (art.

<sup>4</sup> Art. 60bis-12 (5) L1915 : « Le conseil de surveillance peut procéder ou faire procéder aux vérifications nécessaires à l'accomplissement de sa mission ».

<sup>5</sup> LE CANNU, La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, *Bull. Joly* 1989, p. 479.

<sup>6</sup> Art. 60bis-11 (2) L1915 : « Il donne ou refuse les autorisations requises en vertu de l'article 60bis-7, paragraphe (2). »



60bis-14 L1915) ;

- il procède à la nomination des membres du directoire, sauf si les statuts accordent ce droit à l'assemblée des actionnaires (art. 60bis-3 L1915)<sup>1</sup>. Il propose à l'assemblée leur révocation si les statuts lui accordent ce droit.

**[956] Responsabilité des membres du conseil de surveillance.** — En matière de *responsabilité civile*, les membres du conseil de surveillance sont responsables vis-à-vis de la société des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat (art. 60bis-16 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. Ils n'encourent évidemment aucune responsabilité en raison des actes de la gestion sociale, ni de leurs résultats, car ils ne sont pas eux-mêmes les dirigeants de la société. Ils peuvent par contre être déclarés responsables, tant envers la société qu'envers des tiers, des infractions à la loi de 1915 ainsi qu'aux statuts, s'ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale, alors qu'ils en avaient connaissance (art. 60bis-16 al. 2 L1915)<sup>3</sup>.

La loi de 1915 ne traite pas en tant que telle de la *responsabilité pénale* des membres du conseil de surveillance (une exception cependant peut être trouvée à l'art. 168 L1915). Il faut en déduire que, par principe, la responsabilité pénale des membres du conseil de surveillance ne sera pas engagée, s'agissant des délits

<sup>1</sup> Art. 60bis-3 L1915 : « Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance. Les statuts peuvent néanmoins attribuer à l'assemblée générale le pouvoir de nommer les membres du directoire. Dans ce cas, seule l'assemblée est compétente. »

<sup>2</sup> Art. 60bis-16 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les membres du conseil de surveillance sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur surveillance. »

<sup>3</sup> Art. 60bis-16 al. 2 L1915 : « Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance. »

relatifs à la direction de la société. Un membre du conseil de surveillance ne saurait, par exemple, procéder à une répartition de dividendes fictifs, cette action revenant au directoire. N'étant pas un « dirigeant » de la société, en ce qu'il ne fait que la surveiller, le membre du conseil de surveillance ne peut se rendre coupable non plus du délit d' « abus de biens sociaux », l'art. 171-1 L1915 étant limité aux « dirigeants ». Par contre, les membres du conseil de surveillance peuvent devenir complices des infractions commises par les membres du directoire.

### § 3. LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ENTRE LES ADMINISTRATEURS ET LA SOCIÉTÉ : LES CONVENTIONS À CONFLIT D'INTÉRÊTS

**[957] Présentation.** — Le législateur se méfiant à juste titre des conflits d'intérêts susceptibles de naître du fait que les dirigeants concluent des opérations avec la société, il a prévu deux types de garde-fous destinés à prévenir les conséquences négatives de ces situations.

C'est ainsi que certaines opérations entre la société et les administrateurs sont purement et simplement interdites. Les opérations interdites sont celles visées à l'art. 49-6 L1915 ; comme elles concernent les tiers en général, elles ne sont pas spécifiques aux dirigeants et seront, de ce fait, étudiées ailleurs ([1042]).

D'autres, en revanche, sont réglementées, en ce qu'elles doivent seulement respecter des conditions spécifiques d'information<sup>4</sup>. Il s'agit des opérations où un conflit d'intérêts oppose la société à l'un de ses administrateurs (art. 57 L1915)<sup>5</sup>. La loi prévoit un

<sup>4</sup> DE WOLF, Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale : réforme ou réaction ?, in : Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires, Bruxelles, 1999, p. 287.

<sup>5</sup> Art. 57 L1915 : « L'administrateur qui a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération relevant du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la

cadre minimum qu'il est loisible aux statuts de renforcer.

**[958] Opérations ....** — Toutes les « opérations » conclues entre la société et l'un de ses administrateurs sont susceptibles d'être soumises à la procédure de l'autorisation spéciale préalable. La généralité de la terminologie utilisée, au demeurant pas très juridique, implique que ce concept doit s'entendre largement. Il recouvre tant l'exécution de l'opération elle-même que le processus décisionnel en amont, le projet de loi ayant visé les « décisions et opérations », les « décisions » ayant été omises par erreur du texte voté. Sont donc visés les *contrats*, c.-à-d. les accords de volontés destinés à produire des effets de droit, les *engagements unilatéraux*, ainsi que tous les *actes* généralement quelconques faits avec l'administrateur. De même sont visées non seulement les *opérations nouvelles*, mais également les *modifications apportées aux opérations existantes*. Autrement dit : tout ce qui est de la compétence du conseil d'administration est visé. La caractéristique commune de l'« opération » est qu'il s'agit d'un *acte positif* réalisé en vue d'obtenir un certain résultat. Les décisions peuvent cependant également consister à retenir qu'il ne faut rien faire. Ces décisions sont donc également visées par l'art. 57 L1915, ce qui est tout à fait compréhensible, car un administrateur peut bénéficier d'un avantage patrimonial au détriment de la société en raison du fait que cette dernière a décidé de rester inactive (p.ex. : décider de ne pas recouvrer une créance détenue sur l'administrateur).

Les avis et recommandations formulées à l'attention de l'assemblée ne devraient, par contre, pas tomber sous la définition des « opérations », même si l'avis ou la recommandation est prévu(e) à titre obligatoire dans la loi, tel par exemple l'avis sur le prix de rachat des

---

séance. Il ne peut prendre part à cette délibération. Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des administrateurs aurait eu un intérêt opposé à celui de la société. (...) ».

actions, les mérites d'une OPA, ... Certes, ces avis et recommandations peuvent influencer la prise de décision de l'assemblée et devraient d'ailleurs le faire en règle générale, l'assemblée étant naturellement encline à écouter la gérance de la société sur les questions touchant aux affaires sociales. Mais ces avis et propositions n'ont pas pu faire naître, dans le chef de la société concernée, des droits ou obligations propres aux « opérations » visées à l'art. 57 L1915. Pour cette raison également, l'agrément sur une cession d'actions impliquant l'administrateur est soumis à la procédure de l'article 57 L1915, car après cession, la société sera tenue de reconnaître le nouvel actionnaire.

**[959].... qui relèvent de la compétence de l'organe de gestion ....** — Les seules opérations tombant sous l'emprise de l'article 57 L1915 sont celles « *relevant du conseil d'administration* » (ou du directoire : v. l'art. 60bis-18 L1915 qui est le décalque de l'art. 57 L1915). La décision ou opération soumise à la procédure particulière de l'article 57 L1915 est donc celle qui rentre dans la sphère de compétence du conseil d'administration, en ce qu'elle requiert une action de sa part. De ce fait, l'article 57 ne s'applique pas :

- aux opérations à effectuer suite à une décision prise en *assemblée d'actionnaires*. Si l'assemblée agit, suite aux *avis et propositions* de l'organe de gestion (ex. : proposition d'augmenter le capital social), l'article 57 L1915 ne devrait pas trouver application non plus, l'assemblée restant libre d'entériner ou non les avis et propositions de l'organe de gestion (v. n° [958]);
- aux opérations exécutées par un administrateur sur la base d'un *mandat spécial*, en vertu d'une résolution adoptée en conseil d'administration. Dans ce cas, en effet, l'administrateur agit comme porteur d'une procuration, comme tout tiers. Par contre, la procédure en matière de conflits d'intérêts s'appliquera à la réunion du conseil d'administration ayant conféré le mandat.

**[960].... qui créent un conflit d'intérêts ....** — L'administrateur se trouve en situation de conflit

d'intérêts lorsqu'il a un « *intérêt de nature patrimoniale opposé* » à celui de la société. Ces conditions sont cumulatives.

L'« *intérêt* » visé à l'art. 57 L1915 est évidemment celui où l'administrateur a un intérêt « *direct* » opposé à celui de la société parce qu'il intervient lui-même à l'opération (p.ex. : l'administrateur qui vend un bien à la société). Afin d'éviter que l'article 57 L1915 ne puisse être aisément contourné si l'administrateur se fait substituer par un autre membre de sa famille ou une société qu'il contrôle, l'article 57 L1915 reste applicable, même si l'administrateur ne bénéficie pas directement, mais seulement indirectement de l'avantage matériel. L'article 57 L1915 vise donc également l'intérêt « *indirect* », c.-à-d. celui où l'administrateur n'intervient qu'au travers d'une personne liée à lui : membre de sa famille ; autre société dans laquelle il est associé, ....

L'intérêt doit être de « *nature patrimoniale* ». Cela se conçoit aisément, le but de la société étant de maximiser sur le long terme la valeur de la société pour compte des actionnaires. L'intérêt doit être de nature financière, c.-à-d. être susceptible de procurer à l'administrateur concerné un avantage matériel susceptible d'évaluation économique. Les intérêts purement moraux ou affectifs ne tombent dès lors pas sous l'emprise de l'article 57 L1915. Il est permis de penser, même si la loi ne précise pas la question, que si l'administrateur ne retire qu'un avantage insignifiant de la transaction, la procédure ne sera pas applicable non plus ; en effet, dans ce cas l'intérêt que l'administrateur a dans l'opération sera suffisamment immatériel pour ne pas risquer d'influer sur sa décision.

La question de l'intérêt indirect de nature patrimoniale pose des difficultés si une personne est *administrateur de deux sociétés* et envisage de participer aux résolutions permettant à ces deux sociétés de procéder à des opérations entre elles. Est-ce que l'intérêt opposé visant l'administrateur dans une opération avec la société inclut également cette hypothèse de conflit de fonctions ? À strictement parler, tel ne devrait pas être le cas, puisque l'*intérêt purement fonctionnel* n'est en soi pas de nature patrimoniale. Ne seraient dès lors visées que les situations où

l'administrateur aurait un intérêt financier personnel à voir les deux sociétés entrer en transaction, soit parce que sa rémunération en dépend, soit parce que la valeur des actions pourrait augmenter de ce fait (cela suppose bien évidemment qu'il soit également associé dans la société en question). Cette lecture de la loi paraît cependant trop restrictive. La finalité de l'article 57 L1915 est de prévenir les situations où le conseil d'administration serait influencé dans sa prise de décision par les intérêts personnels d'un administrateur dans la conclusion d'une opération déterminée avec la société ; comme ce risque existe également lorsqu'un administrateur siège dans deux sociétés, l'article 57 L1915 devrait s'appliquer également dans cette situation. Les « Dix principes de gouvernance de la Bourse de Luxembourg » recommandent, pour les sociétés cotées en bourse, en matière de conflits de fonctions, que « chaque administrateur informe le président du conseil d'administration de tout autre mandat, charge ou responsabilité – y compris des fonctions exécutives – qu'il viendrait à assumer pendant la durée de son mandat à l'extérieur de la société. »<sup>1</sup>.

Enfin, l'intérêt doit être *opposé*. Un intérêt est opposé s'il est antagoniste, c.-à-d. si la situation est telle que l'avantage de l'un ne peut raisonnablement augmenter qu'au détriment de l'autre. L'opposition d'intérêts existera bien évidemment, si l'opération, du moment où elle est réalisée, s'avère effectivement préjudiciable à la société ; mais elle concerne également les situations, où le conflit d'intérêts n'est que potentiel. Par contre, les intérêts parallèles (p.ex. : décision d'investir ensemble) ne sont pas visés, car dans ce cas il y a convergence d'intérêts. L'intérêt visé par la loi est limité à l'intérêt suffisamment matériel. L'opposition d'intérêts existe donc en tout cas à chaque fois que l'administrateur et la société se trouvent *des deux côtés d'une transaction*, comme en cas de vente d'un bien à l'administrateur. Chacun des intervenants ayant un intérêt tout à fait légitime de vouloir réaliser l'opération à son meilleur avantage, ces opérations tombent, en principe, sous l'article 57 L1915.

**[961].... avec un dirigeant.** — L'opération doit être conclue entre la société et un « *administrateur* » (art. 57 al. 1<sup>er</sup> L1915). Ceci exclut donc les opérations conclues

<sup>1</sup> Bourse de Luxembourg, *Gouvernance d'entreprise*, 3<sup>e</sup> éd., p. 19.

entre sociétés du groupe, quel que soit le pourcentage de détention des participations, car elles ne s'effectuent ni directement, ni indirectement avec un dirigeant. Le dirigeant visé par la procédure de l'art. 57 L1915 peut également être un « *membre du comité de direction* » (art. 60-2 al. 1<sup>er</sup> L1915), le « *directeur général* » (art. 60-2 al. 4 L1915), un « *membre du directoire* » (art. 60bis-18 L1915), le « *président* » de la SAS (art. 101-25 L1915) ou encore un « *membre du conseil de surveillance* » (art. 60bis-18 L1915). Les directeurs, fondateurs de pouvoirs et autres personnes dirigeantes de la société ne sont donc pas concernés par ce texte. Le délégué à la gestion journalière, qu'il soit administrateur ou non, sera, par contre, soumis aux dispositions de l'article 57 L1915<sup>1</sup>.

**[962]... sauf s'il s'agit d'opérations habituelles.** — L'art. 57 L1915 en son dernier alinéa crée une exception, en ce que la procédure d'autorisation ne trouve pas application si l'opération est « courante » et qu'elle a été conclue à des « conditions normales »<sup>2</sup>.

Les « *opérations courantes* » comprennent toutes les opérations qui relèvent de la gestion journalière de la société, sans toutefois s'épuiser dans ce concept. Tout ce qui rentre dans l'*objet social*, du moins tout ce qui relève de l'activité principale de la société, constitue une opération courante. De ce fait, les opérations rentrant dans le cadre de la gestion journalière que l'*administrateur-délégué* entend conclure avec la société ne sont pas visées par l'article 57 L1915, car elles ne nécessitent pas l'approbation du conseil

d'administration. Le raisonnement reste le même pour les décisions prises par le comité de direction dans le cadre des pouvoirs de gestion journalière qui lui ont été attribués<sup>3</sup>. Ainsi, par exemple, la vente d'un immeuble au prix du marché à l'administrateur relèvera de l'art. 57 L1915, car il ne s'agit pas d'une opération courante (sauf pour l'entreprise de promotion immobilière).

Si la société a un seul *délégué à la gestion journalière*, ce dernier ne pourra pas conclure l'opération avec lui-même pour compte de la société, sans en avoir référé au préalable au conseil d'administration qui prendra la décision pour lui, même si elle relève en tant que telle de la gestion journalière de la société. S'il existe plusieurs délégués à la gestion journalière, ils prendront leur décision selon les mêmes règles que celles prévues à l'article 57 L1915 pour les administrateurs. Le non-respect de ces règles constitue une faute de régularité (v. n° [388]).

L'opération doit encore être conclue « *dans des conditions normales* ». L'appréciation des conditions normales conduit à se référer principalement aux conditions de prix habituellement pratiquées par la société, et à défaut, à ce qui se pratique dans le même secteur d'activité, en tenant compte de l'ensemble des éléments de l'opération (garanties accordées, ..). C'est ainsi qu'une opération conclue avec l'administrateur à des conditions plus favorables que celles du marché n'est pas soumise à la procédure d'autorisation si l'opération est en ligne avec ce que la société pratique habituellement avec des tiers<sup>4</sup>. C'est ainsi que l'octroi d'un prêt par la banque à son administrateur au taux du marché ne sera pas visé par l'art. 57 L1915.

**[963] Procédure d'autorisation.** — Les règles procédurales de l'article 57 L1915 sont basées sur l'idée d'obliger l'administrateur concerné à révéler à ses pairs, au préalable, le conflit d'intérêts qui le concerne. Cette obligation d'information s'explique par la mission de l'administrateur de représenter les intérêts de la société,

<sup>1</sup> Art. 60 L1915 : « Les délégués à la gestion journalière sont soumis aux dispositions de l'article 57, applicables par analogie ».

<sup>2</sup> Art. 57 dernier alinéa L1915 : « Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du conseil d'administration ou de l'administrateur concernent des opérations courantes conclues dans des conditions normales »; le même texte se retrouve pour le comité de direction à l'art. 60-2 L1915, et à l'art. 60bis-18 L1915 en ce qui concerne les membres du directoire ainsi que le conseil de surveillance.

<sup>3</sup> SIMONT, op. cit., p. 378.

<sup>4</sup> En ce sens déjà DEMEUR, *RPS* 1932, p. 144 auquel se sont ralliés par la suite VAN RYN/VAN OMMESLAGHE, *Rev. crit. jur. b.* 1967, p. 337. et l'essentiel de la doctrine belge.

et non pas ses intérêts personnels. Comme il risque de privilégier son intérêt personnel sur l'intérêt social, l'administrateur doit, dans un souci de loyauté vis-à-vis de la société, signaler le conflit d'intérêts au conseil d'administration avant que ne débutent la discussion et la délibération à ce sujet<sup>1</sup>. Vis-à-vis de la société, les opérations réglementées sont donc soumises à un *contrôle a priori*. Le procès-verbal du conseil d'administration indiquera l'identité de l'administrateur concerné, la nature du conflit et les raisons pour lesquelles le conseil d'administration estime néanmoins que l'opération serait dans l'intérêt de la société (si le conseil décide d'approuver la transaction).

L'administrateur concerné est *exclu du vote*. Comme sa participation aux débats risquerait d'entraîner un vote sous influence des autres membres du conseil d'administration, l'intéressé ne pourra pas non plus participer aux débats du conseil d'administration<sup>2</sup>. Il s'ensuit que l'administrateur, après avoir signalé le conflit d'intérêts, devra s'excuser des débats et résolutions subséquents au sein du conseil d'administration portant sur l'objet du conflit d'intérêts. L'exclusion du vote peut aboutir à une impossibilité pour le conseil de prendre la résolution, soit que l'administrateur est unique, soit que le nombre d'administrateurs non conflictés est insuffisant en termes de quorum. Afin de permettre à la société de passer l'opération, qui peut néanmoins être utile pour elle, la loi prévoit des palliatifs : inscription sur un procès-verbal ; décision par l'assemblée (art. 57 al. 3 et 4 L1915)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 57 L1915 : « (...) est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance ».

<sup>2</sup> Art. 57 L1915 : « [l'administrateur] ne peut prendre part à cette délibération ».

<sup>3</sup> Art. 57 al. 3 et 4 L1915 : « Par dérogation à l'alinéa 1, lorsque la société ne comprend qu'un administrateur unique, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société. Lorsque, en raison d'une opposition d'intérêts, le nombre d'administrateurs requis statutairement en vue de délibérer et de voter

Le conseil d'administration informera ensuite les actionnaires, à la première assemblée suivant la tenue du conseil d'administration, et avant tout vote, des opérations en cause, si elles ont été effectivement arrêtées (art. 57 al. 2 L1915)<sup>4</sup>. L'information prendra la forme d'une publication dans le rapport de gestion pour les sociétés qui en établissent un ; pour les autres sociétés, une description de l'opération, ensemble avec sa raison d'être et ses conséquences financières pour la société, à l'annexe des comptes sociaux suffira. Bien qu'il n'y soit pas obligé par la loi, l'auditeur voudra sans doute également se prononcer sur les conséquences financières de l'opération pour la société. L'assemblée des actionnaires exerce donc un *contrôle a posteriori* sur les opérations réglementées, sauf dans les situations où le conseil d'administration aura déferé l'affaire à l'assemblée pour prise de décision (art. 57 al. 4 L1915).

En cas de *désapprobation par l'assemblée*, l'opération n'en produit pas moins ses effets, mais l'assemblée pourra songer à révoquer le conseil d'administration, pour avoir failli aux intérêts de la société, voire intenter une action en responsabilité contre le conseil d'administration, si elle estime que la société a subi un préjudice en raison du comportement fautif du conseil d'administration. Aucune action en dommages et intérêts pour avantage abusif n'est, en revanche, possible contre l'administrateur ayant eu un conflit, si les règles posées par l'art. 57 L1915 ont été respectées.

**[964]Sanctions.** — Les sanctions éventuelles portent tant sur la responsabilité des administrateurs conflictés que sur la question de la nullité des opérations.

L'administrateur qui omet de signaler le conflit

---

sur le point en question n'est pas atteint, le conseil d'administration peut, sauf disposition contraire des statuts, décider de déferer la décision sur ce point à l'assemblée générale des actionnaires ».

<sup>4</sup> Art. 57 al. 2 L1915 : « Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des administrateurs aurait eu un intérêt opposé à celui de la société ».

d'intérêts au conseil d'administration commet clairement une infraction à la législation sur les sociétés à la société. Conformément au droit commun, il sera responsable de la faute de régularité (v. n° [388]) tant vis-à-vis de la société que des tiers. La loi ne prévoit, en revanche, pas de sanctions pénales en cas de non-respect de l'article 57 L1915. Mais, pour engager la responsabilité du dirigeant, il ne suffira pas de prouver que l'opération s'est révélée désavantageuse pour la société ; il faudra prouver que la perte pour la société (ou le manque à gagner) est la conséquence directe de l'inobservation de l'art. 57 L1915.

Avant la réforme de 2016, on estimait que l'inobservation de l'article 57 L1915 était uniquement une question de responsabilité du dirigeant; elle n'entraînait pas la nullité de la résolution adoptée par l'organe de gérance (sauf en cas de fraude)<sup>1</sup>. Depuis la réforme de 2016, il faut admettre cependant que la société pourra agir en nullité des opérations accomplies, si la procédure de l'art. 57 L1915 n'a pas été respectée, car il s'agit d'une nullité ayant pu influencer la prise de résolution du conseil d'administration et d'une violation des règles relatives au fonctionnement du conseil d'administration (v. n° [257] et [258]). La nullité ne pourra cependant porter préjudice aux droits des tiers de bonne foi.

#### § 4. LES RESPONSABILITÉS SPÉCIALES DE L'ORGANE DE GESTION

**[965] Augmentations de capital.** — L'article 31 L1915 prévoit une responsabilité particulièrement lourde pour les fondateurs de la société en cas de non-libération des actions (v. n° [881]). L'article 32-1 al. 2 L1915 reprend à son compte cette obligation à charge des administrateurs en cas d'augmentation de capital<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Lux. 23 mai 2007, n° 102 798.

<sup>2</sup> L'art. 32-1 al. 1<sup>er</sup> prévoit que les règles en matière de constitution sont applicables aux augmentations de capital des SA (« Les formalités et conditions prescrites pour la constitution des sociétés s'appliquent à l'augmentation du

Cette disposition s'explique par le souci de garantir aux créanciers sociaux l'existence réelle du capital social annoncé dans les statuts. Cet objectif ne peut être atteint que si les fondateurs au moment de la constitution, et les administrateurs en cours de vie sociale, se trouvent exposés aux mêmes risques de mise en responsabilité. On admet généralement que cette responsabilité, qui fonctionne comme une véritable *obligation de garantie*, se fonde sur une *faute présumée*<sup>3</sup>. Il s'agit d'une présomption de faute irréfragable, les administrateurs ne pouvant s'exonérer de leur responsabilité en démontrant qu'aucun fait fautif ne peut leur être reproché. Faute d'un texte spécifique, la responsabilité des administrateurs ne pourra être recherchée, en présence d'une surévaluation des *quasi-apports* (v. n° [873]), sur la base de l'article 32-1 al. 2 L1915, celui-ci ne s'appliquant qu'aux augmentations formelles de capital.

La responsabilité solidaire des administrateurs (en cas d'augmentation de capital) jouera vis-à-vis de tous les « intéressés », mais n'existe pas entre les administrateurs. Aussi, s'ils peuvent établir qu'aucune faute ne leur est imputable, les administrateurs concernés seront, entre eux, dégagés de leurs responsabilités, d'où la possibilité d'une *action récursoire*. L'action récursoire permet au débiteur d'une obligation de se tourner vers un tiers pour lui faire supporter tout ou partie de l'obligation. Elle est le recours exercé par le débiteur légal tenu d'exécuter l'obligation en tant que débiteur solidaire, garant ou responsable du fait d'autrui, contre le débiteur véritable.

capital par des apports nouveaux, sous réserve des dispositions qui suivent»), sauf pour les points spécifiques mentionnés à l'article 32-1 L1915. L'art. 32-1 al. 2 L1915 prévoit que : « Les membres du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sont tenus solidairement des obligations prévues par l'article 31 à charge des fondateurs ». À la responsabilité des fondateurs lors de la constitution de la SA correspond ainsi celle des administrateurs en cours d'existence de la société, lorsqu'il s'agit des apports effectués à la société.

<sup>3</sup> PASSELECQ, n° 1139 ; WAUVERMANS, n° 126.

Cette responsabilité des administrateurs résultant « des faits de leurs fonctions », la *prescription quinquennale* de l'article 157 L1915 est applicable. Le bénéfice de la prescription abrégée (au lieu de la prescription trentenaire de droit commun) constitue en quelque sorte la contrepartie de l'aggravation apportée par la loi à la responsabilité des administrateurs<sup>1</sup>.

**[966] Non-communication du rapport ou communication erronée aux associés concernant le rachat d'actions.** — La loi de 1915 encadre strictement le rachat d'actions par la société (v. n° [1047]). Lorsqu'il est permis, le conseil d'administration doit en informer l'assemblée générale ordinaire approuvant les comptes sociaux, dans le cadre du rapport de gestion fait à l'assemblée. Ce rapport doit mentionner les raisons du rachat, les modalités financières du rachat (nombre des actions rachetées, valeur nominale, prix de rachat, tant pour les rachats effectués durant l'année que pour les rachats faits durant les exercices précédents ; art. 49-5 § 2 L1915).

La loi sanctionne d'une amende pénale de € 500 à € 25 000 les administrateurs négligeant de présenter le rapport de gestion incluant tous ces points à l'assemblée générale des actionnaires (art. 163 n° 7 L1915)<sup>2</sup>. La prescription abrégée de cinq ans est applicable (art. 157 L1915).

**[967] Simulation de souscriptions et manipulation du cours des valeurs mobilières.** — L'essence de la société anonyme est de drainer des capitaux importants vers la société. Il est dès lors à craindre que des administrateurs indéliçats tentent d'accroître l'intérêt des investisseurs potentiels par des moyens fallacieux. C'est souvent au moment d'augmentations de capital que les administrateurs décident de recourir à des stratagèmes

destinés à provoquer la souscription d'investisseurs à l'émission supplémentaire de capital. Aussi la loi considère comme coupables d'escroquerie au sens du Code pénal les administrateurs qui auront provoqué des souscriptions d'actions ou d'obligations par simulation de souscriptions, par publication de souscriptions inexistantes, par l'indication de faux investisseurs dans la société, et de manière générale par tous autres faits que les administrateurs savent faux (art. 164 L1915). Il faut une « *escroquerie* » au sens de l'article 496 du Code pénal<sup>3</sup>. Le code pénal prévoit deux conditions matérielles pour qu'une escroquerie soit pénalement sanctionnée :

- l'emploi de moyens frauduleux, ici le mensonge ;
- la remise d'une chose convoitée, ici des apports au capital de la société.

Exemple : a) La société est constituée par deux associés A et B. A finance sa souscription au moyen d'un emprunt bancaire. Immédiatement après la constitution de la société, les administrateurs remboursent l'apport fait par A à ce dernier, qui lui-même rembourse sa banque. La libération de la souscription avec des fonds empruntés n'est pas en elle-même l'expression d'une souscription simulée. Mais il n'en va plus ainsi si la société rembourse dans un bref délai son associé. Le montage financier de la souscription montre à suffisance que A n'envisageait sa participation dans la société qu'au titre d'associé de complaisance. b) Un exemple plus simple de simulation est la publication de souscriptions prétendument faites par des personnes contrairement à la vérité.

<sup>1</sup> FREDERICQ, t. V, n° 767.

<sup>2</sup> Art. 163 n° 7 L1915 : « Sont punis de la même peine (amende de 500 à 25 000 euros), 7° les administrateurs de sociétés anonymes qui n'ont pas présenté le rapport visé à l'article 49-5 paragraphe (2) ou qui ont présenté un rapport ne contenant pas les indications minimales prescrites par cet article ; (...) ».

<sup>3</sup> Art. 496. Code pénal : « Quiconque, dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui, se sera fait remettre ou délivrer ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, quittances, décharges, clefs électroniques, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité, sera puni d'un emprisonnement de quatre mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros. Le coupable pourra de plus être condamné à l'interdiction, conformément à l'article 24. »

Lorsque les actions ou obligations ont déjà été émises, les administrateurs peuvent également être tentés de *manipuler les cours des actions et obligations*, généralement afin de donner une fausse image de bonne santé financière. La manipulation résultera souvent de la non-publication de certains chiffres qui pourraient être jugés alarmants par les investisseurs, ou par la publication des comptes annuels que les administrateurs savent faux mais qui montrent une rentabilité de l'entreprise qui s'avère être factice. Pour prémunir les actionnaires contre de tels agissements répréhensibles des administrateurs, la loi punit d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de € 5 000 à € 125 000 les administrateurs qui, par des moyens frauduleux, auront opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse du prix des actions, des obligations ou des autres valeurs mobilières émises par la société (art. 165 L1915).

L'action en responsabilité doit être exercée dans les *cinq ans* du fait dommageable (art. 157 L1915).

**[968] Non-respect des règles relatives au versement de dividendes intérimaires et des règles relatives à la souscription, à l'achat/au rachat ou à la prise en gage de ses propres actions par la société.** — Le législateur a pour souci, dans les sociétés à risque limité, de protéger les intérêts des créanciers sociaux, dont le « gage » n'est que le capital social de la société, de préserver son existence au sein de la société. Une distribution de dividendes fictifs entamant le capital social, la société procédant à un remboursement d'un apport sous le couvert d'une distribution de dividendes qui n'en est pas une, les dirigeants d'une société à risque limité encourrent une responsabilité pénale en cas de distribution de dividendes fictifs (art. 167 L1915)<sup>1</sup>. Les mêmes causes produisant les mêmes

effets, la sanction pénale est étendue au versement d'acomptes sur dividendes, s'ils sont fictifs. La constitution du délit suppose la réunion de quatre éléments :

- le premier critère, qui n'en est pas un dans les faits, est lié à l'*« inventaire »* : le paiement doit être fait, en l'absence d'un bilan, malgré un bilan, ou sur la base d'un bilan frauduleux. Ceci couvre en fait tous les scénarios possibles : la société opère la distribution d'un dividende sur la base d'un bilan montrant que le bénéfice distribuable requis n'existait pas (*« malgré les inventaires »*) ; la société procède au versement d'un dividende sans vérifier au préalable, en omettant d'établir un bilan, si elle était en mesure d'effectuer le versement (*« en l'absence d'inventaires »*) ; enfin, la société prépare un bilan frauduleux, en majorant ses avoirs ou en minorant son passif exigible, afin de simuler l'existence de bénéfices distribuables (*« au moyen d'inventaires frauduleux »*). Ceci recouvre tous les scénarios possibles en matière d'établissement (non-établissement) de bilan, de sorte à être un non-critère ;
- il faut une *distribution de dividendes* (*« répartition aux actionnaires »*), ce qui nécessite au minimum que le dividende ait été mis à la disposition de l'associé. La décision de distribuer un dividende dont le paiement ne peut être demandé qu'à une date future déterminée dans la résolution ne constitue dès lors pas encore une distribution de dividendes fictifs ;
- le versement aux associés doit constituer un *dividende fictif* (v. n° [282] et s.) ;
- la distribution doit avoir été faite en *connaissance de cause* du caractère fictif du dividende.

La sanction vise non seulement les situations où les administrateurs ont distribué des dividendes qu'ils savaient fictifs (v. n° [281]), mais également celles où

<sup>1</sup> Art. 167 L1915 : « Sont punis de la même peine [Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement] : les gérants ou administrateurs qui, en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré la répartition aux actionnaires

de dividendes ou d'intérêts non prélevés sur les bénéfices réels ainsi que les administrateurs ou gérants qui contreviennent aux dispositions des articles 72-2 et 198bis ».



ils n'ont pas respecté les *règles procédurales* instaurées par la loi de 1915 à cet effet (v. n° 0).

Exemple : La société verse un acompte sur dividendes sans avoir établi d'acomptes annuels distribuables intérimaires. Le bilan de fin d'année montre que la société a toujours été en pertes durant l'année.

Même s'il n'est pas possible de conclure que les administrateurs ayant voté la mise en distribution du dividende intérimaire avaient une connaissance de la fictivité du dividende, il faut conclure qu'ils en acceptaient par avance la possibilité (et les conséquences en résultant) en n'établissant pas d'acomptes annuels intérimaires.

En revanche, l'administrateur empêché n'ayant pas assisté à la réunion du conseil d'administration ne sera pas punissable, car il n'a pas participé matériellement au corps du délit (la situation est différente pour la responsabilité civile en raison de l'obligation de dénonciation de l'infraction à l'assemblée générale).

Le même souci du législateur de préserver l'existence du capital social justifie l'application des mêmes sanctions (art. 168 L1915)<sup>1</sup> aux administrateurs qui ont contrevenu aux règles en matière d'assistance financière, c.-à-d. les règles relatives aux rachats d'actions, directement (art. 49-2 L1915 ; v. n° [1047]) ou indi-

<sup>1</sup> Art. 168 L1915 : « Seront punis des mêmes peines tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires, gérants ou membres du comité de surveillance, auront sciemment : racheté des droits sociaux en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire, et ce contrairement aux dispositions de l'article 49-2 dans le cas des sociétés anonymes et de l'article 182 paragraphes (2) à (7) dans le cas des sociétés à responsabilité limitée ; fait des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux ou donné des sûretés en vue de l'acquisition d'actions ou de parts sociales de la société ou pris en gage des actions ou des parts sociales propres, et ce contrairement aux articles 49-6 et 49-7 dans le cas des sociétés anonymes ; - ordonné, autorisé ou accepté qu'une autre société telle que définie à l'article 49bis paragraphe (1), alinéas a) et b), souscrive, acquière ou détienne des actions dans les conditions prévues par les dispositions des alinéas a) et b) du paragraphe (1) de l'article 49bis, et ce en violation de l'article 49-2 ; - fait par un moyen quelconque, aux frais de la société, des versements sur les droits sociaux ou admis comme faits des versements qui ne seront pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites. »

rectement par leurs filiales directes par assimilation (art. 49bis L1915 ; v. n° [1052]), qui ont accordé des prêts, donné des garanties (art. 49-6 L1915 ; v. n° [1042]) ou pris en gage leurs propres actions (art. 49-7 L1915 ; v. n° [1043]).

Les infractions aux distributions de dividendes ainsi qu'aux rachats d'actions sont punies d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de € 000 à € 125 000 (art. 168 L1915). Elles bénéficient de la prescription quinquennale de l'article 157 L1915.

### Section 3. Les actionnaires de la société anonyme

Les actionnaires de la société tirent leurs droits de la détention d'« actions » (§ 1). Ces droits sont tantôt collectifs (§ 2), tantôt individuels (§ 3).

#### § 1. LES TITRES ÉMIS PAR LA SOCIÉTÉ

**[969]Présentation.** — Il n'y a pas de société anonyme sans émission d'actions qui seront détenues par les actionnaires (A). La société anonyme peut également émettre des titres hybrides, proches des actions mais s'en distinguant néanmoins à bien des égards : les parts bénéficiaires (B).

#### A. LES TITRES REPRÉSENTATIFS DU CAPITAL DE LA SOCIÉTÉ : LES « ACTIONS »

**[970]Présentation.** — Le terme « action » est ambigu, car il désigne à la fois le droit de l'associé dans la société, mais également le titre par lequel son droit est représenté. Dans le premier sens, l'« action » s'oppose à la part d'intérêt (1); dans le second, on parlera des différentes formes que peuvent prendre les actions émises par une société anonyme (2).

#### 1. LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES ACTIONS

**[971]Négociabilité de l'action.** — Toutes les actions

des sociétés anonymes sont « négociables », y compris celles portant sur des sociétés en voie de constitution. Il s'agit là de la caractéristique essentielle de ce type de société visant à garantir une entrée et sortie libres des associés et donc la plus grande mobilité possible aux actions. Dans les sociétés de capitaux, la personnalité des associés compte peu, et en tout cas beaucoup moins que ce qu'ils ont apporté à la société : une fois leurs apports faits, les associés peuvent quitter la société.

La négociabilité est une facilité donnée par le droit commercial qui permet le transfert de propriété juridique par simple écriture dans le registre des actionnaires pour les actions nominatives (le « transfert »), par virement de compte à compte pour les actions dématérialisées et, jusqu'à l'abrogation des actions au porteur par une loi du 6 avril 2013, par simple remise matérielle des titres (la « tradition »). Seuls les droits sociaux négociables sont susceptibles d'être cotés en bourse, ce qui explique pourquoi la bourse ne traite que des actions émises par les sociétés de capitaux.

Deux conceptions s'opposent en matière de « négociabilité ». Selon une première opinion, le titre négociable est un instrument constatant le droit<sup>1</sup>. Il permet à ce dernier de produire ses effets vis-à-vis des tiers sans avoir recours au formalisme de l'article 1690 du Code civil. Cet *instrumentum* est alors au service de sa négociabilité. Selon une deuxième conception, le titre ne constate pas seulement le droit, il le contient<sup>2</sup>. Il fait ainsi profiter ce dernier de sa grande mobilité (ex : tradition pour les titres au porteur vifs). C'est donc au contact de cet *instrumentum* que ce droit devient négociable<sup>3</sup>. C'est vers cette

seconde conception que se sont orientés la plupart de ceux qui ont étudié les fondements de la négociabilité, créant, pour l'occasion, le mythe de l'incorporation du droit dans le titre. Pourtant, l'*instrumentum* permet juste le recours à un mode de transfert simplifié, qui, lui, est, en définitive, le véritable fondement de la négociabilité. C'est en effet parce que le virement de compte est plus simple que le formalisme de la cession civile que les titres dématérialisés sont négociables. Le propre d'une action négociable est d'être apte à changer de propriétaire par un acte directement conclu entre cédant et cessionnaire, sans qu'il soit nécessaire que la société en soit informée. Celle-ci ne connaîtra donc pas tous ses actionnaires.

**[972] Indivisibilité de l'action et démembrement de l'action.** — Si rien ne s'oppose à ce que l'action fasse l'objet d'une *indivision*<sup>4</sup>, on rencontre dans ce cas souvent de grandes difficultés pour l'exercice du droit, si les statuts n'ont pas déjà prévu le nécessaire (v. n° [242]). Tantôt les statuts généraliseront l'exigence de la désignation d'un titulaire unique pour l'exercice des droits sociaux dans la société, tantôt ils préciseront directement eux-mêmes la personne qui exercera les droits sociaux.

Le droit pour la société de fixer les modalités d'exercice des actions détenues en indivision ne saurait être contesté dans son principe, car l'action a été créée par la société ; elle ne peut dès lors être modifiée à sa guise par l'associé, notamment par voie de division. C'est ce qu'on appelle le principe d'indivisibilité de l'action<sup>5</sup>. Mais ce principe ne joue qu'à l'égard de la société ; il permet à la société de suspendre l'exercice des droits de vote d'une action qui serait la propriété indivise de plusieurs personnes, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée, à l'égard de la société, comme étant le propriétaire de l'action (art. 38 L1915)<sup>6</sup>. En

<sup>1</sup> H. CAUSSE, *Les titres négociables, essai d'une théorie juridique*, Ed. Litec, 1993, n° 5, p. 5. Pour cet auteur, l'*instrumentum* est « l'écrit qui constate un acte matériel ou juridique susceptible de produire des effets juridiques ».

<sup>2</sup> F.-G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières par les sociétés par actions*, th. Paris I, 1999, p. 383, n° 524 : « Pendant la vie du titre, à partir de sa délivrance, le droit est mis entre parenthèses, il s'efface, disparaît, pour ne plus laisser que le titre ».

<sup>3</sup> PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, les biens, Paris 1926, n° 371, p. 367 et n° 560, p. 540. Les auteurs soulignent que « cette forme au porteur a

l'avantage d'assurer au droit personnel la mobilité de la chose corporelle. Elle convient donc particulièrement aux opérations commerciales, c'est là qu'elle s'est développée » ; Ph. GOUTAY, *Titre au porteur et incorporation : réfutation d'une théorie*, Bull. Joly, 2001, 117, p. 475, spéc. p. 478.

<sup>4</sup> STORCK, Les groupements de propriétaires d'actions, *RS* 1983, p. 293.

<sup>5</sup> ESCARRA, n° 766.

<sup>6</sup> Art. 38 L1915 : « S'il y a plusieurs propriétaires d'une

revanche, le droit d'information des personnes détenant l'action indivise institué à l'article 73 L1915 reste intact.

Bien que la loi ne vise expressément que l'indivision d'actions, on applique traditionnellement cette solution, par analogie, également à l'*usufruit* et la *nue-propriété*, la légalité du démembrement de propriété des valeurs mobilières n'ayant jamais été contestée (v. n° [289] et s.). Cette règle d'usage tient à la commodité des sociétés qui ne veulent pas se soucier des partages éventuellement opérés par l'associé concernant son action. Elle permet également de respecter l'exigence légale d'une valeur nominale minimale pour chaque action, alors que, très souvent, les sociétés émettent leurs actions à ce minimum légal. Concrètement, elle empêche qu'une personne puisse réclamer un titre distinct pour sa part ou exiger le paiement de la part qui lui revient dans les dividendes.

Le principe d'indivisibilité de l'action semble contredit par l'article 37 L1915, en ce qu'il autorise une division des actions en « coupures » qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action. Mais la contradiction n'existe qu'en apparence, car les droits politiques et financiers ne sont accordés aux détenteurs de coupures d'actions que dans la mesure où celles-ci sont détenues en un nombre suffisant pour former une action, ce qui restaure l'indivisibilité de l'action sur le plan pratique. C'est ainsi qu'une action divisée en 5 coupures donnera droit au dividende et conférera un droit de vote d'une action, si le porteur de coupures en détient 5 ; avec 10 coupures, les droits seront ceux qui sont normalement attribués à la détention de 2 actions, et ainsi de suite. Les actions en coupure sont largement inconnues dans la pratique sociétaire. Leur principal cas d'application pratique semble être celui des émissions de capital, où il faut détenir un certain nombre d'actions afin de pouvoir souscrire à une action nouvelle (p.ex. 10 actions existantes pour une action nouvelle), ou pour avoir droit à une action gratuite (p.ex. 10 actions existantes pour une action gratuite). Dans ce cas, le détenteur de 7 actions, par exemple, obtiendra 7 coupures d'une action en comportant 10. S'il

acquiert 3 coupures additionnelles, il obtiendra les mêmes droits politiques et financiers pour ses 10 coupures que s'il était détenteur d'une action. Les coupures ne sont pas des actions ; en dépit de la division, l'action demeure l'unité.

Les actions en coupure sont à distinguer de la division d'une action existante en X actions nouvelles (p.ex. : une action existante devient 10 actions nouvelles), car chaque détenteur d'une action divisée détient nécessairement des actions entières. Connue sous le nom de « *split* », la division d'actions est principalement pratiquée par les sociétés cotées en bourse, qui souhaitent réduire la valeur boursière de leurs titres, afin de les rendre plus accessibles aux épargnants<sup>1</sup>.

**[973] Fongibilité de l'action.** — L'action est un bien fongible dans la mesure où toutes les actions ont une même valeur nominale, sont émises au même prix et confèrent les mêmes droits. À égalité de valeur nominale, les actions donnent droit au même dividende, au même remboursement, à la même voix.

Le principe de fongibilité nécessite que toutes les actions soient interchangeables. Pour cette raison, les actions ont, en principe, toutes la même valeur nominale. Jusqu'à la réforme de 2016, ce principe ne se trouvait écarté que dans certains cas particuliers. C'est ainsi qu'il est possible d'émettre des actions de valeur différente dans les organismes de placement collectif, lorsque le fonds d'investissement est à compartiments multiples (art. 111 al. 3 de la loi du 30 avr. 1988). Cette disposition se justifie par le caractère juridiquement et financièrement autonome de chaque compartiment au sein du fonds d'investissement concerné. Des raisons de flexibilité se trouvent également à la base de la possibilité pour les promoteurs d'une société de titrisation d'émettre des actions à valeur nominale différente, bien que cela n'ait pas d'impact sur le droit de vote des actionnaires (art. 63 al. 2 de la loi du 22 mars 2004). Si, p.ex., une société détient deux classes d'actions, une classe A de 1 000 actions à € 100 de valeur nominale, et une classe B de 1 000 actions également, mais à € 50 de valeur nominale seulement, une action A donnera droit à deux votes, contrairement à une action B dont le droit de vote est limité à un. Une règle similaire a existé pour les sociétés holdings milliardaires (art. 16 al. 1<sup>er</sup> de l'arrêt du 17 déc. 1938), même si l'on se demande bien pourquoi (les esprits chagrins mettront cela sur le compte de l'irrationalité de la loi fiscale). La loi du 10 août 2016 a généralisé cette possibilité d'émettre des actions d'inégale valeur nominale (art. 37 § 1<sup>er</sup> L1915 : l'expression « actions d'égal

---

action ou coupure d'action, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action ou de la coupure. Les propriétaires indivisaires ont cependant droit à l'information prévue à l'article 73 ».

---

<sup>1</sup> DE MENTHON, La stratégie du split, *Option finance*, 1993, n° 252, p. 16

valeur » a été changée en « actions »). Le droit de vote sera, en principe, proportionnel au capital détenu ; les statuts peuvent cependant prévoir une règle différente, ce qui, en pratique, voudra sans doute dire qu'ils confèrent un droit de vote par action (art. 67 § 4 al. 2 L1915). Comme les actions sont d'inégale valeur, cela permet en pratique de moduler les droits de vote, en diluant, à capital investi identique, les droits de vote de certains actionnaires au profit d'autres actionnaires.

Cette règle n'est toutefois pas absolue et ne s'applique qu'au sein de chaque catégorie d'actions. Il est en effet possible de créer des actions ordinaires et des actions privilégiées, des actions avec droit de vote et des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (v. n° [975] et s.). Ces actions n'ont pas la même valeur et ne confèrent pas toujours les mêmes droits. Mais au sein de chaque catégorie d'actions concernée, le caractère fongible subsiste, chaque action d'une même classe donnant les mêmes droits que les autres actions de la même classe.

Il est vrai cependant que la fongibilité de l'action n'est pas exactement celle du droit civil, qui se caractérise par le défaut d'individualisation de la chose (ex : un kilo de sucre). Les actions sont, en revanche, individualisées, soit par le nom de leur titulaire (actions nominatives), soit par un numéro d'ordre (actions au porteur). La fongibilité de l'action est plutôt d'ordre économique en ce sens qu'une action en vaut exactement une autre. La fongibilité juridique n'existe à proprement parler que pour les titres financiers placés en dépôt auprès d'un dépositaire du secteur financier dans le cadre de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles<sup>1</sup>. Il s'ensuit qu'une personne peut prêter à une autre les actions dont elle est le titulaire, à charge pour l'emprunteur de lui restituer des actions semblables (« prêt de consommation »), tout comme il peut convenir avec l'emprunteur une restitution en nature d'exactly les mêmes actions que celles qui lui ont été prêtées (« prêt à usage »).

#### [974] Aspects économiques de l'action. —

L'acquisition d'actions répond également à un certain nombre de considérations économiques valant en général pour toute détention d'actions.

L'action constitue, contrairement à l'obligation, un refuge intéressant contre la *dépréciation monétaire*. Elle

représente en effet, au point de vue économique, une quote-part de l'actif net de la société (usines, matériel, stocks, etc.) de sorte que son prix évolue au même rythme que la valeur de l'actif net de la société : lorsque ce dernier augmente en raison de l'inflation, il en sera de même de l'action. L'obligation, en revanche, ne représente qu'une créance monétaire remboursée à la valeur nominale ; elle supporte donc intégralement les effets de la dépréciation monétaire.

Mais l'action constitue également un merveilleux *moyen de spéculation*, surtout en ce qui concerne les droits sociaux les plus liquides, à savoir les actions cotées à la bourse. À la belle époque (fin des années 1990), lors de la bulle des « dot-com », tout un public d'épargnants classiques cherchait à faire des gains à court terme, en surveillant, au jour le jour, la cote de la bourse, afin de profiter des brusques mouvements de cours pour empocher de confortables plus-values. On sait ce qu'il est advenu de cette stratégie, en raison de la déconnexion des cours boursiers poussés par la bulle spéculative avec les réalités économiques. À long terme, la réalité finit toujours par s'imposer.

L'action est encore un *moyen de puissance* dans la société. En effet, puisque la possession d'un paquet d'actions peut permettre de dominer une entreprise, l'action peut être recherchée par ceux qui veulent obtenir le contrôle sur une société. C'est pour cette raison d'ailleurs que le prix payé pour les actions d'une société peut fortement varier, selon que le paquet d'actions ainsi acquis permet ou non d'obtenir la majorité au sein de la société. Dans le cas de l'acquisition d'une majorité de contrôle dans la société, l'acquéreur est, la plupart du temps, prêt à payer une prime de contrôle.

Les différentes fonctions des actions et motivations des investisseurs expliquent pourquoi le cours d'une action est, la plupart du temps, bien différent de sa valeur mathématique, c.-à-d. de la quote-part de l'actif net de la société qu'elle représente.

<sup>1</sup> Mém. A n° 106, p. 2180.

## 2. LES DIFFÉRENTS TYPES D'ACTIONS

[975] **Égalité des droits au sein de chaque classe d'actions**<sup>1</sup>. — Le principe d'égalité est une disposition centrale du droit public, notamment du droit constitutionnel sous la forme de l'égalité devant la loi. Si sa transposition en droit privé, tel en droit des sociétés, est loin d'être évidente<sup>2</sup>, il n'en reste pas moins qu'en principe toutes les actions d'une société anonyme confèrent les mêmes droits politiques et financiers dans les assemblées d'actionnaires, et disposent donc d'un même droit au dividende et d'un même droit de vote. C'est ce qu'on appelle le principe d'égalité des actions, dont on chercherait en vain cependant toute consécration dans le texte de la loi de 1915.

La réforme a légèrement infléchi cette proposition, sans la modifier fondamentalement. C'est ainsi que l'article 49-2 § 1<sup>er</sup> L1915, dans sa version post-réforme 2016, permet le rachat d'actions « sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation ». L'article 182 § 5 L1915 étend cette règle, en recourant à la même terminologie, aux rachats de parts sociales dans les SARL. « Sans préjudice » étant synonyme de « sous réserve de », le rachat d'actions dans les sociétés anonymes et dans les SARL ne peut donc être réalisé que sous réserve de respecter le principe d'égalité. Ce principe ne s'applique cependant pas de manière absolue mais relative, dans la mesure où les actionnaires se trouvent dans la même situation. Ce n'est toujours que l'importation, dans la loi de 1915, du principe d'égalité de traitement de la loi du 24 mai 2011 concernant les droits d'actionnaires aux assemblées dans les sociétés cotées (art. 2), où l'égalité ne s'applique également que dans la mesure où les

actionnaires « se trouvent dans une situation identique »<sup>3</sup>.

Le principe de l'égalité de traitement des actionnaires est affirmé par différentes *directives communautaires*, intervenant dans des domaines distincts, à tel point que l'on peut se demander s'il ne constitue pas une véritable pierre angulaire du droit européen des sociétés. Cependant, il ne s'agit, dans chacune de ces directives, que d'une affirmation du principe d'égalité que l'on peut qualifier de « sectorielle », dans la mesure où chacun de ces textes possède un domaine d'application bien défini. Le premier texte européen faisant référence à ce principe est l'article 42 de la deuxième directive, selon lequel « les législations des États membres garantissent un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques » dans le cadre de l'application de ladite directive. Il impose notamment un traitement égalitaire des actionnaires lors des augmentations ou des réductions de capital social, en particulier en ce qui concerne le droit préférentiel de souscription. La directive 2004/25/CE sur les OPA pose également pour principe général que « tous les détenteurs de titres de la société visée qui appartiennent à la même catégorie doivent bénéficier d'un traitement équivalent » (art. 3, point a). Cette exigence d'égalité de traitement dans le cadre des offres publiques d'acquisition trouve sa concrétisation dans les dispositions de la directive relatives au prix proposé aux actionnaires et au système de l'offre obligatoire. Le principe d'égalité de traitement est également affirmé par l'article 17 de la directive 2004/109/CE, dite « Directive Transparence », selon lequel la société dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé doit « assurer l'égalité de traitement de tous les détenteurs d'actions qui se trouvent dans une situation identique », ainsi que par l'article 4 de la directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées, qui dispose que « la société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale ». Une forme particulière de l'égalité de traitement a été réalisée par cette directive : il s'agit de celle entre, d'une part, les actionnaires qui résident sur le territoire de l'État membre de la société dont ils sont actionnaires, et, d'autre part, ceux qui n'y résident pas (actionnaires dits « non-résidents »)<sup>4</sup>. Elle est affirmée par l'article 4 de ce texte et réaffirmée par son article 5 § 2, qui exige un accès « non discri-

<sup>1</sup> En détail : MESTRE, L'égalité en droit des sociétés, *Rev. soc.* 1989, p. 399 ; SIMONT, L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme, *RPS* 1997, n° 6 724, p. 235 ; DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, th., Bruxelles, 2004 ; GERMAIN, Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées, in : *Mélanges Didier*, Paris, 2008, p. 189 ; OLIGES/ALDINGER, Le traitement égalitaire des actionnaires d'une société anonyme en droit luxembourgeois, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 1.

<sup>2</sup> En ce sens : MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, Aix-en-Provence, 2003, spéc. p. 429 et s.

<sup>3</sup> Loi du 24 mai 2011, *Mém. A* n° 109, p. 1708.

<sup>4</sup> MALECKI, L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *Bull. Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> septembre 2007, p. 927, n° 1.

minatoire » à la convocation à l'assemblée générale et aux autres informations devant être mises à la disposition des actionnaires. Il se dégage de chacun de ces textes que le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires n'est applicable que dans la mesure où ceux-ci se trouvent dans une « situation identique » ou dans des « conditions identiques ». Le caractère relatif du principe n'échappera pas au lecteur, ce qui a amené la doctrine à parler d'un « clair-obscur »<sup>1</sup>.

Le principe d'égalité en droit des sociétés est relatif et non absolu. Il s'agit en effet d'une *égalité entre actions* et non d'une égalité entre actionnaires, car, plus une personne a d'actions, plus elle a de droits. Par ailleurs, n'étant pas d'ordre public, le principe d'égalité peut faire l'objet d'aménagements statutaires. L'égalité doit ainsi être conçue objectivement, par catégorie d'actions : le principe d'égalité exige seulement que celui qui détient des actions d'une même classe ait les mêmes droits et obligations que les autres titulaires d'actions de cette classe. L'égalité en droit des sociétés est donc catégorielle. Cela se conçoit d'autant plus facilement que les actionnaires d'une même société présentent des profils souvent différents. Les uns sont des actionnaires individuels, les autres des actionnaires institutionnels, certains habitent dans le pays, d'autres à l'étranger ; il y a les actionnaires spéculateurs à la recherche d'un rendement rapide et les actionnaires stables privilégiant la rentabilité sur le long terme ; les actionnaires minoritaires s'opposent aux majoritaires ; les actionnaires peuvent rester totalement passifs, en ce qu'ils sont uniquement intéressés au rendement de leur investissement, ou, au contraire, se comporter comme des actionnaires omniprésents pesant de tout leur poids sur le gouvernement de l'entreprise ; et, enfin, il y a les actionnaires privés « bon père de famille », d'un côté, et les actionnaires professionnels, de l'autre côté. Le principe d'égalité ne saurait avoir pour vocation de vouloir gommer toutes ces différences de situation.

Pour tenir compte de cette diversité, la société émet souvent différentes catégories d'actions, les différences

se reflétant sur le plan des droits financiers (et parfois également sur le plan des droits politiques<sup>2</sup>) qui sont accordés à leurs titulaires. Une société peut dès lors combiner l'émission d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote avec des actions ordinaires à droit de vote (v. n° [979]), des actions préférentielles avec des actions ordinaires (v. n° [980]) et décliner de manière différente, au sein des actions préférentielles, le caractère privilégié de ces actions. Cette adaptation des droits politiques et financiers accordés aux actions permet d'ajuster le financement par fonds propres de la société à ses propres besoins ainsi qu'au profil variable des investisseurs. Cela n'enfreint aucunement le principe d'égalité, car les droits financiers et politiques demeurent les mêmes au sein de chaque catégorie d'actions. L'égalité des actions n'est en effet pas d'ordre public, et il ne semble même pas s'agir d'un principe général de droit<sup>3</sup>. Aussi les droits respectifs des actionnaires peuvent-ils être modifiés, sous réserve seulement de respecter deux dispositions s'imposant à toutes les

<sup>2</sup> Les États ou émanations d'États disposent parfois d'actions privilégiées en termes de droits de vote dans des entreprises considérées d'intérêt national (postes, ...). Ces actions dites « *golden shares* », en raison du droit de veto qui leur est souvent accordé, peuvent restreindre la libre circulation des capitaux et, de ce fait, ne pas être conformes au droit communautaire ; v. MENJUCQ, *Golden shares : la CJUE maintient le cap*, *Bulletin Joly*, p. 911 ; MALHERBE/UDEKEM D'ACQZ, Les « actions dorées » et le droit communautaire, *RPS* 2010 n° 3, p. 383.

<sup>3</sup> Cour 12 juill. 2006, *RTL Group*, n° 28 403 : « vu la controverse qui existe quant à la portée juridique exacte du principe égalitaire des actionnaires en droit des sociétés, on ne saurait tirer du droit des sociétés – ce au-delà des dispositions spécifiques de la législation sur les sociétés commerciales qui traduisent le principe d'égalité des actionnaires dans des situations bien déterminées – aucun principe général égalitaire des actionnaires » ; v. également CJUE *Audiolux e.a.*, 15 octobre 2009, aff. 101/08, note BOONE *JurisNews* Vol. 2 n° 9/2009, p. 81 ; selon cet auteur, le principe général d'égalité de droit communautaire n'est d'aucun secours dans un domaine aussi spécifique que le droit des sociétés où le législateur doit constamment « pondérer les intérêts en jeu ».

<sup>1</sup> DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, th., Bruxelles, 2004, p. 297.

sociétés :

- les règles relatives au *droit de vote* des actionnaires sont d'ordre public. Aussi, chaque actionnaire, exception faite de l'actionnaire sans droit de vote, disposera d'un droit de vote égal à celui de tout autre actionnaire, quelle que soit la catégorie d'actions considérée (v. toutefois n° [242]);
- la flexibilité dans la détermination des *droits financiers* des différentes classes d'actions est limitée par la prohibition des clauses léonines (v. n° [125] et s.).

#### a) LES DIVISIONS MAJEURES

La liberté contractuelle permet aux fondateurs de la société d'ajuster les modalités d'émission des titres de capital à leurs besoins, en choisissant parmi certaines formules offertes par la loi, le cas échéant en les combinant entre elles.

##### i. La forme des actions

**[976]Actions au porteur.** — Dans l'action au porteur, le titre ne porte aucun nom de propriétaire et ne diffère des titres de la même émission que par un numéro. Il suffit de transmettre la possession du morceau de papier qui forme le titre pour transmettre la propriété juridique du titre ainsi que tous les droits attachés à l'action (art. 42 L1915 : la « tradition » du titre). L'inconvénient, pour l'actionnaire, réside dans le risque de perte ou de vol<sup>1</sup> ; pour la société, dans l'impossibilité de connaître avec précision ses associés.

L'action au porteur d'une SA, *meuble corporel*, in-

corpore et représente le droit qu'elle constate. Elle doit, de ce fait, pouvoir être distinguée des actions au porteur émises par d'autres sociétés anonymes. D'où l'obligation pour l'action de contenir *diverses indications* : date de l'acte constitutif, durée de la société, date et lieu de l'assemblée générale annuelle, montant du capital social, nombre et valeur nominale des actions, consistance sommaire des apports, avantages particuliers accordés aux fondateurs de la société (art. 41 L1915). L'action au porteur est signée par deux administrateurs.

L'inconvénient des actions au porteur (et leur charme, selon certains) est qu'elles préservent l'anonymat de l'actionnaire. Cette caractéristique va à l'encontre du souci de transparence préconisé par des institutions tel le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. De même, le GAFI (Groupe d'action financière) y voit à juste titre un risque d'utilisation aux fins de *blanchiment d'argent*. Plutôt que d'abroger purement et simplement les actions au porteur (en prévoyant leur conversion obligatoire en actions nominatives), une loi du 28 juillet 2014 a prévu l'immobilisation obligatoire des actions<sup>2</sup> (« actions et parts au porteur ») au porteur, existantes et nouvellement créées, cotées ou non, auprès d'un intermédiaire professionnel réglementé (banques, avocats, ...), le dépositaire<sup>3</sup>. Ce dépositaire sera désigné par l'organe de gestion de la société ; il agira comme mandataire (et non pas comme organe) de la société, en tenant un *registre* comportant toutes les informations nécessaires à l'identification des actionnaires au porteur. Contrairement au registre des

<sup>1</sup> Le porteur de l'action est présumé en être le propriétaire : Lux. 3 févr. 1989, n° 62/89 ; Lux. (référés) 28 juin 2002 : « possession vaut titre » (art. 2279 C.civ.). Contrairement donc à l'adage « on ne peut transférer à autrui plus de droit que l'on a soi-même », l'acheteur d'une action n'a pas besoin de s'occuper du droit de propriété du vendeur de l'action. De ce fait, le sous-acquéreur de bonne foi se trouve protégé contre toute revendication du propriétaire dépossédé.

<sup>2</sup> Les parts de SARL ne sauraient être visées, car elles ne sont jamais au porteur. On ne voit dès lors pas bien à quoi les « parts » de la loi de 2014 feraient référence. On pourrait songer aux « parts bénéficiaires », mais ce point reste controversé : v. D. BOONE, Loi du [28] juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur, *JurisNews Droit des Sociétés*, n° 3-4/2014.

<sup>3</sup> CHARLIER et alii, Réforme du régime des actions au porteur, *ACE* 2014/10, p. 21.

actions nominatives, ce registre n'est pas librement accessible aux actionnaires de la société, et l'actionnaire au porteur inscrit ne peut prendre connaissance que des inscriptions qui le concernent, et non de celles concernant les autres actionnaires au porteur.

La cession de l'action au porteur n'intervient, du coup, plus par la seule remise de l'action, comme par le passé, mais s'opère de la même façon que pour les actions nominatives sous la forme d'une inscription en ce sens sur le registre des actions au porteur tenu par l'intermédiaire (art. 42 § 4 L1915)<sup>1</sup>. La propriété de l'action au porteur s'établit également par une inscription au registre, et non plus par la possession du titre. L'actionnaire au porteur peut exiger la remise d'un certificat constatant toutes les inscriptions le concernant. Ce certificat ne vaut pas comme titre de propriété, mais certifie uniquement le dépôt de l'action.

**[977]Actions nominatives.** — Si le titre est nominatif (action nominative), l'actionnaire voit son nom inscrit sur un registre tenu par la société (art. 39 L1915)<sup>2</sup>, le « *registre des actions nominatives* ». Tenu par la société émettrice, le registre indique le titulaire des actions et le nombre d'actions qu'il détient, d'où le qualificatif de « nominatif ». Très logiquement, de ce fait, toute transmission du titre suppose un transfert effectué sur ce registre. Ce système permet d'assurer la « traçabilité » des actions tout au long de la chaîne des cessions successives<sup>3</sup>. Si l'on réserve le cas des actions non

encore libérées, qui sont toujours nominatives<sup>4</sup> (v. n° [874]), la forme nominative ou au porteur des actions résultera des statuts. Le législateur ayant marqué une préférence pour la forme nominative, l'action au porteur peut toujours être convertie en une action nominative (art. 43 al. 1<sup>er</sup> L1915 ; cette disposition est d'ordre public)<sup>5</sup>, tandis que les statuts peuvent bannir le droit de conversion en actions au porteur (art. 43 al. 2 L1915)<sup>6</sup>.

La loi ne régleme pas comment le registre des actions nominatives doit être tenu. En pratique, le registre des actions nominatives réserve un folio par associé nominatif. Sur ce folio se trouvent répertoriées toutes les opérations concernant cet associé et la société : le nombre d'actions qu'il détient, les versements qu'il a faits pour les libérer, les transferts d'actions à un autre actionnaire nominatif ou en provenance de ce dernier ; la conversion en actions au porteur. En cas de cession intégrale des actions nominatives, le solde du folio de l'actionnaire en nom indiquera 0 après transfert, un nouveau folio étant ouvert pour l'acquéreur des actions nominatives en vue d'y renseigner l'entrée des titres dans son portefeuille. Les actionnaires disposent d'un droit d'inspection du registre des actions nominatives, ce qui leur permet de suivre l'évolution du cercle des actionnaires au fil du temps (art. 39 L1915)<sup>7</sup>.

---

constitue pas une présomption irréfragable de preuve, la société pouvant prouver que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives. Mais tant que cette preuve n'est pas rapportée, la personne dont le nom figure sur le registre peut se prévaloir de la qualité d'actionnaire : Cour 30 octobre 2002, n° 25 762 ; La preuve contre l'inscription au registre se fait par tous moyens : Cour 19 juin 1996, n° 17 1789 ; Cour 7 juill. 1999, n° 23 007 ; Lux. 1<sup>er</sup> déc. 2004, n° 87 256, *Bull. Barreau* 2005, p. 129.

<sup>4</sup> Lux. 26 juin 1998, n° 44 612 ; 44 613 et 44 614.

<sup>5</sup> Art. 43 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les propriétaires d'actions ou de titres au porteur peuvent, à toute époque, en demander la conversion, à leurs frais, en actions ou titres nominatifs ou, si les statuts le prévoient, en actions ou titres dématérialisés. Dans ce dernier cas, les frais sont à la charge de la personne prévue par la loi relative aux titres dématérialisés. »

<sup>6</sup> Art. 43 al. 2 L1915 : « A moins d'une défense formelle exprimée dans les statuts, les propriétaires d'actions ou de titres nominatifs peuvent, à toute époque, en demander la conversion en actions ou en titres au porteur. »

<sup>7</sup> Art. 39 L1915 : « Il est tenu au siège social un registre des

<sup>1</sup> Art. 42 § 4 L1915 : « Le dépositaire détient les actions déposées conformément au paragraphe 1<sup>er</sup> pour compte de l'actionnaire qui en est propriétaire. La propriété de l'action au porteur fait l'objet d'une inscription sur le registre. A la demande écrite de l'actionnaire au porteur, un certificat constatant toutes les inscriptions le concernant lui est délivré par le dépositaire. Toute cession est rendue opposable par un constat de transfert inscrit sur le même registre par le dépositaire. Le dépositaire peut à ces fins accepter tout document ou notification constatant le transfert de propriété entre cédant et cessionnaire. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 39 L1915 : « Il est tenu au siège social un registre des actions nominatives (...) ».

<sup>3</sup> L'inscription sur le registre des actions nominatives ne



L'inscription au registre des actionnaires établit la *propriété de l'action* vis-à-vis des tiers comme de la société (art. 40 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Entre parties, cependant, la cession de l'action nominative résultera de l'échange de consentements. L'inscription pourra avoir trois origines:

- le transfert pourra résulter d'une *déclaration de transfert* signée par le cédant et le cessionnaire (ou par leurs mandataires, leurs « fondés de pouvoirs ») sur le registre des actionnaires. Cela n'est que logique, car le registre est la preuve de la propriété juridique sur les actions transférées, et le cédant ainsi que le cessionnaire ont l'intérêt le plus direct à ce que la société et les tiers soient au courant du transfert d'actions ;
- il pourra également résulter d'une *notification à la société* ou de l'acceptation par celle-ci de la transmission, soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé (art. 1690 C.civ.) ;
- enfin, la société pourra procéder à l'inscription sur la base de *documents probants* (p.ex. : copie du contrat de vente).

---

actions nominatives dont tout actionnaire pourra prendre connaissance. Ce registre contient : - la désignation précise de chaque actionnaire et l'indication du nombre de ses actions ou coupures ; - l'indication des versements effectués ; - les transferts avec leur date ou la conversion des actions en titres au porteur ou en titres dématérialisés, si les statuts l'autorisent » ; v. BOON et alii, Les registres de titres nominatifs, *JurisNews. Regard sur le Droit des Sociétés*, Vol. 4 n° 10/2011, p. 167 : les statuts pourront sans doute limiter l'accès au folio concernant l'actionnaire, la SA étant, comme son nom l'indique, « anonyme ».

<sup>1</sup> Art. 40 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « La propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit par l'article précédent ». Concernant l'effet substantiel ou seulement probatoire de l'inscription au registre ; v. CONSTANTIN, *Affaire Madoff* : les belles questions de droit posées par la propriété des titres Luxalpha, *La Semaine Juridique* n° 15, 2011, p. 706 ; BOON et alii, Les registres de titres nominatifs, *JurisNews. Regard sur le Droit des Sociétés*, Vol. 4 n° 10/2011, p. 167.

Parallèlement à l'inscription au registre des actions nominatives, la société émettra souvent un *certificat d'inscription*. Mais celui-ci, contrairement au registre des actions nominatives, n'établit pas la propriété sur l'action<sup>2</sup> ; elle ne fait office que d'attestation du titre de propriété résultant de l'inscription au registre des actionnaires et a une valeur plus psychologique (l'actionnaire aimant généralement avoir quelque chose en mains) que juridique (le certificat ne fait preuve que comme copie).

**[978] Actions dématérialisées<sup>3</sup>.** — Par opposition à un titre « papier » (comme une action, un bon de caisse), aucune livraison physique n'est prévue pour certains titres. Le titre n'existe, dans ce cas-là, que sous forme d'écriture et ne fera jamais l'objet d'une impression sur papier.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 avril 2013 relative aux titres dématérialisés, les titres de sociétés étaient soit au porteur, soit nominatifs, à l'exception de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation et du règlement grand-ducal du 19 décembre 2002 fixant les conditions et les modalités d'émission d'emprunts d'État. Ces textes permettaient, certes, explicitement l'émission de titres dématérialisés mais négligeaient cependant de prévoir un régime juridique pour ces titres. Par ailleurs, la pratique considérait possible, en dehors de ces deux cas particuliers, l'émission de titres dématérialisés<sup>4</sup>, ou pour le

---

<sup>2</sup> Lux. 25 juin 2004, n° 476/2004, *Bull. Barreau* 2004, p. 206 ; Cour 8 nov. 2005, n° 29 357.

<sup>3</sup> Loi du 6 avr. 2013, *Mém. A*, n° 71, 15 avr. 2013, p. 890 ; BONARA, *JurisNews, Droit des sociétés*, Vol. 5, n° 2/3, 2012, p. 171 ; DUPONT, L'émission de titres dématérialisés sous la loi relative aux titres dématérialisés, in : *Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014*, Vol. IV, p. 2065 ; concernant le régime transitoire d'immobilisation des actions au porteur : DUPONT/HOSS, La loi du 28 juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur, *ALJB* 2015, p. 7 ; SOMMA, L'immobilisation des actions et parts au porteur, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 149.

<sup>4</sup> MOUSEL/FAYOT, La circulation des titres, in : *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Vol. 3, éd. Larcier, n° 39-11.

moins leur tenue et conservation après émission<sup>1</sup>, sur la base du principe de l'autonomie de la volonté. Les titres physiques étaient déposés sous forme de certificat global auprès d'un dépositaire professionnel qui les inscrit en compte à partir duquel ils circulent de manière « dématérialisée » par virement de compte à compte. La dématérialisation des titres était réalisée lors de leur conservation auprès d'un dépositaire, les titres étant, à l'origine, soit au porteur, soit nominatifs.

La loi de 2013 a consacré cette pratique en introduisant la possibilité d'émettre des titres dématérialisés, dont la caractéristique principale est qu'ils ne sont représentés que par une *inscription dans un compte d'émission*. Chaque émission de titres dématérialisés fongibles entre eux doit être enregistrée dans un seul compte d'émission auprès d'un seul organisme de liquidation ou d'un seul teneur de compte central. Cet organisme ou teneur de compte central va ouvrir des comptes-titres à des personnes, souvent des teneurs de compte, au crédit desquels seront inscrits des titres appartenant à ou tenus par ces personnes (art. 4 L2013). L'organisme ou teneur de compte central n'est pas le propriétaire des actions dématérialisées, pour lesquelles il est inscrit auprès de la société émettrice ; il en est de même des sous-teneurs de compte, la propriété de l'action dématérialisée restant chez la personne ayant le compte en question chez le sous-teneur de compte. L'organisme ou teneur de compte central, tout comme le sous-teneur de compte, indiqueront donc dans leurs registres respectifs que cette personne est le propriétaire de l'action dématérialisée (ce qui facilite, du coup, les réconciliations).

Tout émetteur peut émettre des titres dématérialisés, pourvu que ses statuts l'y autorisent (art. 5 1<sup>er</sup> tiré et art. 9 L2013) et qu'il fasse enregistrer la totalité de l'émission de titres dématérialisés de même genre auprès d'un seul organisme de liquidation ou d'un seul teneur de compte central (art. 5 2 tiré et art. 6 L2013). Ce dernier est choisi par la société émettrice (art. 8 L2013) mais doit, par ailleurs, être agréé conformé-

ment à la loi luxembourgeoise du 5 avril 1993 relative au secteur financier (art. 20 et s.). Afin de faciliter la conversion des actions existantes en actions dématérialisées, la loi de 2013 permet à l'émetteur d'opérer une telle conversion, sur une base volontaire ou obligatoire (art. 9) ; le détenteur d'actions au porteur (indépendamment de ce que prévoient les statuts) ou nominatives (si les statuts le prévoient ainsi) a ce même droit (art. 43).

Les actions dématérialisées se transmettent par *virement de compte à compte*, entre titulaires de compte auprès d'un même teneur de comptes. Si, par contre, le cédant et le cessionnaire ont leurs comptes titres auprès de teneurs de comptes différents, la liquidation de la transaction doit en principe se faire à travers l'organisme de liquidation ou le teneur de compte central (art. 15 L2013).

#### ii. *Le droit de vote accordé aux actions*

**[979]Actions à droit de vote et actions sans droit de vote.** — Le principe général en matière de sociétés anonymes est que toute action donne droit à une voix aux assemblées. Mais il est également possible, depuis une loi de 1985, pour une SA d'émettre des *actions à dividende prioritaire sans droit de vote*. En effet, il était apparu que le droit de vote ne présentait guère d'intérêt pour bon nombre d'associés, ceux-ci étant prêts à y renoncer en échange d'une promesse d'une rémunération majorée (« associés payés pour se taire »). Par ailleurs, le seul groupe luxembourgeois véritablement international de l'époque espérait que les pouvoirs publics luxembourgeois augmentent leur participation dans son capital social, mais voulait éviter de tomber sous le contrôle de l'État. D'où l'idée des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (anc. art. 44 L1915)<sup>2</sup>. Le système introduit en droit luxem-

<sup>1</sup> DUPONT, La dématérialisation des titres: défi juridique et réalité incontournable, *Droit et Banque* n° 27, p. 12.

<sup>2</sup> Art. 44 anc. L1915 : « (1) L'émission d'actions représentatives du capital sans droit de vote ne peut avoir lieu qu'aux conditions suivantes : 1) elles ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social ; 2) elles doivent conférer, en cas

bourgeois par la loi de 1985 visait à réaliser un équilibre raisonnable entre les exigences de la protection légitime des actionnaires et les besoins d'un meilleur accès au marché des capitaux pour les sociétés<sup>1</sup>. Disposition dérogatoire au droit commun et donc d'interprétation stricte, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote ne pouvaient être émises qu'en respectant l'ensemble des conditions de fond et de forme exigées à cet effet par le législateur. Lorsqu'une de ces conditions n'était pas remplie, l'émission des actions n'était, certes, pas nulle, mais les actions jouissaient du droit de vote comme les actions ordinaires.

L'ancien article 44 L1915 soumettait l'émission d'actions à deux conditions ; elles devaient conférer, ce qui est tout à fait normal, un droit privilégié au bénéfice et au remboursement de l'apport ; elles ne pouvaient représenter plus de la moitié du capital social. Cette deuxième condition est apparue comme constituant un frein à l'émission d'actions sans droit de vote. Pour cette raison, la loi du 10 août 2016 a abrogé l'article 44 L1915, ce qui permet dorénavant à l'assemblée des actionnaires d'émettre autant d'actions sans droit de vote que jugé nécessaire (art. 45 L1915)<sup>2</sup>.

---

de répartition des bénéfices, le droit à un dividende privilégié et récupérable correspondant à un pourcentage de leur valeur nominale ou de leur pair comptable à fixer par les statuts, sans préjudice du droit qui peut leur être accordé dans la répartition du surplus des bénéfices ; 3) elles doivent conférer un droit privilégié au remboursement de l'apport, sans préjudice du droit qui peut leur être accordé dans la distribution du bénéfice de liquidation. (...)».

<sup>1</sup> Doc parl. n° 2890, Session 1984-1985, p. 3.

<sup>2</sup> Art. 45 L1915 : « (1) L'émission d'actions sans droit de vote peut avoir lieu : - lors de la constitution de la société si les statuts le prévoient, - lors d'une augmentation de capital, - lors de la conversion d'actions ordinaires en actions sans droit de vote. Dans les deux derniers cas, l'assemblée générale délibère selon les règles prescrites par l'article 67 -1 (1) et (2). (2) L'émission d'actions sans droit de vote ne peut avoir lieu qu'à la condition que le droit à un dividende en cas de répartition des bénéfices, le droit au remboursement de l'apport et, le cas échéant, le droit à la distribution d'un bénéfice de liquidation soient fixés par les statuts. (3)

Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote peuvent être créées au moment de la *constitution* de la société, comme lors d'une *augmentation de capital* ultérieure, en raison d'apports nouveaux faits à la société ou du fait de la *conversion d'actions existantes à droit de vote* (art. 45 § 1<sup>er</sup> L1915). S'agissant d'une décision modifiant le capital social, elle ne peut être prise qu'en *assemblée générale extraordinaire*, car il s'agit de modifier les statuts de la société (art. 45 § 1<sup>er</sup> dernier alinéa L1915). Lorsque l'émission a lieu par voie de conversion d'actions existantes, l'*offre de conversion* doit être faite en même temps et à proportion de leur part dans le capital social à tous les actionnaires (art. 45 § 4 L1915)<sup>3</sup>.

Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote doivent conférer à leur propriétaire un *privilège financier* par rapport aux actions ordinaires (art. 45 § 2 L1915). Il appartient aux statuts de régler la portée de ce privilège : il pourra porter sur les dividendes, le remboursement du capital, ou des deux. Souvent, les actions sans droit de vote prévoient un droit à un *premier dividende privilégié exprimé en pourcentage de la*

---

L'assemblée générale détermine le montant maximal de telles actions à émettre. (...)».

<sup>3</sup> Art. 45 § 4 L1915 : « En cas de création d'actions sans droit de vote par voie de conversion d'actions ordinaires déjà émises ou, si cette faculté a été prévue par les statuts, en cas de conversion d'actions sans droit de vote en actions ordinaires, l'assemblée générale détermine le montant maximal d'actions à convertir et fixe les conditions de conversion. L'offre de conversion est faite en même temps à tous les actionnaires et à proportion de leur part dans le capital social. Le droit de souscription peut être exercé pendant un délai fixé par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, mais qui ne peut être inférieur à trente jours à partir de l'ouverture de la souscription, annoncée par un avis fixant le délai de souscription et publié au Recueil électronique des sociétés et associations et dans un journal publié au Luxembourg. Toutefois, lorsque toutes les actions sont nominatives, les actionnaires peuvent être informés par lettre recommandée sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires et garantissant l'information. »

*valeur nominale de l'action* (p.ex. 7% de la valeur nominale). Mais cela n'exclut pas nécessairement le propriétaire de l'action à dividende prioritaire sans droit de vote de participer par ailleurs, ensemble avec les actionnaires à droit de vote, dans la *répartition du surplus des bénéfices sociaux*; cette question est à régler dans les statuts de la société. Le caractère prioritaire de ces actions porte parfois également (ou uniquement) sur le *remboursement des apports*. Les statuts peuvent également accorder un caractère prioritaire aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote dans le *bonus de liquidation*, mais cela n'est pas obligatoire. Si la société ne verse pas le premier dividende privilégié fixé dans les statuts (bénéfices insuffisants ; bénéfices suffisants, mais décision par l'assemblée générale de réinvestir ceux-ci), il appartiendra également aux statuts de déterminer si le dividende non perçu est définitivement perdu, ou s'il se reporte sur les exercices successifs.

Exemple : La SA émet 1 000 actions ordinaires et 500 actions sans droit de vote à valeur nominale de € 100. Le 1<sup>er</sup> dividende prioritaire est de 10%. Après cinq années, la société est dissoute sans qu'aucune distribution n'ait été faite durant la vie sociale. Au jour de la dissolution, les capitaux propres de la SA s'élèvent à € 180 000.

Les apports des actionnaires s'élevant à  $1\,500 \cdot 100 = €150\,000$ , les réserves accumulées sont de  $180\,000 - 150\,000 = € 30\,000$ . Les actions sans droit de vote bénéficient d'un droit prioritaire sur les dividendes de  $10\% \cdot (500 \cdot 100) = € 5\,000$  par an, et ce durant les 5 années d'existence de la société. Leur priorité s'exerce donc sur un montant de  $5 \cdot 5\,000 = € 25\,000$ . Le surplus, soit  $30\,000 - 25\,000 = € 5\,000$ , sera, à défaut de précisions différentes inscrites dans les statuts de la société, réparti entre les actionnaires ordinaires avec droit de vote et les actionnaires sans droit de vote au prorata de leur participation dans le capital social de la société.

Mais le *droit de vote* sera, sous certaines conditions, *récupéré* par les propriétaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote. C'est ainsi que les titulaires de telles actions disposeront de manière générale du droit de vote, à chaque fois que l'assemblée générale envisage de modifier leurs droits respectifs (art. 46 § 1<sup>er</sup>

L1915 ; p.ex. : modifier leur droit au dividende)<sup>1</sup>. Il en est encore ainsi pour les décisions les plus graves affectant la vie juridique d'une société (dissolution anticipée de la société ; réduction de capital : l'énumération est limitative). Les statuts peuvent prévoir des hypothèses additionnelles de récupération du droit de vote, les dispositions législatives ne constituant que le minimum de protection jugé nécessaire en la matière par la loi. On peut songer par exemple à une récupération du droit de vote en cas d'absence de versement du dividende privilégié, là où il est prévu par les statuts.

Les propriétaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ne votent certes pas dans la plupart des assemblées d'associés<sup>2</sup> ; mais ils n'en sont pas moins des associés comme les autres. Aussi obtiennent-ils les mêmes documents et rapports que les actionnaires ordinaires (art. 47 L1915)<sup>3</sup> et peuvent également assister aux assemblées (sans pouvoir voter).

### iii. Les droits financiers accordés aux actions

#### [980]Actions ordinaires et actions préférentielles.

— C'est ici que l'influence anglo-saxonne se fait le plus ressentir, un nombre croissant de sociétés émettant, à côté des actions classiques dites « ordinaires » (« *common shares* »), des « actions préférentielles » (ou « actions de préférence »), encore appelées « actions privi-

<sup>1</sup> Art. 46 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les actions sans droit de vote disposent d'un droit de vote lorsque la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier les droits attachés aux actions sans droit de vote ainsi que dans toute assemblée appelée à se prononcer sur la réduction du capital social ou sur la dissolution anticipée de la société. »

<sup>2</sup> Du coup, il est fait abstraction des actions sans droit de vote pour le calcul du quorum et des conditions de majorité, sauf dans les assemblées où, par exception, elles sont amenées à voter : art. 46 § 2 L1915.

<sup>3</sup> Art. 47 L1915 : « Les convocations, rapports et documents qui, conformément aux dispositions de la présente loi, sont envoyés ou communiqués aux actionnaires de la société, sont également envoyés ou communiqués aux détenteurs des actions sans droit de vote et ce dans les délais prescrits à cet effet. »

légées » (« *preferred shares* »)<sup>1</sup>. À défaut de dispositions statutaires spécifiques en sens contraire, les actions émises par une société sont toujours des « actions ordinaires ». Mais il est de plus en plus fréquent de voir créées des actions bénéficiant de certains privilèges par rapport aux actions ordinaires. Ces privilèges ne pouvant pas porter sur le droit de vote accordé aux actions, chaque action donnant droit à une seule voix (interdiction donc des actions à droit de vote multiple), ils concernent nécessairement uniquement les droits financiers de l'actionnaire. Ces droits privilégiés peuvent porter sur l'attribution d'un dividende préférentiel (le reliquat étant attribué aux actions ordinaires, voire partagé avec elles), d'un dividende supplémentaire, ou encore d'un dividende cumulatif<sup>2</sup>. La faveur accordée peut ne concerner que le dividende, ou le boni de liquidation, ou porter sur les deux. Le privilège peut se limiter à accorder un rang de priorité lors du paiement du dividende, mais on peut également le combiner avec un droit à un dividende supplémentaire n'allant qu'aux actions privilégiées. La définition des droits financiers privilégiés relève de la liberté contractuelle, tant qu'elle ne concerne pas le régime du droit de vote.

Une formule qui est à la « mode » actuellement est celle de créer des actions préférentielles donnant droit à un *dividende fixe (exprimé en pourcentage) avant toute distribution du solde allant exclusivement aux actionnaires ordinaires*. Ce dividende fixe est généralement cumulatif, c.-à-d. qu'il se reporte sur les exercices suivants, s'il n'a pas été mis en distribution durant une année. Dans ce modèle, l'actionnaire préférentiel ne participe pas au boni de liquidation de la société. L'actionnaire préférentiel jouit donc d'un dividende fixe, prioritaire et unique. Même

si, en première analyse, la situation de l'actionnaire préférentiel semble se rapprocher dangereusement de celle d'un créancier ordinaire, il n'en reste pas moins actionnaire, car le dividende ne lui sera versé que s'il existe des bénéfices distribuables dans la société.

L'égalité des actionnaires n'étant pas transversale mais s'appréciant uniquement au sein de chaque classe d'actions (v. n° [975]), la liberté contractuelle et l'ingéniosité financière gouvernent la matière.

Les limites à la créativité des praticiens sont essentiellement : (i) l'interdiction des clauses d'intérêts fixes (v. n° [275]) ; (ii) l'interdiction de verser un dividende en l'absence de bénéfices distribuables au terme de l'exercice (v. n° [281]) ; (iii) la prohibition des clauses léonines (v. n° [125] ; le mécanisme mis en place ne doit pas avoir pour effet de supprimer totalement le droit au dividende des titulaires d'actions ordinaires) et (iv) l'impossibilité de prévoir une stipulation purement potestative (le montant du dividende ne doit pas pouvoir être fixé arbitrairement par un des associés au détriment des autres).

Les actions ordinaires et de priorité donnent les mêmes *droits de vote* aux assemblées des actionnaires. Leurs propriétaires voteront *en commun sur les questions communes*, telle l'approbation des comptes annuels et le changement de la dénomination sociale. En revanche, lorsque l'ordre du jour porte sur des *modifications à apporter à leurs droits respectifs*, le vote sera séparé, les propositions nécessitant également la réunion des conditions de quorum et de majorité au sein de chaque classe d'actions concernée, en sus de la réunion des conditions de quorum et de majorité au niveau de l'ensemble des actionnaires (art. 68 L1915)<sup>3</sup>.

Exemple : Une société anonyme a émis des actions ordinaires et des actions privilégiées. Les actions privilégiées bénéficient d'un premier dividende à eux réservé de 10% l'an. Il est prévu de réduire ce premier dividende à 6%.

La modification des droits financiers nécessitant une modification des statuts, les conditions de quorum et de majorité pour les prises de décision en assemblée générale extraordinaire

<sup>1</sup> DAIGRE, Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers, in : *Prospectives du droit économique*, in : *Dialogues avec M. Jeantin*, Paris, 1999, p. 213 ; GERMAIN, Les actions de préférence, *Rev. Soc.* 2004, p. 597.

<sup>2</sup> Les MRPS (« *Mandatory redeemable preference shares* ») constituent une variété d'actions préférentielles ; pour les difficultés juridiques résultant de cette innovation : GRANGE/FINFDLING/TINEL, La modernisation du droit comptable : une rupture du lien historique avec le droit des sociétés, *ACE* 2016/2, p. 11.

<sup>3</sup> Art. 68 L1915 : « Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions et que la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier leurs droits respectifs, la délibération doit, pour être valable, réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par l'article précédent. »

doivent être réunies au niveau de l'ensemble des actionnaires, mais également au niveau de la catégorie des actionnaires privilégiés. Comme la modification éventuelle des droits financiers des actionnaires privilégiés ne peut qu'accroître les droits financiers des actionnaires ordinaires, il n'est pas nécessaire que les conditions de quorum et de majorité soient également remplies au sein de la catégorie des actionnaires ordinaires.

**[981] Actions rachetables.** — Le rachat des actions, c.-à-d. le fait par la société d'acheter ses propres actions, est inspiré du rachat des obligations, technique financière répandue depuis longtemps. Pourquoi ne pas permettre à une société de devenir propriétaire de ses propres actions, de les conserver dans son propre portefeuille sans les annuler, et parfois les revendre par la suite ? Mais ne devait-on pas y voir une réduction (dégagée) du capital social qu'il fallait interdire dans un souci de protection des tiers ? *Avant une loi de 1983*, la question de la licéité du rachat d'actions était réglée en ce sens que le rachat était certes possible, mais à condition pour la société de disposer de réserves distribuables à hauteur du prix de rachat des actions. À défaut, le rachat constituait une infraction pénale (art. 168 L1915).

Suite à la transposition de la 2<sup>e</sup> directive en droit luxembourgeois, il fut décidé de limiter en principe le droit au rachat à 10% du capital social de la société (v. n° [1047]). Cependant, la pratique des marchés boursiers montra à suffisance l'utilité du rachat dans un souci de maximisation de la valeur des actions. Avec le rachat d'actions, on améliore non pas le bénéfice, mais le bénéfice par action. On agit donc sur le dénominateur, au lieu d'augmenter le numérateur. Les deux ont pour effet d'augmenter la valeur de l'action, car celle-ci est directement fonction du bénéfice par action : plus ce bénéfice est élevé, plus la valeur de l'action sera élevée. Sensibilisé également par la pratique anglo-saxonne et l'expérience des législations étrangères (notamment aux États-Unis), le législateur luxembourgeois décida en 1983 d'aller plus loin et d'introduire la possibilité pour une société d'émettre des actions rachetables, en reprenant les conditions et limitations prévues par la 2<sup>e</sup> directive sociétés. L'encadrement strict de la possibilité pour une société d'émettre et

d'acquérir ses propres actions rachetables est largement basé sur le désir de respecter le principe d'intangibilité du capital social, dans un souci de protection des créanciers sociaux.

L'émission d'actions rachetables doit être autorisée par les statuts et faire l'objet d'une publicité au Mémorial lorsque le rachat a été effectué ; les actions rachetables doivent par ailleurs être immédiatement intégralement libérées. Mais la véritable limite des actions rachetables se situe non pas au niveau de leur émission, mais des conditions auxquelles sont soumises leur rachat subséquent par la société (art. 49-8 L1915 ; v. n° [1050]).

#### b) LES DIVISIONS MINEURES

**[982] Actions de numéraire et actions d'apport.** — On distingue parfois les actions en numéraire et les actions d'apport. Les premières sont émises en raison d'apports en numéraire faits à la société ; les secondes sont attribuées aux apporteurs en nature. Si le régime de l'émission et de libération des actions de numéraire et d'apport n'est pas tout à fait le même (v. n° [91] et s. ; [871] et s.), cette différence disparaît toutefois durant la vie sociale, les actions de numéraire et d'apport conférant toutes les mêmes droits à leurs propriétaires. Contrairement à certains droits étrangers, le droit luxembourgeois ne restreint pas la négociabilité des actions d'apport durant un certain temps après leur émission, même si cela peut créer des difficultés en présence d'actionnaires peu scrupuleux où les biens apportés sont surévalués, l'actionnaire cédant à bon compte ses actions d'apport avant que la société ne périclite.

**[983] Actions à valeur nominale et actions sans mention de valeur nominale.** — Exception faite de quelques rares exceptions (v. n° [973]), toutes les actions doivent être d'égale valeur. Les rédacteurs des statuts peuvent arriver à ce résultat de deux manières différentes.

Habituellement, ils indiqueront *une valeur nominale donnée pour chaque action*. On entend par là la quantité

de monnaie à laquelle l'action correspond dans le capital social.

Exemple : Les statuts de la société fixent la valeur nominale à € 100. Si une personne apporte des biens valant € 50 000 à la société, il obtiendra  $50\,000 : 100 = 500$  actions de valeur nominale de € 100.

Cette quantité devait atteindre un certain minimum par le passé, à savoir € 1,25. Mais, en 2006, le législateur a aboli cette exigence dénuée d'intérêt pratique, de sorte qu'il est possible depuis lors d'émettre des « *penny shares* », c.-à-d. des actions n'ayant qu'une valeur nominale de un cent.

Plus exceptionnellement (sauf dans les SICAV où l'émission d'actions sans valeur nominale est la règle), les actions seront émises « *sans mention de valeur* » (art. 37 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. Cette expression peut en fait viser deux situations différentes. C'est ainsi que les statuts peuvent se contenter de définir les actions par une fraction du capital social qu'elles représentent plutôt que par un chiffre. On parle alors d'« *actions de quotité* ». Les actions de quotité constituent en réalité une variété d'actions à valeur nominale, la valeur nominale étant implicite.

Exemple : La société est constituée avec un capital social de € 100 000, 5 000 actions de quotité étant émises. Chaque action représentera  $5\,000 : 100\,000 = 1/20^e$  du capital social. La valeur nominale implicite de l'action est de  $100\,000 : 5\,000 = € 20$ .

Mais le capital social peut également être divisé en actions n'ayant de valeur nominale ni explicite, ni implicite. C'est dans ce contexte que l'on parle généralement de « *pair comptable* », obtenu en divisant le montant du capital social par le nombre d'actions émises.

Exemple : La société est constituée au moyen de l'émission de 1 000 actions sans valeur nominale, le capital social étant de € 100 000. Le pair comptable s'établit à  $100\,000 : 1\,000 = € 100$ .

Même si la pratique ne recourt guère à la technique des actions sans mention de valeur, celle-ci peut avoir son utilité en présence de pertes. Dans ce cas, l'*émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes* permet d'éviter de devoir procéder à une réduction préalable de capital par apurement des pertes<sup>2</sup>.

Exemple : Soit une société au capital de € 10 000 000 représentée par 10 000 actions sans mention de valeur nominale. Son pair comptable s'établit donc à  $10\,000\,000/10\,000 = € 1\,000$ . Si cette société a subi des pertes de € 4 000 000, la valeur réelle d'une action n'est que de  $(10\,000\,000 - 4\,000\,000)/10\,000 = € 600$ .

Si la société décide d'augmenter son capital d'un montant de € 2 000 000 et que l'émission doit se faire au pair comptable, l'augmentation de capital donnera droit à 2 000 actions nouvelles. La valeur réelle d'une action sera dans ce cas de  $(10\,000\,000 - 4\,000\,000 + 2\,000\,000)/(10\,000 + 2\,000) = € 666,67$ . Autrement : en souscrivant à l'augmentation de capital, le nouvel actionnaire perd  $1\,000 - 666,67 = € 333,33$  par action. Avant de procéder à son augmentation de capital, la société devra de ce fait réduire dans un premier temps son capital social à hauteur de € 4 000 000, par annulation partielle des actions en circulation, afin de rétablir la valeur réelle de l'action à son pair comptable. Une réduction de capital de € 4 000 000 par annulation de 4 000 actions aboutit au résultat recherché, puisque le pair comptable s'établira dans ce cas à  $6\,000\,000/6\,000 = € 1\,000$ . Si le cercle des actionnaires est large, cela peut poser des problèmes d'estampillage.

On évite ces problèmes si l'augmentation de capital est faite en dessous du pair comptable, dans ce cas pour un montant de 600 € par action. L'augmentation de capital de € 2 000 000 donnera lieu à émission de  $2\,000\,000/600 = 3\,333$  actions nouvelles, la valeur réelle de l'action restant inchangée à € 600 avant comme après augmentation de capital. Cette technique permet donc de ne pas léser les nouveaux actionnaires.

<sup>1</sup> Art. 37 § 1<sup>er</sup> : « Le capital des sociétés anonymes se divise en actions, avec ou sans mention de valeur » ; v. POLTI, L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale, *RDC* 1950, p. 553.

<sup>2</sup> HEENEN, L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes, *Revue de droit international et de droit comparé* 1950, p. 75 ; JANSSENS, L'émission d'actions sans valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes, *Rev. b. compt.* 1999, p. 29 ; NELISSEN-GRADE, La détermination de la partie du capital représenté par une action sans mention de la valeur nominale dans la société anonyme, in : *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, 1994, p. 337.

Mais la technique présente ses risques. Supposons en effet que la société, dans l'exemple en question, n'ait pas subi de pertes, de sorte que le pair comptable d'une action s'établit à sa valeur réelle, soit € 1 000. Si la société procède maintenant à une augmentation de capital de € 2 000 000 par émission de 3 333 actions nouvelles, la valeur réelle d'une action tombera à  $12\,000\,000 / 13\,333 = €\,900,02$ . L'ancien actionnaire perdra € 99,98 par action, s'il ne souscrit pas proportionnellement à l'augmentation de capital. Les nouveaux entrants vont payer € 600 par action pour recevoir des actions valant € 900,02. Ils font donc la bonne affaire dans l'opération.

En cas d'augmentation de capital, dans ces sociétés, il est théoriquement concevable que les actions nouvelles soient émises au pair comptable, au-dessus comme en dessous du pair comptable. Seules les émissions à des montants qui diffèrent du pair comptable sont problématiques sur le plan juridique.

En cas de *souscription au-dessus du pair*, le souscripteur verse plus qu'il ne reçoit en contrepartie, en termes de valeur ; la différence constitue une prime d'émission.

Dans l'exemple précédent, si le souscripteur paie € 120 pour des actions ayant un pair comptable de € 100, le différentiel de € 20 ira à la prime d'émission de la société (v. n° [1034]).

La *souscription au-dessous du pair* est plus problématique : ce sera le cas, par exemple, où le souscripteur verse un montant de € 90 pour la souscription d'actions ayant un pair comptable de € 100. Cela implique que le souscripteur, peut-être un nouvel associé, obtient un supplément de valeur de € 10 par action ; ce supplément s'obtient au détriment des associés existants. Si cette opération ne se conçoit guère pour des sociétés profitables, où elle est carrément suspecte, il existe cependant une hypothèse où une émission sous le pair est tout à fait justifiée : il en est ainsi lorsque la société a subi des pertes par le passé nécessitant une augmentation de capital ; la valeur économique de l'action sera alors souvent inférieure au pair comptable. Aussi, plutôt que d'interdire l'émission sous le pair comptable, la loi autorise le recours à cette technique (art. 26-5 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>, tout en l'encadrant,

afin de préserver les intérêts des associés existants (art. 32 § 6 et 7 L1915)<sup>2</sup>. C'est ainsi qu'il faudra informer

---

émises pour un montant inférieur à leur valeur nominale. A défaut de valeur nominale, les actions peuvent être émises sous leur pair comptable, moyennant respect des conditions prévues à l'article 32, paragraphe (6) et paragraphe (7). »

- <sup>2</sup> Art. 32 § 6 et 7 L1915 : « (6) Lorsque l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie est à l'ordre du jour d'une assemblée générale, la convocation doit le mentionner expressément. L'opération doit faire l'objet d'un rapport détaillé du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, portant notamment sur le prix d'émission et sur les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires. Un rapport est établi par un réviseur d'entreprises désigné par le conseil d'administration ou le directoire, par lequel il déclare que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter cette proposition. Ces rapports sont déposés conformément aux dispositions du chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre, huit jours avant l'assemblée, un exemplaire des rapports. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom en même temps que la convocation. L'absence d'établissement du rapport du réviseur d'entreprises prévu à l'alinéa 2 entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'y aient renoncé. (7) Nonobstant le paragraphe (6), l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie pourra également être effectuée dans le cadre du capital autorisé, à condition toutefois que la délégation faite au conseil d'administration ou, le cas échéant, au directoire conformément aux paragraphes 2 ou 3 comporte l'autorisation d'émettre des actions nouvelles en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie. Lorsque la proposition d'autoriser le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire à émettre des actions nouvelles en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie est à l'ordre du jour d'une assemblée générale, les conditions visées aux alinéas 1 à 3 du paragraphe (6) doivent être respectées. Le rapport du

---

<sup>1</sup> Art. 26-5 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les actions ne peuvent pas être



préalablement et de manière spécifique les actionnaires du projet, l'assemblée générale des actionnaires étant seule compétente, sauf si elle a spécifiquement délégué le droit à la gérance de procéder ainsi. L'information spécifique consiste dans la production d'un rapport par la gérance détaillant les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires existants, auquel il y a lieu de joindre un rapport d'un réviseur d'entreprises portant sur le caractère pertinent des informations ainsi communiquées par la gérance de la société. Le rôle du réviseur d'entreprises est de veiller à ce que les actionnaires existants ne soient pas lésés par l'opération. L'absence de l'un de ces deux rapports (ou des deux) entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, sauf si tous les actionnaires (et non seulement ceux qui étaient présents ou représentés à l'assemblée) y ont spécifiquement renoncé (à l'assemblée ou au préalable). En pratique, plutôt que de procéder ainsi, l'on préfère généralement procéder, dans un premier temps, à une réduction de capital pour apurer les pertes, avant de procéder à une augmentation de capital.

Dans le cas précédent, la société a subi des pertes de € 10 000, de sorte qu'elle procédera à une réduction de capital de même montant, le capital passant ainsi à € 90 000. Le pair comptable d'une action ne sera dès lors plus de € 100, mais de € 90, de sorte que le nouvel actionnaire souscrivant aux actions pour un prix de € 90 souscrira au pair comptable, et non en dessous.

**[984]Actions de capital et actions de jouissance.** — Lorsque les actions sont émises par la société, elles sont toujours des « *actions de capital* », c.-à-d. des actions représentant des apports faits au capital social de la société. Mais il est possible qu'en cours de route la société rembourse les apports faits par les associés, sans réduire pour autant son capital social (art. 69-1

L1915)<sup>1</sup>. Le droit au remboursement des mises effectuées par les associés par le passé disparaît de ce fait, et l'on parlera d'« *amortissement* » du capital social (v. n° [496]). L'amortissement du capital entraîne le remplacement des actions de capital par des « *actions de jouissance* ». Les actions de jouissance gardent tous les droits accordés aux actions de capital, donc y compris le droit au boni de liquidation ainsi que le droit de vote, à l'exception seulement du droit au remboursement de la valeur nominale (art. 69-1 al. 2 L1915). L'amortissement du capital ne constituant pas une réduction de capital au sens juridique du terme, le capital social restant inchangé, il s'agit d'une « *distribution* » au sens de l'article 72-1 L1915 ; l'amortissement ne sera donc possible qu'en présence et à hauteur de réserves distribuables dans la société. Sur le plan fiscal, l'amortissement du capital est également traité comme un dividende, ce qui est moins attractif qu'un rachat de parts sociales par la société<sup>2</sup>.

---

conseil d'administration ou, selon le cas, du directoire, visé à l'alinéa 2 du paragraphe (6) mentionnera dans ce cas le prix de souscription minimal des actions à émettre dans le cadre du capital autorisé. »

---

<sup>1</sup> Article 69-1 L1915 : « (1) Les statuts peuvent prévoir que, par décision de l'assemblée générale sujette à publication (...), tout ou partie des bénéfices et réserves autres que ceux que la loi ou les statuts interdisent de distribuer peuvent être affectés à l'amortissement du capital par voie de remboursement au pair de toutes les actions ou d'une partie de celles-ci désignées par tirage au sort, sans que le capital exprimé soit réduit. Si les actions remboursées sont grevées d'usufruit, l'usufruitier a droit au quasi-usufruit de la somme remboursée. (2) Les titres remboursés sont annulés et remplacés par des actions de jouissance qui jouissent des mêmes droits que les titres annulés, à l'exclusion du droit au remboursement de l'apport et du droit de participation à la distribution d'un premier dividende attribué aux actions non amorties. »

<sup>2</sup> STEICHEN, Un clair-obscur du droit fiscal : le rachat de droits sociaux (et sa retenue à la source), *JurisNews Droit fiscal*, Vol. 4 n° 4, 2016, p. 87 – 92.

B. LES TITRES ÉMIS EN DEHORS DU CAPITAL DE LA SOCIÉTÉ MAIS PROCHES DES ACTIONS: LES PARTS BÉNÉFICIAIRES<sup>1</sup>

**[985] Définition et variété des parts bénéficiaires : les parts de fondateur et les parts bénéficiaires.** —

Aux termes de l'article 37 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915 : « Il peut être créé des titres non représentatifs du capital social, désignés par la présente loi par l'appellation de « parts bénéficiaires ». Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. ». C'est la consécration législative d'une pratique fort répandue au XIX<sup>e</sup> siècle et qui avait créé en France moult scandales, dont notamment celui de la Compagnie du Canal de Suez en 1858. L'article 37 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915, en raison de la généralité de sa formulation, s'applique tant aux titres émis par la société aux fondateurs en rémunération de leurs services rendus dans le cadre de la constitution de la société (les « parts de fondateur ») qu'aux titres représentatifs d'apports faits à la société quoique laissés en dehors du capital de la société (les « parts bénéficiaires » proprement dites). La loi, en parlant de parts bénéficiaires, vise en fait les deux.

**[986] Nature juridique.** — La question de la nature juridique des parts bénéficiaires a fait l'objet de vifs débats en Belgique et en France, la doctrine ayant été déroutée par ce titre singulier ne représentant pas un apport et donnant droit à des bénéfices sociaux<sup>2</sup>. On

peut en effet hésiter entre la qualification de « droit de créance » et celle de « droit d'associé ». Ce qui est acquis, c'est que les parts bénéficiaires ne correspondent jamais à une partie du capital social, ce sont des titres « hors capital ». Leurs porteurs ne sont donc pas des actionnaires de la société émettrice, même s'ils peuvent être émis aux actionnaires de la société en guise de complément de revenus. Pour cette raison, ils ne participent normalement pas non plus à la vie sociale.

Mais les porteurs de parts bénéficiaires ont des droits financiers contre la société. Ces droits sont généralement des droits aux bénéfices et accessoirement au boni de liquidation. Réduire les porteurs de parts bénéficiaires au statut de créancier de la société ne reflète pas non plus la véritable nature juridique de ces titres. C'est en ce sens qu'on a pu dire que si les propriétaires des parts ne sont pas des actionnaires, ils n'en restent pas moins associés à la vie de la société. On peut y voir des associés de seconde zone<sup>3</sup>, moins proches des actionnaires que les propriétaires d'actions de jouissance, quoique la distance qui les sépare des actions de jouissance ne soit pas grande. THALLER disait à juste titre que la part de fondateur est « un droit social latéral aux actions ». Selon la rédaction des statuts, et notamment du droit de vote éventuellement accordé aux porteurs de parts bénéficiaires, la situation juridique des porteurs de parts bénéficiaires se rapprochera d'ailleurs davantage de celle des parts d'associé ou de celle des titres de créance<sup>4</sup>. En définitive, les porteurs de parts bénéficiaires sont à considérer comme des associés soumis à un régime spécial.

La question de la nature juridique des parts bénéficiaires est non seulement importante en matière de droit des sociétés, mais également sur le plan du droit fiscal. En matière d'imposition des bénéfices sociaux, le législateur a préféré trancher le débat en assimilant les parts bénéficiaires aux actions dans le chef de la société émettrice. Aussi, les versements faits aux porteurs de parts bénéficiaires ne donnent pas lieu à des charges déductibles

<sup>1</sup> COPPER-ROYER, *Le régime des parts bénéficiaires*, 1931 ; GRAAS, Les parts bénéficiaires en droit luxembourgeois, in : *Mélanges Michel Germain*, Paris, 2015, p. 363 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *Traité des parts de fondateur*, Paris, 1929 ; RAULT, *Traité des parts de fondateur*, Paris, 1929 ; SCHWING, *La nature juridique et le régime fiscal des parts de fondateur*, th. Paris, 1957 ; PRUSSEN/FISCH/HOSS, Les parts bénéficiaires – les contours d'un instrument flexible en droit des sociétés et en droit fiscal, in : *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, 2014, Vol. III, p. 1619.

<sup>2</sup> Pars pro toto : DEMEUR, La part bénéficiaire confère-t-elle qualité d'associé, *RPS* 1957, n° 4655, p. 57 ; FREDERICQ, t. IV, n° 351 ; VIANDIER, *La notion*

*d'associé*, th., Paris, 1978.

<sup>3</sup> Selon l'expression de HAMEL/LAGARDE, n° 568.

<sup>4</sup> DEMEUR, op.cit., p. 58.

du revenu imposable de la société mais sont réputés faits après impôt<sup>1</sup>.

**[987]Utilité et dangers des titres hors capital.** — Le principal intérêt et en même temps danger des parts bénéficiaires est leur grande *flexibilité*. Les parts de fondateur rémunèrent, par application de la *liberté contractuelle*, des avantages qu'il est parfois difficile de cerner, au motif que certaines personnes auraient été particulièrement utiles à la constitution de la société (démarches, idées industrielles, etc.). Comme il appartient aux statuts de décider librement de la portée des droits financiers accordés aux parts de fondateurs, les parts de fondateur (parts bénéficiaires émises à la constitution de la société) pourraient aboutir à un « écrémage » des bénéfices sociaux, les fondateurs, comme dans la fable de La Fontaine, se taillant la part du lion dans la répartition des bénéfices sociaux et ne laissant que des miettes aux actionnaires. En ce sens, la création de parts bénéficiaires peut être *source de conflits*<sup>2</sup> avec les actionnaires de la société, même s'il ne faut pas en exagérer la portée.

Dans un souci de préserver la liberté contractuelle en matière de droit des sociétés, la loi reste silencieuse sur le *droit de vote* des parts bénéficiaires. Les droits de vote des parts bénéficiaires (y compris les parts de fondateur) étant suspendus pour les parts bénéficiaires autodétenues par la société, il faut en déduire que les parts bénéficiaires peuvent tout à fait être émises avec droit de vote. Sous cet angle, les parts bénéficiaires permettent d'écarter les règles contraignantes relatives aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote (v. n° [979]). Elles peuvent de même être utilisées afin de créer une sorte de classe d'actions à droit de vote multiple, rien n'interdisant aux statuts d'accorder un droit de vote plural aux porteurs de parts de fondateur.

En raison des risques de surévaluation (voire même de fictivité) des parts bénéficiaires, la loi assimilait par

le passé les parts de fondateur aux actions en ce qui concerne la *procédure de vérification des apports en nature* (art. 37 al. 3 L1915), de sorte que les parts bénéficiaires payées en nature (mais uniquement celles-là) devaient faire l'objet d'un contrôle par un réviseur d'entreprise (« ... sont soumis aux dispositions de l'article 26-1 »). Le réviseur d'entreprises était mis dans une situation bien difficile, lorsque l'émission des parts bénéficiaires avait trait à des parts de fondateur, puisqu'il lui fallait dans ce cas apprécier, par exemple, la valeur pour la société des services rendus par les fondateurs, ce qui paraissait à peu près impossible. Cependant, les parts bénéficiaires ne font jamais partie du capital social, seul gage des créanciers sociaux. Les parts bénéficiaires présentent donc des risques uniquement pour les actionnaires. Ces derniers pouvant exiger eux-mêmes l'intervention d'un réviseur d'entreprises, on ne voyait pas l'utilité du renvoi à l'art. 26-1 L1915. Ces raisons ont amené le législateur à supprimer l'exigence d'une revue par un réviseur d'entreprises en cas d'apports en nature en contrepartie de l'émission des parts bénéficiaires.

**[988]Droits attachés aux parts.** — L'article 37 § 1<sup>er</sup> L1915 décide que « les statuts déterminent les droits » qui sont attachés aux parts bénéficiaires.

Ces droits individuels (la loi ne prévoyant pas d'organisation en masse des porteurs de parts bénéficiaires, comme pour les obligataires) sont généralement surtout d'ordre financier et peuvent inclure, outre un droit aux dividendes, un droit au boni de liquidation. Le *droit aux dividendes* peut être un droit fixe mais sera plus souvent exprimé sous forme de pourcentage des bénéfices sociaux revenant aux parts bénéficiaires (p.ex. 10% des bénéfices sociaux). Les statuts détermineront également le rang de priorité de ce droit aux dividendes (privilegié, concurrent ou subordonné aux dividendes ordinaires). Lorsque les parts bénéficiaires donnent droit à participation dans le *boni de liquidation* (dans ce cas, il n'y a guère de différence avec les actions de jouissance), il faudra tenir compte du fait que ce droit ne peut pas porter sur l'actif social lui-même, mais seulement sur le boni de liquidation, c.-à-

<sup>1</sup> V. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

<sup>2</sup> ESCARRA, t. 1<sup>er</sup>, n° 792.

d. la masse distribuable après remboursement du capital (les parts bénéficiaires sont en effet « hors capital ») ainsi que de la prime d'émission. Rien n'empêche cependant l'émission de parts bénéficiaires en raison d'un apport en numéraire ou en nature (immeuble, fonds de commerce, etc.). Dans ce cas, le titulaire de la part bénéficiaire aura vocation bien sûr à récupérer sa mise, ce qui rapprochera davantage encore son statut de celui d'un actionnaire. Ce droit au remboursement sera privilégié, concurrent ou subordonné au remboursement du capital social, en fonction des termes convenus. Les droits financiers, on le voit, se trouvent donc librement réglés dans les statuts. La loi ne prévoyant pas le même *droit préférentiel de souscription* que pour les actions, on voit mal comment les statuts pourraient accorder également ce droit aux parts bénéficiaires leur permettant de souscrire prioritairement à une augmentation de capital de la société. Cela contreviendrait à l'objectif poursuivi par le législateur, consistant à garantir qu'aucun actionnaire ne puisse être dilué dans le capital social d'une société, à la seule condition qu'il veuille suivre l'augmentation de capital et, bien sûr, qu'il en ait les moyens financiers.

Quant aux droits politiques dont disposent les parts bénéficiaires, tout est de nouveau une question de réglementation dans les statuts. Lorsque ceux-ci sont muets sur le sujet, les porteurs de parts bénéficiaires ne pourront ni participer aux assemblées, ni y voter. Mais les statuts peuvent également conférer le droit aux porteurs de parts d'*assister aux assemblées*, et peuvent même leur attribuer un *droit de vote*<sup>1</sup>. La définition des droits financiers et politiques des parts bénéficiaires relevant exclusivement du domaine de la liberté contractuelle, les parts bénéficiaires peuvent non seulement donner droit à *une seule voix*, par assimilation des règles applicables aux actions, mais également conférer

à leur propriétaire un *droit de vote plural*<sup>2</sup>. Il n'existe également aucune *limitation vers le haut* en ce qui concerne le droit de vote accordé aux parts bénéficiaires, de sorte que le nombre de voix des parts bénéficiaires pourra dépasser celui des actionnaires.

**[989]Négociabilité, rachat et transformation des parts en capital.** — Les parts bénéficiaires sont *librement cessibles*, dans les mêmes formes que les actions, selon qu'elles sont nominatives ou au porteur (v. n° [977]) La cessibilité existe dès la constitution de la société, c.-à-d. déjà à un moment où les parts bénéficiaires n'ont pas encore pu faire leur preuve de la réalité de leur valorisation. La loi permet cependant aux statuts de prévoir la non-transférabilité des parts bénéficiaires, partielle ou totale, limitée dans le temps ou indéfinie (art. 37 § 3 L1915)<sup>3</sup>.

La société pouvant avoir un intérêt à voir disparaître les parts bénéficiaires, les statuts peuvent prévoir un *droit de rachat* des parts par la société en vue de leur annulation. Le prix de rachat est alors généralement fixé dans les statuts, ou est soumis à l'arbitrage d'un spécialiste évaluateur tiers. Dans ce cas, le rachat sera possible même en l'absence de réserves disponibles suffisantes, le délit de distribution de dividendes fictifs (art. 167 L1915) ne s'appliquant qu'aux versements effectués au profit d'« actionnaires », ce que les détenteurs de parts bénéficiaires ne sont pas. Dans le même ordre d'idées, la *conversion des parts bénéficiaires en actions* peut avoir la faveur tant de la société que des actionnaires. Cette conversion n'est pas problématique, lorsque les parts bénéficiaires résultent d'apports faits par les porteurs de parts à la société quoique laissés en dehors du capital social ; il suffit dans ce cas de convertir les parts bénéficiaires en actions de la société. Il en

<sup>1</sup> CORBISIER, p. 377 ; la possibilité du droit de vote conféré aux parts bénéficiaires se trouve implicitement consacrée sur le plan législatif par la loi du 24 mai 2011 concernant les droits d'actionnaires des sociétés cotées en bourse ; cette loi vise notamment « les parts bénéficiaires avec droit de vote ».

<sup>2</sup> CORBISIER/PRÜM, Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire, in : BUYLE et alii (éd.), *Bicentenaire du Code de Commerce*, Bruxelles, 2007, p. 139 (p. 181).

<sup>3</sup> Art. 37 § 3 L1915 : « Les statuts peuvent prévoir l'incessibilité pure et simple ou l'intransmissibilité des parts bénéficiaires ».

va différemment des situations où les parts bénéficiaires représentent des parts de fondateur. Dans ce cas, la conversion en actions ne peut avoir lieu que par l'affectation de réserves d'un montant correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de l'opération de conversion.

## § 2. LES DROITS COLLECTIFS DES ACTIONNAIRES : LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

**[990]Présentation.** — En 1915, le législateur partait de l'idée que le « *pouvoir souverain* »<sup>1</sup> de la société résidait chez les actionnaires réunis en assemblée générale, l'organe de gestion n'ayant qu'un pouvoir limité de gestion ne couvrant, par exemple, pas les achats et ventes d'immeubles, les emprunts, etc. L'organisation de la vie sociale était basée sur le modèle démocratique : l'assemblée des actionnaires commandait, puisque c'est d'elle que dépendent les organes d'exécution de la société, et c'est à elle que ces organes rendent annuellement compte de leur mission ; des organes de contrôle, également nommés par elle, viennent l'éclairer. D'où la rédaction de l'article 67 § 1<sup>er</sup> L1915 disposant que « *l'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société* ».

À l'origine, la répartition des pouvoirs entre l'assemblée générale et l'organe de gestion était calquée sur le moule de la répartition des pouvoirs existant entre la Chambre des députés et le gouvernement. L'organe de gestion mettait ainsi en œuvre la politique décidée par l'assemblée, par analogie au gouvernement dans ses rapports avec la Chambre des députés.

À l'expérience, le système s'est révélé mauvais. L'assemblée générale a trop souvent démontré son incompétence et sa docilité. L'absentéisme des actionnaires dans les grandes sociétés n'a fait qu'aggraver les défauts de l'institution<sup>2</sup>, l'assemblée des actionnaires se contentant généralement de suivre les suggestions du

conseil d'administration et d'approuver ses actes. Dans les petites sociétés, un autre problème existe, à savoir celui de la « confusion », en pratique, entre l'assemblée et l'organe de gestion, car les deux organes sont généralement composés des mêmes personnes. La situation a changé avec la transposition des directives communautaires. Elle s'est concrétisée par un transfert du pouvoir exclusif de gestion de la société au conseil d'administration, du moins dans les relations avec les tiers. De nos jours, l'assemblée des actionnaires n'est plus « l'autorité supérieure et souveraine »<sup>3</sup> qu'elle était en 1915. Si elle préserve, certes, une sphère de compétence sur laquelle l'organe de gestion ne saurait empiéter (v. n° [904]), elle doit désormais composer avec celui-ci, car l'organe de gestion dispose depuis la loi du 23 novembre 1972 de la plénitude de compétence pour les actes qui relèvent de la gestion sociale. Il s'ensuit que l'article 67 § 1<sup>er</sup> L1915 a été implicitement abrogé. De nos jours, le caractère résiduaire des pouvoirs ne se trouve plus dans le chef de l'assemblée des actionnaires, mais dans celui du conseil d'administration.

La seule situation où il pourrait encore jouer, mais à titre purement subsidiaire, est en cas de *situation de blocage dans la société* en raison de la paralysie du conseil d'administration. Il en est ainsi, par exemple, des conventions réglementées (v. n° [904] et s.) impliquant l'ensemble des membres du conseil d'administration ; l'assemblée générale retrouve, dans ce cas, la plénitude de son pouvoir pour prendre la décision à la place du conseil d'administration<sup>4</sup>.

Si l'assemblée des actionnaires a ainsi reculé au fil du temps, au profit de la gérance de la société anonyme, elle n'en garde pas moins un droit de contrôle sur ceux qui administrent la société. Ce contrôle s'exerce en assemblée et est soumis à un certain nombre de règles générales (A), auxquelles s'ajoutent, le cas échéant, des règles particulières en fonction de la nature des résolutions proposées (B).

<sup>1</sup> CORBIAU, ad. art. 57, p. 148.

<sup>2</sup> Sur ce fait, ses causes et conséquences, v. VIGREUX, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Paris, 1953.

<sup>3</sup> FREDERICQ, *Précis*, n° 347.

<sup>4</sup> FORIERS, Les situations de blocage dans les sociétés anonymes, *RDC* 1992, p. 471, n° 11.

[991] Des « tigres de papier ». — L'idée du législateur a très clairement été d'organiser l'assemblée générale comme un organe collégial prenant ses décisions après la *confrontation de différents points de vue*, un échange d'idées. L'assemblée étant un *organe délibérant*, elle *se réunit donc physiquement* et discute des affaires sociales.

La réalité de la tenue des assemblées générales est fort éloignée de cette vue théorique du législateur. La très grande majorité des assemblées se tiennent en l'absence des actionnaires, ceux-ci ayant laissé des *procurations* à des professionnels de confiance (avocats, réviseur d'entreprises, etc.) pour voter en leur nom (« *assemblées sur papier* »). Nul débat ni controverse dans ces assemblées. Les rares assemblées où les actionnaires sont présents ne sont généralement pas non plus un modèle de démocratie. Souvent, la *majorité des droits de vote se retrouve* en effet *dans les mains d'une seule personne*, de sorte que le résultat du vote est déjà connu à l'avance. Dans les autres cas où les *actions* sont *dispersées dans le public*, c'est surtout l'impression de somnolence qui caractérise la lecture des documents en assemblée ; suivant le bon mot du doyen Guyon : « l'assemblée générale, c'est la messe en latin. Là où on ne comprend pas, on s'endort ». Dans ces assemblées règne souvent un sentiment d'impuissance, l'assemblée y limitant, la plupart du temps, son rôle à entériner les choix des dirigeants. Pour les sociétés cotées à la bourse, les assemblées d'actionnaires sont souvent retransmises en temps réel sur le *web* et donc accessibles simultanément à l'ensemble des actionnaires et même à tout intéressé. Il suffit de fournir un numéro d'identification personnalisé, un mot de passe et la possibilité du vote par *procurations électroniques*.

## A. LES RÈGLES COMMUNES<sup>1</sup>

Les règles communes portent sur la procédure en amont de l'assemblée (1), comme sur la tenue et la délibération de l'assemblée (2).

### 1. LA CONVOCATION À L'ASSEMBLÉE

Les assemblées ne se tiennent généralement pas d'elles-mêmes, sans l'initiative de quiconque. Il faut donc les convoquer, afin de donner la possibilité à tout actionnaire d'y faire valoir ses vues<sup>2</sup>. Le but des formalités de convocation est de garantir que tout actionnaire de la société soit effectivement informé de la tenue future de l'assemblée ; la convocation des actionnaires ne sera pas requise si tous les *actionnaires se réunissent volontairement* en assemblée<sup>3</sup>.

[992] **Convocation par l'organe de gestion.** — Normalement, la convocation de l'assemblée des actionnaires est faite par l'organe de gestion agissant collégalement, dans les formes ordinaires de la prise de décision par cet organe (art. 70 al. 2 L1915)<sup>4</sup>. L'administrateur individuel, y compris le président du conseil et l'administrateur-délégué, n'a donc pas le droit de convoquer l'assemblée, sauf en exécution d'une décision prise par le conseil d'administration<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> DUCHÊNE, Les règles ordinaires des assemblées ordinaires, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 103 ; NIEWDORP et alii, *Vademecum Assemblée générale*, Bruxelles, 2015.

<sup>2</sup> Pour les règles additionnelles spécifiques applicables aux sociétés cotées en bourse, v. DEGEHET, La loi de 1915 et les sociétés cotées en bourse, in : VARIU AUCTORES, *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*, Bruxelles, 2015, p. 279 ; HENRARD, La convocation et le fonctionnement des assemblées générales dans les sociétés cotées en bourse, *ACE* 2013/3, p. 4.

<sup>3</sup> RESTEAU, t. II, n° 1142.

<sup>4</sup> Art. 70 al. 2 L1915 : « Le conseil d'administration, le directoire, selon le cas (...) sont en droit de convoquer l'assemblée générale ».

<sup>5</sup> Lux. 29 octobre 1993, n° 41 316 ; Lux, 21 avril 2009, n°

Sous peine de sanctions pénales (art. 163 n° 2 L1915), l'organe de gestion doit convoquer l'assemblée dans les six mois de la clôture de l'exercice comptable, à la date fixée aux statuts, afin que celle-ci se prononce sur les comptes annuels de l'exercice écoulé (art. 70 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>. La convocation de l'assemblée est également obligatoire en cas de perte du capital social (v. n° [884] et s.).

Outre cette convocation imposée par la loi, l'organe de gestion décidera librement de l'opportunité de convoquer d'autres assemblées d'actionnaires. Il le fera aussi souvent qu'il le jugera nécessaire ou utile dans l'intérêt des décisions à prendre.

**[993] Convocation par le commissaire.** — La loi confère également au *commissaire*, mais non au réviseur d'entreprises, le pouvoir de convocation de l'assemblée (art. 70 al. 2 L1915). Lorsqu'ils sont à plusieurs, les commissaires aux comptes forment un collège, de sorte que le commissaire aux comptes individuel n'aura aucun pouvoir de convocation, cette initiative devant émaner du collège des commissaires aux comptes.

Pris à la lettre, ce pouvoir de convocation se trouverait sur un pied d'égalité avec celui du conseil d'administration (« *le conseil d'administration ainsi que les commissaires sont en droit de convoquer (...)* »), de sorte que leurs pouvoirs sont concurrents sur le plan juridique. Mais en pratique, le pouvoir des commissaires aux comptes est un pouvoir par défaut et ne vient à jouer qu'après que le commissaire ait vainement requis l'organe de gestion de convoquer l'assemblée, par exemple parce que l'organe de gestion redoute une décision défavorable, telle sa révocation. L'hypothèse d'intervention la plus fréquente du commissaire est celle du blocage du conseil d'administration ou la

constatation d'irrégularités dans la gestion sociale.

**[994] Convocation par les actionnaires.** — La convocation de l'assemblée pourra également résulter d'une initiative en ce sens de la part des actionnaires. Deux possibilités existent à cet égard.

La première résulte de la loi qui prévoit un droit de convocation pour les actionnaires, s'ils formulent une demande en ce sens au conseil d'administration (et non pas à tel administrateur, voire à tous les administrateurs) ou au commissaire, à condition que *le ou les actionnaires représentent au moins 10% du capital social de la société* (art. 70 al. 2 L1915)<sup>2</sup>. Généralement, les actionnaires n'utiliseront ce droit qu'en situation d'urgence, lorsqu'ils estiment leurs intérêts financiers gravement menacés ; mais l'urgence n'est pas une condition de leur droit de convocation, de sorte que l'organe de gestion ne saurait se faire le juge de l'opportunité de leur demande. La loi n'accorde à ces actionnaires que le droit d'obliger le conseil d'administration à convoquer une assemblée ; mais cela n'inclut pas le droit inverse (qui pourrait être vu comme corollaire) de demander l'ajournement d'une assemblée régulièrement convoquée. L'art. 70 al. 2 L1915 est une *disposition d'ordre public* et ne peut donc être écarté dans les statuts, lesquels pourront cependant abaisser le pourcentage nécessaire aux fins de convocation, car il s'agit d'une règle de protection des actionnaires minoritaires<sup>3</sup>. L'organe de gestion devra ainsi convoquer l'assemblée *dans les trois semaines*<sup>4</sup>, de façon à ce qu'elle soit tenue dans les quatre semaines de la réception de la demande par les actionnaires. Saisi par

115966 ; Lux. 19 juin 2015, *Pas.* 37, p. 732.

<sup>1</sup> Art. 70 L1915 : « Il doit être tenu, chaque année, au moins une assemblée générale dans la commune, au jour et heure indiqués par les statuts. L'assemblée doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice et la première assemblée générale peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant sa constitution. »

<sup>2</sup> Art. 70 al. 2 L1915 : « Ils [les administrateurs] sont obligés de la convoquer de façon qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque des actionnaires représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour ».

<sup>3</sup> Cass. 7 juill. 1950, *Pas.* 15, p. 39.

<sup>4</sup> Sous peine d'amende pénale de € 500 à € 25 000 ; art. 163 n° 4 L1915. C'est la convocation et non la tenue de l'assemblée qui doit survenir dans le délai de trois semaines : FREDERICQ, t. 5, n° 783, p. 1103.

l'actionnaire d'une demande de réunion d'une assemblée générale ainsi que de l'ordre du jour y relatif, l'organe de gestion n'aura d'autre latitude que celle de la fixation de la date de l'assemblée dans les délais légaux. Il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité à l'intérêt social de l'ordre du jour fourni par l'actionnaire, de sorte qu'il ne pourra pas non plus modifier son contenu.

Lorsque l'organe de gestion reste inactif, l'initiative de la convocation reviendra aux *commissaires aux comptes*. Si l'organe de gestion ainsi que le commissaire refusent de convoquer l'assemblée des actionnaires, les *actionnaires* (mais non pas tout intéressé), à défaut de pouvoir convoquer directement eux-mêmes l'assemblée, s'adresseront au tribunal pour que celui-ci enjoigne à ces organes de procéder à la convocation et, à défaut, nomme un *mandataire de justice* chargé de convoquer l'assemblée<sup>1</sup>. Le tribunal devra accueillir leur demande si elle émane d'actionnaires représentant au moins 10% du capital social, ou si l'assemblée à convoquer est celle fixée dans les statuts. Dans les autres cas de figure, le tribunal pourra réserver une suite favorable à la demande du ou des actionnaires, s'il estime que des circonstances particulières justifient la tenue d'une assemblée<sup>2</sup>.

La deuxième possibilité ne résulte pas des textes mais de la finalité des tenues d'assemblées. C'est ainsi qu'il faut concéder le droit à l'assemblée des actionnaires de se convoquer elle-même (« *auto-convocation* »). En effet, les règles en matière de convocation sont prévues dans l'intérêt exclusif des actionnaires<sup>3</sup>. Aussi, si aucun texte ne prévoit spécifiquement la possibilité d'une auto-convocation, la doctrine classique, partant du postulat de la suprématie absolue de l'assemblée, n'y voit pas d'inconvénients non plus, tant que l'ordre du jour que l'assemblée se fixe à elle-

même reste dans ses compétences<sup>4</sup>. La jurisprudence luxembourgeoise va dans le même sens<sup>5</sup>. Seuls les actionnaires, les obligataires et les commissaires aux comptes devant être convoqués aux assemblées d'actionnaires, l'assemblée des actionnaires autoconvoquée pourra se tenir sans que l'organe de gestion n'ait été invité à y participer<sup>6</sup>. Si tous les actionnaires sont présents ou représentés et s'ils sont par ailleurs d'accord à statuer sur l'ordre du jour qu'ils se fixent par la même occasion, les décisions ainsi prises (p.ex. : révocation d'un administrateur) auront été valablement adoptées.

**[995] Convocation par le liquidateur ainsi que par d'autres personnes.** — Les sociétés dissoutes doivent également tenir régulièrement des assemblées d'actionnaires, jusqu'au jour de la clôture de la liquidation. Comme l'organe de gestion est remplacé par le *liquidateur* au moment de la mise en liquidation de la société, ce sera le liquidateur qui convoquera l'assemblée des actionnaires, et c'est à lui que les actionnaires devront s'adresser pour sa réunion.

Les *personnes autres* que celles prémentionnées n'ont aucun pouvoir légal de convocation des assemblées. Mais cela n'interdit point aux statuts d'accorder un tel pouvoir à certaines personnes : aux titulaires de parts bénéficiaires ; aux créanciers sociaux ; etc. Ce pouvoir de convocation additionnel s'ajoute à celui accordé par la loi aux personnes prémentionnées, mais ne s'y substitue pas.

**[996] Ordre du jour.** — La loi est relativement laconique concernant la forme et les délais de convocation. Le principal point du contenu de l'avis de convocation est l'obligation pour l'autorité convoquante d'inclure l'ordre du jour de l'assemblée (art. 70 al. 7 L1915). L'ordre du jour est essentiel à la tenue de l'assemblée des actionnaires, car il en limite la compétence. L'ordre du jour contient l'indication succincte et claire des

<sup>1</sup> PIQUECRY, Le juge des référés et la convocation d'une assemblée générale à la demande d'un actionnaire, *RS* 1929, p.145.

<sup>2</sup> DE BRAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, 1996.

<sup>3</sup> Cour 20 janv. 1999, n° 19 106 ; v. également CORBISIER, La société anonyme unipersonnelle au Grand-Duché de Luxembourg, *DAOR* n° 85, 2008, p. 3 et s. (p. 10).

<sup>4</sup> RESTEAU, n° 1131 ; WAUVERMANS, op.cit., p. 346.

<sup>5</sup> Cour 20 janv. 1999, n° 19 106.

<sup>6</sup> Cour 20 janv. 1999, n° 19 106 ; Cour 26 octobre 1999, n° 23 801, note FAYOT, in *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 558.



*sujets à traiter* en assemblée ainsi que le *lieu, jour et heure de la réunion*. Il permet aux actionnaires de déterminer s'ils entendent assister à l'assemblée, et aux administrateurs de savoir sur quels points ils seront invités à s'expliquer. Il en résulte deux conséquences : l'ordre du jour doit être suffisamment précis pour que l'actionnaire puisse décider en connaissance de cause s'il entend participer à l'assemblée et se préparer en conséquence ; ensuite, en dehors de l'ordre du jour, aucune délibération ne sera admise. On dérogera toutefois à cette règle dans trois situations bien précises :

- l'ordre du jour ne constituant pas une disposition d'ordre public<sup>1</sup>, rien n'empêche les actionnaires, s'ils sont tous présents ou représentés, de *modifier unanimement* celui-ci ;
- l'ordre du jour peut être modifié en assemblée, sur le pied de l'*urgence*, si une question imprévue requiert une solution immédiate ;
- l'ordre du jour permet également de traiter des questions qui, à défaut d'être explicitement indiquées à l'avis de convocation, peuvent être considérées comme étant *implicitement comprises dans l'avis de convocation*.

L'ordre du jour est *fixé par l'organe convoquant*, donc généralement par l'organe de gestion. Lorsqu'il agit sur la base d'une demande d'actionnaires représentant au moins 10% du capital social, l'organe de gestion devra reprendre l'ordre du jour déterminé par ces actionnaires, sans pouvoir y adjoindre des éléments supplémentaires. Par ailleurs, pour toute assemblée générale, un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble de 10% au moins du capital social peuvent demander l'inscription d'un ou de plusieurs points à l'ordre du jour de l'assemblée<sup>2</sup>. Il suffit pour cela que

leur demande arrive au siège social par lettre recommandée cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée (art. 70 al. 6 L1915). Ce sont là les seules hypothèses où des actionnaires ont le droit à voir l'ordre du jour établi dans un certain sens.

**[997]Mode de convocation.** — Le mode de convocation des actionnaires sera différent selon qu'ils détiennent des actions nominatives ou au porteur. La loi de 1915 prévoit en ses articles 70 et 70bis L1915 les règles minimales que toute société anonyme devra respecter ; les statuts pourront donc prévoir des règles plus onéreuses, s'ils le jugent utile.

Les *actionnaires au porteur* sont convoqués par un avis de convocation reprenant l'ordre du jour publié au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée, au RESA et dans un journal du Luxembourg (art. 70 al. 7 L1915)<sup>3</sup>. Pour les sociétés cotées en bourse, ce délai est porté à trente jours (art. 3 § 1<sup>er</sup> Loi du 24 mai 2011), afin de faciliter l'exercice du droit de vote des actionnaires parfois éloignés du Luxembourg.

Les *actionnaires nominatifs*, étant connus de la société, seront convoqués par voie de lettre de convocation, au moins huit jours avant la tenue de l'assemblée (art. 70 al. 8 L1915)<sup>4</sup>. La lettre de convocation pourra être simple (« *lettre missive* ») ou prendre toute autre forme de convocation convenue dans les statuts ou acceptée individuellement par l'actionnaire en question (courriels électroniques ; ...). Le non-respect éventuel de cette disposition n'est pas sanctionné (« (...) *mais sans qu'il doive être justifié de l'accomplissement de cette*

tionnaires des sociétés cotées, *Jurisnews Droit des Sociétés*, vol. 4, n° 6/2011.

<sup>3</sup> Art. 70 al. 7 L1915 : « Les convocations pour toute assemblée générale (...) sont faites par des annonces déposées auprès du registre de commerce et des sociétés et publiées quinze jours au moins avant l'assemblée, au Recueil électronique des sociétés et associations et dans un journal publié au Luxembourg ».

<sup>4</sup> Art. 70 al. 8 L1915 : « Les convocations sont communiquées, dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée, aux actionnaires en nom (...) ».

<sup>1</sup> Cass. 18 mai 1933, *Pas.* 13, p. 100 ; GOFFIN/VIATOUR, in : COIPEL, n° 50, p. 492.

<sup>2</sup> Des règles particulières existent pour les sociétés cotées en bourse : v. art. 4 de la loi du 24 mai 2011, *Mém. A* n° 109, p. 1708 ; CHARLIER, Le renforcement des droits des ac-

*formalité* »). Lorsque toutes les actions sont nominatives, il pourra être fait abstraction de la publication au RESA ; en contrepartie, la convocation des actionnaires en nom devra prendre la forme de lettres recommandées, sauf si les statuts prévoient autre chose (art. 70bis L1915)<sup>1</sup>. Si la société a émis un *emprunt obligataire sous forme de titres aux porteur*<sup>2</sup>, il faudra procéder à la convocation par voie d'annonces, même si toutes les actions sont nominatives, car les obligataires ont le droit d'assister à l'assemblée des actionnaires (avec une voix consultative, art. 85 L1915), sauf si les statuts en disposent autrement.

**[998]Ajournement de l'assemblée.** — La faculté d'ajournement existe pour *tout type d'assemblée*, ordinaire ou extraordinaire, quel que soit l'objet de la décision à prendre<sup>3</sup>, y compris celle devant approuver les comptes sociaux<sup>4</sup>. La loi du 10 août 2016 a en effet modifié l'article 70 al. 1<sup>er</sup> L1915 qui disposait dans sa version antérieure que l'assemblée devant approuver les comptes sociaux devait avoir lieu « aux jour et heure indiqués par les statuts » ; ce calendrier précis empêchait l'ajournement de l'assemblée par l'organe de gestion. La nouvelle version de l'article 70 al. 1<sup>er</sup> L1915 se contente d'indiquer que l'assemblée doit être tenue endéans les 6 mois de la clôture de l'exercice,

sans plus de précisions. Du coup, l'organe de gestion pourra également ajourner cette assemblée, s'il l'estime nécessaire ou opportun.

Les textes ne prévoient, en tant que telle, que la *prorogation* en cours d'assemblée. La prorogation a pour conséquence d'annuler toutes les décisions déjà prises par l'assemblée (art. 67 § 5 L1915)<sup>5</sup>, ce qui permet de différencier la prorogation d'assemblée d'une *suspension d'assemblée* : cette dernière n'est qu'un arrêt momentané des délibérations, celles-ci reprenant dès que l'incident ayant justifié la suspension de séance aura cessé d'exister. La prorogation doit intervenir « séance tenante », c.-à-d. *en cours d'assemblée*. L'autorité ayant le droit de proroger l'assemblée n'a pas à motiver sa décision de prorogation. Une nouvelle assemblée, avec le même ordre du jour, sera tenue au plus tard dans *quatre semaines*. Le pouvoir de convoquer une assemblée impliquant le droit d'ajourner l'assemblée, l'organe de gestion ayant convoqué l'assemblée pourra également décider de la proroger. Cependant, les *actionnaires* représentant au moins 10% du capital social pourront également imposer une prorogation à l'organe de gestion. Le droit de demander la prorogation ne peut être invoqué qu'une seule fois (« *la seconde assemblée a le droit de statuer définitivement (...)* »). Par exception, tout intéressé pourra également saisir le président du tribunal d'arrondissement lors d'une *action en référé*, pour obtenir un report de l'assemblée sur la base de l'art. 932 NCPC. Le juge des référés ne statue toujours qu'au provisoire<sup>6</sup>, pourvu qu'il y ait urgence<sup>1</sup>, c.-à-d. à

<sup>1</sup> Art. 70bis L1915 : « Quand toutes les actions sont nominatives, la société peut, pour toute assemblée générale, se limiter à la communication des convocations par lettres recommandées sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires et garantissant l'information dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée. Les dispositions de la loi prescrivant une publication des convocations au Recueil électronique des sociétés et associations ou dans un journal du Luxembourg ne sont, dans ce cas, pas d'application ».

<sup>2</sup> Si l'emprunt obligataire est émis sous la forme de titres nominatifs, la société peut se dispenser des annonces, car l'envoi de la lettre recommandée suffira comme mode de convocation légal.

<sup>3</sup> Cour 4 juill. 2007, *Azerre S.A.*, n° 31 678.

<sup>4</sup> HOUPIN/BOSVIEUX, t. II, n° 1157 ; PASSELECQ, n° 2577 ; WAUVERMANS, n° 527.

<sup>5</sup> Art. 67 § 5 L1915 : « Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines. Il doit le faire à la demande d'un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social. Cette prorogation, qui s'applique également à l'assemblée générale appelée à modifier les statuts, annule toute décision prise. La seconde assemblée a le droit de statuer définitivement pourvu que, dans le cas d'une modification des statuts, les conditions de présence exigées par l'article 67-1 soient remplies. »

<sup>6</sup> V. JP constante depuis Cour 15 janv. 1901, *Pas.* 5, p. 434.

condition que seule son intervention permette d'éviter un préjudice certain à l'intéressé requérant.

Bien que les textes n'envisagent que la prorogation en cours d'assemblée, il sera également possible de *proroger une assemblée avant qu'elle n'ait commencé* (qui peut le plus, peut le moins). Il consiste à ajourner l'assemblée à une date postérieure à celle initialement fixée. L'ajournement empêche toute tenue, et par voie de conséquence, toute prise de décision éventuelle par l'assemblée.

L'ajournement de l'assemblée entraîne trois conséquences :

- *l'assemblée ajournée ne saurait délibérer* sur les points figurant à l'ordre du jour, et si elle le faisait, ses résolutions seraient nulles de plein droit, car l'assemblée a été entièrement dessaisie de son pouvoir décisionnel du fait de l'ajournement<sup>2</sup> ;
- *aucune autre assemblée* ne pourra être convoquée et tenue avec le même ordre du jour, avant l'assemblée venant d'être ajournée<sup>3</sup>. Rien n'interdit cependant de tenir avant l'assemblée générale ajournée une autre assemblée générale ayant un ordre du jour différent<sup>4</sup>. Si cette autre assemblée contient un ordre du jour reprenant certains points de l'ordre du jour de l'assemblée ajournée, ses délibérations seront nulles en ce qui concerne ces points, mais non pas les autres ;
- l'assemblée ajournée statuera, à défaut de nullité, sur le *même ordre du jour* que la première assemblée<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> JP constante depuis Cour 30 nov. 1930, *Pas.* 5, p. 404.

<sup>2</sup> GOFFIN/VIATOUR, in : COIPEL, t. 1<sup>er</sup>, p. 490 ; HAINAUT-HAMENDE/RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, t. 1, La constitution de la société, Bruxelles, 1994, n° 450, p. 346 ; PASSELECQ, n° 2577 ; WAUVERMANS, n° 527.

<sup>3</sup> Lux. 22 mars 2006, n° 404/96.

<sup>4</sup> Cour 4 juill. 2007, *Azerre S.A.*, n° 31 678.

<sup>5</sup> Lux. 30 janv. 1998, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 573.

## 2. LA TENUE ET LA DÉLIBÉRATION EN ASSEMBLÉE

**[999]Participation à l'assemblée.** — Tout actionnaire, possédant le droit de vote ou non (les actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote) peut, dès lors qu'il justifie de sa qualité, *accéder aux assemblées*. Sauf si les statuts en disposent autrement, cette faculté est également ouverte aux *obligataires* (art. 85 L1915)<sup>6</sup>. Il en est de même des propriétaires d'autres valeurs mobilières émises par la société, telles les *parts bénéficiaires* (v. n° [985]), si les statuts le prévoient ainsi. La liberté d'accès des actionnaires ne saurait être limitée par une clause statutaire subordonnant l'accès aux assemblées générales à la détention d'un *nombre minimum d'actions* (art. 67 § 4 L1915)<sup>7</sup>. De même, contreviendrait à l'ordre public sociétaire une clause statutaire prévoyant qu'un actionnaire déterminé ne pourrait participer à une assemblée d'actionnaires. Les statuts peuvent, en revanche, exiger le *dépôt préalable* des actions auprès de la société ou d'une banque, en vue de faciliter le contrôle de la régularité de la participation des différentes personnes aux assemblées<sup>8</sup>. Cette possibilité se meut en exigence pour les actionnaires des sociétés cotées en bourse<sup>9</sup>. Mais cela permet égale-

<sup>6</sup> Art. 85 L1915 : « Sauf disposition contraire des statuts, ils [les porteurs d'obligations] peuvent assister aux assemblées générales, mais avec voix consultative seulement ».

<sup>7</sup> Art. 67 § 4 L1915 : « Tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire des statuts, prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ».

<sup>8</sup> Le non-respect de la formalité du dépôt préalable, là où il est prévu par les statuts, n'entraîne pas la nullité de l'assemblée, si les actionnaires ne soulèvent pas la question :Lux. 18 juin 1999, n° 475/99, 476/99, note FAYOT, *Ann. Dr.Lux.* 2001, p. 558. Inversement, si les actions ont été déposées conformément aux dispositions statutaires, les décisions prises en assemblée seront susceptibles d'être annulées si les actionnaires ayant déposé leurs actions n'ont pas été autorisés par le bureau à participer à l'assemblée :Lux. SAMOLUX S.A., 959/08 n° 116 431.

<sup>9</sup> Art. 5 de la loi du 24 mai 2011, *Mém. A* n° 109, p. 1708.

ment au conseil d'administration de connaître par avance la composition de l'assemblée et de se préparer en conséquence.

Mais la *présence personnelle* de l'actionnaire n'est nullement requise pour autant, tout actionnaire pouvant se faire représenter aux assemblées générales (art. 67 § 3 L1915)<sup>1</sup>, soit par un autre actionnaire, soit par un tiers, y compris par un administrateur de la société. Le droit de représentation étant d'ordre public, les statuts ne sauraient l'interdire. Mais ils savent en réglementer l'usage, en exigeant par exemple que le mandataire soit un actionnaire de la société<sup>2</sup>. La *procuration* ainsi conférée pour une seule assemblée par l'actionnaire représenté peut être *à nom déterminé* ou *« en blanc »*, *impérative* (le mandataire doit voter dans un sens déterminé) ou *discrétionnaire* (dans ce cas, l'actionnaire s'en remet au mandataire pour le vote à l'assemblée) ; le panachage est également possible. Beaucoup d'actionnaires ne pouvant ou ne voulant pas se déplacer eux-mêmes aux assemblées, ils préfèrent envoyer des *mandants en blanc* à la société afin d'être néanmoins représentés aux assemblées. Cela donne évidemment la possibilité au conseil d'administration d'indiquer lui-même le nom des mandataires, et donc de ne désigner que des personnes qui lui sont acquises. L'existence de mandats en blanc nuit, de ce fait, au principe délibératif et de contrôle de l'assemblée. En l'absence de disposition légale en sens contraire, une personne peut *représenter plusieurs actionnaires*, et même tous les actionnaires. Le *vote par correspondance* est également possible (art. 67 § 3bis L1915)<sup>3</sup>. Il

suffira à cet effet que les statuts en prévoient la possibilité ainsi que les mentions à porter au formulaire. Dans ce cas, les formulaires reçus avant la tenue de l'assemblée, dans les délais fixés par les statuts, compteront pour le calcul du quorum ainsi que pour l'issue des votes. De même, rien n'interdit aux statuts de réputer présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par *visioconférence* ou par d'autres moyens de télécommunication permettant leur identification (*« assemblée à distance »*)<sup>4</sup>. Les actionnaires étant susceptibles de participer à l'assemblée à partir de l'étranger (p.ex. : par voie téléphonique), l'on peut se demander où l'assemblée aura réellement été tenue, si les actionnaires se trouvent dispersés dans le monde lors de l'assemblée. Pour cette raison, la loi retient la fiction que, dans un tel cas, l'assemblée sera réputée avoir été tenue au Luxembourg, au siège de la société (art. 70 al. 4 L1915)<sup>5</sup>.

L'assemblée devant *« entendre (...) le rapport des commissaires »* (art. 74 L1915), et celui-ci pouvant être oral comme écrit, le *commissaire* doit pouvoir participer à l'assemblée générale ordinaire devant statuer sur les comptes sociaux. Il peut donc être invité (art. 70 al. 3 L1915)<sup>6</sup> et il pourra, au besoin, imposer sa présence

---

actionnaire à voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées dans les statuts. Les formulaires dans lesquels ne seraient mentionnés ni le sens d'un vote ni l'abstention, sont nuls. Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée générale, dans les délais fixés par les statuts. »

<sup>1</sup> Art. 67 § 3 L1915 : « Tout actionnaire a, nonobstant toute disposition contraire, mais en se conformant aux règles des statuts, le droit de voter par lui-même ou par mandataire ». V. : RESTEAU, t. II, n° 1169 ; pour le cas particulier des sociétés cotées en bourse où ce droit se trouve renforcé, v. art. 8 et 9 de la loi du 24 mai 2011, Mém. A n° 109, p. 1708.

<sup>2</sup> RESTEAU, t. II, n° 1170 ; OLIVIER/DE BOECK, *Vademecum de l'administrateur de sociétés anonymes*, 2<sup>e</sup> éd., n° 416, p. 217.

<sup>3</sup> Art. 67 § 3bis L1915 : « Les statuts peuvent autoriser tout

<sup>4</sup> Art. 67 § 3 L1915 ; art. 6 et 10 de la loi du 24 mai 2011, Mém. A n° 109, p. 1708 pour les sociétés cotées en bourse.

<sup>5</sup> Art. 70 al. 4 L1915 : « Lorsque, conformément à l'article 67, l'assemblée est tenue avec des actionnaires qui n'y sont pas physiquement présents, l'assemblée est réputée être tenue au lieu du siège de la société ».

<sup>6</sup> Art. 70 al. 3 L1915 : « (...) les commissaires pourront être convoqués aux assemblées qu'ils n'auront pas eux-mêmes convoqués et sont, dans tous les cas, habilités à participer à celles-ci. Les réviseurs d'entreprises agréés nommés par l'assemblée générale pourront être convoqués à participer

contre l'organe de gestion (p.ex. : lorsqu'il a découvert des infractions à la loi affectant les comptes sociaux). Le commissaire étant un organe de la société, il a le droit de participer à toutes les assemblées d'actionnaires, même celles qui ne statuent pas sur les comptes sociaux. Le *réviseur d'entreprises* n'étant pas un organe de la société, ce droit absolu de participation lui sera refusé ; le réviseur d'entreprises ne peut participer aux assemblées que s'il a été invité. Même si le texte ne le dit pas précisément, il serait logique que le réviseur d'entreprises ne puisse participer qu'aux assemblées dans les préparations desquelles il a dû intervenir (révision des comptes sociaux pour l'AGO approuvant les états financiers ; fusions et scissions pour lesquelles il a rédigé un rapport ; AGE d'apport en nature ; etc.).

Pour les mêmes raisons, l'assemblée entendant également le « rapport des administrateurs », les *administrateurs* doivent pouvoir être présents aux assemblées ordinaires approuvant les comptes sociaux, afin de répondre, le cas échéant, aux questions de l'assemblée. Ils seront donc également invités aux assemblées et peuvent, en cas de besoin, imposer leur présence (art. 70 al. 3 L1915)<sup>1</sup>.

Les réunions des actionnaires étant privées, la *participation de tiers* à l'assemblée est en principe exclue. Mais ce principe n'est pas absolu, l'assemblée seule pouvant autoriser les tiers (conseils juridiques<sup>2</sup>, conseils fiscaux, experts comptables, presse locale, etc.) à assister aux assemblées. L'*administrateur*, s'il n'est pas actionnaire, ne devrait, sur la base de ce principe, normalement pas pouvoir participer aux assemblées.

---

aux assemblées (...) ».

<sup>1</sup> Art. 70 al. 3 L1915 : « Les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, (...) pourront être convoqués aux assemblées qu'ils n'auront pas eux-mêmes convoqués et sont dans tous les cas habilités à participer à celles-ci ».

<sup>2</sup> À distinguer de l'avocat qui, conformément au droit commun, peut toujours accompagner son client actionnaire ou administrateur (ou auditeur) à l'assemblée, avec lequel il se confond en quelque sorte : RESTEAU, t. II, n° 1190.

Mais on a toujours admis en doctrine que le droit pour l'administrateur de prendre part à l'assemblée des actionnaires (autre que celle approuvant les comptes sociaux où la question ne se pose pas) serait certain, par voie d'analogie avec les ministres auxquels le droit public reconnaît également le droit d'entrée à la Chambre des députés.

**[1000]Règles de tenue.** — Avant de commencer l'assemblée proprement dite, une *liste de présence* est établie (art. 67 § 2 al. 2 L1915). Elle sert à vérifier le quorum là où il est exigé et à s'assurer pour toute assemblée que seules les personnes habilitées à participer à l'assemblée y sont effectivement présentes. Le but de la liste de présence est donc de permettre à l'assemblée de vérifier qu'elle a été valablement constituée. En pratique, la liste de présence contient trois catégories de mentions : celles qui permettent d'identifier les actionnaires présents, celles qui permettent de connaître les actionnaires représentés, et enfin celles qui permettent de connaître les mandataires. Dans les sociétés recourant aux moyens de télétransmission, une quatrième catégorie est ajoutée reprenant les détails des actionnaires participant à distance à l'assemblée. Pour chacun, le nombre de voix attachées à ses actions ou aux actions représentées est indiqué. Les actionnaires peuvent inspecter la liste de présence mais ne pas en prendre copie.

L'assemblée dispose d'un *bureau*, composé du président de l'assemblée (généralement le président du conseil d'administration), d'un secrétaire et de deux scrutateurs (une personne seule pourrait en effet se tromper dans le calcul des voix, bien qu'en pratique les assemblées ne fonctionnent qu'avec un seul scrutateur). Le bureau, veillant au bon déroulement de l'assemblée, vérifiera le droit d'entrée des actionnaires sur la base de la liste de présence. En cas de difficultés que le bureau aura relevées, il appartiendra à l'assemblée de trancher la question du droit d'admission à l'assemblée, l'associé dont la qualité est

contestée ne pouvant participer au vote<sup>1</sup>. Le bureau contrôlera également le respect de la réglementation en matière de droits de vote et vérifiera le respect des formalités de convocation et des pouvoirs.

Après vérification par le bureau que l'ordre du jour de l'assemblée est bien celui qui a été communiqué aux actionnaires au moment de leur convocation, l'assemblée délibérera sur les questions inscrites sur ce dernier. L'assemblée ne pourra délibérer sur d'autres questions, sous peine de risque de nullité de ces décisions (v. n° [256] et s.), sous réserve de ce qui a déjà été indiqué précédemment (v. n° [996]).

Les actionnaires participant à l'assemblée disposent d'un *droit d'interrogation*, indépendamment de la fraction du capital social qu'ils détiennent. Ce droit d'interrogation n'existe qu'au cours de l'assemblée<sup>2</sup>, sous le contrôle du président de l'assemblée générale. Il consiste pour un actionnaire à s'adresser au conseil d'administration (et non pas à tel administrateur individuel) sur un sujet faisant partie de l'ordre du jour. Il est recommandable qu'il soit exercé par écrit et au préalable, afin de permettre au conseil d'administration de mieux se préparer en vue de fournir la réponse adéquate<sup>3</sup>. Mais il peut également être oral et résulter du jeu de questions posées en cours d'assemblée. Encore faut-il que le droit de parole soit accordé par le président de l'assemblée, ce qui ne posera, en pratique, de problèmes qu'en présence d'actionnaires perturbateurs. L'organe de gestion décidera de la personne la plus apte pour répondre aux questions des actionnaires, bien que les administrateurs (v. n° [367]) et les auditeurs (v. n° [999]) puissent se faire entendre par l'assemblée lorsqu'ils le souhaitent<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> HAINAUT-HAMENDE/RAUCQ, op.cit. n° 457, p. 351.

<sup>2</sup> Lux. 28 juill. 986, n° 832/86 ; pour le cas particulier des sociétés cotées en bourse, v. l'art. 7 de la loi du 24 mai 2011, Mém. A n° 109, p. 1708.

<sup>3</sup> C'est la règle en matière de questions posées à la Chambre des députés, v. art. 75 et 78 du règlement de la Chambre des députés du 31 mai 2000.

<sup>4</sup> DE BAUW, op.cit., n° 521.

Ils n'exerceront toutefois ce droit que dans la limite de l'intérêt social, ce dernier pouvant exiger qu'ils gardent le silence (p.ex. concernant une question de prise de participation envisagée par la société). L'obligation de réponse n'existera évidemment que dans la mesure où la question posée apparaît comme étant précise et pertinente<sup>5</sup>.

Les pouvoirs du *président de l'assemblée* générale des actionnaires sont calqués, à défaut de dispositions spécifiques, sur les pouvoirs du président de la Chambre des députés (art. 67 § 2 L1915. Or, le règlement de la Chambre des députés attribue au président le soin de « juger la recevabilité en la forme des textes, des motions et autres propositions, d'accorder la parole, de poser les questions et de les mettre aux voix, d'annoncer le résultat des votes et des scrutins (...) » (art. 8 al. 1<sup>er</sup> règlement du 31 mai 2000). Les pouvoirs du président de la Chambre des députés sont donc avant tout des pouvoirs de police destinés à assurer un bon déroulement de la session. Il en est de même du président de l'assemblée des actionnaires qui, lui aussi, ne prendra la parole dans un débat que pour présenter l'état de la question et y ramener l'ordre (art. 8 al. 2 règ.).

À l'issue des débats, l'assemblée est appelée à voter les résolutions proposées, le *vote* devant se faire résolution par résolution et non en bloc<sup>6</sup>. Généralement, le vote a lieu à mains levées, mais les statuts ou le bureau peuvent prévoir des modalités différentes (bulletin secret, appel nominal). Si les statuts le permettent, les actionnaires peuvent également participer à l'assemblée, aux débats ainsi qu'au vote, en utilisant les moyens modernes de télétransmission (visioconférence, web, ... ; art 67 § 3 L1915)<sup>7</sup>. Il faudra dans ce cas que les moyens de participation utilisés soient tels qu'ils

<sup>5</sup> V. MALHERBE, in TILQUIN/SIMONART, *Les assemblées générales*, Bruxelles, 2011, p. 105.

<sup>6</sup> MOUSSERON, À propos des résolutions d'associés, in : *Mélanges C. Mouly*, Paris, 1998, t. 2, p. 223.

<sup>7</sup> Art. 67 § 3 L1915 : « Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Ces moyens doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue ».

permettent l'identification des actionnaires participant à distance à l'assemblée. Il n'existe aucune limitation à l'exercice du droit de vote aux assemblées, au risque qu'un seul actionnaire puisse imposer ses vues à l'ensemble des autres actionnaires.

Le vote régulier lie les actionnaires de la société, mais non pas les tiers. Pour ceux-ci, il faut en outre une *publicité* au RESA, afin que les résolutions prises par l'assemblée leur soient opposables (art. 19-3 L27.05.2016). La société devra en outre déposer une expédition (assemblées extraordinaires) ou, selon le cas, un extrait (assemblées ordinaires) de la décision au greffe du RCS.

## B. LES RÈGLES PARTICULIÈRES

Les règles varient selon que l'assemblée agit en tant qu'assemblée ordinaire (1) ou extraordinaire (2). Lorsque la résolution proposée pour l'assemblée porte sur l'approbation des comptes sociaux, les actionnaires bénéficieront des lumières additionnelles d'un auditeur (3).

### 1. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ORDINAIRE

**[1001]Information préalable des actionnaires.** — La loi de 1915 n'accorde pas aux actionnaires de *droit d'information continu* sur la gestion sociale. Cependant, pour pouvoir effectivement exercer leur droit de contrôle sur la gestion sociale de l'exercice écoulé, les actionnaires doivent connaître à l'avance les différentes questions sur lesquelles ils devront se prononcer et l'attitude des organes de gestion et de contrôle relativement à ces questions. Ces questions concernent bien sûr l'ordre du jour de l'assemblée. Mais il s'agit également de contrôler les conséquences financières de la gestion sociale passée. Le *droit d'information intermittent* concernant ces questions sera mis en œuvre pendant la *période qui précède la tenue des assemblées ordinaires*. À cette fin, la loi de 1915 a prévu que pendant une durée de *huit jours* qui précède la date à laquelle l'assemblée ordinaire se tiendra, tout actionnaire a le droit de prendre connaissance, au lieu du siège so-

cial (art. 73 L1915) :

- des *comptes sociaux* (bilan, compte de profits et pertes, annexe aux comptes annuels, les mêmes documents en ce qui concerne, le cas échéant, les comptes consolidés) ;
- des différents *rapports* des organes prévus par la loi (le rapport de gestion de l'organe de gestion, les observations, le cas échéant, du conseil de surveillance, le rapport de l'auditeur)

Le *rapport de l'auditeur* (commissaire, réviseur d'entreprises) doit être mis à la disposition des actionnaires, indépendamment de la question de savoir si le rapport recommande l'adoption complète des comptes sociaux ou leur rejet. L'article 163 n° 2 L1915 sanctionne pénalement les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale « l'attestation de la personne chargée du contrôle ». Le « rapport » n'étant pas la même chose que l'« attestation », le deuxième n'étant que la conclusion du premier, la non-mise à disposition du rapport de l'auditeur constitue à la fois une faute de régularité et une infraction pénale (le rapport contenant nécessairement l'attestation); si l'attestation est uniquement fournie aux actionnaires, l'infraction pénale disparaîtra, mais la faute de régularité subsistera.

- de la *liste des actionnaires* (nécessairement nominatifs) n'ayant pas encore libéré leurs apports, cette liste devant indiquer le nombre d'actions que ces actionnaires détiennent ainsi que de leur domicile (art. 48 L1915) ;
- de la *liste des dirigeants* (administrateurs, membres du directoire, membres du conseil de surveillance) ainsi que du *nom de l'auditeur*.

La loi exige également que la société soumette à l'inspection des actionnaires « *la liste des fonds publics, des actions, obligations et autres titres de société qui composent le portefeuille* » (art. 73 n° 2 L1915). Cette disposition n'a jamais été véritablement appliquée, semble-t-il, et paraît implicitement abrogée en raison de l'adoption de la loi du 4 mai 1984 sur les comptes sociaux, ce genre d'informations étant déjà, de toute façon, prévu par cette loi (art. 248 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915 ; abrogé par la loi sur le RCS, où une disposition similaire a été adoptée : art. 65 § 1<sup>er</sup> n° 2 LRCS).

Le droit d'inspection implique le droit de prendre *copie* (art. 73 al. 2 L1915), à l'exception cependant de la liste des actionnaires qui ne peut qu'être consultée sur place. Jusqu'à la loi du 10 août 2016, les *action-*

*naires en nom* recevaient automatiquement copie des comptes annuels ainsi que du rapport de l'auditeur, ensemble avec la convocation (anc. art. 73 al. 2 L1915). Cependant, la distinction traditionnelle entre actionnaires en nom et actionnaires au porteur ayant perdu de pertinence, notamment avec la tenue de registres tant pour les actionnaires en nom qu'au porteur, le législateur a décidé d'uniformiser les régimes de communication en abrogeant l'obligation de communication automatique au profit des actionnaires au nom. Ceux-ci devront donc consulter, au même titre que les actionnaires au porteur, les différents documents au siège de la société. Il reste évidemment loisible aux sociétés de prévoir statutairement des dispositions plus onéreuses, en instaurant par exemple un droit de communication automatique au profit des actionnaires en nom. Rien n'empêche non plus la société, surtout celle n'ayant qu'un nombre restreint d'actionnaires, d'adresser directement tous ces documents automatiquement à tous ses actionnaires, au moment de leur convocation. Organisé uniquement au profit des actionnaires (actionnaires en pleine propriété, coindivisaires, nu-propriétaire, usufruitier), ce droit d'information spécial n'existe pas au profit des *tiers*, notamment des créanciers sociaux. Ceux-ci devront attendre la publication des résolutions prises en assemblée afin d'être informés.

La non-communication de ces documents étant de nature à empêcher leur contrôle par les actionnaires, les délibérations subséquentes prises en assemblée risquent d'être faussées, de sorte que les décisions pourront être *annulées*<sup>1</sup> (v. n° [257] et s.).

Afin de tenir compte du particularisme des *sociétés cotées en bourse*, dont l'actionnariat est souvent éparpillé dans le monde, la loi prévoit un certain nombre d'exigences additionnelles pour ces sociétés destinées à assurer une meilleure participation des actionnaires éloignés aux assemblées (art. 3 § 3 Loi du 24 mai 2011), notamment en ce qui concerne les informations à mettre à leur disposition sur le site web de la société.

**[1002] Information des actionnaires à l'assemblée même.** — Aux termes de l'article 74 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « l'assemblée générale entend les rapports des adminis-

trateurs et des commissaires et discute le bilan ». Si ces rapports ne sont rien d'autre que ce qui a déjà été communiqué par *écrit* aux actionnaires (ensemble avec l'invitation ou au moment de l'entrée en assemblée), il peut être fait l'économie de cette formalité. Mais l'organe de gestion ainsi que l'auditeur pourraient également compléter leurs rapports écrits par des *commentaires oraux*<sup>2</sup>.

Les actionnaires devant pouvoir « discuter » le bilan, il faut en déduire le droit pour eux de poser des *questions* aux administrateurs et à l'auditeur concernant les comptes sociaux (v. également n° [1000]). Ce droit de poser les questions appropriées (à apprécier par rapport à l'ordre du jour) est une prérogative de l'assemblée générale, plutôt que des actionnaires pris individuellement<sup>3</sup>. Il ne peut donc être exercé qu'en assemblée, quoique par tout actionnaire intéressé. L'organe de gestion (ou de révision) y répondra également en cours d'assemblée. Ce droit d'information ne trouve sa limite que dans l'obligation des organes de gestion et de révision de ne pas nuire à la société elle-même, ce qui pourrait s'avérer être le cas si les personnes concernées venaient à fournir des explications aux actionnaires sur certains « *points sensibles* » de la gestion sociale. C'est au conseil d'administration (l'auditeur se concertera, le cas échéant, avec l'organe de gestion) d'apprécier le caractère éventuellement nuisible de l'information<sup>4</sup>.

**[1003] Majorité et quorum.** — Il n'existe aucun *quorum* dans les assemblées ordinaires, de sorte qu'une décision peut être valablement prise par des participants ne représentant que 10%, 1%, 0,1% ... seulement du capital social, si les autres actionnaires ont négligé de participer à l'assemblée. L'assemblée générale ordinaire pourra donc valablement délibérer, quel que soit le nombre d'actions présentes ou représentées.

<sup>2</sup> WAUVERMANS, n° 696.

<sup>3</sup> Lux. 28 juill. 1986. n° 832/86.

<sup>4</sup> FORIERS, Les situations de blocage dans les sociétés anonymes, *R.D.C.* 1992, n° 17, p. 467 ; GOFFIN/VIATOUR, in : COIPEL, t. 1<sup>er</sup>, p. 501 ; VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 769.

<sup>1</sup> WAUVERMANS, n° 693.



Toutes les décisions prises par l'assemblée ordinaire sont adoptées à la *majorité* des voix exprimées (art. 67 § 2 L1915 : « (...) les décisions se prennent d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes (...)»). La majorité dans l'assemblée ordinaire se calcule sur la base des seuls votes exprimés, les votes (y compris ceux reçus dans le cadre du vote par correspondance ; art. 67 § 3bis al. 2 L1915) blancs ou nuls étant négligés. Il faut donc au moins la moitié des voix plus une, afin que la résolution soit adoptée, ce qui implique qu'en cas de parité des voix, la proposition soit rejetée. Les abstentions n'influencent dès lors pas l'issue du vote.

Exemple : Le vote à l'assemblée est comme suit :

- abstentions : 50%
- votes favorables : 30%
- votes défavorables : 20%

La résolution est adoptée à la majorité (30% sur les 50% de votes exprimés).

Les abstentionnistes ne comptent donc pas dans le calcul des votes et ne pourront être assimilés à ceux ayant voté contre la proposition.

Les assemblées d'actionnaires délibèrent et décident à la *majorité absolue des voix exprimées*, chaque action donnant droit à une voix (v. n° [1009])<sup>2</sup>. C'est la loi commune des assemblées. Le principe « une action - une voix » étant d'ordre public, il n'est pas possible de limiter statutairement le nombre des voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées. Par contre, les statuts peuvent librement fixer des règles plus exigeantes et exiger, par exemple, une majorité plus forte, voire l'unanimité pour toutes les prises de décision par les assemblées, ou certaines seulement. Dans l'hypothèse où les statuts prévoient l'unanimité, tout actionnaire disposera, en pratique, d'un droit de veto, d'où des risques de blocage dans la vie sociale.

La loi de la majorité paraît a priori contraire à la *règle contractuelle*, car elle lie également les actionnaires qui avaient voté

contre la résolution. Mais il ne faut pas nécessairement en déduire que la société serait une *institution* (v. n° [8]), car les actionnaires ont eux-mêmes accepté, en entrant dans la société, la possibilité de prise de décision contrairement à leurs volontés individuelles. Par ailleurs, la loi de la majorité ne s'applique que durant la vie sociale ; c'est en effet un contrat qui a créé la société

(v. n° [169]).

**[1004] Approbation des comptes et publications.** — L'assemblée délibère sur toutes les questions relatives aux comptes sociaux de l'exercice écoulé. Elle peut *approuver* les comptes sociaux tout comme elle pourra y apporter des *modifications* en révisant certains postes. Il est également envisageable que l'assemblée *refuse d'approuver ou de rectifier* les comptes sociaux, ce qui devrait logiquement entraîner la démission (en raison de la perte de confiance) et, à défaut, la révocation du conseil d'administration<sup>3</sup>.

La décision prise par l'assemblée s'impose aux actionnaires et est en principe définitive. Mais il est admis qu'une assemblée subséquente peut *corriger les erreurs* de comptes sociaux précédemment approuvés et que les actionnaires individuels peuvent obtenir l'annulation judiciaire des décisions prises par l'assemblée en matière de comptes sociaux, si celles-ci sont contraires aux lois et statuts de la société<sup>4</sup>.

L'assemblée doit également se prononcer, après l'adoption des comptes sociaux, sur la *décharge* des administrateurs et des auditeurs (art. 74 al. 2 L1915)<sup>5</sup>. La décharge devant résulter d'un « vote spécial », il s'ensuit que celle-ci ne pourra jamais résulter implicitement de l'adoption des comptes sociaux<sup>6</sup>. Si elle

<sup>3</sup> CORBIAU, ad. art. 62, n° 1 p. 176.

<sup>4</sup> VAN RYN, t. 1<sup>er</sup>, n° 774.

<sup>5</sup> Art. 74 al. 2 L1915 : « Après l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, ainsi que des commissaires. Cette décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation. »

<sup>6</sup> Avant la loi du 7 septembre 1987 ayant modifié l'art. 74 L1915, l'adoption des comptes sociaux valait décharge im-

<sup>1</sup> RESTEAU, t. II, n° 1207.

<sup>2</sup> Sous réserve des remarques déjà faites auparavant en matière d'actions à dividende privilégié sans droit de vote (v. n° [979]), des actions autodétenues (v. n° [1047]), des actions non entièrement libérées (v. n° [875]).

s'estime insuffisamment éclairée, l'assemblée pourra reporter à plus tard le vote sur la décharge, les administrateurs et auditeurs pouvant, le cas échéant, obtenir la décharge par la voie judiciaire si elle venait à trop tarder<sup>1</sup>.

Les comptes sociaux n'intéressant pas seulement les actionnaires, mais également les créanciers sociaux, ils doivent être publiés par l'organe de gestion dans le mois de leur approbation (art. 75 al 1<sup>er</sup> L1915)<sup>2</sup>. La publication portera également sur le nom des administrateurs et auditeurs ainsi que sur l'emploi des résultats de l'exercice écoulé (art. 75 al. 2 L1915). La loi sanctionne par une amende de € 500 à € 25 000 les administrateurs n'ayant « pas fait publier ces documents » (art. 163 n° 2 L1915). Cette disposition s'applique assurément en cas d'absence de publication des informations prévues à l'article 75 L1915 ; s'agissant d'une disposition pénale et donc d'interprétation stricte, elle ne devrait pas également s'appliquer aux publications incomplètes<sup>3</sup>. La responsabilité pénale est solidaire, comme pour toute infraction aux lois, sauf en cas de délégation à personne nommée. En revanche, la non-publication ou publication irrégulière n'affecte en rien le caractère régulier des décisions prises par l'assemblée.

plicité (moyennant deux conditions il est vrai) ; CORBIAU, ad. art. 62 n° 2, p. 176.

<sup>1</sup> WAUVERMANS, n° 732.

<sup>2</sup> Art. 75 al 1<sup>er</sup> L1915 : « Les comptes annuels, précédés de la mention de la date de la publication des actes constitutifs de la société, doivent, (loi du 19 décembre 2002) « dans le mois après leur approbation », être publiés aux frais de la société et par les soins des administrateurs ou membres du directoire, selon le cas, conformément au mode déterminé par l'article 11bis. A la suite des comptes annuels sont publiés les noms, prénoms, professions et domiciles des administrateurs, membres du directoire, selon le cas, et commissaires en fonction ainsi qu'un tableau indiquant l'emploi et la répartition des bénéfices nets conformément aux décisions de l'assemblée générale ».

<sup>3</sup> D'après CORBIAU, ad art. 63 n° 3, p. 179, la publication doit être « complète et intégrale », une publication « comportant des lacunes » étant irrégulière.

## 2. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE

[1005] **Majorité et quorum.** — La modification des statuts est une opération grave, car elle opère une modification du contrat de société. Ceci conduit le législateur à exiger pour ces assemblées des conditions de quorum et de majorité particulières que les statuts peuvent seulement renforcer mais non alléger. Il est ainsi permis de renforcer les droits des actionnaires minoritaires, en renforçant les conditions de majorité (p.ex. : à 90%), voire en exigeant l'unanimité pour tout changement aux statuts, ou pour certains d'entre eux seulement.

Les statuts *ne peuvent abaisser les conditions* pour la modification des statuts. Certes, l'article 40 de la 2<sup>e</sup> Directive relative au maintien du capital prévoit la possibilité pour les États membres de permettre une modification des statuts à la majorité absolue, à la seule condition que la moitié des actions soit présente ou représentée à l'assemblée. L'article 59 § 2 du règlement communautaire en matière de société européenne prévoit la même possibilité. Aussi avait-il été envisagé par le gouvernement d'introduire cette possibilité de manière générale pour toutes les sociétés anonymes, à la condition additionnelle que les statuts prévoient cette règle<sup>4</sup>. Cela aurait permis de faciliter la prise de décision et le changement des statuts et aurait été conforme à la liberté contractuelle que le législateur essaie de préserver dans la mesure du possible en droit des sociétés. La doctrine belge a d'ailleurs elle aussi conclu majoritairement au caractère supplétif des règles de majorité et de quorum, en ce sens que les statuts devraient pouvoir prévoir qu'ils pourraient être modifiés à la simple majorité<sup>5</sup>. Mais le Conseil d'État objecta qu'une telle règle favorisant la majorité pourrait s'avérer préjudiciable pour les minoritaires. Aussi la Commission Juridique de la Chambre des députés décida-t-elle de supprimer cette proposition et de préserver le statu quo actuel. Il s'ensuit que les statuts ne peuvent alléger les conditions de quorum et de majorité par rapport à ce que la loi prévoit.

<sup>4</sup> Doc. 5352, ad. art. 67-1, p. 53, session 2003-2004.

<sup>5</sup> FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. IV, Gand, 1950, n° 505; RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1982, n° 1281; VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, 1954, n° 795; SIMONART, La contractualisation des sociétés et les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires, *RPS* 1995, p. 86, n° 14.

En toute hypothèse, sur première convocation, l'assemblée ne peut valablement délibérer que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié du capital social (art. 67-1 § 2 L1915)<sup>1</sup>. Si ce *quorum* n'est pas atteint, l'assemblée ne pourra être tenue, et il sera dressé un procès-verbal de carence. Il n'existe, en revanche, aucun quorum pour la deuxième assemblée. Celle-ci statuera donc quel que soit le pourcentage de capital y représenté<sup>2</sup>.

Dans les deux assemblées, sous réserve des aménagements statutaires décrits ci-avant, les décisions sont prises à la *majorité des deux tiers* au moins des voix exprimées (art. 67-1 § 2 L1915)<sup>3</sup>. Un minoritaire représentant un tiers au moins des actions votant à l'assemblée pourra donc s'opposer aux changements statutaires, d'où l'emploi du terme de « *minorité de blocage* ». Comme dans les assemblées ordinaires, les abstentions ainsi que les votes nuls ne comptent pas.

Les règles de quorum ont été *changées à plusieurs reprises* (six fois au total dont la dernière en 2006). Il fut en effet un temps où le législateur distinguait deux types d'assemblées générales extraordinaires : celles qui portaient modification de l'objet social ou de la forme sociale, et celles ayant trait aux autres

modifications statutaires. Les premières, jugées les décisions les plus graves, nécessitaient un quorum et une majorité plus sévères que les secondes. Après unification des deux régimes, il fallait un quorum de 75% à la première, ramené à 50% pour la deuxième assemblée. Au cas où ce quorum n'était pas atteint à la deuxième assemblée, une troisième assemblée était convoquée, au quorum de 33 1/3%. Mais les conditions de quorum s'avéraient à l'expérience trop contraignantes, ce qui amena le législateur à instaurer un système de présomption de présence et d'adhésion. Mais ce système ne donnait pas non plus satisfaction, ce qui amena le législateur à ramener à deux le nombre d'assemblées, la première n'ayant plus qu'un quorum de 50%, la seconde n'en ayant pas du tout. Suite à la 2<sup>e</sup> directive communautaire en matière de droit des sociétés, ce système dut de nouveau être changé, la directive interdisant le système des présomptions de présence et d'adhésion. Pour cette raison, les présomptions ont été éliminées de la loi de 1915 et la majorité fixée à 66 2/3% dans les deux assemblées, un quorum de 50% étant seulement exigé dans la première assemblée.

Jusqu'à la réforme du 25 août 2006, l'article 67-1 al. 2 L1915 exigeait que la résolution soit votée par « les deux tiers au moins des voix des actionnaires présents ou représentés ». Autrement dit, les *abstentions* comptaient comme un vote implicite défavorable à la résolution. Depuis la réforme de 2006, il est fait abstraction des *votes nuls* ainsi que des *votes blancs* et des abstentions ; la règle de la majorité renforcée se calcule donc uniquement par rapport aux votes positifs et négatifs valablement émis (« les voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote ou s'est abstenu ou a voté blanc ou nul »).

Exemple : Tous les associés sont présents, leur vote étant exprimé comme suit : 60% se prononcent en faveur de la résolution ; 20% votent contre ; les 20% restants s'abstiennent de voter. Sous l'ancienne législation, la résolution n'aurait pas été votée, car seulement 60% des actionnaires présents ou représentés avaient voté en sa faveur. L'abstention y avait donc, dans ses effets pratiques, la même portée qu'un vote négatif. Sous la législation actuelle, le nombre d'actions à prendre en considération pour les besoins du calcul de la majorité est limité aux actions votant pour ou contre la résolution, soit à 80%. De ce fait, comme la résolution bénéficie de 60% des voix exprimées sur un total de 80%, c.-à-d. d'un support de 75% des votes positifs, elle sera considérée comme ayant été approuvée par l'assemblée.

Lorsque le changement des statuts porte sur l'objet social ou la forme juridique de la société, l'*assemblée des obligataires* ne doit plus également approuver la modification (l'art. 67-1 § 3 L1915 ayant été supprimé).

<sup>1</sup> Art. 67-1 § 2 L1915 : « L'assemblée générale ne délibère valablement que si la moitié au moins du capital est représentée et que l'ordre du jour indique les modifications statutaires proposées et, le cas échéant, le texte de celles qui touchent à l'objet ou à la forme de la société (...) ».

<sup>2</sup> Art. 67-1 § 2 L1915 : « (...) Si la première de ces conditions n'est pas remplie, une nouvelle assemblée peut être convoquée, dans les formes statutaires, par des annonces déposées auprès du registre de commerce et des sociétés et publiées quinze jours au moins avant l'assemblée au Recueil électronique des sociétés et associations et dans un journal publié au Luxembourg. Cette convocation reproduit l'ordre du jour, en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. La seconde assemblée délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée ».

<sup>3</sup> Art. 67-1 § 2 L1915 : « (...) Dans les deux assemblées, les résolutions, pour être valables, devront réunir les deux tiers au moins des voix exprimées. Les voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote ou s'est abstenu ou a voté blanc ou nul ».

Si la société a émis *différentes catégories d'actions* et qu'il est proposé de modifier les droits respectifs de ces catégories, les conditions de quorum et de majorité devront être réunies au sein de chacune des catégories (art. 68 L1915)<sup>1</sup>. En raison du renvoi aux règles de droit commun en matière de modification des statuts, une nouvelle assemblée pourra être convoquée si le quorum n'est pas atteint à la première (v. n° [1005]).

**[1006]Procédure.** — Les actionnaires sont convoqués à l'assemblée générale sous forme de convocations (v. n° [996]). La convocation contiendra l'ordre du jour de l'assemblée (changement des statuts, dissolution, ...). Le texte des changements à apporter aux statuts ainsi que les statuts coordonnés résultant de ces changements, s'ils devaient être adoptés, sont disponibles pour les actionnaires huit jours au moins avant la tenue de l'assemblée (art. 73 n° 6 L1915)<sup>2</sup>. Si le quorum n'est pas atteint à la première assemblée, les actionnaires sont convoqués une seconde fois, cette fois-ci par voie d'annonces insérées au RESA et dans un journal luxembourgeois, quinze jours au moins avant la tenue de la deuxième assemblée. La deuxième convocation, outre qu'elle reproduit l'ordre du jour, indiquera également la date et le résultat de la première réunion (art. 67-1 § 2 L1915)<sup>3</sup>.

Toute modification des statuts doit revêtir la forme authentique (acte notarié) et faire l'objet d'une publicité au RESA afin de rendre cette modification oppo-

sable aux tiers.

### 3. LES CONTRÔLES PAR L'AUDITEUR

**[1007]Mission générale de l'auditeur.** — Le cadre général de l'activité de l'auditeur a déjà été commenté précédemment, de sorte qu'on pourra y faire une référence (v. n° [436] et s.). L'assemblée ordinaire des actionnaires est libre de nommer autant d'auditeurs qu'elle juge utile (art. 61 al. 5 L1915)<sup>4</sup>, qu'elle pourra réélire un nombre illimité de fois<sup>5</sup>. La mission d'audit (qui est normalement rémunérée)<sup>6</sup> peut être exercée en tant que commissaire ou réviseur d'entreprises. Il ne s'agit là pas seulement d'une différence d'ordre terminologique mais de fond :

- l'auditeur sera un *organe* de la société, s'il agit comme commissaire (art. 61 L1915), et un simple *mandataire*, si la société doit faire contrôler ses comptes sociaux par un réviseur d'entreprises agréé<sup>7</sup>. Seul le premier, parce qu'il agit comme organe, pourra faire partie du conseil général de la société (v. n° [940]) et procéder à la convocation de l'assemblée générale des actionnaires (v. n° [992]) ;

<sup>1</sup> Art. 68 L1915 : « Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions et que la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier leurs droits respectifs, la délibération doit, pour être valable, réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par l'article précédent ».

<sup>2</sup> Art. 73 n° 6 L1915 : « Huit jours avant l'assemblée générale, les actionnaires peuvent prendre connaissance au siège social : (...) 6. en cas de modifications statutaires, du texte des modifications proposées et du projet de statuts coordonnés en conséquence. (...) ».

<sup>3</sup> Art. 67-1 § 2 L1915 : « (...) Cette convocation reproduit l'ordre du jour, en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée (...) ».

<sup>4</sup> S'il y en a plusieurs, ils formeront un collège comme les administrateurs ; art. 64 L1915. Lorsque le nombre des auditeurs est réduit de plus de la moitié, le conseil d'administration devra immédiatement convoquer une assemblée générale ordinaire des actionnaires pour pourvoir à leur remplacement : art. 61 al. 6 L1915.

<sup>5</sup> Sauf si les statuts interdisent leur réélection : art. 61 al. 3 L1915 : « Sauf disposition contraire dans l'acte de société, les commissaires sont rééligibles. (...) ».

<sup>6</sup> La rémunération est fixée par l'assemblée générale des actionnaires, v. art. 61 al. 5 L1915 : « L'assemblée générale (...) fixe leurs émoluments ».

<sup>7</sup> Le commissaire est un « mandataire » des actionnaires, tandis que le réviseur d'entreprises exécute sa mission sur la base d'un contrat de louage ou d'industrie : VEROUG-STRAETE, Le contrôle financier des sociétés anonymes, in : Éditions du Jeune Barreau, *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, 1985, n° 16, p. 276 ; art. 69 LRCS : « Les personnes visées par les deux alinéas qui précèdent sont désignées pour une durée minimale, à fixer entre les parties, par un contrat de prestation de services (...) ».

- à la différence du commissaire, qui a une *mission générale de surveillance* de la société, incluant de manière non exhaustive la vérification des comptes sociaux, le réviseur n'a d'autres missions que celle de *contrôler les comptes annuels* de la société en vue de leur régularité<sup>1</sup>.

La mission du réviseur d'entreprises est ainsi limitée au *contrôle financier* de la société ; son droit de contrôle étant limité aux opérations dans la mesure où elles peuvent se répercuter dans les comptes sociaux, il lui est interdit de donner des appréciations quant à la gestion. Le commissaire, en revanche, est censé veiller aux intérêts des actionnaires en exécutant pour compte des actionnaires collectivement ces contrôles qu'autrement les actionnaires individuels n'auraient pu exercer<sup>2</sup>. Le commissaire n'est donc pas seulement contrôleur financier, mais également *contrôleur de la gestion* de la société. Sa mission, qui est en définitive fort proche de celle de l'« *Aufsichtsrat* » allemand, ne saurait être restreinte par les statuts de la société<sup>3</sup> ;

- le contrôle de gestion est opéré par le commissaire tout au long de l'année ; il s'agit d'un *contrôle permanent*, contrairement au contrôle du réviseur d'entreprises qui est effectué en fin d'exercice, au moment de l'établissement des comptes sociaux (*contrôle intermittent*) ;
- s'agissant d'un mandat civil, le contrôle opéré par le commissaire est en principe gratuit, même si l'assemblée peut fixer des émoluments au profit des commissaires aux comptes (art. 61 al. 5 L1915)<sup>4</sup>. Par voie de conséquence, en cas de silence des statuts et en l'absence d'une décision de l'assemblée en ce sens, les commissaires aux comptes ne sauraient prétendre à une *rémunération*. La rémunération du

commissaire, lorsqu'elle existe, n'est pas déductible sur le plan fiscal et donne lieu à perception d'une retenue à la source de 20%, comme pour les tantièmes des administrateurs. Les réviseurs d'entreprises, en revanche, prestent des services pour lesquels ils ont droit à une rémunération ; cette rémunération est déductible du revenu imposable de la société ;

- l'assemblée doit se prononcer, après lecture du rapport du commissaire, sur sa *décharge* (art. 74 al. 2 L1915). Si elle le fait, la plupart du temps, également, en pratique pour le réviseur d'entreprises, la loi ne l'y oblige cependant nullement, sans doute parce que la mission du commissaire en droit est beaucoup plus large que celle du réviseur d'entreprises, ce qui justifie que le commissaire soit fixé sur l'appréciation portée en assemblée sur l'exécution de sa mission ;
- l'assemblée est libre de *révoquer* à tout moment le commissaire (art. 61 al. 4 L1915)<sup>5</sup>, suivant les mêmes règles que pour les administrateurs (v. n° [899]). Par contre, le réviseur d'entreprises ne peut être démis de ses fonctions que pour « fautes graves »<sup>6</sup>.

**[1008] Missions spéciales.** — Outre la mission générale de contrôle, l'auditeur doit parfois intervenir, en établissant des rapports spéciaux, à l'occasion d'opérations particulières concernant la société. Son intervention est ainsi requise à l'occasion d'apports en nature effectués dans le cadre d'une augmentation de capital, d'opérations de fusion et de scission ainsi que lors de la clôture de la liquidation de la société. En plus de ces missions prévues par la loi, l'auditeur peut exercer des missions additionnelles pour compte de la

<sup>1</sup> Art. 69 LRCS : « Les sociétés de droit luxembourgeois visées à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 doivent faire contrôler les comptes annuels par un ou plusieurs réviseurs d'entreprises agréés désignés par l'assemblée générale. »

<sup>2</sup> Art. 62 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) les commissaires ont un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société (...). »

<sup>3</sup> FREDERICQ, t. V, n° 463.

<sup>4</sup> Lux. 1<sup>er</sup> juin 1990, n° 38 688.

<sup>5</sup> Art. 61 al. 4 L1915 : « La durée de leur mandat ne peut excéder six ans; ils sont toujours révocables par l'assemblée générale (...) »; v. Lux. 1<sup>er</sup> juin 1990, n° 38 688.

<sup>6</sup> Art. 69 LRCS : « Les personnes visées par les deux alinéas qui précèdent sont désignées (...) par un contrat (...) résiliable seulement pour motifs graves ou d'un commun accord. »

société (établissement des déclarations fiscales, conseil en gestion, etc.), tout en veillant à respecter le principe d'indépendance qui doit caractériser sa mission générale de contrôle.

### § 3. LES DROITS INDIVIDUELS DES ACTIONNAIRES

Les droits sont tout d'abord politiques en ce qu'ils permettent à l'actionnaire de participer à la vie de la société au moyen de son droit de vote (A). Mais ils sont également financiers, qu'il s'agisse du droit aux dividendes (B) ou du droit de sortir de la société (C).

#### A. LE DROIT DE VOTE AUX ASSEMBLÉES<sup>1</sup>

[1009] **À capital égal, vote égal.** — Selon l'article 67 § 4 L1915 : « tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ». C'est poser le principe : « à capital égal, vote égal » ou « une action, une voix ». Cette disposition réputant non écrite toute clause contraire des statuts, est d'ordre public et s'applique à toutes les actions (y compris les actions de jouissance), exception faite seulement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (v. n° [979]). Donc, si un actionnaire détient le double des actions d'un autre actionnaire, le premier disposera également d'un droit de vote double par rapport au second<sup>2</sup>. La formulation absolue de l'article 67 § 4 L1915 interdit toute atteinte au principe de proportionnalité, qu'il s'agisse de limiter le nombre de voix dont un associé pourrait disposer dans les assemblées (sur la limitation de la puissance votale, v. n° [242]), ou, au contraire, d'augmenter le nombre de voix dont il dispose (illicéité des actions à vote plural).

<sup>1</sup> T'KINT, Le droit de vote et les différentes catégories de titres, in: *Contrôle, stabilité et structure de l'actionariat*, Bruxelles, p. 57; CLOTTENS, La proportionnalité entre le droit de vote et le risque dans les sociétés de capitaux, th. 2012, *Strada Lex* 2015, n° 7107, p. 113.

<sup>2</sup> Le droit de vote étant fonction du capital détenu, on

La proportionnalité du droit de vote à la mise en capital constitue un principe fondamental du droit des sociétés luxembourgeois. Aussi, si la loi du 22 mars 2004 sur la *titrisation* permet, certes, aux sociétés de titrisation d'émettre des actions de valeur inégale, le droit de vote n'en reste pas moins proportionnel à la quotité de capital représenté (art. 63 L22.3.2004), de façon à préserver le principe de proportionnalité. Cette solution a été généralisée à l'ensemble des sociétés par actions par la loi du 10 août 2016<sup>3</sup>.

De même, l'entorse apparente au principe de proportionnalité en matière de *SICAV capitalisantes* et *distribuantes* n'en est pas une dans les faits. On rencontre souvent, au sein d'une seule SICAV, la coexistence de deux compartiments, le premier versant des dividendes (le compartiment distribuant), le second capitalisant les bénéfices (le compartiment capitalisant). Au fil du temps, la valeur d'une action capitalisante sera bien plus grande qu'une action distributive, en raison des bénéfices thésaurisés. Pourtant, le droit de vote d'une action distributive sera égal à celui d'une action capitalisante. Il n'y a pas là entorse juridique au principe de proportionnalité, mais application de ce principe même, car la mise initiale par action dans les deux compartiments est la même.

[1010] **Suspension du droit de vote résultant de la loi.** — Le droit de vote étant d'ordre public, la *suppression* du droit de vote ne peut elle-même résulter que d'une disposition expresse de la loi. L'émission d'actions à dividende privilégié sans droit de vote est l'unique hypothèse prévue par la loi où le droit de vote normalement attaché aux actions se trouve supprimé.

Toutes les autres hypothèses où un droit de vote ne peut être attaché à l'action constituent des suspensions du droit de vote. Ces suspensions interviennent la plupart du temps à titre de *sanction*, en raison du fait

---

songera au mot célèbre de BOURCART, pour qui, à l'assemblée, ce sont « des sacs d'écus qui délibèrent », *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1905, p. 127.

<sup>3</sup> Art. 67 § 4 al. 2 L1915: « Lorsque les actions sont de valeur inégale ou que leur valeur n'est pas mentionnée, sauf disposition contraire des statuts, chacune d'elle confère de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente, en comptant pour une voix l'action représentant la quotité la plus faible; il n'est pas tenu compte des fractions de voix, excepté dans les cas prévus à l'article 68. »

que l'actionnaire n'a pas respecté certaines obligations qui lui ont été imposées par la loi, ou afin de régler une situation où il existe un *conflit d'intérêts*. La suspension du droit de vote n'est que temporaire, l'actionnaire recouvrant son droit de vote lorsque l'infraction à la loi ou le conflit d'intérêts aura cessé d'exister. Il en est ainsi :

- des situations où la société détient directement (art. 49-5 al. 1<sup>er</sup> (a) L1915)<sup>1</sup> ou indirectement (art. 49bis § 2 L1915)<sup>2</sup> ses propres actions ; le droit de vote des *actions autodétenues* est suspendu jusqu'à la cession de ses titres par la société;
- facultativement, au choix de la société, des actions détenues par une *pluralité de propriétaires* (indivision, démembrement de propriété), si les associés ne se sont pas arrangés entre eux quant à la personne devant exercer le droit de vote<sup>3</sup> ;
- des *actions non libérées*, si l'actionnaire ne libère pas les versements restants sur ses souscriptions là où il le devrait ; la loi le privant dans ce cas de son droit de vote à toutes les assemblées (art. 67 § 7 L1915)<sup>4</sup> ;
- il en va encore ainsi des actions des *sociétés cotées*, lorsque l'acquérant n'a pas déclaré les *franchise-*

*ments de seuils*.

**[IOII]Suspension contractuelle du droit de vote.** — Suite à la loi du 10 août 2016, la possibilité d'une suspension contractuellement aménagée du droit de vote a fait son introduction en droit luxembourgeois (art. 67 § 8 L1915)<sup>5</sup>. Ce texte permet de suspendre l'exercice des droits de vote des actionnaires dans les hypothèses particulières prévues aux statuts. La suspension du droit de vote s'impose à l'actionnaire, le cas échéant contre son gré ; elle se différencie de ce fait de la renonciation au droit de vote, qui est librement consentie par l'actionnaire (v. n° [340]).

Une suppression du droit de vote peut notamment être utile dans trois cas de figure au moins.

L'actionnaire peut *ne pas avoir rempli ses obligations sociales*. Il s'agit là de l'application (par analogie) de l'*exceptio non adimpleti contractus* en matière sociétaire<sup>6</sup>. Elle peut également s'avérer nécessaire dans certaines sociétés regroupant de nombreux actionnaires, lorsque l'exercice du droit de vote serait susceptible de mettre en péril le bon fonctionnement de la société. À titre d'exemple, la documentation de la société (comprenant les statuts de la société et les contrats bi- ou multilatéraux de souscription des actionnaires ainsi que, le cas échéant, un document d'émission ou prospectus) prévoit habituellement la suspension des droits de vote des actionnaires qui ne remplissent pas leur obligation contractuelle de souscrire à des augmentations de capital (ce qui est autre chose que la libération du capital non entièrement libéré). Il est aussi fréquemment stipulé que les droits de vote sont suspendus pour les actionnaires qui, malgré leur engagement contractuel en ce sens, ne remplissent pas ou plus les conditions d'éligibilité réglementaires ou fiscales pour être actionnaire dans la société. Cette suspension des droits de vote est souvent doublée d'une suspension des droits économiques, voire d'un droit au rachat forcé accordé statutairement à la société, afin de mettre la société en mesure de se défaire des

<sup>1</sup> Art. 49-5 al. 1<sup>er</sup> (a) L1915 : « Les droits de vote afférents aux actions détenues par la société sont suspendus ».

<sup>2</sup> Art. 49bis § 2 L1915 : « (...) Toutefois, lorsque la société anonyme dispose seulement indirectement de la majorité des droits de vote ou peut exercer seulement indirectement une influence dominante, le paragraphe (1) ne s'applique pas, mais dans ce cas les droits de vote attachés aux actions de la société anonyme dont dispose l'autre société sont suspendus. (...) » ; v. également art. 49bis § 6 L1915.

<sup>3</sup> Article 38 L1915 : « S'il y a plusieurs propriétaires d'une action ou coupure d'action, la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents, jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action ou de la coupure.

<sup>4</sup> Art. 67 § 7 L1915 : « L'exercice du droit de vote afférent aux actions sur lesquelles les versements n'ont pas été opérés sera suspendu aussi longtemps que ces versements, régulièrement appelés et exigibles, n'auront pas été effectués ».

<sup>5</sup> Art. 67 § 8 L1915 : « Les statuts peuvent prévoir que le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, peut suspendre les droits de vote de tout actionnaire qui est en défaut de remplir les obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement. (...) ».

<sup>6</sup> Une application législative particulière de ce principe est d'ailleurs l'art. 67 § 7 L1915, sanctionnant les actionnaires en défaut d'effectuer les versements sur le capital appelés et exigibles par la suspension de leurs droits de vote.

investisseurs qui ne remplissent pas leurs obligations contractuelles résultant des statuts ou des contrats de souscription d'actions.

Le deuxième cas de figure où une suspension du droit de vote peut être utile est la situation de *conflits d'intérêts au niveau de l'actionnariat*. Cette situation peut se rencontrer lorsque les gérants et leur personnel détiennent également une participation dans le capital de la société, afin d'aligner leurs intérêts sur ceux des autres actionnaires. Certaines décisions qui touchent directement à l'opportunité de faire certains investissements ou de s'en défaire peuvent être soumises à l'appréciation de l'assemblée générale et générer des conflits d'intérêts dans le chef des gérants et de leurs employés qui sont non seulement des actionnaires dans la société, mais également les personnes en charge d'investir et de désinvestir au mieux dans l'intérêt de la société. Pour régler ce genre de conflit d'intérêts, la documentation de la société prévoit habituellement que les actionnaires se trouvant dans la sphère d'influence du gérant n'ont pas le droit de participer à ce type de décision de l'assemblée générale.

Un troisième cas de figure où une suspension des droits de vote peut s'avérer nécessaire est celui où les actionnaires ne doivent *pas dépasser certains seuils de droits de vote* pour des raisons réglementaires, comptables ou fiscales. On peut songer notamment au statut fiscal de la société qui change à l'étranger, si la société est détenue pour un pourcentage dépassant un certain chiffre par des résidents établis à l'étranger. Ce statut fiscal défavorable peut avoir des conséquences, non seulement pour les actionnaires qui résident dans le pays en question, mais également pour les autres actionnaires. La suspension des droits de vote permet d'éviter de léser ces autres actionnaires.

Par souci de sécurité juridique, la loi consacre en son article 67 § 8 L1915 ces pratiques. Il faut cependant que la possibilité de la suspension des droits de vote soit expressément prévue dans les statuts. Elle pourra sanctionner l'inexécution d'obligations visées tant dans les statuts que dans tout autre acte, contrat ou document déterminant les obligations et engagements d'un actionnaire à l'égard de la société, tel notamment un contrat de souscription d'actions et d'apports de fonds.

## B. LA CESSION DES ACTIONS

L'essence de l'action est de donner droit à un dividende. S'agissant de la caractéristique commune de tout apport en société, on pourra renvoyer sur ce point à la partie générale de ce précis (v. n° [271] et s.). Le

caractère négociable de l'action est cependant spécifique à ce type de droit social (v. n° [971]); elle assure la libre transférabilité de l'action. Ceci pose la question de savoir s'il est possible de limiter contractuellement la transférabilité des actions (1) ou d'en imposer la cession à la société ou à l'actionnaire (2).

### 1. LES RESTRICTIONS À LA NÉGOCIABILITÉ RÉSULTANT DES STATUTS

**[1012] Opérations visées.** — Souvent, les statuts de la SA prévoient des restrictions conventionnelles à la libre négociabilité. Les motifs de ces limitations sont divers et peuvent tenir au souci de maintenir à une entreprise son caractère familial ou encore au désir de préserver un certain équilibre entre les groupes qui se sont entendus pour constituer la société. Ces restrictions à la libre cessibilité des actions (auxquelles il faut ajouter tous les autres titres représentatifs des capitaux propres actuels ou futurs : parts bénéficiaires ; droits préférentiels de souscription, ...) prennent généralement la forme d'une clause d'agrément et/ou de préemption ; elles peuvent également porter sur une interdiction de cession. La loi de 1915 prévoit, en son article 37 § 2, des règles pour ces trois types de clauses<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 37 § 2 L1915 : « Les statuts, les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription peuvent limiter la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de la mort des actions de toute nature (...). Les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps. Toutefois, lorsque la limitation résulte d'une clause d'agrément ou d'une clause prévoyant un droit de préemption, l'application de ces clauses ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de douze mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption. Lorsque les clauses visées à l'alinéa 3 prévoient un délai supérieur à douze mois, celui-ci est de plein droit réduit à douze mois. Si les dispositions statutaires ne précisent pas les modalités de détermination du prix de cession des actions, parts, droits ou titres visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>, ce prix est, à défaut d'accord entre les parties, déterminé par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de



L'article 37 § 2 L1915 porte sur les restrictions à la cessibilité des « actions de toute nature, des parts bénéficiaires, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions ou tous autres instruments de créance convertibles en capital. Cette énumération est exemplative plutôt qu'exhaustive : sont en fait visés tous les *instruments juridiques représentatifs d'actions ou susceptibles de donner droit à des actions*. Sont donc visées les actions au porteur, nominatives, dématérialisées ainsi que les actions éventuelles à terme, inconditionnelles (dettes remboursables en actions) ou optionnelles (warrants, emprunts convertibles, ...). Les parts bénéficiaires, même si elles ne sont ni des actions ni ne donnent droit, à terme, à des actions, sont assimilées aux actions pour les besoins de l'art. 37 § 2 L1915, en raison de leur similitude avec les actions sur le plan financier.

L'article 37 L1915 ne traite que de *certaines restrictions statutaires* à la cessibilité des actions et titres assimilés (clause d'agrément, clause de préemption, clause d'inaliénabilité). D'*autres clauses statutaires* sont également envisageables (clauses de sortie commune, options d'achat ou de vente) mais ne sont pas visées par l'art. 37 § 2 L1915. Toutes ces restrictions peuvent d'ailleurs être transférées dans une *convention extrastatutaire*. Les autres clauses statutaires, tout comme celles contenues dans les conventions extrastatutaires, ne relèvent pas de l'art. 37 § 2 L1915, même si elles peuvent avoir un effet similaire. Elles relèvent de la liberté contractuelle et peuvent aller plus loin, en termes de restrictions à la cessibilité, que ce que la loi prévoit en son article 37, sous réserve cependant de ne pas aboutir à une incessibilité absolue dans les faits des

---

référé. La valeur des actions, parts, droits ou titres visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> est fixée au jour de la notification de la cession en cas de cession entre vifs et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort. Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle. »

actions. La libre cessibilité des actions exige pour ces clauses qu'elles aménagent toujours une porte de sortie à l'actionnaire désireux de céder ses actions. Leur inconvénient, bien sûr, lorsqu'elles figurent en dehors des statuts, est qu'elles n'engagent que leurs signataires et que, partant, elles ne sont pas opposables aux tiers et à la société.

La loi parle de clause restreignant la « *cessibilité* » ou la « *transmissibilité* » des actions. Ces expressions, en raison de leur caractère général, visent tout acte de transmission des actions, la vente bien sûr, mais également les opérations assimilables à la vente, tels que l'échange et l'apport en société, ainsi que les donations et les successions. La clause d'inaliénabilité concerne les cessions à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou pour cause de mort.

La loi autorise également des limitations à la transmissibilité des actions dans le cadre des successions (« transmissibilité à cause de mort »). Cette précision était utile, à défaut d'être nécessaire, parce que les *pactes sur succession future* sont en principe frappés de nullité<sup>1</sup> (art. 1130 al. 2 C.civ.). Cette précision n'était pas strictement nécessaire, parce que le pacte sur succession future consiste à céder des droits purement éventuels sur une succession, là où les clauses limitant la transmission portent sur des actions appartenant déjà à l'actionnaire. Les clauses restreignant la cessibilité des actions ne tombent donc pas sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future. La précision était cependant utile, en raison de la fiction légale selon laquelle l'héritier, dans le cadre d'une succession, continue la personne du défunt.

**[1013] Conditions de majorité et sanctions.** — Lorsque la clause est inscrite aux statuts de la société, à la *constitution*, elle a été approuvée par tous les actionnaires et ne pose dès lors aucun problème. Si elle est introduite par la suite, dans le cadre d'une *modification des statuts*, on pourrait être tenté d'y voir une augmentation des engagements des associés (v. n° [306]), ce qui nécessiterait un vote unanime des actionnaires. Le commentaire du projet de loi n° 5730 ayant abouti à la loi du 10 août 2016 s'est toutefois exprimé en sens inverse, en considérant que l'exigence de l'unanimité

---

<sup>1</sup> VAN OMMESLAGHE, op.cit., p. 301.

« compliquerait considérablement l'instauration d'une inaliénabilité par la voie d'une modification statutaire ». Cela est bien vrai, mais cela est également vrai pour toutes les autres clauses portant augmentation de l'engagement des associés. En fait, il semble qu'il faille distinguer selon le degré de gravité de l'atteinte au principe de libre cessibilité des actions (v. n° [308]) : il s'ensuit que les clauses restreignant la libre cessibilité des actions peuvent être introduites durant la vie de la société (v. n° [1014] et s.), en respectant uniquement les conditions exigées pour la modification des statuts, tandis que celles interdisant la cession d'actions requièrent l'unanimité (v. n° [1018]).

Les clauses statutaires limitant la cessibilité des actions engagent non seulement les parties contractantes (les actionnaires) ; elles sont également opposables aux tiers, la *violation d'une clause statutaire de préemption* étant sanctionnée par la nullité de la cession (art. 37 § 2 dernier alinéa L1915). La situation sera différente lorsque la cession aura été effectuée en *violation d'une convention extrastatutaire*. Dans ce cas, le bénéficiaire du droit de préemption ne pourra qu'agir en vue d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la violation de la clause. Les clauses d'agrément et de préemption ne constituent en effet que des obligations de faire, lesquelles se résolvent en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142 C.civ.). Ce n'est que dans le cas exceptionnel de la collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire que la nullité sera prononcée (« *fraus omnia corrumpit* »).

#### a) LES CLAUSES LIMITANT LA CESSIBILITÉ DES ACTIONS

**[1014] Clauses d'agrément.** – Les clauses d'agrément sont des dispositions statutaires (ou conventionnelles) par lesquelles le cédant de titres sociaux est obligé de soumettre l'acquéreur à l'agrément préalable d'un organe de la société. Elles permettent d'écarter l'entrée dans la société de personnes jugées indésirables, notamment afin de préserver le caractère familial de la société. L'agrément peut porter sur toute cession ou

transmission d'actions, ou seulement sur une catégorie d'actions.

Les *actionnaires existants* ayant déjà fait l'objet d'un agrément, soit au moment de la constitution de la société, soit lors d'un changement ultérieur dans la composition de son capital social, les clauses d'agrément n'ont, en principe, pas de raison d'être en présence d'une cession entre associés. Ces cessions devraient donc toujours être libres. Mais comme la loi prévoit de manière générale la possibilité d'exiger un agrément, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi n'a pas distingué elle-même. De ce fait, les *clauses d'agrément entre actionnaires* sont licites. Cette solution paraît d'ailleurs justifiée dans la mesure où elle permet de préserver l'équilibre entre les différents groupes d'actionnaires.

Les statuts définiront la personne susceptible de donner l'agrément ; cela peut être un organe de la société, comme le conseil d'administration ou l'assemblée des actionnaires, ou encore un tiers (un expert, une commission, etc.). L'agrément peut être discrétionnaire ou motivé :

- lorsqu'il est discrétionnaire, l'organe compétent n'a pas besoin de justifier sa décision (« *agrément pur et simple* ») ;
- lorsqu'il est motivé, l'organe compétent doit être justifié par des motifs susceptibles d'être soumis à l'appréciation des tribunaux (« *agrément motivé* »).

La seule différence entre l'agrément discrétionnaire et l'agrément motivé est que, dans la seconde hypothèse, les raisons de la (non-) conformité seront documentées, ce qui facilitera leur *contrôle judiciaire*. Dans les deux cas, l'agrément sera donné ou refusé en fonction de *l'intérêt social*, et non en fonction de l'intérêt d'un actionnaire ou groupe d'actionnaires.

L'agrément est soit donné, soit refusé ; il ne semble pas possible de fractionner l'agrément en le limitant à certaines actions seulement dont la cession est envisagée. Lorsque l'agrément est refusé, la convention peut (mais ne doit pas nécessairement) prévoir l'obligation pour la société de procurer au cédant un autre *acquéreur de remplacement* aux mêmes conditions ainsi que le droit pour la société de racheter elle-même les titres sociaux au prix en question. Cette question est surtout d'actualité en présence d'agréments purs et simples :

l'actionnaire ne pouvant rester « prisonnier » dans la société, une porte de sortie doit être aménagée au candidat-cédant en cas de refus de l'agrément discrétionnaire. Le rachat des titres par la société, ou du moins l'obligation pour la société de trouver un acquéreur (actionnaire existant ou un tiers) aux conditions que la clause devra préciser en cas de refus d'agrément paraît dès lors recommandable, sans qu'elles ne soient pour autant obligatoires sous peine de nullité<sup>1</sup>. Lorsqu'une clause de rachat avec fixation d'un prix existe, ses conditions ne devront toutefois pas être telles que le prix en soit nettement insuffisant. La libre transmission ne serait qu'un leurre si l'actionnaire n'avait le choix qu'entre la « prison » et la « spoliation »<sup>2</sup>.

**[1015] Clauses de préemption**<sup>3</sup>. — Contrairement à la clause d'agrément, qui a un caractère négatif, à savoir empêcher l'entrée dans le capital social de tiers, la clause de préemption a un caractère positif : *elle donne à tout ou partie des actionnaires existants (voire à la société elle-même) la possibilité d'acquérir les actions en voie d'être cédées ou transmises.*

On distingue généralement la clause de préemption du *pacte de préférence*. Le pacte de préférence est un contrat préparatoire par lequel un contractant (le promettant) s'engage à proposer une offre à une personne (le bénéficiaire) en particulier, dans l'hypothèse où elle envisagerait de conclure ultérieurement un contrat sur une chose lui appartenant. De la sorte, le promettant se retrouve contraint de privilégier le bénéficiaire à tout tiers dans l'hypothèse d'un contrat futur sur la chose convoitée. Le droit de préemption, par contre, permet à son bénéficiaire de se substituer à l'acquéreur dans les droits et obligations d'un contrat de vente déjà conclu. La distinction entre ces deux types de clauses s'effectue donc sur la base du moment où la priorité vient à jouer : avant (clause de priorité) ou après la cession (clause de préférence). L'article 37 § 2 L1915 ne parle que des clauses de préemption, mais on ne voit pas à quel titre la loi

aurait voulu réserver un sort différent au pacte de préférence, qui en raison de ses effets analogues est donc également (implicitement) visé par la loi.

La clause de préemption a les effets d'une offre de vente, sauf qu'elle reste hypothétique (« si je décide de vendre, alors vous avez le droit d'acheter »), mais non pas conditionnelle. L'utilité des clauses de préemption est évidente : elle permet aux actionnaires bénéficiaires d'augmenter leur participation, tout comme elle peut servir à simplement maintenir entre eux les proportions existantes dans la répartition au sein du capital social. Si la personne disposant du droit de préemption ne l'exerce pas, le cédant peut vendre ses actions à l'acquéreur de son choix.

La clause de préemption relève très largement de la *liberté contractuelle*. En cas de doute, la clause doit s'interpréter restrictivement, au motif qu'il s'agit d'une clause restreignant la libre négociabilité des actions, c.-à-d. au droit pour tout actionnaire de disposer librement de ses actions.

La plupart du temps, la clause de préemption est accompagnée d'une *clause d'agrément*, à laquelle elle est liée. Elle peut l'être de deux façons : soit la préemption est la conséquence du refus d'agrément ; soit elle en est le préalable, en ce sens que la procédure d'agrément n'intervient qu'en l'absence d'exercice du droit de préemption. La clause de préemption peut intervenir à plusieurs moments :

- l'associé désireux peut être obligé d'offrir ses droits sociaux aux autres associés (ou à la société) préalablement à la négociation avec un tiers (« *droit de premier refus* ») ;
- en cas d'offre par un tiers, l'associé peut être obligé d'offrir préalablement ses droits sociaux aux autres associés, aux mêmes conditions (« *droit de préemption classique* ») ;
- l'associé peut être obligé d'offrir d'abord ses droits sociaux aux autres associés, avant de pouvoir négocier (en cas d'échec) avec le tiers, les associés se voyant offrir une deuxième et dernière fois les droits sociaux aux mêmes conditions que celles offertes par le tiers (« *droit de premier et dernier refus* »).

**[1016] Limitation dans le temps.** — Les clauses d'agrément et de préemption s'inscrivent par nature dans la durée : elles viennent à jouer en effet le moment venu, généralement à un moment unique dans le temps où le propriétaire des actions voudra les céder à

<sup>1</sup> PASSELECQ, De la cessibilité et de la négociabilité des actions dans les sociétés de capitaux, spécialement dans la société anonyme, *RPS* 1949, n° 4093, p. 162.

<sup>2</sup> HAMEL/LAGARDE, n° 529.

<sup>3</sup> CHARTIER, Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers, *RJ com.* 1990, n° spéc. novembre, p. 77.

un tiers. Sous peine d'être dénuées d'efficacité, ces clauses doivent être applicables aussi longtemps que la personne concernée reste propriétaire des actions à transférer. Aussi, rien n'empêche de telles clauses d'être constituées pour une durée illimitée ; celui qui est tenu par ces clauses ne pourra résilier celles-ci unilatéralement, la prescription extinctive n'étant, en raison du particularisme de ce contrat d'attente, pas applicable non plus<sup>1</sup>.

Il faut éviter toutefois que l'actionnaire ne se trouve enlisé dans une procédure interminable d'agrément ou de préemption rendant, en pratique, impossible la cession. La loi prévoit pour cette raison que l'application de ces clauses « ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de douze mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption. Lorsque les clauses visées à l'alinéa 3 prévoient un délai supérieur à douze mois, celui-ci est de plein droit réduit à douze mois » (art. 37 § 2 al. 3 et 4 L1915). Une fois ce délai expiré, la cession est libre.

**[1017] Détermination du prix.** — La question de la fixation du prix n'a de sens que dans le contexte des clauses de préemption. La loi s'en remet aux dispositions convenues dans les *statuts*, là où elles existent, en ce qui concerne le prix auquel s'exercera la préemption.

Ce prix pourra être le prix auquel un tiers est prêt à acheter les titres sociaux, mais au risque d'être exposé à des offres de complaisance. La fixation annuelle du prix par un organe de la société est également possible, mais elle est défavorable au cédant. La fixation par un spécialiste externe, généralement un réviseur d'entreprises agréé, est possible (art. 1591 et 1592 C.civ.) mais présente l'inconvénient de l'incertitude quant au prix finalement arrêté. La fixation du prix par la voie d'une formule préétablie (« x » fois le dernier bénéfice social ; moyenne pondérée entre la valeur bilantaire et la valeur de rendement, etc.) a le mérite de la sécurité juridique mais aboutit souvent à un prix inférieur à la valeur marchande des titres (c'est parfois l'intérêt inavoué des clauses de préemption). Même si le prix ainsi calculé était manifestement déraisonnable, l'efficacité de la

clause n'en serait pas moins préservée, les tribunaux devant appliquer la loi que les parties se sont données<sup>2</sup>.

Mais, contrairement à ce que l'on aurait pu penser (v. art. 1129 C.civ.), la clause de préemption ne doit pas nécessairement prévoir de disposition relative à la fixation du prix (art. 37 § 2 : « Si les dispositions statutaires ne précisent pas les modalités de détermination du prix de cession (...) »). *Dans le silence des statuts*, le prix de préemption sera fixé par les tribunaux, sur la base de la valeur ayant existé au jour de la notification de l'offre d'achat (ou du décès de l'actionnaire).

b) LES CLAUSES EMPÊCHANT LA CESSIBILITÉ DES ACTIONS :  
LES CLAUSES D'INALIÉNABILITÉ

**[1018] Types de clauses d'inaliénabilité.** — La clause d'inaliénabilité peut porter sur une interdiction totale de céder les droits d'associé (« *clause d'inaliénabilité absolue* ») ou seulement restreindre la transmissibilité de ces droits au profit de certaines personnes (« *clause d'inaliénabilité relative* »).

Pourquoi prévoir l'incessibilité des droits d'associé ? Plusieurs raisons peuvent être avancées. Tantôt il s'agit de geler les relations ou d'assurer la continuité de l'investissement réciproque en présence d'une filiale commune ou d'une joint-venture. Tantôt il s'agit d'obtenir l'accord de personnes clef qu'elles ne céderont pas leurs droits d'associé dans la suite pendant une certaine période suivant l'introduction en bourse de la société (« *lock-up* »). Enfin, on rencontre encore fréquemment ces clauses en présence d'investissements en capital-risque, lorsque les investisseurs ne sont autorisés à entrer dans le capital de la « *start-up* » qu'à condition de s'engager à préserver les droits d'associé durant la phase de démarrage de l'entreprise.

Il fut un temps où la validité des clauses était contestée dans les sociétés de capitaux, au motif que l'idée de cessibilité serait à ce point inhérente à l'essence de l'action que toute restriction à l'exercice de la cession devrait être considérée comme illicite<sup>3</sup>. Mais cette thèse radicale n'a pas prévalu.

<sup>1</sup> LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, *RTD Civ.* 2013, p. 491.

<sup>2</sup> VAN RYN, *Principes*, T. 1, n° 548.

<sup>3</sup> V. en ce sens p.ex : COPPENS, *J.T.* 1949, p. 216.

C'est ainsi que la loi de 1915, en son article 37 § 2 L1915, consacre la validité des clauses d'inaliénabilité statutaire dans la mesure. Mais ceci ne veut pas dire que les actionnaires puissent, par ce biais, s'interdire d'une manière absolue et illimitée dans le temps de céder leurs actions. Une telle disposition serait nécessairement nulle car contraire à l'ordre public sociétaire, les actions étant par essence « négociables »<sup>1</sup> ) Ceci empêche que les actionnaires puissent rester « prisonniers de leurs titres ». La même sanction s'applique aux conventions permettant la cession des actions, si la cession est soumise à des conditions tellement onéreuses qu'elles aboutissent en pratique aux mêmes résultats qu'une inaccessibilité absolue.

**[1019]Limitation dans le temps.** — Afin d'être licite, la clause d'inaliénabilité devra être « limitée dans le temps » (art. 37 § 2 L1915), c.-à-d. avoir *un terme*. Il n'est pas possible de donner a priori un laps de temps qui serait toujours acceptable en droit et qui s'appliquerait à tous les cas de figure, même si les praticiens tirent un certain confort de clauses ne dépassant pas les 5 années. La condition de la limitation dans le temps ne peut s'apprécier que de manière circonstanciée, *au cas par cas*, et ce de manière raisonnable, c.-à-d. adaptée aux intérêts légitimes des actionnaires<sup>2</sup>. Ce qui est interdit, c'est l'engagement à vie ; pour les engagements de durée moindre, il faudra analyser la situation de cas en cas.

L'engagement à vie doit être distingué de la *clause ayant une durée indéterminée*. En effet, conformément au droit commun, la personne tenue par une telle clause a toujours le droit de rompre unilatéralement son engagement. Cette faculté d'anéantir le lien contractuel sans le consentement du cocontractant, généralement présentée par la doctrine comme la mise en

œuvre d'une condition résolutoire implicite exprimée par les parties au moment de la conclusion du contrat, est d'ordre public, la finalité de protection de la liberté individuelle commandant le caractère impératif du droit de la résiliation unilatérale. La renonciation anticipée ne saurait donc être admise ; elle ne peut intervenir qu'une fois le droit acquis. Comme les clauses limitant la cessibilité des actions conclues pour une durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment, seules les conventions prévoyant une durée fixe sont à analyser sur la base du critère de la limitation dans le temps.

**[1020]Conformité à l'intérêt social.** — La clause limitant la cessibilité des actions doit par ailleurs être conforme à l'intérêt social (v. n° [363] et s.), et non pas seulement ne pas être contraire à celui-ci.

Cette exigence de conformité à l'intérêt social rendra la pratique de ces clauses en réalité assez difficile. On comprendra aisément que l'intérêt légitime d'un actionnaire, même majoritaire, ne suffira pas pour la licéité de la clause si l'intérêt personnel de l'actionnaire majoritaire s'avère ne pas être conforme à l'intérêt social. Mais il en sera de même des clauses d'inaliénabilité introduites pour des motifs familiaux : ces clauses n'affectent certes pas négativement l'intérêt social ; mais n'étant pas adoptées non plus dans l'intérêt de la société mais du groupe familial concerné, ces clauses seraient donc nulles.

Les clauses d'inaliénabilité pourraient même aller jusqu'à empêcher les fusions de sociétés. Certes, empêcher le regroupement d'entreprises sur la base d'une clause d'inaliénabilité paraît contraire à l'intérêt social. Mais ce n'est pas le test législatif : il faudra prouver que la fusion sert l'intérêt social de la société absorbée, ce qui n'est pas toujours évident en pratique.

La loi est muette quant à la *date* où il faut se placer ou apprécier la non-contrariété à l'intérêt social. Le bon sens commande que la date à prendre en considération soit le moment où la clause prend vie plutôt qu'à tout moment. En effet, l'insécurité juridique pourrait devenir très grande si la clause devait être continuellement observée dans le temps, en présence de circonstances changeant au fil du temps.

<sup>1</sup> V. cependant PASSELECQ, De la cessibilité et de la négociabilité des actions dans les sociétés de capitaux, spécialement dans la société anonyme, *RPS* 1949, n° 4093, p. 162.

<sup>2</sup> MALHERBE/LAMBRECHT, *Précis de droit des sociétés*, n° 843.

2. LES CESSIONS FORCÉES DES ACTIONS : LE RACHAT OBLIGATOIRE ET LE RETRAIT OBLIGATOIRE

**[1021]But de la disposition.** — Le rachat obligatoire et le retrait obligatoire peuvent être traités ensemble, car ils répondent à une logique commune : lorsque le pourcentage de détention dans le capital social dépasse un certain pourcentage, l'actionnaire majoritaire peut, sous certaines conditions, obliger l'actionnaire minoritaire à lui céder ses actions (art. 4 L21 juill. 2012 ; « rachat obligatoire ») ; de même, l'actionnaire minoritaire peut exiger la reprise de ses actions par l'actionnaire majoritaire (art. 5 L21 juill. 2012 ; « retrait obligatoire »). Le rachat obligatoire vise à éviter les charges administratives additionnelles résultant de l'existence d'actionnaires minoritaires au sein de la société ; le retrait obligatoire permet à l'actionnaire minoritaire de ne pas rester prisonnier de ses actions.

**[1022]Sociétés cotées en bourse.** — La procédure ne s'applique qu'aux sociétés par actions, dont tout ou partie des valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé ou l'ont été par le passé. Comme cette procédure se fait sans préjudice des règles relatives aux O.P.A. (art. 2 § 3 L21 juill. 2012), il faudra combiner les dispositions de la loi de 2012 avec la loi sur les O.P.A. (v. n° [577]). Le rachat et le retrait s'exerceront donc, en principe, après écoulement de la période de trois mois au cours de laquelle les règles de la loi sur les O.P.A. sont applicables. Mais elles s'appliquent surtout dans les cas de figure où l'offrant détenait déjà les 95% avant de lancer son offre. Il en est de même des cas de figure où, suite à une O.P.A., la société n'est plus cotée en bourse. Pour ces sociétés, une limite temporelle de cinq ans est prévue : ainsi, toute opération initiée en vue du retrait obligatoire ou du rachat obligatoire endéans une période de cinq ans, qui commence à partir de la date à laquelle le retrait des titres du marché réglementé est devenu effectif, tombe sous le coup de la loi de 2012 (art. 2 § 1<sup>er</sup> iii L2012). L'actionnaire minoritaire risque, dans ce cas, de se retrouver dans une situation

inconfortable où l'absence de liquidité du titre rendra sa cession difficile, si ce n'est impossible. Dans le même sens, l'actionnaire majoritaire voudra peut-être se débarrasser d'un actionnaire minoritaire trop ruinant. Par contre, la procédure ne s'applique pas aux sociétés privées dont les titres ne sont pas cotés en bourse ni ne l'ont été par le passé.

**[1023]Détention de 95% du capital et des droits de vote.** — La possibilité de rachat et de retrait obligatoire existent si une personne physique ou morale détient 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote d'une société anonyme. Les actions sans droit de vote ainsi que les obligations convertibles en actions sont donc négligées pour les besoins de ce calcul. Il en sera de même des parts bénéficiaires, sauf si les statuts leur accordent le droit de vote (c'est d'ailleurs la possibilité de parts bénéficiaires votantes qui explique la double condition des 95%).

Le calcul se fait en ajoutant les *actions « directement » détenues* et celles qui ne le sont qu'« *indirectement* ». Il faut sans doute comprendre par-là les cas de figure où les actions sont détenues par des personnes liées et soumises à un contrôle commun, telles que par des filiales détenues pour plus de 50%.

**[1024]Droits sociaux visés.** — En ce qui concerne le rachat obligatoire, la loi prévoit qu'il concerne « tous les détenteurs restants de titres conférant le droit de vote, d'actions sans droit de vote, de parts bénéficiaires démunies d'un droit de vote et de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres ». Sont donc visés toutes les actions de la société (avec ou sans droit de vote), les parts bénéficiaires ; les warrants ; les obligations convertibles, mais non pas les obligations ordinaires ; etc. Le but de cette disposition est d'éviter que les *titres représentatifs de capital différé* ou potentiel soient exclus de la procédure de rachat obligatoire, ce qui obligerait de recommencer la procédure lors de l'exercice du droit de conversion ou de souscription. Dans la situation inverse, par contre, les personnes ne disposant pas encore d'un droit de vote en raison de leurs titres (obligations convertibles ; warrants) ne pourront exiger

le retrait obligatoire tant qu'elles n'auront pas exercé leur droit d'obtention des droits de vote (en convertissant leurs obligations ; en souscrivant au capital social).

**[1025]Rachat au « juste prix ».** — L'article 4 § 4 L2012 énonce que le retrait obligatoire doit être exercé à un juste prix déterminé par voie d'expertise, sur la base de méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs. La loi ne fixe pas de méthode particulière de fixation du prix, de sorte qu'il faudra pondérer de manière appropriée à chaque cas, la valeur bilantaire, les perspectives de rendement, la valeur boursière, ... Pour les sociétés cotées, la valeur boursière sera un élément important à prendre en considération, lorsque la pondération est effectuée. Il en va de même du prix auquel aura, le cas échéant, été réalisée une offre publique d'acquisition peu de temps avant la demande concernée. Il doit s'agir dans tous les cas de méthodes d'évaluation généralement acceptées.

La détermination du prix juste par voie d'expertise est à charge de l'actionnaire majoritaire qui doit continuer le prix proposé et le rapport d'évaluation afférent à la CSSF et à la société concernée. Ce rapport d'évaluation ainsi que le prix juste déterminé doivent être publiés par l'actionnaire majoritaire sous les formes et délais tels que prescrits à l'article § 5 L2012. La CSSF est en droit de demander une prise de position de l'organe de gestion ou de direction de la société concernée sur le prix juste proposé par l'actionnaire majoritaire et peut même en exiger la publication.

## Section 4. Les opérations portant sur le capital social<sup>1</sup>

**[1026]Présentation.** — Au cours de son existence, la société anonyme subit un certain nombre de transformations ou de mutations pour mieux s'adapter à la vie économique. Les modifications les plus fréquentes sont celles destinées à adapter le capital social de la société aux nouveaux besoins de financement.

Si le capital social d'une société peut varier à la hausse comme à la baisse, il n'en reste pas moins que les augmentations du capital social (§ 1) sont bien plus fréquentes que les diminutions de capital (§ 2). Les variations de capital présentent des dangers particuliers, lorsque la société participe à l'opération, d'où leur encadrement quelque peu taillon (§ 3).

### § 1. LES MODIFICATIONS JURIDIQUES DU CAPITAL

#### A. L'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

**[1027]Présentation.** — Il est assez fréquent pour une société anonyme d'augmenter son capital social, afin de pouvoir financer son expansion. Outre les questions classiques qui se posent ici, comme pour toute société (v. n° [481]), l'augmentation de capital dans la société anonyme pose des problèmes particuliers, tant en ce qui concerne l'organe compétent pour réaliser l'opération (A), qu'en ce qui concerne les mécanismes juridiques prévus par la loi destinés à éviter une spoliation des actionnaires existants. Ces mesures de protection peuvent aboutir au paiement d'une certaine somme d'argent, soit à la société (B), soit aux actionnaires existants (C).

<sup>1</sup> HORSMANNS/KEUTGEN, *Augmentation et réduction du capital* : Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1985, p. 125.

1. L'ORGANE COMPÉTENT ET MODALITÉS  
D'AUGMENTATION DU CAPITAL

[1028]Émission par l'assemblée ou dans le cadre du capital autorisé. — Entraînant une modification des statuts, l'augmentation du capital social doit être décidée en assemblée générale extraordinaire (art. 32 al. 1<sup>er</sup> L1915<sup>1</sup> ; v. n° [1005]). Mais la loi permet également au conseil d'administration d'obtenir, par délégation expresse dans les statuts ou suite à une décision en cours de vie sociale prise en assemblée extraordinaire, les pouvoirs pour déterminer les modalités de l'opération et pour réaliser celle-ci (« *capital autorisé* » ; art. 32 al. 2 et 3 L1915)<sup>2</sup>. L'habilitation conférée au conseil d'administration doit figurer aux statuts de la société ; si elle n'y figure pas au moment de la constitution de la société, elle doit y être ajoutée par la suite, par voie de modification des statuts. Lorsque l'organe de gestion a le pouvoir d'émettre du capital social additionnel dans le cadre du capital autorisé de la société, l'assemblée des actionnaires ne se trouve pas empêchée pour autant de décider elle-même de procéder à des augmentations de capital, les pouvoirs des deux organes s'exerçant concurremment et non pas alternativement. Si l'assemblée des actionnaires procède effectivement à une augmentation de capital, le montant du capital autorisé ne se trouve pas amputé à due concurrence.

Lorsque la société a émis plusieurs catégories d'actions, l'autorisation ainsi donnée peut être *indivi-*

*duelle* et limitée à une catégorie d'actions précise (p.ex. les actions préférentielles), mais elle peut également être *globale*, sous réserve d'indiquer également le montant du capital autorisé par classes d'actions (art. 27 al. 7 L1915)<sup>3</sup>. Mais en aucun cas l'organe de gestion ne pourrait supprimer des droits existants de classes d'actions ou émettre des actions d'une nouvelle catégorie dont les droits n'auraient pas été définis en assemblée extraordinaire (art. 32 al. 4 L1915)<sup>4</sup>.

L'autorisation ainsi donnée est *limitée dans le temps* et ne saurait excéder une durée de cinq ans (art. 32 al. 5 L1915)<sup>5</sup> ; mais elle peut être renouvelée dans les mêmes formes, une ou plusieurs fois, chaque fois pour cinq ans. Après avoir procédé à l'augmentation du capital, l'organe de gestion fait dresser un acte notarié (aucun rapport de réviseur d'entreprises n'est requis, sauf en cas d'apport en nature) dans un délai d'un mois après la réalisation des apports à la société (art. 32-1 § 4 L1915)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Art. 32-1 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les formalités et conditions prescrites pour la constitution des sociétés s'appliquent à l'augmentation du capital par des apports nouveaux, sous réserve des dispositions qui suivent (...) ».

<sup>2</sup> Art. 32 L1915 : « (1) L'augmentation du capital est décidée par l'assemblée générale aux conditions requises pour la modification des statuts. (2) L'acte constitutif peut toutefois autoriser le conseil d'administration ou le directoire à augmenter le capital social, en une ou plusieurs fois à concurrence d'un montant déterminé. (3) L'assemblée générale peut également accorder cette autorisation par voie de modification des statuts ».

<sup>3</sup> Art. 27 al. 7 L1915 : « L'acte de société indique : (...) les catégories d'actions, lorsqu'il en existe plusieurs, les droits afférents à chacune de ces catégories, le nombre d'actions souscrites et, en outre, dans le cadre d'un capital autorisé, les actions à émettre de chaque catégorie et les droits afférents à chacune de celles-ci, ainsi que : - la valeur nominale des actions ou le nombre des actions sans mention de valeur nominale ; - les conditions particulières qui limitent la cession des actions (...) ».

<sup>4</sup> Art. 32 al. 4 L1915 : « Les droits attachés aux actions nouvelles sont définis par les statuts ».

<sup>5</sup> Art. 32 al. 5 L1915 : « L'autorisation n'est valable que pour une durée maximale de cinq ans à dater de la publication de l'acte constitutif ou de la modification des statuts ou, si les statuts le prévoient, de la date de l'acte constitutif ou modificatif des statuts. Elle peut être renouvelée une ou plusieurs fois par l'assemblée générale, statuant aux conditions requises pour la modification des statuts, pour une période qui, pour chaque renouvellement, ne peut dépasser cinq ans ».

<sup>6</sup> Art. 32-1 § 4 L1915 : « La réalisation de l'augmentation est constatée par un acte notarié, dressé à la requête du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements, lorsque l'augmentation a lieu par souscription ou



L'assemblée arrête seulement le principe de l'augmentation de capital et en fixe le plafond ; elle n'intervient, en revanche, pas dans la *réalisation concrète de l'opération*, laquelle revient à l'organe de gestion (notamment dans la fixation éventuelle du montant de la prime d'émission, sauf que l'organe de gestion doit l'éclairer sur le prix d'émission qu'il entend appliquer : art. 32-3 (5) al. 3 L1915)<sup>1</sup>. Celui-ci ne sera pas limité quant au mode d'augmentation du capital social : il s'agira généralement d'apports en numéraire, bien que la conversion de réserves (y compris la réserve légale) en capital social ou l'apport en nature soit également tout à fait possible.

**[1029] Augmentation du capital par apport en numéraire.** — C'est la voie la plus simple et la plus rapide pour réaliser une augmentation de capital. Bien que cela puisse paraître logique, la loi ne pose nulle part la libération intégrale du capital déjà émis comme préalable à une augmentation de capital, de sorte que la société peut augmenter son capital social en présence d'une fraction du capital existant non encore appelée. Les règles relatives aux apports en numéraire au moment de la constitution de la société (art. 32-1 § 1<sup>er</sup> L1915 ; v. n° [871]) sont également applicables ici

---

lorsqu'elle est faite en vertu de l'autorisation prévue à l'article 32. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de la clôture de la souscription ou dans les trois mois à partir du jour de l'ouverture de la souscription ».

<sup>1</sup> Art. 32-3 (5) al. 3 L1915 : « (...) L'assemblée générale appelée à délibérer, aux conditions requises pour la modification des statuts, soit sur l'augmentation du capital, soit sur l'autorisation d'augmenter le capital conformément à l'article 32 (1), peut limiter ou supprimer le droit de souscription préférentiel ou autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à le faire. Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation. La justification détaillée doit être exposée dans un rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, portant notamment sur le prix d'émission proposé et présenté à l'assemblée. L'absence de ce rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'aient renoncé à ce rapport ».

(souscription intégrale de l'augmentation du capital, libération de chaque action de 25% au moins ; art. 32-1 § 5 L1915), sauf que ce sont les administrateurs, et non plus les fondateurs, qui encourent la responsabilité pour non-respect des formalités et conditions posées par la loi (art. 32-1 § 2 L1915)<sup>2</sup>. Au moment de la souscription à l'augmentation de capital, il n'est pas rare qu'une prime d'émission soit versée (v. n° [742]) ; celle-ci doit être intégralement libérée (art. 32-2 L1915). Mais lorsque les apports sont faits en numéraire, la loi exige en outre le respect du droit préférentiel de souscription (art. 32-3 L1915).

On retrouve également, en matière d'augmentation de capital, les deux modes déjà rencontrés lors de la constitution des sociétés : la constitution directe et la constitution différée (v. n° [882] et s.). Les mécanismes particuliers de la constitution différée s'appliquent également aux augmentations de capital, avec l'émission de bulletins de souscription en vue d'augmenter le capital du montant annoncé ; lorsque l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, elle n'a pas lieu du tout, sauf si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité (art. 32-1 § 3 L1915). En contrepartie, les souscripteurs n'ont plus le droit de se désister (v. n° [883]).

En raison de la règle générale de l'unicité des valeurs nominales pour toutes les actions, il n'est pas possible d'émettre des actions à une valeur nominale différente de celle des actions existantes. Cela n'empêche cependant pas une émission au-dessus de la valeur nominale, à condition toutefois de maintenir la valeur nominale des actions nouvelles au même montant que celui des anciennes actions et d'exiger un complément de prix sous la forme d'une prime d'émission (v. n° [1034]).

---

<sup>2</sup> Pour la responsabilité des fondateurs, v. n° [881]. Les administrateurs en fonction sont responsables de la libération du quart des actions ainsi souscrites. Il s'agit d'une obligation de garantie, faisant abstraction de toute exigence de faute, de sorte que la bonne foi ou l'absence des administrateurs ne les exonère pas de cette responsabilité. Aucun texte n'exige par ailleurs que l'on se retourne d'abord vers les actionnaires, avant de faire jouer la responsabilité des administrateurs :Lux. 27 juin 2005, *Conférence Jeune Barreau* 2005, p. 149.

## 2. LE DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION

**[1030] Concept et rapports avec la prime d'émission.** — Supposons qu'une société a un capital social représenté par une seule action ayant une valeur nominale de 100. Par suite de la prospérité de l'activité sociale, cette action a une valeur économique de 300. L'assemblée générale extraordinaire décide de doubler le capital en émettant une action nouvelle. Si cette action nouvelle était émise à la même valeur nominale que l'action existante, à savoir 100, son souscripteur ferait une bonne affaire, puisqu'il paierait 100 une action qui économiquement vaut 200 ( $300 + 100 = 200 \cdot 2$ ). Mais les anciens actionnaires seraient lésés, étant donné que l'action qui valait 300 ne vaudrait plus, elle aussi, que 200.

C'est la raison pour laquelle les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital : le droit préférentiel de souscription vise donc à préserver les droits des associés existants sur les réserves existantes de la société. À cette fin, les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. Le droit préférentiel de souscription est l'une des deux techniques à la disposition de la société pour préserver l'égalité entre les anciens et les nouveaux associés, la prime d'émission étant l'autre (v. n° [1034]). Les deux techniques sont dès lors interdépendantes, la société pouvant utiliser tantôt l'une, tantôt l'autre, voire les deux. En particulier, le droit préférentiel de souscription a d'autant plus de valeur que la prime d'émission est fixée à un montant faible. Ces règles sont propres aux sociétés anonymes ; mais rien n'interdit cependant de transposer ces dispositions par voie de statuts ou de résolution d'assemblée aux autres sociétés.

**[1031] Opérations visées.** — Le droit préférentiel de souscription a été introduit en droit luxembourgeois suite à la 2<sup>e</sup> directive en matière de droit des sociétés. Il ne concerne que les *apports en numéraire*.

La 2<sup>e</sup> directive n'exige le droit préférentiel de sous-

cription que pour les apports en numéraire, mais laisse aux différents États membres la liberté de l'étendre éventuellement aux *apports en nature*<sup>1</sup>. Le législateur luxembourgeois, fidèle à sa conception de la transposition « minimaliste », a limité le droit préférentiel de souscription aux seuls apports en numéraire. Cette mesure est d'autant plus justifiée que la spécificité des apports en nature ne permettrait guère, en pratique, aux anciens actionnaires de souscrire en lieu et place des nouveaux actionnaires, avec pour corollaire l'obligation d'effectuer l'apport en nature en question.

Le droit préférentiel de souscription peut également être éliminé dans les statuts si la société a émis *différentes classes d'actions*. Si la société augmente son capital par émission d'une seule classe d'actions seulement, les statuts peuvent prévoir que le droit préférentiel de souscription ne peut être exercé dans un premier temps que par les actionnaires de la classe concernée, les actionnaires des autres classes d'actions ne pouvant exercer leur droit préférentiel de souscription que par la suite et dans la mesure où il n'aura pas été intégralement exercé par les actionnaires de la classe concernée (art. 32-3 § 2 L1915)<sup>2</sup>.

Seules les actions bénéficient du droit préférentiel de souscription (« doivent être offertes par préférence aux actionnaires » ; art. 32-3 § 1<sup>er</sup> L1915). Ceci exclut donc les *titres non représentatifs du capital social*, telles que les parts bénéficiaires. La situation des porteurs d'obligations est nuancée. Certes, la loi ne leur accorde pas de droit de souscription préférentiel en cas

<sup>1</sup> CJUE 19 nov. 1996, *Siemens AG c/Henry Nold*, C-42/95.

<sup>2</sup> Art. 32-3 § 2 L1915 : « Les statuts peuvent prévoir que le paragraphe (1) ne s'applique pas aux actions pour lesquelles les droits de participation aux distributions ou au partage du patrimoine social en cas de liquidation sont différents. De même, les statuts peuvent permettre que, lorsque le capital souscrit d'une société ayant plusieurs catégories d'actions est augmenté par l'émission de nouvelles actions dans une seule de ces catégories, l'exercice du droit préférentiel par les actionnaires des autres catégories n'intervienne qu'après l'exercice de ce droit par les actionnaires de la catégorie dans laquelle les nouvelles actions sont émises. »

d'augmentation de capital, car les titulaires d'obligations convertibles ne sont pas des actionnaires de la société. En revanche, les actionnaires de la société ont un droit préférentiel de souscription aux obligations convertibles elles-mêmes (art. 32-4 L1915)<sup>1</sup>.

**[1032]Suppression du et renoncement au droit préférentiel de souscription.** — Le but du droit préférentiel de souscription est d'éviter qu'un actionnaire ne voie sa participation et, par conséquent, son emprise sur la société diluée en raison d'une augmentation de capital à laquelle il n'aurait pas l'occasion de souscrire. Mais elle comporte un important prix à payer par l'actionnaire, celui-ci devant investir des sommes d'argent supplémentaires dans la société afin de préserver le *statu quo*. Mesure de protection des intérêts financiers des actionnaires, les statuts ne peuvent ni limiter ni, a fortiori, supprimer le droit préférentiel de souscription (art. 32-3 § 5 L1915 alinéa 1<sup>er</sup>)<sup>2</sup>. En revanche, il peut, sous certaines hypothèses, être fait abstraction du droit préférentiel de souscription :

- mesure de protection des actionnaires, ceux-ci pourront toujours *renoncer individuellement* au droit préférentiel qui leur est réservé<sup>3</sup> ;
- de même, pour faciliter l'ouverture du capital de la société à des partenaires extérieurs, *l'assemblée peut voter la suppression* pure et simple du droit préférentiel de souscription, en totalité ou en partie (art. 32-3 § 5 L1915)<sup>4</sup>, en respectant les conditions de

quorum et de majorité propres aux modifications statutaires et à condition que la proposition de suppression figure explicitement dans l'avis de convocation. L'organe de gestion doit également indiquer dans son rapport aux actionnaires la « justification détaillée » de la mesure proposée, ce qui inclut sans doute une description des conséquences financières de l'opération pour les actionnaires.

Le but de l'inclusion de la question de la suppression du droit préférentiel de souscription dans l'*ordre du jour* indiqué dans la convocation à l'assemblée sert évidemment à informer par avance les associés, afin que ceux-ci puissent voter en connaissance de cause le jour de l'assemblée (ou s'y faire représenter). Si la violation de cette règle est sanctionnée par la nullité, il s'agit d'une nullité relative, car elle est destinée à protéger les intérêts des associés. Ceux-ci peuvent donc y renoncer ou confirmer l'acte par la suite. Si la décision de l'assemblée est nulle en ce qui concerne la suppression du droit préférentiel de souscription, il en est nécessairement de même de la décision du conseil d'administration prise, le cas échéant, sur ce pied et ayant procédé à l'émission des actions dans le cadre du capital autorisé<sup>5</sup>.

Si le cours d'émission des actions nouvelles est proche de sa valeur réelle, la valeur du droit préférentiel de souscription sera proche de zéro. L'assemblée peut dès lors être bien avisée de supprimer le droit préférentiel de souscription, afin de faciliter la souscription de l'augmentation de capital. Mais cela aura pour conséquence un risque de dilution du niveau de participation dans le capital des actionnaires existants. Pour pallier cet inconvénient, l'article 32-3 § 7 L1915<sup>6</sup> prévoit la possibilité pour l'assemblée, ayant décidé

<sup>1</sup> Art. 32-4 L1915 : « Les articles 32, 32-1 à l'exception de son paragraphe (6) et 32-3 sont applicables à l'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre ».

<sup>2</sup> Art. 32-3 § 5 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « Les statuts ne peuvent ni supprimer ni limiter le droit de préférence. (...) ».

<sup>3</sup> Cour 14 juill. 2010, n° 34 800.

<sup>4</sup> Art. 32-3 § 5 L1915 : « Ils peuvent néanmoins autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à supprimer ou à limiter ce droit lors d'une augmentation de capital réalisée dans les limites du capital autorisé conformément à l'article 32. Cette autorisation ne peut avoir une du-

rée supérieure à celle prévue à l'article 32 (5). (...) ».

<sup>5</sup> Cour 5 avr. 2005, *Somalux*, n° 28 131.

<sup>6</sup> Art. 32-3 § 7 L1915 : « Pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis à la cote officielle d'une bourse située à Luxembourg ou à l'étranger ou négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, reconnu et ouvert au public, à défaut de dispositions statutaires, les tiers pourront, à l'issue du délai de souscription préférentielle fixé au paragraphe (3), participer à l'augmentation du capital, sauf au conseil d'administration ou, le cas échéant, au directoire de décider que les droits de préférence seront exercés, proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions, par les actionnaires anciens qui avaient déjà exercé leur droit durant la période de souscription préférentielle. Les modalités de la souscription par les actionnaires

de supprimer ou de limiter le droit préférentiel de souscription, d'accorder un *droit de priorité* aux anciens actionnaires lors de l'attribution des actions nouvelles. Cela permet aux actionnaires en place de passer avant les tiers si la demande de souscription, tenant compte des souhaits exprimés par les tiers, excède l'offre.

- l'assemblée peut également autoriser l'organe de gestion, agissant dans le cadre du *capital autorisé*, à procéder ainsi (art. 32-3 § 5 L1915 2<sup>e</sup> alinéa). C'est l'hypothèse de l'augmentation de capital réservée. Cette décision exige le rapport du conseil d'administration portant notamment sur le prix d'émission des actions nouvelles (la suppression du droit préférentiel de souscription devrait avoir une influence positive sur le montant de la prime d'émission). La suppression peut être faite avec indication du nom des bénéficiaires, c.-à-d. « *in favorem* » ; dans ce cas, les bénéficiaires désignés ne votent pas à l'assemblée. Plus souvent, la suppression du droit préférentiel est faite *sans indication des bénéficiaires*. Le pouvoir discrétionnaire qui est ainsi accordé au conseil d'administration devra évidemment être exercé dans le respect de l'intérêt social ;
- enfin, les statuts peuvent prévoir qu'il soit renoncé au droit préférentiel de souscription, lorsqu'il est envisagé que des actions nouvelles ou autodétenues soient remises gratuitement aux membres du personnel ou aux dirigeants sociaux (art. 32-3 § 5bis L1915)<sup>1</sup>.

anciens sont, dans ce cas, définies par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire ».

<sup>1</sup> Art. 32-3 § 5bis L1915 : « Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société, ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Lorsque l'autorisation porte sur des actions à émettre, les dispositions du paragraphe (5) sont applicables sous réserve de ce qui est dit au présent paragraphe, et l'autorisation donnée par l'assemblée générale emporte de plein droit, au profit des bénéficiaires des actions attribuées gratuitement, renonciation par les actionnaires existants à leur droit préférentiel de souscription. L'assemblée générale peut fixer ou autoriser

À ces exceptions prévues par la loi, il y a lieu d'ajouter celle s'inscrivant dans un scénario de *situation exceptionnelle*, tel que le sauvetage de certaines sociétés dans le cadre d'une situation de perturbation grave de l'économie<sup>2</sup>.

**[1033] Modalités d'exercice.** — Le droit préférentiel de souscription est *d'ordre public* (art. 32-3 § 5 L1915)<sup>3</sup>, toute stipulation contraire des statuts étant réputée non écrite. Il s'exerce tout d'abord à *titre irréductible*<sup>4</sup> : les actionnaires ont un droit de préférence à proportion de leurs droits antérieurs dans la société ; ce droit ne peut jamais être réduit au profit d'un tiers. Il s'ensuit que si chacun des associés exerce son droit de souscription, l'augmentation de capital sera intégralement souscrite par les associés existants. L'exercice du droit préférentiel de souscription par chaque actionnaire permet ainsi de maintenir

---

le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à fixer les conditions et modalités de l'attribution, qui peuvent inclure une période d'attribution définitive et une durée minimale d'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires. Des actions peuvent être attribuées dans les mêmes conditions : - au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 pour cent au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions ; - au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 pour cent du capital ou des droits de vote de la société qui attribue les actions ; - au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 pour cent au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 pour cent du capital de la société qui attribue les actions ; - au profit des mandataires sociaux de la société qui attribue les actions ou des sociétés ou groupements d'intérêt économique visés ci-dessus, ou de certaines catégories d'entre eux. »

<sup>2</sup> CJUE 8 nov. 2016, *Gerard Dowling*, aff. C-41/15.

<sup>3</sup> Art. 32-3 § 5 L1915 : « Les statuts ne peuvent ni supprimer, ni limiter le droit de préférence. (...) ».

<sup>4</sup> RESTEAU, t. III, n° 1408 *quater*, p. 57.

l'équilibre des pouvoirs entre les actionnaires et de compenser financièrement l'actionnaire si le prix d'émission des actions est en dessous de la valeur réelle de l'action (v. n° [1034]). Cette faculté de souscription d'un nombre déterminé de titres est cessible, bien que les restrictions attachées au titre principal s'appliquent également au droit préférentiel de souscription (art. 32-3 § 4 L1915 ; p.ex. : limitations statutaires à la libre cessibilité des actions)<sup>1</sup>.

L'actionnaire disposant du droit de souscrire par préférence aux autres au capital social de la société peut décider de ne pas exercer son droit. Il pourra simplement renoncer au droit préférentiel de souscription<sup>2</sup>, ou le monnayer en le cédant à un tiers, actionnaire ou non. Le droit préférentiel de souscription est en effet un *titre négociable* qui peut faire l'objet d'une cotation en bourse, comme d'une vente de gré à gré. La valeur du droit préférentiel correspond en principe à la perte que subit chaque action du fait de l'émission des actions nouvelles. Mais beaucoup d'autres facteurs économiques, politiques ou juridiques peuvent influencer à la hausse ou à la baisse la valeur du droit de souscription.

Exemple : Une société émet des actions nouvelles à € 95 alors que son cours boursier est de 110 €. Le nombre d'actions augmentant de 20%, la parité de souscription est de 5 DPS (droit préférentiel de souscription) pour 1 action. L'actionnaire qui détient 500 titres peut donc souscrire 100 titres à 95 €. S'il le fait, la valeur moyenne de ses actions ressortira à  $[(500 \times 110) + (100 \times 95)] \div 600 = 107,50$  euros. La valeur d'un prix du DPS sera donc de  $110 - 107,50 = 2,50$  euros. Ce prix représente la compensation financière pour l'investisseur déjà actionnaire. Cela lui évite d'être lésé par rapport aux nouveaux actionnaires qui bénéficient de la décote des nouveaux titres. En effet, pour souscrire à 100 actions, le nouvel actionnaire doit acheter 500 DPS. Le prix moyen unitaire de ses actions sera alors de  $[(100 \times 95) + (500 \times 2,50)] \div 100 = 107,50$  euros. Soit le même prix moyen que l'ancien actionnaire. Le DPS permet d'équilibrer les valeurs entre anciens et nouveaux actionnaires, de manière à ne

pas léser les actionnaires existants.

Après écoulement du délai fixé pour l'exercice de la souscription à titre irréductible, délai qui ne peut être inférieur à quatorze jours (32-3 § 3 L1915)<sup>3</sup>, l'assemblée des actionnaires peut décider de répartir les titres non souscrits. On peut dire qu'il s'agit d'un second « tour de table », au cours duquel on répartit les actions non attribuées au cours de la première offre. Les actionnaires qui le désirent souscrivent alors, dans la limite des titres encore disponibles, mais à *titre réductible*, c.-à-d. proportionnellement aux droits de souscription qu'ils possèdent et dans la limite de leurs demandes. Le droit de souscription à titre réductible résultera soit des statuts, soit de l'assemblée qui a décidé l'augmentation du capital. Lorsque le second « tour de table » n'a pas été prévu, les tiers pourront participer à l'augmentation de capital (art. 32-3- § 7 L1915)<sup>4</sup>.

Exemple : Soit un actionnaire « A » possédant 100 actions

<sup>3</sup> Art. 32-3 § 3 L1915 : « Le droit de souscription peut être exercé pendant un délai fixé par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, mais qui ne peut être inférieur à quatorze jours à compter de la publication de l'offre au Recueil électronique des sociétés et associations et dans un journal publié au Luxembourg. Toutefois, lorsque toutes les actions sont nominatives, les actionnaires peuvent être informés par lettre recommandée sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires et garantissant l'information. »

<sup>4</sup> Art. 32-3- § 7 L1915 : « Pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis à la cote officielle d'une bourse située à Luxembourg ou à l'étranger ou négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, reconnu et ouvert au public, à défaut de dispositions statutaires, les tiers pourront, à l'issue du délai de souscription préférentielle fixé au paragraphe (3), participer à l'augmentation du capital, sauf au conseil d'administration ou, le cas échéant, au directoire de décider que les droits de préférence seront exercés, proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions, par les actionnaires anciens qui avaient déjà exercé leur droit durant la période de souscription préférentielle. Les modalités de la souscription par les actionnaires anciens sont, dans ce cas, définies par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire ».

<sup>1</sup> Art. 32-3 § 4 L1915 : « (...) Par exception à l'alinéa 1<sup>er</sup>, les restrictions applicables aux titres auxquels le droit de souscription est attaché seront également applicables à ce droit. »

<sup>2</sup> Lux. 28 juin 2002, n° 497/02.

sur 1 000 en circulation. La société envisage d'émettre 500 actions nouvelles. Dans ce cas, A pourra souscrire à 50 actions à titre irréductible :  $50 = 500 \times (100/1\ 000)$ . Sur les 450 actions à souscrire par les autres actionnaires, seules 350 ont été effectivement souscrites à titre irréductible. Le solde de 100 sera donc réparti à titre réductible. A pourra souscrire  $100 \times 150/1500$ , soit 10 actions. Si les autres actionnaires renoncent à souscrire à titre réductible, A pourra souscrire à des actions additionnelles.

### 3. LA PRIME D'ÉMISSION

**[1034] Concept et rapports avec le droit préférentiel de souscription.** — Le droit de souscription est un moyen de protéger les anciens actionnaires face aux nouveaux : la prime d'émission en est un autre. C'est elle qui permet, dans tous les cas où la valeur des actions d'une société est supérieure au nominal, de procéder, le cas échéant, à une augmentation de capital en supprimant le droit de souscription, comme on vient de l'exposer. La prime d'émission consiste à exiger des nouveaux souscripteurs le versement d'un montant supérieur à la valeur nominale des titres émis. La prime d'émission n'existe formellement que dans les sociétés anonymes, mais elle peut être mise en pratique dans toute forme sociétaire. Non définie dans les textes, la prime d'émission ne représente ni un bénéfice ni une réserve, mais un *supplément d'apport* non incorporé au capital<sup>1</sup>. Elle est généralement mise à la charge du souscripteur afin d'égaliser les droits financiers des anciens et nouveaux actionnaires.

Exemple : Une SARL a des capitaux propres de 2 500 000 €, dont 750 000 € de capital social, représentés par 1 000 parts d'une valeur nominale de 750 €. Il faut procéder à une augmentation de capital de 1 500 000 €, et ce par la création de 2 000 nouvelles parts de 750 € chacune. La valeur de marché d'une part s'obtient en divisant les capitaux propres par le nombre de parts, soit :  $\text{capitaux propres} / \text{nombre de parts} = 2\ 500\ 000\ € / 1\ 000 = 2\ 500\ €$ .

En utilisant la technique de la prime d'émission, il n'est pas porté préjudice aux intérêts des anciens actionnaires. Donc, en

faisant payer ou apporter un supplément de prix pour les nouvelles actions ou parts, la valeur intrinsèque des anciennes actions ou parts est préservée. On peut donc faire les calculs suivants : prime d'émission par part = valeur intrinsèque – valeur nominale =  $2\ 500\ € - 750\ € = 1\ 750\ €$ . Les nouveaux actionnaires paieront ainsi 750 € par action au titre de sa valeur nominale et un montant complémentaire de 1 750 € en tant que prime d'émission. La société procédera à une augmentation de capital de :  $2\ 000\ \text{parts} \times 750\ € = 1\ 500\ 000\ €$ . La prime d'émission qu'elle percevra sera de :  $2\ 000\ \text{parts} \times 1\ 750\ € = 3\ 500\ 000\ €$ . Les capitaux propres de la SARL de 7 500 000 € (=  $2\ 500\ 000 + 1\ 500\ 000 + 3\ 500\ 000$ ) se répartissent maintenant entre 3 000 parts (=  $1\ 000 + 2\ 000$ ), d'où une valeur de marché de la part après augmentation du capital social de :  $7\ 500\ 000 : 3\ 000 = 2\ 500\ €$ .

La prime d'émission a en commun avec le droit préférentiel de souscription de *faire payer les nouveaux associés le droit qu'ils acquièrent lors de la souscription sur les réserves existantes*. La prime d'émission est donc justifiée par les réserves que le nouvel actionnaire ou associé va trouver dans la société et par les plus-values d'actif non encore comptabilisées. Si la prime d'émission se comprend donc le mieux *en cours de vie de la société*, rien n'empêche toutefois les associés et actionnaires de verser une prime d'émission *lors de la constitution de la société*, en raison de la liberté contractuelle gouvernant le droit des sociétés. On pourrait s'imaginer, par exemple, le versement d'une prime d'émission à la constitution de la société, dont une partie est immédiatement virée au compte de réserve légale, afin de constituer en bloc les dotations annuelles prévues par la loi. On peut d'ailleurs constater une évolution récente de la part de nombreuses sociétés se traduisant par l'émission d'actions avec une *prime d'émission très élevée* (ex. : des émissions de capital où la valeur nominale représente 1% du total des fonds collectés, la prime s'élevant à 99%).

La prime d'émission se différencie toutefois du droit préférentiel de souscription, en ce sens que l'égalisation des droits se fait, au niveau de la société, pour la prime sous la forme d'un supplément d'apport, et, au niveau des associés, pour le droit préférentiel de souscription. Lorsque la prime d'émission est, comme dans l'exemple ci-dessus, calculée exactement, le *droit préfé-*

<sup>1</sup> KIRKPATRICK, La prime d'émission et la notion du capital social en matière d'impôts sur le revenu, RCJB 1971, p. 368 ; STEICHEN, La prime d'émission, *Bull. Banque et droit*, n° 25, 1996, p. 48 s.

*rentiel de souscription* ne vaudra rien et les anciens actionnaires seront naturellement prêts à y renoncer. Ceci est particulièrement utile dans les sociétés non cotées où le droit de souscription est en pratique difficilement négociable.

**[1035]Liberté contractuelle et distribuabilité de la prime d'émission.** — Le cadre juridique de la prime d'émission est très flexible, la seule disposition existant en la matière est qu'elle doit être *intégralement libérée* lors de la souscription dans les sociétés de capitaux (art. 32-2 L1915)<sup>1</sup>. En l'absence de dispositions correspondantes pour les autres sociétés, il n'y a aucune raison d'imposer la libération intégrale de la prime dans les autres sociétés (SARL, ...); la question relèvera du domaine de la liberté contractuelle, ce qui autorisera les primes d'émission à libération différée pour ce type de sociétés. Par contre, le principe d'intangibilité du capital ne lui est pas applicable, parce que, justement, la prime d'émission ne fait pas partie du capital social de la société.

Exemple : Si le souscripteur s'engage, par exemple, à verser 200 par action et à payer en sus 400 à titre de prime, il doit verser immédiatement le quart de l'apport, soit 50, ainsi que l'intégralité de la prime, soit 400.

Il appartient également aux statuts de fixer les règles gouvernant l'utilisation de la prime d'émission ainsi que l'*organe habilité* à statuer à leur égard. Le but de la prime d'émission est généralement de permettre un rapatriement immédiat de fonds aux actionnaires, de sorte que les statuts prévoient souvent que la prime se trouve à la libre disposition du conseil d'administration pouvant dès lors à tout moment en décider le remboursement aux actionnaires, sous le respect des règles relatives au principe d'intangibilité du capital social et de la non-distribuabilité de la réserve légale. Dans le silence des statuts, il appartient à l'assemblée générale des actionnaires, statuant à la simple majorité, de décider de l'affectation de la prime (compensation avec

les frais d'établissement, remboursement). Parmi ces différentes possibilités d'utilisation, il y a celle de la conversion de la prime d'émission en capital social qui nécessite un vote en assemblée extraordinaire.

Exemple : Une société dispose des capitaux propres suivants

:		
- capital social		1 000
- prime d'émission		2 000
- réserve légale		100
- réserves libres		500

Les statuts prévoient que l'organe de gestion peut librement décider de l'affectation de la prime d'émission. La société réalise une participation et veut immédiatement rapatrier la somme collectée (1 600) aux actionnaires sous forme de remboursement de la prime d'émission.

Si le résultat de l'exercice en cours, résultat de cession de la participation inclus, est positif, l'organe de gestion pourra immédiatement transférer la somme de 1 600, en réduisant la prime d'émission à due concurrence (remboursement de la prime aux actionnaires).

Si, en revanche, le résultat de l'exercice en cours est négatif, mettons de 1 000, il faudra limiter la prime d'émission à ce qui peut être remboursé aux actionnaires sans affecter le capital social et/ou la réserve légale. Le total de la prime d'émission et des réserves libres, tenant compte de la perte de l'exercice en cours, s'élève à :  $2\,000 + 500 - 1\,000 = 1\,500$ . Ce n'est donc qu'un montant de 1 500, et non de 1 600, qui peut être remboursé comme prime d'émission.

## B. LA DIMINUTION DU CAPITAL SOCIAL

**[1036]Hypothèses.** — La réduction de capital intervient, soit lorsque la société subit des pertes, soit lorsque le capital apparaît trop important par rapport aux besoins financiers de la société. Dans le premier cas, il s'agit d'une mesure d'assainissement des finances, puisque la réduction du capital permet d'aligner le capital sur le montant des capitaux propres. Mais la loi n'impose jamais cette mesure, de sorte qu'une société peut tout à fait continuer à fonctionner avec, par exemple, des capitaux propres négatifs (v. n° [497]). Dans le second cas, il s'agit de restituer aux actionnaires une partie des sommes qu'ils ont investies, en attendant la liquidation future de la société, où le complément leur sera remboursé. Le second cas se rencontre fréquemment en matière de sociétés

<sup>1</sup> Art. 32-2 L1915 : « Lorsqu'une prime d'émission est prévue, son montant doit être intégralement versé. »

d'investissement privées (« *private equity fund* ») ayant investi dans différents projets : au fur et à mesure du débouclage des différents projets, la société restitue aux actionnaires les sommes investies dans ces projets, ensemble avec les plus-values correspondantes, s'il y a lieu.

**[1037]Assemblée des actionnaires.** — L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider une réduction du capital social, car elle entraîne une modification des statuts (art. 69 al. 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup>.

Il n'y a donc pas de place dans la SA pour la procédure du capital autorisé « inversé », c.-à-d. d'un mécanisme selon lequel l'organe de gestion se trouverait habilité par les statuts à procéder à une réduction du capital social lorsqu'il en décidera ainsi, dans les limites seulement de celles fixées dans les statuts. L'article 30 de la deuxième directive sur le droit des sociétés exige en effet impérativement l'intervention de l'assemblée des actionnaires. Cette directive ne s'appliquant pas aux SARL, la technique du capital autorisé « inversé » devrait y être possible sur le pied de la liberté contractuelle.

L'avis de convocation devra indiquer le but de la réduction (assainissement, restitution des mises) ainsi que la manière dont elle sera opérée. L'assemblée a, en fait, le choix entre deux procédures : la réduction du capital peut s'opérer par réduction de la valeur nominale des actions, à nombre d'actions en circulation identique, comme par diminution de leur nombre, leur valeur nominale restant inchangée. Le principe d'égalité des actionnaires étant également applicable aux réductions de capital, la société devra, dans la seconde hypothèse, racheter les actions auprès de tous les actionnaires, proportionnellement à la fraction de capital que chacun des actionnaires détient dans la société.

**[1038]Protection des créanciers sociaux.** — Deux situations doivent être distinguées.

<sup>1</sup> Art. 69 al. 1<sup>er</sup> L1915: « L'assemblée générale peut décider la réduction du capital souscrit aux conditions prévues pour la modification des statuts. La convocation indique le but de la réduction et la manière dont elle sera opérée. (...) ».

La première, celle que l'on rencontre la plupart du temps, est celle où la réduction de capital *donne lieu à un remboursement des actionnaires*. Dans ce cas, les créanciers sociaux (y compris le représentant de la masse des obligataires) peuvent former opposition à cette procédure dans un délai de 30 jours suivant la date de publication au RESA de la décision prise en assemblée générale extraordinaire (art. 69 al. 2 et 3 L1915 ; v. également le n° [500])<sup>2</sup>. Il ne peut s'agir que des créanciers dont la créance est antérieure à la date de publication.

L'article 69 L1915 parle des « créanciers » sans autre précision. Cette expression doit être analysée par rapport à la finalité de la disposition. Elle vise à protéger les personnes possédant des *créances certaines et exigibles* sur la société, ce qui exclut les créances faisant l'objet d'une contestation judiciaire. Cette expression crée cependant des difficultés en ce qui concerne les *contrats d'approvisionnement* et de *prestations de services à exécution continue comme successive* : la livraison de biens ou la prestation de services n'ayant pas encore eu lieu, on pourrait penser que ces personnes ne sont pas encore des créanciers au sens de l'art. 69 L1915. Mais ce serait méconnaître le but de la disposition visant à protéger les créanciers de la société contre des réductions de leurs garanties financières postérieurement au moment où elles ont conclu avec la société : dans les contrats d'approvisionnement et de prestations de services à exécution

<sup>2</sup> Art. 69 al. 2 L1915 : « (2) Si la réduction doit se faire par un remboursement aux actionnaires ou par une dispense de ceux-ci de libérer leurs actions, les créanciers dont la créance est antérieure à la date de la publication au Recueil électronique des sociétés et associations du procès-verbal de délibération peuvent, dans les 30 jours à compter de cette publication demander au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés, la constitution de sûretés. Le président ne peut écarter cette demande que si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires compte tenu du patrimoine de la société. (3) Aucun paiement ne pourra être effectué ni aucune dispense être accordée au profit des actionnaires, tant que les créanciers n'auront pas obtenu satisfaction ou que le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés n'aura pas décidé qu'il n'y a pas lieu de faire droit à leur requête. »



continue comme successive, le contrat a été conclu à une époque où la société disposait encore d'un capital plus élevé. Il est légitime de penser que les contractants n'auraient peut-être pas conclu avec la société s'ils avaient su que son capital social allait être réduit par la suite. Il faut dès lors leur accorder également un droit d'opposition<sup>1</sup>.

L'opposition est portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui peut soit la rejeter, soit ordonner la constitution de *garanties*. Le tribunal fixera la nature de la garantie, ses modalités et son étendue. En pratique, le tribunal ordonnera souvent le remboursement de ces créanciers, ce qui, à strictement parler, et aller plus loin que la présentation de garanties (sûretés réelles et personnelles). L'opération de remboursement ne pourra commencer qu'après expiration du délai de 30 jours, et en cas d'opposition, après que le tribunal a statué sur celle-ci (art. 69 al. 3 L1915). Le délai d'opposition, tout comme l'opposition elle-même, a donc un effet suspensif.

Il faut donc distinguer la décision de réduire le capital social, décision qui est prise en assemblée des actionnaires et qui ne nécessite pas l'accord des créanciers sociaux, et la réalisation matérielle de cette décision, à savoir le remboursement des mises aux actionnaires. La réalisation matérielle ne peut être faite qu'après que les créanciers sociaux aient eu la chance de décider s'ils entendent obtenir des garanties supplémentaires. Si la société n'a pas de créanciers sociaux, il n'y a aucun inconvénient en pratique de procéder immédiatement à la réalisation de la réduction du capital, même si l'obligation de respecter le délai de 30 jours doit, en droit, également être observée.

L'autre cas, moins fréquent, est celui où la réduction de capital est *motivée par des pertes*. Contrairement à la réduction de capital par voie de remboursement aux actionnaires, cette opération n'opère aucune diminution de la trésorerie de la société. Pour cette raison, les créanciers sociaux ne peuvent pas non plus s'y opposer

<sup>1</sup> RESTEAU, t. III., n° 1412, p. 76.

(art. 69 al. 4 L1915)<sup>2</sup>. S'il tombe, de ce fait, en dessous du minimum légal, le capital social devra être immédiatement augmenté par la suite. La situation en droit est la même si la réduction de capital s'explique par le souci d'*augmenter les réserves* de la société. Cette opération constitue en quelque sorte l'inverse de l'augmentation de capital par incorporation des réserves (v. [491]). Afin d'éviter que ce procédé n'aboutisse, à terme, à un remboursement de leurs mises aux actionnaires, cette réserve ne sera pas distribuable : elle ne pourra être utilisée que pour compenser des pertes futures, et à défaut, pour être réincorporée de nouveau au capital social.

## § 2. LA PRÉSERVATION DE LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE DU CAPITAL SOCIAL

**[1039]Présentation.** — En règle générale la société n'est que spectatrice dans les opérations portant sur ses actions : un tiers souscrit à une augmentation de son capital social ; un actionnaire cède une partie de ses actions à un autre actionnaire, .... Plus rarement cependant, la société intervient également à l'opération, en tant que souscripteur à l'augmentation de capital, en tant qu'acquéreur de ses propres actions, .... Cette situation a priori exceptionnelle est vue avec méfiance par le législateur, en raison des risques qu'elle crée :

- risque de fictivité du capital à hauteur des actions

<sup>2</sup> Art. 69 al. 4 L1915 : « Les dispositions des paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas en cas de réduction du capital souscrit ayant pour but de compenser les pertes subies et non susceptibles d'être absorbées par d'autres fonds propres ou d'incorporer des sommes dans une réserve, à condition que par suite de cette opération, le montant de cette réserve ne dépasse pas 10 % du capital souscrit réduit. Elle ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit dans les conditions des paragraphes (2) et (3), ni être distribuée aux actionnaires, ni libérer les actionnaires de l'obligation de fournir leurs apports. Elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves. »

autodétenues ;

- risque lié à l'autocontrôle, l'organe de gestion pouvant influencer l'issue des résolutions en assemblée d'actionnaires, au moyen des droits de vote attachés aux actions autodétenues ;
- risque lié au fait qu'en détenant ses propres actions, ou en souscrivant à sa propre augmentation de capital, la société deviendrait en même temps débitrice et créancière sur elle-même.

Pour ces raisons, la loi encadre ces situations, en adossant au principe d'interdiction de la souscription de ses propres actions (A) un certain nombre de limitations visant non seulement les situations où des actions sont autodétenues sur le plan juridique, mais également celles s'en rapprochant sur le plan économique (B).

#### A. L'INTERDICTION DE LA SOUSCRIPTION DE SES PROPRES ACTIONS PAR LA SOCIÉTÉ

Une société ne saurait souscrire à ses propres actions (1), mais le financement d'un tiers à cette fin est possible sous certaines réserves (2).

##### 1. LA SOUSCRIPTION DIRECTE DE SES PROPRES ACTIONS PAR LA SOCIÉTÉ EST TOUJOURS INTERDITE

**[1040] Raison d'être de l'interdiction.** — La loi interdit la souscription par la société de ses propres actions. En effet, la garantie de l'intégrité (ou de la substance) même du capital interdit qu'une société puisse se faire à elle-même une promesse d'apport, le capital ainsi créé étant nécessairement fictif. Cette disposition joue d'abord au moment de la constitution de la société, bien que cette hypothèse paraisse assez irréaliste, la société n'existant pas encore. Elle s'applique également lors d'augmentations de capital subséquentes. Peu importe que la souscription soit

faite *directement* par la société (art. 49-1 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>1</sup> ou *indirectement* par un « *prête-nom* » (art. 49-1 § 2 L1915)<sup>2</sup>.

Le *prête-nom* est celui qui agit *en nom personnel* mais sur *instruction* de la société. Le législateur présument que le prête-nom agit pour son propre compte, la qualité de prête-nom doit être prouvée afin que la souscription du prête-nom puisse être imputée à la société. Cela permet notamment d'éviter la présomption de prête-nom dans les groupes de sociétés lorsque, par exemple, une société-sœur souscrit au capital social de la société. La qualité de prête-nom est évidemment à apprécier au moment de l'acquisition des actions.

**[1041] Sanctions de l'auto-souscription.** — Une société ne pouvant souscrire ses propres actions, il est dans l'intérêt des tiers que la souscription ne soit pas nulle mais que quelqu'un d'autre soit réputé avoir souscrit en son propre nom. Tel est le but de l'art. 49-1 § 3 L1915 qui déclare la responsabilité solidaire des fondateurs dans l'hypothèse peu fréquente de la constitution différée de la société (v. n° [883]), et celle des comparants à l'acte, donc des actionnaires présents ou représentés, dans les cas de constitution directe (v. n° [882])<sup>3</sup>. Les membres de l'organe de gestion sont pareillement responsables en cas d'augmentation de capital. C'est d'ailleurs le seul scénario envisageable sur le plan pratique, une société ne pouvant souscrire à son propre capital qu'après sa constitution initiale ; l'on se

<sup>1</sup> Art. 49-1 § 1<sup>er</sup> L1915 : « Les actions d'une société ne peuvent être souscrites par celle-ci. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 49-1 § 2 L1915 : « Si les actions d'une société ont été souscrites par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, le souscripteur doit être considéré comme ayant souscrit pour son propre compte. »

<sup>3</sup> Art. 49-1 § 3 L1915 : « Les personnes physiques ou morales visées à l'article 27,1) ainsi que les comparants visés à l'article 29, paragraphe 2 ou, en cas d'augmentation du capital souscrit, les membres du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sont tenus solidairement de libérer les actions souscrites en violation du présent article. Toutefois, les personnes nommées ci-dessus pourront se décharger de cette obligation en prouvant qu'aucune faute ne leur est personnellement imputable. »

trouvera donc nécessairement dans l'hypothèse d'une augmentation de capital. La responsabilité solidaire consiste à obliger les personnes concernées à *libérer les actions irrégulièrement souscrites*, sauf à prouver qu'aucune faute personnelle ne leur est personnellement imputable (art. 49-1 § 3 dernier alinéa L1915). D'autres sanctions existent également: des *sanctions pénales* (art. 168 dernier tiret L1915)<sup>1</sup>; des sanctions en termes de droit de vote, ceux-ci étant suspendus (art. 49-5 L1915 par analogie et a fortiori)<sup>2</sup>.

2. *LA SOUSCRIPTION INDIRECTE DE SES PROPRES ACTIONS VIS UNE ASSISTANCE FINANCIÈRE À LA SOUSCRIPTION DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ PAR UN TIERS EST ENCADRÉE SUR LE PLAN JURIDIQUE*<sup>3</sup>

[1042] **De l'interdiction de principe ...** — Le principe de la fixité du capital social explique également pourquoi le législateur interdisait initialement un certain nombre de conventions assimilables à la souscription et à l'achat par une société de ses propres actions, même si elles s'en distinguaient d'un point de vue juridique. C'est ainsi que la société ne pouvait

avancer des fonds, ni accorder des prêts, ni donner des sûretés en vue de la souscription ou de l'acquisition de ses actions par un tiers (anc. art. 49-6 §1<sup>er</sup> L1915). En raison de la menace engendrée par de telles opérations, la société se trouve en effet dans une situation proche de celle où elle souscrit à ou achète ses propres actions.

Exemple : Supposons que la société SALUX garantisse le remboursement d'un emprunt contracté par un tiers auprès d'une banque en vue de la souscription d'actions nouvelles dans SALUX. Si le tiers ne peut pas rembourser sa dette, SALUX devra régler la dette à sa place : elle se retrouvera donc avec une créance vis-à-vis du tiers à l'actif de son bilan. Comme le tiers n'a pas pu payer la dette bancaire, il est à craindre qu'il en sera de même vis-à-vis de SALUX. La créance ne valant rien, il y a réduction du capital social à due concurrence.

Le législateur visait donc à empêcher que la société n'aide financièrement des tiers en vue de l'acquisition ou de la souscription de ses actions, ou qu'elle ne se mette en situation de devoir supporter à terme le poids de telles acquisitions ou souscriptions (garanties). Le *concept d'assistance* devait être entendu *dans un sens des plus larges* et recouvrir toute opération, quelle que soit sa qualification, visant à fournir à une personne quelconque le moyen d'acheter ou de souscrire à des actions émises par une société anonyme : avances, prêts, soit tous les procédés de mise à disposition temporaire de moyens financiers à des tiers, avec obligation pour celui-ci de les rembourser<sup>4</sup>. La distribution de dividendes ne correspondait cependant pas à une assistance financière interdite par l'article 49-6 L1915, car elle n'est toujours que l'application des règles de fonctionnement normales de la vie en société. Il en est de même des autres transferts de fonds sans obligation de restitution (sursalaires, ...). L'examen de la chronologie des opérations, à défaut d'être décisif, permet très souvent de déterminer la finalité de l'opération et de vérifier si les avances de fonds ont été consenties *en vue de* l'acquisition des actions de la société.

<sup>1</sup> Art. 168 dernier tiré L1915 : « Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement ceux qui, comme administrateurs, commissaires, gérants ou membres du comité de surveillance, auront sciemment (...) fait, par un moyen quelconque, aux frais de la société, des versements sur les droits sociaux ou admis comme faits des versements qui ne seront pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 49-5 L1915 : « (1) Dans les cas où l'acquisition d'actions propres est possible conformément aux articles 49-2 et 49-3, la détention de ces actions est soumise aux conditions suivantes : a) Les droits de vote afférents aux actions détenues par la société sont suspendus. »

<sup>3</sup> CORBISIER/BURBI, Les opérations sur capital dans une société anonyme, *Les Dossiers du Journal des tribunaux luxembourgeois*, Bruxelles, 2011, p. 83; MARCHAND, L'assistance financière en droit luxembourgeois, interprétations, comparaisons et perspectives : une réforme manquée ?, *ACE* 2013/1, p. 14.

<sup>4</sup> En détail : LE NABASQUE, à propos de l'article 217-9 de la loi du 245 juill. 1966, *Semaine Juridique (JCP)*, éd. E, n° 3, 1992.

Le mode de financement n'importait pas, dès lors qu'il constituait une mise à disposition temporaire immédiate ou différée de moyens financiers, à l'exception donc des transferts de fonds pour lesquels aucune obligation de restitution n'existe (apports). Étaient dès lors visés : les prêts à court terme ainsi que toutes les sortes de sûretés réelles ou personnelles imaginables (hypothèques, nantissement, fiducie-sûreté, garanties à première demande, lettres d'intention, etc.).

Dans ses conséquences pratiques, la prise en gage par la société de ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société, était à assimiler à une opération de rachat d'actions, car elle en constitue souvent le prélude. Il suffit de songer au cas de figure où la société venait à prêter à un actionnaire insolvable qui donnerait ses actions dans la société en garantie du remboursement du prêt. En cas de défaillance du débiteur, la société lèvera le gage et obtiendra la propriété juridique de ces actions. Le capital social sera alors tout autant amputé qu'en cas de rachat direct de ses actions par la société, de sorte qu'on peut assimiler ces deux opérations (art. 49-7 L1915). Les sûretés personnelles ou réelles consenties par la société au profit d'un tiers en raison d'un prêt que celui-ci a accordé à une personne afin qu'elle puisse devenir un nouvel actionnaire relève de la même logique : en cas de défaut, le tiers prêteur fera jouer les sûretés ; la société sera subrogée dans les droits du tiers prêteur mais détiendra une créance sur le nouvel actionnaire qui sera irrécouvrable (si le nouvel actionnaire n'a pas pu rembourser le tiers prêteur, pourquoi pourrait-il rembourser la société ?).

La loi prohibait l'assistance financière par la société elle-même. Il pouvait être tentant d'y assimiler l'assistance financière indirecte, par exemple par une filiale de la société. Rien dans la rédaction de l'article 49-6 L1915 n'autorisait cependant une telle lecture extensive<sup>1</sup>.

L'aide financière interdite était celle qui était accordée à un « tiers ». Le tiers étant défini par rapport à la société, il incluait de ce fait non seulement les personnes n'ayant encore aucun lien avec celle-ci, mais

également le cercle des actionnaires existants, ses créanciers, les dirigeants de la société ou ses salariés.

L'art. 49-6 L1915 visant tous « tiers », il s'applique de ce fait également aux administrateurs<sup>2</sup>. La raison de l'interdiction, en ce qui concerne les administrateurs, est sans doute que l'administrateur fait courir des risques anormaux à la société, s'il utilise le crédit de la société à des fins personnelles. L'alinéa 2<sup>e</sup> de cet article écarte l'interdiction, lorsque l'assistance financière a pour objectif de permettre aux salariés d'acquérir des actions dans la société. Mais l'hypothèse de l'intéressement des salariés à la bonne marche de l'entreprise n'est pas applicable aux administrateurs, ceux-ci exerçant une activité indépendante. L'article 49-6 al. 2 L1915 permet toutefois à la société d'accorder une assistance financière aux dirigeants autres que les administrateurs (directeurs, fondés de pouvoirs, etc.), car ceux-ci sont des salariés de l'entreprise. Pour la même raison, l'assistance financière au délégué à la gestion journalière de la société ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article 49-6 al. 1<sup>er</sup> L1915, si celui-ci est également un salarié de la société et à condition qu'il participe au programme d'intéressement des salariés aux mêmes conditions que les autres salariés de l'entreprise.

Étaient seules visées les opérations effectuées « en vue » de l'acquisition des actions de la société. De ce fait, un débiteur de la société en raison d'un prêt préexistant pourra acquérir avec d'autres moyens des actions dans la société. Il faudra toutefois réserver le cas de figure où il était dans l'intention des parties *ab initio* d'utiliser le prêt existant en vue de financer l'achat ultérieur des actions ; ce prêt doit tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 49-6 L1915, même s'il n'était accordé que postérieurement à l'achat des actions. A fortiori, bien que cela se discute sur la base de la terminologie juridique utilisée par le législateur, les prêts accordés par la société en vue de faciliter la souscription à une augmentation de son capital devaient également être interdits sur la base de cette disposition.

[1043]... à une autorisation généralisée quoique encadrée. — Mais comme le rachat d'actions propres a été lui-même assoupli, il n'était que logique

<sup>1</sup> Dans le même sens : VIANDIER, L'article 217-9 de la loi du 24 juill. 1966 et les rachats d'entreprise, *Semaine Juridique (JCP)*, éd. E., 1990.

<sup>2</sup> Chez les administrateurs, la problématique se rencontre notamment dans le cadre d'opérations de « Management-Buy-Out ».

d'accroître également la flexibilité en matière d'assistance financière accordée par la société en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers. Cet assouplissement des règles était d'autant plus justifié que l'assistance financière à l'acquisition des actions de la société par un tiers n'est pas assimilable en tant que telle à une acquisition des actions propres par la société : il n'y a, à priori, aucune raison de penser que le prêt accordé par la société à l'égard de son nouvel actionnaire constitue une non-valeur, comme c'est cependant le cas des actions propres rachetées par la société ; ce raisonnement n'est pertinent que si l'on présume le non-remboursement du prêt en raison de l'insolvabilité du nouvel actionnaire. Aussi, le principe de l'interdiction a été modifié, puisque dorénavant les sociétés peuvent procéder à une telle assistance financière, dans la mesure où elles respectent certaines conditions :

1. L'organe de gestion, qui devra décider du rachat sous sa responsabilité au regard de l'intérêt social, devra au préalable obtenir l'*agrément en assemblée extraordinaire* de l'assistance financière, sur la base d'un rapport justifiant l'intérêt social de l'opération, les conditions essentielles de l'opération et les risques courus par la société en raison du financement à accorder (art. 49-6 § 1<sup>er</sup> b L1915)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 49-6 § 1<sup>er</sup> b L1915 : « (1) Une société ne peut, directement ou indirectement, avancer des fonds, accorder des prêts ou donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers qu'aux conditions suivantes: b) Le conseil d'administration ou le directoire soumet l'opération, pour accord préalable, à l'assemblée générale, qui statue aux conditions requises pour la modification des statuts. Le conseil d'administration ou le directoire remet à l'assemblée générale un rapport écrit indiquant les motifs de l'opération, l'intérêt qu'elle présente pour la société, les conditions auxquelles elle s'effectue, les risques qu'elle comporte pour la liquidité et la solvabilité de la société et le prix auquel le tiers est censé acquérir les actions. Ce rapport est déposé au registre de commerce et des sociétés conformément aux dispositions du chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des

Ce rapport, qui sert à éclairer l'assemblée, sera publié au RESA. Si un dirigeant, directement ou par personne interposée, est la personne bénéficiaire du financement, l'auditeur devra rédiger un rapport spécial à l'attention de l'assemblée que celle-ci devra approuver (art. 49-6bis L1915)<sup>2</sup>. L'agrément constitue une condition suspensive du financement que la société entend accorder ; dans un souci de protection des actionnaires minoritaires, cet agrément devra être accordé selon les règles de quorum et de majorité applicables aux changements statutaires. Par analogie avec le rachat de ses propres actions par la société, où l'assemblée doit également intervenir, l'agrément, au lieu de porter sur chaque opération envisagée, peut avoir un caractère général valant pour toutes les opérations rentrant dans les limites de la loi ; l'assemblée peut également prévoir des conditions additionnelles à son agrément général. Il ne faut cependant pas se tromper sur la nature de la décision prise en assemblée d'actionnaires : si cette décision autorise l'organe de gestion à accorder l'assistance financière, la décision de procéder ainsi relèvera cependant uniquement de la compétence de l'organe de gestion. L'opération a lieu sous la responsabilité de l'organe de gestion ; il lui appartiendra notamment de vérifier que l'assistance financière n'est pas contraire à l'intérêt social.

---

sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et fait l'objet d'une publication au Recueil électronique des sociétés et associations conformément à l'article 11bis § 3. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 49-6bis L1915 : « Lorsque les membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société, partie à une opération visée à l'article 49-6, paragraphe (1), ou d'une société mère ou la société mère elle-même ou encore des tiers agissant en leur propre nom pour compte des membres du conseil d'administration ou du directoire ou pour compte de cette société sont parties à une opération visée à l'article 49-6, le ou les commissaires ou le réviseur d'entreprises adressent un rapport spécial sur cette opération à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport ».

2. L'opération de prêt effectuée par la société au profit du tiers souscripteur doit être effectuée à des conditions de marché (taux d'intérêt, sûretés exigées ; art. 49-6 § 1<sup>er</sup> a L1915)<sup>1</sup>. La société doit donc être rémunérée de manière adéquate, sans courir de risques financiers déraisonnables, ce qui devrait l'empêcher, par exemple, d'accorder un prêt à un tiers à solvabilité douteuse. La même exigence des conditions de marché existe quant au prix de souscription, qui doit être fixé au « juste » prix (art. 49-6 § 1<sup>er</sup> d L1915). L'idée est que la société ne devrait accorder l'assistance financière que dans la mesure où un tiers normalement diligent et prudent le ferait également. Tout est donc fonction des circonstances particulières de la cause.
3. Le financement total accordé ne peut excéder les réserves distribuables de la société (art. 49-6 § 1<sup>er</sup> c L1915). Les réserves utilisées en vue du financement sont inscrites à une réserve indisponible tant que le financement reste en place (solution analogue à celle des rachats d'actions ; v. n° [1049]).

L'article 49-6 § 1<sup>er</sup> litt. c L1915 dispose sur ce point que : « l'aide financière totale accordée aux tiers n'a pas pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant visé à l'article 72-1, paragraphes (1) et (2), compte tenu également de toute réduction de l'actif net que pourrait avoir entraînée l'acquisition, par la société ou pour le compte de celle-ci, de ses propres actions conformément à l'article 49-2, paragraphe (1). La société inscrit au passif du bilan une réserve indisponible d'un montant correspondant à l'aide financière totale. » Ceci résout par la négative la question de savoir si la société peut utiliser les bénéfices de l'exercice en cours au titre de source de financement du rachat ; cette solution s'explique sans doute par le fait que le résultat de l'exercice en cours n'ayant pas encore été arrêté par l'assemblée des actionnaires, il n'est pas encore définitif, de sorte à rester entaché d'un point d'interrogation.

#### [1044] Situations où la loi facilite l'assistance finan-

<sup>1</sup> Art. 49-6 § 1<sup>er</sup> a L1915 : « Ces opérations ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire à de justes conditions de marché, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données en contrepartie des prêts et avances visés ci-dessus. »

**cière par la société.** — L'interdiction générale posée par l'article 49-6 L1915 souffre cependant de trois exceptions.

1. Les opérations courantes réalisées par les entreprises de crédit ne sont pas interdites. C'est ainsi, par exemple, qu'une banque pourra, malgré l'article 49-6 L1915, mais dans les limites de ses réserves distribuables, accorder un prêt à un de ses clients en vue de lui permettre de souscrire à une augmentation de capital de l'établissement bancaire (art. 49-6 § 2 L1915)<sup>2</sup>.
2. Les sociétés peuvent, par ailleurs, accorder, dans la limite de leurs réserves distribuables, des prêts ou consentir des sûretés en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société (art. 49-6 § 2 L1915). D'après les textes, l'acquisition des actions devrait se faire dans la société même ayant émis les actions, et non pas dans une société liée. Sont donc exclus les financements par une société afin de permettre à ses salariés l'acquisition d'actions d'une des filiales de la société, de la société mère, ou encore d'une société sœur. L'assistance financière aux dirigeants de la société ne bénéficie pas non plus de cette disposition, les dirigeants n'étant pas des salariés. Ceci rend assez inutile la disposition dans le contexte du *Management Buy Out*.
3. Il en est de même des opérations de rachat effectuées soit directement par les fonds d'investissement à capital fixe (la SICAF), soit indirectement par l'intermédiaire d'une société de rachat liée au fonds et qui permettent la sortie des investisseurs de la so-

<sup>2</sup> Art. 49-6 § 2 L1915 : « Le paragraphe (1) ne s'applique ni aux transactions faites dans le cadre des opérations courantes des banques et d'autres établissements financiers, ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions par ou pour le personnel de la société ou d'une société liée à celle-ci par un lien de contrôle. Toutefois, ces transactions et opérations ne peuvent avoir pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. »

ciété par voie de rachat des actions par le fonds ou la société de rachat (art. 49-6 § 3 1915)<sup>1</sup>. L'opération ne sera possible que dans la mesure où la société possède des réserves distribuables suffisantes pour procéder au rachat.

**[1045]Sanctions.** — Les contraventions à l'art. 49-6 L1915 sont susceptibles d'être sanctionnées sur le plan civil comme pénal.

Lorsqu'une société acquiert illégalement ses propres actions, elle doit les recéder dans les douze mois à défaut de les voir annulées (v. n° [1049]). Même si l'article 49-6 L1915 assimile l'acquisition des actions propres par un tiers à l'acquisition par la société elle-même, cette *sanction civile* du rachat illégal d'actions ne peut pas s'appliquer ici, car la société n'obtient pas la propriété de ces actions. Les opérations visées à l'art. 49-6 L1915 ne devraient dès lors pas être frappées de nullité. Les dirigeants qui contreviennent à l'article 49-6 commettent toutefois une faute de régularité (v. n° [388]).

Les infractions à l'article 49-6 et 49-7 L1915 sont également sanctionnées pénalement (art. 168 L1915) par une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et/ou d'une amende de € 5 000 à € 125 000. S'agissant d'une *sanction pénale*, l'article 49-6 L1915 doit recevoir une interprétation stricte<sup>2</sup> : il ne s'applique dès lors pas, par exemple, au rachat d'actions réalisé par la filiale, si celle-ci agit de sa propre initiative et sans appel de fonds (capitaux propres, dettes) auprès de sa société-mère.

Exemples :

a) SA ne dispose pas de bénéfices distribuables mais accorde un prêt de 100 à un tiers en vue de l'achat de ses actions. Il y a infraction à l'article 49-6 L1915 (faute de régularité). Il y a aussi

infraction pénale (art. 168 tiré 2 L1915).

b) SA dispose de bénéfices distribuables de 150 et accorde un prêt de 150 à un tiers en vue de l'achat de ses actions. Il n'y a ni faute de régularité ni infraction pénale, car le montant prêté pourrait faire l'objet d'une distribution au titre d'acompte sur dividende.

## B. LA RÉGLEMENTATION DES ACTIONS AUTODÉTENUES

**[1046]Présentation.** — Le rachat de ses propres actions permet à une société de devenir propriétaire de ses propres actions. Généralement, cette acquisition est le fait de la société même (1). Mais la société peut également faire effectuer cette acquisition d'actions par d'autres sociétés du groupe auquel elle appartient, très souvent par des filiales directes ou indirectes (2).

### 1. LES ACTIONS PROPRES DIRECTEMENT AUTODÉTENUES: LE RACHAT D'ACTIONS

**[1047]Rachats strictement encadrés.** — Il existe entre la souscription (interdite) par une société à son propre capital social et le rachat subséquent de ses actions par la société une différence de degré et non pas de nature, les mêmes problèmes y étant rencontrés. Le rachat d'actions entame, d'un point de vue économique, le capital de la société. Comme le droit communautaire estime nécessaire que tout intéressé puisse connaître la « consistance exacte du capital »<sup>3</sup>, le législateur (communautaire et national) postule le principe de l'interdiction du rachat de ses actions par une société (ou par son prête-nom, v. n° [1040]), tout en levant ce principe dans les circonstances suivantes (art. 49-2 § 1<sup>er</sup> L1915)<sup>4</sup> :

<sup>1</sup> Art. 49-6 § 3 1915 : « Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions visée à l'article 49-3 paragraphe 1 sous g ».

<sup>2</sup> En ce sens notamment ROBINEAU, Les interventions des sociétés sur leurs propres actions, *Bull. Joly* 1998, p. 1229, n° 24 ; v. également Cass. belge 30 janvier 2015, note WILLERMAIN, *Srada Lex* 2016, p. 140.

<sup>3</sup> 3<sup>e</sup> considérant à la 2<sup>e</sup> directive 77/91/CEE du Conseil du 13 déc. 1976.

<sup>4</sup> Art. 49-2 § 1<sup>er</sup> L1915 : (1) Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et de la loi relative aux abus de marché, la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre

Ces règles ne s'appliquent pas aux sociétés d'investissement en capital variable (SICAV). La caractéristique essentielle de la SICAV est en effet son caractère ouvert (vers le haut comme vers le bas) : des actions nouvelles peuvent être émises sans tenue d'une assemblée d'actionnaires, sur simple décision du conseil d'administration ; il en est de même du rachat d'actions si les investisseurs en font la demande. Ce rachat n'est pas soumis à une condition d'existence de réserves distribuables suffisantes. Ne s'appliquant qu'aux actions, ces règles ne portent pas non plus sur les *rachats de titres hors capital* (parts bénéficiaires, etc.).

- l'assemblée générale ordinaire des actionnaires doit autoriser l'organe de gestion à procéder au rachat d'actions (art. 49-2 § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915). L'assemblée définit les modalités essentielles de l'opération (nombre d'actions à racheter<sup>1</sup> ; prix maximum et minimum, durée de l'autorisation qui ne peut excéder cinq ans) ;
- l'organe de gestion doit également indiquer dans son rapport de gestion qu'il soumet à l'assemblée lors

---

nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes: 1° l'autorisation d'acquérir est accordée par l'assemblée générale, qui fixe les modalités des acquisitions envisagées, et notamment le nombre maximal d'actions à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut dépasser cinq ans et, en cas d'acquisition à titre onéreux, les contre-valeurs maximales et minimales. Le conseil d'administration ou le directoire veillent à ce que, au moment de toute acquisition autorisée, les conditions visées aux points 2) et 3) soient respectées; 2° les acquisitions, y compris les actions que la société a acquises antérieurement et qu'elle détient en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 72-1, paragraphe (1) et (2); 3° l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées ;

4° l'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires se trouvant dans la même situation, sauf pour les acquisitions qui ont été décidées à l'unanimité par une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires étaient présents ou représentés; de même, les sociétés cotées peuvent acheter leurs propres actions en bourse, sans qu'une offre d'acquisition doive être faite aux actionnaires. (...) »

<sup>1</sup> La limite de 10% du capital social a été supprimée par la loi du 10 juin 2009, Mém. A n° 151.

de l'approbation des comptes annuels les raisons et modalités essentielles des rachats effectivement opérés (art. 49-5 § 2 L1915 ; art. 163 n° 6 L1915) ;

- le rachat ne doit pas avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au capital social augmenté des réserves indisponibles. Autrement dit, le rachat n'est possible que dans la limite de réserves distribuables suffisantes (art. 168 L1915)<sup>2</sup>;

Exemples

- SA1 dispose d'un capital social de € 1 000 000 (1 000 actions à € 1 000) ainsi que de réserves distribuables de € 200 000. En vue de distribuer 200 actions au personnel, SA1 rachète 200 actions à € 1 500 l'action. SA1 distribue les actions à certains clients dans les 12 mois de leur acquisition. Le rachat rentre, en principe, dans les prévisions de l'article 49-2 § 3 L1915. Néanmoins, il ne pourra être réalisé qu'au moyen de réserves distribuables, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, le rachat portant sur une somme de € 300 000 (= 200 x € 1 500), alors que les réserves distribuables ne s'élèvent qu'à € 200 000. Le rachat tombe donc sous le coup de l'article 168 L1915.
- Les statuts de SA2 combinent une clause d'agrément et de préemption. Un actionnaire minoritaire détenant 20% du capital social de SA2 et ayant trouvé un repreneur prêt à payer € 1 000 000 pour sa participation cède celle-ci à SA2, l'organe de gestion ayant refusé l'agrément. Le capital social de SA2 est de €2 000 000, ses réserves distribuables de € 1 200 000. Le rachat d'actions n'ayant pas été approuvé en assemblée (art. 49-2 § 1<sup>er</sup> n° 1 L1915), il n'est pas couvert par l'article 49-2 al. 1<sup>er</sup> L1915. Il ne s'agit pas non plus de permettre à la société d'éviter un dommage grave ou de distribuer des actions au personnel. Les articles 49-2 § 2 et 3 L1915 ne sont donc pas applicables non plus. Le rachat ne tombant pas, par ailleurs, sous les dispositions de l'article 49-3 L1915, il s'agit d'un rachat fait en violation des dispositions légales. Il entraîne donc la responsabilité civile des administrateurs (« faute de régula-

---

<sup>2</sup> Art. 168 L1915 : « Seront punis des mêmes peines tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires, gérants ou membres du comité de surveillance, auront sciemment – racheté des droits sociaux en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire, et ce contrairement aux dispositions de l'article 49-2 dans le cas des sociétés anonymes ».



rité », v. n° [388]), mais non pas leur responsabilité pénale, le rachat étant financé au moyen de réserves distribuables suffisantes (€ 1 200 000 de réserves pour un montant total de rachat de € 1 000 000).

- le rachat ne peut porter que sur des *actions intégralement libérées* (art. 49-2 § 1<sup>er</sup> n° 3 L1915);
- l'offre de rachat doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires (*principe d'égalité*). Cette exigence résulte de l'art. 46 Directive 2012/30/UE : « Pour l'application de la présente directive, les législations des États membres garantissent un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques. » Une offre de rachat non proportionnelle ainsi que celle limitée à certains actionnaires seulement reste toutefois possible, à condition que tous les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée y consentent ou qu'ils se trouvent dans des situations essentiellement différentes (art. 49-2 § 1<sup>er</sup> n° 4 L1915).

Le principe d'égalité de traitement ne doit pas être appliqué mécaniquement mais de manière mesurée. C'est ainsi qu'il ne se conçoit réellement que dans le cadre de sociétés privées. Si les *sociétés cotées en bourse* étaient obligées d'offrir les mêmes possibilités de rachat aux actionnaires existants, ces sociétés seraient empêchées, en pratique, de procéder à un rachat d'actions autrement que dans le cadre de la procédure très lourde d'une offre publique d'acquisition d'actions.

Le principe d'égalité de traitement ne s'appliquant qu'à une situation essentiellement identique, les statuts peuvent tout à fait prévoir un rachat facilité aux *actions préférentielles* par exemple, par rapport aux actions ordinaires. Par contre, l'obligation de traitement égalitaire s'appliquera au sein de la catégorie des actions préférentielles.

Enfin, le principe d'égalité de traitement constituant une mesure de protection des actionnaires, la possibilité d'une *renonciation unanime* au traitement égalitaire permettra ponctuellement à l'un ou l'autre actionnaire de se retirer (p.ex. : en cas de désaccord profond avec les autres actionnaires concernant les affaires sociales).

**[1048] Rachats facilités par le législateur.** — Des règles spéciales existent pour certains rachats, soit que les rachats ne sont soumis à aucune condition (art. 49-3 L1915), soit qu'ils ne sont soumis qu'à certaines conditions seulement (art. 49-2 § 2 et 3 L1915).

Les rachats soumis à certaines conditions seulement concernent les rachats nécessaires pour éviter un *dommage grave et imminent à la société* (art. 49-2 § 2 L1915<sup>1</sup> ; p.ex. : empêcher la prise de pouvoir hostile dans la société, empêcher un brusque effondrement des cours). L'urgence ne permettant pas l'obtention préalable de l'autorisation de l'assemblée des actionnaires, il suffit dans ce cas d'informer les actionnaires, à la première assemblée qui suit le rachat, des modalités essentielles des rachats opérés. Cette catégorie inclut également les rachats d'actions effectués dans le cadre des programmes d'intéressement du personnel (art. 49-2 § 3 L1915)<sup>2</sup>. En effet, dans un souci de faciliter la *participation des salariés aux fruits de l'expansion de la société*, la loi permet également le rachat d'actions sans autorisation par l'assemblée, si les actions ainsi acquises sont destinées à être distribuées au personnel de la société ou au personnel d'autres sociétés faisant partie du même groupe de sociétés au sens du droit comptable (la « société liée » ; v. n° [569]). Mais il faut, dans ce cas, que les actions soient distribuées dans les douze mois de leur rachat par la société. Toutes les autres conditions en matière de rachats d'actions ordinaires restent applicables (v. n° [1047]).

<sup>1</sup> Art. 49-2 § 2 L1915 : « Lorsque l'acquisition d'actions propres est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent, la condition sub (1) 1° n'est pas applicable. Dans ce cas, l'assemblée générale qui suit doit être informée, par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, des raisons et du but des acquisitions effectuées, du nombre et de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des actions acquises, de la fraction du capital souscrit qu'elles représentent ainsi que de la contre-valeur de ces actions. (...) ».

<sup>2</sup> Art. 49-2 § 3 L1915 : « La condition sub (1) 1° n'est pas applicable non plus s'il s'agit d'actions acquises, soit par la société elle-même, soit par une personne agissant en son nom mais pour le compte de cette société en vue d'être distribuées au personnel de celle-ci ou au personnel d'une société liée à celle-ci par un lien de contrôle. Aux fins du présent article, on entend par lien de contrôle le lien qui existe entre une société mère et une filiale dans les cas visés à l'article 309 de la présente loi. »

Certains rachats d'actions sont entièrement libres, sauf qu'ils ne peuvent être opérés qu'en présence de réserves distribuables suffisantes (art. 49-3 § 1<sup>er</sup> a L1915)<sup>1</sup>. Il en est ainsi notamment des actions acquises *en exécution d'une décision de réduction du capital*, l'assemblée autorisant la réduction du capital et déléguant au conseil d'administration tous pouvoirs pour la réaliser au moyen d'un rachat d'actions.

Prise à la lettre, cette disposition n'inclut pas les *rachats effectués en vue d'une réduction de capital subséquente*, fût-elle motivée par des pertes sociales. La question peut cependant être posée s'il faut pas interpréter extensivement cette disposition, en incluant également sous l'article 49-3 § 1<sup>er</sup> (a) L1915 les rachats d'actions en vue de leur annulation subséquente, dans le cadre d'une réduction de capital à arrêter en assemblée. La finalité des règles relatives au rachat d'actions étant d'éviter que le capital social de la société ne devienne fictif, il devrait être possible, sans encourir les sanctions pénales de l'article 168 L1915, de procéder à un rachat d'actions, même en l'absence de réserves distribuables, si les titres ainsi acquis sont détruits dans la foulée, car dans ce cas, le risque de capital fictif n'existera pas<sup>2</sup>.

Le législateur ne soumet à aucune condition non plus les rachats d'actions entièrement libérées, acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel (*fusion, scission* ; art. 49-3 § 1<sup>er</sup> b L1915)<sup>3</sup> ou encore à la suite d'une *décision de justice* (p.ex. rachat des actions de minoritaires, compensation d'une créance de la société sur son actionnaire avec le rachat ; art. 49-3 § 1<sup>er</sup> d L1915<sup>4</sup>) ainsi que les rachats d'actions

acquises d'*actionnaires n'ayant pas libéré leurs apports* (art. 49-3 § 1<sup>er</sup> e L1915)<sup>5</sup>. Dans tous ces cas, la société doit céder ses actions dans un délai de trois ans, si les actions ainsi détenues dépassent 10% du capital social de la société. À l'expiration du délai, s'il n'y a pas eu cession, les actions excédant 10% du capital social devront être annulées par voie de réduction de capital obligatoire, que le rachat ait ou non été financé par des réserves distribuables (art. 49 § 3 L1915)<sup>6</sup>.

**[1049] Conséquences du rachat d'actions par la société.** — Les actions autodétenues ne sont pas annulées suite à leur détention par la société mais persistent, au contraire, leur nature d'actions. Cette règle générale se trouve cependant doublement aménagée. D'un côté, les *droits politiques* aux actions autodétenues sont suspendus tant que la société ne les revend pas (à un tiers, à un actionnaire ; art. 49-5 § 1<sup>er</sup> (a) L1915)<sup>7</sup>.

---

scission, de changement de l'objet ou de la forme de la société, de transfert du siège social à l'étranger ou d'introduction de limitations pour le transfert des actions; (...).

<sup>5</sup> Art. 49-3 § 1<sup>er</sup> e L1915 : « L'article 49-2 ne s'applique pas : (...) e) aux actions acquises d'un actionnaire à défaut de leur libération ; (...) ».

<sup>6</sup> Art. 49-3 L1915 : « (2) Les actions acquises dans les cas indiqués au paragraphe (1) sous b) à f) doivent toutefois être cédées dans un délai de trois ans au maximum à compter de leur acquisition, à moins que la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des actions acquises, y compris les actions que la société peut avoir acquises par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, ne dépasse pas 10 % du capital souscrit. (...) ».

<sup>7</sup> Art. 49-5 § 1<sup>er</sup> (a) L1915 : « (1) Dans les cas où l'acquisition d'actions propres est possible conformément aux articles 49-2 et 49-3, la détention de ces actions est soumise aux conditions suivantes : a) Les droits de vote afférents aux actions détenues par la société sont suspendus. Les actions rachetées ne sont pas prises en compte pour le calcul des quorum et majorité dans les assemblées. Si le conseil d'administration décide de suspendre le droit aux dividendes des actions détenues par la société, les coupons de dividendes y restent attachés. Dans ce cas, le bénéfice distribuable est réduit en fonction du nombre de titres détenus, et les sommes qui au-

---

<sup>1</sup> Art. 49-3 § 1<sup>er</sup> a L1915 : « (1) L'article 49-2 ne s'applique pas : a) aux actions acquises en exécution d'une décision de réduction du capital ou dans le cas visé à l'article 49-8; (...) ».

<sup>2</sup> En ce sens : SIMONART, Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de 10% de ses propres actions en vue de leur annulation immédiate ?, in : *Mélanges VAN OMMESLAGHE*, Bruxelles, 2000, p. 669.

<sup>3</sup> Art. 49-3 § 1<sup>er</sup> b L1915 : « L'article 49-2 ne s'applique pas : (...) b) aux actions acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel; (...) ».

<sup>4</sup> Art. 49-3 § 1<sup>er</sup> d L1915 : « L'article 49-2 ne s'applique pas : (...) d) aux actions acquises en vertu d'une obligation légale ou résultant d'une décision judiciaire visant à protéger les actionnaires minoritaires, notamment en cas de fusion, de

Les actions (et parts bénéficiaires) autodétenues ne pouvant voter aux assemblées, elles sont logiquement ignorées également pour les besoins du calcul du quorum et de la majorité aux assemblées. Concernant les *droits financiers*, il appartiendra à l'organe de gestion de décider si le droit aux dividendes sur les actions autodétenues est annulé ou simplement suspendu. Dans le premier cas, le montant mis en distribution ira aux autres actionnaires et grossira donc leur dividende (ex. : les actions autodétenues s'élèvent à 5% et le bénéfice distribuable à 200 ; le dividende aux 95% détenus par les actionnaires autres que la société s'élèvera à 200); dans le deuxième cas, utile surtout si la société entend céder les actions autodétenues (à un actionnaire existant ou à un tiers), le droit au dividende restera préservé sur les actions autodétenues, en vue d'être cédé par la suite (les « coupons de dividendes »), ensemble avec l'action (ex : dans l'exemple précédent, les coupons de dividendes seront de  $5\% \times 200 = 10$ , le dividende allant aux actions non autodétenues s'élevant à  $95\% \times 200 = 190$ ).

Le rachat constituant sur un plan économique un remboursement du capital aux actionnaires, il est conditionné par l'existence de *réserves*, autres que la réserve légale, disponibles suffisantes (v. n° [1047]) ; la prime d'émission est à assimiler à des réserves disponibles pour les besoins de la cause. Ces réserves prenant en quelque sorte la place du capital social remboursé deviennent, suite au rachat, *indisponibles* et ne sauraient dès lors être distribuées aux actionnaires, ni être utilisées aux fins de compensation éventuelle de pertes comptables. La survenance de *pertes comptables* peut

---

raient dû être attribuées sont conservées jusqu'à la vente des actions, coupons attachés. La société peut également maintenir au même montant le bénéfice distribuable et le répartir entre les actions dont l'exercice des droits n'est pas suspendu. Dans ce dernier cas, les coupons échus sont détruits. Si la société détient des parts bénéficiaires rachetées, elle ne peut en exercer le droit de vote. Si la société détient des parts bénéficiaires ayant droit à des dividendes, les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent (...).

d'ailleurs avoir pour conséquence qu'une autodétention initialement régulière devienne irrégulière, ce qui sera le cas si les capitaux propres baissent à un montant inférieur à celui du capital social augmenté des réserves non distribuables (art. 49-2 n° 2 L1915)<sup>1</sup>. La seule affectation possible de ces réserves serait leur incorporation au capital social de la société, car cela renforce leur caractère indisponible.

Exemple : SA dispose de réserves distribuables de 100 qui deviennent indisponibles en raison d'un rachat d'actions l'année « n » d'un montant de 80. SA subit des pertes de 50 en « n + 1 ». Le solde de réserves distribuables de 20 (= 100 - 80) se trouve entièrement éliminé en raison de ces pertes, les capitaux propres devenant inférieurs au montant du capital social augmenté des réserves non distribuables. La condition d'existence de réserves distribuables suffisantes ne sera donc plus remplie en « n + 1 », de sorte que l'autodétention deviendra irrégulière en « n + 1 ».

L'indisponibilité cessera suite à la cession des actions autodétenues ou d'une réduction du capital social de la société (art. 49-5 § 1<sup>er</sup> b L1915)<sup>2</sup>.

Exemple : SA a des réserves distribuables de 1 000 000 € et un capital social de 100 000 actions à 1 €. SA rachète 9 000 actions à 2 € l'action.

SA devant déboursier  $9\,000 \times 2 = 18\,000$  €, elle dispose de réserves distribuables suffisantes pour effectuer le rachat. SA va transférer un montant de 18 000 € du compte « réserves distribuables » au compte « réserves non distribuables », de sorte que le solde des réserves distribuables passe de 1 000 000 à 982 000. Si SA revend plus tard les 9 000 actions autodétenues pour 20 000 €, elle réalisera un bénéfice comptable de € 2000 ; la réserve non distribuable de 18 000 rede-

---

<sup>1</sup> Article 49-2 n° 2 L1915 : « (1) (...) la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes: (...) 2° les acquisitions, y compris les actions que la société a acquises antérieurement et qu'elle détient en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 72-1, paragraphe (1) et (2); (...) ».

<sup>2</sup> Art. 49-5 § 1<sup>er</sup> b L1915 : « (...) si ces actions sont comptabilisées à l'actif du bilan, il est établi au passif une réserve indisponible d'un même montant (...) ».

viendra distribuable.

Les actions rachetées par la société font partie de son patrimoine social, leur *détention* pouvant, selon le cas, être *durable* ou *temporaire* seulement.

Le rachat d'actions intéresse également le *droit comptable*. Les normes IAS recommandent de déduire le montant versé pour acquérir les actions autodétenues (« *treasury shares* », norme IAS 32) des capitaux propres de la société, du moins jusqu'à ce que les actions aient été annulées ou revendues. Cette approche est préférable à celle consistant à porter les actions détenues à l'actif du bilan, sans aucune déduction au niveau des capitaux propres, car cela reviendrait à les compter deux fois. Les montants dépensés pour leur achat sont perdus pour la société, ce qui réduit d'autant ses capitaux propres. Ainsi, p.ex., si une société a un capital social de 1 000 000 et qu'elle rachète des actions pour un montant de 300 000, ses capitaux propres tenant compte de réserves distribuables de 400 000 s'élèvent dorénavant à : 1 000 000 + 400 000 – 300 000 = 1 100 000.

**[1050]Rachat d'actions stipulées rachetables.** — Les règles générales en matière de rachat d'actions ne peuvent s'appliquer telles quelles aux actions rachetables. L'intérêt principal de l'émission d'actions rachetables est en effet de permettre au conseil d'administration de racheter des actions en circulation, sans avoir à demander l'autorisation de l'assemblée, puisqu'elle a déjà été donnée dans le cadre de l'approbation des statuts contenant la clause d'émission d'actions rachetables.

Pour cette raison, le législateur a écarté toutes les règles applicables au rachat d'actions en général, pour ne garder que l'exigence de la fixation des *modalités du rachat* et de l'existence de *réserves distribuables* (art. 49-8 L1915)<sup>1</sup>. À défaut de réserves distribuables, le rachat

pourra également être financé par le produit d'une nouvelle émission de capital d'actions rachat.

Le rachat des actions se faisant à la valeur de marché des actions, et non pas à la valeur nominale, le prix de rachat peut inclure une *prime de remboursement* (prix de rachat = valeur nominale + prime de remboursement). La prime de remboursement doit également être financée par des réserves distribuables, car elle entame le capital de la société au même titre que la valeur nominale des actions rachetées. De façon étonnante cependant, la loi limite (erronément) l'obligation de transfert à un poste de réserves indisponibles au montant nominal des actions rachetées.

Exemple : La société émet 1 000 actions rachetables à € 1 000 l'action. Au moment du rachat, elle dispose d'une réserve légale de € 100 000 ainsi que de réserves distribuables de € 900 000. La valeur de l'action étant de € 2 000 (= [1 000 000 + 100 000 + 900 000] : 1 000), l'organe de gestion se demande combien d'actions elle peut maintenant racheter et quelles en sont les conséquences juridiques.

La réserve légale n'étant pas distribuable, la société peut racheter ses actions pour un montant de € 900 000. L'action vaut € 2 000, à savoir une valeur nominale de € 1 000 et une prime de remboursement de € 1 000. Le nombre d'actions rachetées sera donc de 900 000 : 2 000 = 450 actions. Un montant de 450 actions x € 1 000 = € 450 000 est viré à un poste de réserves indisponibles. Le droit de vote de ces 450 actions est suspendu tant que la société gardera ces actions dans son portefeuille.

chat ; 5) un montant égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable de toutes les actions rachetées doit être incorporé dans une réserve qui ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; cette réserve ne peut être utilisée que pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves ; 6) le point 5 ne s'applique pas lorsque le rachat a eu lieu à l'aide du produit d'une nouvelle émission effectuée en vue de ce rachat ; 7) lorsque, par suite du rachat, le versement d'une prime en faveur des actionnaires est prévu, cette prime ne peut être prélevée que sur des sommes distribuables conformément à l'article 72-1 §(1) ; 8) le rachat fait l'objet d'une publicité conformément (Loi du 27 mai 2016) «aux dispositions du chapitre Vbis du titre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ».

<sup>1</sup> Art. 49-8 L1915 : « Par dérogation aux dispositions qui précèdent, l'émission d'actions rachetables est autorisée pourvu que le rachat de ces actions soit soumis aux conditions suivantes : 1) le rachat doit être autorisé par les statuts avant la souscription des actions rachetables ; 2) ces actions doivent être entièrement libérées ; 3) les conditions et les modalités de rachat sont fixées par les statuts ; 4) le rachat ne peut avoir lieu qu'à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 72-1 (loi du 23 mars 2007) ou du produit d'une nouvelle émission effectuée en vue de ce ra-

**[1051] Actions acquises en violation de la loi de 1915.**

— Les actions rachetées par la société en violation de la loi de 1915 doivent être *cédées dans les douze mois* de leur acquisition, sous peine d'être annulées (art. 49-4 L1915)<sup>1</sup>. Il n'y a donc pas d'annulation de l'opération de rachat mais seulement annulation subséquente des actions ainsi acquises par la société.

Le texte indique que les *actions « doivent être annulées »*. L'expression peut prêter à équivoque : faut-il un acte spécifique en ce sens d'un organe de la société, ou l'annulation est-elle automatique à l'expiration du terme ? La disposition équivalente du droit des sociétés belge est claire en ce qu'elle retient que « les actions (...) qui n'ont pas été aliénées dans les délais prescrits (...) sont nulles de plein droit ». En France, la terminologie utilisée est la même que celle employée par le législateur luxembourgeois. On y considère généralement que les actions non annulées suite à l'arrivée du terme perdent toute validité ; en conséquence, toutes les cessions dont elles pourraient faire l'objet seraient entachées de nullité. Mais cette analyse ne saurait être transposée telle quelle en droit luxembourgeois. Le texte fondateur du régime d'annulation est en effet l'article 20 § 3 de la 2<sup>e</sup> directive 77/91/CEE : « À défaut de leur cession dans le délai fixé au paragraphe 2, les actions doivent être annulées. La législation d'un État membre peut soumettre cette annulation à une réduction de capital souscrit d'un montant correspondant. » Autrement dit : d'après la directive, l'annulation n'est nullement automatique, en ce sens qu'elle peut dépendre d'une réduction de capital à prendre d'après les formes prévues à cet effet dans l'État membre concerné. Si l'annulation des actions n'est donc pas automatique à l'arrivée du terme, cela implique également la possibilité pour la société de revendre les actions après le terme sans que la cession ne soit nulle. Le fait de procéder ainsi réinstalle d'ailleurs l'intégrité du capital social et élimine le problème que la 2<sup>e</sup> directive entendait combattre. Elle va donc dans le bon sens et est préférable à une lecture des textes qui appauvrirait la société. Dans le silence de la loi quant à l'*organe compétent* pour décider de l'annulation des actions acquises par la société, il convient d'en ressortir au droit commun, de sorte que seule l'assemblée générale, statuant dans les conditions et les formes requises pour modifier les statuts, peut décider de l'annulation des actions. Si l'organe de gestion vend

entre-temps les actions en question, elles ne pourront bien évidemment plus faire l'objet d'une annulation par l'assemblée. Le tiers n'est en effet pas concerné et ne peut pas savoir non plus si les actions qu'il vient d'acquérir de la société étaient à annuler.

On aurait pu penser que l'annulation des actions aurait nécessairement pour conséquence de réduire le capital social à hauteur du nombre d'actions à annuler multiplié par leur valeur nominale. Mais la lecture des travaux parlementaires ayant abouti aux articles 49-2 et 49-3 L1915 montre bien qu'il y a lieu de distinguer les annulations d'actions, d'une part, et la *réduction de capital*, d'autre part. C'est ainsi que si les actions sont toujours à annuler à l'expiration du terme légal, cette annulation ne s'accompagne pas nécessairement d'une réduction de capital. La 2<sup>e</sup> directive permet en effet aux États membres de rendre facultative la réduction de capital et de limiter les réductions de capital obligatoires aux seuls cas de figure où la société ne disposerait pas de réserves distribuables (y compris la prime d'émission) à due concurrence. Désireux de ne pas aller au-delà des exigences de la 2<sup>e</sup> directive, le législateur a retenu cette option<sup>2</sup>. Du point de vue du droit comptable, la société va comptabiliser, au moment du rachat d'actions, ces actions à l'actif de son bilan et transférer à une réserve indisponible un montant équivalent au prix de rachat. Lorsque les actions sont annulées, il en sera de même de la réserve indisponible. Le capital social restera inchangé, ce qui peut paraître surprenant en raison du fait que le nombre d'actions en circulation n'est plus le même. Cela implique que l'assemblée décidant de l'annulation des actions augmente proportionnellement la valeur nominale des actions. On ne saurait procéder autrement, car justement l'assemblée des actionnaires n'a pas réduit le capital de la société. Un même montant de capital social se répartira simplement entre un nombre plus faible d'actions.

Exemple : SA veut racheter 1 000 actions pour un prix unitaire de €10 (et à valeur nominale de €1), soit 8% de son capital social. SA dispose de réserves distribuables de 8 000. Le maximum que l'organe de gestion pourra racheter sera dès lors 800 actions à €10 pièce. Les réserves disponibles deviennent des réserves non distribuables.

Les actions autodétenues ne devront pas obligatoirement être annulées après un certain terme. Si l'assemblée décide néanmoins d'annuler les actions, sans réduction de capital, elle annulera les actions et les réserves distribuables pour un montant de 8 000 à chaque fois. Si l'assemblée décide alternativement de réduire le capital social, la réduction de capital sera de € 1 x 800 actions = 800, de sorte que la réserve non-distribuable

<sup>1</sup> Art. 49-4 L1915 : « Les actions acquises en violation des dispositions des articles 49-2 et 49-3 paragraphe (1) sub a) doivent être cédées dans un délai d'un an à compter de leur acquisition. À défaut de leur cession dans ce délai, l'article 49-3 paragraphe (3) s'applique. »

<sup>2</sup> Commission juridique, doc. parl. 2474 (2), 1981 – 1982, ad art. 67 nouveau, p. 11.

sera réduite de 7 200 et redeviendra distribuable pour son solde, soit € 800.

Lorsque les conditions prévues par la loi pour le rachat n'ont pas été respectées, ou si la société n'annule pas les actions au bout du terme légal là où il existe, le rachat entraînera des *sanctions pénales* pour les administrateurs concernés (article 168 L1915) : une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et/ou une amende de € 5 000 à € 125 000. À cette sanction pénale s'ajoute le risque de mise en *responsabilité civile* des administrateurs pour faute de régularité.

## 2. LES ACTIONS PROPRES INDIRECTEMENT AUTODÉTENUES

**[1052]Détenion par la filiale directe d'actions dans la société mère : les participations croisées.** — Une participation croisée désigne la situation où une société « A » prend une partie du capital d'une société « B », qui détient elle-même une part du capital de la société « A ». Traditionnellement, le droit luxembourgeois n'interdisait pas la constitution et le maintien de participations réciproques. Toutefois, il n'existe pas de différences fondamentales entre la société qui acquiert ses propres actions, et sa variante, où la société A détient une filiale B, qui à son tour acquiert les actions de la société A.

Exemple : Si la société A possède l'intégralité du capital de la société B, qui, à son tour, détient 40% du capital de la société A, la société A détient sur le plan économique son propre capital à hauteur de 40%.

Aussi, une loi du 12 mars 1998, basée sur la directive 92/101/CEE, combla cette lacune. Elle prévoit certains cas de figure où l'acquisition des actions de la société par une société qu'elle contrôle est considérée comme étant le fait de la société elle-même, même si la *société contrôlée* agit pour son propre compte (art. 49bis § 1<sup>er</sup> (a) L1915)<sup>1</sup>. Les règles relatives aux rachats

d'actions s'appliquent dans ce cas (v. n° [1040] et s.), comme si la société procédait elle-même au rachat d'actions. Il faudra notamment que la société mère dispose de réserves distribuables suffisantes. Par contre, ni la société mère ni la société contrôlée ayant procédé à l'achat des actions ne doivent constituer de *réserve indisponible* (v. n° [1049] ; art. 49bis § 1<sup>er</sup> (a) 2<sup>e</sup> al.).

Le régime des participations croisées est limité à certains cas de figure:

- la *société mère*, c.-à-d. celle dont les actions sont achetées, doit être une *société par actions*. Une SARL peut donc faire racheter ses parts sociales par sa filiale, sans contrevenir à l'article 49bis L1915 ;
- la *société contrôlée*, c.-à-d. celle effectuant l'opération d'achat, doit être une société par actions ou une SARL. La loi sur les participations croisées ne vise donc pas les participations impliquant d'autres formes sociétaires, comme p.ex. une société contrôlée de type SECS. Peu importe, en revanche, la localisation géographique de la société tierce (Union européenne, État tiers)<sup>2</sup> ;
- afin de pouvoir imputer à la société une opération effectuée en droit par une société, la deuxième doit se trouver sous le *contrôle* de la première. Il faut à cette fin que la société contrôlante dispose de la majorité des droits de vote de la société filiale (« *contrôle de droit* »), ou qu'elle puisse exercer sur

---

2009/101/CE dans laquelle la société anonyme dispose directement ou indirectement de la majorité des droits de vote ou sur laquelle elle peut exercer directement ou indirectement une influence dominante sont considérées comme étant du fait de la société anonyme elle-même. L'article 49-5, paragraphe (1), b), n'est toutefois pas applicable lorsque la société est contrôlée directement par la société anonyme. (...)

<sup>2</sup> Art. 49bis § 1<sup>er</sup> (b) L1915 : « Le point a) s'applique également lorsque l'autre société relève du droit d'un pays tiers et a une forme juridique comparable à celles visées à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2009/101/CE ». Il s'agit d'éviter les stratagèmes juridiques visant à échapper aux dispositions de la loi par « exportation » du problème ; Doc. n° 4156, 1995-96, ad § 1b), p. 6.

---

<sup>1</sup> Art. 49bis § 1<sup>er</sup> (a) L1915: « La souscription, l'acquisition ou la détention d'actions de la société anonyme par une autre société au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la directive

celle-ci une influence dominante (« *contrôle de fait* »), ce critère étant défini de la même façon qu'en matière de consolidation des comptes (v. n° [592]). Lorsqu'on fait les calculs, il faut ajouter les droits de vote que la société possède indirectement à ceux qu'elle détient directement elle-même.

Exemple : A détient 80% de B et 40% de C, B détenant les 60% restants de C. Si C acquiert une participation dans A, la réglementation en matière de participation croisée s'applique entre A et C, car la détention indirecte de A dans C via B (= 80% x 60%, soit 48%) s'ajoute à la détention directe de 40% de A dans C. Au total donc, A détient 88% dans C, de sorte que C est une société contrôlée par A.

Le pourcentage détenu indirectement n'est cependant à prendre en considération que dans la mesure où une détention directe s'ajoute à la détention indirecte : lorsque l'intégralité de la détention est indirecte, la participation croisée ne sera pas réglementée (art. 49bis § 2 L1915)<sup>1</sup> : il y aura seulement suspension des droits de vote des actions détenues par la société tierce dans la société anonyme.

Exemple : A détient 100% de B et B 100% de C. Si C acquiert une participation dans A, il n'y a pas de participation croisée réglementée de C dans A. La détention indirecte de A dans C est certes, de 100%. Mais comme il ne s'y ajoute aucune détention directe, l'article 49bis al. 2 L1915 seul est applicable, entraînant la suspension des droits de vote.

**[1053]Détention d'actions propres par une filiale indirecte: les participations circulaires.** — Afin d'éviter que l'interdiction des participations croisées ne puisse être aisément contournée, par interposition d'une sous-filiale, l'article 49bis L1915 assimile les sous-filiales, c.-à-d. les filiales indirectes, aux filiales directes. Il s'agit du cas de figure où une société B est interposée entre la société A et la société C, la société A disposant « indirectement » de la majorité des droits de vote dans la société C ou pouvant y exercer « indirectement » une influence dominante.

<sup>1</sup> Art. 49bis § 2 L1915 : « Toutefois, lorsque la société anonyme dispose seulement indirectement de la majorité des droits de vote ou peut exercer seulement indirectement une influence dominante, le paragraphe (1) ne s'applique pas, mais dans ce cas les droits de vote attachés aux actions de la société anonyme dont dispose l'autre société sont suspendus ».

On parlera d'actions propres par détention via une filiale indirecte, encore appelée « participation circulaire », si la société A, tout en ne détenant pas la majorité du capital social de la société C (celle-ci étant détenue par sa filiale, la société B), exerce néanmoins indirectement le contrôle sur la société C, en raison du contrôle exercé sur la société B. Tel sera le cas si la société A détient la *majorité des droits de vote* dans la société B, ou, à défaut, y détient le *contrôle de fait* (art. 49bis § 3 b L1915 ; n° [1052])<sup>2</sup>.

Si la « filiale directe par assimilation » résulte de l'insertion d'une société intermédiaire, ce concept ne peut être étendu à l'infini : dès qu'on dépasse le stade de la grand-mère par rapport à la nièce, il ne saurait plus y avoir de « filiale directe par assimilation ». De ce fait, si A détient B qui détient C qui, à son tour, détient D, le contrôle indirect de la majorité des droits de vote par A et D ne tombera pas sous les dispositions de l'art. 49bis L1915 et, par conséquent, sera libre.

Les mêmes conséquences pratiques devant entraîner le même régime juridique, il est fait, dans ce cas, abstraction de la société intermédiaire B pour la détermination du champ d'application de l'article 49bis L1915, de sorte que la participation de la société C dans la société A sera de nouveau réputée être le fait de la société A elle-même (art. 49bis § 1<sup>er</sup> a L1915). Les règles relatives à l'autocontrôle s'appliquent donc (v. n°

<sup>2</sup> Art. 49bis § 3 b L1915 : « (...) i) une société anonyme est considérée comme disposant indirectement des droits de vote lorsqu'il en est disposé par une société d'une des formes juridiques visées au paragraphe (1) dans laquelle la société anonyme dispose directement de la majorité des droits de vote ; ii) une société anonyme est considérée comme étant en mesure d'exercer indirectement une influence dominante sur une autre société lorsque la société anonyme dispose directement de la majorité des droits de vote dans une société d'une des formes juridiques visées au paragraphe (1) laquelle a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance et est, en même temps, actionnaire ou associée de l'autre société et contrôle seule la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette société. (...) ».

[1047] et s.). Il sera toutefois possible à la société d'éviter les contraintes d'une cession forcée aux conditions prévues par la loi en matière d'actions autodétenues si le droit de vote relatif aux actions autodétenues est suspendu. Il faut cependant également que la société mère s'engage à racheter à la sous-filiale les actions autodétenues au même prix que celui payé initialement par cette dernière (art. 49bis § 6 L1915)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 49bis § 6 L1915 : « Les paragraphes (2) et (3) de l'article 49-3 et l'article 49-4 ne s'appliquent pas en cas d'acquisition d'actions d'une société anonyme par l'autre société visée au paragraphe (1), pourvu que : a) les droits de vote attachés aux actions de la société anonyme dont dispose l'autre société soient suspendus et b) les membres de l'organe de gestion de la société anonyme soient obligés de racheter à l'autre société les actions visées à l'article 49-3 paragraphes (2) et (3) et à l'article 49-4 au prix auquel cette autre société les a acquises ; cette sanction n'est pas applicable dans le seul cas où lesdits membres prouvent que la société anonyme est totalement étrangère à la souscription ou à l'acquisition desdites actions. »



## CHAPITRE 3 LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX PARTICULIÈRES

Dans un souci d'offrir un aussi large éventail que possible de sociétés aux opérateurs, notamment dans un souci de rester concurrentiel par rapport à l'étranger, le législateur a créé trois types de sociétés anonymes particulières : la société européenne dont l'origine, comme son nom l'indique, est communautaire (section 1), la société en commandite par actions qui emprunte à la fois à la SEC et à la SA (section 2), et, dernièrement, en raison de la réforme de 2016, la société par actions simplifiée (« SAS », section 3).

### Section 1. La société européenne

[1054] **Genèse de la société européenne.** — La date de naissance de la société européenne (« SE ») ou (« *societas europae* ») est le 8 octobre 2004. S'agissant d'un règlement communautaire, il était d'application directe au Luxembourg depuis lors, même si aucune disposition nationale n'avait été prise en la matière. La loi du 13 juillet 2006 a finalement mis en œuvre le règlement communautaire sur un plan national.

La SE a une longue histoire derrière elle. C'est ainsi que la première ébauche de « compagnie européenne » a été présentée au Secrétariat général du Conseil de l'Europe en 1949. Après la rédaction d'un « *memorandum* » par un groupe d'experts réuni autour du doyen de la faculté de droit de Rotterdam (1967)<sup>1</sup>, la Commission de Bruxelles établit une proposition de Règlement du Conseil en 1970<sup>2</sup>. Modifié en 1975<sup>3</sup>, le texte était non seulement d'une ampleur considérable (284 articles) mais également trop novateur. La masse des

articles tenait à l'objectif affiché de créer une forme de société régie en totalité par un corps de règles matérielles communautaires. On entendait marquer par là une certaine conception volontariste de la construction européenne (argument « psychologique »), faciliter les fusions transfrontalières en éliminant la délicate question du droit applicable à la société issue de la fusion (argument « diversité des cultures juridiques ») et, enfin, permettre aux entreprises les plus performantes d'atteindre la taille européenne (argument « économique »).

Mais la véritable cause de l'enlisement du projet de la SE tenait sans doute à la volonté affichée d'accorder une large place aux salariés dans ce type de société. La participation des travailleurs à la gestion sociale, basée sur le système allemand de la cogestion, était en effet repoussée par certains États et a finalement abouti au rejet du projet sous la forme d'un silence poli et prolongé. Prenant acte de ces difficultés, les travaux furent relancés en 1987 et aboutirent à une nouvelle proposition en 1989<sup>4</sup>, modifiée une nouvelle fois en 1992. Après l'adoption en 1994 de la directive relative au comité d'entreprise<sup>5</sup> et des négociations de dernière minute, un compromis a pu être trouvé au sommet de Nice en 2000. Dans sa version finale, si le principe de la cogestion n'a, certes, pas disparu des textes, il s'y retrouve toutefois de manière relativement édulcorée sous la forme d'une directive relative au rôle des travailleurs<sup>6</sup>. Par ailleurs, si l'idée d'un texte commun pour la SE, a été maintenue sous la forme d'un règlement communautaire<sup>7</sup> (le « Règlement »), ce texte, plutôt que de fournir un corps exhaustif de règles applicables à la SE, a été sensiblement allégé en multi-

<sup>1</sup> Document de la Commission des Communautés européennes, série Concurrence 1967, n° 6.

<sup>2</sup> JOCE n° C124 du 10 octobre 1970, Bull. CE 1970, suppl. n° 8.

<sup>3</sup> Bull CE, suppl. 4/75.

<sup>4</sup> Proposition du 29 août 1989, J.O. C 264, 16 octobre 1989, p. 41.

<sup>5</sup> Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994.

<sup>6</sup> Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs.

<sup>7</sup> Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

pliant les renvois aux droits nationaux. Comme l'a remarqué finement Henri SYNDET : « Le règlement communautaire fournit le thème, les législations nationales y ajoutent leurs variations »<sup>1</sup>.

**[1055] Droit applicable à la société européenne<sup>2</sup>.** — La matière est réglée par les articles 9 et 10 du Règlement combinant les dispositions applicables à la SE et résultant du Règlement avec un *renvoi subsidiaire aux dispositions nationales*. C'est ainsi que l'article 9 postule que *la SE est régie de manière prioritaire par les dispositions du Règlement*. Ce n'est que dans les domaines où le Règlement est silencieux ou fait expressément renvoi aux législations nationales que celles-ci, ou, selon le cas, les statuts de la société, s'appliqueront.

Le Règlement vise exclusivement le droit des sociétés. Il ne couvre donc pas les autres domaines intéressant les grandes sociétés, tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, l'insolvabilité, le droit social ou le droit du travail. Les aspects de droit du travail sont couverts par une directive communautaire adoptée à la suite du Règlement.

Le *renvoi aux dispositions nationales* existe quant aux *lois de police nationales*. C'est ainsi que des domaines aussi variés que le droit fiscal, le droit de la concurrence, le droit de la faillite ou le droit pénal ne sont pas visés par le Règlement. Mais il existe également en ce qui concerne les *dispositions nationales visant spécifiquement les SE*, dans la limite cependant de leur conformité aux directives communautaires applicables aux sociétés anonymes. C'est ainsi, par exemple, que les différents États membres sont autorisés, mais non pas obligés, de prévoir des mesures particulières de protection des actionnaires minoritaires hostiles à un transfert du siège social (art. 8-5 Règl.) ou à une fusion (art. 24-2 Règl.). Le Luxembourg n'a pas fait usage de cette option. On peut également évoquer les attributions de compétence des assemblées d'actionnaires (art. 52 al. 2

Règl.). Il s'ensuit qu'il existe non pas un modèle unique de SE, mais autant de types différents que de législations différentes existant au sein de l'Union européenne. Loin d'être critiquable, cette diversité permettra, dans le cadre d'un processus de mise en concurrence des systèmes, au meilleur système de s'imposer. La SE relèvera de la législation de l'État membre du siège statutaire (art. 9-1 c et art. 15-1 Règl. ; art. 23 L1915). Le siège statutaire n'est autre que le siège réel, puisqu'il doit être situé dans le même État membre que l'administration centrale de la SE (art. 7 Règl.). La SE étant une société anonyme, le Règlement (art. 9-1 (c) (ii) renvoie également à titre subsidiaire aux *dispositions nationales applicables aux sociétés anonymes* (art. 23 L1915). Il en est ainsi notamment des règles relatives au régime juridique du capital de la SE (art. 15 Règl.), de la responsabilité de ses organes (art. 51 Règl.), de l'organisation et du déroulement de l'assemblée générale des actionnaires (art. 53 Règl.). Dans certains cas, ce renvoi, plutôt que d'être obligatoire, est facultatif, comme dans la question de la définition des pouvoirs de gestion courante des dirigeants (art. 39 et 43 Règl. ; v. n° [1070]). Le renvoi au droit national fait office, le cas échéant, de droit modérateur ou amplificateur. C'est ainsi que le droit national peut exiger un capital minimum plus élevé que celui prévu par le Règlement pour les sociétés exerçant certains types d'activités (art. 4-3 Règl., option non retenue par le législateur, v. n° [1059]), limiter la portée de l'obligation au secret prévu par le Règlement (art. 49), ou encore habiliter d'autres organes que ceux prévus par le Règlement pour convoquer l'assemblée générale des actionnaires (art. 54-2 ; option non retenue par le législateur).

À titre subsidiaire également, *le fonctionnement de la SE sera régi par ses statuts*, soit que le règlement l'autorise expressément, soit que la matière n'est pas couverte par le règlement (ou seulement partiellement). Le principe de base est que le recours aux statuts de la SE s'effectue « dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statu-

<sup>1</sup> SYNDET, Enfin la société européenne, *RDT eu.* 1990, p. 253.

<sup>2</sup> BLANC, La société européenne, la pluralité des rattachements en question, *D. Cahier de droit des affaires*, 2002, p. 1052.

taire » (art. 9-1 (c) (iii) Règl.). Même si le Règlement ne s'exprime pas en ce sens, il est logique de considérer que les statuts de la SE sont placés en troisième et dernier rang dans la hiérarchie des normes gouvernant la SE : le Règlement, d'application directe, est la norme suprême ; dans la limite où le Règlement le permet, le droit national s'applique à titre subsidiaire ; les statuts ne peuvent infléchir le droit national que dans la limite du respect de l'ordre public sociétaire. On songera par exemple aux conditions d'éligibilité au conseil d'administration ou de direction (art. 47-3 Règl.).

**[1056] Nationalité de la société européenne.** — La pluralité des rattachements de la SE rejaillit inévitablement sur la question de sa nationalité. Régie principalement par le droit communautaire et issue d'entreprises localisées dans des États différents, la SE ne devrait-elle pas être regardée comme une véritable société européenne, détachée de tout lien avec un État membre particulier ?

Telle était sans doute l'ambition initiale des promoteurs de la SE dans les années soixante et soixante-dix. Mais elle est contredite par l'art. 10 du Règlement qui dispose en effet que la SE doit être « traitée (...) comme une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire » (art. 141 § 1<sup>er</sup> al. 2 L1915). Soumise à la législation de l'État membre du siège social qui est en même temps celui de l'administration centrale (v. n° [175])<sup>1</sup>, la SE doit donc disposer de la nationalité correspondante selon le droit privé luxembourgeois. En ce sens, il faudrait sans doute parler de société anonyme nationale à caractère européen plutôt que de société euro-

péenne<sup>2</sup>.

**[1057] Intérêts de la société européenne<sup>3</sup>.** — Le Règlement a une vocation universelle en ce qu'il profite non seulement aux très grands groupes largement implantés en Europe, mais également aux PME implantées seulement dans deux ou plusieurs États membres. Les inconvénients de cette approche globale ont déjà été signalés<sup>4</sup> : si la rigidité du statut de la SE privilégiant la transparence de l'information financière convient sans doute relativement bien aux sociétés faisant appel à l'épargne publique, elle convient nettement moins bien aux sociétés fermées. Celles-ci ont plus besoin de flexibilité dans l'aménagement des rapports entre associés que d'encadrement législatif. D'où les vœux de certains de voir le statut de la SE complétée par celui d'une « société privée européenne ». En attendant, la SE n'a pas eu le succès escompté en pratique<sup>5</sup>.

Si l'on limite l'analyse des intérêts de la SE aux plus grands groupes, elle offre aux entreprises aux activités transnationales une formule leur permettant de mener à bien la réorganisation (fusion, transfert de siège social) de leurs activités à l'échelle communautaire. Elle leur permettra également d'agir sous la forme d'une seule société opérant par le biais de succursales dans les différents États membres, et non plus à travers une multitude de filiales soumises à autant de droits qu'il y a d'États membres.

<sup>1</sup> Le siège statutaire doit se trouver dans le même pays que l'administration centrale de la SA, mais non pas nécessairement au même endroit. La SE pourrait donc p.ex. avoir son siège statutaire à Esch/Alzette et son administration centrale à Luxembourg-ville : SPANG, *Réflexions sur la société européenne et le droit commun des sociétés*, *Bull. Droit et Banque* n° 36, 2005, p. 7.

<sup>2</sup> D'un avis opposé : ROTH, La « Societas Europae » un outil commun de l'Union économique et monétaire, dans le supplément *Revue Lamy Droit des affaires* n° 48, 2002, 3129.

<sup>3</sup> CATHIARD, La Société Européenne : retour sur l'expérience luxembourgeoise, *AGEFI* juin 2013, p. 15.

<sup>4</sup> COLOMBANI, La societas europae est née à Nice : et voilà Cadet Roussel ! *Petites affiches* 17 janv. 2001, p. 15 ; LUBY, La societas europae : beaucoup de bruit pour rien, *Dr. Sociétés févr.* 2002, chr. n° 2 ; de VENDEUIL/PUCEL, La société européenne : risque de tempête procédurale ? *JCP E* 2001, p. 1612.

<sup>5</sup> GEIBEN, Le point sur la société européenne en droit européen et premier bilan de sa réception en droit luxembourgeois, *ACE* n° 31, 2008, p. 31.

Mais les textes communautaires ne règlent pas l'ensemble des questions liées aux activités transnationales des grands groupes et renvoient assez largement au droit interne de l'État du siège de la SE. En ce sens, la SE constitue une simple étape intermédiaire plutôt que le point d'arrivée du droit commercial des grands groupes industriels et commerciaux. En attendant, il permet à ces entreprises de signaler, à l'attention du public, leur vocation européenne. Cet attrait psychologique n'est sans doute pas le moindre des intérêts de la SE.

## § 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

Comme pour toute société, la constitution de la SE répond à certaines règles générales (A). Comme la SE a une vocation transnationale, certaines règles particulières viennent se greffer sur le fonds commun de la constitution des sociétés (B) ; ces règles particulières concernent également une implication éventuelle des salariés dans le processus de constitution (C).

### A. LES RÈGLES GÉNÉRALES

**[1058]Actionnaires.** — La constitution de la SE est réservée aux seules sociétés et autres groupements d'affaires ayant des liens suffisants avec l'Union européenne. De ce fait, seules les sociétés ayant leur siège statutaire et leur administration centrale (correspondant au siège de direction effectif) dans un État membre peuvent participer à la formation d'une SE (art. 2 Règl. ; art. 26bis al. 1<sup>er</sup> L1915). Le Règlement prévoit toutefois la faculté d'ouvrir la constitution d'une SE à une société ayant son siège statutaire dans un État membre, tout en ayant son administration centrale dans un État tiers, à condition toutefois que la société entretienne un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre (art. 2 § 5 Règl. ; art. 26bis al. 4 L1915).

**[1059]Capital social.** — La SE est une société anonyme (son capital est « divisé en actions » ; art. 1<sup>er</sup>-2 Règl.) au capital minimum de 120 000 € (art. 4 Règl. ; art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915). Il n'est donc pas possible,

contrairement aux sociétés anonymes de droit commun, de constituer la SE avec un capital social exprimé dans une devise autre que l'euro.

Le Règlement permet par ailleurs aux États membres de prévoir un capital social minimum plus élevé pour certains types d'activités. Sont ainsi visées les entreprises d'assurances, les établissements de crédit, et de manière générale les opérateurs du secteur financier. Le Luxembourg n'a pas fait usage de cette faculté.

**[1060]Acquisition de la personnalité morale.** — Comme toute société anonyme, la SE sera constituée par acte notarié. Mais ce n'est pas à ce moment-là que la SE acquiert la personnalité morale, celle-ci étant conditionnée par l'immatriculation de la SE (art. 16-1 Règl.). Ce n'est donc pas le système classique luxembourgeois, minoritaire en droit comparé, de l'attribution de la personnalité morale au jour de l'échange de consentements qui a été retenu, mais le modèle plus courant de la date d'immatriculation au RCS comme point de départ de la personnalité juridique (art. 2 al. 2 L1915). Ceci confère, du coup, une portée réelle à la question du sort des actes faits pour le compte de la SE en formation. On sait en effet (v. n° [175] s.) que, parallèlement aux formalités de constitution et avant l'immatriculation de la SE, il est fréquent que des actes soient accomplis par les fondateurs pour le compte de la société en formation : location d'un immeuble, achat d'un brevet, etc. Ces actes sont de portée limitée dans les sociétés anonymes classiques, en raison de leur mode d'acquisition instantanée de la personnalité morale. Mais il en va autrement de la SE, car elle est soumise au régime d'acquisition différé de la personnalité morale.

Le principe posé à l'art. 16-2 du Règlement est que les personnes ayant accompli ces actes sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire, de ces actes. Cette solution n'est pas différente de celle prévue à l'art. 12bis L1915 pour les sociétés en général : si la société, une fois immatriculée, reprend à son compte les actes, la reprise aura lieu avec effet rétroactif ; dans le cas inverse, les personnes seront indéfiniment et solidairement responsables des actes

auxquels elles ont participé.

**[1061] Mesures de publicité.** — La SE est immatriculée, comme toute autre société anonyme de droit luxembourgeois, au RCS (art. 23 al. 3 L1915). Sa constitution fait par ailleurs, comme pour toute société anonyme, l'objet d'une publicité au RESA sous la forme d'une reproduction intégrale des statuts de la SE.

Mais la SE a par essence une vocation transnationale. Il faut donc également organiser une publicité équivalente sur les territoires des autres États membres. D'où l'obligation de communiquer au Journal Officiel des Communautés européennes, sous forme d'un avis pour information, les données suivantes : la dénomination sociale, le numéro, la date et le lieu d'immatriculation de la SE, la date, le lieu et le titre de la publication ainsi que le siège statutaire et le secteur d'activités de la SE. Cette communication doit être effectuée dans un délai d'un mois de l'immatriculation (art. 14-1 Règl.).

## B. LES MODALITÉS DE CONSTITUTION

La SE ne peut pas être créée *ex nihilo*, mais uniquement en empruntant l'une des voies d'accès limitativement énumérées ci-après. La SE ne s'adresse donc qu'à des entreprises existantes : groupements d'affaires de droit privé comme public.

**[1062] Constitution par fusion.** — C'est la voie « royale » pour constituer une SE, celle à laquelle on pense immédiatement (art. 17-31 du Règl. ; art. 26bis al. 1<sup>er</sup> L1915). Deux ou plusieurs sociétés nationales décident de fusionner afin d'acquérir une dimension supplémentaire. À cette fin, ils peuvent fusionner leurs activités au sein d'une SE (art. 17 Règl.), soit dans le cadre d'une *fusion-absorption*, la société absorbante prenant, du coup, la forme d'une SE, soit dans le cadre d'une *fusion par constitution d'une nouvelle société*.

Le Règlement prévoit également, tout comme le droit interne, la possibilité d'une « *fusion-confusion* » (art. 31 Règl.) si la société absorbante détient l'intégralité des droits sociaux. Dans ce cas, certaines exigences procédurales ne devront pas être respectées par les sociétés concernées : calcul du rapport

d'échange, rapport d'experts, échange d'actions, pour ne citer que les plus importants. L'assemblée des actionnaires de l'absorbée devra toutefois avoir lieu. Si la société absorbante détient au moins 90% des droits sociaux de l'absorbée (« fusion-simplifiée »), il ne pourra être fait l'économie que des seuls rapports d'experts, et encore à la condition que le droit national de la société absorbée ne s'y oppose pas.

Les modalités préalables à la fusion sont semblables à celles prévues en droit interne et portent tout d'abord sur l'obligation d'établir un *projet de fusion* (art. 20 du Règl. ; art. 26quater L1915) faisant l'objet de mesures de publicité dans l'État membre de chaque société participant à la fusion (art. 21 Règl. ; art. 26quinquies L1915). Ce projet visera à communiquer des *informations financières* (rapports d'échange, modalités de remise des actions et date de prise d'effet comptable de la fusion, droits des actionnaires disposant de droits spéciaux, avantages particuliers accordés aux organes de gestion) et *juridiques* (statuts de la SE, dénomination sociale, siège statutaire, droits de représentation des travailleurs, etc.). Après examen du projet de fusion par des experts indépendants (ou par un expert unique, art. 22 Règl., art. 26sexies L1915), l'*assemblée générale* des sociétés qui fusionnent se prononce sur la fusion (art. 23 Règl. ; art. 26septies L1915). S'agissant d'une fusion de sociétés nationales, les conditions de fond et de forme pour participer au vote aux diverses assemblées sont réglées d'après le droit de l'État membre de chaque société participant à la fusion.

Le *contrôle de la légalité de la fusion* est complexe et s'effectue en deux temps (art. 25 Règl.). Le premier contrôle a lieu dans l'État membre de chaque société participant à la fusion. L'autorité compétente de cet État membre (le notaire pour le Luxembourg), vérifie, par référence à sa législation nationale que les conditions de fond et de forme pour les fusions ont été effectivement respectées. Après vérification, l'autorité compétente émet, dans un délai de six mois au maximum, un certificat à l'attention de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel la SE sera établie. Celle-ci procédera à un second contrôle, afin de vérifier que les dispositions du Règlement ainsi que celles de la directive communautaire en matière de

l'implication des travailleurs ont bien été respectées. Le non-respect de ces formalités peut constituer une cause de dissolution de la SE (art. 30 Règl.).

Les deux principes essentiels que l'on a déjà rencontrés auparavant en matière de fusion de sociétés nationales se retrouvent également ici (art. 29 Règl.) : d'une part, celui de la *dissolution des sociétés* qui disparaissent sans qu'il y ait lieu, pour elles, de procéder à une liquidation ; et d'autre part, celui de la *transmission universelle de leur patrimoine* aux associés bénéficiaires des opérations.

**[1063] Constitution d'une société européenne holding.** — Des SA ou des SARL peuvent constituer une SE holding si deux d'entre elles au moins relèvent d'un État membre différent. À défaut, elles doivent avoir depuis deux ans au moins une filiale relevant du droit d'un autre État membre ou une succursale dans un autre État membre (art. 2-2 Règl. ; art. 26bis al. 2 L1915). L'opération consiste pour les actionnaires des sociétés concernées à apporter au moins la majorité des droits sociaux à la SE holding en échange d'actions nouvellement émises par la SE holding (art. 32-2 Règl. ; art. 26quater dernier alinéa L1915). À la différence de la constitution de la SE par voie de fusion, la personnalité morale des sociétés participantes subsiste après constitution de la SE (art. 32-1 Règl. ; art. 26ter al. 2 L1915) ; la SE holding devient en fait l'associé majoritaire des sociétés ayant participé à sa constitution.

Les dirigeants des sociétés parties à l'opération rédigent un projet de constitution de la SE (art. 32-2 Règl. ; art. 26quater L1915). Ce projet comporte un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la constitution. Il indique par ailleurs les conséquences pour les actionnaires et les travailleurs résultant de la constitution de la SE. Le projet de constitution fixe également le pourcentage minimum de droits sociaux qui doivent être apportés à la SE, ce pourcentage ne pouvant être inférieur à 50% + 1 voix des droits de vote permanents de chaque société. Le projet de constitution comprend en outre les mentions suivantes : la dénomination sociale et le siège statutaire des sociétés participantes ainsi que ceux de la SE ; la

rapport d'échange des droits sociaux ainsi que le montant de la soulte s'il y a lieu ; les modalités de remise des actions de la SE ; les droits assurés par la SE aux actionnaires ayant des droits spéciaux ; les avantages particuliers attribués aux experts ainsi qu'aux dirigeants ; les statuts de la SE ; des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées conformément à la directive.

Pour chaque société partie à l'opération, le projet de constitution fait l'objet d'une publicité selon les modalités de l'État membre dont elle relève (art. 32-3 Règl. ; art. 26quinquies L1915). Il est également transmis à un ou plusieurs experts indépendants qui rédigent, après examen, un rapport aux associés de chaque société. Ce rapport se prononce principalement sur la pertinence et le caractère raisonnable du rapport d'échange des actions, en précisant si les méthodes utilisées à cet effet sont adéquates en l'espèce (art. 32-5 Règl. ; art. 26sexies L1915).

L'assemblée générale de chacune des sociétés concernées approuve ensuite le projet de constitution de la SE aux conditions de quorum et de majorité fixées par le droit national de l'État membre dont relève chaque société (art. 32-6 Règl.). L'assemblée peut subordonner l'immatriculation de la SE à l'approbation préalable par l'assemblée des modalités d'implication des salariés. Les associés de chaque société disposent ensuite d'un délai de trois mois pour apporter leurs droits sociaux à la SE en contrepartie d'actions à émettre par la SE (art. 26octies al. 1<sup>er</sup> L1915). La SE n'est constituée et immatriculée que si le pourcentage minimal fixé dans le projet de constitution est effectivement atteint (art. 33-2 et 5 Règl.).

**[1064] Constitution d'une société européenne filiale.** — Plutôt que de demander aux associés des sociétés d'apporter leurs droits sociaux à une SE, il est possible de laisser inchangé l'actionnariat de ces sociétés, mais de constituer la SE à un échelon plus bas, sous la forme d'une filiale commune par ces sociétés (art. 35 Règl. ; art. 26bis al. 3 L1915). Ce mode de constitution de la SE n'affecte guère les droits des

associés ou des tiers et est dès lors laissé à la discrétion des États membres. Les modalités de souscription des droits sociaux dans la SE sont dès lors exclusivement régies par le droit de l'État membre dont relève chacune des sociétés participantes ; les règles applicables sont celles de la constitution d'une filiale sous la forme d'une société anonyme (art. 36 Règl.).

La plus grande flexibilité de ce mode de constitution de la SE se retrouve également sur le plan des sociétés pouvant participer à sa constitution (art. 2-3 Règl.). Il s'agit en effet des sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé. Seuls sont exclus les groupements de personnes ne poursuivant pas de but lucratif. Les conditions de localisation géographique sont les mêmes que pour la constitution d'une SE holding (v. n° [1063]).

**[1065] Transformation d'une société anonyme en société européenne.** — Une société anonyme constituée selon le droit d'un État membre et ayant son siège statutaire ainsi que son administration centrale dans l'Union européenne peut se transformer en SE si elle a, depuis deux ans au moins, une filiale relevant d'un autre État membre (art. 2-4 Règl. ; art. 3 L1915). La condition relative à la filiale s'explique en effet par la nécessité pour la société à transformer d'avoir une dimension communautaire. Il faut par ailleurs que la société ait été immatriculée au RCS depuis deux ans au moins et que ses deux derniers comptes annuels aient été approuvés par les actionnaires.

La transformation ne peut pas avoir pour conséquence le transfert du siège statutaire dans un autre État membre (art. 37-3 Règl. ; art. 31-3 al. 6 L1915). L'absence de changements substantiels résultant de la transformation justifie sans doute également pourquoi la transformation de la société anonyme ne provoque ni la dissolution de la société, ni la création d'une personne morale nouvelle (art. 37-2 Règl. ; art. 3 L1915).

Les dirigeants de la société établissent un projet de transformation ainsi qu'un rapport justifiant la trans-

formation sous l'angle économique et juridique ; il indiquera également les conséquences de la transformation pour les actionnaires et les salariés (art. 37-4 Règl. ; art. 31-2 al. 1<sup>er</sup> L1915). Ce projet fera l'objet d'une publicité selon les modalités de droit commun prévues par la loi de l'État membre de constitution de la société et sera examiné par un ou plusieurs experts indépendants. Leur mission consiste à attester de la réalité du capital social, l'actif net comptable devant être au moins équivalent à la somme du capital social et des réserves indisponibles (art. 37-6 Règl.).

Après expiration d'un délai d'un mois, l'assemblée générale des actionnaires approuve le projet de transformation aux conditions de quorum et de majorité prévues par le droit interne en matière de changement de statuts (art. 37-7 Règl.). Les contrats de travail sont maintenus en l'état par la société européenne.

### C. L'IMPLICATION DES SALARIÉS

**[1066] Groupe spécial de négociation.** — Les autorités communautaires craignaient que la constitution de la SE ne soit le prétexte d'un démantèlement de certains droits acquis pour les travailleurs. Pour cette raison, la directive 2001/86/CE complétant le statut de la SE prévoit un régime d'implication des travailleurs. Cette loi a été transposée en droit luxembourgeois par une loi du 25 août 2006. Ce régime requiert notamment que les modalités relatives à l'implication des travailleurs soient déterminées suite à une procédure de négociation antérieure à la constitution de la SE, en concert avec un groupe spécial de négociation (art. 3 L2006). Très logiquement, les membres de ce groupe sont tenus à confidentialité (art. 8 Directive ; art. 15 L2006) tout en bénéficiant d'une protection contre le licenciement (art. 16 L2006).

À cette fin, un groupe spécial de négociation composé de représentants des travailleurs sera créé. Les négociations que ce groupe mènera avec les organes compétents ne devront, en principe, pas excéder six mois prorogables, le cas échéant, d'une nouvelle période de six mois (art. 5 Directive ; art. 6 al. 2

L1915). Il aboutira à un accord écrit, la procédure de négociations étant celle de l'État membre dans lequel sera situé le siège statutaire de la SE (art. 6 Directive).

[1067] **Principe « avant-après ».** — Mais les instances communautaires ont également eu pour souci d'éviter que la participation des salariés ne devienne un véritable cheval de Troie pour la SE. D'où l'introduction dans le texte de la directive SE du principe « avant-après ».

Selon ce principe, si, avant la constitution de la SE, aucune des sociétés participantes n'avait introduit de représentation de ses travailleurs dans les organes d'administration ou de surveillance, la SE pourra se limiter à informer et consulter ses salariés. Aucune obligation, dans ce cas-là, d'organiser une participation des travailleurs à la gestion ou surveillance de la SE.

Si, en revanche, la représentation des salariés existait au niveau des sociétés participantes, la SE devra organiser le même système de participation pour tous ses salariés. Afin d'éviter qu'une minorité trop faible ne puisse imposer ses vues à la majorité, il faut qu'il y ait eu une participation d'un quart au moins des salariés avant la fusion ou de la majorité en cas de constitution d'un holding ou d'une filiale commune. Chaque État membre peut toutefois s'opposer à ce régime en refusant dans ce cas d'immatriculer la SE sur son territoire. Il est de même possible pour les actionnaires de chacune des sociétés participantes de ne pas poursuivre l'immatriculation du SE au cas où un accord sur la cession aurait été trouvé (art. 23 § 2 et 32 § 6 Règl.). Le dernier mot est donc laissé aux actionnaires.

[1068] **Contenu de l'accord de participation.** — L'accord trouvé entre les parties à la négociation portera au minimum sur les points suivants (art. 6 L2006) :

- la composition, le nombre de membres et la répartition des sièges de l'organe de représentation ;
- les attributions et la procédure prévue pour l'information et la consultation de l'organe de représentation ;
- la fréquence des réunions de l'organe de représentation ;

- le nombre de membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la SE que les travailleurs auront le droit d'élire ;

[1069] **Dispositions de référence.** — Si aucun accord n'a pu être trouvé, des dispositions dites « de référence » prévues dans la Directive elle-même s'appliqueront pour l'organisation de l'implication des travailleurs (art. 7 Directive ; art. 8 L2006). Ces dispositions de référence prévoient notamment une répartition proportionnelle du nombre des travailleurs dans chaque société constituante de la SE. L'organe de représentation aura droit à une information périodique comme occasionnelle.

L'information périodique sera annuelle et portera sur l'évolution des activités de la société et de ses perspectives. Elle inclura bien évidemment toute information utile concernant l'emploi actuel et futur dans la SE (investissements, changements des méthodes de travail ou de production, transferts de sites de production, fermetures d'usines, etc.). Le droit à l'information occasionnelle intervient lorsque des circonstances exceptionnelles surgissent qui affectent considérablement les intérêts des travailleurs (fermetures d'usines, délocalisations, etc.). L'organe de représentation, éventuellement assisté d'experts, sera normalement tenu informé de la survenance de circonstances exceptionnelles, mais il aura également le droit de demander à rencontrer l'organe compétent de la SE.

La participation des salariés varie selon le mode de constitution de la SE. Dans le cas d'une SE constituée par voie de transformation, tous les éléments de la participation des travailleurs continuent à s'appliquer. De ce fait, si la société n'avait pas de règles de participation des travailleurs avant transformation, elle ne sera pas tenue d'instaurer de telles dispositions après qu'elle est devenue une SE. Dans les autres cas de constitution d'une SE, les droits d'élection et de veto des travailleurs seront égaux au régime applicable à la société participante à la SE disposant du régime le plus favorable pour les travailleurs.



## § 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

La SE comporte, dans les conditions prévues par le Règlement, des organes chargés de la gestion de la SE (A) et une assemblée générale des actionnaires (B). Le caractère transnational de la SE transparait non seulement au moment de sa constitution, mais également lors d'une réorganisation éventuelle de la SE existante (B).

### A. LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

La gestion de la SE est confiée à des personnes soumises à un statut particulier (1). Ce statut est commun, que l'organe de gestion soit l'organe d'administration du système moniste (2), ou le binôme organe de surveillance et organe de direction du système dualiste (3), selon l'option retenue par les statuts. Les résultats de la gestion sociale sont soumis à l'impôt dans le pays du siège de la SE.

#### 1. LA DIRECTION ET L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

**[1070]Limitation de la liberté statutaire.** — La liberté contractuelle est doublement entravée en raison du rattachement de la SE à un corps de règles matérielles communautaires ainsi qu'à la loi de l'État de son siège. C'est ainsi que l'art. 9 du Règlement prévoit que la SE est tout d'abord régie par les dispositions du Règlement. Lorsque le Règlement ne règle pas la matière, ce sont les dispositions nationales visant spécifiquement les SE qui s'appliquent ainsi que celles applicables aux sociétés anonymes en général. La liberté statutaire ne peut dès lors s'exercer que dans les domaines non encore réglés au niveau communautaire ou national.

Cette hiérarchie des normes juridiques applicables aux SE devrait inciter les fondateurs de SE à immatriculer leur société dans un État membre disposant d'une législation sur les sociétés anonymes souple.

**[1071]Choix entre le système moniste et le système dualiste.** — Dans les statuts de la SE, on peut opter

pour un système moniste qui ne comporte qu'un organe d'administration ou pour un système dualiste au sein duquel organe de surveillance et organe de direction coexistent (art. 38.2 Règl.).

Le Règlement n'impose donc pas un système. Si le siège de la SE est situé dans un État membre qui ne connaît qu'un système (moniste ou dualiste), cet État peut adopter les mesures appropriées concernant les SE (art. 39.5 et art. 43.4 Règl.).

La grande *flexibilité* qui existe en matière de structure de direction et de contrôle de la SE tient au fait que ce point a longtemps été une pomme de discorde. Entravant l'adoption du Règlement, le système optionnel tient compte de la diversité du paysage juridique européen. Par ailleurs, il n'oblige pas les États membres à procéder à d'importants changements, afin de rendre leur législation conforme au Règlement. L'art. 43.4 du Règlement prévoit en effet que : « En l'absence de dispositions relatives à un système moniste en ce qui concerne les sociétés anonymes ayant un siège statutaire sur son territoire, un État membre peut adopter les mesures appropriées concernant les SE ». Ce texte, qui s'adresse aux législateurs qui n'ont pas encore admis de système moniste, dit a contrario que les *systèmes monistes déjà en vigueur sont conformes au Règlement*.

Le Luxembourg aurait ainsi pu se contenter du système moniste pour la SE également. Mais le législateur a entendu saisir cette opportunité pour repenser les structures de fonctionnement des sociétés anonymes. Il a non seulement introduit le système dualiste pour la SE, mais l'a également étendu aux sociétés anonymes de droit interne (v. n° [863]).

**[1072]Nomination et cessation des fonctions** — Le Règlement fixe un certain nombre de règles communes aux systèmes moniste et dualiste (art. 46 à 51).

Il en est ainsi des *mandats*, notamment de leur *durée* : les membres des organes de la société sont nommés pour une période fixée par les statuts. Leur mandat ne peut excéder six ans. Les mandats sont renouvelables sauf si les statuts en disposent autrement (art. 46).

Concernant les *personnes éligibles* à un poste de l'organe d'administration (ou de surveillance ou de direction), une personne morale peut être membre d'un organe d'une SE, sauf si la loi de l'État membre du siège de la SE applicable aux sociétés anonymes

l'interdit (tel n'est pas le cas au Luxembourg ; v. n° [892]). La personne morale doit désigner une personne physique qui exercera en son nom les pouvoirs dans l'organe concerné (art. 47.1). Des incompatibilités sont prévues par le Règlement (art. 47.2), et des conditions particulières d'éligibilité pour les membres qui représentent les actionnaires peuvent être stipulées dans les statuts de la SE, à l'instar de ce qui est prévu par la loi de l'État membre du siège de la SE pour les sociétés anonymes (art. 47.3).

Le nombre des membres (art. 39.4 et 43.2 Règl.) ainsi que la part revenant à ceux représentant les actionnaires (art. 47.3 Règl.) relèvent de la compétence des statuts. Ceux-ci peuvent également convenir d'une clause de répartition de sièges si la loi nationale l'autorise (art. 47.4 Règl.), ce qui semble être le cas au Luxembourg. Si la participation des travailleurs est organisée conformément à la Directive, l'organe d'administration ou de direction doit être composé de trois représentants des travailleurs au moins (art. 51 al. 3 L1915).

**[1073]Prise de décision.** — Sauf si le Règlement lui-même ou les statuts de la SE en disposent autrement, les règles internes concernant le *quorum* et la *prise de décision* des organes de la SE sont les suivantes (art. 64bis L1915) :

- en ce qui concerne le quorum, la moitié au moins des membres doit être présents ou représentés ;
- en ce qui concerne les décisions, elles doivent être adoptées à la majorité des membres présents ou représentés.

Sauf disposition statutaire contraire, la voix du président de chaque organe est prépondérante en cas de partage des voix (art. 50 Règl.; art. 64bis L1915).

La *règle de la confidentialité* est consacrée à l'article 49 du Règlement (art. 66 L1915) : les membres des organes de la SE sont tenus de ne pas divulguer, même après la cessation de leurs fonctions, les informations dont ils disposent sur la SE et dont la divulgation pourrait porter préjudice aux intérêts de la société, sauf si une telle divulgation est exigée ou admise par le droit

national applicable aux sociétés anonymes ou dans l'intérêt public.

**[1074]Pouvoirs généraux et responsabilités.** — Dans un but de réaliser une séparation de la gestion et de son contrôle dans les deux systèmes, le Règlement pose un certain nombre de principes. C'est ainsi que les statuts de la SE énumèrent les *catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation* de l'organe de direction par l'organe de surveillance. Ce système du « Katalog » est également transposé dans le système moniste, puisque le même texte appelle les statuts à déterminer les opérations qui « nécessitent une décision expresse de l'organe d'administration ».

Un État membre peut déterminer les catégories d'opérations qui doivent obligatoirement figurer dans les statuts des SE immatriculées sur son territoire (art. 48.2 Règl.). Le Luxembourg a eu le bon réflexe de ne pas fixer de catalogue national, car cette décision aurait dissuadé les promoteurs de SE d'établir la société dans le pays.

C'est, en revanche, une souplesse qui est autorisée, au choix des statuts, pour fixer une liste statutaire par énumération dans les statuts des catégories d'opérations devant donner lieu à décision expresse du conseil d'administration. Il est également possible aux statuts de prévoir, dans le système dualiste, que certaines catégories d'opérations doivent obtenir l'assentiment préalable de l'organe de surveillance (art. 48.1 Règl.). Il n'est, en revanche, pas prévu de permettre au conseil de surveillance de décréter son auto-compétence en matière d'agrément préalable là où il n'est pas déjà prévu dans les statuts. Dans un souci de sécurité juridique, les actes posés en dehors du catalogue statutaire engagent la société vis-à-vis des tiers, ainsi que la responsabilité de l'organe de gestion dans l'ordre interne (art. 53 al. 5 L1915).

Un État membre peut prévoir qu'un ou plusieurs *directeurs généraux* sont responsables de la gestion courante dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ayant un siège statutaire sur son territoire (art. 39 et 43 Règl.). Ce système facultatif

permet aux directeurs généraux de se charger de la « gestion courante » de la société. Ce sont les « délégués à la gestion journalière » (v. n° [925]).

En ce qui concerne la *responsabilité* des membres des organes de direction, de surveillance ou d'administration, le règlement renvoie à la législation nationale de l'État membre du siège de la SE applicable aux sociétés anonymes.

**[1075] Pouvoirs spéciaux.** — Le Règlement prévoit également un certain nombre de pouvoirs spéciaux.

C'est ainsi qu'il appartient à l'organe de direction, à l'organe d'administration ou à l'organe de surveillance de convoquer l'assemblée générale des actionnaires. Ces alternatives sont utiles lorsqu'un organe est hors d'état, pour des raisons tenant à un problème de composition ou de conflits d'intérêts, de procéder lui-même à la convocation.

Si les changements apportés aux statuts relèvent de la compétence de l'assemblée des actionnaires, cette compétence de principe se trouve toutefois atténuée au bénéfice de l'organe d'administration ou de direction, afin de protéger l'implication des travailleurs. En effet, lorsque de nouvelles modalités fixées conformément à la directive 2001/86/CE entrent en conflit avec les « statuts existants », la loi du siège peut octroyer à l'organe de direction ou d'administration « le droit d'apporter des modifications aux statuts sans nouvelle décision de l'assemblée générale des actionnaires » (art. 12.4 Règl.). Le Luxembourg n'a pas repris cette option dans sa législation.

Le rôle de l'organe de direction ou d'administration est également essentiel en matière de transfert de siège. Si la décision de transférer le siège relève en effet de la compétence de l'assemblée des actionnaires (art. 8.4 Règl.), c'est à l'organe de direction ou d'administration qu'il appartient d'établir le projet de transfert (art. 8.2 Règl.), de dresser une « étude d'impact » (art. 8.3 Règl.) et de veiller au respect des droits des travailleurs (art. 8.2 c Règl.), comme de ceux des actionnaires et des créanciers (art. 8.2 e Règl.).

## 2. LE SYSTÈME MONISTE

**[1076] Simplicité de la structure.** — La structure est plus simple : l'organe d'administration gère seul la SE.

Le *nombre* de membres de l'organe d'administration ou les règles pour déterminer ce nombre sont fixés par les statuts de la SE (art. 51 L1915). Toutefois, un État membre peut fixer un nombre minimal et, éventuellement, maximal de membres. L'organe d'administration doit cependant être composé de trois membres au moins lorsque la participation des travailleurs dans la SE est organisée conformément à la directive adoptée conjointement au Règlement (Directive 2001/86/CE). La loi luxembourgeoise prévoit de toute façon un nombre minimum d'administrateurs de trois, mais ne fixe pas de plafond.

Les membres de l'organe d'administration sont *nommés* par l'assemblée générale. Les membres du premier organe d'administration peuvent toutefois être désignés par les statuts (art. 43.3 Règl. ; art. 51 L1915). Le Règlement reste muet sur la révocation des membres de l'organe d'administration qui, en droit luxembourgeois, revient aux actionnaires (v. n° [899]).

L'organe d'administration doit se réunir au moins tous les trois mois pour délibérer de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible. La *périodicité des réunions* est fixée dans les statuts (art. 44.1 Règl.).

## 3. LE SYSTÈME DUALISTE

**[1077] Organe de direction.** — Dans ce système, une distinction est opérée entre :

- la gestion de la société qui est assumée par l'organe de direction ;
- le contrôle de la gestion de la société qui est exercé par un organe de surveillance.

L'organe de direction gère ainsi la société *sous le contrôle de l'organe de surveillance* (art. 39 Règlement). Au moins tous les trois mois, l'organe de direction informe l'organe de surveillance de la marche des affaires de la SE et de leur évolution prévisible (art.

44.1 Règlement ; art. 60bis-13 al. 2 L1915). Outre cette *information* périodique, l'organe de direction doit communiquer en temps utile à l'organe de surveillance toute information quant aux événements susceptibles d'avoir des répercussions sensibles sur la situation de la SE (art. 41.2 Règl.; art. 60bis-14 al. 3 L1915).

Les membres de l'organe de direction sont *nommés* et *révoqués* par l'organe de surveillance (art. 60bis-3 al. 1<sup>er</sup> L1915). Mais un État membre peut permettre aux statuts de la SE de prévoir que le ou les membres de l'organe de direction soient nommés et révoqués par l'assemblée générale dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ayant leur siège statutaire sur son territoire (c'est le cas au Luxembourg, art. 60bis-3 al. 2 L1915).

Les statuts déterminent le *nombre* de membres de l'organe de direction. Il ne peut y en avoir qu'un. De plus, chaque État membre peut fixer un nombre minimal ou maximal de membres (art. 39.4 Règlement ; le Luxembourg renvoie à ce sujet exclusivement aux statuts). Un membre ne peut appartenir simultanément aux deux organes (cette *interdiction* procède du principe qu'on ne peut à la fois être contrôleur et contrôlé), sauf en cas de vacance, où il est possible pour un membre de l'organe de surveillance d'exercer les fonctions de membre de l'organe de direction (art. 60bis-19 L1915). Mais, au cours de cette période, les fonctions de l'intéressé en sa qualité de membre de l'organe de surveillance sont suspendues. L'État membre peut prévoir que cette période soit limitée dans le temps (art. 39.3 Règl.), mais cette option n'a pas été retenue par le législateur luxembourgeois.

**[1078]Organe de surveillance.** — Quant à l'organe de surveillance, sa *mission* consiste à contrôler la gestion assurée par l'organe de direction (art. 40.1 Règl.), mais non à assurer la gestion sociale elle-même. L'organe de surveillance :

- reçoit les informations trimestrielles ou particulières de l'organe de direction ;
- demande à l'organe de direction les informations jugées nécessaires (art. 41.3 Règl. ; art. 60bis-13

al. 4 L1915) ;

- procède ou fait procéder aux vérifications qu'il estime nécessaires pour l'accomplissement de sa mission (art. 41.4 Règl. ; art. 60bis-13 al. 4 L1915).

Il faut remarquer que l'organe de surveillance n'est pas seul à surveiller la gestion sociale, puisqu'il partage cette fonction ensemble avec l'assemblée des actionnaires, le réviseur d'entreprises, les institutions représentatives du personnel et, le cas échéant, la masse des obligataires. Spécialisation de la fonction ne rime donc pas avec exclusivité du contrôle.

Les membres de l'organe de surveillance sont *nommés* par l'assemblée générale. Toutefois, les membres du premier organe de surveillance peuvent être désignés par les statuts (art. 40.2 Règl. ; art. 51 al. 3 L1915).

Les statuts détermineront le *nombre* de membres de l'organe de surveillance mais, pour cet organe et contrairement à l'organe de gestion qui peut ne compter qu'un seul membre (tout dépend de la loi de l'État membre), il y a obligation de comporter plusieurs membres. Un État membre peut toujours prévoir un nombre minimal ou maximal de membres (art. 40.3 Règl.).

L'organe de surveillance élit en son sein un *président* (art. 42 Règl.). Si la moitié des membres de l'organe de surveillance ont été désignés par les travailleurs, seul un membre désigné par l'assemblée générale des actionnaires peut être nommé président (art. 42 Règl.).

#### 4. LA FISCALITÉ DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

**[1079]Renvoi au droit interne de l'État du siège réel.** — Le considérant n° 20 de l'exposé des motifs du Règlement précise que ce dernier « ne couvre pas d'autres domaines du droit tels que la fiscalité ... ». La raison de l'exclusion du fiscal du Règlement tient au désir d'aboutir à un accord en ce qui concerne le texte du Règlement, faute d'accord des parties sur le fiscal.

Ce sont donc les vingt-sept législations nationales qui continuent à s'appliquer. Autrement dit, sur le

plan fiscal, la SE est traitée comme n'importe quelle société transnationale, c.-à-d. qu'elle est *soumise au régime fiscal de la législation nationale applicable au niveau de la société comme de ses succursales*. Les SE restent donc assujetties aux impôts et taxes de tous les États membres où leurs établissements stables sont situés. En ce sens, leur statut fiscal n'est pas parfait, faute d'une harmonisation européenne suffisante en la matière.

Si le Luxembourg est le siège de la SE, l'imposition portera en principe sur le *revenu mondial* de la SE. Toutefois, en pratique, l'imposition devrait être limitée aux seuls *revenus de source luxembourgeoise*. En effet, les dividendes (et gains en capital) réalisés dans le cadre de la détention de participations (hypothèse de la SE holding) seront, en principe, exonérés au Luxembourg sur la base du privilège des sociétés mères et filiales<sup>1</sup>. Lorsque la SE entretient des succursales dans les autres États membres, l'imposition sera également évitée au Luxembourg, en raison du fait que les revenus des établissements stables situés dans des pays liés au Luxembourg par une convention fiscale contre la double imposition (tous les États membres ont conclu une convention fiscale avec le Luxembourg) sont exonérés au Luxembourg. Corollaire du principe d'exonération des bénéficiers des succursales étrangères, les *pertes* correspondantes ne seront pas non plus déductibles du revenu imposable luxembourgeois. La consolidation fiscale des bénéficiers et des pertes des filiales comme des succursales n'est donc pas possible pour la SE.

**[1080]L'avenir.** — La Commission à Bruxelles pense à juste titre que le succès du statut de la SE est étroitement lié à la mise en place d'un *régime commun d'imposition des SE*. L'approche préconisée par la Commission repose sur une base imposable consolidée,

faisant disparaître l'essentiel des problèmes de fiscalité internationale tels les problèmes de compensation des bénéficiers et des pertes réalisés sur des territoires différents de l'Union européenne, les prix de transfert intragroupe, etc. Pour atteindre cet objectif, plusieurs modèles ont été étudiés :

- le modèle de la reconnaissance mutuelle (« *Home State Taxation* »), consistant en l'application des règles fiscales du siège de la SE dans les différents États membres, ceux-ci ne préservant leur compétence qu'en matière de fixation des taux d'imposition ;
- l'impôt européen sur le revenu des sociétés (« *European Corporate Income Tax* »), identique au modèle de la base imposable unique, sauf que la gestion administrative de l'impôt est transférée aux instances communautaires ;
- l'*harmonisation des règles nationales* en matière d'impôt sur le revenu des collectivités, de façon à appliquer celles-ci non seulement aux SE, mais à toutes les sociétés opaques.

Outre la perte de la souveraineté nationale dans un domaine sensible (les États membres ne garderaient que leur autonomie pour la fixation des taux d'imposition), ces différents modèles présentent tous l'inconvénient de nécessiter une *clef de répartition de la base imposable* entre les différents États membres (chiffre d'affaires, valeur ajoutée, personnel, etc.).

Malgré ces problèmes, le modèle de la base imposable unique (« *Common Base Taxation* » ou « ACCIS ») a fini par s'imposer auprès de la Commission à Bruxelles. Dans le cadre de l'ACCIS, les groupes de sociétés appliqueront un ensemble unique de règles fiscales pour toute l'Union européenne et ne traiteront qu'avec une seule administration fiscale (guichet unique). Une société qui optera pour l'ACCIS ne sera donc plus assujettie aux dispositions nationales relatives à l'impôt sur les sociétés pour tous les domaines règlementés par les règles communes. Les entreprises exerçant des activités hors des frontières nationales bénéficieront à la fois de l'introduction de la compen-

<sup>1</sup> V. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd, Luxbg, 2013. La SE bénéficie de la directive amendée « mères et filiales » Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juill. 1990.

sation transfrontalière des déficits et de la baisse des coûts de mise en conformité en matière d'impôt sur les sociétés. Le régime est facultatif, les entreprises pouvant choisir de ne pas participer au régime de l'ACCIS. Dans ce cas, elles continueront à être soumises aux règles nationales en matière d'impôt sur les sociétés.

## B. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES

**[1081]Compétences.** — L'assemblée générale est compétente dans les matières qui lui sont réservées par :

- le Règlement lui-même ;
- les dispositions légales de l'État membre où la SE a son siège statutaire, prises en application de la directive du Conseil du 8 octobre 2001 (sur l'implication des travailleurs).

Elle l'est également dans les matières pour lesquelles une compétence est conférée à l'assemblée générale d'une société anonyme relevant du droit de l'État membre où la SE a son siège statutaire, ou par la loi de cet État membre, ou par les statuts, conformément à cette même loi.

**[1082]Organisation et déroulement de l'assemblée générale.** — Sans préjudice des règles prévues par le Règlement (section 4 concernant l'assemblée générale), l'organisation et le déroulement de l'assemblée générale ainsi que les procédures de vote sont régis par la loi de l'État membre du siège statutaire de la SE applicable aux sociétés anonymes (art. 53 Règl.).

Une assemblée générale doit se tenir au moins *une fois par année* calendrier, dans les six mois de la clôture de l'exercice, à moins que la loi de l'État membre applicable aux sociétés anonymes exerçant le même type d'activité (que la SE) ne prévoient une fréquence supérieure (art. 54 Règl.). Tel n'est pas le cas au Luxembourg. Le Luxembourg a repris la faculté offerte par le Règlement de prévoir que la première assemblée générale puisse avoir lieu dans les 18 mois de la constitution de la SE (v. n° [443]).

En outre, l'assemblée générale peut être convoquée *à tout moment* par l'organe de direction, par l'organe

d'administration, par l'organe de surveillance ou par tout autre organe ou autorité compétente conformément à la loi nationale de l'État membre du siège statutaire de la SE applicable aux sociétés anonymes (v. n° [992]).

En principe, l'*ordre du jour* est déterminé par l'organe qui convoque l'assemblée. Néanmoins, un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble de 10% au moins du capital souscrit (ou d'un montant inférieur s'il est prévu par les statuts) peuvent demander l'inscription d'un ou plusieurs nouveaux points à l'ordre du jour. C'est la loi nationale ou, à défaut, les statuts de la SE qui détermineront la procédure et les délais applicables à cette demande (v. n° [996]).

La convocation de l'assemblée générale et la fixation de l'ordre du jour peuvent également être demandées par *un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble d'actions représentant 10 % au moins du capital souscrit* (art. 55 et 56 Règlement ; art. 70 al. 2 L1915). Un pourcentage inférieur peut être prévu par les statuts. Si, à la suite d'une demande formulée sur la base de l'art. 55 du Règlement, l'assemblée générale n'est pas tenue en temps utile, et en tout cas dans un délai maximum de deux mois, le juge des référés du siège statutaire de la SE pourra nommer un mandataire ad hoc aux fins de convocation de l'assemblée dans un délai déterminé (art. 70 al. 3 L1915).

Les décisions de l'assemblée générale sont prises à la *majorité* des voix valablement exprimées, à moins que le Règlement ou, à défaut, la loi nationale applicable aux sociétés anonymes ne requière une majorité plus élevée (art. 57 Règl.). La loi luxembourgeoise se contente de la règle majoritaire (v. n° 0). Les voix exprimées ne peuvent comprendre celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote, ou s'est abstenu, ou encore a voté blanc ou nul. Une modification des statuts ne peut être décidée qu'à une majorité au moins égale aux deux tiers des voix exprimées, sauf si la loi nationale applicable aux SA prévoit ou permet une majorité plus élevée (ce qui n'est pas le cas au Luxembourg, v. n° [1005]). Mais le règlement prévoit une exception : une loi nationale peut autoriser une majorité absolue quand la moitié au moins du capital est représentée. Le Luxembourg a repris cette option qui facilite la prise de décision (art.

67-1 § 2 L1915). En cas d'existence de plusieurs catégories d'actions, toute décision de l'assemblée générale est subordonnée à un vote séparé dans les hypothèses prévues aux points 1 et 2 de l'article 60 du Règlement.

### C. LA RÉORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

**[1083]Transformation.** — La SE peut, *deux ans* au plus tôt après son immatriculation et après que les *comptes sociaux* des exercices clos aient été approuvés, se (re)transformer en société anonyme de l'État de son siège (art. 66 Règl. ; art. 3 L1915). La transformation, on ne sera pas étonné, n'entraînera pas de création d'une nouvelle personne morale.

L'organe d'administration ou de direction rédige à cet effet un *projet de transformation* ainsi qu'un rapport justifiant les aspects juridiques et économiques de l'opération. Ce rapport indiquera les conséquences de la transformation pour les différents acteurs (actionnaires, personnel, créanciers). Ce projet pourra être voté au plus tôt un mois après sa publication.

Des experts indépendants à choisir sur la liste des *réviseurs d'entreprises* devront, avant l'assemblée générale, attester que la SE qui entend se transformer dispose d'actifs<sup>1</sup> au moins équivalents au capital.

**[1084]Transfert du siège transfrontalier.** — Le transfert du siège de la SE est certainement l'une des réussites du Règlement. Le droit de transférer son siège au sein de l'Union européenne n'est en effet pas consacré par le Traité de l'Union européenne (principe de libre établissement)<sup>2</sup>, de sorte qu'il est loisible aux États membres de considérer que le transfert de siège ne peut s'opérer que par la dissolution de la personne morale

dans l'État de départ (l'État du siège) avec sa reconstitution dans l'État d'arrivée (v. n° [188]). Le Règlement (art. 8 § 1) pose, au contraire, le *principe de la continuité de la personnalité juridique* de la SE lors du transfert de son siège social d'un État membre à un autre (art. 23 al. 2 L1915 ; art. 101-1 L1915 « (...) ne donne lieu ni à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle »). La décision de transférer le siège est prise à la *majorité des deux tiers*, c.-à-d. comme pour toute modification statutaire (art. 101-6 al. 1<sup>er</sup> L1915). L'administration centrale devant se situer au pays du siège statutaire, le transfert du siège statutaire impliquera le transfert de l'administration centrale à l'étranger également. En raison du transfert de siège, la SE, tout en restant invariablement soumise aux dispositions du Règlement, se verra dorénavant appliquer une nouvelle législation en matière de SE et de sociétés anonymes, celle de l'État d'arrivée. Le transfert du siège implique donc un *changement de la loi nationale* qui est applicable à la SE.

Les modalités pratiques du transfert de siège sont calquées sur celles applicables au GEIE se trouvant dans la même situation (art. §§ 2 à 16 Règl. ; art. 101-1 à 101-17 L1915). Elles tiennent compte des intérêts respectifs des actionnaires, créanciers ainsi que des salariés. Afin de prévenir un *law shopping* en matière de procédures collectives (intérêt protégé : les créanciers sociaux), la SE ne pourra transférer son siège lorsqu'une *procédure de dissolution, de liquidation d'insolvabilité ou de suspension de paiements* est ouverte à son encontre (art. 101-17 L1915). De façon générale, le transfert de siège ne sera pas opposable aux tiers, s'il est réalisé dans le but d'échapper à une *procédure judiciaire* dans l'État de départ. L'organe de direction ou d'administration doit par ailleurs établir un *projet de transfert de siège*, précisant, outre la localisation prévue pour le nouveau siège, les conséquences du transfert sur le régime d'implication des travailleurs, le calendrier de l'opération ainsi que les mesures qui seront prises afin de protéger les droits des actionnaires et des créanciers (art. 101-2 L1915). Ce projet sera accompagné d'un *rapport* expliquant les aspects juri-

<sup>1</sup> Le Règlement parle d'« actifs » ; il faudrait sans doute lire « actifs nets ». Une société ayant des actifs de 1 000, un capital de 100 et des dettes de 1 500 n'a pas d'actifs nets de 100.

<sup>2</sup> CJUE 27 septembre 1988, Rec. 1988, aff. 81/87, p. 5483 ; RTD eur. 1989, p. 260, obs. CARTOU.

diques et économiques de l'opération (art. 101-4 L1915).

Les *autorités nationales* (le ministre de la Justice) disposent alors d'un délai de deux mois pour s'opposer au transfert en raison de considérations relatives à l'intérêt public (art. 101-6 al. 2 L1915). Après qu'un délai de deux mois s'est écoulé après la publication du projet de transfert, les *actionnaires* se prononceront en assemblée générale sur le projet. Le Règlement n'offre aucune protection particulière pour les actionnaires minoritaires mais permet aux législations nationales de régler la question, par exemple sous la forme d'un droit de retrait. Le Luxembourg ne connaît pas de telles mesures. Les *créanciers sociaux* et *organismes publics* (fisc, sécurité sociale, etc.) sont, en revanche, protégés, le certificat attestant du bon accomplissement des formalités préalables au transfert requérant que la SE puisse démontrer que lesdits créanciers « bénéficient d'une protection adéquate ». Aussi, les créanciers de la SE peuvent demander au tribunal d'arrondissement, dans les deux mois de la date de publication du projet de transfert de siège, la constitution de sûretés pour les créances échues ou non échues. Leur demande ne sera toutefois favorablement avisée par le tribunal que si l'opération de transfert aurait pour effet « de menacer le gage des créanciers ou d'entraver l'exécution de leurs créances » (art. 101-7 L1915).

Le Règlement ayant fait l'impasse sur la *fiscalité*, le transfert de siège entraîne un changement de résidence fiscale de la SE. Il en résulte une découverte des plus-values latentes, car l'opération est assimilée en droit fiscal à une dissolution de société<sup>1</sup>.

Il faudra voir si cette conclusion pourra résister à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Il se dégage en effet de l'arrêt *Daily Mail* précité que la Cour avait conclu à la possibilité pour le fisc national de s'opposer au transfert de siège en raison du manque d'harmonisation des législations nationales. Le transfert de siège de la SE étant basé

sur un texte harmonisé, à savoir le Règlement 2157/2001, il serait logique de conclure que la Cour interdira à toute autorité étatique d'entraver le transfert de siège pour des motifs fiscaux. Par ailleurs, un arrêt récent de la Cour<sup>2</sup> a sonné le glas des « *exit tax* ». C'est ainsi que la Cour a pu juger que les dispositions fiscales françaises imposant les plus-values latentes du seul fait du transfert du domicile du contribuable vers un autre État membre entravent la liberté d'établissement : cette mesure fiscale se fonde sur le seul transfert du domicile dans un autre État membre pour présumer une intention générale de fraude fiscale. Disproportionnée par rapport à l'objectif recherché (la lutte contre l'évasion fiscale), elle ne peut en aucun cas être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Au contraire, elle entrave la liberté d'établissement. Le transfert de siège en neutralité fiscale paraît dès lors la seule solution possible conforme au droit communautaire.

#### [1085] Dissolution, liquidation et faillite de la SE.

— Pour ces matières, la SE reste soumise aux dispositions de la loi applicables aux sociétés anonymes ordinaires établies dans le pays (art. 63 Règl.). Ce sont également les règles ordinaires applicables aux assemblées d'actionnaires des sociétés anonymes qui s'appliquent là où il y a lieu.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, de liquidation ou de dissolution ainsi que leur clôture font l'objet d'une publicité dans le pays du siège de la SE.

<sup>1</sup> V. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Luxbg, 2013 ; EOD, Le siège social au regard du droit fiscal, *JTL* 2009, n° 1, p. 6.

<sup>2</sup> CJUE 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, aff. 69/02.



## Section 2. Société par actions simplifiée (SAS »)<sup>1</sup>

[1086] **Généralités.** — La SAS a été introduite en droit luxembourgeois par la loi du 10 août 2016 dans un souci de renforcement de l'attractivité de l'ordre juridique luxembourgeois, notamment face à la concurrence du droit néerlandais ; elle illustre particulièrement bien le phénomène d'internationalisation du droit des sociétés. Calquée sur le droit français, la SAS est une société commerciale par la forme qui présente trois caractéristiques essentielles :

- il s'agit d'une *société par actions* distincte de la société anonyme. Ce n'est en effet pas une société anonyme simplifiée, mais dont le régime est a priori défini par renvoi aux règles applicables à celle-ci (art. 101-18 al. 3 L1915)<sup>2</sup>. Ce renvoi à titre supplétif n'opère toutefois pas dans tous les domaines, le législateur excluant le renvoi dans certains domaines (art. 101-18 al. 3 L1915)<sup>3</sup> ;

La SAS n'étant pas une société anonyme particulière, on pourrait penser que le renvoi aux règles applicables à la société anonyme devrait être limité. Comme, cependant, la société anonyme a servi de modèle à la SAS, le renvoi opéré à l'art. 101-18 al. 3 L1915 aux règles applicables à la société

anonyme devrait se comprendre comme un renvoi à l'ensemble des règles applicables aux sociétés anonymes. Le renvoi limité aux dispositions de la société anonyme qui sont « compatibles » avec la nature de la SAS doit simplement se comprendre comme empêchant l'application des règles applicables aux sociétés anonymes en présence de règles spécifiques prévues dans la section de la loi de 1915 applicable à la SAS, telle, par exemple, celle gouvernant les clauses d'agrément.

- de très importantes dérogations peuvent être apportées à ces règles de renvoi, puisque l'organisation de la SAS est, pour l'essentiel, abandonnée à la *liberté contractuelle*<sup>4</sup>. La limitation des dispositions impératives applicables aux sociétés anonymes devrait constituer le principal attrait de la SAS, celle-ci échappant largement aux rigidités de la société anonyme ;
- corollaire de la liberté contractuelle, la SAS laisse une forte place à l'*intuitu personae* qui doit prédominer entre ses membres. Aussi est-il symptomatique que le législateur parle d'« associés » et non pas d'« actionnaires ».

Les particularismes de la SAS existent tant en ce qui concerne l'existence même de la SAS (§ 1) que de son mode de fonctionnement (§ 2).

<sup>1</sup> VIDAL, *La société par actions simplifiée*, Paris, 1994; CHARVERIAT/COURET, *Société par actions simplifiée. Nouveaux atouts*, Dossiers pratiques F. Lefebvre, 2001 ; MASQUELIER/DE KERGUINIC, *Société par actions simplifiée. Création. Gestion. Évolution*, Paris, 2005; GODON, *La société par actions simplifiée*, Paris, 2014; PERIN/GERMAIN, *SAS – la Société par actions simplifiée*, 4<sup>e</sup> éd. Paris, 2016; CORBISIER, *La SAS au regard du droit du Benelux*, in: CONAC/URBAIN-PARLEANI (sous la dir.), *La société par actions simplifiée (SAS). Bilan et perspectives*, Paris, 2016, p. 191; AZARIAN, *La société par actions simplifiée*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 2017.

<sup>2</sup> Art. 101-18 al. 3 L1915 : « (...) dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières par la présente section, les règles concernant les sociétés anonymes (...) sont applicables à la société par actions simplifiée (...) ».

<sup>3</sup> Art. 101-18 al. 3 L1915 : « à l'exception des articles (...) de la présente loi (...) ».

<sup>4</sup> LE CANNU, Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée, *Défrenois* 1994, art. 35933, p. 1346; eod., La SAS : un cadre légal minimal, *Rev. sociétés* 2014, p. 543.

## § 1. L'EXISTENCE DE LA SAS

Une fois créée (A), la SAS existera tant qu'elle ne sera pas dissoute (B).

### A. CONSTITUTION DE LA SAS

La SAS peut, comme toute société commerciale (à l'exception de la SE), être directement créée par ses associés. Mais il est également possible de transformer une société existante en SAS.

**[1087]Associés.** — La SAS est constituée par une ou plusieurs personnes (art. 101-18 L1915)<sup>1</sup>. Il s'ensuit que tant des *personnes physiques* que des *personnes morales* peuvent intervenir à sa création. De même, la SAS ne pourra avoir qu'un seul associé. La SAS à *associé unique* (la « SASU ») peut d'ailleurs s'avérer fort pratique dans les groupes de société où une société mère détient l'intégralité des actions de sa filiale. La SASU pourra faire office de holding de la filiale, la SASU ayant la société-mère comme actionnaire unique, ce qui permet de créer un système de poupées russes. Malgré le caractère personnel de la SAS, la loi ne fixe pas de nombre maximum, ce qui pourrait, par exemple, s'avérer utile dans les sociétés regroupant les salariés d'une entreprise.

**[1088]Capital social.** — Dans le silence de la loi concernant le capital social minimum de la SAS, les règles de la société anonyme sont applicables (v. n° [877]). Le capital social minimum peut résulter d'apports en numéraire ou en nature, mais non d'apports en industrie. En cas d'apports en nature, les règles y relatives en matière d'apports aux sociétés anonymes seront applicables (v. n° [100] et s.). Le capital social peut être représenté par tous les types d'actions déjà étudiés précédemment (v. n° [969] et s.) : actions ordinaires ; actions de préférence ; etc. Les

<sup>1</sup> Art. 101-18 L1915 : « La société par actions simplifiée est celle dont le capital est divisé en actions et qui est constituée par une ou plusieurs personnes qui n'engagent qu'une mise déterminée. (...) ».

règles en matière de libération du capital sont également les mêmes que celles applicables aux SA (v. n° [874]).

Comme elle présente, contrairement à la SA, un caractère fermé, la SAS ne pourra *pas faire publiquement appel à l'épargne* (art. 101-19 L1915<sup>2</sup> ; art. 163 n° 6 L1915<sup>3</sup>). Mais cela ne l'empêchera évidemment pas de se transformer en SA, lorsqu'elle veut placer ses actions dans le public. De même, si la SAS a comme actionnaires des SA, celles-ci peuvent faire elles-mêmes publiquement appel à l'épargne et souscrire au capital de la SAS au moyen des fonds ainsi collectés. Enfin, rien ne lui interdit d'émettre dans le public des obligations, tant qu'elles ne sont pas convertibles en actions.

**[1089]Création par transformation en SAS.** — Une société déjà existante peut être transformée en SAS. Le projet de texte prévoyait à cet égard un article 101-20 L1915 à la teneur suivante : « la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité ». La raison de l'exigence d'unanimité tenait au souci d'éviter que des actionnaires d'une société anonyme, par exemple, n'imposent des liens trop forts quant à leur statut ou n'affichent un recul trop important de leur capacité d'influence sur la gestion de la SAS. Cette proposition de texte n'a finalement pas été retenue, le projet d'article 101-20 ayant été supprimé par la Commission juridique<sup>4</sup>, au motif qu'il ne paraissait pas nécessaire de soumettre la transformation d'une société en une SAS à d'autres formalités ou conditions que celles prévues aux articles 308bis-15 et suivants de la loi de 1915 (v. n° [526] et s.).

<sup>2</sup> Art. 101-19 L1915 : « La société par actions simplifiée ne pourra pas procéder à une émission publique d'actions ».

<sup>3</sup> Art. 163 n° 6 L1915 : « Sont punis d'une amende de 500 à 25 000 euros : (...) les dirigeants d'une société par actions simplifiée qui ont ouvert une souscription publique à des actions. »

<sup>4</sup> Doc. parl. n° 5730, ad art. 101-20.

## B. DISSOLUTION DE LA SAS

[1090] **Renvoi au droit des SA.** — Le régime de la SA s'applique à la dissolution de la SAS. De ce fait, aux causes de dissolution de droit commun (v. n° [626] et s.) viennent s'ajouter les causes propres aux SA, tenant à la perte d'une partie importante du capital social (v. n° [884]).

Pouvant être unipersonnelle et n'ayant pas de limite vers le haut en termes de nombre d'associés, la SAS n'est pas menacée par les variations affectant le nombre de ses associés. Lorsqu'elle ne possède plus qu'un seul associé, la SAS devient une SASU et continue à exister comme par le passé.

## § 2. ORGANISATION DE LA SAS

C'est à ce niveau que la liberté contractuelle et l'ingéniosité juridique prennent toute leur importance. Il n'y a, en effet, aucune organisation légale des pouvoirs comme dans la SA, la loi excluant explicitement les articles relatifs à la gestion des SA des règles supplétives applicables à la SAS (art. 101-18 al. 3 L1915)<sup>1</sup>. En l'absence de dispositions obligatoires et supplétives sur ce point, il appartiendra aux statuts de définir exhaustivement le mode de fonctionnement de la gestion sociale (art. 101-20 L1915)<sup>2</sup>. La même remarque peut être faite en ce qui concerne les décisions à prendre par les associés (art. 101-24 L1915)<sup>3</sup>. La rédaction des statuts d'une SAS nécessite donc un savoir juridique certain.

<sup>1</sup> Art. 101-18 al. 3 L1915 : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception (...) des articles 64 à 68, 70 à 71 de la présente loi, sont applicables à la société par actions simplifiée ».

<sup>2</sup> Art. 101-20 L1915 : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ».

<sup>3</sup> Art. 101-24 L1915 : « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient (...) ».

1. DIRECTION DE LA SAS<sup>4</sup>

[1091] **Président.** — Aux termes de l'article 101-21 L1915, « la société est représentée à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts ». Seul *organe obligatoire* de la SAS, le président est également *unique*. L'emploi du singulier pour désigner le président commande cette interprétation, tout comme le fait que la loi un peu plus loin dans le même article, prévoit la possibilité pour la SAS d'instaurer un ou plusieurs directeurs disposant des mêmes pouvoirs que le président. Si l'on veut multiplier en pratique le nombre de présidents, il faudra prévoir des *présidences « tournantes »* ou alternatives. Nommer une personne morale comme président n'est pas vraiment une alternative non plus, si on veut multiplier le nombre de personnes faisant fonction de président, car il faudra dans ce cas nommer un représentant permanent (art. 101-22 L1915)<sup>5</sup>.

La *nomination* du président est effectuée conformément aux conditions posées par les statuts. Il pourra donc être choisi parmi les associés comme les tiers; être nommé par les associés en assemblée; par un associé prédéterminé en-dehors de toute assemblée; par un comité d'externes; etc. Les statuts définiront également librement la durée de ses fonctions ainsi que les

<sup>4</sup> LE CANNU, Les dirigeants de la société par actions simplifiée, RS 1994, p. 239.

<sup>5</sup> Art. 101-22 L1915 : « Lorsqu'une personne morale est nommée président ou directeur d'une société par actions simplifiée, cette personne morale est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt la même responsabilité civile que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propres ».

modalités de sa *révocation*<sup>1</sup>. Les statuts pourront prévoir une révocation entièrement libre, l'irrévocabilité absolue du président, une révocation avec ou sans motif, avec ou sans indemnisation, etc. La révocation peut être fixée dans les statuts comme étant une décision nécessitant une majorité simple, une majorité renforcée, avec ou sans quorum. Les statuts peuvent également s'en remettre à la décision d'un seul associé, voire d'un tiers (p.ex. : un juge). Les modalités pour la nomination et la révocation peuvent être identiques ou différer, ...

Les *pouvoirs* du président dans l'ordre externe sont calqués sur ceux du conseil d'administration de la SA, en ce que le président représente la SAS vis-à-vis des tiers<sup>2</sup>. Toute limitation de pouvoirs résultant des statuts sera inopposable aux tiers, en ce sens que le président engage la SAS pour tout ce qui rentre dans l'objet social, même si les statuts interdisent au président de poser certains actes de gestion sociale sans l'assentiment des associés. Le président n'a cependant pas nécessairement le monopole de la représentation de la SAS vis-à-vis des tiers, les statuts pouvant prévoir la nomination de *directeurs aux pouvoirs identiques à ceux du président* (v. n° [1092]). Dans ce cas, les pouvoirs du président et des directeurs s'exercent concurremment et portent, protection des tiers oblige, sur l'intégralité de la gestion sociale.

Dans l'*ordre interne*, il appartient aux statuts de fixer les pouvoirs que le président aura. La loi en tant que telle ne lui confère aucun pouvoir, de sorte que les

statuts pourraient, par exemple, prévoir que le président devrait obtenir l'accord des associés pour tout acte de gestion sociale. On peut également flanquer le président de toute une panoplie d'autres organes de direction et de contrôle, dont l'existence est facultative et la dénomination variable. Le président pourra avoir tous les pouvoirs, certains seuls ou les partager avec des directeurs, voire ne disposer d'aucun pouvoir. Les pouvoirs du président pourront donc, sur toute la panoplie, s'étendre du président fantoche au président omnipotent. L'étendue variable des pouvoirs du président dans l'ordre interne n'aura cependant aucun impact dans l'ordre externe, le président engageant la société de manière comparable au conseil d'administration de la SA (v. n° [901] et s.). Le président engagera dès lors la société en justice, en tant que son représentant légal, même si les statuts ne lui conféraient pas ce pouvoir ; l'action ainsi intentée sans pouvoirs ne sera pas nulle, car si les tiers sont à protéger contre les contingences de l'organisation interne de la société, ce souci légitime de protection ne doit pas aller jusqu'à leur permettre d'obtenir l'anéantissement d'actes accomplis au nom de la société. Le non-respect de l'ordre interne, s'il ne peut donc justifier l'annulation d'un acte, pourra toutefois entraîner des sanctions internes (responsabilité civile ; révocation si les statuts le permettent).

**[1092]Directeurs.** — Selon l'article 101-21 L1915, c'est aux statuts qu'il appartient de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Les associés disposent donc d'une très grande liberté, sous réserve que soit désigné un président pour représenter la société (v. n° [1091]). La possibilité de confier la gestion sociale à une personne autre que le président résulte de l'article 101-21 (al. 4 L1915)<sup>3</sup>. Cette disposition permet aux statuts de réglementer les conditions dans lesquelles

<sup>1</sup> RAKOTOVAHINY, Liberté statutaire dans les SAS et révocation d'un organe de direction, *Rev. sociétés* 2016, p. 38.

<sup>2</sup> Art. 101-21 L1915 : « (...) Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. »

<sup>3</sup> Art. 101-21 al. 4 L1915 : « (...) les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ».

l'exercice du pouvoir de représentation générale et permanent d'engager la société dont le président est dépositaire par principe, peut également être attribué au directeur général (délégué). Lorsqu'il aura été prévu par les statuts<sup>1</sup>, le *directeur général* sera un représentant légal de la SAS, et aura le même pouvoir de représentation que celui du président (v. n° [1091]). La règle de l'inopposabilité aux tiers des clauses limitatives de pouvoirs s'appliquera au directeur général de la même manière qu'au président. Le directeur général peut se voir entouré par un *directeur général adjoint*, une sorte de dirigeant de seconde ligne aux missions plus étroites que celles du directeur général. Il sera bien évidemment toujours possible pour le président comme pour les directeurs de consentir, en dehors des statuts (sauf si les statuts interdisent toute délégation ponctuelle de pouvoirs), une *délégation de pouvoirs*, temporaire et limitée dans son objet, tant qu'elle ne correspond pas à une *délégation globale* de la fonction de président ou de directeur (laquelle reste possible mais devra être prévue par les statuts). Il faut également admettre, même dans le silence des statuts, que la SAS confie globalement sa direction générale à une société tierce, dans le cadre d'une *convention de gestion*<sup>2</sup>. L'externalisation de la gestion de la société peut cependant être interdite dans les statuts, ou y être soumise à des conditions particulières<sup>3</sup>.

Il appartiendra aux statuts de définir l'organisation de la prise de décision en présence d'une *pluralité de directeurs*. Ils pourront fonctionner comme un organe,

en prenant leurs décisions à l'unanimité, à une majorité qualifiée ou simple ; mais il sera également possible de confier à chacun des dirigeants l'intégralité de la gestion sociale ou de distinguer selon les directeurs concernés en fonction de la matière concernée.

La nomination et la cessation des fonctions des dirigeants sont soumises aux règles de *publicité* de droit commun. Cette publicité présente un intérêt pour les tiers pour lesquels la gestion sociale de la SAS peut, en raison de sa grande flexibilité, s'avérer assez imprévisible. Pour cette raison également, les limitations statutaires aux pouvoirs des directeurs sont inopposables aux tiers. Les directeurs ont, de ce fait, vis-à-vis des tiers les mêmes pouvoirs que le président (art. 101-21 dernier alinéa L1915)<sup>4</sup>.

La *durée des fonctions* des dirigeants et les *conditions de cessation de leurs fonctions* sont également fixées par les statuts. Ceux-ci pourront prévoir des modalités variables, telle la révocation pour justes motifs seulement ou la révocation *ad nutum*. Les modalités de la révocation peuvent être différentes pour les directeurs et le président, et varier au sein de la catégorie des directeurs (p.ex. : révocation pour justes motifs pour les directeurs de la classe « A » ; à volonté pour les directeurs de la classe « B »).

**[1093] Conflits d'intérêt.** — La question des conflits d'intérêt (les opérations courantes conclues à des conditions normales ne sont pas visées : art. 101-25 al. 4 L1915)<sup>5</sup> est réglée de manière analogue à ce qui se passe dans les SA (v. n° [960]). Si le président est seul, ou s'il se trouve entouré de directeurs ayant également un conflit d'intérêts, l'opération sera mentionnée dans un procès-verbal et les associés seront informés par la

<sup>1</sup> Les statuts seuls peuvent instaurer le régime de la direction dans une SAS. Le principe arrêté dans les statuts, un pacte d'associés pourra cependant arrêter les détails de son fonctionnement : GERMAIN/PERIN, Hors les statuts, point de salut : la primauté exclusive des statuts de la SAS pour définir l'organisation de sa direction, *Bull. Joly sociétés* 2017, p. 170.

<sup>2</sup> GERMAIN/PERIN, Direction générale de SAS, délégation et prestation de services : mélange de genres et retour aux bases, *Bull. Joly Société* 2017, p. 32.

<sup>3</sup> LE CANNU, Convention de gestion et SAS, *BJS* 2016, p. 137.

<sup>4</sup> Art. 101-21 dernier alinéa L1915 : « Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. Le directeur dispose à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le président. »

<sup>5</sup> Art. 101-25 al. 4 L1915 : « (...) Ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations courantes conclues dans des conditions normales ».

suite du conflit (art. 101-25 §1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> et 3 L1915)<sup>1</sup>. Si le conflit d'intérêts ne concerne que les directeurs, la décision sera prise par le président (art. 101-25 al. 2 L1915)<sup>2</sup>. Dans la SASU, cette procédure ne donne pas beaucoup de sens si le président est également l'associé unique, de sorte qu'il suffira que le conflit d'intérêts soit seulement mentionné au registre des décisions (v. n° [963]).

**[1094] Responsabilités<sup>3</sup>.** — Le président et les directeurs sont des mandataires de la société, de sorte qu'ils n'engagent aucune obligation personnelle lorsqu'ils agissent pour compte de la société. Les responsabilités du président et des directeurs de la SAS sont celles des administrateurs et des membres du directoire dans la SA (art. 101-23 L1915 ; v. n° [381] et s.)<sup>4</sup>.

## 2. DÉCISIONS COLLECTIVES DE LA SAS<sup>5</sup>

Sous réserve de certaines décisions nécessitant, de

<sup>1</sup> Art. 101-25 §1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> et 3 L1915 : « Lorsque le président a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération qu'il est en droit de décider, il en est fait mention dans le procès-verbal de l'opération. (...) Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles le président aurait eu un intérêt opposé à celui de la société ».

<sup>2</sup> Art. 101-25 al. 2 L1915 : « (...) Lorsqu'un directeur ou des directeurs ont, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société, la décision est prise par le président. Il en est fait mention dans le procès-verbal de la décision. (...) ».

<sup>3</sup> AUBRY, La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée, RS 2005, p. 793.

<sup>4</sup> Art. 101-23 L1915 : « Le président ou les directeurs de la société par actions simplifiée ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société. Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux directeurs de la société par actions simplifiée ».

<sup>5</sup> JEANTIN, Les associés de la société par actions simplifiée, RS 1994, p. 223.

par la loi, d'être prises collectivement par les associés, les statuts ont toute latitude pour déterminer les décisions qui reviendront aux associés.

**[1095] Périmètre des décisions tombant sous la compétence des associés.** — Les assemblées d'associés n'ont pas la même place dans une SAS qu'une société anonyme. Elles sont en effet facultatives, sauf si :

- elles sont prévues par les *statuts* (art. 101-24 L1915)<sup>6</sup>. Le principe que consacre cette disposition est donc celui de la compétence des statuts pour la détermination de ce qui relève du domaine de compétence des associés, et, a contrario, ce qui tombe dans le ressort de la direction de la SAS. Il faut donc que les rédacteurs des statuts fassent clairement la part des choses, en attribuant aux associés les domaines pour lesquels leur intervention est souhaitée. Comme les règles gouvernant les SA ne s'appliquent pas à titre supplétif en ce qui concerne le domaine de compétence des associés, ceux-ci n'auront de compétence que dans les domaines prévus par la loi ou les statuts. Afin d'éviter tout vide juridique, il est, de ce fait, recommandable d'accompagner la liste des décisions à prendre en assemblée par une clause générale selon laquelle toute décision qui n'aurait pas déjà été attribuée au président (ou aux directeurs) ou aux associés reviendra soit aux associés, soit au président (ou aux directeurs).
- Elles sont *prévues par la loi*. La liberté conventionnelle en matière de partage des décisions entre les associés et les dirigeants n'est cependant pas sans limite. Le législateur a en effet voulu que certaines décisions d'une importance particulière puissent échapper aux décisions collectives des associés (art. 101-25 al. 2 L1915)<sup>7</sup>. La liste des décisions qui

<sup>6</sup> Art. 101-24 L1915 : « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ».

<sup>7</sup> Art. 101-25 al. 2 L1915 : « Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales des sociétés anonymes, en

doivent être adoptées en assemblée sur la base de ce texte fait un mélange un peu étrange de décisions tombant dans la compétence des assemblées ordinaires dans les sociétés anonymes (nomination de commissaires, ...) et d'autres revenant aux assemblées extraordinaires (opérations portant sur le capital social, ...). Il résulte a contrario de cette liste que la nomination et la révocation du président et des directeurs, l'émission d'emprunts, y compris d'emprunts obligataires, les modifications aux statuts en général et de l'objet social en particulier ne relèvent pas du domaine obligatoirement réservé aux associés, tout comme les décisions en matière d'affectation des résultats (approuver les comptes n'est pas affecter les résultats). Ces décisions relèveront, selon le cas et en fonction des statuts, d'une simple décision du ou des dirigeants, d'un associé majoritaire, voire même d'un tiers.

L'associé unique dans la SASU exerce les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés (art. 101-18 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Il lui appartient donc de se prononcer sur toutes les questions qui relèvent, de par la loi, de la compétence de la collectivité des associés. Ses décisions sont répertoriées dans un registre (art. 101-24 al. 3 L1915)<sup>2</sup>.

#### [1096] Modalités des prises de décision collectives.

— Toute liberté est laissée aux statuts quant à la définition des modalités selon lesquelles les *décisions collectives* seront prises. Cette liberté a vocation à jouer aussi bien à l'égard des compétences statutairement dévolues

---

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 aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. »

<sup>1</sup> Art. 101-18 al. 2 L1915 : « L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque la présente section prévoit une prise de décision collective. »

<sup>2</sup> Art. 101-24 al. 3 L1915 : « Si la société compte un associé unique, ses décisions sont inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit ».

aux associés<sup>3</sup>. Le *mode de consultation* est donc librement déterminé par les statuts : consultation écrite ou présence physique, présence personnelle ou possibilité de représentation ; participation par visioconférence ; etc. Les modes de consultation peuvent par ailleurs changer selon la nature de la décision à prendre. Les statuts devront également régler la question de la périodicité des consultations, même si la règle de l'approbation annuelle des comptes sociaux paraît en principe intangible également applicable aux SAS.

Les statuts détermineront également les personnes compétentes pour *convoquer les associés* : le président ; les directeurs ; les associés ; un associé ; un tiers ; etc. Les conditions de forme et délais de convocation seront également arrêtés dans les statuts : lettre individuelle ; annonces dans la presse ; courriel électronique ; etc. Bien que la loi soit muette sur le sujet, il faut penser que la convocation doit au moins contenir l'ordre du jour de l'assemblée, afin de mettre l'associé en mesure de décider de la marche à suivre (participation ou non à l'assemblée ; représentation par un tiers ou participation personnelle ; etc.).

Les règles en matière de *droit d'information* des actionnaires dans les SA (v. n° [1001] et s.) ne sont pas applicables à titre supplétif dans la SAS<sup>4</sup>. Il appartient dès lors aux statuts de définir le contenu et les modalités de l'information à fournir aux associés.

#### [1097] Conditions d'adoption des décisions collectives.

— La loi est muette sur les conditions de quorum et de majorité des prises de décision collectives. Les statuts sont donc libres de fixer le quorum de leur choix ; dans le silence des statuts, aucun *quorum* n'est exigé. Les règles de *majorité* sont également librement définies dans les statuts : majorité absolue ; renforcée ;

<sup>3</sup> Art. 101-24 al. 1<sup>er</sup> L1915 : « (...) dans les formes et conditions qu'ils (les statuts) prévoient » qu'à propos de celles qui leur reviennent de par la loi (art. 101-24 al. 2 L1915 : « (...) dans les conditions prévues par les statuts (...) ».

<sup>4</sup> PERIN, L'information des associés dans la société par actions simplifiée, *D. Affaires* 1997, p. 1060.

unanimité, et pourquoi pas une prise de décision sur la base d'un vote minoritaire. De même, les statuts pourront attribuer à un associé, au président, voire à un tiers, un *droit de veto* à l'égard de certaines décisions.

La question du *nombre de droits de vote* attaché à chaque action pose problème. D'un côté, le renvoi général aux règles des sociétés anonymes (art. 101-18 al. 3 L1915) permettrait de penser que le principe : « une action – une voix » (v. n° [969] et s.) s'appliquerait également à la SAS. Mais ce renvoi n'est pas automatique : il ne s'exerce que dans la mesure de la compatibilité à la SAS de la disposition applicable aux SA. Or, la modulation du droit de vote constitue un aspect important de la flexibilité du droit des sociétés. Comme, par ailleurs, l'article 101-18 al. 3 L1915 exclut les règles en matière de limitation du pouvoir votal du domaine du renvoi applicable aux SAS, il est permis de penser que le législateur a entendu exclure l'intégralité des règles connues en matière de SA, lorsqu'il s'agit de définir les modalités du droit de vote dans les SAS. On peut donc retenir que *le nombre de droits de vote attaché à chaque action n'est pas limité*. Les statuts de la SAS peuvent donc parfaitement créer des actions à droit de vote plural (double, quintuple, etc.). La modulation du droit de vote peut être fonction de la catégorie d'actions à créer ou être basée sur la tête de l'associé. De ce fait, le droit de vote plural pourra être transmissible ou disparaître lors de la cession de l'action.

**[1098] Nullités des décisions collectives.** — Le projet de loi n° 5730 prévoyait un régime spécial des nullités des décisions collectives dans la SAS : les décisions ne respectant pas le domaine réservé par la loi aux associés « peuvent être annulées à la demande de tout intéressé » (art. 101-24 dernier alinéa L1915). Cette proposition de texte pouvait se justifier à une époque où la loi de 1915 ne contenait pas de régime général des nullités des assemblées. La loi du 10 août 2016 ayant cependant changé cela (v. n° [257]), le législateur a pu faire l'économie d'un texte spécifique pour la SAS, le régime général des nullités des assemblées dans les SA lui étant applicable.

### 3. ACTIONNARIAT DE LA SAS

**[1099] Aménagements à la mobilité des actions.** — Si le droit sur les bénéfices ne présente pas de spécificité (v. n° [227] ; [974]), le droit sur les actions peut, en revanche, faire l'objet d'aménagements importants dans les statuts. En effet, en dépit du fait que la SAS reste une société de capitaux, avec un capital social divisé en actions, le législateur permet une personnalisation importante de la SAS, notamment concernant la condition juridique de l'associé de la SAS, en particulier concernant la mobilité des droits sociaux détenus dans la SAS.

Le projet de loi n° 5730 prévoyait à ce sujet cinq clauses que les auteurs du projet de loi se proposaient de consacrer expressément dans la SAS : agrément, inaliénabilité, retrait et exclusion (projet d'art. 101-27 à 31 L1915). Le projet de loi entendait que la loi leur accorde une efficacité maximale, en frappant de nullité toute cession effectuée en violation des statuts (projet d'art. 101-29 L1915). La Commission juridique n'a pas retenu ces propositions de texte, sauf le projet d'article 101-29. La suppression a été justifiée par le fait que les différentes clauses pouvaient, de toute façon, exister dans les sociétés anonymes, et a fortiori, dans une plus large mesure encore, dans les SAS. Seule la sanction des cessions effectuées en violation des clauses limitatives de la cessibilité des actions a finalement été introduite en droit (art. 101-26 L1915)<sup>1</sup>. La bonne foi éventuelle du tiers acquéreur n'importera pas, car les dispositions statutaires lui sont également opposables, ce qui constitue un plus certain par rapport aux pactes d'actionnaires (v. n° [334]). Le tiers acquéreur devra donc restituer les actions acquises en violation des statuts.

<sup>1</sup> Art. 101-26 L1915 : « Toute cession d'actions effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ».



## 4. CONTRÔLES DE LA SAS

**[1100]Caractère obligatoire de l'auditeur.** — La SAS est obligatoirement soumise au contrôle d'un commissaire ou réviseur d'entreprises agréé, en fonction des critères posés par la loi (v. n° [449]). L'auditeur est obligatoirement choisi sur la base d'une décision collective des associés (v. n° [1095]). Sa mission dans la SAS est la même que dans la SA, et il encourra les mêmes responsabilités.

**Faculté de prévoir des contrôles additionnels.** — Les associés de la SAS peuvent, comme en toute société, demander au tribunal un commissaire spécial aux fins de vérification de certaines opérations (v. n° [233]). La SAS pourra également fonctionner sur la base du modèle de la SA à directoire, les statuts pourront prévoir un directoire contrôlé par un conseil de surveillance. Cette surveillance pourra, au gré des statuts, être ponctuelle ou générale, prendre la forme d'approbations à obtenir par avance ou de contrôles a posteriori. Dans le silence de la loi, on appliquera à l'égard de ces personnes, par analogie, les règles applicables dans les sociétés anonymes en ce qui concerne la responsabilité des membres du conseil de surveillance. Des comités spécialisés (de nomination, de rémunération, etc.) pourront être chargés de missions particulières. Sous peine d'être traitées comme des « dirigeants de fait », les personnes chargées du contrôle doivent se limiter à cet aspect et ne pas empiéter sur l'action des directeurs et du président. Cela requiert qu'elles se cantonnent à contrôler a posteriori, ou à approuver au préalable, les actes de gestion que le président de la SA ou ses directeurs, s'il y a en a, poseront, sans intervenir eux-mêmes dans ces actes.

Section 3. Société en commandite par actions<sup>1</sup>

**[1101]Traits caractéristiques.** — Dans la SCA, il existe, comme dans la SEC, deux catégories d'associés (art. 102 L1915 ; v. n° [719])<sup>2</sup>. La première catégorie, qui peut se réduire à une seule personne, est celle des commandités. La seconde est celle des commanditaires. Les commandités sont, comme dans la SEC, des associés en nom, indéfiniment responsables des dettes sociales. Les commanditaires, comme dans la SEC, ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports, mais à la différence des commanditaires de la SEC, les droits des commanditaires de la SCA sont négociables. Le caractère personnel de l'associé, même commanditaire, dans la SEC ne se retrouve pas chez les commanditaires de la SCA. Au lieu de détenir des parts d'intérêt, ils possèdent des actions, le statut des commanditaires ressemblant à celui des actionnaires dans la SA.

La SCA a été créée d'après le modèle de la SEC. Dans les deux formes sociétaires, la responsabilité des commanditaires est limitée à leur apport, les commandités, en revanche, étant exposés à une obligation au passif indéfinie et solidaire. En général, si la distinction entre les deux sociétés reste aisée en pratique, en raison de la rédaction des statuts, des cas douteux peuvent se présenter notamment lorsque les parts d'intérêt de la SEC sont déclarées cessibles par les statuts de la société. Il faut alors se référer à la distinction classique entre l'« action » et la « part d'intérêt », la négociabilité étant la caractéristique de

<sup>1</sup> BERTREL, Vers un renouveau de la société en commandite par actions, *Rev. Banque* 1986, p. 363 ; FAURE, *Les commandites*, Paris, 1997 ; NICAISE, La société en commandite par actions; bilan et perspectives, in : *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 117 ; VIANDIER (Éd.), *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Paris, 1983.

<sup>2</sup> Art. 102 L1915 : « La société en commandite par actions est celle que contractent, pour une durée limitée ou illimitée, un ou plusieurs actionnaires, indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, avec un ou plusieurs actionnaires qui n'engagent qu'une mise déterminée ».

l'action<sup>1</sup>.

La SCA est donc un composé original de la SEC et de la SA. Il aurait sans doute été possible au législateur de déterminer les règles applicables aux SCA par référence distributive aux règles de la SEC et de la SA. Mais cela aurait créé des complications en raison des risques de chevauchements et de contradictions pouvant en résulter. Aussi a-t-il été jugé préférable de déterminer le régime juridique de la SCA par référence à celui des SA, en renvoyant aux dispositions applicables aux SA (art. 103 L1915)<sup>2</sup>. La loi de 1915 se borne à indiquer les différences, en prévoyant les dispositions spécifiques dérogoires au droit commun des SA, là où elle estimait que cela était nécessaire. Les règles dérogoires sont inspirées des règles gouvernant les SEC. Elles ne s'appliquent en principe que là où le législateur en a disposé ainsi<sup>3</sup>. En sus des dérogoires explicites, il existe cependant une dérogoire implicite : le renvoi aux règles applicables aux SA n'existe que dans la mesure où il n'existe pas d'incompatibilités résultant des spécificités de la SCA. Le renvoi aux règles des SA n'est donc *que partiel*.

Le renvoi aux règles applicables aux SA dans la mesure de leur compatibilité avec la nature des SCA n'est a priori pas évident. Cette limitation résulte en France de l'article L-225-1 du Code de commerce. Cet article n'a pas d'équivalent en droit luxembourgeois, de sorte que l'on pourrait être tenté de conclure que le renvoi serait de droit, sauf dérogoire explicite dans la loi de 1915. « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* » disent les latinistes : lorsque la raison d'être de la loi cesse, c'est la loi elle-même qui cesse. Cette maxime juridique veut que l'application de la loi cesse en l'absence des motifs qui fondent la règle, notamment quand il existe un divorce évident entre la lettre de la règle et son esprit. La loi ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant être prévues par la lettre du texte, se trouvent néanmoins exclues de son esprit. *Le renvoi*

*prévu à l'article 103 L1915 n'est donc pas servile, automatique, mais conditionné par une similitude suffisante de situations entre la SCA et la SA.*

Si l'on applique ce raisonnement aux SCA, force est de constater que, sur certains points, la SCA est la décalque de la SA, alors que, sur d'autres points, les différences sont bien réelles. Les commanditaires sont des actionnaires assimilables à ceux de la SA. Le renvoi aux règles de la SA se justifie dès lors en ce qui concerne les « actions » : leur émission ; le droit de propriété ; leur transmission. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que, dans les anciens traités, on classe les SA et les SCA dans la catégorie générique des sociétés « par actions ». À côté du commanditaire, il existe cependant également le commandité, dont le régime juridique a été emprunté à celui applicable en matière de SEC. C'est le commandité qui, traditionnellement, devait exercer la gérance de la SCA, à l'instar de ce qui était applicable aux SEC. Du coup, les règles de gouvernance de la SCA ont non seulement fait l'objet de dispositions spécifiques dérogoires au droit des SA, mais se trouvent en sus spécifiquement affectées par la réserve résultant de la maxime juridique : gérance unique dans la SCA et gérance collégiale dans la SA ; gérance statutaire dans la SCA et gérance non statutaire dans la SA ; gérance attribuée à l'un des commandités dans la SCA et gérance attribuée aux actionnaires comme aux tiers dans la SA. Ce sont là autant de différences importantes rendant le renvoi aux règles de la gestion sociale des SA largement impossible. L'institution du *représentant permanent* constitue un excellent exemple des limites de l'article 103 L1915 (v. n° [890]). Si une SCA a pour gérant unique une personne morale (p.ex. : une SARL), cette SARL devrait désigner un représentant permanent pour agir en tant que gérant de la SCA. À défaut, aucune résolution ne devrait être prise. Cela empêcherait de fait tout fonctionnement de la SCA et la condamnerait à très court terme. L'application de cette même règle aux SA, par contre, ne pose pas de problèmes a priori, puisque l'organe collégial, composé de trois personnes au moins, pourrait continuer à prendre des résolutions (hypothèse : l'un des trois administrateurs est une personne morale). Il n'est dès lors pas étonnant que le législateur ait limité l'applicabilité des règles en matière de nomination d'un représentant permanent aux seules SA<sup>4</sup>.

**[1102] Historique de la SCA et renouveau actuel de la SCA.** — La SCA a eu son heure de gloire au XIX<sup>e</sup> siècle, à une époque où il fallait une autorisation gou-

<sup>1</sup> Lux. 26 mars 1992, n° 1794/92 ; Lux. 26 mars 1992, n° 1796/92.

<sup>2</sup> Art. 103 L1915 : « Les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sauf les modifications indiquées dans la présente section. »

<sup>3</sup> CORBAU, ad art. 74, p. 213.

<sup>4</sup> Art. 107 L1915 : « (...) Lorsqu'un ou plusieurs gérants sont des personnes morales, elles ne sont pas tenues de désigner une personne physique comme représentant permanent. (...) ».

vernementale pour la constitution d'une SA. La SCA, en raison de l'obligation illimitée de l'associé commandité, n'avait pas besoin de cette autorisation, ce qui explique largement son succès à l'époque (la « fièvre des commandites »)<sup>1</sup>.

Elle a subi une éclipse certaine depuis lors, à tel point qu'on a songé un instant à l'abolir comme forme juridique, à l'occasion de la refonte du droit des sociétés français en 1966. Mais elle bénéficie d'un net regain d'intérêt depuis lors<sup>2</sup>, moins en raison d'une supposée souplesse, la réglementation de la SCA étant calquée sur celle applicable aux SA, mais du fait de la stabilité de la direction : il n'est pas difficile pour les commandités de se soustraire à l'emprise des commanditaires, en s'aménageant la gestion de la société par une clause appropriée des statuts. La SCA offre ainsi une grande capacité de résistance à une prise de contrôle hostile sur la société. Un deuxième avantage, certes moins utile dans le contexte luxembourgeois, quoiqu'intéressant, est la dissociation du pouvoir financier et du pouvoir opérationnel qu'il permet de réaliser : le commanditaire apporte les fonds, et le commandité sa force de travail<sup>3</sup>. La SCA permet, de ce fait, une association des entrepreneurs et des investisseurs. C'est ainsi que la SCA constitue souvent un véhicule idéal pour l'organisation de la succession dans les entreprises familiales et comme holding de reprise dans le cadre des opérations de « *Management-Buy-*

*Out* »<sup>4</sup>.

Le régime juridique des SCA a fait l'objet de quelques aménagements dans le cadre de la loi portant transposition de la directive communautaire en matière de gestionnaires de fonds alternatifs (L12.7.2013). Bien que ces changements aient essentiellement porté sur la modernisation du régime des sociétés en commandite simple (v. n° [717] et s.), le législateur en a profité pour également procéder à un toilettage des règles applicables aux SCA dans un souci de leur modernisation<sup>5</sup>.

**[1103] Régime fiscal de la SCA.** — La dualité du régime juridique de la SCA se retrouve également sur le plan fiscal.

D'un côté, et à juste titre d'ailleurs, le législateur range la SCA plutôt du côté des sociétés anonymes que des sociétés en commandite simple. Aussi la SCA constitue-t-elle une société « opaque » comme la SA et non pas une société « transparente » comme la SEC. La SCA bénéficie du coup, comme sujet fiscal propre, des avantages conventionnels résultant des conventions contre la double imposition signées par le Luxembourg ainsi que des directives communautaires en matière de fiscalité des entreprises. Cela permet notamment à la SCA de bénéficier, sous certaines conditions, d'une remontée des dividendes sans retenue à la source à l'étranger et d'une exemption de ces dividendes et des gains en capital relatifs à la filiale dans le chef de la SCA<sup>6</sup>.

Mais la SCA participe également à la nature des so-

<sup>1</sup> En détail LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce*, Paris, 1938.

<sup>2</sup> BERTREL, op.c. ; TILQUIN, Le renouveau de la société en commandite par actions ; *Rev. Banque* 1991, p. 89. La Belgique se propose cependant d'abandonner cette forme juridique, dans le cadre d'un effort de modernisation et de simplification de son Code des sociétés ; cette proposition ne fait cependant pas l'unanimité en doctrine : v. TILQUIN, La société en commandite par actions : est-ce vraiment la fin ?, *Stradalex* 2017, p. 87.

<sup>3</sup> MACCHI/MULLER, L'utilisation des sociétés en commandite en droit luxembourgeois, *JurisNews* vol. 3 n° 8, 2010, p. 117.

<sup>4</sup> TILQUIN, op.cit., n° 20.

<sup>5</sup> V. CORBISIERS, La réforme de la société en commandite par actions (SCA) et comparaison générale du régime des diverses commandites et de la SARL, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, op.c., p. 95.

<sup>6</sup> En détail : MISCHO, La mise en place d'un fonds de private equity sous forme de société en commandite : aspects fiscaux ; in ; *Les Commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 3, Bruxelles, 2013 ; STEICHEN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

ciétés de personnes, du moins en ce qui concerne le commandité. C'est ainsi que si les revenus autres que ceux provenant de la participation aux bénéfices du commandité sont certes déductibles auprès de la SCA, ces mêmes revenus constitueront des bénéfices commerciaux imposables auprès du commandité, indépendamment de la nature de ces revenus (p.ex. : salaires, loyers). Cette approche est conforme aux principes gouvernant les sociétés transparentes, où tous les revenus perçus par l'associé constituent une variété de la quote-part de bénéfice commercial lui revenant. Afin de maintenir une certaine unité avec le régime fiscal applicable aux commanditaires, le législateur n'assimile pas les versements faits au commandité en raison de sa participation dans la SCA aux prélèvements privés, mais aux dividendes.

## § 1. L'EXISTENCE DE LA SCA

On verra les règles gouvernant la constitution de la SCA (A) et celles ayant trait à sa réorganisation éventuelle (B).

### A. CONSTITUTION DE LA SCA

**[1104]Capital social et nombre d'actionnaires.** — Il faut au moins un commandité et au moins un commanditaire pour constituer une SCA (art. 102 L1915), ces deux qualités ne pouvant être réunies sur une même tête.

Le *nombre minimum de commanditaires* dans les textes a longtemps été de deux (« *des actionnaires* qui n'engagent qu'une mise déterminée » ; anc. art. 102 L1915). L'emploi du pluriel pour les commanditaires ne devait pas laisser de doutes que le texte de loi exigeait bien une pluralité de commanditaires. Mais comme la SA pouvait entre-temps être créée sous la forme d'une société unipersonnelle, il n'existait plus aucune raison non plus de rester plus exigeant pour la SCA. La loi de 2013 a entériné la pratique qui s'était déjà établie dans le sens qu'un seul commanditaire suffit.

Les règles en matière de capital social minimum et de sa libération gouvernant les SA sont applicables à la SCA (v. n° [869] et s.). Le capital social de la SCA est divisé en actions, sauf pour les mises du commandité

qui reçoit des parts d'intérêt en raison de son statut qui se rapproche de celui des commandités dans la SEC. Souvent les commandités effectuent en outre des apports en industrie n'entrant pas dans le capital social de la société. Ces apports en industrie sont logiquement rémunérés par une part de bénéfices fixée par les statuts et qui est, en général, assez élevée, car elle rémunère l'étendue des engagements financiers du commandité.

**[1105]Dénomination sociale.** — La SCA n'a plus qu'une dénomination sociale (art. 105 n° 1 L1915)<sup>1</sup>. S'il n'y a sans doute aucun obstacle à inclure le nom d'un ou de plusieurs actionnaires commandités dans la dénomination sociale, on peut hésiter par contre sur la question de savoir si cette possibilité devrait également être ouverte aux actionnaires commanditaires. Par analogie avec la société en commandite simple, cette inclusion devrait être permise.

Avant la réforme de 2013, la SCA avait, comme la SEC, une *raison sociale* composée du nom d'un ou de plusieurs associés commandités (art. 104 L1915). Il était toutefois possible d'y adjoindre une *dénomination sociale* comme dans la SA (pour la distinction entre la raison sociale et la dénomination sociale, v. n° [171]). Afin d'éviter tout risque de confusion des tiers quant à la portée des engagements financiers des actionnaires, la raison sociale ne pouvait comprendre aucun nom des actionnaires commanditaires. Les commanditaires qui laissaient figurer leur nom dans la raison sociale de la société s'exposaient aux mêmes risques de responsabilité indéfinie et solidaire vis-à-vis des tiers que les commanditaires dans la SEC en pareille situation (v. n° [727]). Suite à la loi du 12 juillet 2013, l'article 104 L1915 a été abrogé. Depuis lors, la SCA n'opère plus que sous une dénomination sociale (art. 105 n° L1915 ; v. n° [172]). La raison du changement législatif tenait au fait qu'il ne semblait plus nécessaire de prévoir une disposition spéciale sur la question de la dénomination de la SCA, dans la mesure où le régime des sociétés anonymes est, de toute façon, applicable en vertu de l'article 103 L1915. Il faut en déduire qu'il n'y a plus d'obstacles à ce que le nom d'un ou de plusieurs commanditaires figure dans le nom de la SCA ; en particulier, cela n'entraînera pas leur

<sup>1</sup> Art. 105 n° 1 L1915 : « Tous les actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commandes et autres documents émanés des sociétés en commandite par actions doivent contenir : 1) la dénomination sociale ; (...) ».

responsabilité solidaire et illimitée (v. l'art. 108 L1915 dans sa version suite à la loi du 10 août 2016<sup>1</sup>).

**[1106]Autres mesures de publicité.** — La SCA, surtout celle ayant également adopté une dénomination sociale, pouvant facilement être confondue avec la SA, le législateur prévoit des mesures de publicité d'accompagnement à toutes les sociétés en commandite par actions. C'est ainsi que la SCA devra mentionner, sur tous les documents émanant d'elle, le terme « société en commandite par actions ». Elle indiquera également son siège social, son numéro d'immatriculation au RCS ainsi que le siège du tribunal d'arrondissement compétent dans les actions en justice dirigées contre la société (art. 105 L1915)<sup>2</sup>. La mention du capital social n'est pas obligatoire, mais lorsqu'elle existe, la société devra également indiquer ses capitaux propres si ceux-ci lui sont inférieurs, le montant du capital social non encore libéré.

<sup>1</sup> Dans la version avant la loi du 10 août 2016, l'art. 108 L1915 avait la teneur suivante : « L'actionnaire commanditaire qui prend la signature sociale, même en vertu de procuration, ou dont le nom figure dans la raison sociale, encourt, à l'égard des tiers, les mêmes responsabilités que celles qu'édicte, pour les mêmes faits, l'article 20 à l'égard du commanditaire de société en commandite simple ». La loi du 10 août 2016 a supprimé « ou dont le nom figure dans la raison sociale » dans l'article en question, qui se lit dorénavant comme suit : « L'actionnaire commanditaire peut agir en qualité de membre d'un organe de gestion ou mandataire d'un gérant de la société, même actionnaire commandité, ou prendre 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 ».

<sup>2</sup> Art. 105 L1915 : Tous les actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commandes et autres documents émanés des sociétés en commandite par actions doivent contenir : (...) 2) la mention « société en commandite par actions » reproduite lisiblement et en toutes lettres ; 3) l'indication précise du siège social ; 4) « les mots « Registre de commerce et des sociétés, Luxembourg » ou les initiales « R.C.S. Luxembourg » suivis du numéro d'immatriculation. (...) ».

**[1107]Financement de la SCA.** — La parenté existant avec la SA se retrouve à maints égards, y compris en matière de financement de la SCA. C'est ainsi que les sociétés en commandite par actions peuvent émettre des actions, des obligations et plus généralement des valeurs mobilières comme les sociétés anonymes (v. n° [969] et s.).

## B. RÉORGANISATION DE LA SCA

**[1108]Modification des statuts.** — L'assemblée des actionnaires regroupe des commanditaires et des commandités ; si pour les premiers, la règle est évidente, il n'existe cependant aucune raison de vouloir refuser aux commandités l'accès aux assemblées, car ceux-ci sont également « actionnaires » dans la société (v. p.ex. : art. 107 L1915)<sup>3</sup>. Les décisions ne seront valablement prises que si elles réunissent les conditions de quorum et de majorité exigées pour les modifications statutaires dans la SA. Par ailleurs, les décisions prises en assemblée générale extraordinaire doivent en principe être approuvées par les gérants, donc par l'ensemble ou partie des commandités (art. 111 L1915 : « que d'accord avec les gérants »). Le refus d'un seul gérant peut donc entraîner un conflit sans issue, si les statuts ne prévoient pas de clauses contraires.

**[1109]Dissolution de la SCA.** — Outre les causes de dissolution applicables à l'ensemble des sociétés (v. n° [627]), les SCA sont soumises à l'ensemble des dispositions relatives à la dissolution des sociétés anonymes, et en particulier aux dispositions relatives à la perte de la moitié ou des trois quarts du capital social (v. n° [885]). Concernant le statut des commandités, on applique les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif (v. n° [704]).

Pour cette raison, en cas de décès, de faillite ou d'incapacité frappant l'un des gérants, la société est en principe dissoute. Cependant, les statuts peuvent prévoir la continuation de la

<sup>3</sup> Art. 107 L1915 : « La gérance de la société appartient à un ou plusieurs gérants, actionnaires commandités ou non, désignés conformément aux statuts. (...) ».

société avec les autres gérants (art. 112 L1915)<sup>1</sup>. En cas de gérance unique, et dans le silence des statuts sur la manière de continuation de la société (bien que les statuts doivent au moins indiquer qu'elle puisse continuer), le tribunal d'arrondissement désignera un administrateur provisoire, actionnaire ou non, qui posera les actes urgents et de simple administration, jusqu'à la réunion de l'assemblée générale convoquée dans les 15 jours et devant statuer sur la continuation de la société et par voie de conséquence sur la nomination d'un nouveau gérant.

La SCA supposant la présence de deux catégories d'actionnaires (commandités et commanditaires), certains événements affectant chacune de ces deux catégories vont entraîner la dissolution de la société : tel sera le cas si la société vient à ne comporter plus aucun commandité ou commanditaire.

## § 2. GÉRANCE DE LA SCA

L'originalité de la SCA se remarque principalement dans son mode de gérance : non seulement le mode d'administration de la SCA se rapproche davantage de celui de la SARL que de la SA, mais surtout le gérant de la SCA bénéficie, contrairement aux dirigeants de la SA, d'une grande stabilité.

<sup>1</sup> Art. 112 L1915 : « Dans le cas du décès, de la dissolution, d'incapacité légale, de révocation, de démission, d'empêchement, de faillite ou d'autres situations de concours dans le chef de l'associé commandité, s'il n'y en a pas d'autre et s'il a été stipulé que la société continuerait, il sera pourvu à son remplacement. A défaut de stipulations spécifiques à cet égard dans le contrat social, le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut désigner, à la requête de tout intéressé, un administrateur provisoire, associé ou non, qui seul fera les actes urgents et de simple administration, jusqu'à la décision des associés, que cet administrateur devra faire prendre dans la quinzaine de sa nomination. L'administrateur n'est responsable que de l'exécution de son mandat. Tout intéressé peut faire opposition à l'ordonnance; l'opposition est signifiée à la société ainsi qu'à la personne désignée et à celle qui a requis la désignation. Elle est jugée en référé. »

## A. STATUT DU GÉRANT

**[1110]Nomination du gérant.** — Aux termes de l'article 107 L1915 : « La gérance de la société appartient à un ou plusieurs gérants, actionnaires commandités ou non, désignés conformément aux statuts ». Les gérants ne doivent donc pas être obligatoirement choisis parmi les commandités, la tâche de la gestion sociale pouvant également être confiée à des tiers, mais non pas aux commanditaires. Le commandité pouvant être une personne morale, la gestion de la SCA est souvent confiée en pratique à une personne morale à risque limité (p.ex. : à une SARL).

Lorsqu'une personne morale est le gérant de la SCA, se pose évidemment la question de l'applicabilité éventuelle des règles gouvernant les SA et le *représentant permanent* (v. n° [892])<sup>2</sup>. Concrètement, si une SARL est l'associé commandité de la SCA, devra-t-elle prévoir un représentant permanent personne physique qui encourra la même responsabilité que la SARL dans le cadre de l'exécution de son mandat de gestion sociale auprès de la SCA? On pourrait a priori le penser en raison du renvoi par la loi aux règles applicables aux SA. Mais la lecture des travaux parlementaires relatifs à l'introduction du représentant permanent en droit luxembourgeois, tout comme ceux concernant le registre du commerce, permet de penser que le législateur n'entendait créer l'obligation de nomination d'un représentant permanent que pour les seules sociétés anonymes. La loi du 10 août 2016 a confirmé cette lecture des textes, en retenant le caractère facultatif du représentant permanent dans des situations où le gérant de la SCA est une personne morale<sup>3</sup>.

Le ou les gérants sont désignés conformément aux statuts, au moment de la constitution de la société comme en cours de vie sociale. Si le gérant est nommé dans les statuts (« *gérant statutaire* »), il bénéficiera, du coup, d'une irrévocabilité de fait (v. n° [1112]). Dans le cas inverse (« *gérant nommé en dehors des statuts* »), on appliquera dans le silence des statuts les règles

<sup>2</sup> MASSEHIAN/BOON, Des silences équivoques, *La Voix* 11 avr. 2011, p. 12.

<sup>3</sup> Art. 107 L1915 : « (...) Lorsqu'un ou plusieurs gérants sont des personnes morales, elles ne sont pas tenues de désigner une personne physique comme représentant permanent.(...) ».

applicables aux sociétés anonymes (v. n° [896] et s.). En pratique, la gérance est, la plupart du temps, unique, mais il est possible de nommer *plusieurs gérants*. Dans ce cas, les gérants, sauf disposition en ce sens dans les statuts, ne forment pas un collège, leurs pouvoirs restant concurrents.

**[III1]Rémunération du gérant.** — La rémunération du gérant constitue, selon le cas, un salaire ou la rémunération d'un apport d'industrie. Cette distinction présente de l'intérêt au point de vue fiscal. Les rémunérations représentant un salaire constituent en effet des charges déductibles pour la société. Il en est autrement de celles qui rétribuent un apport d'industrie et qui constituent donc des dividendes non déductibles pour la société. Il ne suffira évidemment pas d'établir un contrat de travail, afin de pouvoir déduire le salaire du revenu imposable de la SCA : le contrat de travail devra répondre aux conditions de fond en matière de contrat de travail, ce qui inclut l'exigence d'un lien de subordination du gérant par rapport à la société. Un tel lien sera la plupart du temps très difficile à établir, le gérant de la SCA ne se trouvant en principe pas « sous les ordres » d'un employeur.

**[III2]Révocation du gérant.** — Il faut distinguer le gérant statutaire et le gérant choisi en-dehors des statuts. Pour le gérant choisi en-dehors des statuts, on appliquera les règles applicables aux sociétés anonymes (v. n° [899]).

La situation est plus compliquée pour les gérants statutaires. Le point de départ est qu'il faut de toute façon suivre les règles applicables aux changements des statuts. L'accord de l'associé-commandité est également requis (art. 111 L1915)<sup>1</sup>. S'il a été nommé dans les statuts de la société, le gérant, même non-commandité, devra approuver sa propre révocation, car il fait partie

du pacte social. Lorsqu'il existe plusieurs gérants, il faut en principe l'accord unanime des gérants pour la révocation.

Comme la révocation du gérant statutaire n'a, en principe, lieu qu'avec le consentement de la personne concernée, le risque de blocages au sein de la société est réel. Il ne reste dans cette situation que la possibilité de révocation par les tribunaux *pour cause légitime* (art. 1856 al. 2 C.civ.<sup>2</sup>), par exemple lorsque l'activité du gérant ne respecte pas de manière répétée et suffisamment grave l'intérêt social. En raison du renvoi aux dispositions applicables aux sociétés anonymes, le désaccord profond entre le gérant et les commanditaires pourra également constituer une cause de *dissolution de la société* « pour justes motifs » (renvoi à l'art. 99 al. 3 L1915 ; v. n° [637]), s'il en résulte une impossibilité de réaliser l'objet social. De ce point de vue, l'autonomie du gérant, si elle reste bien réelle, n'est sans doute pas aussi arbitraire que certains pourraient l'imaginer.

Mais l'accord du gérant statutaire concernant sa révocation ne constitue qu'une règle supplétive, applicable en l'absence de dispositions statutaires en sens contraire. La loi permet en effet aux *statuts* de prévoir d'autres règles (art. 111 L1915 : « sauf disposition contraire des statuts (...) »), de sorte qu'il est tout à fait possible de prévoir la révocation du gérant, tiers ou commandité, aux conditions habituelles de modification de statuts (v. n° [1108]) ; voire même *ad nutum* (v. n° [899]) comme dans la SA.

**[III3]Démission du gérant.** — Les *gérants choisis en dehors des statuts*, même s'ils sont par ailleurs des commandités, peuvent *librement démissionner* comme dans les sociétés anonymes (v. n° [898]).

La situation du *gérant statutaire* est de nouveau différente. Par analogie avec la situation des gérants commandités dans la commandite simple, il est douteux que le gérant statutaire puisse librement démis-

<sup>1</sup> Art. 111 L1915 : « Sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale des actionnaires ne fait et ne ratifie les actes qui intéressent la société à l'égard des tiers ou qui modifient les statuts que d'accord avec les associés commandités. »

<sup>2</sup> HAMEL/LAGARDE, n° 776.

sionner, car il fait partie du pacte social<sup>1</sup>. Sa démission doit avoir une *cause légitime* et être acceptée par l'assemblée générale extraordinaire des commanditaires devant nommer à la même occasion un nouveau gérant. Mais comme le droit de démission ne touche pas à l'ordre public, les statuts pourront réglementer la matière.

## B. FONCTIONS DU GÉRANT

**[III4] Pouvoirs généraux du gérant.** — La loi ne prévoyant pas de dispositions particulières en ce qui concerne les pouvoirs du gérant, leurs pouvoirs sont analogues à ceux du gérant de la SECS. Cependant, contrairement à ce qui est le cas pour les SECS, la SCA étant une société par actions où le souci de protection des créanciers l'emporte sur les considérations de sauvegarde des intérêts des actionnaires, les gérants ont les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et engagent, dans leurs rapports avec les tiers, de sorte que la société sera tenue même pour les actes qui ne relèvent pas de l'*objet social*, sauf si le tiers savait que l'acte dépassait cet objet (v. n° [373] et [902]). Comme dans la SA, la seule publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve.

L'article 111 L1915 dispose que « l'assemblée générale des actionnaires ne fait et ne ratifie les actes qui intéressent la société (...) que d'accord avec les gérants ». Cette disposition est doublement désuète.

L'assemblée ne « fait » plus d'actes de gestion, comme cela a pu être le cas par le passé. À l'époque, l'assemblée générale des actionnaires disposait d'un pouvoir souverain au sein de la société. Cela lui permettait d'engager la société vis-à-vis des tiers, même malgré l'opposition des dirigeants. Cela aurait pu se révéler catastrophique pour le gérant de la SCA en raison de sa responsabilité illimitée au passif social. Aussi l'article 111 L1915 a prévu une règle de protection du gérant, aux termes de laquelle la société ne peut pas être engagée contre son gré. Cet article a largement perdu sa raison d'être, car depuis l'harmonisation communautaire du droit des sociétés, les dirigeants ont seuls compétence pour engager la société,

l'assemblée générale des actionnaires n'ayant plus aucun pouvoir en la matière.

L'assemblée ne « ratifie » plus non plus certains actes posés par les gérants de la SCA. Une ratification n'a de sens que dans la mesure où les limitations aux pouvoirs des gérants sont opposables aux tiers. Tel n'est cependant plus le cas de nos jours dans les sociétés à risque limité (v. n° [373]).

De même, les *restrictions apportées par les statuts aux pouvoirs* du gérant sont inopposables aux tiers. En revanche, dans les rapports entre gérants et actionnaires, l'objet social ainsi que les restrictions statutaires aux pouvoirs des gérants sont parfaitement valables et seront prises en considération à l'occasion d'une action en responsabilité.

En cas de *pluralité de gérants*, chacun d'eux détient séparément tous les pouvoirs de gestion externe. Du coup, l'opposition éventuelle formée par un gérant aux actes d'un autre gérant sera sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il puisse être établi qu'ils en avaient eu connaissance au moment de la passation de l'acte. Par contre, les clauses statutaires exigeant la signature par deux ou plusieurs gérants pour engager la société sont opposables aux tiers comme dans la SARL (v. n° [807]).

Il est vrai que la loi ne tranche pas la question des pouvoirs de représentation de la SCA dans l'hypothèse d'une pluralité de gérants, de sorte qu'il est permis d'hésiter entre une application des règles de la SA (art. 53 L1915) et celles de la SARL. La doctrine belge<sup>2</sup> semble pencher pour l'application du régime des sociétés anonymes, en raison du renvoi fait à l'article 103 L1915 aux dispositions applicables aux sociétés anonymes. Mais ce renvoi n'est pas automatique. Comme la loi de 1915 part très clairement de l'hypothèse du conseil d'administration fonctionnant en tant qu'organe collégial, alors qu'elle envisage la gestion de la SCA plutôt sous la forme d'un gérant unique, une application par analogie des règles de la SARL semble justifiée.

<sup>1</sup> VAN RYN, *Principes*, t. 1<sup>er</sup>, n° 872.

<sup>2</sup> NICAISE, *La société en commandite par actions ; bilan et perspectives*, in : *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, 1999, p. 117 (p. 126) ; TILQUIN, *Le renouveau de la société en commandite par actions* ; *Rev. Banque* 1991, p. 93 ; WOLF, *La société en commandite par actions*, in : *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, 1995, p. 527 (p. 555).



Les gérants doivent également approuver, sauf disposition statutaire contraire, toute *modification des statuts* (art. 111 L1915)<sup>1</sup>.

**[III5] Attributions spécifiques du gérant.** — Au pouvoir général de décision dans l'ordre interne et de représentation dans l'ordre externe s'ajoutent un certain nombre d'attributions spécifiques calquées sur celles applicables en matière de SA: les gérants sont obligés, tout comme dans la SA, de convoquer une assemblée générale en cas de perte de la moitié du capital social et une nouvelle fois lorsque la perte atteint la moitié du capital social (art. 103 L1915 renvoyant à l'article 100 L1915 ; v. n° [884] et s.) ; ils doivent convoquer une assemblée sur demande d'actionnaires disposant de 10% au moins du capital social ; ... (v. n° [906]).

**[III6] Responsabilités du gérant.** — Les gérants sont également responsables, comme c'est le cas pour les administrateurs de sociétés anonymes, pour les fautes de gestion ainsi que les fautes de régularité qu'ils ont pu commettre (v. n° [381] et s.). Cette responsabilité d'après le régime applicable aux sociétés anonymes est surtout utile en présence de gérants-tiers. Lorsque, tel que c'est le cas, comme la plupart du temps, la gérance est assumée par un commandité de la société, les tiers n'ont généralement pas besoin de rechercher leur responsabilité, leur obligation au passif social étant indéfinie. La responsabilité civile des gérants est mise en jeu dans le cadre de l'action sociale, les commanditaires n'ayant pas d'action directe individuelle (v. n° [393]).

Les gérants ne sont plus responsables de la régularité de la constitution de la société, l'ancien article 107 al. 2 L1915 (« ils sont responsables comme fondateurs de la société ») ayant été abrogé dans le cadre de la réforme de 2013. De ce fait, on appliquera dorénavant le régime des sociétés anonymes aux

fondateurs de SCA (v. n° [880])<sup>2</sup>.

Les gérants de la SCA encourent par ailleurs les mêmes responsabilités pénales que les administrateurs de sociétés anonymes (v. n° [966]).

### § 3. ASSOCIÉS DE LA SCA

La SCA est une société hybride. Elle regroupe à la fois des commandités, qui ont le statut d'associés d'une société en nom collectif, et des commanditaires, qui n'ont qu'une simple qualité d'actionnaire.

#### A. COMMANDITÉS

**[III7] Statut des commandités.** — Le statut des commandités dans la SCA est identique à celui des commandités dans la SEC : seuls les commandités, *indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales*, ont la qualité de *commerçants* ; tout comme dans la SEC, le commandité dans la SCA pourra se contenter de faire des apports en industrie. Les commandités (ou des tiers, mais non pas les commanditaires) peuvent accomplir des actes *de gestion externe*.

Les commandités sont certes les garants de la SCA, mais ils ne constituent pas les *débiteurs directs* des créanciers sociaux. Ceux-ci ont contracté avec la société, et c'est vers elle qu'ils doivent d'abord se tourner pour le règlement de leurs créances. L'article 152 L1915 prévoit de ce fait qu'une condamnation de la SCA doit précéder celle des commandités<sup>3</sup>. L'article 152 L1915 ne visant que la « *condamnation* », rien n'interdit de poursuivre les commandités en justice avant la société ; la jurisprudence considère de même que les exigences de l'article

<sup>1</sup> Art. 111 L1915 : « Sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale des actionnaires ne fait et ne ratifie les actes qui (...) modifient les statuts que d'accord avec les associés commandités. »

<sup>2</sup> CORBISIERS, La réforme de la société en commandite par actions (SCA) et comparaison générale du régime des diverses commandites et de la SARL, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 3, Bruxelles, 2013, p. 95.

<sup>3</sup> Art. 152 L1915 : « Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés solidaires dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les sociétés en commandite par actions et les coopératives à engagement illimité, ne peut être rendu avant qu'il ait condamnation contre la société. »

152 L1915 se trouveraient respectées si la condamnation de la société est simultanée à celle des commandités<sup>1</sup>.

Les commandités peuvent être des *personnes physiques* comme des *personnes morales* ; dans ce cas, il faudra choisir une forme de société commerciale (ce qui exclut donc la société civile). Les événements qui, dans une SEC, emportent la dissolution de la société comportent dissolution de la société en commandite par actions, lorsqu'ils surviennent en la personne du commandité.

Les commandités de la SCA se trouvant dans une situation analogue à celle des commandités de la SEC, on aurait pu penser que les droits sociaux (ce seraient alors des « parts de commandite ») des commandités ne pourraient être cédés qu'aux mêmes conditions que dans cette dernière. L'incessibilité serait dans ce cas de principe, bien que les statuts puissent aménager sans l'éliminer totalement (v. n° [735]). Mais le législateur a emprunté une autre voie en attribuant également au commandité le statut d'« actionnaire ». L'essence de l'action étant sa libre négociabilité, les commandités pourront céder leurs *actions de commandité*, d'après les formes simplifiées du droit commercial<sup>2</sup>. Si leur nom figure dans la dénomination sociale de la société, les cédants veilleront à faire rayer leur nom dans la dénomination sociale sous peine de rester exposés à l'obligation indéfinie et solidaire vis-à-vis des tiers, même pour les actes accomplis après leur départ de la société.

#### [1118] Apports et droits financiers des commandités.

— Les commandités font normalement des *apports au capital social* de la société, apports pour lesquels ils reçoivent également des « actions ». Les commandités qui exercent également des fonctions de gérant peuvent en sus effectuer des *apports d'industrie* ne rentrant pas dans le capital social de la société.

Les *droits financiers* des commandités, qu'il s'agisse des droits d'actionnaires ou des droits découlant de

l'apport d'industrie, sont généralement prioritaires par rapport aux droits des commanditaires, ce qui se justifie par l'obligation aux dettes qui leur incombe. Ce droit prioritaire porte non seulement sur les dividendes ordinaires et les réserves accumulées, mais également sur le boni de liquidation.

#### B. COMMANDITAIRES

[1119] **Statut des commanditaires.** — Si le législateur emploie le terme « actionnaire » à la fois pour les commandités et les commanditaires, c'est vis-à-vis de ces derniers qu'il reçoit sa pleine signification. Aux termes de l'article 102 L1915, les commanditaires ne répondent en effet des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports<sup>3</sup>. Leur statut est donc, en ce qui concerne leur responsabilité, celui des associés d'une société à risque limité. La *limitation de responsabilité* dont bénéficient les commanditaires a pour conséquence l'interdiction qui leur est faite de s'immiscer dans la gestion et l'impossibilité de faire figurer leur nom dans la dénomination sociale, sauf à perdre le bénéfice de la limitation de responsabilité et à devenir indéfiniment et solidairement responsable du passif social (art. 108 L1915)<sup>4</sup>. Pour les mêmes raisons il leur est impossible, contrairement aux commandités, de faire des apports en industrie.

#### [1120] Principe de non-immixtion des commandi-

<sup>1</sup> Cour 11 juin 1986, n° 7 390.

<sup>2</sup> CORBAU, ad. art. 73 p. 212.

<sup>3</sup> Art. 102 L1915 : « La société en commandite par actions est celle que contractent (...) un ou plusieurs actionnaires, indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, avec un ou plusieurs actionnaires qui n'engagent qu'une mise déterminée ». S'ils apparaissent à l'acte de constitution, les commanditaires subiront en sus le régime de responsabilité spécifique réservée aux « fondateurs » ; v. n° [880] et s. ; CORBISIERS, La réforme de la société en commandite par actions (SCA) et comparaison générale du régime des diverses commandites et de la SARL, in : *Les Commandites en droit luxembourgeois*, op.c., p. 105. Auparavant, l'associé-gérant seul était tenu comme fondateur sur la base de l'ancien article 107 de la loi de 1915.

<sup>4</sup> Art. 108 L1915 : « Un actionnaire commanditaire (...) ne peut faire aucun acte de gestion à l'égard de tiers ».

**taires dans la gestion de la SCA et sanctions<sup>1</sup>.** — Le principe de non-immixtion des commanditaires dans la *gestion externe* de la société trouve sa justification dans la limitation de responsabilité dont ils bénéficient. Il serait paradoxal que les associés, dont les risques sont limités, puissent engager la société vis-à-vis des tiers, alors que seuls les commandités sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. De ce point de vue, le statut des commanditaires d'une SCA est identique à celui des commanditaires dans la SEC.

Avant la réforme de 2013, la portée du principe de non-immixtion était tout à fait large : il interdisait aux commanditaires non seulement *d'accomplir de manière régulière* des actes de gestion (« qui prend la signature sociale »), mais également d'agir en vertu d'une procuration spécifique pour un *acte particulier* (anc. art. 108 L1915)<sup>2</sup>. Ni la société, ni les commandités ne pouvaient donc donner mandat à un commanditaire d'entrer en relation d'affaires avec un tiers. Bien que, par l'effet du mandat, le commanditaire-mandataire ne s'engage, en principe, pas personnellement, le législateur considérait un tel acte comme étant constitutif d'une immixtion dans la gestion de la société. Une loi du 12 juillet 2013 a changé ce régime. Si elle continue à interdire aux commanditaires de devenir les gérants de droit de la SCA, rien, par contre, ne les empêche dorénavant d'agir de manière soit ponctuelle, soit régulière, pour compte de la gérance, à condition seulement qu'ils indiquent leur qualité de représentant de la gérance dans leurs actes<sup>3</sup>. Dans ce cas, ils pour-

ront même bénéficier d'un pouvoir de représentation générale. Il ne faut évidemment pas confondre pouvoir de représentation et pouvoir de décision : le commanditaire qui disposerait d'un pouvoir de représentation ne peut pas poser des actes de gestion de manière autonome ; il n'agira que sur base de résolutions adoptées par la gérance de la société qu'il ne fera qu'implémenter vis-à-vis des tiers.

Le principe de non-immixtion ne concerne que la gestion sociale. Il ne fait cependant pas obstacle aux simples *actes de contrôle ou de surveillance*<sup>4</sup>. Dans le même ordre d'idées, le fait de *voter aux assemblées générales* ne constitue qu'un acte de gestion interne qui n'est pas contraire au principe de non-immixtion. De même, ce principe n'interdit pas la conclusion d'un *contrat de travail* avec la société, dès lors que les fonctions salariées ne créent, dans l'esprit des tiers, aucune équivoque.

Lorsqu'un commanditaire accomplit un acte de gestion externe, ou s'il laisse son nom figurer dans la dénomination sociale, l'article 108 L1915 dispose qu'il perd le bénéfice de la limitation de responsabilité<sup>5</sup>. Il

<sup>1</sup> PIC, La défense d'immixtion du commanditaire, *D.H.* 1933, chr. 21.

<sup>2</sup> Anc. art. 108 L1915 : « L'actionnaire commanditaire qui prend la signature sociale, même en vertu de procuration, ou dont le nom figure dans la raison sociale, encourt, à l'égard des tiers, les mêmes responsabilités que celles qu'édicte, pour les mêmes faits, l'article 20 à l'égard du commanditaire de société en commandite simple ».

<sup>3</sup> Art. 108 L1915 : « (...) L'actionnaire commanditaire peut agir en qualité de membre d'un organe de gestion ou mandataire d'un gérant de la société, même actionnaire commandité, ou prendre 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 ».

<sup>4</sup> Art. 108 L1915 : « (...) Ne constituent pas des actes de gestion pour lesquels l'actionnaire commanditaire encourt une responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des tiers, l'exercice des prérogatives d'actionnaire, les avis et les conseils donnés à la société ou 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 ou à ses entités affiliées, ainsi que les autorisations données aux gérants dans les cas prévus dans les statuts pour les actes qui excèdent leurs pouvoirs. (...) ».

<sup>5</sup> Art. 108 L1915 : « Un actionnaire commanditaire (...) ne peut faire aucun acte de gestion à l'égard de tiers. L'actionnaire commanditaire est indéfiniment et solidairement tenu à l'égard des tiers de tous les engagements de la société auxquels il aurait participé en contrevention à la prohibition de l'alinéa précédent. Il est également tenu indéfiniment et solidairement à l'égard des tiers, même des

est, en effet, tenu solidairement avec les commandités de toutes les dettes sociales qui résultent des actes de gestion externe qu'il a accomplis. En raison du renvoi par le législateur aux dispositions analogues applicables aux commanditaires des sociétés en commandite simple (v. n° [726]), les juges pourront, selon le nombre et l'importance des actes de gestion prohibés, soit limiter la responsabilité solidaire aux seules conséquences des actes accomplis, soit décider que le commanditaire sera solidairement tenu responsable des conséquences de l'ensemble des engagements de la société. Vis-à-vis des tiers, il sera, dans ce dernier cas, complètement assimilé au commandité.

**[1121] Pouvoirs des commanditaires et assemblées générales ordinaires.** — S'ils ne peuvent s'immiscer dans la gestion sociale, les commanditaires n'en ont pas moins la qualité d'associé avec toutes les prérogatives qui peuvent en découler. Ils *participent* donc aux assemblées générales dont ils peuvent *demandeur la convocation* à la condition que la demande soit formulée par un ou plusieurs commanditaires représentant au moins 10% du capital social de la société (renvoi à l'article 70 L1915). Les commandités participent également aux assemblées, parce qu'ils sont également des actionnaires, quoique au statut particulier.

Les pouvoirs des commanditaires s'exercent normalement dans le cadre des *assemblées générales ordinaires*. Elles statuent sans condition de quorum à la majorité absolue du capital social représenté, sans que les gérants n'y puissent exercer de droit de veto (le droit de veto n'existe que pour les assemblées générales extraordinaires, v. n° [1108]), chaque actionnaire disposant d'un *droit de vote* proportionnel au capital souscrit. L'assemblée générale nomme les membres du conseil de surveillance ou alternativement le réviseur d'entreprises ; elle approuve les comptes annuels de l'exercice écoulé et l'affectation des résultats. Les com-

---

engagements auxquels il n'aurait pas participé, s'il a habituellement fait des actes de gestion à l'égard de ceux-ci. (...) ».

manditaires nommeront également les gérants en cours de vie sociale, mais seulement avec l'accord de tous les gérants (sauf clause statutaire en sens contraire).

**[1122] Droits aux bénéfices sociaux.** — Comme les actionnaires de la SA, les commanditaires ont vocation à recevoir des dividendes, à participer au partage des réserves accumulées ainsi qu'au boni de liquidation. Cependant, il faudra tenir compte des droits souvent prioritaires accordés aux commandités dans l'exercice des droits financiers. Ceux-ci encourant une responsabilité solidaire et illimitée, s'aménagent généralement et à juste titre une distribution prioritaire des bénéfices sociaux.

Aux termes de l'article 111 L1915, « l'assemblée générale des actionnaires ne fait (...) les actes qui intéressent la société à l'égard des tiers (...) que d'accord avec les gérants ». La distribution des dividendes ne concernant que les actionnaires et la société, c.-à-d. l'ordre interne de la société, l'article 111 L1915 ne devrait pas être applicable et partant ne pas exiger, sauf disposition contraire dans les statuts, l'accord du gérant-commandité<sup>1</sup>.

**[1123] Cession des actions.** — La loi est muette sur les cessions des droits sociaux dans la SCA, sauf qu'elle ne laisse pas de doute qu'il s'agit d'« actions » et non pas de « parts sociales ». Les règles de sociétés anonymes sont donc applicables. Elles impliquent que les actions des commanditaires constituent des valeurs mobilières librement  *négociables*  ; elles sont donc susceptibles de cotation en bourse. Nul besoin donc d'un quelconque accord, ni des autres commanditaires, ni des commandités, en vue de céder les actions de commanditaires à d'autres commanditaires comme à des tiers. La libre négociabilité des actions de commanditaire étant de l'essence de la SCA, celle-ci pourra seulement être limitée, sans pouvoir être exclue totalement, par une clause d'agrément (v. n° [1014]).

---

<sup>1</sup> V. cependant : TILQUIN, op.cit., n° 19.

#### § 4. SURVEILLANCE DE LA SCA

La SCA possède un organisme de contrôle qui n'est pas le même que celui de la SA et n'a pas exactement les mêmes fonctions. Ce conseil de surveillance ne se rencontre cependant pas dans toutes les sociétés en commandite par actions, car il est parfois remplacé par un réviseur d'entreprises.

##### A. CONSEIL DE SURVEILLANCE

**[1124] Rôle du conseil de surveillance et responsabilités.** — Une des principales originalités de la SCA est qu'elle prévoit la désignation en principe *obligatoire*, par l'assemblée générale ordinaire, d'un conseil de surveillance composé de *trois commissaires* aux moins (art. 109 L1915). Le statut des commissaires (conditions de nomination, de révocation, de durée des fonctions) est fixé par les statuts et à défaut par référence au statut des administrateurs de sociétés anonymes (plutôt que celui de l'auditeur qui, lui, ne contrôle pas la gestion sociale mais seulement les comptes sociaux).

La SCA ayant vocation à recueillir plus d'actionnaires que la SEC ne compte d'associés, le législateur est parti de l'hypothèse que ces actionnaires dispersés ne seraient pas en mesure de véritablement surveiller par eux-mêmes la gestion sociale. C'est pourquoi il a imaginé une sorte d'organisme intermédiaire entre les gérants et les commanditaires, le « conseil de surveillance », dont le rôle est d'*assurer en permanence la surveillance de la gestion sociale*. Le conseil de surveillance est notamment chargé de contrôler les comptes sociaux et d'apprécier la régularité et l'opportunité des diverses opérations de gestion. Il obtient à cet effet communication des mêmes informations que le commissaire dans la SA ; il présente un rapport à l'assemblée générale ordinaire devant approuver les comptes sociaux qu'il peut, de surcroît, convoquer.

Mais à ce *rôle traditionnel des auditeurs*, le législateur ajoute une *mission supplémentaire*, à savoir « donner ses

avis sur les affaires que les gérants lui soumettent et autoriser les actes qui sortent de leurs pouvoirs » (art. 110 L1915).

Le conseil de surveillance apparaît donc bien comme disposant d'un pouvoir de contrôle permanent sur tous les actes du gérant et sert donc en quelque sorte de contrepoids et de frein au pouvoir de ce dernier. Il est la contrepartie de l'irrévocabilité de principe du gérant statutaire dans la SCA. Mais son pouvoir se limite à donner des *avis*, simples mesures d'ordre intérieur, sans jamais poser lui-même des *actes de gestion externe* ; le conseil de surveillance ne peut s'immiscer dans la gestion de la société.

Le conseil de surveillance exerçant sa *mission pour compte des actionnaires* de la société, il rendra compte de sa mission aux assemblées générales ordinaires devant approuver les comptes sociaux. Comme tous mandataires, ses membres devront rendre compte des difficultés qu'ils auront rencontrées dans l'exécution de leur mission, ce qui inclura la *dénonciation* des fautes de gestion éventuellement commises par les gérants ainsi que les infractions aux lois et statuts de la société.

En cas d'urgence ou de carence des gérants, le conseil de surveillance pourra *convoquer l'assemblée générale* des actionnaires, tout comme le commissaire dans la SA (v. n° [992]).

La mission du conseil de surveillance étant similaire à celle du conseil de surveillance de la société anonyme, ses membres sont soumis à la même *responsabilité* que les membres du conseil de surveillance dans la société anonyme (v. n° [954]). S'agissant d'un *organe collégial*, les membres du conseil de surveillance seront déclarés solidairement responsables de leurs fautes s'ils ont commis une faute commune indivisible ; sinon leur responsabilité sera individuelle et fonction des fautes personnelles commises par chacun dans l'exercice de ses fonctions. Les fautes des membres du conseil de surveillance ne pourront être que des fautes de surveillance, et ils ne pourront jamais être responsables des actes de gestion posés par les gérants et des résultats de la gestion sociale. Le conseil de surveillance étant

investi d'une mission légale, elle s'exerce non seulement au profit des actionnaires de la société, mais également des créanciers sociaux. La responsabilité des membres du conseil de surveillance peut donc également être mise en jeu par les *tiers*, à condition qu'ils rapportent la preuve du préjudice qu'ils ont subi en raison de l'insuffisance des contrôles sociaux.

**[1125] Membres du conseil de surveillance.** — Le conseil de surveillance est *nommé par l'assemblée générale ordinaire* convoquée à la demande du gérant. S'agissant d'un organe devant contrôler les gérants, les *commandités* même non gérants ne sauraient en faire partie. Mais comme ils sont également actionnaires et peuvent en sus être des commanditaires, rien n'interdit leur participation et vote à l'assemblée. Souvent, le conseil de surveillance est composé de *commanditaires* uniquement, mais rien n'interdit cependant d'y nommer des *tiers* (même exclusivement). Les membres du conseil de surveillance ne sont frappés d'aucune des causes d'incompatibilité pour parenté ou pour alliance avec les gérants que l'on rencontre chez les réviseurs d'entreprises (v. n° [458]).

Les membres du conseil de surveillance sont nommés pour une *durée* généralement d'une année seulement, ce qui oblige l'assemblée générale ordinaire à les reconduire annuellement dans leurs fonctions et surtout à ne pas renouveler le mandat de ceux qui auraient failli à leur mission. À défaut de dispositions statutaires, les règles concernant la désignation et la durée du mandat des administrateurs de sociétés anonymes sont applicables (v. n° [890]) ; il faut en déduire que les membres du conseil de surveillance sont révocables comme les administrateurs, sauf dispositions de statuts qui pourraient prévoir qu'ils ne sont révocables

que pour cause légitime.

## B. RÉVISEUR D'ENTREPRISES AGRÉÉ

**[1126] Remplacement du conseil de surveillance avec des fonctions réduites.** — En chargeant l'assemblée générale de désigner un réviseur d'entreprises agréé, lorsque certaines conditions de taille se trouvent remplies, l'article 69 § 3 de la loi sur le RCS supprime le conseil de surveillance pour les sociétés se faisant auditer par un réviseur d'entreprises agréé, qu'elles y soient obligées en raison de leurs critères de taille (v. n° [438]), ou qu'elles s'y soumettent facultativement. Cependant, la mission du réviseur d'entreprises agréé est moins étendue que celle du conseil de surveillance, sa mission se limitant à la certification des comptes annuels. Même s'il aurait été possible de garder le conseil de surveillance en vie dans les sociétés devant faire réviser leurs comptes sociaux par un membre de l'Institut des réviseurs d'entreprises, en arguant du fait qu'il n'y aurait pas véritablement double emploi avec le conseil de surveillance, le législateur a choisi de se contenter du contrôle par le réviseur d'entreprises agréé dans ces sociétés. Ceci s'explique sans doute en partie par le fait que le contrôle par le conseil de surveillance est trop souvent un contrôle de complaisance exercé par des personnes manquant singulièrement de compétence. De ce point de vue, il était préférable de restreindre la mission de contrôle par rapport à celle devant normalement être exercée par le conseil de surveillance, mais de confier ce contrôle réduit à de véritables spécialistes en la matière (v. n° [449]).

**Index alphabétique<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> L'index renvoie au numéro de la page et non au numéro du paragraphe.

- Abus: de biens sociaux, 315; de majorité, 190, 193, 210, 242, 277, 351, 359, 449; de marché, 449, 657; de minorité, 193; de signature sociale, 521
- Accordéon (coup d'-), 228
- Acomptes sur dividendes. V. Dividendes intermédiaires
- Acte juridique collectif: assemblée, 179; contrat de société, 23
- Actes (intervenues pendant la période de formation de la société), 119
- Actif: brut, 156; circulant, 328; net, 156; social, 153
- Action (en justice): en comblement de passif, 307, 453; en concurrence déloyale, 134; en décretement, 73; en protection de nom, 135; individuelle, 296, 299; minoritaire, 297; oblique, 73; paulienne, 75, 241; sociale, 296; sociale exercée par la société, 296; sociale exercée par les minoritaires, 297
- Actions (de société): à droit de vote, 698; à vote plural, 183; au porteur, 241, 696; caractères généraux, 690; cession, 240; d'apport, 702; de capital, 705; de jouissance, 374, 705; de numéraire, 702; égalité par classe, 693; évaluation des -, 237; fongibilité des -, 691; général, 689; indivisibilité des -, 690; nature mobilière des parts et -, 154; négociabilité des -, 689; nominatives, 240, 696; nue-propriété. V. Nue-propriété; ordinaires, 700; préférentielles, 700; privilégiées sans droit de vote, 183, 253; prix de cession, 233; rachetables, 702; sans droit de vote, 698; sans mention de valeur nominale, 702; traçantes, 96; usufruit. V. Usufruit; valeur nominale, 702
- Administrateur (de société). V. Dirigeant
- Administrateur provisoire, 358
- Administration centrale, 136, 144
- Affectio societatis, 99
- Amortissement (du capital), 374, 705
- Annexe, 329
- Apports, 69; - partiels d'actifs, 423; apports non rémunérés par des titres, 160; caractère des -, 78; caractère obligatoire, 69; caractère onéreux, 78; d'influence, 84; défaut d'indication des - dans les statuts, 114; différentes formes d'-, 76; droit de la vente, 78; d'une créance, 76; en industrie, 84; en industrie et participation aux résultats, 93; en jouissance, 79; en nature, 77, 370; en nue-propriété, 79; en numéraire, 76, 369; en propriété, 78; en usufruit, 79; évaluation et contrôle, 81; fictifs, 74; informels, 160; libération des -, 71; non rémunérés par des droits sociaux, 159; nue-propriété, 77; perte des biens apportés, 79; usufruit, 77
- Arbitre (fixation du prix de vente des actions), 233
- Assemblée (d'associés), 173; acte juridique collectif, 179; annulation ou prorogation, 714; convocation, 710; droit de poser des questions, 175; extraordinaire, 182; générale, 181; majorité et quorum, 186, 721; nullités, 195, 197; ordinaire, 181; ordinaire réunie extraordinairement, 181; ordinaire statutaire, 181; particulière, 181; spéciale, 181; statuts (modification des -), 392; tenue et délibération, 715
- ASSEP. Voir Association d'épargne-pension
- Assistance financière: SA, 747; SARL, 585
- Association: agricole, 33; d'épargne-pension, 33, 546; sans but lucratif, 32; syndicale, 33
- Associés, 173; augmentation des engagements, 229; de référence, 289; définition des -, 49; droit de rester -, 222; droit de retrait de la société, 232, 241; droit de vote, 182; incompatibilités, 59; information des -, 174; l'- n'ayant pas encore libéré le capital social souscrit est néanmoins associé, 70; minoritaires, 192; modification des statuts, 392; nombre maximum, 56; nombre minimum, 55; obligation de libérer les apports, 71; obligation de loyauté, 188; qualité d'- en cas de démembrement des droits sociaux, 218; qualité des parties, 57; responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers, 91
- Assurance responsabilité (- protection des dirigeants contre leur mise en responsabilité), 323
- Audit(eur). V. Contrôle des comptes sociaux



- Augmentation des engagements des associés, 148, 183, 188, 193, 228, 229, 396, 409, 729
- Autocontrôle, 242
- Bénéfice: de la discussion, 51, 91, 510; de la division, 51, 509, 510, 523
- Bénéfices: constatation des -, 87; distribuables, 211; emploi des -, 212; notion, 85; recherche d'un - comme élément distinctif du contrat de société, 85; versement des - aux associés, 88
- Bloc de contrôle, 436
- Boni de liquidation, 209
- Bureau (- de l'assemblée), 717
- But commun (la société est constituée dans un -), 188
- Cadres légaux obligatoires, 491
- Capacité: de la société, 163; des associés, 59
- Capital contribution, 160
- Capital social, 155, V. aussi Apports; amortissement, 374; augmentation, 367; autorisé (SA), 736; défaut d'indication du - dans les statuts, 114; diminution (SA), 743; exclusion de l'apport en industrie, 84; fixité du -, 157; libération du capital (SA), 618; minimum (SA), 622; modification, 367; notion, 158; perte du - (SA), 628; réduction, 373; régime fiscal (SA), 621; souscription à titre irréductible ou réductible (SA), 740; souscription du - social, 71
- Capitaux propres, 158
- Cause (contrat de société), 67
- Centre des intérêts principaux (COMI), 140
- Cession de droits sociaux: Coopérative, 539; généralités, 232; SA, 728; SARL, 592; SAS, 784; SCA, 796; SNC, 519; Société civile, 510
- Check the box, 566
- Chief executive officer, 288
- Clauses: d'agrément, 730; d'ajustement du droit de vote, 183; de plafonnement du droit de vote, 183; de préemption, 731; léonine, 94; limitatives du droit de vote, 183
- Code: - civil et droit des sociétés, 28, 48; - de commerce et droit des sociétés, 28
- COMI, 140
- Comité de direction, 668
- Commanditaires, 533, 535; action des créanciers sociaux contre le -, 537; nombre, 535; non-immixtion dans la gestion, 533; personne du -, 535; responsabilité, 536
- Commandités, 538
- Commissaire: à la liquidation, 486; aux comptes, 338, 724, V. également Contrôle des comptes sociaux
- Comptes sociaux, 327; approbation, 335; consolidation comptable, 443; généralités, 328; publicité, 335
- Concurrence déloyale (action en -), 134
- Confusion des patrimoines, 310, 454
- Conseil d'administration: cessation des fonctions, 639; composition, 633; confidentialité, 656; conventions avec la société, 681; démission, 640; droit d'information de l'administrateur, 649; durée du mandat, 639; incompatibilités, 635; nomination, 636; organe collégial, 289; pouvoir général de gestion, 644; qualités requises, 635; rémunération, 638; responsabilités, 632; réunions, 654; révocation, 641
- Conseil de surveillance, 678; rémunération, 679
- Consentement (des associés au contrat de société), 61
- Consolidation comptable, 443
- Constitution (des sociétés), 53; - directe (SA), 626; - successive (SA), 626; conditions de fond, 55; conditions de forme, 104; sanctions des irrégularités, 113
- Consultation écrite, 588; généralités, 182; SA, 783; SARL, 594, 602; Société civile, 507
- Contradictoire (principe du -): exclusion d'un associé, 226; révocation du dirigeant, 262
- Contrat de travail: dirigeants, 20; et contrat de société, 101
- Contre-lettre. V. Simulation
- Contribution aux pertes, 89
- Contrôle des comptes sociaux. V. aussi Réviseur

- d'entreprise; certification, 349; commissaire à la liquidation, 486; contrôle légal ou contractuel, 350; mission, 347; non-immixtion dans la gestion, 351; origine et évolution, 338; rapports spéciaux, 351; SA, 724; système dual, 340
- Conventions de vote: entre associés, 251; entre dirigeants, 654
- Conversion de créances en capital, 370
- Convocation aux assemblées: Association, 37; Coopérative, 542; nullités, 195, 196; obligataires, 387; par les associés, 193; pertes importantes (SA), 628; SA, 648, 710, 724; SARL, 576, 580, 602
- Convocation du conseil d'administration, 654
- Cooptation, 637
- CORBIAU Jean, 29
- Coup d'accordéon, 192, 228, 375, 376
- Coupures (actions en -), 691
- Croupier (convention de -), 244, 519
- Décharge, 321
- Décrètement (action en -), 73
- Délégation de pouvoirs: responsabilité pénale, 315
- Délit d'initié, 449, 657
- Démission (des dirigeants), 262
- Dénomination sociale, 132; défaut d'indication de la -, 114
- Détournement de pouvoir (- et nullité), 198
- Dette d'apport, 72
- Directeur: délégué à la gestion journalière, 673; général, 668, 672
- Directoire (- d'une SA), 674
- Dirigeants, 259; administrateur-délégué, 661; de fait, 261, 454; délégation de pouvoirs, 281; démission des - et responsabilité, 324; droit d'information des -, 649; droit du travail, statut d'employé, 20; durée du mandat, 262; extension de la faillite, 309; fiscalité, 21; indépendance, 267; nomination, 259; nullités des résolutions adoptées illégalement par les -, 271; obligation de confidentialité, 278; obligation de rendre compte, 279; personne morale administrateur, 633; pouvoirs, 166, 271, 280; protection des - contre leurs responsabilités, 323; publicité de la nomination des -, 166; rémunération, 268, 288, 316, 576, 638, 662, 791; représentation de la société, 282; responsabilité civile, 290; responsabilité financière, 51; responsabilité pénale, 313; salariés, 269; Sécurité sociale, 20
- Dissolution (de sociétés), 461; causes de -, 461; différence avec le droit successoral, 475; effets, 471, 473; faillite de la société et -, 474; infraction à la loi, 469; judiciaire, 466; pour justes motifs, 467; pour perte du capital social, 628; survenance du terme, 464
- Dividendes, 204; fictifs, 213; intérimaires, 208; notion de -, 204; SA, bénéfice distribuable, 213
- Dol: - et cession d'actions, 236; - et nullité du contrat de société, 64
- Domiciliation des sociétés, 137
- Droit communautaire (- et droit des sociétés), 29
- Droit de priorité (- en cas de suppression du droit préférentiel de souscription), 740
- Droit de vote. V. Vote (droit de -)
- Droit préférentiel de souscription, 738
- Égalité des associés (principe d'-), 93
- Éléments essentiels (théorie des - du contrat de société), 391
- Émission publique: définition de l'- (SA), 381; SARL, 613
- Entreprise: individuelle, 17; liée (définition de l'-), 328
- Époux (société entre -), 57
- Erreur (contrat de société), 63
- États financiers. V. Comptes sociaux
- Évaluation (des sociétés), 237
- Excès de pouvoir (- et nullité), 198
- Exclusion (d'un associé), 222, 246
- Exécution en bourse (clause d'-), 621
- Executive directors, 288
- Exercice social, 334

- Expert (fixation du prix de vente des actions, 233  
Expert-comptable (distinction avec commissaire aux  
comptes), 341  
Expertise de gestion, 176, 361  
Faillite: compétence territoriale, 139; conséquences  
pour les faillis, 59; extension de la -, 155, 309,  
453  
Fautes: de gestion, 293, 304; de régularité, 292, 303;  
détachables des fonctions, 304  
Faux bilan, 333  
Feuille de présence (- aux assemblées). V. Liste de  
présence  
Filiales et participations: entreprises liées (définition),  
430; filiale commune, 430; filiales (définition),  
429; participations (définition), 430  
Fondateurs (de la société): concept, 624; nombre  
insuffisant, 115; responsabilités, 625  
Fondation, 41  
Fonds commun de placement: indivision et société,  
44  
Fonds de commerce, 162  
Fusion (- de sociétés): absorption, 404; associés et  
dirigeants, 416; comptabilisation, 406; confusion,  
404, 765; contrats en cours, 415; créanciers  
sociaux, 416; date de prise d'effets, 417; définition  
et caractères, 403; effets, 412; fiscalité, 418; par  
création de société nouvelle, 403; projet de -, 405;  
rétroactivité, 418; simplifiée, 765; transfrontalière,  
402; transmission active, 412; transmission  
passive, 413  
Gain (recherche d'un - et société), 33  
Garantie: - contre les vices cachés, 79, 234; - contre  
toute éviction, 78; de passif, 234; d'éviction, 234  
GEIE, 459  
Gérant: SARL, 20, 574; SCA, 790; SNC, 520;  
Société civile, 502; Société coopérative, 542  
Gestion journalière, 665  
GIE, 455; délimitation par rapport à la société, 44  
Goodwill. V. fonds de commerce  
Gouvernance d'entreprise, 286  
Groupe de sociétés, 427; comptabilité, 443;  
constitution, 429; fiscalité, 447; fonctionnement,  
439; intérêt social et intérêt du groupe, 440;  
opérations de trésorerie, 440; opérations intra-  
groupe, 440; protection des créanciers, 63, 451;  
protection des minoritaires, 449; protection des  
salariés, 450; protections des actionnaires, 449;  
règles protectrices, 449  
Histoire (- du droit des sociétés), 28  
Holding 1929: nom, 133  
IFRS, 331  
Immixtion judiciaire dans la gestion, 358  
Immobilisé (actif -), 328  
Incident de séance, 641  
Incorporation de réserves, 162, 372, 755  
Indemnity letter, 324  
Independent non-executive directors, 288  
Indivision: distinction de l' - et de la société, 43, 102,  
273; droits sociaux détenus en -, 216  
Information privilégiée, 657  
Institut des réviseurs d'entreprise, 343  
Institutionnelle (conception - de la société), 23  
Intégration: globale, 446; proportionnelle, 446  
Intéressé: concept de personne -, 116; droit d'agir en  
nullité, 200  
Intérêt social, 274; conventions de vote et -, 254;  
distinction avec objet social, 65; et groupe de  
sociétés, 440  
Jetons de présence, 268  
Juste valeur (comptabilisation à la -), 332  
Justes motifs: de dissolution de la société, 457, 467;  
de révocation (représentant des obligataires), 389;  
de révocation (réviseur), 347  
Know-how, 84  
Léonine (clause -), 94  
Lettre d'intention, 452  
Libéralités (une société ne saurait consentir des -),  
164  
Libération du capital non-versé, 618  
Liberté contractuelle (société et -), 26

- Liquidateur: fonctions et pouvoirs, 480; nomination, 477; responsabilités, 488
- Liquidation (- de sociétés), 475; boni de -, 485; clôture de la -, 486
- Liste de présence, 717
- Loyauté (devoir de -): associé, 188; dirigeant, 278, 306
- LUX GAAP, 331
- Majeurs incapables, 60
- Mandat: apparent, 266; constitution de sociétés, 56; de représentation, 252; en blanc, 252; spécial, 673
- Masse des obligataires, 387
- Mésintelligence entre associés: cause d'exclusion d'un associé, 225; cause de dissolution de la société, 468
- METZLER Léon, 29
- Mineurs, 60
- Mise en équivalence, 447
- Montages en droit des sociétés, 493
- Nationalité (- des sociétés): changement de la -, 146; critères, 141; intérêt, 141
- Négociabilité des droits sociaux, 690; CPEC, 378; généralités, 49; GIE, 458; obligations, 378; SA, 612, 689, 733; SARL, 164, 565, 569, 593, 600; SCA, 785, 796; Société civile, 510; transformation de sociétés, 231, 396
- Nom: action en changement de nom, 133; commercial, 132
- Nomination: administrateur indépendant, 268; administrateur provisoire, 358; administrateur-délégué (SA), 661; administrateurs (association), 37; administrateurs (RCS), 109; administrateurs (SA), 636; auditeur, 346; comité de -, 288; comité de direction (SA), 668; commissaire, 193; conseil de surveillance (SA), 679; d'un salarié en tant que dirigeant, 269; directoire (SA), 674; dirigeant (coopérative), 542; dirigeant (SARL), 575; dirigeant (SCA), 790; dirigeant (SEC), 530; dirigeant (société civile), 502; dirigeants, 259; dirigeants (publicité), 166, 265; expert de gestion, 178, 361; liquidateurs, 118, 472, 477; opposabilité aux tiers, 108; président (SAS), 779; réviseur (fusion de sociétés), 407; séquestre judiciaire, 360
- Non-executive directors, 288
- Notaire: intervention du – dans la constitution de la société), 107; sanction en cas de constitution de la société en l'absence d'un -, 114
- Nue-propriété (- sur les droit sociaux), 218
- Nullités: des assemblées, 195; des fusions, 410; des sociétés, 113; organes de gestion, 655; résolutions adoptées par les dirigeants, 271
- NYSENS Albert, 29
- Objet social, 66, 165; actes accomplis en dehors de l' -, 283, 284; civil et forme sociétaire, 48; défaut d'indication de l' - dans les statuts, 114; extinction de l' -, 464; illicite, 114; intérêt pratique de l' -, 66; licite, 66
- Obligation aux dettes, 90
- Obligations (émises par la société), 378, 379; - à revenu variable et obligations participantes, 383; - convertibles, 380; - convertibles en actions et obligations avec bons de souscription d'actions, 382; - hypothécaires, 383; - indexées, 383; - ordinaires et obligations garanties, 383; amortissement, 386; comparaison avec les actions, 378; définition, 378; droit de regard dans la société, 386; droits des obligataires, 384; égalité de traitement des obligataires, 386; émission privée ou publique, 381; intérêts, 384; masse des obligataires, 387; nature juridique de la conversion des obligations en actions, 370; organe compétent pour émission, 380; prime de remboursement, 386; remboursement du principal, 385; sanctions en cas de non paiement des intérêts et/ou du principal, 386; SARL, 383; zero bond, 385
- Oblique (action -), 73
- Offre publique d'achat, 432
- OPA. V. Offre publique d'achat
- OPE. V. Offre publique d'achat
- Opposition des créanciers (droit d' -), 376, 377, 416,

- 567
- Ordre du jour: assemblée (SA), 712; raison d'être d'un -, 176; réunion du conseil d'administration, 654; SARL, 588; violation des règles en matière d' -, 197
- Ordre public: en droit général, 95; objet social contraire à l' -, 114; sociétaire, 26
- Organe (théorie de l' -), 271
- Pacte d'actionnaire, 247
- Pair comptable, 703, 704
- Parité d'échange, 405
- Part sociale: cession, 240; définition, 43; SARL, 568
- Partage (- de l'actif net), 209, 483
- Participation: autocontrôle, 242; définition de la -, 328
- Participation aux résultats, 85; clef de répartition des bénéfiques et des pertes, 92; contribution aux pertes, 88; partage des bénéfiques, 85
- Parts bénéficiaires, 706
- Parts de fondateur, 706
- Passif social, 153
- Patrimoine: confusion de -, 454; d'affectation, 19, 128, 153; social, 19, 152
- Penny shares, 703
- Personnalité morale, 127; conséquences, 130; début de la -, 130; dissolution de la société et -, 471; durant la liquidation de la société, 132; fin de la -, 131; fiscalité, 128; spécialité de la -, 164
- Personnes morales: dirigeantes (en général), 260; dirigeantes (GIE), 457; dirigeantes (SA), 633; dirigeantes (SARL), 575; dirigeantes (SAS), 779; dirigeantes (SCA), 786, 790
- Plan comptable, 327
- Portage, 97
- Pourparlers, 61
- Poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, 311
- Pouvoir résiduel (- dans la société), 49, 50, 581
- Prescription: abus de biens sociaux, 320; action en nullité de la société, 117; action en nullité des résolutions, 202; responsabilité de l'auditeur, 357; responsabilité des dirigeants, 325, 687; restitution de dividendes fictifs, 215; sociétés liquidées, 489
- Président du conseil d'administration, 660
- Prêt: distinction avec contrat de société, 45; gagé sur parts sociales (SARL), 587; participatif ou contrat de société, 101
- Prête-nom, 56, 75, 746; et portage, 97
- Prime d'émission, 159, 742
- Principal établissement, 136
- Promesse de société, 61
- Promoteurs, 122
- Publicité: de la désignation des dirigeants, 265; statuts, 108
- Quitus. V. Décharge; action en comblement de passif, 309
- Rachat de droits sociaux, 242; SA, actions rachetables, 702; SARL, 586, 599
- Raison sociale, 132
- Ramassage en bourse, 432
- Rapport de gestion, 330
- Réapport, 83
- Registre des actions nominatives, 72, 240, 690, 696
- Registre des obligations nominatives, 384
- Registre du commerce, 109, 111
- Règlement (d'ordre) intérieur, 104
- Régularisation: de l'assemblée, 201; de la société, 119
- Rémunération: auditeur, 346, 725; conseil de surveillance, 679; dirigeants (abus de biens sociaux), 316; dirigeants (en général), 268; dirigeants (gouvernance d'entreprise), 288; dirigeants (SA), 638, 662; dirigeants (SARL), 576; dirigeants (SCA), 791
- Renonciation (- d'être en société), 462
- Report à nouveau, 163
- Représentation de la société, 163, 282
- Reprise des engagements de la société en voie de formation, 120
- RESA, 108
- Réserves, 160; cachées (ou occultes), 162;

- incorporation des - en capital, 372; indisponibles, 162; légales, 161; libres, 162; statutaires, 161
- Responsabilité: associés, 50; de la société pour les actes de ses organes, 167; dirigeants, 290; fondateurs, 114, 119, 568, 570, 572, 617, 621, 623, 625; Prescription, 325; promoteurs de la société, 122
- Responsabilité fiscale, 312
- Résultat comptable, 329
- Retrait (- de l'associé): - imposé à l'associé, 245, 435; affectio societatis, 103; coopérative, 548; coopérative, 544; général, 241; SAS, 784; société civile, 503, 510, 511, 519; sociétés cotées en bourse, 734
- Réunion de tous les droits sociaux en une seule main, 466, 475
- Réviseur d'entreprises; rémunération, 725; accès à la profession, 341; cessation des fonctions, 346; émission d'obligations convertibles, 381; honoraires, 346; indépendance, 344; missions, 343; missions accessoires, 352; missions de contrôle, 347; organisation, 343; responsabilités, 354; secret professionnel et révélations imposées, 357; société de -, 342
- Révocation (- dirigeant): cause légitime, 263
- Révocation (- du dirigeant): SA, 641; SARL, 578; SCPA, 791
- Révocation(- du dirigeant): statutaire, 263
- Salarié: distinction avec associé, 44
- SARL, 565; associés, 587; gérance, 574; SARL-S, 609; SARL-U, 605
- Scission (- de sociétés), 418; partielle, 424
- Secret professionnel: organe de gestion, 656; réviseur d'entreprise, 358
- SEPCAV. Voir Société d'épargne-pension à capital variable
- Séquestre, 360
- SICAV, 157
- Siège d'exploitation, 136
- Siège d'opérations, 146
- Siège social, 136; conséquences, 139; fictif, 136, 138; indication du - dans les statuts, 136; transfert du - à l'intérieur du pays, 139; transfert du - vers l'étranger ou de l'étranger, 146
- Siège statutaire, 136
- Simulation: - du contrat de société, 61; et contrat de société, 62; et portage, 97; et prête-nom, 56; et souscription fictive, 75
- Société: à risques illimités, 50; à risques limités, 50; acte juridique collectif, 23; autonomie financière, 152; civile ou commerciale, 46; commerciale de par la forme, 46; commerciale de par l'objet, 47; constituée dans un but commun, 188; contrat de -, 69; contrat ou institution, 21; de capitaux, 49; de façade. V. Société fictive; de personnes, 49; dissolution. V. Dissolution (de sociétés); en formation, 120; et qualifications voisines, 32; fictive, 55, 62, 453; fiscalité, 19, 48; fonctionnement, 125; frauduleuse, 63; identité de la -, 132; intérêts du recours à la -, 19; nature juridique, 21; technique d'organisation, 25
- Société anonyme, 612; actionnaires, 689; gérance, 631
- Société anonyme unipersonnelle (SA-U), 613
- Société civile, 497; associés, 506; gérance, 502
- Société coopérative, 539; coopérative sous forme de société anonyme. Voir Coopérative sous forme de société anonyme; européenne, 548
- Société créée de fait. V. Société de fait
- Société d'épargne-pension à capital variable, 546
- Société de fait, 33, 45, 559
- Société de gestion de Patrimoine Familial, 432
- Société en commandite: par actions, 785; simple, 527; spéciale, 528
- Société en nom collectif, 515; associés, 521; gérance, 520
- Société en participation, 551, 557
- Société européenne, 761; actionnaires, 774; gérance, 769
- Société Holding, 431
- Société momentanée, 551, 556
- Société par actions simplifiée (SAS), 777; associés,

- 782; gérance, 779
- Sociétés étrangères, 145, 492
- Sociétés sans personnalité morale, 551
- Solidarité: en cas de la responsabilité des dirigeants, 300
- SOPAFI: chiffre d'affaires, 331; consolidation, 445; contrôle des comptes, 340
- Souscription (la nature juridique de la - au capital), 70
- Spécialité: de la personne morale), 164; statutaire, 165
- Squeeze-out, 245, 435
- Stakeholders*, 275
- Statuts: clause limitative de droit de vote, 183; clause limitative de responsabilité, 323; contenu, 104; forme écrite, 106; indication du siège social, 136; langue, 107; modifications des -, 113, 391; répartition des résultats, 94; restrictions statutaires aux pouvoirs des dirigeants, 281; signature, 107; violation des -, 105
- Stock-options, 662
- Succursales, 146
- Tantièmes, 268
- Tontine, 95
- Transfert du patrimoine professionnel, 422
- Transformation (de société), 393
- TROPLONG, 86
- TUP, 475
- Ultra vires, 284
- Upstream guarantee*, 586
- Usufruit (- sur les droits sociaux), 218, 374
- Veto (droit de -): assemblée des associés, 184; gérance collective, 651
- Vices de consentement, 63
- Violence, 64
- Vote (droit de -), 179; - multiple chez l'organe de gestion, 653; calcul du droit de -, 182; cession du -, 186; clauses limitatives de droit de -, 183; démembrement de droits sociaux, 219; droit-fonction ou droit-prérogative, 189; mandataire, 184; par correspondance, 185
- Warrants, 380, 383

## Table des articles législatifs cités

<b>Statutes</b>	
art. 10 § 3 L1915.....	111
art. 10 al. 1 <sup>er</sup> L19.5.2006.....	436
art. 10 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	111
art. 10 al. 2 L19.5.2006.....	435
art. 10 al. 5 L19.5.2006.....	434
art. 100 L1915.....	628
art. 101-1 L1915.....	775
art. 101-17 L1915.....	775
art. 101-2 L1915.....	775
art. 101-4 L1915.....	776
art. 101-6 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	775
art. 101-6 al. 2 L1915.....	776
art. 101-7 L1915.....	776
art. 102 C.civ.....	136
art. 102 L1915.....	788
art. 1021 C.civ.....	524
art. 103 L1915.....	114, 274
art. 105 n° 1 L1915.....	788
art. 107 al. 2 L1915.....	793
art. 107 L1915.....	293, 303, 790
art. 109 L1915.....	797
art. 11 al. 1 <sup>er</sup> L25.3.1991.....	459
art. 11 L1915.....	517
art. 11 L21.4.1928.....	36
art. 110 L1915.....	797
art. 1108 C.civ.....	55, 498
art. 1109 C.civ.....	63
art. 111 al. 3 de la loi du 30 avr. 1988.....	691
art. 111 L1915.....	789, 791, 792, 793, 796
art. 112 L1915.....	790
art. 1122 C.civ.....	412
art. 1128 C.civ.....	66
art. 1129 C.civ.....	732
art. 113 L1915.....	539
art. 1130 al. 2 C.civ.....	729
art. 1131 C.civ.....	67
art. 1132 C.civ.....	67
art. 1134 C.civ.....	167
art. 114 al. 1 L1915.....	541
art. 114 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	543
art. 1142 C.civ.....	61, 256, 730
art. 1144 C.civ.....	251, 256
art. 1147 C.civ.....	61, 290
art. 115 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	541
art. 115 n° 3 L1915.....	541
art. 115 n° 4 L1915.....	541
art. 1153 C.civ.....	73
art. 116 L1915.....	241
art. 116 n° 1 L1915.....	541
art. 116 n° 3 L1915.....	542
art. 116 n° 4 L1915.....	542
art. 116 n° 5 L1915.....	544
art. 1165 C.civ.....	250, 256, 392, 519
art. 1166 C.civ.....	73, 537
art. 117 n° 2 L1915.....	545
art. 117 n° 4 L1915.....	542
art. 117 n° 6 L1915.....	543
art. 1179 C.civ.....	594
art. 1184 C.civ.....	469
art. 119 L1915.....	543
art. 1197.....	301
art. 11bis § 1 <sup>er</sup> n° 5 c L1915.....	480
art. 11bis § 1 <sup>er</sup> n° 5 L1915.....	392
art. 11bis § 2 L1915.....	473
art. 11bis §1 <sup>er</sup> n° 5 L1915.....	473
art. 11bis art. 1 <sup>er</sup> n° 3 L1915.....	480
art. 11bis L1915.....	132
art. 11bis n° 3 L1915.....	265
art. 12 al. 2 L1915.....	283, 636, 637
art. 12 al. 2 L25.3.1991.....	457
art. 12 arr. gd. 23 déc. 1909.....	112
art. 12 L19.5.2006.....	436
art. 12 L1915.....	273, 572
art. 12 L21.4.1928.....	39
Art. 12 quater § 2 L1915.....	117
art. 12 quater §1 al. 3 L1915.....	118
art. 12 quinquies 3 <sup>c</sup> al. L1915.....	118
art. 120 L1915.....	544
art. 1200 C.civ.....	300
art. 1205 C.civ.....	523, 524
art. 1206 C.civ.....	523
art. 1213 C.civ.....	302
art. 1214 C.civ.....	523
art. 1220 C.civ.....	475
art. 1236 C.civ.....	72, 619
art. 124 al. 2 L1915.....	545
art. 124 L1915.....	540
art. 1241 C.civ.....	58
art. 125 L1915.....	544
art. 1251, 3° C.civ.....	523
art. 127 L1915.....	543, 544
art. 1273 C.civ.....	413
art. 129 al. 2 L1915.....	544
art. 12bis L1915.....	122, 123
art. 12quater § 1er al. 3 L1915.....	117
art. 12quater § 1 <sup>er</sup> L1915.....	117
art. 12quater L1915.....	541



art. 12quinquies al. 2 L1915.....	118	art. 145 L1915.....	481, 482
art. 12quinquies L1915.....	118, 119, 478	art. 146 L1915.....	481, 483
art. 12sexies L1915.....	117	art. 147 L1915.....	483
art. 12ter § 1 n° 2 L1915.....	114	art. 148 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	483
art. 12ter § 1er n° 3 L1915.....	114	art. 148bis L1915.....	482
art. 12ter al. 2 L1915.....	96	art. 149 L1915.....	488
art. 12ter in fine L1915.....	116	art. 15 al. 2 L19.5.2006.....	435
art. 12ter L1915.....	62, 113, 115, 158, 571, 573	art. 15 al. 5 L19.5.2006.....	435
art. 12ter n° 2 L1915.....	133	art. 15 L25.3.1991.....	458
art. 12ter n° 4 L1915.....	623	art. 150 L1915.....	485
art. 13 al. 4 L25.3.1991.....	457	art. 151 al. 2 L1915.....	487
art. 13 arr. gd. 23 déc. 1909.....	112	art. 151 L1915.....	486
art. 13 C.com.....	331, 335	art. 152 L1915.....	51, 509, 524, 793
art. 13 L1915.....	552	art. 153 al. 3 L1915.....	73
art. 13 L21.4.1928.....	36	art. 153 L1915.....	73, 621
art. 130 L1915.....	543	art. 154 L1915.....	193, 361
art. 1300 al. 2 C.civ.....	385	art. 155 L1915.....	555, 557
art. 131 L1915.....	543	art. 157 § 3 LIR.....	680
art. 132 L1915.....	544	art. 157 L1915....	113, 117, 119, 211, 320, 325, 336, 357, 488, 538, 573, 584, 659, 687, 688, 689
art. 1325 C.civ.....	107, 455, 517	art. 158 L1915.....	145
art. 133 al. 1 <sup>er</sup> L20.12.2002.....	153	art. 159 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	151
art. 133 L1915.....	543	art. 1591C.civ.....	732
art. 137- 4 (16) L1915.....	548	art. 1592 C.civ.....	233, 732
art. 137-1 (1) L1915.....	546	art. 16 al. 1 <sup>er</sup> de l'arrêté du 17 déc. 1938.....	691
art. 137-1 (2) et (3) L1915.....	546	art. 16 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	537
art. 137-3 L1915.....	547	art. 16 al. 2 L1915.....	529
art. 137-4 (2) L1915.....	547	art. 16 al. 4 L1915.....	529
art. 137-5 (3) L1915.....	548	art. 16 al. 5 L1915.....	529
art. 138 al. 2 L1915.....	557	art. 16 al. 7 L1915.....	114
art. 138 L1915.....	551, 552	art. 16 L19.5.2006.....	435
art. 1382 C.civ.....	290	art. 16 L1915.....	535, 536, 538
art. 1382 C.civ.....	119, 135, 167, 168, 274, 293, 305	art. 16 L21.4.1928.....	38, 39
art. 1382 du Code civil.....	261	art. 160 L1915.....	146
art. 1382C.civ.....	303	art. 162 L1915.....	314
art. 1383 C.civ.....	135	art. 163 L1915.....	337, 719
art. 1384 al. 3 C.civ.....	168	art. 163 n° 2 L1915.....	175, 336
art. 1384 C.civ.....	167, 274	art. 163 n° 2 L1915.....	711, 722
art. 139 L1915.....	552, 557	art. 163 n° 6 L1915.....	569, 752
art. 14 al. 1 L25.3.1991.....	458	art. 163 n° 7 L1915.....	687
art. 14 arr. gd. 23 déc. 1909.....	112	art. 164 L1915.....	687
art. 14 L1915.....	512, 515, 522	art. 1641 C.civ.....	79
art. 14 L21.4.1928.....	37	art. 1641 et s. C.civ.....	234
art. 14 L27.3.1900.....	33	art. 164bis L.I.R.....	448
art. 140 L1915.....	553	art. 165 L1915.....	688
art. 1402 al. 1 <sup>er</sup> C.civ.....	58	art. 166 L.I.R.....	448
art. 141 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	471	art. 166 n° 2 L1915.....	337, 584
art. 141 L1915.....	461, 477, 501	art. 167 L1915.....	157, 214, 548, 584, 591, 688, 708
art. 142 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	478	art. 168 L1915.....	243, 586, 599, 752, 754, 758
art. 142 dernier alinéa L1915.....	480	art. 168 n° 3 LIR.....	679, 680
art. 142 L1915.....	475, 478, 486	art. 169 L1915.....	357
art. 1421-1 C.civ.....	58	art. 1690 C.civ.....	78, 240, 241, 424, 476, 607, 697
art. 1424 C.civ.....	59	art. 1693 C.civ.....	235
art. 143 L1915.....	478	art. 1694 C.civ.....	235
art. 144 L1915.....	481		

art. 17 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	530	art. 1865 n° 3 C.civ. ....	465
art. 17 al. 2 L1915 .....	530	art. 1865 n° 3° C.civ. ....	518
art. 17 al. 3 L1915 .....	530	art. 1865 n° 4 C.civ. ....	512
art. 17 al. 4 L1915 .....	531	art. 1865 n° 4° C.civ. ....	465
art. 17 al. 5 L1915 .....	534	art. 1865 n° 5 C.civ. ....	462
art. 171-1 L1915 .....	315, 576, 584, 681	art. 1865bis C.civ. ....	467, 476
art. 1719 n° 2 C.civ. ....	80	art. 1866 C.civ. ....	464
art. 1719 n° 3 C.civ. ....	80	art. 1867 al. 3 C.civ. ....	466
art. 179 L1915 .....	565, 567	art. 1867 C.civ. ....	466
art. 18 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	534	art. 1868 C.civ. ....	518
art. 18 al. 2 L1915 .....	533	art. 1869 C.civ. ....	462, 512
art. 18 al. 3 L1915 .....	535	art. 187 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	573
art. 18 al. 4 L1915 .....	535	art. 187 al. 2 L1915 .....	573
art. 18 L1915 .....	533	art. 187 L1915 .....	139, 571
art. 180 L1915 .....	56, 164	art. 187 L1915 dernier alinéa .....	571
art. 180-1 L1915 .....	462	art. 187 n° 2 L1915 .....	571
art. 181 al. 2 L1915 .....	567	art. 1870 C.civ. ....	463
art. 181 L1915 .....	58, 566, 567	art. 1871 C.civ. ....	467
art. 182 L1915 .....	568	art. 1873 C.civ. ....	263
art. 183 L1915 .....	567	art. 188 al. 2 L1915 .....	569
art. 183 n° 3 L1915 .....	71	art. 188 L1915 .....	164
art. 1832 al. 3 C.civ. ....	120	art. 189 § 2 al. 3 L1915 .....	597
art. 1832 C.civ. ....	25, 34, 69, 85, 467, 498	art. 189 § 2 dernier alinéa L1915 .....	597
art. 1833 C.civ. ....	66, 76	art. 189 § 2 L1915 .....	596
art. 1834 C.civ. ....	106, 498	art. 1892 C.civ. ....	80
art. 1836 C.civ. ....	500	art. 19 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	532
art. 184 L1915 .....	114, 136	art. 19 al. 2 L1915 .....	532
art. 1841 C.civ. ....	500	art. 19 C.com. ....	491
art. 1844 C.civ. ....	131, 500	art. 19 L18.12.2009 .....	344
art. 1845 C.civ. ....	78	art. 19 L21.4.1928 .....	40
art. 1846 al. 3 C.civ. ....	73	art. 19 L25.3.1991 .....	457
art. 1846 C.civ. ....	620	art. 190 al. L1915 .....	601
art. 1847 C.civ. ....	84	art. 191 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	580
art. 185 L1915 .....	572	art. 191 al. 2 L1915 .....	263, 575, 578
art. 1851 C.civ. ....	80	art. 191 bis al. 5 L1915 .....	274
art. 1853 al. 2 C.civ. ....	93	art. 191 L1915 .....	574
art. 1853 C.civ. ....	85, 89, 93, 160, 556, 562	art. 191bis § 5 L1915 .....	582
art. 1855 al. 2 C.civ. ....	88	art. 191bis § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	581
art. 1855 C.civ. ....	556	art. 191bis § 6 L1915 .....	582
art. 1856 al. 2 C.civ. ....	263, 503, 791	art. 191bis L1915 .....	285, 581, 583, 608
art. 1856 C.civ. ....	263, 279, 283, 502, 505, 520	art. 192 L1915 .....	293, 303, 583
art. 1857 C.civ. ....	505, 603, 644	art. 193 L1915 .....	588, 601
art. 1859 al. 1 <sup>er</sup> C.civ. ....	580	art. 193, §2, L-1915 .....	594
art. 1859 C.civ. ....	272, 502, 505, 506, 554	art. 194 L1915 .....	576, 602, 603
art. 1859 n° 1 C.civ. ....	506	art. 196 al. 2 L1915 .....	580, 601, 603
art. 186 L1915 .....	133	art. 196 C pén. ....	333
art. 1860 C.civ. ....	505	art. 1961 C.civ. ....	360
art. 1861 C.civ. ....	232, 244, 497, 511	art. 197 L1915 .....	335, 602
art. 1862 C.civ. ....	51, 498, 506, 509	art. 198 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	588
art. 1863 C.civ. ....	39, 498, 506, 508, 509	art. 198 L1915 .....	174
art. 1864 C.civ. ....	506	art. 1984 et s. C.civ. ....	647
art. 1865 C.civ. ....	463, 498, 517, 628	art. 1988 C.civ. ....	283, 554
art. 1865 n° 1 C.civ. ....	464	art. 199 L1915 .....	604, 605
art. 1865 n° 2 C.civ. ....	464, 466	art. 1990 C.civ. ....	575

art. 1992 C.civ.....	538	art. 26-1 § 3sexies L1915.....	84
art. 1993 C.civ.....	279, 507	art. 26-1 § 3ter L1915.....	83
art. 1994 C.civ.....	281	art. 26-1 § 4 L1915.....	82
art. 1995 C.civ.....	302	art. 26-1 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	620
art. 1998 al. 2 C.civ.....	504	art. 26-1 al. 2 L1915.....	618
art. 1998 C.civ.....	506	art. 261 L1915.....	405
art. 1 <sup>er</sup> § 2 L11.5.2007.....	133	art. 26-1 L21.04.1928.....	148
art. 1 <sup>er</sup> al. 1 <sup>er</sup> C. d'instr. crim.....	319	art. 262 L1915.....	406
art. 1 <sup>er</sup> al. 2 L1915.....	26	art. 26-2 L1915.....	618
art. 1er L25.3.1991.....	456	art. 26-2 L1915.....	618
art. 1er L27.7.1992.....	20	art. 263 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	409
art. 2 al. 2 L1915.....	764	art. 263 § 3 L1915.....	410
art. 2 al. 3 L1915.....	150, 541	art. 263 § 4 L1915.....	409
art. 2 al. 4 L1915.....	128	art. 263 § 5 L1915.....	409
art. 2 b L25.3.1991.....	456	art. 26-3 L1915.....	77, 617
art. 2 c L25.3.1991.....	456	art. 264 (c) L1915.....	193
art. 2 C. instr. crim.....	170	art. 265 § 2 L1915.....	408
art. 2 L1915.....	46, 59, 491	art. 265 L1915.....	408
art. 2 L21.4.1928.....	35	art. 26-5 L1915.....	704
art. 2 L25.3.1991.....	57	art. 266 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	407
art. 2 n° 6 L21.4.1928.....	37	art. 266 § 3 L1915.....	407, 408
art. 2 n° 8 L21.4.1928.....	39	art. 266 L1915.....	352
art. 20 L1915.....	530	art. 267 al. 1 <sup>er</sup> e) L1915.....	408
art. 20 L21.4.1928.....	37	art. 267 L1915.....	408
art. 200 al. 3 L1915.....	354	art. 268 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	416
art. 200 L1915.....	347, 350	art. 268 al. 2 L1915.....	417
art. 200-2 L1915.....	608	art. 268 al. 3 L1915.....	417
art. 2003 C.civ.....	479, 503	art. 26bis al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	764, 765
art. 2004 C.civ.....	578, 641, 673	art. 26bis al. 2 L1915.....	766
art. 2007 C.civ.....	264, 504, 578	art. 26bis al. 3 L1915.....	766
art. 2021 C.civ.....	524	art. 26octies al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	766
art. 203 L1915.....	151, 337, 469, 470	art. 26quater dernier alinéa L1915.....	766
art. 2037 C.civ.....	524	art. 26quater L1915.....	765, 766
art. 204 L1915.....	327	art. 26quinquies L1915.....	765, 766
art. 21 al. 1 <sup>er</sup> et 2 L1915.....	536	art. 26septies L1915.....	765
art. 21 dernier alinéa L1915.....	536	art. 26sexies L1915.....	765, 766
art. 21 L1915.....	240	art. 26ter al. 2 L1915.....	766
art. 22 al. 5 L25.3.1991.....	458	art. 27 al. 7 L1915.....	736
art. 23 al. 2 L1915.....	775	art. 27 L1915.....	622, 625
art. 23 al. 3 L1915.....	765	art. 27 L21.4.1928.....	42
art. 23 L19 déc. 2009.....	353	art. 27 n° 6 L1915.....	619
art. 23 L1915.....	762	art. 270 L1915.....	416
art. 235 L1915.....	446	art. 271 § 2 al. 4 L1915.....	403
art. 25 al. 3 L1915.....	134	art. 273bis § 3 L1915.....	403
art. 25 L21.4.1928.....	40	art. 274 (2) L1915.....	413
art. 257 L1915.....	402	art. 274 § 1 a L1915.....	412
art. 259 L1915.....	404	art. 274 § 1 <sup>er</sup> a L1915.....	412, 413
art. 26 § 1 <sup>er</sup> n° 4 L1915.....	619	art. 276 c L1915.....	411
art. 26 § 2 L1915.....	81, 617	art. 276 f L1915.....	411
art. 26 al. 1 <sup>er</sup> n° 2 L1915.....	622	art. 276 h L1915.....	411
art. 26 L21.4.1928.....	36	art. 276 L1915.....	410
art. 26-1 § 2 L1915.....	617	art. 277 § 4 L1915.....	408
art. 26-1 § 3bis L1915.....	83	art. 278 L1915.....	404, 409
art. 26-1 § 3quater L1915.....	83	art. 28 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	626

art. 28 al. 2 L1915 .....	624	art. 316 L1915 .....	444
art. 28 L1915 .....	624, 626	art. 317 L1915 .....	445
art. 28 L21.4.1928 .....	41	art. 318 L1915 .....	445
art. 28-1 § 1 L1999 .....	137	art. 32 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	736
art. 282 (a) L1915 .....	193	art. 32 al. 2 et 3 L1915 .....	736
art. 285 L1915 .....	402, 418, 419	art. 32 al. 3 L1915 .....	736
art. 287 al. 2 L1915 .....	419	art. 32 al. 5 L1915 .....	380
art. 289 al. 3 L1915 .....	420	art. 32-1 § 2 L1915 .....	686, 737
art. 29 L1915 .....	624, 626, 627	art. 32-1 § 3 L1915 .....	737
art. 29 L21.4.1928 .....	41	art. 32-1 § 4 L1915 .....	736
art. 291 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	420	art. 32-1 § 6 L1915 .....	372
art. 291 § 3 n° 1 et 2 L1915 .....	421	art. 32-1- al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	737
art. 291 § 5 L1915 .....	421	art. 321 L1915 .....	446
art. 294 § 3 L1915 .....	420	art. 32-2 L1915 .....	737, 743
art. 294 L1915 .....	352	art. 32-3 (5) al. 3 L1915 .....	737
art. 297 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	421	art. 32-3 § 4 L1915 .....	741
art. 297 § 2 L1915 .....	421	art. 32-3 § 5 L1915 .....	739, 740
art. 3 §4, L1915 .....	501	art. 32-3- § 7 L1915 .....	741
art. 3 al. 1 <sup>er</sup> L25.3.1991 .....	458	art. 32-3 L1915 .....	737
art. 3 al. 2 L25.3.1991 .....	458	art. 32-4 L1915 .....	380, 383
art. 3 al. 5 L1915 .....	395	art. 33 L1915 .....	627
art. 3 avant-dernier alinéa L1915 .....	398	art. 332 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	446
art. 3 L18 sept. 1933 .....	499	art. 335 L1915 .....	446
art. 3 L1915 .....	128, 501, 767, 775	art. 336 L1915 .....	447
art. 3 L21.4.1928 .....	36	art. 339 L1915 .....	447
art. 30 arr. gd. 23 déc. 1909 .....	112	art. 34 C. pén. ....	171
art. 30 L1915 .....	627	art. 34 L21.4.1928 .....	42
art. 30 L21.4.1928 .....	41	art. 34 L6 mai 1974 .....	343
art. 301 L1915 .....	420	art. 341 L1915 .....	447
art. 302 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	421	art. 35 arr. gd. 23 déc. 1909 .....	112
art. 302 L1915 .....	420	art. 35 LRCS .....	331
art. 303 L1915 .....	419	art. 36 al. 1 <sup>er</sup> L9.12.1976 .....	107
art. 306 L1915 .....	420	art. 36 C. pén. ....	171
art. 308bis-1 L1915 .....	424	art. 37 § 1 <sup>er</sup> al. 2 L1915 .....	706
art. 308bis-3 L1915 .....	422, 424	art. 37 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	707
art. 308bis-4 L1915 .....	419	art. 37 § 3 L1915 .....	708
art. 308bis-5 L1915 .....	424	art. 37 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	703
art. 308bis-6 L1915 .....	425	art. 37 al. 3 L1915 .....	707
art. 309 al. 1 <sup>er</sup> b L1915 .....	444	art. 37 C.com. ....	272
art. 309 al. 1 <sup>er</sup> c) L1915 .....	253	art. 38 C. pén. ....	172
art. 309 al. 1er L1915 .....	429, 443	art. 38 C.com. ....	491
art. 309 L1915 .....	443	art. 38 L1915 .....	217, 690
art. 31 (2), §1 L1915 .....	626	art. 38 L21.4.1928 .....	41
art. 31 (2), §2 L1915 .....	626	art. 39 L1915 .....	696
art. 31 al. 1 <sup>er</sup> n° 2 L1915 .....	621	art. 4 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	114
art. 31 al. 1 <sup>er</sup> n° 3 L1915 .....	623	art. 4 al. 1er L25.3.1991 .....	455
art. 31 al. 2 L19.12.2002 .....	445	art. 4 al. 2 L12.05.2004 .....	157
art. 31 al. 2 L1915 .....	621	art. 4 al. 2 L1915 .....	114
art. 31 L1915 .....	114, 686	art. 4 al. 2 L25.3.1991 .....	455
art. 31 L21.4.1928 .....	41	art. 4 L1915 .....	106, 107, 113, 529, 541
art. 31-2 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	767	art. 4 L21.4.1928 .....	37, 38
art. 312 L1915 .....	445	art. 4 L25.3.1991 .....	456
art. 31-3 al. 6 L1915 .....	767	art. 40 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	697
art. 314 L1915 .....	444	art. 40 L1915 .....	241

art. 40 L21.4.1928.....	42	art. 49bis § 1 <sup>er</sup> (a) L1915 .....	758, 759
art. 41 L19.12.2002.....	430	art. 49bis § 1 <sup>er</sup> a L1915 .....	759
art. 41 L21.4.1928.....	42	art. 49bis § 2 L1915 .....	759
art. 42 L1915.....	695, 696	art. 49bis § 3 b L1915 .....	759
art. 43 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	690, 696	art. 49bis § 6 L1915 .....	760
art. 43 al. 2 L1915 .....	620, 696	art. 49bis L1915 .....	758, 759
art. 43 al. 3 L1915 .....	696	art. 4ter L1915.....	104
art. 43 L21.4.1928.....	41	art. 5 (1) L19.5.2006 .....	435
art. 44 L1915.....	698	art. 5 (4) L19.5.2006 .....	435
art. 444-1 C.com.....	575	art. 5 al. 2 L12.05.2004 .....	619
art. 444-1 C.com.....	59, 313	art. 5 al. 3 règ. gd. 23 déc. 2003 .....	112
art. 45 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	699	art. 5 L1915.....	109, 530
art. 45 § 4 L1915.....	699	art. 5 L25.3.1991.....	455
art. 47 L1915.....	551, 700	art. 5 n° 4 L25.3.1991 .....	455
art. 47 LRCS .....	331	art. 5(1) L19.5.2006 .....	434
art. 470 al. 3 C.com.....	522	art. 50 L1915.....	638
art. 48 L1915.....	551, 552, 620, 719	art. 506-1 C. pén. ....	353
art. 481 C.civ.....	516	art. 51 § 4 L1915.....	639
art. 49 § 3 L1915.....	754	art. 51 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	614
art. 49 L1915.....	620	art. 51 al. 3 L1915 .....	770, 772
art. 490-2 al. 4 C.civ.....	60	art. 51 L1915.....	633, 636, 637, 642, 771
art. 49-1 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	746	art. 51bis L1915 .....	633
art. 49-1 § 2 L1915 .....	746	art. 529 C.civ.....	127, 154
art. 49-1 § 3 L1915 .....	746	art. 53 al. 2 L1915 .....	644, 647
art. 49-2 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	751	art. 53 al. 3 L1915 .....	644, 645
art. 49-2 § 1 <sup>er</sup> n° 1 L1915.....	752	art. 53 al. 4 L1915 .....	274, 647
art. 49-2 § 2 L1915 .....	753	art. 53 al. 5 L1915 .....	770
art. 49-2 § 3 L1915 .....	753	art. 53 L1915.....	643, 644, 646
art. 49-2 L1915 .....	243, 689	art. 54 L1915.....	636, 673
art. 49-2, al. 1 <sup>er</sup> , 20 L1915 .....	243	art. 545 C.civ.....	222
art. 49-3 § 1 <sup>er</sup> (a) L1915 .....	754	art. 57 al. 2 L1915 .....	685
art. 49-3 § 1 <sup>er</sup> a L1915.....	754	art. 57 al. 3 L1915 .....	614
art. 49-3 § 1 <sup>er</sup> b L1915 .....	754	art. 59 al. 1 <sup>er</sup> L1915 .....	302
art. 49-3 § 1 <sup>er</sup> d L1915 .....	754	art. 59 al. 2 L1915 .....	293, 303, 652
art. 49-3 § 1 <sup>er</sup> e L1915.....	754	art. 59 L1915.....	583
art. 49-3 L1915 .....	753, 754	art. 6 al. 1 <sup>er</sup> L19.5.2006 .....	434
art. 49-5 § 1 <sup>er</sup> (a) L1915 .....	754	art. 6 al. 2 L19.5.2006 .....	434
art. 49-5 § 1 <sup>er</sup> b L1915 .....	755	art. 6 al. 2 L1915 .....	768
art. 49-5 § 2 L1915 .....	687, 752	art. 6 al. 3 L19.5.2006 .....	434
art. 49-5 al. 1 <sup>er</sup> (a) L1915.....	727	art. 6 al. 3 L21.4.1928 .....	37
art. 495 C. com. ....	454	art. 6 dernier alinéa L1915 .....	131
art. 495 C.com. ....	309	art. 6 L19.12.2002.....	109
art. 495-1 C.com.....	307, 453	art. 6 L1915.....	133, 158, 498
art. 49-6 § 1 <sup>er</sup> a L1915.....	750	art. 6 n° 6 L19.12.2002 .....	600
art. 49-6 § 1 <sup>er</sup> b L1915 .....	749	art. 6 tiret 3 L1915 .....	537
art. 49-6 § 1 <sup>er</sup> c L1915.....	750	art. 60 al. 2 L1915 .....	667
art. 49-6 § 2 L1915.....	750	art. 60 al. 3 L1915 .....	670
art. 49-6 § 2 L1915 .....	750	art. 60 al. 4 L1915 .....	661
art. 49-6 § 3 L1915 .....	751	art. 60 al. 5 L1915 .....	663
art. 49-6 § 1 <sup>er</sup> L1915 .....	747	art. 60 dernier alinéa L1915 .....	666
art. 49-6 al. 2 L1915.....	748	art. 60bis L1915 .....	285, 645, 665, 670
art. 49-6 L1915 .....	566, 587, 748	art. 60bis-11 (2) L1915.....	680
art. 49-6bis L1915 .....	749	art. 60bis-12 (2) L1915.....	680
art. 49-7 L1915 .....	587, 689, 748	art. 60bis-12 (4) L1915.....	680

art. 60bis-12 (5) L1915.....	680	art. 67 § 5 L1915.....	714
art. 60bis-12 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	680	art. 67 § 7 L1915.....	621, 727
art. 60bis-13 al. 2 L1915.....	772	art. 67-1 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	148
art. 60bis-13 al. 4 L1915.....	772	art. 67-1 § 2 L1915.....	723, 724, 775
art. 60bis-14 al. 3 L1915.....	772	art. 67-1 § 3 L1915.....	386, 723
art. 60bis-14 L1915.....	614, 679	art. 67-1 al. 2 L1915.....	723
art. 60bis-15 (2) L1915.....	680	art. 67-1 L1915.....	148, 629
art. 60bis-16 al. 2 L1915.....	681	art. 68 § 3 L19.12.2002.....	330
art. 60bis-17 al. 2 L1915.....	676	art. 68 L1915.....	377, 700, 724
art. 60bis-17 L1915.....	675	art. 68bis L19.12.2002.....	330
art. 60bis-19 L1915.....	677, 772	art. 69 (1) g) L19.12.2002.....	351
art. 60bis-2 (1) L1915.....	675	art. 69 § 1 <sup>er</sup> b) L19.12.2002.....	330
art. 60bis-2 (2) L1915.....	675	art. 69 § 2 L1915.....	377
art. 60bis-2 L1915.....	614, 643	art. 69 § 3 L19.12.2002.....	340, 798
art. 60bis-3 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	772	art. 69 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	744
art. 60bis-3 al. 2 L1915.....	675, 772	art. 69 al. 2 L1915.....	744
art. 60bis-3 L1915.....	675	art. 69 al. 4 L1915.....	376, 745
art. 60bis-4 L1915.....	633, 675	art. 69-1 al. 2 L1915.....	375, 705
art. 60bis-5 L1915.....	676	art. 69-1 L1915.....	374, 705
art. 60bis-6 al. 2 L1915.....	676	art. 69bis (c) L19.12.2002.....	349
art. 60bis-6 al. 3 L1915.....	676	art. 69ter LRSC.....	333
art. 60bis-7 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	677	art. 7 al. 5 L25.3.1991.....	456
art. 60bis-7 al. 4 L1915.....	678	art. 7 L19.12.2002.....	456
art. 60bis-8 L1915.....	666, 678	art. 7 L21.4.1928.....	38
art. 60bis-9 L1915.....	677	art. 7 L25.3.1991.....	456
art. 61 al. 4 L1915.....	343, 346, 725	art. 7 n° 3 L1915.....	139
art. 61 al. 5 L1915.....	724, 725	art. 70 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	175, 334, 711, 714
art. 61 L1915.....	346, 350, 724	art. 70 al. 2 L1915.....	192, 680, 710, 711, 774
art. 619 C.civ.....	79	art. 70 L1915.....	335, 648
art. 62 al. 1er L1915.....	656, 725	art. 72 al. 5 L1915.....	629
art. 62 L1915.....	347, 354	art. 72 L1915.....	174, 213, 648
art. 63 al. 2 de la loi du 22 mars 2004.....	691	art. 72-1 L1915.....	212, 705
Art. 63 L1915.....	296	art. 72-2 L1915.....	208
art. 63 L22.3.2004.....	726	art. 72-4 L1915.....	215
art. 64 § 2 L1915.....	660	art. 72ter L1915.....	332
art. 64 al. 5 L1915.....	679	art. 73 al. 2 L1915.....	719, 720
art. 64 L1915.....	643	art. 73 L1915.....	330, 691, 719
art. 64bis § 1 <sup>er</sup> a) L1915.....	652	art. 73 n° 4 L1915.....	719
art. 64bis § 1 <sup>er</sup> b) L1915.....	653	art. 74 al. 2 L1915.....	323, 721, 725
art. 64bis al. 4 L1915.....	679	art. 74 L1915.....	716, 721
art. 64bis L1915.....	770	art. 75 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	722
art. 65 (1) n° 12 L19.12.2002.....	639	art. 75 al. 2 L1915.....	722
art. 65 (7) ter L19.12.2002.....	442	art. 75 L1915.....	722
art. 65 § 1 <sup>er</sup> L19.12.2002.....	438	art. 76 L1915.....	139
art. 65 § 1 <sup>er</sup> n° 2 LRCS.....	719	art. 76 n° 2 L1915.....	623
art. 65 § 2 L19.12.2002.....	438	art. 77, 2° L 2002 sur le RCS.....	515
art. 65 L1915.....	672	art. 8 al. 1 <sup>er</sup> (a) et 14 al. 2 L25.3.1991.....	459
art. 66 L1915.....	656, 657, 770	art. 8 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	109, 542
art. 67 § 1 al. 2 L1915.....	614	art. 8 al. 2 L21.4.1928.....	38
art. 67 § 1 <sup>er</sup> L1915.....	709	art. 8 al. 2 L25.3.1991.....	456
art. 67 § 3 L1915.....	185, 716	art. 8 C.com.....	327, 331
art. 67 § 3bis al. 2 L1915.....	721	art. 8 L1915.....	158
art. 67 § 3bis L1915.....	716	art. 8 L21.4.1928.....	37, 38
art. 67 § 4 L1915.....	715, 726	art. 8-1 L19 févr. 1973.....	353

art. 83 L1915.....	381
art. 85 L1915.....	386, 714, 715
art. 86 L1915.....	387
art. 87 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	389
art. 87 al. 2 L1915.....	389
art. 87 al. 3 L1915.....	389
art. 87 al. 4 L1915.....	389
art. 88 al. 1 <sup>er</sup> n° 1 L1915.....	389
art. 88 al. 1 <sup>er</sup> n° 2 L1915.....	389
art. 88 al. 1 <sup>er</sup> n° 3 L1915.....	389
art. 88 al. 1 <sup>er</sup> n° 6 L1915.....	389
art. 89 L1915.....	389
art. 9 § 2 L1915.....	108
art. 9 al. 1er c L25.3.1991.....	455
art. 9 al. 3 L19.5.2006.....	436
art. 9 L25.3.1991.....	455
art. 9 L27.3.1900.....	33
art. 90 L1915.....	389
art. 92 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	387
art. 92 al. 2 L1915.....	387
art. 92 L1915.....	352, 387, 389
art. 93 L1915.....	387, 388
art. 931 C.civ.....	594
art. 933 C.proc. civ.....	358
art. 94 L1915.....	388
art. 94-1 al. 2 L1915.....	388
art. 94-2 al. 2 L1915.....	389
art. 94-2 al. 3 L1915.....	381
art. 94-2 n° 6 L1915.....	388
art. 94-2 n° 8 L1915.....	388
art. 94-2 n° 1 L1915.....	388, 389
art. 94-2 n° 10 L1915.....	388
art. 94-2 n° 3 L1915.....	388
art. 94-2 n° 4 L1915.....	388, 389
art. 94-2 n° 5 L1915.....	388
art. 94-2 n° 7 L1915.....	388
art. 94-2 n° 9 L1915.....	388
art. 94-3 al. 1 <sup>er</sup> L1915.....	388
art. 94-3 al. 2 L1915.....	388
art. 94-4 L1915.....	388
art. 99 al. 3 L1915.....	628, 791
art. 99 alinéa 3 L1915.....	462





## Table des matières

### PARTIE 1. LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS ..... 15

#### TITRE 1. UNE INTRODUCTION AU DROIT DES SOCIÉTÉS ..... 17

##### CHAPITRE 1 LE CADRE GÉNÉRAL DU DROIT DES SOCIÉTÉS ..... 19

*Section 1. Les intérêts de la forme sociale* ..... 19

*Section 2. La nature juridique de la société* ..... 21

*Section 3. L'évolution du droit des sociétés* ..... 28

##### CHAPITRE 2 LES CLASSIFICATIONS ET CONTOURS DES GROUPEMENTS D'AFFAIRES ..... 32

*Section 1. Société et qualifications voisines* ..... 32

§ 1. La société et les groupements voisins ..... 32

A. Les associations sans but lucratif ..... 32

1. Les activités autorisées de l'association ..... 34

2. La constitution de l'association ..... 35

3. Le fonctionnement de l'association ..... 36

4. Les membres de l'association ..... 39

5. La dissolution de l'association ..... 40

B. Les fondations ..... 41

C. Quelques autres groupements voisins ..... 42

§ 2. La société et les contrats voisins ..... 44

*Section 2. Les classifications des sociétés* ..... 45

§ 1. Les sociétés civiles et les sociétés commerciales ..... 46

§ 2. Les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux .. 48

§ 3. Les sociétés à risque limité  
et les sociétés à risque illimité ..... 50

#### TITRE 2. LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ ... 53

##### CHAPITRE 1 LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT EN GÉNÉRAL ..... 55

*Section 1. Les personnes au contrat* ..... 55

§ 1. Les conditions objectives ..... 55

A. Une pluralité des parties ..... 55

B. La qualité des parties ..... 56

C. La capacité des parties ..... 59

§ 2. La condition subjective : le consentement des parties 61

A. Le contrat simulé ..... 61

B. Les vices du consentement ..... 63

*Section 2. La substance du contrat* ..... 65

§ 1. L'objet du contrat ..... 65

§ 2. La cause ..... 67

##### CHAPITRE 2 LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ, UN CONTRAT SPÉCIAL ..... 69

*Section 1. L'élément matériel : les apports* ..... 69

§ 1. Les caractères communs de l'apport ..... 69

A. Caractère obligatoire de l'apport ..... 69

1. L'engagement d'apporter : la souscription du capital ..... 69

2. La libération de la souscription : le capital libéré 71

B. Caractère réel de l'apport ..... 74

§ 2. Les variétés en matière d'apport ..... 76

A. L'apport en numéraire ..... 76

B. L'apport en nature ..... 77

1. Les différents types d'apports en nature ..... 77

a) L'apport avec transfert de propriété ..... 77

i. Le transfert d'une pleine propriété ..... 78

ii. Le transfert d'une propriété démembrée 79

b) L'apport sans transfert de propriété :

l'apport en jouissance ..... 79

2. L'évaluation contrôlée des apports en nature .. 80

a) L'évaluation est faite par les associés ..... 80

b) L'évaluation est contrôlée par un externe ..... 81

i. Le contrôle de l'apport en nature par un

réviseur d'entreprises ..... 81

ii. Les dispenses du rapport de réviseur ..... 82

C. L'apport en industrie ..... 84

*Section 2. L'élément intentionnel* ..... 85

§ 1. La participation aux résultats sociaux ..... 85

A. L'objet de la participation aux résultats ..... 85

1. La participation aux bénéfices ..... 85

a) Le concept de « bénéfice » ..... 85

b) La constatation comptable du bénéfice ..... 87

2. La participation aux pertes ..... 88

a) La contribution aux pertes ..... 89

b) L'obligation aux dettes ..... 90

B. Les modalités de participation aux résultats ..... 92

1. Les principes généraux gouvernant la répartition des bénéfices et des pertes ..... 92

2. La clause léonine ..... 94

a) Le régime juridique de la clause léonine ..... 94

b) La portée pratique limitée de la clause léonine ..... 96

§ 2. La participation aux activités sociales : l'affectio societatis ..... 99

A. Un concept aux contours incertains ..... 99

B. Un concept néanmoins utile ..... 101

### CHAPITRE 3 LES CONDITIONS DE FORME DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ ..... 104

#### Section 1. Entre les associés ..... 104

- § 1. Les statuts 104
- § 2. La forme des statuts ..... 106

#### Section 2. Vis-à-vis des tiers ..... 108

- § 1. La publicité de la constitution ..... 108
- § 2. L'immatriculation au RCS ..... 111

### CHAPITRE 4 LES DIFFICULTÉS ENTOURANT LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ..... 113

#### Section 1. Les conséquences des irrégularités de la constitution : les nullités ..... 113

- § 1. Les causes des nullités ..... 113
- § 2. La mise en œuvre des nullités ..... 116

#### Section 2. La reprise des engagements de la société en voie de formation ..... 119

- § 1. Une problématique limitée en pratique ..... 120
- § 2. Conséquences juridiques ..... 121

## TITRE 3. L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ 125

### CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ EN TANT QUE PERSONNE MORALE ..... 127

#### Section 1. L'attribution de la personnalité morale 127

- § 1. La nature de la personnalité morale ..... 127
- § 2. La personnalité morale dans le temps ..... 130

#### Section 2. La personnalité morale sert à identifier la société ..... 132

- § 1. Le nom 132
- § 2. La localisation de la société : son siège social ..... 136
  - A. La détermination du siège social ..... 136
  - B. Les conséquences du siège social ..... 139
- § 3. La nationalité de la société ..... 141
  - A. La statique de la nationalité des sociétés :  
la loi applicable à la société ..... 141
  - B. La dynamique de la nationalité des sociétés :  
le transfert de siège social ..... 146

#### Section 3. La personnalité morale permet à la société d'agir ..... 152

- § 1. L'autonomie financière de la personne morale ..... 152
  - A. Le patrimoine social ..... 152
  - B. Le capital social ..... 155
  - C. Les capitaux propres de la société ..... 158
- § 2. L'autonomie juridique de la personne morale ..... 163
  - A. La société, en tant que sujet de droit,  
est à même d'agir ..... 163
    - 1. Capacité de la société ..... 163

- 2. Protection des tiers ..... 166
- B. La société doit assumer les conséquences  
éventuellement dommageables de ses actes ..... 167
  - 1. Responsabilité civile ..... 167
  - 2. Responsabilité pénale ..... 169

### CHAPITRE 2 LES ASSOCIÉS ..... 173

#### Section 1. Les droits que les associés exercent dans le cadre des assemblées ..... 173

- § 1. Les droits politiques :
  - le droit de participer à la vie sociale : ..... 174
  - A. Le droit à l'information des associés ..... 174
    - 1. Le droit à l'information des associés  
en situation normale ..... 174
    - 2. Le droit à l'information en situation  
exceptionnelle : l'expertise de gestion ..... 176
  - B. Le droit de vote ..... 179
    - 1. Le droit de vote individuel dans le cadre de la  
collectivité des associés ..... 179
      - a) La nature de la résolution adoptée  
en assemblée d'associés ..... 179
      - b) Le droit de vote en tant qu'instrument  
du pouvoir au sein de l'assemblée ..... 180
    - 2. Les règles légales en matière de droit de vote ..... 182
      - a) Le calcul du droit de vote ..... 183
      - b) L'exercice du droit de vote ..... 184
    - 3. Les limites à l'exercice du droit de vote :  
le vote ne peut être « abusif » ..... 188
      - a) La société est constituée  
« dans un but commun » ..... 188
      - b) L'abus de majorité ..... 190
      - c) L'abus de minorité ..... 193
  - C. Les nullités des assemblées ..... 195
    - 1. Les causes de nullité ..... 195
    - 2. Le régime de l'action en nullité ..... 199
      - a) La recevabilité de l'action en nullité ..... 199
      - b) Les conséquences du prononcé  
en justice de la nullité ..... 202
- § 2. Les droits financiers : le droit aux dividendes ..... 204
  - A. Les dividendes proviennent de  
sommes qualifiées de « distribuables » par la loi ..... 204
    - 1. Le concept juridique de dividende ..... 204
      - a) La notion de dividende ..... 204
      - b) La variété de dividendes et leur paiement ..... 206
    - 2. La détermination du montant  
des sommes distribuables ..... 211
  - B. Les sanctions en cas de versement  
de dividendes fictifs ..... 213
- § 3. L'exercice des droits politiques et financiers  
par les « associés éclatés » ..... 216
  - A. Les droits sociaux détenus en copropriété :  
l'indivision ..... 216
  - B. Le démembrement des droits sociaux :

l'usufruit et la nue-propriété.....	218		
<i>Section 2. Les droits que les associés exercent en dehors du cadre des assemblées .....</i>	<i>222</i>		
§ 1. Le droit au maintien de la qualité d'associé.....	222		
A. Le droit de rester associé.....	222		
1. L'exclusion conventionnelle de l'associé.....	223		
2. Une exclusion indirecte : le coup d'accordéon .....	228		
B. Le droit de ne pas être obligé à une augmentation de ses engagements.....	229		
§ 2. Le droit de sortir de la société.....	232		
A. La voie normale : la cession à un autre associé ou à un tiers .....	232		
1. La cession ouverte .....	232		
a) Le prix de cession .....	233		
b) La valeur des droits sociaux .....	237		
c) Opposabilité à la société et aux tiers .....	240		
2. Les autres cas de sortie volontaire de l'associé .....	241		
a) La reprise des apports par l'associé : le droit de retrait .....	241		
b) La cession cachée : la convention de croupier .....	244		
B. L'hypothèse exceptionnelle : la sortie imposée ...	245		
<i>Section 3. Les aménagements aux droits politiques et financiers en dehors des statuts :     les pactes d'actionnaires .....</i>	<i>247</i>		
§ 1. Les pactes d'actionnaires en général.....	248		
§ 2. Les conventions de vote en particulier .....	251		
<b>CHAPITRE 3 LES DIRIGEANTS.....</b>	<b>259</b>		
<i>Section 1. La qualité de « dirigeant » .....</i>	<i>259</i>		
§ 1. L'existence des fonctions de dirigeant.....	259		
A. L'entrée en fonctions.....	259		
B. La cessation de fonctions.....	262		
C. Les mesures de publicité entourant l'existence des fonctions de dirigeant .....	265		
§ 2. Le statut du dirigeant.....	267		
<i>Section 2. Les pouvoirs des dirigeants .....</i>	<i>271</i>		
§ 1. La nature des pouvoirs des dirigeants.....	271		
A. Lorsqu'ils agissent pour compte de la société, les dirigeants « sont » la société : la théorie de l'organe.....	271		
B. Lorsqu'ils agissent en tant que société, les dirigeants doivent agir dans son intérêt : l'intérêt social.....	274		
1. Le concept d'« intérêt social » .....	274		
2. Les devoirs des dirigeants dans le cadre de la gestion de la société.....	277		
§ 2. Les pouvoirs de gestion et de représentation .....	280		
A. Dans les rapports internes avec les associés : la gestion de la société .....	280		
B. Dans les rapports externes avec les tiers : la représentation de la société .....	282		
C. La « gouvernance d'entreprise » .....	286		
<i>Section 3. Les responsabilités des dirigeants .....</i>	<i>290</i>		
§ 1. La responsabilité civile des dirigeants.....	290		
A. Une responsabilité pour faute prouvée.....	290		
B. La responsabilité civile des dirigeants en dehors de toute insolvabilité de la société .....	292		
1. La responsabilité civile des dirigeants vis-à-vis de la société.....	292		
a) Les conditions d'une responsabilité civile .....	292		
i. Les fautes de régularité .....	292		
ii. Les fautes de gestion .....	293		
b) La mise en œuvre de l'action en responsabilité civile .....	296		
c) L'étendue de la responsabilité civile en cas de gestion collégiale .....	300		
2. La responsabilité civile des dirigeants vis-à-vis des tiers.....	303		
a) La responsabilité pour fautes de régularité .....	303		
b) La responsabilité pour faute détachable des fonctions .....	304		
C. La responsabilité civile des dirigeants à l'occasion d'une insolvabilité de la société .....	307		
1. L'action en comblement de passif.....	307		
2. L'extension de faillite .....	309		
3. La responsabilité fiscale du dirigeant.....	312		
4. L'interdiction d'exercer un mandat d'administrateur ou de gérant de société .....	313		
§ 2. Responsabilité pénale .....	313		
A. Le principe de la responsabilité personnelle du dirigeant pour les infractions pénales profitant à la société.....	314		
B. L'abus de biens sociaux .....	315		
1. Les critères du délit d'abus de biens sociaux .....	316		
a) L'objet du détournement .....	316		
b) La finalité du détournement .....	317		
2. Les suites de l'infraction .....	318		
§ 3. Protection des dirigeants contre leurs responsabilités.....	321		
A. La décharge accordée par les associés .....	321		
B. Les autres moyens de protection des dirigeants .....	323		
C. La prescription quinquennale .....	325		
<b>CHAPITRE 4 LES CONTRÔLEURS .....</b>	<b>327</b>		
<i>Section 1. Les contrôles récurrent :     la vérification des comptes sociaux .....</i>	<i>327</i>		
§ 1. L'objet du contrôle : le comptes sociaux .....	327		
A. Leur contenu .....	327		
B. Leur approbation et publicité .....	335		
§ 2. Les hommes du contrôle : les professionnels du chiffre.....	338		
A. Un système bicéphale.....	338		

B. Le réviseur d'entreprises agréé.....	341	§ 2. La transformation de la société .....	393
1. Conditions d'inscription .....	341	A. Généralités .....	393
2. Organisation de la profession de réviseur d'entreprises agréé .....	343	B. Les conditions de validité de la transformation .....	395
§ 3. Les missions des auditeurs .....	343	C. Les effets de la transformation .....	398
A. Nomination de l'organe de contrôle dans les sociétés.....	343	<i>Section 2. Les changements impliquant plusieurs sociétés : les recompositions des sociétés</i> .....	401
B. La mission principale : le contrôle des comptes sociaux .....	347	§ 1. Concentration de sociétés : les fusions .....	403
C. Les missions additionnelles.....	351	A. La phase préparatoire de la fusion .....	405
§ 4. Les responsabilités de l'auditeur.....	354	B. La décision des associés.....	408
A. La responsabilité civile.....	354	C. Les effets de la fusion.....	412
B. La responsabilité disciplinaire.....	357	§ 2. La déconcentration de sociétés.....	418
C. La responsabilité pénale.....	357	A. Les scissions de sociétés .....	418
<i>Section 2. Les contrôles exceptionnels : l'immixtion du juge dans les affaires sociales.....</i>	358	B. Les apports partiels d'actif .....	422
§ 1. L'administrateur provisoire .....	358	<b>CHAPITRE 3 LA CRÉATION DE GROUPES DE SOCIÉTÉS</b> .....	427
§ 2. Les autres formes d'immixtion.....	360	<i>Section 1. Les groupes capitalistiques .....</i>	429
<b>TITRE 4. L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ . 365</b>		§ 1. La constitution du groupe .....	429
<b>CHAPITRE 1 LA RECHERCHE DE FINANCEMENT .....</b>	367	A. Les membres du groupe.....	429
<i>Section 1. Le financement par le capital social....</i>	367	B. L'acquisition de titres cotés.....	432
§ 1. L'augmentation du capital social .....	367	1. L'offre publique d'achat .....	432
A. Généralités.....	367	2. L'acquisition de blocs de contrôle.....	436
B. Les différentes techniques d'augmentation du capital 369		C. L'acquisition de titres non cotés.....	437
1. Les augmentations de capital par apports nouveaux .....	369	§ 2. Le fonctionnement du groupe .....	439
a) Les apports en numéraire .....	369	A. L'absence de réglementation générale du droit des groupes de sociétés .....	439
b) Les apports en nature .....	370	B. La consécration prudente d'une gestion du groupe .....	440
2. Les augmentations de capital sans apports nouveaux : l'incorporation de réserves.....	372	1. L'intérêt du groupe en présence d'opérations intragroupe.....	440
§ 2. La réduction du capital .....	373	2. La gestion comptable du groupe : la consolidation comptable .....	443
A. Définition et délimitation de concepts voisins ...	374	a) Le périmètre de la consolidation .....	443
B. Les différentes techniques de réduction du capital .....	375	b) Les méthodes de consolidation .....	446
1. La réduction de capital du fait de pertes.....	375	3. La gestion fiscale du groupe de sociétés .....	447
2. La réduction de capital en l'absence de pertes	376	§ 3. Les règles protectrices .....	449
<i>Section 2. Le financement par les obligations .....</i>	378	A. La protection des associés .....	449
§ 1. Généralités.....	378	B. La protection des salariés .....	450
§ 2. L'émission des obligations .....	380	C. La protection des créanciers.....	451
§ 3. Les droits des obligataires .....	384	<i>Section 2. Les groupes contractuels .....</i>	455
§ 4. L'organisation des obligataires .....	387	§ 1. Le groupement à vocation nationale : le G.I.E. ....	455
<b>CHAPITRE 2 LA RESTRUCTURATION DE LA SOCIÉTÉ</b> .....	391	A. La constitution du GIE .....	455
<i>Section 1. Les changements limités à la seule société.....</i>	391	B. Le fonctionnement du GIE .....	456
§ 1. Les modifications des statuts .....	391	C. Les membres du GIE.....	458
A. L'organe compétent et règles de majorité.....	392	§ 2. Le Groupement à vocation internationale : le Groupement Européen d'Intérêt Économique (G.E.I.E.) .....	459
B. L'opposabilité des modifications statutaires .....	392	<b>CHAPITRE 4 LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ .....</b>	461
§ 2. La transformation de la société .....	393	<i>Section 1. La dissolution de la société .....</i>	461
A. Généralités .....	393	§ 1. Les causes de dissolution .....	461
B. Les conditions de validité de la transformation .....	395	A. La dissolution voulue par les associés .....	461
C. Les effets de la transformation .....	398	B. La dissolution imposée aux associés .....	463

1. La dissolution de plein droit.....	463
2. La dissolution judiciaire .....	466
§ 2. Les effets de la dissolution .....	471
A. Les effets principaux de la dissolution.....	471
B. Les effets secondaires de la dissolution .....	473
<i>Section 2. La liquidation de la société.....</i>	<i>475</i>
§ 1. Le liquidateur .....	477
A. L'existence des fonctions de liquidateur.....	477
B. L'exercice de ses fonctions par le liquidateur.....	480
§ 2. La phase terminale de la liquidation .....	486
A. La clôture de la liquidation .....	486
B. Les responsabilités résultant de la liquidation.....	488

**PARTIE 2. LE DROIT SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS ..... 491**

**TITRE 1. LES SOCIÉTÉS À RISQUE ILLIMITÉ 495**

**CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ CIVILE ..... 497**

<i>Section 1. L'existence de la société civile .....</i>	<i>498</i>
§ 1. La constitution de la société civile .....	498
§ 2. La disparition de la société civile .....	501

<i>Section 2. Le fonctionnement de la société civile :     la gérance.....</i>	<i>502</i>
§ 1. La nomination et révocation du gérant.....	502
§ 2. L'exercice des fonctions de gérant.....	504

<i>Section 3. Les associés de la société civile.....</i>	<i>506</i>
§ 1. Droits des associés.....	507
§ 2. Responsabilité des associés .....	507
§ 3. Sortie des associés de la société civile .....	510

**CHAPITRE 2 LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF ..... 515**

<i>Section 1. L'existence de la société en nom collectif.....</i>	<i>515</i>
§ 1. La constitution de la société en nom collectif.....	516
§ 2. La dissolution de la société en nom collectif .....	517

<i>Section 2. Le fonctionnement de la société en     nom collectif : sa gérance.....</i>	<i>520</i>
<i>Section 3. Les associés de la société en nom     collectif.....</i>	<i>521</i>

**CHAPITRE 3 LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE ..... 527**

<i>Section 1. Les caractéristiques de la société en     commandite .....</i>	<i>527</i>
<i>Section 2. Les commanditaires .....</i>	<i>533</i>
§ 1. Le rôle des commanditaires .....	533

§ 2. La personne des commanditaires .....	535
§ 3. Les responsabilités du commanditaire.....	536
<i>Section 3. Les commandités.....</i>	<i>538</i>

**CHAPITRE 4 LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE ..... 539**

<i>Section 1. La coopérative classique .....</i>	<i>539</i>
§ 1. Les caractéristiques de la coopérative .....	539
§ 2. La constitution et le fonctionnement de la coopérative classique .....	541
§ 3. Les associés de la coopérative classique.....	543

<i>Section 2. La coopérative moderne : la coopérative     sous forme de société anonyme (la     « CoopSA »).....</i>	<i>545</i>
§ 1. La CoopSA est une forme juridique hybride.....	545
§ 2. Les principales règles applicables à la CoopSA .....	546

<i>Section 3. La société coopérative européenne     (« SCE »).....</i>	<i>548</i>
§ 1. Les caractéristiques de la SCE.....	548
§ 2. Le régime juridique de la SCE.....	549

**CHAPITRE 5 LA SOCIÉTÉ SANS PERSONNALITÉ  
MORALE ..... 551**

<i>Section 1. Sociétés momentanées et en     participation.....</i>	<i>551</i>
§ 1. Caractéristiques communes .....	551
A. Généralités.....	551
B. Une véritable société dénuée cependant de la personnalité morale.....	554
§ 2. Société momentanée .....	556
§ 3. Société en participation .....	557

<i>Section 2. Société de fait .....</i>	<i>559</i>
§ 1. Définition et caractéristiques générales .....	559
§ 2. Constatation et liquidation de la société de fait.....	561

**TITRE 2. LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ 563**

**CHAPITRE 1 LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE 565**

<i>Section 1. L'existence de la SARL .....</i>	<i>566</i>
§ 1. La constitution de la SARL .....	566
A. Les conditions de fond .....	566
1. Les conditions relatives aux associés.....	566
2. Les conditions relatives à la société .....	567
B. Les conditions de forme .....	571
1. L'acte notarié .....	571
2. La publicité de la SARL.....	572
C. Les nullités des SARL.....	573
§ 2. La dissolution de la SARL.....	573
<i>Section 2. La gérance de la SARL .....</i>	<i>574</i>

§ 1. L'existence des fonctions de gérant .....	574	§ 1. La gestion de type classique : la société anonyme à conseil d'administration .....	633
A. Gérant en fonction.....	574	A. Le conseil d'administration.....	633
B. Cessation des fonctions de gérant .....	577	1. Le statut des administrateurs .....	633
§ 2. Exercice des fonctions de gérant .....	580	a) Généralités .....	633
A. Pouvoirs du gérant .....	580	b) Entrée en fonction .....	635
B. Responsabilité du gérant .....	583	c) Cessation des fonctions d'administrateur .....	639
1. La responsabilité en général du gérant .....	583	2. Les pouvoirs du conseil d'administration .....	643
2. La responsabilité du gérant en présence de cautionnements accordés .....	585	a) Les attributions du conseil d'administration .....	643
<i>Section 3. Les associés de la SARL .....</i>	<i>587</i>	i. Les attributions de l'organe .....	643
§ 1. Droits des associés .....	587	ii. Les droits individuels des administrateurs.....	649
A. Droits individuels des associés .....	587	b) Le fonctionnement du conseil d'administration .....	652
1. Droits non financiers.....	587	i. La prise de décision en elle-même .....	652
2. Droits aux bénéfices sociaux .....	590	ii. Les règles formelles entourant la prise de décision .....	654
3. Sortie des associés de la SARL : la cession de parts sociales.....	592	iii. Sanctions du non-respect des règles en matière de tenue des réunions du conseil d'administration .....	658
a) La cession de parts sociales à un tiers .....	593	B. Les exécutants de la stratégie arrêtée en conseil d'administration.....	660
b) La cession de parts sociales aux associés ou à la société .....	598	1. Le président du conseil d'administration.....	660
c) Formalisme de la cession .....	600	2. Le délégué à la gestion journalière.....	661
B. Droits collectifs des associés : les délibérations collectives des associés .....	601	a) Le statut de l'administrateur-délégué .....	661
1. Les deux formes de délibérations collectives .....	601	b) Le cumul des fonctions d'administrateur-délégué avec celles de salarié .....	663
2. Convocation aux assemblées générales .....	602	c) Les pouvoirs du délégué à la gestion journalière .....	665
3. Deux types d'assemblées.....	603	3. Le comité de direction .....	667
§ 2. Responsabilité des associés .....	605	4. Les autres organes.....	672
<i>Section 4. Les SARL particulières .....</i>	<i>605</i>	§ 2. La gestion « à l'allemande » : la société anonyme à directoire .....	674
§ 1. SARL-U .....	605	A. Le directoire .....	674
A. Attraits de la SARL-U .....	606	1. Le statut du directoire .....	674
B. L'existence de la SARL-U .....	606	2. Les pouvoirs du directoire .....	677
1. Constitution .....	606	B. Le conseil de surveillance.....	678
2. Dissolution de la SARL-U.....	607	1. Le statut du conseil de surveillance .....	679
C. Fonctionnement de la SARL-U .....	608	2. Les pouvoirs et responsabilités du conseil de surveillance .....	680
<i>Section 5. Les SARL-S .....</i>	<i>609</i>	§ 3. Les conventions réglementées entre les administrateurs et la société : les conventions à conflit d'intérêts.....	681
<b>CHAPITRE 2 LA SOCIÉTÉ ANONYME .....</b>	<b>612</b>	§ 4. Les responsabilités spéciales de l'organe de gestion .....	686
<i>Section 1. L'existence de la société anonyme .....</i>	<i>615</i>	<i>Section 3. Les actionnaires de la société anonyme</i> .....	<i>689</i>
§ 1. La constitution de la SA .....	615	§ 1. Les titres émis par la société .....	689
A. Les conditions de fond .....	615	A. Les titres représentatifs du capital de la société : les « actions ».....	689
1. Les actionnaires et les apports.....	615	1. Les caractères généraux des actions .....	689
a) Les modalités de l'apport .....	616	2. Les différents types d'actions .....	693
b) La libération et les sanctions .....	618	a) Les divisions majeures .....	695
2. Le capital social de la SA .....	622	i. La forme des actions .....	695
B. Les conditions de forme et les sanctions de leur non-respect .....	622	ii. Le droit de vote accordé aux actions .....	698
C. Les deux modes de constitution de la SA .....	624	iii. Les droits financiers accordés aux actions.....	700
1. Les fondateurs de la SA .....	624	b) Les divisions mineures .....	702
2. La constitution directe et la constitution différée de la SA .....	626		
§ 2. La dissolution de la SA pour perte importante de l'actif net .....	627		
<i>Section 2. L'administration de la société anonyme</i> .....	<i>631</i>		

B. Les titres émis en dehors du capital de la société mais proches des actions: les parts bénéficiaires.. 706	§ 2. Le fonctionnement de la société européenne..... 769
§ 2. Les droits collectifs des actionnaires :	A. La gestion de la société européenne ..... 769
les assemblées d'actionnaires..... 709	1. La direction et l'administration de la société européenne ..... 769
A. Les règles communes..... 710	2. Le système moniste ..... 771
1. La convocation à l'assemblée ..... 710	3. Le système dualiste..... 771
2. La tenue et la délibération en assemblée..... 715	4. La fiscalité de la société européenne..... 772
B. Les règles particulières..... 719	B. L'assemblée générale des actionnaires ..... 774
1. L'assemblée générale ordinaire..... 719	C. La réorganisation de la société européenne..... 775
2. L'assemblée générale extraordinaire ..... 722	<i>Section 2. Société par actions simplifiée (SAS »).. 777</i>
3. Les contrôles par l'auditeur ..... 724	§ 1. L'existence de la SAS..... 778
§ 3. Les droits individuels des actionnaires ..... 726	A. Constitution de la SAS..... 778
A. Le droit de vote aux assemblées ..... 726	B. Dissolution de la SAS..... 779
B. La cession des actions..... 728	§ 2. Organisation de la SAS ..... 779
1. Les restrictions à la négociabilité résultant des statuts ..... 728	1. Direction de la SAS..... 779
a) Les clauses limitant la cessibilité des actions ..... 730	2. Décisions collectives de la SAS ..... 782
b) Les clauses empêchant la cessibilité des actions : les clauses d'inaliénabilité ..... 732	3. Actionariat de la SAS ..... 784
2. Les cessions forcées des actions : le rachat obligatoire et le retrait obligatoire..... 734	4. Contrôles de la SAS ..... 785
<i>Section 4. Les opérations portant sur le capital social ..... 735</i>	<i>Section 3. Société en commandite par actions .... 785</i>
§ 1. Les modifications juridiques du capital..... 735	§ 1. L'existence de la SCA..... 788
A. L'augmentation du capital social ..... 735	A. Constitution de la SCA..... 788
1. L'organe compétent et modalités d'augmentation du capital..... 736	B. Réorganisation de la SCA..... 789
2. Le droit préférentiel de souscription ..... 738	§ 2. Gérance de la SCA..... 790
3. La prime d'émission..... 742	A. Statut du gérant ..... 790
B. La diminution du capital social ..... 743	B. Fonctions du gérant ..... 792
§ 2. La préservation de la réalité économique du capital social ..... 745	§ 3. Associés de la SCA ..... 793
A. L'interdiction de la souscription de ses propres actions par la société..... 746	A. Commandités ..... 793
1. La souscription directe de ses propres actions par la société est toujours interdite..... 746	B. Commanditaires ..... 794
2. La souscription indirecte de ses propres actions vis une assistance financière à la souscription des actions de la société par un tiers est encadrée sur le plan juridique ..... 747	§ 4. Surveillance de la SCA ..... 797
B. La réglementation des actions autodétenues..... 751	A. Conseil de surveillance ..... 797
1. Les actions propres directement autodétenues: le rachat d'actions ..... 751	B. Réviseur d'entreprises agréé ..... 798
2. Les actions propres indirectement autodétenues..... 758	
<b>CHAPITRE 3 LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX PARTICULIÈRES ..... 761</b>	
<i>Section 1. La société européenne ..... 761</i>	
§ 1. La constitution de la société européenne..... 764	
A. Les règles générales..... 764	
B. Les modalités de constitution ..... 765	
C. L'implication des salariés..... 767	