

Luxembourg, le 24 novembre 2005

Objet: Projet de loi concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales. (2871 WJE/DAN)

Table des matières

Considérations générales	page 6
I. Introduction de la SE en droit des sociétés	page 6
1. Le janus du critère de rattachement	page 8
2. Le transfert international du siège	page 11
2.1. Hostilité des systèmes juridiques à un transfert international de siège	page 11
2.2. Le respect de la concordance entre le siège statutaire et l'administration centrale	page 13
3. Incidence du choix du pays	page 14
4. Autres critiques	page 14
4.1. L'absence de régime fiscal propre à la SE	page 15
4.1.1. Adapter l'environnement fiscal aux structures internationales	page 15
4.1.2. Une concertation au niveau communautaire en vue d'un régime fiscal harmonisé	page 17
4.2. Une hiérarchie complexe des normes mises en place par le Règlement	page 17
4.3. La non-référence à un régime juridique unique en droit des sociétés	page 18
4.4. Une approche restrictive de la liberté statutaire à l'encontre des tendances actuelles	page 18
II. La société anonyme de type dualiste	page 18
III. La société anonyme unipersonnelle	page 20
IV. Une modernisation ponctuelle du droit des sociétés	page 22
V. Perspectives	page 23
Commentaire des articles	page 24

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Par sa lettre du 20 juillet 2004, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

Le projet de loi sous avis a pour objet d'assurer une mise en œuvre des dispositions du règlement (CE) no. 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), ci-après le « règlement communautaire » ou simplement le « Règlement », qui est entré en vigueur le 8 octobre 2004.

Bien que le Règlement soit d'application immédiate, il laisse aux Etats membres une série d'options, de sorte que sa mise en œuvre effective nécessite des modifications législatives, essentiellement de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Le cinquième considérant prévoit que les Etats membres sont tenus de veiller à ce que les dispositions applicables aux SE en vertu du Règlement n'aboutissent ni à des discriminations résultant de l'application d'un traitement différent injustifié aux SE par rapport aux sociétés anonymes nationales, ni à des restrictions disproportionnées à la formation d'une SE ou au transfert de siège statutaire. Ceci explique que certains Etats membres, en vue de rendre plus attractif le statut de leur SE ont été amenés à proposer des modifications aux dispositions applicables aux sociétés anonymes (SA). A cet égard, la Chambre de Commerce salue l'effort des rédacteurs du projet de loi sous avis de ne pas se borner à une « réception » purement technique du Règlement, mais d'offrir aux SE un cadre souple et efficace, afin d'inciter les sociétés étrangères à choisir le Luxembourg comme terre de prédilection. Elles présenteront en raison de leur taille un fort potentiel en termes de rentrées fiscales et de créations d'emploi, et participeront de la sorte à la diversification du tissu économique luxembourgeois.

En ce qui concerne la technique rédactionnelle adoptée, la Chambre de Commerce approuve la démarche des rédacteurs du projet de loi de reprendre purement et simplement dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales les dispositions du Règlement qui sont d'application immédiate et qui ne nécessitent pas l'exercice d'un choix, à côté de celles qui en nécessitent. Le praticien du droit trouvera ainsi regroupé dans cette loi toutes les dispositions régissant la SE, sans devoir se reporter au texte du Règlement. Une telle démarche contribue à une meilleure lisibilité du régime juridique de la SE pour les praticiens du droit que la solution retenue par le législateur belge¹ qui renvoie dans ses dispositions nationales à de nombreuses dispositions du Règlement.

Le projet de loi comporte par ailleurs encore quelques axes secondaires : bien que le Règlement ne comporte pas d'obligation en ce sens, les rédacteurs du projet de loi ont saisi l'occasion pour introduire en droit luxembourgeois la SA de type dualiste et la SA unipersonnelle. Il modernise aussi sur quelques points la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Si la Chambre de Commerce approuve la majorité de ces modifications dans leur principe, elle regrette cependant que le projet de loi présente quelques ambiguïtés et lacunes rédactionnelles et juridiques risquant de créer une insécurité juridique, et elle invite par conséquent le gouvernement à les enlever.

Ce projet de loi offre tant pour les sociétés nationales existantes à connotation internationale que pour des sociétés étrangères souhaitant installer le siège de leur SE au

¹ Arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne

Luxembourg un cadre du droit des sociétés qui allie efficacité et pragmatisme. En ce qui concerne le cadre social, et en particulier l'implication des travailleurs dans les SE, la Chambre de Commerce renvoie à son analyse exprimée dans l'avis commun avec la Chambre des Métiers relatif au projet de loi n° 5435 complétant le Statut de la Société Européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. A cet égard, elle encourage le gouvernement à utiliser la marge de manœuvre – certes résiduelle – laissée par la Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs pour ne pas alourdir le modèle de la cogestion déjà applicable au Luxembourg. Ce modèle risque dans sa forme actuelle – et donc a fortiori en cas d'aggravation - de constituer un handicap pour les sociétés luxembourgeoises désireuses de participer à la création d'une SE. Un cadre sociétaire et social à la fois cohérent et souple est en effet indispensable à la création d'un environnement capable d'encourager l'implantation de SE au Luxembourg, ce qui aura certainement des retombées positives en termes de créations d'emploi, de rentrées fiscales et de dynamisation et diversification de l'économie nationale.

Le projet de loi aménage un statut de SE aussi souple que possible sous le Règlement. Il faut notamment saluer l'option exercée par les rédacteurs du projet d'ouvrir ce statut même aux sociétés non européennes, pourvu qu'elles aient un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre.

La caractéristique majeure de la SE est sans doute sa mobilité à travers l'Union européenne. A l'issue d'une procédure exposée dans le Règlement tendant à conserver les droits des créanciers de la SE, elle peut en effet transférer son siège d'un Etat membre vers un autre sans perte de la personnalité morale. Il convient que le législateur et le gouvernement prennent conscience des conséquences d'une telle mobilité: les SE sont vouées à se déplacer facilement au sein de l'Union européenne, au gré des contingences et réformes économiques, sociales, fiscales et législatives. Le gouvernement devrait donc continuellement veiller à maintenir et améliorer l'attrait du Luxembourg comme siège de SE, afin de devenir à la fois un aimant pour les groupes de sociétés, et d'être en mesure de les maintenir au Luxembourg. Le seul frein introduit dans le présent projet de loi au transfert du siège d'une SE du Luxembourg vers l'étranger constituant dans un refus du Ministre de la Justice pour des raisons d'intérêt public, ne saurait être qu'une mesure tout à fait exceptionnelle (et au demeurant probablement peu efficace) pour éviter de tels transferts.

Il y a aussi lieu de se féliciter que le présent projet de loi introduit les sociétés anonymes de type dualiste en droit des sociétés luxembourgeois non seulement pour les SE, mais pour toutes les sociétés anonymes luxembourgeoises, même préexistantes, moyennant une modification statutaire. Le Luxembourg se dote de la sorte d'une structure de société supplémentaire qui existe déjà dans de nombreux pays européens. Cette réforme contribue certainement à l'attrait de notre pays comme terre de prédilection pour les sièges de groupes de sociétés, qu'ils choisissent ou non le statut de SE. Après un certain nombre de scandales financiers internationaux, la démonstration des atouts des SA à structure dualiste n'est plus à faire : la dissociation entre la fonction de surveillance, assurée par le conseil de surveillance, et la fonction de gestion, assurée par le directoire, évite une trop grande concentration de pouvoirs aux mains de quelques personnes, qui seraient soustraites à un contrôle efficace. En outre, les structures bicéphales s'avèrent un mode d'organisation de société intéressant pour les joint ventures, chaque groupe étant alors représenté dans les deux organes selon des proportions prédéterminées, ou au contraire, dans un seul des organes.

La pratique luxembourgeoise a tenté au fil des années, face à une gestion de sociétés qui prennent de plus en plus d'importance en termes de taille et de complexité, d'élaborer des solutions visant à se rapprocher le plus possible d'une structure bicéphale. C'est ainsi que la quasi-totalité des grandes sociétés luxembourgeoises disposent à côté du conseil d'administration proprement dit décidant des choix stratégiques, d'un « comité de direction » ou « directoire », chargé de la gestion quotidienne des affaires. Ces solutions ne savent cependant pallier

entièrement à l'absence actuelle en droit des sociétés luxembourgeois d'un directoire pris en tant qu'organe de la société.

Il est cependant regrettable que les rédacteurs du projet de loi n'aient pas veillé à respecter un certain équilibre des pouvoirs entre les trois organes principalement concernés : assemblée des actionnaires, conseil de surveillance et directoire (et dans une moindre mesure les commissaires aux comptes). C'est ainsi que le projet de loi permet une dissociation entre le pouvoir de nomination du directoire et le pouvoir de révocation, alors que ces deux pouvoirs devraient logiquement être dans les mains d'un seul organe, à savoir le conseil de surveillance. La Chambre de Commerce déplore aussi que des aménagements statutaires tendant à modifier la répartition des pouvoirs entre le conseil de surveillance, le directoire et l'assemblée des associés ne soient pas possibles dans une structure dualiste, contrairement à une structure moniste. Il est à craindre que cette rigidité soit un frein à la constitution de SA de type dualiste.

Une autre innovation du projet de loi est l'introduction de la société anonyme unipersonnelle en droit luxembourgeois. Après le succès de la société à responsabilité limitée unipersonnelle, elle sera appréciée par les praticiens du droit ; il est en effet notoire que les SA unipersonnelles existent déjà de facto avec un second actionnaire de pure façade. La consécration de la SA unipersonnelle permet de mettre fin à ces artifices.

Les axes secondaires du présent projet de loi comportent des adaptations ponctuelles du droit des sociétés luxembourgeois que la Chambre de Commerce accueille pour la plupart favorablement ; certaines ne viennent que consacrer des pratiques déjà admises dans les faits. C'est ainsi que le sort des postes d'administrateurs, de directeurs ou de membres du conseil de surveillance confiés à des personnes morales est clarifié : la personne morale sera obligée de désigner un représentant permanent qui assume les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre. La Chambre de Commerce déplore cependant la prolifération des dispositions légales luxembourgeoises assorties de sanctions pénales (dont celles floues contenues dans le présent projet de loi) qui incomberont donc en principe à ces représentants permanents. Elle suggère en outre de lever quelques incohérences rédactionnelles dans les dispositions pénales de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée qui s'y sont glissées au fil des réformes de ladite loi, sans que sa section consacrée aux dispositions pénales n'ait connu une adaptation conséquente.

La consécration législative de la tenue par des moyens de communication à distance des conseils des organes de gestion, de surveillance et des commissaires aux comptes, assortie d'une présomption légale de déroulement au siège de la société, constitue aussi une aubaine accueillie favorablement par la Chambre de Commerce. Le problème épineux de la localisation juridique dans l'espace de ces réunions ne se posera plus. Ces organes, souvent de composition multinationale, auront donc désormais la possibilité de prendre des décisions plus rapidement en ayant recours à tous les moyens offerts par les télécommunications. La même possibilité est prévue pour les assemblées des associés et obligataires ; leurs membres pouvant en outre, si les statuts le prévoient, s'exprimer par un vote par correspondance.

En revanche, la Chambre de Commerce estime que certaines réformes proposées par le projet de loi dépassent largement le champ de réflexion du projet de loi, ce qui est la raison pour laquelle elle propose leur suppression pure et simple, quitte à entamer une réflexion sur ces points dans un contexte plus approprié. Il en est ainsi de la réforme proposée au mécanisme de l'article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, en obligeant désormais les associés ayant constaté la perte de la moitié du capital social de recapitaliser la société au moins à hauteur du capital social minimum légal. La Chambre de Commerce reconnaît certes l'insuffisance actuelle du mécanisme prévu audit article 100, estime néanmoins que le présent projet de loi n'est pas le cadre approprié à une telle modification qui devrait s'inscrire dans un débat plus large sur les causes des faillites dont le nombre va en augmentant et d'une réflexion globale sur le droit des sociétés en général et du droit de la faillite en particulier.

La Chambre de Commerce ne saurait non plus accueillir favorablement la possibilité, moyennant une clause statutaire en ce sens, d'adopter des modifications statutaires à la simple majorité. Un tel mécanisme risque en effet de modifier radicalement le rôle et le pouvoir en droit des sociétés luxembourgeois des assemblées des actionnaires et des actionnaires minoritaires en particulier.

Il paraît pareillement préjudiciable à la cohérence du droit des sociétés luxembourgeois de ramener le seuil de participation nécessaire pour exercer un certain nombre d'actions (par exemple la convocation d'une assemblée générale), de 20% à 10%, tout en laissant ce seuil inchangé pour d'autres actions qui sont souvent le corollaire des premières (par exemple le droit de solliciter séance tenante la prorogation d'une assemblée générale).

Enfin, la Chambre de Commerce tient à souligner que le succès de l'introduction de la SE en droit luxembourgeois dépendra largement du système fiscal qui lui sera applicable. Il est certes vrai que le Règlement exclut expressément les questions fiscales de son champ d'application. Il est cependant évident que la pression fiscale est un critère déterminant pour les promoteurs d'une SE dans le choix du pays d'implantation. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce adresse un vif appel au gouvernement de procéder à une adaptation du cadre fiscal actuellement applicable aux sociétés commerciales luxembourgeoises autour des axes de réflexion suivantes : réduction substantielle du droit d'apport que le Luxembourg est presque seul à prélever et une réduction de la charge fiscale globale des sociétés. La Chambre de Commerce note en effet avec inquiétude que cette dernière est plus élevée que dans la plupart des nouveaux pays de l'Union européenne. En outre, la Chambre de Commerce préconise une réduction du taux de la retenue à la source pratiquée sur le paiement de dividendes, afin de faciliter les distributions de bénéfices. Enfin, il conviendrait de mettre en place un régime spécifique attrayant applicable aux expatriés, afin que les structures internationales telles que les SE soient en mesure d'offrir à leur personnel souvent hautement qualifié des incitations à venir s'installer au Luxembourg.

Considérations générales

I. Introduction de la SE en droit des sociétés

Le cheminement vers l'adoption du Règlement fut long et laborieux. En 1949 déjà, un document de l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe proposait, en vue d'assurer le redressement économique de l'Europe d'après-guerre, la création de compagnies européennes. Les travaux ne débutèrent officiellement qu'en 1965. La Commission européenne mit en place une commission d'experts qui aboutit à un avant-projet de statut de société européenne. L'objectif était de présenter à côté des formes nationales de sociétés existantes un nouveau type uniforme d'une société anonyme, la société anonyme européenne, afin d'offrir aux entreprises du marché commun une forme d'organisation permettant de choisir leur implantation à l'intérieur de la Communauté en fonction des seules nécessités économiques, abstraction faite de considérations juridiques. La Commission européenne présenta en 1970 une première proposition de règlement qui comprenait un statut complet de société européenne. Cette proposition, comme tant d'autres qui s'en suivirent, furent cependant bloquées pour diverses raisons. La plus grande pierre d'achoppement fut que les Etats membres connaissant un système de participation des travailleurs craignaient que la SE ne crée une brèche dans leur système.

C'est au sommet de Nice des 7 et 8 décembre 2000 qu'une solution a enfin pu être trouvée. Le compromis de Nice contenu dans la directive 2001/06/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs permet à un Etat membre de ne pas transposer dans son droit la règle rendant applicable les dispositions de référence et donc le régime de cogestion, lorsque 25% des salariés bénéficient d'un tel régime. Dans ce cas la SE ne pourra être immatriculée dans cet Etat, sauf si un accord sur

la participation est conclu, dans les conditions prévues par la directive, entre les dirigeants et les représentants des salariés. La Chambre de Commerce renvoie à ce sujet à son avis relatif au projet de loi N° 5435 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

Le Règlement, au lieu de créer un statut supranational, entièrement indépendant des droits nationaux, comme ce fut le cas dans les premiers projets du Règlement, a retenu au contraire que, sous réserve de l'application des dispositions dudit Règlement, la SE est traitée dans chaque Etat membre comme une société anonyme constituée selon le droit de cet Etat membre. Le Règlement se borne donc à créer des dispositions légales constituant une épine dorsale autour de laquelle s'agencent les différents droits nationaux et les dispositions statutaires de la SE. Afin de souligner sa vocation transnationale, le Règlement exige pour la mise en place d'une SE un rattachement géographique avec au moins deux Etats membres de la Communauté européenne qui se décline différemment selon les quatre modes de constitution prévus par le Règlement.

L'instrument choisi pour mettre en œuvre le statut de la SE est un règlement communautaire, qui est traditionnellement un instrument normatif censé faciliter l'unification ou, au moins, l'harmonisation du droit à l'échelle européenne. Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence. En effet, les renvois multiples au droit national et surtout l'autorisation, voire l'invitation, à l'adresse des Etats membres d'adopter des dispositions spécifiques applicables aux SE suppose une véritable réception de la SE dans les législations nationales des Etats membres qui passe nécessairement par des adaptations législatives. Cette technique ne peut que constituer un obstacle à un statut unifié de la SE. La SE telle que prévue par le Règlement n'est donc pas une société de droit communautaire comme pourrait le laisser croire l'instrument choisi, mais une société nationale de type communautaire.

Si le choix de l'instrument juridique est donc critiquable, il en va autrement de la nécessité de créer un régime de SE.

En effet, l'intégration croissante du marché unique amène de plus en plus de sociétés à exercer leur activité sans considération de frontières au sein de l'Union. L'achèvement du marché intérieur requiert l'existence de structures de production à la dimension communautaire du marché. La création d'un statut pour le groupement européen d'intérêt économique en 1985 s'est déjà inscrite dans cette logique. Il en va de même, après trente ans de négociations et l'abandon de nombreuses propositions, du statut de la société européenne adopté le 8 octobre 2001.

La vocation de la SE est d'offrir une formule appropriée à la réorganisation des entreprises à vocation transnationale. La SE permet de faire coïncider l'unité économique constituée par un groupe de sociétés opérant au moyen de filiales réparties à travers l'Europe et dont chacune est régie par son droit national avec une unité juridique : une SE qui exploitera ses activités sous forme d'établissements stables ou éventuellement aussi sous forme de SE unipersonnelles². Ceci entraînera une plus grande lisibilité des structures sociétaires et une réduction considérable des coûts administratifs. Le fait de substituer une structure juridique unique à plusieurs cadres juridiques nationaux appliquant des règles différentes à chaque filiale d'une société transfrontalière devrait éviter des frais estimés à 30 milliards d'euros par an³.

En outre, la SE permet aux groupes de sociétés ayant développé dans différents Etats membres des activités dans des secteurs différents de se restructurer en créant une SE par secteur géographique, une SE par secteur d'activité, une SE par ligne de produits, permettant ainsi une gestion plus efficace et moins coûteuse.

² En ce sens aussi : considérants (4) et (6) du Règlement

³ Estimation établie en 1995 par un groupe consultatif d'experts constituée par le Conseil européen sous M. Carlo Ciampi ; elle repose sur une analyse des économies d'échelle, l'augmentation de flexibilité et de rapidité des opérations possibles dans le Marché unique.

Un autre atout majeur prêté à la SE est sa mobilité au sein de l'espace européen. Elle permet en effet le transfert de siège d'un Etat vers un autre sans perte de la personnalité juridique⁴. Ainsi, les sociétés ayant des intérêts commerciaux dans plus d'un Etat membre pourront se déplacer dans la Communauté au-delà des frontières nationales selon les nécessités de leurs affaires sans avoir à se plier aux procédures complexes et coûteuses de la dissolution dans l'Etat d'origine et de la constitution ou reconstitution dans l'Etat où elles souhaitent se réinstaller.

Même si la SE reste rattachée à bien des égards au droit national de son siège statutaire, la grande innovation du Règlement consiste dans sa mobilité intracommunautaire, qui se traduit par la faculté de transférer son siège à travers l'Union sans perte de la personnalité juridique et changeant de la sorte le droit qui lui sera applicable. Elle surmonte de la sorte les réticences traditionnelles du droit des sociétés à l'égard des transferts de sièges transfrontaliers. Il est cependant regrettable que le Règlement n'érige pas une neutralité fiscale au transfert de siège.

L'effet psychologique d'un recours à une société européenne n'est pas à négliger non plus⁵ : ainsi des rapprochements entre des sociétés de nationalité différente pouvaient se heurter au choix de la nouvelle « nationalité » de l'entité à créer. Désormais, les rapprochements se feront en ayant recours à une solution « européenne », ménageant de la sorte les susceptibilités nationales des actionnaires et du grand public.

1. Le janus du critère de rattachement

Le Règlement ne crée pas un corps de règles matérielles, complètement autonomes des vingt-cinq droits nationaux, qui aurait permis de détacher les SE complètement des ordres juridiques internes. Par le fait que la SE continue à être régie par le droit des Etats membres dans les domaines qui ne sont pas couverts par le Règlement⁶ ou les dispositions statutaires, la SE reste rattachée à un droit national. Il est donc primordial d'analyser quel est le critère de rattachement retenu par le Règlement. La doctrine majoritaire admet de nos jours la reconnaissance d'une nationalité aux sociétés, même si ce concept a une autre portée que pour les personnes physiques.⁷ La nationalité peut se définir comme « *le lien qui rattache l'être moral au pays dont la loi régit son statut.*⁸ »

Deux tendances se distinguent en Europe en vue de déterminer la nationalité des sociétés. Un premier courant s'attache au pays de constitution de la société (théorie dite de l'incorporation, retenue notamment par la Grande-Bretagne, l'Irlande et les Pays-Bas) et le second courant s'attache au siège réel, courant dont le Luxembourg, la France et la Belgique notamment font partie.

L'article 2 alinéa 4 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales énonce en effet que « *le domicile de toute société commerciale est situé au principal établissement de la société. Le principal établissement d'une société est présumé jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire de la société* ». L'article 159 assimile implicitement la notion de principal établissement au domicile et tire la conséquence que ces sociétés sont soumises à la loi luxembourgeoise et sont de nationalité luxembourgeoise. L'article 159 n'est que le rappel de la jurisprudence luxembourgeoise, énonçant que « *la nationalité d'une société se détermine par le lieu de son principal établissement. Le lieu de ses sièges d'exploitation, de même que l'endroit où a été passé son acte constitutif ou encore la nationalité de la majorité de ses actionnaires ou celle de ses dirigeants sont irrelevants à cet égard* » (Lux. 21 avril 1971, P. 22, 63).

⁴ Article 8 du Règlement

⁵ En ce sens aussi : considérant (3) du Règlement

⁶ Considérant 20 du Règlement

⁷ Michel Menjuq, Droit international et européen des sociétés, Montchrestien 2001, p° 11 et s.

⁸ Van Ryn, cité par P. Prioux dans « Les sociétés étrangères dans le code des sociétés : une occasion manquée » J.T. 2003 p.17

En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, c'est le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement qui sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre⁹, dite « *lex societatis* ».

La théorie de l'incorporation rend la détermination de la *lex societatis* particulièrement facile, contrairement à la théorie du siège réel qui implique une analyse détaillée de la vie sociale. Le premier critère repose sur la volonté des fondateurs qui sont entièrement libres d'immatriculer leur société dans tel ou tel Etat et y fixer leur siège social statutaire, sans que leur choix ne puisse être restreint par la considération d'éléments objectifs tenant à l'effectivité du siège social ou à la localisation de l'activité sociale.

L'article 43 du Traité des Communautés européennes (TCE), en combinaison avec l'article 48 TCE englobe les deux critères de rattachement : ils assurent en effet la liberté d'établissement à « toutes les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté. » Les traités CE n'expriment donc aucune préférence et mettent sur un pied d'égalité les trois notions (en réalité il n'y en a que deux, puisque la doctrine assimile la notion d'administration centrale avec celle de principal établissement).

Le Règlement reste fidèle au concept de critère de rattachement en énonçant à l'article 7 que « *le siège statutaire de la SE est situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même Etat membre que l'administration centrale.* » Il instaure un mécanisme visant à assurer à tout moment la concordance entre le siège statutaire et l'administration centrale (cf. infra). En vertu des articles 9 et 10 du Règlement, sous réserve des dispositions du Règlement et des dispositions statutaires, ce sont les dispositions nationales applicables à la SA de ce pays qui s'appliquent à la SE. Deux constats sont à tirer de ces articles : premièrement la SE reste une société « enracinée » dans l'Etat membre de son administration centrale. Il serait donc erroné de parler d'une véritable nationalité « européenne » de la SE¹⁰. Le Règlement lui-même n'emploie d'ailleurs nulle part ce terme. Il est plus judicieux de parler à propos de la SE « d'une société anonyme nationale à caractère européen¹¹ ». Deuxièmement, contrairement aux traités CE cités ci-dessus, le Règlement tranche clairement en faveur de la théorie du siège réel, entendu comme le siège de l'administration centrale. Il est à noter que le législateur communautaire a déjà retenu ce même critère pour le GEIE¹². Force est cependant de constater que le Règlement ne comporte pas de définition de la notion d'administration centrale. Il s'agit d'une pure notion de fait, basée sur la recherche par le juge d'un faisceau d'indices, qui risque donc de connaître une appréciation différente selon le juge national saisi de la question. Il est à espérer que la CJCE précisera plus amplement cette notion qui est la pierre angulaire du Règlement.

Si la théorie de l'incorporation est un critère particulièrement facile à mettre en oeuvre, elle peut être source d'un véritable law shopping, consistant notamment dans le fait pour les promoteurs d'un projet de constituer une société dans un pays ayant retenu la théorie de l'incorporation et dont le droit des sociétés est particulièrement souple pour pouvoir bénéficier de ladite loi, tout en déployant l'activité de cette société dans un autre pays.

⁹ Jurisprudence constante, inaugurée par Commission c/France 28 janvier 1986, 270/83, p° 18, rappelée récemment notamment dans les arrêts Ueberseering BV du 5 novembre 2002 C-208/00 p°57; Inspire Art Ltd 30 septembre 2003 C-167/01 p° 97 ; CJCE Centros 9 mars 1999 C-212/97

¹⁰ En ce sens aussi : Gérard Blanc : dans « *La société européenne : « La pluralité des rattachements en question »*, Dalloz 2002, Chronique p. 1052 ; contra : Projet de loi, commentaire sous l'article 101-8 : « *L'article 67-1 de la loi du 10 août 1915 soumettant le changement de nationalité de la société à l'accord unanime des associés et des obligataires, n'est pas applicable car s'il y a bien un changement de la loi applicable à la faveur du transfert de siège statutaire, celui-ci s'effectue sans modification apportée à la nationalité (européenne) de la société et sans rupture dans la personnalité juridique de la société* ».

¹¹ Gérard Blanc, *ibidem*

¹² Règlement (CEE) n° 2137/85 du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), article 12

Comme les traités CE ne tranchent en faveur d'aucun critère de rattachement, mais reconnaissent au contraire le droit d'établissement tant aux sociétés issues d'un Etat qui adhère à la théorie de l'incorporation, qu'à celles issues d'un Etat ayant adopté la théorie du siège réel, la CJCE a été amené à reconnaître pleinement le droit d'établissement aux premières, alors même que cela revenait à cautionner le contournement de certaines règles par lesdites sociétés. Elle estime qu'admettre que l'Etat membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre Etat membre viderait la liberté d'établissement de son contenu¹³ (arrêt Commission/France, précité, point 18).

L'affaire la plus célèbre à cet égard est sans doute l'arrêt Centros¹⁴ dans lequel les juges ont affirmé qu'un Etat membre ne peut pas refuser l'immatriculation d'une succursale au motif que la société est immatriculée dans un autre Etat et qu'elle n'y exerce aucune activité dans l'Etat d'immatriculation et que ce montage avait comme seul objectif d'éviter l'application du droit des sociétés dans l'Etat de la succursale. Autrement dit, au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement, il est sans importance qu'une société n'ait été constituée dans un Etat membre qu'en vue de s'établir dans un second Etat membre où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble de ses activités économiques (Centros Ltd p° 17 ; Inspire Art Ltd p° 95).

La CJCE estime en outre que n'est pas constitutive d'abus la circonstance que la société n'a été créée dans un Etat membre que dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, et ce même si la société en cause exerce l'essentiel, voire l'ensemble de ses activités, dans l'Etat d'établissement (arrêt Centros, point 18 ; Arrêt Inspire Art Ltd p° 95)

Il en découle que l'Etat membre sur le territoire duquel la société exerce sa liberté d'établissement doit respecter la capacité juridique que lui confère le droit de l'Etat membre selon lequel elle est constituée »¹⁵. Autrement dit : si l'Etat d'origine n'exige pas que la société y ait en outre son siège réel, la société est valablement et définitivement constituée à l'égard de tous et les autres Etats membres ne sauraient remettre en cause son existence.

Enfin dans l'arrêt Inspire Art Ltd, la CJCE a déclaré contraire à la liberté d'établissement des dispositions contraignantes du droit néerlandais applicables aux succursales néerlandaises de sociétés constituées conformément à une législation étrangère, mais qui exercent leurs activités entièrement ou presque entièrement aux Pays-Bas et qui de surcroît ne présentent pas de lien réel avec leur Etat de constitution.

Il résulte de toutes ces jurisprudences que la CJCE interdit (sous réserve de l'abus de droit, qui n'a pourtant pas encore été retenu par la CJCE jusqu'à présent dans ce genre d'affaires) aux Etats membres d'accueil du siège réel de déduire des conséquences juridiques préjudiciables de la dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. Les Etats de « destination » ne sauraient recourir à la technique artificielle des lois de police ou s'abriter derrière une prétendue fraude pour limiter les effets universels de la loi du siège statutaire. Les sociétés sont donc autorisées à se constituer dans un Etat adepte de la théorie de l'incorporation qui connaît une *lex societatis* libérale pour s'« exporter » à travers l'Union Européenne par l'exercice de la liberté d'établissement.

Il est salutaire que le Règlement prenne le contre-pied par rapport à ces jurisprudences en retenant le critère du siège réel et en instituant un mécanisme de sanction tendant à éviter une dissociation entre le siège statutaire et l'administration centrale (cf. infra), source d'insécurité juridique tant pour la société elle-même que pour ses tiers cocontractants. Est ainsi mise en échec la tentation de law shopping à laquelle la solution de la jurisprudence Centros incite. On voit en effet mal comment la situation de fait en cause dans cette affaire pourrait se reproduire pour une SE : en effet, si cette dernière se constituait en Angleterre, alors qu'elle n'aurait par ailleurs aucune

¹³ CJCE Royal Bank of Scotland 29 avril 1999; C- 311/97

¹⁴ Arrêt Centros Ltd 9 mars 1999 ;C-212/97

¹⁵ CJCE Ueberseering, p° 95

attache à ce pays, il est fort à parier que l'administration centrale de la société ne se trouverait pas en Angleterre, mais au Danemark. La SE aurait donc pu être contrainte de faire coïncider son siège statutaire avec son administration centrale par le biais du mécanisme prévu à l'article 64 du Règlement. Le risque de law shopping se trouve donc en apparence du moins, réduit.

Relevons cependant aussi que l'article 69 du Règlement ouvre la possibilité d'évaluer au plus tard le 1 octobre 2010 s'il convient ou non de permettre à une SE d'avoir son administration centrale et son siège statutaire dans un autre Etat. Tel pourrait notamment être le cas, pour des raisons tenant à la loi du plus grand nombre, si les Etats membres dans lesquels la théorie de l'incorporation est retenue, seront un jour majoritaires au sein de l'Union. Il peut en outre paraître paradoxal d'interdire à la seule SE la dissociation entre le siège statutaire et l'administration centrale, alors que la CJCE a reconnu cette possibilité à toutes les autres sociétés, qui ont pourtant une vocation moins internationale que la SE¹⁶. Enfin, le mécanisme de sanction de la dissociation sera en pratique de plus en plus difficile à mettre en œuvre, puisqu'elle suppose le renversement d'une présomption qui deviendra avec les conseils d'administration, les assemblées générales et les moyens d'échange de plus en plus virtuels extrêmement difficile (cf. infra). Il est donc possible que cette difficulté soit de nature à faire estomper petit à petit la notion d'administration centrale au profit de celle de siège statutaire. Ainsi apparaît le paradoxe qu'il se peut qu'à long terme, le Règlement serve de déclencheur à l'abandon de la théorie du siège réel au profit de celle de l'incorporation qui est plus facile à mettre en œuvre et assure une pleine mobilité de toutes les sociétés à travers l'Union Européenne.

2. Le transfert international du siège

2.1. Hostilité des systèmes juridiques à un transfert international du siège

Le Règlement tranche avec l'hostilité traditionnelle des systèmes juridiques à un transfert international du siège : alors que les pays adeptes de la théorie de l'incorporation admettent en général certes le transfert de siège en dehors de leurs frontières, sans que ce dernier n'entraîne pour autant un changement de la *lex societatis*, tandis que les pays adeptes de la théorie du siège réel exigent en général préalablement au transfert une dissolution de la société, entraînant de la sorte une rupture de la personnalité juridique, sauf pour le Luxembourg qui est l'un des rares pays à admettre le transfert sans dissolution (cf. infra). Certains justifiaient ce refus par une analyse purement contractuelle de la société. Les motifs à ce refus tiennent pour la plupart à deux craintes : la crainte de la perte des rentrées fiscales et la crainte juridique que des sociétés, dans le but d'éviter des dispositions nationales contraignantes, n'essaient de les contourner en transférant leur siège à l'étranger, tout en restant présentes économiquement sur le territoire.

Or, la possibilité de recourir à des transferts de siège transfrontaliers est indispensable à l'exercice du droit de libre établissement par les personnes morales. C'est la raison pour laquelle l'article 293 du TCE contient l'engagement des Etats membres d'entamer des « *négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants (...) le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège de pays en pays* ». Cet engagement n'a cependant jamais connu de suites.

Le fait que la SE soit autorisée à transférer son siège statutaire d'un Etat membre vers un autre et de changer par voie de conséquence sa *lex societatis* sans rupture de la personnalité juridique constitue une véritable innovation pour la plupart des pays européens¹⁷.

Le droit des sociétés luxembourgeois constitue à cet égard une rare exception en Europe puisque la doctrine et la pratique luxembourgeoise déduisent depuis de longues années de l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qu'une société luxembourgeoise peut valablement transférer son siège statutaire à l'étranger et changer de la

¹⁶ Sur ce paradoxe : Michel Menjuq : « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? » Dalloz 2003, p. 2874 et s.

¹⁷ Cf. Article 8 du Règlement

sorte de *lex societatis* sans pour autant être obligée de passer par une dissolution, à condition que ledit transfert soit approuvé à l'unanimité par les actionnaires et les obligataires¹⁸. Reste cependant toujours à savoir si l'Etat de destination consacre la même solution. Tel est certainement le cas en Belgique et au Luxembourg, au plus tard depuis l'arrêt de principe Lamot de la Cour de Cassation belge du 12 novembre 1965¹⁹.

S'il est vrai que la SE peut transférer son administration centrale sans perte de la personnalité juridique, il n'en reste pas moins qu'en transférant son siège vers un autre Etat membre, elle sera soumise au droit des sociétés de cet Etat « d'accueil ». Ce droit comporte sans doute un certain nombre de similitudes avec le droit des sociétés de l'Etat de départ en raison du Règlement qui uniformise à travers toute l'Union un certain nombre de règles applicables aux SE, et de l'effort d'harmonisation de ce droit par le biais des différentes directives intervenues au fil des années en droit des sociétés. Mais les statuts de la SE devront néanmoins subir au moment du transfert des modifications plus au moins importantes, au point qu'il s'agit toujours de la même personne juridique, mais dont le visage risque de devoir subir un « lifting » radical : représentation de la société à l'égard des tiers, mode de fonctionnement de l'organe de gestion, modalités de convocation des assemblées, responsabilités pénales etc. sont en effet autant d'aspects susceptibles de changer en fonction des dispositions nationales de l'Etat d'accueil.

Le gouvernement devra prendre toute la mesure des conséquences concrètes de cette grande mobilité des SE : elle implique non seulement l'obligation d'introduire un cadre légal attrayant afin de favoriser l'implantation des SE au Luxembourg, mais aussi d'œuvrer continuellement à son maintien, voire son optimisation. En effet, en raison de sa grande mobilité (du moins en ce qui concerne la continuité de sa personnalité juridique), les SE ont vocation à se déplacer rapidement à l'intérieur de l'Union au gré des réformes, événements économiques et politiques, en choisissant l'Etat d'implantation dont la législation répond le mieux aux aspirations du moment.

Enfin, la Chambre de Commerce invite le gouvernement à œuvrer activement à la reprise des travaux communautaires sur la proposition de 14^{ième} Directive concernant le transfert de siège de tout type de société d'un Etat membre à un autre, afin de créer un cadre communautaire facilitant le transfert de siège de sociétés vers le Luxembourg. Il paraît en effet inéquitable que seules les SE puissent jouir pleinement de la liberté d'établissement à travers l'Union européenne.

Cette liberté risque cependant de rester largement théorique si elle n'est pas accompagnée de la levée des barrières fiscales érigées par la plupart des pays européens à un transfert de siège, par crainte de la perte de la matière imposable. Il est regrettable que ni le Règlement, ni le présent projet de loi ne les lèvent. En 1988, la CJCE a encore pu décider dans l'affaire Daily Mail²⁰ à l'égard d'une société immatriculée au Royaume-Uni qui se heurtait à un refus d'autorisation des autorités fiscales anglaises au transfert de son siège de direction vers les Pays-Bas que les modalités d'un transfert de siège d'un Etat vers un autre seraient des problèmes non résolus par les règles de droit d'établissement, mais qui devraient l'être par les travaux législatifs ou conventionnels. Comme ces derniers n'ont toutefois pas abouti, la CJCE concluait que les articles 43 et 48 ne confèrent pas en l'état actuel du droit communautaire, le droit à une société de transférer son siège d'un Etat vers un autre. Un revirement de jurisprudence se dessine cependant avec la jurisprudence Hughes de Lasteyrie de Saillant du 11 mars 2004²¹ (cf. 4.1.1. ci-dessous) qui obligera les pays à supprimer les contraintes fiscales liées à un transfert de siège transfrontalier.

¹⁸ En ce sens par exemple : Avis de la Chambre des Notaires relatif au projet de loi n° 2897 page 17

¹⁹ La Cour de Cassation avait retenu à propos d'une société anglaise qui avait transféré son siège en Belgique « qu'une « société qui, suivant la loi de son siège social, transfère valablement ce siège à l'étranger et ne cesse pas ainsi d'être une personne juridique, ne perd pas, au regard de la loi belge, la personnalité morale. Cette société subsiste dès lors qu'en raison de ses statuts, éventuellement adaptés, elle remplit les conditions pour jouir de la capacité résultant de sa personnalité juridique. » (Cass. belge 12 novembre 1965 RPS 1966 n° 5321)

²⁰ CJCE Daily Mail 27 septembre 1988 (Affaire 81/87)

²¹ CJCE Hughes de Lasteyrie du Saillant C-9/02

2.2. Le respect de la concordance entre le siège statutaire et l'administration centrale

Le mécanisme prévu à l'article 64 du Règlement (article 101.-(1) du présent projet de loi) constitue le garde-fou du respect du principe du siège réel. Il prévoit en effet une procédure visant à faire concorder le siège statutaire avec l'administration centrale. A défaut d'une telle concordance, et à l'issue d'une période de régularisation non suivie d'effets, la SE pourra être mise en liquidation judiciaire.

De prime abord, on pourrait donc croire que tout abus constitué par le fait de créer la SE dans un Etat donné qui connaît une législation plus favorable, sans y être réellement installée, soit donc désormais exclu. Il en sera de même pour une SE qui, installée à un moment donné dans un pays, souhaiterait transférer son siège social dans un autre pays, sans pour autant suivre la procédure prévue à cet effet dans le Règlement et qui se bornerait alors à transférer son administration centrale dans l'Etat de destination souhaitée. La situation à la base de la jurisprudence Centros ne devrait donc plus se présenter pour la SE : dès que le siège statutaire n'est plus qu'une apparence et que la SE a ses véritables attaches, son administration centrale, ailleurs, le mécanisme de l'article 64 du Règlement pourra être déclenché.

Il est à noter que la CJCE avait retenu dans l'arrêt Centros sous forme d'obiter dictum que « *les Etats peuvent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'Etat membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés (...)* »²². Du moins pour la SE, le mécanisme prévu à l'article 64 du Règlement semble s'inscrire dans cette logique anti-fraude.

Encore convient-il de veiller à l'efficacité du système dans les faits. C'est poser la question de savoir par qui et à quel moment ce mécanisme est susceptible d'être enclenché. Au moment de l'implantation de la SE le notaire instrumentant devra certes vérifier la référence dans les statuts à un siège statutaire (article 26quater du projet de loi), mais il ne contrôlera pas la concordance entre le siège statutaire et l'administration centrale. L'absence de concordance ne rentre pas non plus dans les cas de nullité limitatifs de l'article 12ter de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales²³. C'est éventuellement lors de l'enquête administrative à laquelle procédera le Ministère des Classes Moyennes en vue de la délivrance de l'autorisation d'établissement que se révélera l'inexistence d'un établissement, entendu au sens de la loi du 9 juillet 2004 modifiant la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales. La définition que donne cette loi de la notion d'établissement²⁴ est tellement proche de celle donnée en jurisprudence à l'administration centrale qu'en pratique, dans la majorité des cas, elle se confond avec celle de l'administration centrale. Les résultats de l'enquête administrative fourniront probablement au procureur des éléments servant à déclencher la procédure de l'article 101.-(1) et lui permettront de renverser la présomption établie par l'article 2 du projet de loi. La question demeure entière pour les sociétés dont l'activité n'est pas sujette à autorisation d'établissement, telles que les sociétés de participations financières.

²² CJCE Centros Ltd 9 mars 1999 C-212/97 p° 38

²³ Qui n'est que la transposition en droit national de la première directive 68/151/CEE Du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

²⁴ Article 1 2° 4 de ladite loi : « *Par établissement, il faut comprendre un siège d'exploitation fixe au Grand-Duché de Luxembourg de la personne physique ou morale qui y est également imposable au sens du droit fiscal. Ce siège d'exploitation fixe doit être approprié à la nature et à la dimension de l'activité poursuivie et se traduit par l'existence d'une infrastructure opérationnelle, par l'exercice effectif et à caractère permanent de la direction des activités, par le fait d'y conserver tous les documents relatifs à ces activités ainsi que par la présence continue d'une personne autorisée à engager l'entreprise à l'égard des tiers.* »

Ensuite, rappelons que pour mettre en œuvre l'article 101.-(1) tel que projeté par le présent projet de loi, le procureur aura la tâche de renverser la présomption de concordance entre le siège statutaire et l'administration centrale, ce qui sera particulièrement difficile si les statuts de la société en question autorisent le recours aux moyens modernes de télécommunications pour la tenue des assemblées et/ou des conseils. A cela peut s'ajouter la difficulté que les activités des sociétés, les prises de décisions et les documents deviennent de plus en plus immatériels et virtuels, donc difficilement localisables dans l'espace.

3. Incidence du choix du pays

La SE est traitée dans l'Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire comme une société anonyme (article 10 du Règlement) : elle pourra se prévaloir de tous les droits et est soumise à toutes les obligations de la législation de cet Etat membre. En outre l'article 9-3 du Règlement souligne expressément le rôle incontournable des lois de police nationales en énonçant que si la nature des activités exercées par une société européenne est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à cette société.

Dès lors, un véritable forum shopping est à craindre qui mettra en concurrence les divers systèmes juridiques des pays membres de l'Union. Les praticiens du droit vont ainsi procéder à une analyse détaillée de tous les aspects du droit national avant de préconiser l'implantation de la SE dans tel Etat membre plutôt que dans tel autre.

La première analyse portera probablement sur le droit des sociétés proprement dit, et plus particulièrement sur toutes les dispositions non régies par le Règlement et retirées le cas échéant de la liberté statutaire : libre transfert ou non des titres, possibilité de créer des classes de titres et d'en déterminer les caractéristiques, dispositions plus au moins contraignantes en matière de formalités et de publicité de la constitution et du fonctionnement courant de la société, pouvoirs de représentation des dirigeants sociaux, modes de dissolution, degré de protection des actionnaires minoritaires, existence d'un cadre de gouvernement d'entreprise (« *corporate governance* »), possibilité de faire un « *squeeze out* », règles en matière d'OPA, etc.

L'analyse du système juridique ne se confinera pas seulement au droit des sociétés, mais concernera bien d'autres aspects du cadre juridique national. Ainsi c'est l'Etat d'implantation de la SE qui détermine notamment la responsabilité pénale ou non de la SE, de ses fondateurs et celle de ses dirigeants. Comme les règles de responsabilités pénale et civile (conditions de leur mise en œuvre, étendue des dommages réparables, exonérations possibles et prescription) sont loin d'être uniformisées, elles seront probablement un critère important dans le choix de l'implantation de la SE. La Chambre de Commerce souhaite mettre le gouvernement et le législateur spécialement en garde contre une prolifération de dispositions tendant à renforcer les responsabilités des membres des organes de gestion. Elles risqueraient en effet d'être à l'origine de dérives jurisprudentielles qu'a connues la France, consistant dans une responsabilisation à outrance des membres des organes de gestion, ce qui n'est certainement pas de nature à encourager l'acceptation de tels mandats. Enfin, d'autres branches du droit, non moins importantes entreront dans le champ d'analyse des promoteurs de SE, telles que les dispositions nationales plus au moins contraignantes en droit de l'environnement, le droit pénal général, le droit financier²⁵ ou bancaire.

4. Autres critiques

²⁵ Le considérant 12 rappelle que l'appel public à l'épargne par une SE sera régi par le droit national de son administration centrale. Comme pour toute autre société le lieu d'admission à la bourse détermine le droit boursier applicable

D'autres critiques qui ont été avancées par certains auteurs ou par des organisations patronales telles que l'UNICE, portent notamment sur les incertitudes quant au régime fiscal applicable à la SE, ou encore la hiérarchie complexe des normes qu'instaure le Règlement.

4.1. Adapter l'environnement fiscal aux structures internationales

La Commission n'a pas tenu compte des propositions du Parlement européen qui avait appelé expressément la Commission à proposer des règles uniformisées d'imposition pour la SE, afin de résoudre les problèmes posés par des charges fiscales inégales. C'est ainsi que le Règlement exclut expressis verbis le volet fiscal²⁶ de son champ d'application. Il en résulte que la SE connaîtra autant de régimes fiscaux que d'Etats membres et qu'une fois qu'elle se sera constituée, elle subira non seulement les conséquences de la fiscalité de son Etat d'implantation, mais aussi celles des Etats dans lesquels se situent ses succursales ou filiales.

Il s'agit d'une lacune considérable du Règlement, car lors des activités transfrontalières qu'il entend pourtant promouvoir, les frottements fiscaux pouvant aller jusqu'à des doubles impositions ou la non prise en compte de pertes fiscales constituent des freins majeurs à l'activité transfrontalière des sociétés²⁷. Un des critères décisifs dans le choix de l'Etat d'implantation de la SE sera sans doute un environnement législatif, et plus particulièrement fiscal, attrayant qui permet aux entreprises de réduire au minimum de telles pertes financières.

Or, l'étude du système fiscal luxembourgeois actuel révèle qu'il présente un certain nombre de désavantages non négligeables à l'installation au Luxembourg de structures internationales, notamment sous forme de SE. A l'occasion de l'étude du présent projet de loi, la Chambre de Commerce a d'ores et déjà relevé un nombre important de barrières fiscales qu'il y aurait lieu de supprimer à brève échéance. Cet effort de réforme du système fiscal national devrait s'accompagner d'efforts internationaux, et plus particulièrement communautaires.

4.1.1. Créer un environnement fiscal national favorable à l'implantation de structures internationales au Luxembourg

Les freins fiscaux dans la législation luxembourgeoise actuelle se rencontrent à tous les instants, que ce soit au moment de la constitution, de la vie de la société proprement dite, ou au moment d'un départ éventuel du Luxembourg.

Au cas où la SE s'implante au Luxembourg, le droit d'apport de 1% tel qu'il résulte de la loi du 29 décembre 1971 trouve en principe à s'appliquer. S'il est vrai que dans un certain nombre d'hypothèses, la SE bénéficiera des exonérations des articles 4-1 ou 4-2 de ladite loi, il n'empêche que toute capitalisation nouvelle de la SE au moyen d'apports financiers en vue par exemple de l'achat de participations, sera soumise au droit d'apport. Alors que la quasi-totalité des Etats de l'Union européenne ont soit opté pour un montant forfaitaire, soit ont considérablement réduit le taux applicable, le Luxembourg continue à lever ce droit anti-économique qui constitue pour les entreprises une charge considérable, qui n'hésitent d'ailleurs pas à recourir à des montages juridiques périlleux pour l'éviter. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce demande la suppression ou l'aménagement du droit d'apport. Les pertes de rentrées fiscales devraient d'ailleurs se compenser amplement par les rentrées accrues en impôts directs engendrées par les entreprises supplémentaires qui viendraient s'établir au Luxembourg. La Chambre de Commerce note à cet égard que le législateur luxembourgeois semble depuis quelques années s'engager

²⁶ Considérant 20 du Règlement : « Le présent règlement ne couvre pas d'autres domaines du droit, tels que la fiscalité (...). Par conséquent, les dispositions du droit des Etats membres et du droit communautaire sont applicables dans ces domaines (...). »

²⁷ En ce sens aussi : Avis du Comité économique et social européen sur «La concurrence fiscale et ses effets sur la compétitivité des entreprises », du 25 avril 2002

dans la voie d'introduire un droit d'apport fixe à € 1.250²⁸ ou une exonération pure et simple du droit d'apport²⁹ et l'invite à étendre ces mesures à tous les rassemblements de capitaux.

Ensuite, la Chambre de Commerce note avec inquiétude la pression fiscale sur les entreprises luxembourgeoises qui est loin d'être la moins forte en Europe et qui est nettement plus élevée que dans la plupart des nouveaux Etats membres. La Chambre de Commerce ne saurait partager l'optimisme exprimé par le Premier Ministre dans sa déclaration du 12 octobre 2005 sur les priorités du gouvernement que le Luxembourg se classerait assez bien en termes de pression fiscale en comparaison avec d'autres pays. Le maintien de la compétitivité du Luxembourg sur la scène fiscale internationale devrait aller de pair avec une réflexion sur une réduction du taux de l'impôt sur le revenu des collectivités.

Dans un ordre d'idée similaire, la Chambre de Commerce préconise une réduction du taux de la retenue à la source pratiquée sur les paiements de dividendes (article 148 de la loi de l'impôt sur les revenus, LIR). S'il est vrai que dans bien des cas les dividendes versés par la SE à ses actionnaires seront exonérés de ladite retenue en vertu de l'article 147 LIR, toujours est-il que tel n'est pas nécessairement le cas. On n'a qu'à songer à un actionnariat d'une SE plus dispersé et volage, qui ne remplit donc pas forcément les conditions tenant au seuil minimum de participation et de durée de détention (ou d'engagement de détention) édictées par l'article 147 LIR. La Chambre de Commerce aimerait attirer l'attention du gouvernement au fait que certains pays disposent d'une législation plus favorable en la matière, tel le Royaume-Uni qui ne pratique pas de retenue à la source sur les dividendes versés.

En outre, l'attitude actuelle de l'Administration des contributions directes de refuser la compensation des pertes réalisées par un établissement stable implanté dans un Etat avec lequel le Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter la double imposition constitue un handicap important à l'implantation de SE au Luxembourg. Il est impératif que cette position soit abandonnée.

Dans l'hypothèse d'une SE luxembourgeoise exerçant ses activités dans différents Etats membres à travers des filiales, il est regrettable que le régime de l'intégration fiscale de l'article 164bis LIR ne permette pas d'inclure des sociétés étrangères dans le périmètre de l'intégration. Il est à noter qu'un régime fiscal similaire britannique fait actuellement l'objet d'un recours devant la CJCE et risque d'être considéré comme une atteinte à la liberté d'établissement³⁰. La Chambre de Commerce invite le gouvernement à réagir au plus vite à la sortie de cet arrêt afin de conformer la législation luxembourgeoise aux impératifs du droit communautaire.

En outre, si le Luxembourg compte attirer ensemble avec les SE des expatriés hautement qualifiés, il y aurait lieu d'introduire un régime fiscal spécifique et attrayant à leur égard, à l'instar de la législation belge en ce domaine. La suppression de l'impôt sur la fortune s'inscrirait dans cette logique.

Enfin, lorsque la SE luxembourgeoise décidera de transférer son siège à l'étranger, le Règlement assure certes la continuité de sa personnalité juridique, mais l'article 172 LIR assimile actuellement en principe un tel transfert à une cessation d'entreprise entraînant une imposition immédiate de toutes les plus-values latentes et des bénéfices non encore imposés. Le coût fiscal s'avérera dans bien des cas tellement exorbitant que la mobilité de la SE au sein de l'Union européenne, tant vantée et souhaitée par les rédacteurs du Règlement, risque de demeurer lettre morte. La Chambre de Commerce note à cet égard que la transposition de la directive 2005/19/CE

²⁸ Pour des exemples récents: le règlement grand-ducal du 29 avril 2005 relatif à la titrisation et un règlement grand-ducal du 10 septembre 2004 relatif à la société d'investissement en capital à risque

²⁹ Pour le GIE et GEIE : article 30 de la loi du 25 mars 1991 sur les GIE et article 14 de la loi du 25 mars 1991 sur les GEIE. Pour les assep et sepcav : règlement grand-ducal du 20 septembre 2005 déterminant le droit fixe applicable aux rassemblements de capitaux dans les fonds de pension régis par la loi du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de sepcav et assep.

³⁰ Affaire C-446/03 Marks & Spencer plc contre David Halsey (HM Inspector of Taxes)

du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etat membres ne constituerait qu'une réponse partielle à la problématique : ladite directive subordonne en effet la neutralité fiscale du transfert de siège statutaire de la SE ou SCE d'un Etat membre vers un autre à la condition qu'un établissement stable reste présent dans l'Etat de départ³¹. Il est douteux que cette exigence soit compatible avec la position exprimée par la CJCE dans l'affaire Hughes de Lasteyrie du Saillant³² dans laquelle la Cour a sanctionné des dispositions fiscales françaises imposant en principe les plus-values latentes d'une personne physique souhaitant transférer son domicile fiscal à l'étranger³³. Suite à cet arrêt, le législateur français a supprimé les barrières fiscales au transfert du domicile de la France vers l'étranger tant pour les personnes physiques³⁴, que pour les personnes morales³⁵. Le gouvernement luxembourgeois devrait se laisser guider par les solutions dégagées par cette jurisprudence dans l'adaptation du régime fiscal luxembourgeois lors de la transposition de la directive 2005/19 précitée.

La Chambre de Commerce invite le gouvernement à tenir compte de toutes ces considérations lors de l'élaboration des dispositions fiscales.

4.1.2. Une concertation au niveau communautaire en vue d'un régime fiscal harmonisé

Les coûts fiscaux lors de flux financiers transfrontaliers restent élevés et constituent un frein considérable à la libre circulation des capitaux. Pour ne citer que les plus marquants qui nécessitent un effort d'harmonisation au niveau communautaire : en cas de constitution d'une société par voie de fusion, les pertes fiscales existant dans le chef de la société absorbée ne peuvent pas être apportées à la société absorbante et sont donc définitivement perdues. Ensuite, en cas de vente par une société d'une succursale, la plus-value qui en résulte est imposée dans l'Etat de résidence de ladite succursale avec application d'une retenue à la source. Cette plus-value devrait de l'avis de la Chambre de Commerce être exonérée de toute retenue à la source à l'instar des plus-values sur vente de filiales. Il devrait en outre être possible pour une SE de facturer et déduire certains frais occasionnés par la direction centrale de l'entreprise aux différents établissements stables situés dans d'autres Etats-membres.

Un autre problème auquel les sociétés multinationales sont confrontées au niveau communautaire est la problématique des prix de transfert intragroupe qui sont susceptibles d'entraîner des doubles impositions. A cet égard, il y a lieu de veiller à une mise en œuvre rapide de la proposition de code conduite pour la mise en œuvre effective de la Convention d'arbitrage (90/436/EEC du 23 juillet 1990, présentée le 23 avril 2004 par la Commission³⁶.

La Chambre de Commerce invite le gouvernement à continuer sa politique d'extension du réseau des conventions tendant à éviter la double imposition conclues par le Luxembourg, afin de favoriser les investissements des SE en dehors de l'Union européenne.

4.2. Une hiérarchie complexe des normes mise en place par le Règlement

L'article 9 du Règlement met en place une hiérarchie des normes complexe : la SE est régie, dans l'ordre, par :

³¹ Article 10ter 1 b) de la Directive 2005/19/CE

³² CJCE, C-9/02, 11 mars 2004 Hughes de Lasteyrie du Saillant

³³ En ce sens : Prof. Dr. Thomas Rödder, Deutsches Steuerrecht 9/2005 p.297 et 21-22/2005 p.898

³⁴ Suppression de l'article 167bis du Code Général des Impôts en cause dans l'affaire soumise à la CJCE

³⁵ Nouvel article 221 du Code Général des Impôts, tel que modifié par la loi budgétaire 2005

³⁶ COM (2004)297

1. les dispositions du Règlement ;
2. lorsque le Règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE ;
3. pour les matières non réglées par le Règlement ou lorsqu'une matière ne l'est que partiellement, pour les aspects non couverts par le Règlement par :
 - les dispositions de lois adoptées par les Etats membres en application des mesures communautaires visant spécifiquement les SE ;
 - les dispositions de lois des Etats membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

Cette cascade de normes ne rend pas la tâche facile aux praticiens du droit des sociétés. Tantôt la norme applicable à la SE sera tirée du Règlement, tantôt elle sera de source nationale, tantôt statutaire. Mais à l'évidence, le Règlement constitue l'épine dorsale du statut juridique de la SE, du moins en ce qui concerne ses dispositions claires et non-optionnelles. Des dispositions divergentes en droit national sur ces points ne seront pas applicables aux SE. Ainsi notamment, la SE sera caractérisée par le sigle « SE », quel que soit l'Etat d'immatriculation. Le capital minimum sera de 120.000 euros, elle sera réputée exister à partir de son immatriculation au Registre de commerce et des sociétés. La SE pourra adopter la structure moniste avec conseil d'administration dans un Etat de structure dualiste ou adopter la structure dualiste avec directoire et conseil de surveillance dans un Etat de structure moniste. Elle devra être immatriculée dans le même Etat membre que son administration centrale. Elle pourra décider à la majorité qualifiée de transférer son siège social sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle dans un autre Etat membre.

4.3. La non-référence à un régime juridique unique en droit des sociétés

L'objectif des initiateurs de la SE était ambitieux : créer une forme de société entièrement régie par un corps de règles matérielles communautaires. Mais face à une situation de blocage, la Commission a dû modifier son approche afin de combiner des règles matérielles communautaires et de multiples renvois aux dispositions nationales. Ainsi, la SE ne constitue pas un instrument de droit communautaire, mais plutôt une forme de société qui peut être soumise à vingt-cinq statuts différents. C'est donc à juste titre que l'exposé des motifs de l'arrêté royal belge portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne note que « *la SE constitue ainsi une société hybride, fruit d'un croisement entre droit communautaire et droit interne de l'Etat du siège de la SE.* » En raison des choix offerts par le Règlement aux Etats, il existe en effet de facto vingt-cinq statuts différents de SE dans l'Union européenne qui divergent plus au moins du « tronc commun » que constitue le Règlement.

4.4. Une approche restrictive de la liberté statutaire à l'encontre des tendances actuelles

Il est regrettable que le Règlement impose autant de règles se rapportant à l'organisation interne de la SE et que si peu de place soit laissée à la liberté statutaire. Il se trouve de la sorte à contre courant des tendances observées dans de nombreux Etats membres qui assouplissent leur droit des sociétés en créant des formes simplifiées de sociétés par actions afin de laisser aux associés une grande liberté dans la détermination de leur mode d'organisation. La Chambre de Commerce note avec satisfaction que le projet de loi a su, dans les limites certes étroites tracées par le Règlement, sauvegarder le caractère libéral du droit des sociétés luxembourgeois.

II. La société anonyme de type dualiste

L'introduction en droit luxembourgeois de la société anonyme de type dualiste constitue une réforme importante du droit des sociétés luxembourgeois. Le projet de loi ne s'est pas borné à

adopter des mesures appropriées pour la SE (article 39.5. du Règlement), mais ouvre cette nouvelle structure aussi aux SA classiques, sans pour autant privilégier un type par rapport à l'autre : les associés restent libres au moment de la constitution de la société (voire plus tard, par une modification statutaire), d'adopter l'un ou l'autre type.

Il convient de relever que de plus en plus de législations ont introduit des SA à structure dualiste, par exemple la France en 1966 ou l'Italie en 2003. Le droit allemand, quant à lui, ne connaît que la société anonyme de type bicéphale. Les réformes les plus récentes ont été motivées en partie par des scandales internationaux retentissants qui ont mis en lumière un contrôle de la gestion qui s'avère dans la réalité bien souvent inefficace et qui ont de la sorte mis en évidence l'importance d'une politique de gouvernement d'entreprise (« *corporate governance* »).

La structure dualiste présente à cet égard des avantages considérables par rapport à une structure moniste : elle permet de dissocier clairement la fonction de surveillance de la fonction de gestion. C'est certainement dans les grandes sociétés, notamment cotées, où cette dissociation se justifie le plus³⁷. Dans ces structures, le contrôle des actionnaires sur les dirigeants est, soit en raison de la complexité des affaires et des enjeux, soit en raison d'une majorité contrôlant de facto l'assemblée et par ce biais les nominations au conseil d'administration, souvent illusoire. Dans une structure dualiste, l'actionnariat a l'assurance que le contrôle sur la gestion de la société est permanent (et non seulement ponctuel, au moment des assemblées) et exercé, du moins en principe, par des professionnels.

Une structure dualiste peut en outre être un véhicule de transmission de pouvoirs entre générations, les anciens dirigeants demeurant au conseil de surveillance et les jeunes étant nommés au directoire.

Elle est aussi souvent adoptée dans des joint ventures ou des prises de contrôle, chaque groupe étant alors représenté dans les deux organes selon des proportions prédéterminées ou, au contraire, dans un seul des organes.

En outre, au regard de l'ampleur de leurs tâches, les conseils d'administration se voient dans les faits obligés de déléguer de nombreuses questions de gestion à des comités restreints ou des commissions composés de techniciens et de spécialistes. L'article 60 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales permet en effet une telle répartition des tâches. La plupart des grandes sociétés luxembourgeoises ont instauré des comités de direction, chargés de la gestion des affaires courantes de la société, tandis que le conseil d'administration n'exerce plus qu'un rôle de surveillance et fixe les grands objectifs, notamment les stratégies commerciales.

Cette institutionnalisation croissante des comités de direction a été reconnue par la jurisprudence luxembourgeoise³⁸. Elle dépasse cependant de loin l'esprit initial de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Ces comités ne peuvent au regard du droit actuel des sociétés être qualifiés d'organes de la société et ne sont donc pas opposables aux tiers.

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce accueille favorablement le principe de l'introduction d'une structure dualiste en droit luxembourgeois qui n'est non seulement ouverte aux SE, mais à toutes les SA. Cette innovation mettra d'une part fin à ce porte-à-faux actuel consistant dans une délégation par le conseil d'administration de certains pouvoirs à un comité, tout en assumant la responsabilité finale. D'autre part, elle facilitera l'implantation au Luxembourg de groupes de sociétés originaires de pays qui ne connaissent que des structures bicéphales. Elle offrira en effet aux fondateurs le libre choix entre une structure moniste et une structure dualiste, en fonction de leur culture juridique, de la taille de la société et de la nature de son actionnariat.

³⁷ En France, en 2003 plus du tiers des sociétés du CAC 40 étaient des SA à structure dualiste ; tandis que parmi les non cotées on en notait seulement 6376 contre 166 525 monistes

³⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 21 janvier 1988

Si la SA de type dualiste veut devenir un franc succès, le cadre légal doit allier l'efficacité à la souplesse, tout en s'inscrivant dans la mesure du possible dans le pragmatisme et l'esprit libéral du droit des sociétés luxembourgeois. A cet égard, la Chambre de Commerce regrette que les rédacteurs se soient si fortement inspirés du cadre légal français qui se caractérise bien au contraire par sa rigidité. Une des raisons de l'échec relatif de la SA de type dualiste en France (mis à part pour les sociétés cotées) est probablement imputable à ce carcan de règles et à un risque accru de situations de blocage entre le conseil de surveillance et le directoire. En outre, le projet de loi, contrairement à la source d'inspiration française, n'articule pas de manière précise les rôles et compétences respectifs des conseils de surveillance, des commissaires et du directoire et ouvre ainsi la porte à une insécurité juridique. Il est à espérer que les praticiens du droit vont combler les silences des rédacteurs du présent projet de loi, non pas en s'inspirant du cadre français (sur)réglementé, mais en ayant recours au droit belge, source d'inspiration traditionnelle en matière de droit des sociétés luxembourgeois.

Au vu de ce qui précède, la Chambre de Commerce craint que les sociétés luxembourgeoises qui sont à l'heure actuelle dotées d'un « comité directeur » et d'un conseil d'administration ne trouveront pas dans la structure dualiste telle qu'élaborée par le présent projet de loi une structure adéquate pour y couler leur mode de fonctionnement actuel.

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce propose dans le commentaire des articles qui suit un certain nombre de simplifications et de clarifications rédactionnelles au projet de loi. Ces modifications sont motivées par le souci de définir avec soin le champ de compétences et les rôles respectifs du conseil de surveillance et du directoire, de les doter des compétences nécessaires pour les exercer et d'éviter des situations de blocage entre le directoire et le conseil de surveillance.

III. La société anonyme unipersonnelle

A côté de cette première innovation, le projet de loi introduit une deuxième nouveauté, à savoir la possibilité de créer des SA unipersonnelles. La Chambre de Commerce accueille favorablement la possibilité de constituer une telle société. Cette introduction n'est certes pas rendue nécessaire par le Règlement³⁹, mais, comme le relève l'exposé des motifs, rien ne s'y oppose non plus. Comme de plus en plus de législations européennes se dotent de la SA unipersonnelle - ne citons que le cas de la France (voir infra), l'Allemagne, l'Espagne ou encore l'Italie – il est salutaire que le Luxembourg suive cette tendance, d'ailleurs encouragée par la Commission, afin de faciliter la transmission de sociétés familiales⁴⁰.

Une brève analyse de l'évolution de la législation luxembourgeoise en cette matière s'impose. Une loi du 24 avril 1983 a fait passer le nombre minimal des associés de 7 à 2. Le projet⁴¹ prévoyait encore de permettre à des sociétés de capitaux de créer des SA unipersonnelles. Mais les temps n'étaient pas mûrs pour un tel changement : c'est ainsi que le Conseil d'Etat estimait encore dans son avis rendu en 1980 qu'une telle introduction de la société unipersonnelle serait trop hardie. La commission juridique y voyait une remise en cause de la nature contractuelle de la société au profit d'une analyse institutionnelle de la société et estima une telle réforme prématurée. La Chambre de Commerce n'y vit cependant pas d'inconvénient et

³⁹ La constitution d'une SE filiale ne comportant qu'un seul associé aurait en effet été possible même en l'absence de cette modification, étant donné que l'article 3.2. du Règlement dispose que : « Une SE peut elle-même constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE. Les dispositions de l'Etat membre du siège statutaire de la SE filiale exigeant qu'une société anonyme ait plus d'un actionnaire ne sont pas d'application pour la SE filiale. »

⁴⁰ Recommandation de la Commission 94/1069/CE du 7 décembre 1994 sur la transmission des petites et moyennes entreprises

⁴¹ Travaux parlementaires n° 2474 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, à la directive No 77/91 du Conseil des Communautés Européennes du 13 décembre 1976

souligna l'effet fictif de la structure de l'actionariat de nombreuses sociétés anonymes qui recouraient à des artifices et subterfuges pour remplir l'exigence d'avoir 7 actionnaires.

Si lors de l'introduction de la société à responsabilité limitée unipersonnelle en droit luxembourgeois certains ont encore pu craindre un débat doctrinal sur le caractère sociétaire même d'une telle entité⁴², le succès qu'elle a rencontré a permis de dissiper ces doutes. Le temps semble désormais mûr pour l'introduction de la SA unipersonnelle en droit luxembourgeois. Les rédacteurs du présent projet de loi se sont inspirés de l'expérience réussie de la S.à.r.l. unipersonnelle et il ne fait donc guère de doute que la société anonyme ne comportant qu'un seul associé est une société à part entière, régie par les règles de la société anonyme, avec cependant quelques aménagements inévitables pour tenir compte de ce caractère unipersonnel.

Le commentaire des articles⁴³ fait en outre expressément référence à l'expérience française de la SAS unipersonnelle introduite par une loi du 12 juillet 1999. C'est pour offrir aux petites structures innovantes un cadre plus souple que celui de la société anonyme française, enfermée dans un carcan de textes contraignants, que le statut initial de la SAS instauré par une loi du 3 janvier 1994 a fait l'objet d'un toilettage radical pour permettre entre autres la création des SAS unipersonnelles et de laisser à ses actionnaires une grande liberté dans le mode d'organisation de la SAS⁴⁴. C'est cette liberté contractuelle qui est laissée aux actionnaires dans la rédaction des statuts de la SAS française qui la démarque de la société anonyme française. La SAS unipersonnelle française est un nouveau type de société⁴⁵, gouverné par des règles distinctes de celles applicables à la société anonyme⁴⁶. Rien de tel pour la SA unipersonnelle luxembourgeoise. Comme les règles de la SA de droit luxembourgeois se caractérisent déjà par leur esprit libéral et la large part laissée à la liberté statutaire, la nécessité d'introduire en droit luxembourgeois des règles plus souples pour une SA de type unipersonnelle est certainement moindre. En outre, la SA unipersonnelle de droit luxembourgeois ne constitue pas une forme de société nouvelle, mais seulement un aménagement des règles de la SA. Elle sera régie par toutes les dispositions applicables à la SA « classique », hormis celles incompatibles avec sa nature unipersonnelle. Au regard de ce qui précède, et malgré le renvoi dans le commentaire des articles à la SAS française, l'analogie entre ce type de société et la SA unipersonnelle ne saurait être poussée trop loin et les praticiens du droit devraient donc se garder de trop s'inspirer des solutions dégagées par les jurisprudences et doctrines françaises.

Il est utile d'analyser dans quelles situations le recours à la SA unipersonnelle peut s'avérer opportun. Deux cas de figure viennent immédiatement à l'esprit : il est un fait que bon nombre de filiales des groupes de sociétés sont détenues à quasiment 100% par la société mère, une seule ou plusieurs actions étant alors allouées à un homme de paille, souvent par ailleurs administrateur ou salarié de la société en question, les fonds nécessaires à la souscription lui étant mis à disposition par l'actionnaire principal. Faute de deux actionnaires, le notaire instrumentant ne passe en effet pas l'acte de constitution (article 26 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). On songe aussi au cas de figure d'une société anonyme constituée initialement entre deux actionnaires, dont l'un se retire de l'affaire. Le second actionnaire est dans l'état actuel du droit soit contraint de se trouver un nouvel actionnaire de complaisance, soit de dissoudre la société, soit de la transformer en S.à.r.l. unipersonnelle. La possibilité ouverte par le projet de loi de constituer dorénavant une société anonyme avec un seul actionnaire ou de devenir une société anonyme unipersonnelle au cours de l'existence de la société (sans que cette

⁴² Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi n° 3637 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à l'effet d'introduire la société à responsabilité d'une seule personne

⁴³ Commentaire sous l'article 23 modifié

⁴⁴ Sur le sujet : Jean Paillusseau : « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », Dalloz 1999, Chron. page 333

⁴⁵ En ce sens Lamy Sociétés Commerciales 2004 p° 3980 ; pour s'en convaincre il suffit de consulter le code de commerce français qui consacre dans son livre II traitant des sociétés commerciales un chapitre à chaque type de société, dont le chapitre VII aux sociétés par actions simplifiées

⁴⁶ Par exemple l'interdiction de faire appel public à l'épargne (article L. 227-2 de la loi sur les sociétés commerciales)

modification ne nécessite forcément une modification statutaire) mettra fin à ces maquillages juridiques et reflétera mieux la réalité économique des sociétés en question.

La possibilité d'avoir un directoire et un conseil d'administration unipersonnel et la non tenue d'assemblées proprement dites représentera une économie en termes administratifs et financiers qui sera appréciée par les sociétés en question. Il est vrai que par ces possibilités les différences entre la SA unipersonnelle et la S.à.r.l. unipersonnelle semblent a priori s'estomper, mais les différences restent néanmoins de taille, ne citons que la libre transmission des actions de la SA, la possibilité d'être cotée en bourse et de faire appel public à l'épargne. C'est en fonction de ces différences que les promoteurs vont décider de recourir plutôt à l'une ou à l'autre type de société.

En dehors de ces deux hypothèses, il va de soi que rien ne s'oppose à ce qu'un entrepreneur isolé choisisse ab initio la SA unipersonnelle pour exercer le commerce. Ce cas de figure sera cependant l'exception, car la S.à.r.l. unipersonnelle sera probablement mieux adaptée.

S'il est vrai que par l'introduction d'une SA unipersonnelle en droit luxembourgeois on s'éloigne un pas de plus de l'analyse contractuelle de la société, toujours est il que cette évolution s'inscrit dans une tendance générale suivie par la plupart de nos voisins européens et il ne saurait se faire que le Luxembourg reste à la traîne de ce développement. L'expérience réussie de la S.à.r.l. unipersonnelle a montré que les craintes exprimées à l'encontre des structures unipersonnelles se sont globalement avérées injustifiées. On peut en conclure que l'introduction de la SA unipersonnelle constitue une réforme qu'il y a lieu de saluer.

A côté de ce changement important opéré par le présent projet de loi, la Chambre de Commerce a relevé avec satisfaction certaines autres modifications ponctuelles de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui l'adaptera aux évolutions récentes que connaît cette matière depuis un certain nombre d'années.

IV. Une modernisation ponctuelle du droit des sociétés

La consécration législative du recours aux possibilités offertes par les télécommunications pour la tenue des assemblées générales et les conseils ainsi que la possibilité de voter par correspondance facilitent grandement la réunion des actionnariats et des conseils de plus en plus multinationaux et dispersés à travers l'Europe, voire le monde entier. Le recours à ces moyens évitera aux actionnaires et aux membres des conseils de devoir se déplacer en vue d'exercer leur droit de vote. Ce constat vaut de l'avis de la Chambre de Commerce non seulement pour les sociétés anonymes et les SE, mais aussi, certes pour le moment dans une moindre mesure, pour les autres types de sociétés, en particulier les sociétés à responsabilité limitée. Ce type de société a en effet connu ces dernières années un essor important, notamment parmi les nombreuses sociétés de participations financières. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce estime opportun d'autoriser toutes les sociétés à recourir aux technologies modernes d'information et de communication. Ce serait d'ailleurs œuvrer dans le sens des réflexions actuellement en cours au niveau européen qui souhaitent encourager le recours à ces technologies en droit des sociétés.⁴⁷

La Chambre de Commerce relève aussi la réduction du seuil de l'actionariat pour solliciter une assemblée générale de 20 à 10%, de la possibilité de solliciter l'ajout de points à l'ordre du

⁴⁷ Communication de la Commission du 21 mai 2003 concernant la modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer : point 2.1 « *Les technologies modernes peuvent grandement faciliter l'exercice effectif des droits des associés et des tiers. Le droit des sociétés doit donc, au minimum, rendre possible et encourager fortement le recours des sociétés aux technologies d'information et de communication les plus récentes dans leurs diverses relations avec les associés et les tiers.* »

jour de l'assemblée, le vote par correspondance et du droit de prendre connaissance du rapport de gestion avant l'assemblée.

La Chambre de Commerce croit y déceler une volonté de doter les actionnaires minoritaires d'outils plus efficaces pour exercer leur droit de vote et d'endiguer l'absentéisme des actionnaires aux assemblées générales. La Chambre de Commerce lit toutes ces mesures dans un contexte plus large du gouvernement d'entreprise (« *corporate governance* »). Si tel était l'idée sous-jacente des rédacteurs du projet de loi, force est de constater qu'ils se sont arrêtés à mi-chemin, en laissant le seuil inchangé pour certaines autres actions offertes aux minoritaires (droit de proroger l'assemblée générale, droit de demander en justice la nomination de commissaires en vue de vérifier les comptes). Toutes ces actions sont intimement liées et les conditions d'ouverture en termes de seuil de minorité requise devraient dès lors être les mêmes.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce s'interroge dans ce contexte sur la raison de la modification proposée à l'article 67-1, instaurant la possibilité de prévoir dans les statuts la possibilité d'arrêter une modification statutaire à la majorité simple, lorsque la moitié des titres est représentée à l'assemblée générale. Sans que la Chambre de Commerce ne veuille y marquer son opposition, elle donne néanmoins à considérer que cette faculté va à l'encontre de la tendance protectrice des actionnaires qu'on croit pourtant déceler dans le présent projet de loi.

La Chambre de Commerce n'est pas sûre que le présent projet de loi constitue l'occasion d'engager une réflexion, fragmentaire par ailleurs, sur la protection des actionnaires minoritaires. Ces questions devraient s'inscrire au contraire dans une réflexion plus globale sur le rôle des actionnaires, notamment minoritaires, au sein des assemblées, dans le cadre d'une réforme globale de la loi sur les sociétés. Les travaux de transposition de la Directive du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition⁴⁸ pourraient constituer l'occasion pour mener une telle réflexion au cours de laquelle devra également être abordée la mise en place d'un système de protection des actionnaires minoritaires de sociétés cotées ou non en cas de transfert de siège à l'étranger et de fusion.

Par ailleurs le présent projet de loi apporte quelques précisions et modifications ponctuelles qui peuvent être accueillies positivement dans leur globalité : ne citons que la consécration législative des représentants permanents des administrateurs personnes morales, l'obligation de discrétion imposée aux personnes assistant aux réunions du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance, des précisions sur le rôle des présidents des conseils, la non prise en compte des votes blancs ou nuls lors des assemblées générales extraordinaires.

V. Perspectives

La Chambre de Commerce estime que grâce au cadre légal mis en place par le présent projet de loi, allié à un cadre fiscal attrayant encore à définir, l'économie luxembourgeoise tirera grand profit de l'implantation de SE au Grand-Duché.

Il faut cependant reconnaître que la SE ne convient a priori qu'à des groupes d'une certaine taille, et non aux PME⁴⁹. Or, ce sont ces dernières qui jouent un rôle fondamental dans le tissu économique européen⁵⁰. Les sociétés communes entre PME au niveau européen sont proportionnellement plus nombreuses que dans les rapprochements impliquant des grandes entreprises. Réserver en outre la circulation transfrontalière aux seules SE paraît peu compatible

⁴⁸ Directive 2004/25/CE du 21 avril 2004

⁴⁹ Michel Menjucq, « *La société européenne : enfin l'aboutissement !* », Dalloz 2001 page 1085 ; Communication de la Commission du 21 mai 2003 relatif à la modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer, point 3.5.

⁵⁰ Avis du Comité économique et social sur « L'accès des PME à un statut de droit européen » du 21 mars 2002

avec un véritable marché sans frontières. C'est pourquoi le droit de circuler d'un Etat vers un autre devrait être amélioré pour toutes les sociétés quelle que soit leur forme.

Ce sont les raisons pour lesquelles la Chambre de Commerce invite le gouvernement à déployer ses efforts sur deux chantiers communautaires : le premier vise à attirer des PME étrangères souhaitant transférer leur siège au Luxembourg. Le projet de proposition de 14^{ième} Directive concernant le transfert de siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable qui consacre la continuation de la personnalité morale en cas de transfert transfrontalier de siège de tout type de société constitue de l'avis de la Chambre de Commerce une bonne base de départ pour une réflexion approfondie en la matière. Elle devrait être accompagnée d'une analyse sur les conséquences fiscales (si possibles neutres) d'un transfert de siège intracommunautaire.

Le second chantier devrait viser à créer un cadre légal permettant aux PME luxembourgeoises de déployer leurs activités plus facilement à l'étranger. Cette nécessité vaut a fortiori pour un pays au territoire aussi exigu que le Luxembourg. La Chambre de Commerce se rallie à l'analyse du Comité économique et social européen qui préconise « *la mise en place d'un instrument unique simplifié, complémentaire de la SE, qui apparaît donc comme la voie la plus efficace pour supprimer les obstacles au développement d'une activité transnationale par les PME* »⁵¹. Une des pistes de réflexions à explorer davantage serait l'adoption au niveau communautaire d'un statut de « société fermée européenne » telle que préconisée par le Comité économique et social européen⁵².

Commentaire des articles

Concernant l'article 1er

Les articles en titre de chaque commentaire sont sauf disposition contraire des renvois à la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle qu'elle sera modifiée par le présent projet de loi.

Article 2 alinéa 2 :

Conformément à l'article 16 du Règlement, le projet de loi énonce que la SE acquiert sa personnalité juridique le jour de son immatriculation au registre de commerce et des sociétés. Ainsi est introduit en droit luxembourgeois une différence notable entre la SE et les autres sociétés qui existent d'après la doctrine au moment de l'échange de consentements entre associés, cet échange de consentements se matérialisant par la conclusion de l'acte de société.

Article 2 alinéa 3 :

La Chambre de Commerce note que le projet de loi substitue au terme de « principal établissement » celui d' « administration centrale ». C'est en effet à cette notion que le Règlement s'attache pour déterminer si des sociétés sont en droit de participer à la constitution d'une SE (en ce sens article 2 du Règlement) et c'est en outre à cette notion que fait référence l'article 7 du Règlement en énonçant l'obligation pour la SE d'avoir le siège statutaire et l'administration centrale dans le même pays. Le commentaire de l'article ne justifie pas autrement ce changement que par un souci d'uniformisation de la terminologie retenue dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Il aurait en effet été inconcevable de retenir le critère de l'administration

⁵¹ Avis du Comité économique et social sur « *L'accès des PME à un statut de droit européen* », du 21 mars 2002

⁵² Une première ébauche intéressante d'un tel Règlement a été rédigée en septembre 1998 par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et le Conseil National du Patronat Français

centrale pour les SE et de garder pour toutes les autres sociétés le critère du principal établissement. Le législateur luxembourgeois se voit dès lors contraint d'abandonner la notion de « principal établissement » pour toutes les sociétés.

Il est vrai aussi que cette notion d'administration centrale a déjà fait son entrée depuis plusieurs années en droit luxembourgeois⁵³. Il n'empêche qu'il y a lieu de s'interroger si les deux notions sont synonymes ou non. La question est de première importance puisque la doctrine et la jurisprudence déduisent de l'article 159 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales que c'est le lieu de situation du principal établissement qui détermine l'application du droit luxembourgeois à une société. Il est donc primordial qu'en substituant un terme à un autre, le gouvernement ne modifie pas de ce seul fait le critère permettant de déterminer la *lex societatis*. La Chambre de Commerce déduit du silence du commentaire de l'article en cause de fournir de plus amples explications sur la notion d'administration centrale qu'il n'est pas dans l'intention des rédacteurs de faire perdre aux (ou faire bénéficier à des) sociétés existantes le bénéfice de la loi luxembourgeoise et en déduit que les notions de principal établissement et d'administration centrale doivent nécessairement avoir un sens strictement identique, de sorte à ce que les critères de détermination de la *lex societatis* d'origine prétoriennes et doctrinales ne seront pas remis en cause par la modification proposée. Cette assimilation totale entre ces deux notions se trouve aussi confortée par l'analyse des travaux parlementaires lors de l'élaboration de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales : M. Corbiau⁵⁴ notait en effet que le principal établissement devait s'entendre comme « *le siège d'administration, siège de la vie intellectuelle de la société* ». Certains commentaires doctrinaux au Règlement partagent le même point de vue : c'est ainsi que le professeur Michel Menjucq assimile la notion d'administration centrale à celle de siège effectif de direction⁵⁵.

La Chambre de Commerce tient à souligner que cette notion d'administration centrale ne devrait pas être interprétée de la même façon pour les sociétés en général que pour les professionnels du secteur financier. En effet, pour cette dernière catégorie, l'IML avait édicté des critères de détermination de l'administration particulièrement stricts⁵⁶, qui se justifient pleinement au regard du contrôle prudentiel exercé par la CSSF sur ces entités. Mais de telles exigences seraient trop contraignantes pour des sociétés échappant à un tel contrôle⁵⁷. Si ces critères trouvaient en effet à s'appliquer dorénavant à toutes les sociétés luxembourgeoises, il serait possible que certaines d'entre elles – en particulier de nombreuses sociétés de participations financières, dont l'objet social n'exige souvent qu'une infrastructure minimale sur place – seraient désqualifiées en tant que sociétés luxembourgeoises.

Pour toutes ces raisons la Chambre de Commerce estime que la détermination de l'administration centrale continuera à être l'affaire des juges qui procèdent à une analyse in concreto⁵⁸, à partir d'un faisceau d'indices constitués entre autres par le lieu d'établissement de la comptabilité centrale, des archives, des réunions des assemblées générales « *le siège de son administration* »⁵⁹ ou encore « *l'endroit où se concentre la vie intellectuelle et l'activité directrice de*

⁵³ Article 5 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, exigeant de la part de toutes les entités relevant du contrôle de la Commission de Surveillance du Secteur Financier une administration centrale au Luxembourg ; dans un sens similaire : la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif ; loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif et modifiant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée ; la loi du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital risque

⁵⁴ M. Corbiau, cité dans Léon Metzler, Le régime juridique et fiscal des sociétés à responsabilité limitée, 1933, page 181

⁵⁵ Michel Menjucq : La société européenne : enfin l'aboutissement ! Dalloz 2001 n° 13, page 1085

⁵⁶ Circulaire IML 95/120 du 28 juillet 1995, exigeant entre autres une infrastructure d'exécution sur et une présence physique de responsables en principe de façon permanente sur place

⁵⁷ Dans un même sens : Me Jean-Paul Spang, Réflexions sur la société européenne et le droit commun des sociétés, Bulletin Droit et Banque N° 36

⁵⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 21 avril 1971 P 22, page 63

⁵⁹ Terme employé par Charles Resteau, Traité des Sociétés Anonymes, Swinnen 1982, tome I, page 61 ;

la société »⁶⁰. La Chambre de Commerce a conscience qu'en raison de l'internationalisation croissante des affaires des entreprises, de la tendance à l'externalisation d'un certain nombre de charges administratives traditionnellement effectuées au siège des sociétés et des possibilités offertes par les outils de télécommunications, la recherche d'un tel faisceau d'indices convergent sera dans bien des cas chose malaisée pour les juges. Il en va a fortiori ainsi pour les sociétés financières dont le seul objet est la gestion de participations, brevets ou encore d'avoirs en banque.

Afin de veiller à une cohérence entre le droit des sociétés et le droit fiscal, la Chambre de Commerce invite le gouvernement à remplacer dans tous les articles de la loi de l'impôt sur les revenus, les termes « établissement principal » par la nouvelle expression « administration centrale » en particulier les articles 156 LIR (imposition des non-résidents), 159 LIR (définition de la résidence fiscale applicables aux personnes morales), et 172 LIR (traitant de l'imposition des sociétés en cas de transfert du siège à l'étranger).

Article 3 :

Le nouvel alinéa vise deux cas de figure qui sont réglés différemment par le Règlement : il offre d'une part la possibilité à une « *société anonyme de droit luxembourgeois* » de se transformer en une SE et constitue la « transposition » de l'article 2.4 du Règlement. Une telle transformation exige en effet en vertu dudit article l'existence d'une filiale dans un autre Etat membre. La Chambre de Commerce déplore que ni le Règlement, ni le projet de loi sous avis ne prévoient de définition de la notion de filiale, ce d'autant plus que ce concept de filiale ne coïncide pas forcément avec celui existant dans les droits des autres Etats membres. La notion devrait-elle prendre le sens lui donné par l'article 309 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui est inspiré de la 7^e Directive en matière de droit des sociétés, ou convient-il au contraire de retenir les critères retenus en matière d'impôts directs par la Directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents ?

Cet alinéa traite d'autre part de la transformation de la société anonyme européenne en société anonyme de droit luxembourgeois. Ce cas de figure est énoncé à l'article 66 du Règlement, qui soumet ladite transformation à un délai d'existence minimale de la société anonyme européenne, repris par le présent projet de loi à la troisième phrase de cet alinéa. La présentation actuelle de cet alinéa est ambiguë, puisque le lecteur non averti ne saurait distinguer si cette exigence de délai s'applique aux deux cas de transformation envisagés par l'article 3, ou seulement à la dernière hypothèse. Afin d'éviter toute ambiguïté, il est proposé de mieux structurer ce texte en consacrant un alinéa à la première hypothèse de transformation (société anonyme de droit luxembourgeois en société anonyme européenne), et un second alinéa à la seconde hypothèse de transformation (société anonyme européenne en société anonyme de droit luxembourgeois) avec la condition tenant à la durée d'existence préalable.

Article 23(1) :

En ce qui concerne l'introduction en droit luxembourgeois de la SA unipersonnelle, la Chambre de Commerce renvoie à ses développements sous la rubrique « Considérations générales » ci-dessus.

Article 23 (2) second alinéa :

L'article énonce la continuité de la personnalité morale de la SE qui transfère son siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne, énoncée à l'article 8 du Règlement. La Chambre de Commerce souhaite rappeler à cet égard que la doctrine et la pratique luxembourgeoise déduisent de l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales que le changement de nationalité d'une société luxembourgeoise est possible, à condition que le transfert du siège social à l'étranger soit approuvé à l'unanimité par les associés

⁶⁰ Pascale Hainaut-Hamende et Gilberte Raucq : Les sociétés anonymes, Larcier 1994, Tome 1, page 195 ; Fernand Schockweiler : Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, 2^e édition page 139

et obligataires. La doctrine luxembourgeoise⁶¹ estime qu'un tel changement de nationalité n'entraîne (du moins du point de vue luxembourgeois) aucune dissolution en droit des sociétés⁶². La pratique luxembourgeoise recourt depuis de nombreuses années à des transferts de siège à l'étranger.⁶³ La Chambre de Commerce en déduit qu'il existera dorénavant deux régimes en ce qui concerne le changement de nationalité, d'une part celui du transfert du siège d'une SE vers un autre Etat membre, qui est soumis au régime spécifique exposé aux articles 101-1 et suivants de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et comportant une protection spécifique des créanciers et un contrôle de la part du Ministre de la Justice, et un régime « ordinaire » de transfert de siège à l'étranger, déduit par la pratique de l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales soumis au vote unanime des actionnaires et obligataires, mais ne comportant aucune protection des autres créanciers. Ce régime « ordinaire » est ouvert à toutes les sociétés, ainsi qu'à la SE qui souhaiterait transférer son siège hors de l'Union Européenne. Bien que cette dernière possibilité ne soit pas expressément reconnue par le Règlement ou le présent projet de loi, elle devrait néanmoins être possible, afin de respecter le principe d'égalité de traitement entre la SE et la SA, affirmé par l'article 10 du Règlement.

Article 26 (1) 1.) :

Les modifications à cet article tiennent d'une part à l'introduction de la SA unipersonnelle et d'autre part à la mention relative au capital social de la SE. En ce qui concerne le premier point, il ne fait guère de doute au vu du libellé de cet article qu'une SA peut ab initio être constituée avec un seul associé. Une modification de l'article 1832 du code civil ne s'avère pas nécessaire, puisqu'il dispose déjà depuis l'introduction de la S.à.r.l. unipersonnelle qu' « *une société peut être constituée (...), 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 ce qui concerne le 2) de l'article 26(1), il y a lieu de relever qu'au vu du libellé de l'article 4 du Règlement, le capital social de la SE doit nécessairement être exprimé en euros. Il en va autrement pour le capital social de la SA, pour lequel la doctrine et la pratique admettent qu'il peut s'exprimer dans une autre devise, pour autant que le montant converti en euros corresponde au minimum légal⁶⁴.

Article 26 bis (4) :

La Chambre de Commerce se félicite de ce que les rédacteurs ont usé de la faculté prévue à l'article 2.5 du Règlement pour prévoir que même des sociétés ayant certes leur siège statutaire, mais non leur administration centrale dans la Communauté européenne seront susceptibles de participer à la constitution d'une SE, dès lors qu'elles présentent un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre. Le projet de loi élargit de la sorte le nombre de sociétés susceptibles de participer à l'implantation d'une SE au Luxembourg. La Chambre de Commerce relève toutefois que la notion de « *lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre* » est essentiellement une notion de fait que le notaire instrumentant sera amené à apprécier in concreto. La seule indication que fournit le Règlement est le considérant (23), énonçant que ce « *lien existe notamment si la société a un établissement dans l'Etat membre à partir duquel elle mène des opérations.* »

Article 26 quater :

Le projet de loi exige que le projet de constitution soit dressé sous forme notariée. Le commentaire de cet article révèle que la source d'inspiration a été les articles 29 et 30 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Une telle condition de forme n'est

⁶¹ Léon Metzler, *ibidem* page 121

⁶² Contrairement au droit belge dont la doctrine estime qu'un transfert du siège social à l'étranger doit nécessairement être précédé d'une liquidation. En ce sens : Charles Resteau, *ibidem* page 71 ; Pascale Hainaut- Hamende et Gilbert Rauqc, *ibidem*, page 196

⁶³ Dans un même sens Avis de la Chambre des Notaires relatif au projet de loi n° 2897, page 17

⁶⁴ En ce sens : Travaux parlementaires N° 2474 tendant à modifier la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, commentaire à l'article 26

pourtant pas exigée par le Règlement. De l'avis de la Chambre de Commerce elle fait double emploi avec la constatation que les conditions à la constitution de la SE se trouvent remplies, qui se fait elle aussi devant notaire (cf. article 26 octies (3) du projet de loi). Dans un souci d'éviter une multiplication inutile des frais de constitution, la Chambre de Commerce estime que le projet de constitution devrait pouvoir se faire par acte sous seing privé.

Article 26 sexies (1) :

Il est proposé de remplacer au deuxième alinéa les termes « *réviseurs d'entreprises* » par « *membres de l'Institut des réviseurs d'entreprises* », dans un souci d'uniformisation de la terminologie employée par la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Article 26 octies (1) :

Il résulte du commentaire de cet article que le délai de trois mois commence à courir à compter de la dernière assemblée approuvant le projet de constitution. Il paraît utile de modifier le texte en ce sens. Dans la dernière phrase, il est proposé dans un souci d'homogénéité de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas abrégier le terme « *article* ».

Article 26 octies (3) :

Sur la critique de faire intervenir deux fois un notaire, cf. commentaire relatif à l'article 26 quater.

Article 31-2 (3) in fine :

Le projet de loi inclut pour le calcul de l'actif net « *les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer* ». Bien que ce mode de calcul paraît fermement établi en droit des sociétés luxembourgeois, la Chambre de Commerce attire néanmoins l'attention des rédacteurs du projet de loi au fait que le Règlement ne parle que du « *capital* » (article 66.5 in fine du Règlement). Le législateur luxembourgeois serait donc théoriquement susceptible d'encourir un blâme pour avoir mal « transposé » le Règlement. Ce mode de détermination de l'actif net qui est retenu par le Règlement en cas de transformation d'une SE en société anonyme est d'autant plus énigmatique si on le compare au mode de détermination dans le cas de l'opération inverse : l'article 37.6 du Règlement inclut bien les réserves légales ou statutaires dans le calcul de l'actif net.

Article 31-3 :

Dans un souci d'homogénéité dans la présentation de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, il est suggéré de supprimer les abréviations utilisées en remplaçant « *art. 3* » par « *article 3* » et le sigle « *SA* » employé dans le projet de loi par « *société anonyme* ». La même remarque s'applique mutatis mutandis à d'autres articles du projet.

Article 49 bis (6) b) :

La Chambre de Commerce s'interroge sur les raisons de l'emploi du terme « *organe de gestion* », alors que dans le reste du projet de loi, le terme d'organe d'administration est transformé en « *conseil d'administration ou directoire, selon le cas* ».

Article 51, premier alinéa :

La Chambre de Commerce relève une erreur rédactionnelle dans la phrase qui devrait se lire : « (...) *il est constaté que celle-ci n'a qu'un associé (..)* ». Elle propose la suppression dans cette même phrase du mot « *ordinaire* », étant donné que la notion « *assemblée générale ordinaire* » ne se trouve nulle part ailleurs dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et qu'elle peut prêter à confusion. Si les actions sont nominatives, l'assemblée générale constatera au vu des inscriptions au registre des actionnaires le nombre de ces derniers. La solution est plus difficile au cas où une partie ou l'entièreté du capital est représentée par des actions au porteur. En pratique, le seul moyen de savoir avec certitude qu'il n'y a qu'un associé sera constitué par le dépôt préalable à l'assemblée de toutes les actions par une seule personne. Si une seule action n'était pas déposée, il se pourrait en effet qu'elle soit détenue par un second associé.

Article 51bis :

La Chambre de Commerce accueille favorablement cet article qui éclaire utilement le sort des postes d'administrateurs attribués de plus en plus souvent à des personnes morales. Il convient cependant de préciser dans le texte de l'article 51bis que le représentant permanent doit être une personne physique. Comme la problématique des postes de gestionnaires confiés à des personnes morales se pose en principe dans des termes similaires dans les autres types de sociétés, il est suggéré d'introduire un texte analogue pour toutes les autres formes de sociétés.

Il semble opportun d'ajouter un alinéa traitant de la situation dans laquelle l'administrateur personne morale souhaite changer de représentant permanent. On pourrait s'inspirer du troisième alinéa de l'article 7 de la loi du 25 mars 1991 portant diverses mesures d'application du règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique⁶⁵.

Faute de reconnaissance de responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois, cette responsabilité incombera en principe au représentant permanent personne physique, sauf à prouver une délégation de pouvoirs⁶⁶. A cet égard, la Chambre de Commerce déplore la prolifération des responsabilités pénales dans les textes législatifs. Ce fait, loin de contribuer à une moralisation des affaires, constitue de l'avis de la Chambre de Commerce une banalisation du droit pénal et une épée de Damoclès au-dessus des têtes de ces représentants permanents qui sont susceptibles d'encourir des sanctions pénales, alors même qu'ils n'exercent plus leur mandat et qu'ils ont démissionné de leur poste au sein de la société « mandatrice ».

La Chambre de Commerce déplore aussi que le régime de responsabilité des représentants permanents institué par le présent projet de loi diffère de celui des administrateurs représentant l'Etat ou une personne morale de droit public dans une société anonyme. En effet ces derniers sont en principe à l'abri d'une action en responsabilité, étant donné que la loi du 25 juillet 1990 régissant leur statut dispose que « *la personne de droit public assume les responsabilités qui incombent aux personnes désignées à sa demande en leur qualité d'administrateurs, sauf recours contre elle en cas de faute personnelle grave.* »

Article 53 :

La Chambre de Commerce note avec satisfaction que les rédacteurs n'entendent pas exercer l'option prévue à l'article 48.2. du Règlement de fixer une liste minimale des catégories d'opérations donnant lieu à décision expresse du conseil d'administration, respectivement à autorisation de l'organe d'administration par le conseil de surveillance, laissant de la sorte toute latitude en ce domaine aux statuts.

Article 57 :

La Chambre de Commerce note la référence au troisième alinéa au « *registre des décisions* », terme non expressément utilisé en tant que tel dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. La notion est aussi utilisée à l'article 60bis-20. Le commentaire des articles est muet sur le sens exact à donner à ce terme. La Chambre de Commerce tient à souligner qu'il n'existe pas au Luxembourg – contrairement à la France⁶⁷ - l'obligation de tenir un registre des décisions prises par le conseil d'administration. Elle s'oppose donc à ce que cette

⁶⁵ Article 7 alinéa 3 de la loi du 25 mars 1991 : « *Si la personne morale révoque le mandat de son représentant permanent, elle est tenue de notifier sans délai au groupement, par lettre recommandée, cette révocation ainsi que l'identité de son nouveau représentant permanent. Il en est de même en cas de décès ou de démission du représentant permanent.* »

⁶⁶ La délégation de pouvoirs devant alors remplir les critères élaborés par la jurisprudence afin qu'elle soit exonératoire de la responsabilité ; en ce sens Dean Spielmann dans « *La responsabilité des personnes morales en droit pénal luxembourgeois et étranger : vers une responsabilité pénale des personnes morales ?* », Bulletin Droit et Banque n° 30 p. 41 et s.

⁶⁷ Article 85 du Décret n° 67-236 du 23 mars 1967

liberté laissée aux organes de gestion de retenir comme ils l'entendent leurs décisions soit remise en cause.

Le quatrième alinéa qui n'est pas autrement commenté par le projet de loi est une exception inspirée de l'article 523 §3 du code des sociétés belge. Vu les opérations intragroupe de plus en plus fréquentes et importantes en termes de volume, le régime actuel de l'article 57, qui exclut l'administrateur ayant un intérêt opposé non seulement du vote, mais aussi des délibérations sur ce genre d'opération, alors qu'il est dans la meilleure position pour fournir des précisions utiles aux autres membres du conseil d'administration paraissait trop strict. La situation se posera par exemple pour les opérations de vente d'une filiale à sa société mère où cette dernière dispose d'un mandat d'administrateur dans la filiale. La Chambre de Commerce estime toutefois que les termes « *opérations habituelles conclues dans des conditions et sous des garanties normales du marché pour des opérations de même nature* » risquent de soulever en pratique de nombreux problèmes d'interprétation ; elle suggère dès lors les termes moins ambigus utilisés par le législateur français : « *opérations courantes et conclues à des conditions normales*⁶⁸ », qui est d'ailleurs aussi le concept adopté par l'article 200-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (dispense d'établir un procès-verbal dans une S.à.r.l. unipersonnelle pour les contrats conclus entre l'associé unique et la S.à.r.l. unipersonnelle s'ils sont relatifs à des « opérations courantes conclues dans des conditions normales »).

S'agissant d'une pure question de fait, qui vient s'ajouter à la question parfois presque tout aussi complexe de savoir s'il y a ou non un intérêt opposé, il est à craindre qu'en pratique, les administrateurs consciencieux qui ont un quelconque doute sur le point de savoir s'il a un intérêt opposé et si oui ou non l'opération se fait dans des conditions normales, s'abstiendront systématiquement de la délibération. C'est pour cette raison que la Chambre de Commerce prône l'extension de l'exception aux deux cas de figure envisagés par l'article 523 §3 al. 1^{er} du code des sociétés belge⁶⁹, à savoir les opérations entre la société mère et ses filiales et celles entre les sociétés filiales d'une même société mère.

Article 60 :

La suppression du vote préalable de l'assemblée générale à la désignation d'un délégué à la gestion journalière ne peut être qu'accueillie favorablement. Ce vote entraînait en effet en pratique un retard et une formalité supplémentaire, dont on voit d'ailleurs mal l'utilité puisque l'assemblée a de toute façon déjà exprimé sa confiance à ce délégué à la gestion journalière lors de sa nomination en tant qu'administrateur, alors que cette formalité n'était pas exigée pour une délégation à un tiers non membre du conseil d'administration.

Article 60 bis-1 :

La Chambre de Commerce déduit de l'alinéa 2 que les sociétés anonymes déjà existantes au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent basculer du système moniste au système dualiste en procédant à une modification des statuts en ce sens. Il ne s'agit pas d'une transformation de la société et encore moins de la constitution d'une société nouvelle⁷⁰.

Article 60 bis-2 :

L'article laisse une large place à la liberté statutaire. Il est à saluer que les rédacteurs n'ont pas usé de la faculté ouverte à l'article 39.4. du Règlement qui autorise un Etat de fixer un nombre minimal ou maximal de membres au directoire. Il résulte de la lecture combinée des alinéas (1) et (2) que le directoire est nécessairement composé de deux membres au moins, sauf le cas des sociétés anonymes unipersonnelles et celles dont le capital social est inférieur à € 500.000.

⁶⁸ Article L 225-87 de la loi sur les sociétés commerciales

⁶⁹ Article 523 §3 al 1^{er}: « *Le §1 et l'article 524ter ne sont pas applicables lorsque les décisions ou les opérations relevant du conseil d'administration concernent des décisions ou opérations conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95% au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95% au moins des voix attachés à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenues par une autre société.* »

⁷⁰ En ce sens : Lamy sociétés commerciales 2004 n° 3482

En ce qui concerne l'alinéa 2, le seuil élevé de € 500.000 (que le droit français fixe à €150.000 seulement) permet suffisamment de flexibilité.

Article 60 bis-3 :

Il traite de la nomination des membres du directoire et doit se lire en combinaison avec l'article 60bis-5 qui traite de la révocation. La Chambre de Commerce estime que les deux pouvoirs doivent nécessairement aller de pair, ce qui n'est pourtant pas le cas dans le présent projet de loi. Avec le système proposé il peut en effet se produire la situation de blocage suivante : le comité de surveillance nomme les membres du directoire. Supposons que les statuts (par un simple oubli rédactionnel ou de manière délibérée) n'autorisent pas l'assemblée générale à nommer les membres du directoire, mais uniquement à les révoquer. Le directoire donne satisfaction au conseil de surveillance qui ne voit donc pas de raison pour le révoquer. Or, l'assemblée générale est d'un tout autre avis et révoque le directoire (révocabilité ad nutum), désavouant de la sorte indirectement le conseil de surveillance. L'assemblée a ainsi exprimé son mécontentement avec le style de gestion du directoire, mais n'a pas le pouvoir d'imposer un autre style puisqu'elle n'a pas le pouvoir de nommer la nouvelle équipe de directeurs. C'est alors la guerre froide: d'un côté le conseil de surveillance, qui se sait désavoué par l'assemblée, mais qui devra choisir un nouveau directoire, alors qu'il n'en voit pas vraiment l'utilité, et de l'autre l'actionnariat qui ne souhaite pas aller aussi loin que de révoquer aussi le conseil de surveillance, très préjudiciable en termes d'image auprès du grand public. Ce cas de figure montre à quel point il est dangereux d'ouvrir la possibilité de dissocier le pouvoir de nomination du pouvoir de révocation. Pour cette raison la Chambre de Commerce prône de suivre la solution belge, retenant que « *les membres du conseil de direction sont nommés et révoqués par le conseil de surveillance*⁷¹ ». Comme le conseil de surveillance exerce un contrôle plus étroit sur le directoire que l'assemblée des actionnaires, il est en effet l'organe le mieux placé pour apprécier l'opportunité, voire la nécessité de révoquer un ou plusieurs membres du directoire. Afin de laisser suffisamment de souplesse aux promoteurs dans l'organisation des pouvoirs, on pourrait songer à leur laisser la liberté de prévoir dans les statuts le contraire : à savoir que les membres du directoire sont nommés et révoqués exclusivement par l'assemblée générale.

Article 60 bis-4 :

La Chambre de Commerce se rallie au commentaire de cet article que rien ne s'oppose au Règlement de prévoir des personnes morales au directoire. Il est renvoyé aux développements sous l'article 51bis sur l'opportunité d'obliger la personne morale de notifier à la société tout changement du représentant permanent.

Article 60 bis-5 :

Il résulte du commentaire de cet article que les membres du directoire sont, à l'instar des administrateurs, révocables ad nutum. Afin de faire ressortir clairement cette idée, il est proposé de préciser que « *les membres du directoire peuvent toujours être révoqués* (...) ». Le terme « *toujours* » est en effet celui utilisé par l'article 51 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et dont la doctrine déduit traditionnellement leur révocabilité ad nutum. La Chambre de Commerce note à cet égard que la solution luxembourgeoise diffère de la solution française qui exige pour la révocation des directeurs un juste motif (article 225-61 de la loi sur les sociétés commerciales).

Pour la raison évoquée sous l'article 60bis-3, la Chambre de Commerce propose de supprimer la possibilité de donner aux statuts le pouvoir d'autoriser l'assemblée générale de révoquer les membres du directoire. Afin de faciliter la lecture et la compréhension de la loi, il est proposé de fondre l'article 60bis-3 et 60bis-5 en un seul article qui pourrait prendre la teneur de l'article 905 de la loi sur les sociétés belge.

⁷¹ Article 905 de la loi sur les sociétés, tel qu'introduit par l'arrêté royal portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001

Article 60 bis-7 :

Il résulte du commentaire de cet article que le mandat de directeur peut, à l'instar du mandat d'administrateur, être exercé à titre gratuit. Le libellé du présent article pourrait cependant être interprété dans le sens contraire. Il est à noter que l'article 60bis-16 traitant de la rémunération des membres du conseil de surveillance prend encore un autre libellé que l'article 60bis-7. Dans un souci de clarté, la Chambre de Commerce prône un article unique qui s'inspire tant de l'article 914 de la loi sur les sociétés belges, que de l'article 50 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales : « *Les fonctions de membre du directoire et de membre du conseil de surveillance peuvent être rémunérées*⁷². *Le mode et le montant de la rémunération des membres du directoire sont fixés par le conseil de surveillance, dans les limites prévues par les statuts. Le mode et le montant de détermination de la rémunération de chacun des membres du conseil de surveillance sont fixés par les statuts, ou à défaut, par l'assemblée générale.* »

Article 60 bis-8 (1) :

La Chambre de Commerce déduit de l'absence dans cet alinéa de référence aux statuts que ces derniers ne peuvent pas venir déroger à la répartition des compétences entre le directoire d'une part et l'assemblée générale et le conseil de surveillance (sous réserve de l'alinéa (2) applicable exclusivement aux SE) d'autre part. La structure dualiste se distinguerait sur cet aspect de la structure moniste : l'article 53 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose en effet que « *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 ou les statuts réservent à l'assemblée générale.* » Afin de laisser aux associés la possibilité d'adapter la répartition des pouvoirs entre le conseil de surveillance, le directoire et l'assemblée à la situation concrète de chaque société, il est primordial de laisser au système dualiste la même liberté statutaire. Ne pas admettre cette faculté d'aménagements statutaires enferme la structure bicéphale dans un carcan législatif et diminue de la sorte son attractivité. De telles clauses statutaires ne devraient cependant pas aller jusqu'à dénaturer le rôle des organes sociaux: ainsi, le conseil de surveillance ne devrait pas être autorisé à poser des actes de gestion et d'administration concrets et ne saurait non plus se dépouiller au profit du directoire de ses compétences de contrôle. De l'avis de la Chambre de Commerce, rien dans le Règlement n'exclut une telle adaptation. L'article 40 du Règlement énonce en effet exclusivement que « *L'organe de surveillance contrôle la gestion assurée par l'organe de gestion. Il ne peut exercer lui-même le pouvoir de gestion de la SE* », sans pour autant définir plus amplement la notion de gestion. La Chambre de Commerce se rallie donc à l'avis exprimé par le législateur belge qui note dans son exposé des motifs que l'article 39.5 du Règlement « *concède sans conteste à l'Etat membre concerné un pouvoir d'appréciation s'agissant des dispositions qu'il entend adopter en matière de système dualiste (...)* ». Le législateur belge a décidé d'instaurer un parallélisme entre les pouvoirs du conseil d'administration et ceux du conseil de direction en disposant à l'article 901 que « *Sous réserve des limitations apportées par le règlement (CE) n° 2157/2001, par le présent code ou par les statuts, les attributions du conseil de direction et des ses membres sont les mêmes que celles du conseil d'administration et des administrateurs* ». La Chambre de Commerce se rallie entièrement à l'approche du législateur belge et exige un remaniement du présent article dans ce sens.

Article 60 bis-8 (2) :

Le premier alinéa est inspiré de l'article 48 du Règlement. La Chambre de Commerce note toutefois que contrairement au Règlement (« *les statuts de la SE énumèrent..* »), les rédacteurs emploient la forme impérative (« *Les statuts d'une SE doivent énumérer..* »). Comme le texte du Règlement prime sur le projet de loi, la Chambre de Commerce estime qu'il ne s'agit que d'une faculté laissée aux fondateurs d'insérer une telle liste dans les statuts.

⁷² La Chambre de Commerce préfère l'emploi du terme « rémunéré », à celui de « salarié », qui est employé aux articles 50 et 191. Ce dernier terme peut en effet semer la confusion puisque selon l'acceptation courante de ce terme, il laisse croire à l'existence d'une relation salariale.

Contrairement à nos voisins belges⁷³, les rédacteurs du projet de loi n'ont pas usé de l'option ouverte par l'article 48 alinéa 2 de la Directive de prévoir que l'organe de surveillance pourrait soumettre lui-même à autorisation certaines catégories d'actions. Cette possibilité aurait introduit une plus grande flexibilité dans la mise en place de cette liste à autorisations puisque le conseil de surveillance pourrait adapter cette liste de manière suffisamment souple, tandis que toute modification d'un tel catalogue énoncé dans les statuts nécessitera une assemblée générale extraordinaire.

Pour les raisons développées sous l'article 60bis-8-(1) ci-dessus, la Chambre de Commerce estime que les statuts d'une SA bicéphale qui n'est pas une SE pourraient pareillement énumérer des catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation du directoire par le conseil de surveillance.

L'ajout du dernier alinéa par rapport au Règlement doit être accueilli favorablement, car il permet de trouver une issue à un conflit entre le directoire et le conseil de surveillance. Il paraît en effet normal que ce soit l'organe suprême de la société, à savoir l'assemblée générale des actionnaires, qui tranche et qui est libre non seulement d'autoriser et de refuser l'opération en question, mais qui pourra aussi procéder à la même occasion au remplacement des membres du conseil de surveillance et/ou du directoire, afin de ne pas laisser perdurer une différence de vue entre le conseil de surveillance et le directoire. La Chambre de Commerce s'interroge toutefois pourquoi les rédacteurs, qui se sont pourtant inspirés de l'article 100 du Décret français du 23 mars 1967, ont omis de reproduire la fin de la phrase : « *l'assemblée générale des actionnaires qui décide de la suite à donner au projet.* », afin de clarifier qu'il y aura bien un vote sur la question qui tranchera de manière définitive la différence de vue.

Article 60 bis-8 (4) dernier alinéa :

La Chambre de Commerce s'interroge sur le sens exact de l'emploi des termes « *d'autre part* », qui devrait se faire en principe en combinaison avec un « *d'une part* » et marquer une opposition entre deux idées ou deux faits ou deux aspects d'un objet.

Article 60 bis-11 :

Il consacre la responsabilité propre des membres du directoire. En raison des champs de compétences propres et bien délimités du directoire et du conseil de surveillance, il est en effet normal que chacun assume la responsabilité pour ses actes. Ainsi le conseil de surveillance ne peut pas être tenu responsable pour les actes du directoire, à moins que le conseil n'ait failli lui-même à sa mission de surveillance.

La Chambre de Commerce s'interroge si la dénonciation prévue à l'alinéa 2 ne devrait pas aussi se faire au conseil de surveillance. Recevoir une telle information semble être de l'essence du rôle d'un conseil de surveillance. Un tel ajout se justifie aussi par la considération pratique que le conseil se réunit plus souvent que l'assemblée générale. Il serait de la sorte rapidement mis au courant d'infractions et serait le cas échéant en mesure de limiter les dégâts, notamment en révoquant certains directeurs (article 60bis-5).

Article 60 bis-12 :

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire sous l'article 60bis-8 (1) quant à la plus grande place qui devrait être laissée aux statuts dans la détermination des rôles respectifs du conseil de surveillance et du directoire.

Article 60 bis-13-(1) :

La Chambre de Commerce regrette que le commentaire des articles soit muet sur les rôles respectifs du conseil de surveillance et des commissaires. Rappelons en effet qu'une SA de type dualiste dispose aussi de commissaires. Les articles définissant les missions de ces deux organes sont similaires, mais non identiques. Ainsi, le conseil de surveillance exerce un « contrôle

⁷³ Article 903 du code des sociétés belges

permanent de la gestion de la société par le directoire » (article 60bis-12-(1)) et dispose à cet effet d'« *un droit illimité de regard sur toutes les opérations de la société* » (article 60bis-13-(1)), tandis que les articles 61 et 62 accordent aux commissaires une « *surveillance* » et un *droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société* ». Il résulte de la doctrine française que l'accent en ce qui concerne le rôle du conseil de surveillance doit surtout se faire sur le terme « gestion ». Son contrôle ne porte non seulement sur un contrôle de pure légalité, mais aussi sur un contrôle d'opportunité. « *Il ne se limite pas aux questions comptables et financières, mais s'étend aux aspects techniques et commerciaux de la gestion du directoire. C'est la bonne marche de l'entreprise que le conseil apprécie.*⁷⁴ » Le droit de révoquer les membres du directoire ad nutum est la suite logique de ce contrôle d'opportunité. La mission des commissaires aux comptes n'englobe pas cet aspect de l'opportunité : « *la nature du mandat, qui leur est confié, interdit aux commissaires de s'immiscer dans la gestion ; ils n'ont donc pas à se prononcer sur l'opportunité économique d'opérations déterminées. En revanche, ils ne peuvent se contenter de vérifier la bonne traduction comptable des activités de la société ; ils sont tenus de signaler au conseil d'administration ou à l'assemblée, les faits susceptibles d'exercer une influence sur la situation sociale ou la structure financière de l'entreprise.*⁷⁵ ». En raison d'un contrôle qui est certes aussi permanent que celui exercé par le conseil de surveillance, mais qui ne va pas aussi loin que ce dernier, les commissaires n'ont pas besoin de disposer du pouvoir de révocation du directoire.

Article 60 bis-13 (3) :

Cet article oblige le directoire à communiquer « *en temps utile* » au conseil de surveillance « *toute information* » sur des « *événements* » susceptibles d'avoir des répercussions « *sensibles* » sur la situation de la société. S'il est vrai que le conseil de surveillance ne peut exercer son rôle qu'en présence d'informations pertinentes et tenues continuellement à jour, les termes particulièrement flous de cet article sont d'autant plus regrettables qu'il est assorti d'une sanction pénale à l'article 173bis du projet de loi. Un directoire quelque peu craintif sera ainsi tenté de transmettre les informations même les plus anodines au conseil de surveillance, afin de s'exonérer de sa responsabilité. En inondant de la sorte le conseil de surveillance de détails, ce dernier risque de ne plus pouvoir assumer son véritable rôle de surveillance et sera poussé à s'immiscer dans la gestion quotidienne. Pour éviter un tel détournement de la fonction du conseil de surveillance, il est proposé de supprimer la sanction pénale attachée au présent article et de songer à une formulation plus précise.

Article 60 bis-14 :

Afin de ne pas entraîner des pertes de temps inutiles dues à la transmission de documents, il est proposé que le directoire adresse les documents prévus à l'article 72 conjointement au conseil de surveillance et aux commissaires.

Article 60 bis-15 :

La Chambre de Commerce déduit du renvoi à l'article 51 que le conseil de surveillance est en principe composé de trois membres au moins. Le conseil de surveillance d'une SA unipersonnelle pourra cependant être constitué d'un seul membre. Le projet de loi est muet sur cette situation particulière (il ne s'agit alors plus d'un conseil, i.e. d'un organe collégial, il n'y a pas de président, pas de convocation pour les réunions etc.) ; la Chambre de Commerce prône l'insertion d'une clause disposant que dans une telle situation, ce membre exerce les pouvoirs dévolus au conseil de surveillance.

Le renvoi révèle en outre que les membres du conseil de surveillance sont, à l'instar des administrateurs, toujours révocables.

Article 60 bis-16 :

La Chambre de Commerce renvoie à ses développements sous l'article 60bis-7.

⁷⁴ Yves Guyon Droit des affaires 1^e édition, tome 1 page 375

⁷⁵ Charles Resteau, Traité des sociétés anonymes, 3^e édition, tome 2, page 258

Article 60 bis-19 :

On voit mal le rapport entre le commentaire de cet article notant que « *ni le droit français ni le règlement ne comportent d'interdiction d'un cumul avec un contrat de travail* » et l'article lui-même, consacré à l'interdiction du cumul des mandats de directeur et de membre du conseil de surveillance. Si cette interdiction se justifie par le fait qu'on ne peut pas en même temps être partie de l'organe assurant la gestion et celui chargé du contrôle de ladite gestion, la question d'un cumul d'un contrat de travail et de mandat est autrement plus complexe et a donné lieu en France à une importante jurisprudence.

En ce qui concerne les membres du directoire, la Cour de Cassation française a décidé qu'ils peuvent être salariés de la société⁷⁶, dès lors que le lien de subordination est établi et que les fonctions salariales sont distinctes des fonctions de directeur et comportent une rémunération propre. Il est à noter que le lien de subordination ne peut pas s'apprécier vis-à-vis du conseil de surveillance qui ne peut justement pas s'immiscer dans la gestion⁷⁷. Dès lors, le lien de subordination sera difficile à établir si le directoire ne compte qu'un seul membre.

En ce qui concerne les membres du conseil de surveillance, la question est encore plus complexe. Certains auteurs ont exclu toute possibilité de cumul puisqu'il ne saurait se concevoir que « *l'organe chargé de surveiller le directoire soit en même temps subordonné à celui-ci dans l'exécution d'un contrat de travail* »⁷⁸. En France, le contentieux abondant a finalement abouti à une modification législative pour autoriser expressis verbis la possibilité d'un cumul⁷⁹. En vue d'éviter une insécurité juridique sur la question, la Chambre de Commerce conseille d'insérer un article similaire dans le projet de loi et qui viserait les membres du conseil d'administration, les membres du directoire et les membres du conseils de surveillance. Il appartiendra alors aux juges d'apprécier in concreto si le lien de subordination et le travail effectué sont réels.

Enfin, la Chambre de Commerce propose de modifier le second alinéa afin de limiter la durée pendant laquelle un membre du conseil de surveillance peut exercer simultanément les fonctions de membre du directoire jusqu'à la prochaine assemblée générale.

Article 60 bis-20 :

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire sous l'article 57 ci-dessus qui constitue le pendant du présent article dans le système moniste. Elle relève à l'alinéa (2) l'autorisation du conseil de surveillance qui est requise au cas où le directoire ne serait composé que d'un seul membre. Bien que ce contrôle soit dans son principe salubre, il convient de s'interroger comment le directeur sortira de la situation de blocage constituée par un refus du conseil de surveillance. Sera-t-il alors en droit de convoquer une assemblée générale des actionnaires (conformément au pouvoir lui attribué par l'article 70) pour soumettre la question aux actionnaires ? La Chambre de Commerce estime que cette possibilité doit en effet lui être réservée.

Article 62 :

En ce qui concerne l'articulation entre le contrôle exercé par les commissaires et celui exercé par le conseil de surveillance, la Chambre de Commerce renvoie à ses développements sous l'article 60bis-13(1).

L'énumération des documents au premier alinéa pourrait laisser croire que le commissaire aux comptes n'aurait pas accès au rapport écrit trimestriel établi par le directoire et à l'information

⁷⁶ Cass. soc. 17 novembre 1988 : « *Le mandat de président ou de membre du directoire d'une société anonyme, n'est pas en lui-même, incompatible avec les fonctions de salarié.* »

⁷⁷ Cass. soc 25 juin 1986 inédit, cité dans Lamy sociétés commerciales 1997, p° 3350

⁷⁸ Georges Ripert et René Roblot, Traité de droit commercial, Tome 1, 15ième édition, page 1011

⁷⁹ Article L. 225-85 : « *Les membres du conseil de surveillance ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles qui sont prévues aux articles L225-81, L225-83 et L-225-84 et, le cas échéant, celles dues au titre d'un contrat de travail correspondant à un emploi effectif.* »

sur les « événements sensibles », mentionné à l'article 60bis-13 du projet de loi sous avis. Comme une telle lecture serait cependant contraire à la philosophie d'un droit de surveillance et de contrôle illimité, il est proposé d'insérer une référence à l'article 60bis-13 dans le présent article.

A l'alinéa 3, il paraît peu logique de définir la responsabilité du commissaire dans une structure dualiste par rapport à celle du directoire, alors que sa mission se rapproche beaucoup plus (mais ne se confond pas) de celle du conseil de surveillance⁸⁰.

Article 64 (1):

En raison de l'introduction de l'article 64bis qui fixe les conditions de délibération à défaut de mode établi par les statuts, la Chambre de Commerce s'interroge s'ils existe encore des cas de figure non réglés par la loi pour lesquels le renvoi aux règles ordinaires des assemblées délibérantes ferait encore un sens.

Article 64 (2) :

Cet article consacre en droit luxembourgeois le président du conseil d'administration (directoire ou surveillance). Cette introduction est rendue nécessaire par le Règlement. Le commentaire des articles relève simplement que la loi ne fait que très peu d'allusion⁸¹ au président du conseil d'administration et estime opportun (sans en donner les motifs) de l'introduire en droit luxembourgeois. Face à un commentaire aussi bref, la Chambre de Commerce estime qu'il n'est pas dans l'intention des rédacteurs d'introduire un nouvel organe dans le droit des sociétés luxembourgeois, aux pouvoirs aussi étendus que par exemple le président du conseil d'administration en France⁸², mais que les pouvoirs de ce président seront uniquement ceux décrits au présent projet de loi, complétés le cas échéant par des dispositions statutaires (article 64 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales). Contrairement au droit français⁸³, le président de chaque organe est élu en son sein ; il y a lieu d'en déduire que ce sont pareillement ses membres qui le révoquent, la personne restant toutefois membre de l'organe en question.

Article 64 (3) :

Il résulte du libellé actuel de cet article qu'il ne s'applique qu'aux SE et non à toutes les SA. La Chambre de Commerce estime qu'il n'y a pas de raison objective de réserver en cette matière un traitement différent à la SE ; elle déduit d'ailleurs la même volonté des rédacteurs du commentaire des articles. La Chambre de Commerce propose dès lors de remplacer le mot « SE » par celui de « société ».

Article 64 (4) :

Bien que le pendant français à cet article semble avoir donné lieu à un débat doctrinal, la Chambre de Commerce l'accueille favorablement. Elle est d'avis qu'il vise uniquement à assurer à tous les administrateurs, membres du conseil et directoire un accès optimal et égalitaire à tous les documents, ce qui constitue le corollaire logique de leur responsabilité solidaire, sans pour autant remettre en cause le caractère collégial de ces organes sociaux.

Article 64 (5) :

La Chambre de Commerce estime utile de disposer expressis verbis que le conseil d'administration et le directoire sont eux aussi convoqués par leur président.

Article 64bis (1) :

Il convient de remplacer le terme « SA » par « société anonyme ».

⁸⁰ Cf. commentaire sous l'article 60bis-13(1) ci-dessus

⁸¹ La seule référence se trouve à l'article 67(2) de la loi sur les sociétés commerciales, énonçant qu'en cas de silence des statuts, c'est le président du conseil d'administration ou son remplaçant qui préside l'assemblée des actionnaires.

⁸² Articles L 225-47 et suivants

⁸³ Article L 225-59 « *Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance qui confère à l'un d'eux la qualité de président* »

Article 64bis(3) :

La Chambre de Commerce se félicite de cette possibilité de tenir les conseils d'administration et du directoire à distance. Elle tient en effet compte du caractère souvent multinational de la composition des conseils qui rend bien souvent difficile la réunion de tous les membres autour d'une même table. D'ailleurs, la pratique des conseils d'administration tenus par conférence téléphonique, voire par visioconférence tend à se répandre de plus en plus et il était donc temps que le législateur réagisse à cet égard. Au vu du libellé actuel de cet alinéa, cette possibilité n'est ouverte qu'aux conseils d'administration et aux directoires, à l'exclusion des conseils de surveillance et des commissaires aux comptes. La Chambre de Commerce ne voit cependant aucune raison impérieuse justifiant un tel refus et prône donc l'extension de cette possibilité aux deux organes précités.

A en croire le commentaire de cet article, un autre libellé a dû être retenu pour cet article que celui employé par l'article 67 consacré aux assemblées afin d'appliquer « ce régime à l'ensemble des moyens (non limités à la visioconférence) ». La Chambre de Commerce est cependant d'avis que l'article 67 du projet de loi qui fait référence à la visioconférence et aux « moyens de télécommunication⁸⁴ permettant leur identification », ne se limite nullement à la seule visioconférence. Elle en déduit qu'une différence dans le libellé entre ces deux articles ne se justifie guère.

En outre, la Chambre de Commerce estime que la possibilité reconnue de recourir aux moyens modernes de communications ne remet pas en cause la pratique des résolutions circulaires prises à l'unanimité, pour autant que cette possibilité ait été prévue dans les statuts. Elle suggère aux auteurs du projet de loi d'entériner la pratique dans le projet de loi.

La Chambre de Commerce retient du dernier alinéa de l'article 64(3) qu'aucun membre de l'organe participant au conseil ne devra se trouver physiquement présent au siège de la société et que le texte n'exige pas non plus que les appels téléphoniques ou les images transmises soient centralisés au siège de la société luxembourgeoise. Le texte proposé laisse ainsi toute latitude aux membres de se réunir de manière seulement virtuelle, sans devoir se poser la question juridique épineuse de la localisation de leur lieu de réunion, afin de créer ce faisceau d'indices, permettant d'établir le lieu de l'administration centrale (cf. notre commentaire sous l'article 2 ci-dessus).

Article 66 :

La Chambre de Commerce accueille favorablement cette consécration législative du devoir de discrétion, déjà largement reconnu tant en doctrine qu'en jurisprudence⁸⁵. Encore convient-il de s'interroger sur la portée pratique de cette interdiction : il paraît d'abord évident que ce devoir de discrétion ne joue pas dans les rapports entre l'administrateur qui n'est que le représentant physique d'une personne morale et cette dernière. La question est plus délicate à trancher pour les administrateurs qui détiennent leur mandat en nom propre, mais qui sont en fait néanmoins l'« administrateur » d'un actionnaire (c'est notamment le cas pour les sociétés de joint ventures où deux ou plusieurs actionnaires se sont accordés entre eux sur leur représentation respective au sein de l'organe de gestion). Il serait illusoire de croire que cet administrateur ne discute pas au préalable avec « son » actionnaire (qui est souvent en même temps son employeur) la position à adopter au sein du conseil d'administration. La Chambre de Commerce prône une application pragmatique de cet article à ce genre de situation et estime que cette divulgation ne sera sanctionnée en vertu de ce nouvel article que si le « mandat » de l'administrateur en fera un usage contraire aux intérêts de la société.

Relevons aussi au passage que ce nouvel article 66 devra se lire en combinaison avec l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Il va cependant plus

⁸⁴ La télécommunication se définit en effet comme l'ensemble des procédés de transmission d'informations à distance (Petit Robert, verbo télécommunication)

⁸⁵ En ce sens p.ex. Benoît Feron et Jacques Meunier dans « *La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme* », J.T. 2000 p. 689 et s.

loin que ce dernier puisque le devoir de discrétion se prolonge même au-delà de la fin du mandat et qu'il incombe non seulement aux membres des organes sociaux proprement dits, mais aussi à d'autres personnes appelées à assister à leurs réunions. La Chambre de Commerce s'interroge s'il n'y aurait pas lieu d'étendre ce devoir de discrétion aux commissaires aux comptes.

La problématique de la confidentialité des réunions des organes sociétaires se pose dans les mêmes termes dans toutes les autres sociétés, de sorte qu'il n'y a de l'avis de la Chambre de Commerce aucune raison pour limiter cet article aux seules SA et SE.

Article 67 (2) dernier alinéa :

Dans un souci de cohérence la Chambre de Commerce suggère d'adopter pour cet alinéa le même libellé que pour l'article 200 -2 alinéas 2 et 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Elle s'oppose en particulier à ce que soit introduit en droit des sociétés luxembourgeois l'obligation de tenir un registre des décisions de l'associé unique (voire de l'assemblée).

Article 67 (3) :

La Chambre de Commerce accueille favorablement la possibilité de la tenue des assemblées par le biais de la visioconférence et d'autres moyens de communication. En raison de la structure multinationale de l'actionariat des SE, il paraît en effet primordial d'assurer la participation effective des actionnaires aux assemblées, tout en leur épargnant l'inconvénient d'un déplacement physique. Cette faculté de la visioconférence sera un outil non seulement essentiel pour les SE, mais aussi pour les SA et s'inscrit dans l'arsenal des moyens visant à lutter contre l'absentéisme des actionnaires aux assemblées.

En outre elle note avec satisfaction que l'article n'exige aucune présence physique au Luxembourg. En d'autres termes, une assemblée purement virtuelle entre actionnaires se trouvant aux quatre coins du monde est licite.

Par le renvoi de l'article 94-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à l'article 67, il est à noter que les assemblées des obligataires seront dorénavant aussi autorisées à tenir les assemblées par ces moyens. La Chambre de Commerce recommande d'étendre la possibilité des assemblées tenues grâce aux techniques modernes de communication à toutes les sociétés. Le Luxembourg anticipe de la sorte la législation communautaire à intervenir du souhait de la Commission européenne en cette matière⁸⁶ et des recommandations OCDE en matière de gouvernement d'entreprise⁸⁷.

La Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu d'introduire la précision que des assemblées tenues par de tels moyens à distance sont réputées se dérouler au siège de la société, soit le pendant pour l'assemblée des actionnaires de l'article 64bis (3) pour les conseils. Il ne saurait se faire que le projet de loi permette d'un côté expressis verbis la possibilité de tenir des assemblées virtuelles et de laisser planer d'un autre côté sur une société qui a recours à un tel procédé un risque de perte de sa « nationalité » luxembourgeoise. Afin d'augmenter davantage la souplesse de la tenue des assemblées des associés, la Chambre de Commerce s'interroge si la précision à l'article 70 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales que l'assemblée générale annuelle doit se tenir « *dans la commune, aux jour et heure indiqués par les statuts* » soit encore nécessaire. En effet, comme l'article 70 n'exige pas d'indiquer dans les statuts une adresse exacte, il est en pratique de toute façon nécessaire de préciser dans la convocation à l'assemblée le lieu et l'adresse exacte. Cette suppression de la référence à la commune dans l'article 70 ne porte donc nullement préjudice aux associés et permettrait aux sociétés de tenir les assemblées dans la commune de leur choix, par exemple dans les locaux d'une succursale ou des locaux pris en location situés dans une autre commune.

⁸⁶ Communication de la commission européenne du 21 mai 2003 relatif à la modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne, point 3.1.2., cité plus haut

⁸⁷ Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE 1999. page 31

Article 67 (3bis) :

La Chambre de Commerce accueille favorablement cette possibilité du vote par correspondance que nos voisins belges connaissent déjà depuis une quinzaine d'années⁸⁸. Elle offre de la sorte un moyen supplémentaire (à côté de la possibilité de la visioconférence et du vote par procuration) aux actionnaires désireux de participer à la prise de décision lors de l'assemblée tout en ne souhaitant ou ne pouvant pas être physiquement présents à l'assemblée.

La Chambre de Commerce se rallie à la doctrine belge qu'une interprétation téléologique de cet article permet aussi un vote par correspondance électronique⁸⁹.

Article 67 (5) :

Dans la mesure où le projet de loi tente à l'article 70 d'augmenter les droits des actionnaires minoritaires en réduisant le capital social qu'ils doivent représenter en vue de pouvoir prendre un certain nombre d'initiatives de 20% à 10%, la Chambre de Commerce s'interroge s'il n'y a pas lieu de ramener pareillement à l'article 67 (5) le capital social que des actionnaires doivent représenter pour demander une prorogation de l'assemblée à 10% (au lieu du cinquième du capital social). La Chambre de Commerce renvoie pour le surplus à son analyse sous l'article 70 ci-dessous, ainsi qu'à ses remarques développées sous la rubrique « Considérations générales ».

Article 67-1 (1) :

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire sous l'article 23.

Article 67-1 (1) :

La Chambre de Commerce renvoie au commentaire sous l'article 101-6 (1) ci-dessous.

Article 67-1 (2) :

L'ajout au premier alinéa règle utilement le sort des abstentions, des votes blancs ou nuls. Cette modification revient à modifier le mode de prise de décision aux assemblées extraordinaires. En effet, sous le régime actuel, les votes nuls et les abstentions sont censés avoir voté contre la résolution. En ignorant désormais purement et simplement ces votes, il deviendra plus facile d'obtenir la majorité qualifiée. Cette modification aligne en outre le mode de détermination de la majorité en assemblée générale extraordinaire sur celui des assemblées générales ordinaires. Cette modification aura l'effet psychologique que les actionnaires qui, n'ayant pas le courage de voter ouvertement contre une résolution, remettent un vote blanc, seront désormais soit obligés de se déclarer ouvertement opposés à une résolution, soit ne seront pas pris en compte dans le calcul de la majorité. Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce salue cette innovation.

Quant à l'alinéa permettant de réduire par une disposition statutaire la majorité qualifiée à une majorité simple, la Chambre de Commerce estime qu'il va à l'encontre de la tendance qu'elle croit pourtant avoir décelée dans le présent projet de loi, à savoir le renforcement des droits des actionnaires minoritaires en réduisant certains seuils à 10% (article 70) et en assurant un exercice plus simple du droit de vote (article 67). Laisser une majorité simple décider sur les changements fondamentaux de la vie de la société (modification de l'objet social, fusion, scission etc.) risque au contraire de désintéresser définitivement les actionnaires minoritaires des affaires de la société. L'argument du commentaire consistant à dire que l'introduction d'une telle clause dans les statuts nécessite au préalable une modification statutaire prise à la majorité des deux tiers de sorte que les droits des actionnaires minoritaires seraient suffisamment protégés n'est guère convaincant : il serait en effet facile à la majorité qui contrôle à un moment donné deux tiers des voix de convoquer une assemblée et de procéder à une telle modification statutaire. Elle s'assurerait ainsi une mainmise totale pendant de longues années sur les assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires. Les actionnaires minoritaires, sachant que leurs voix ne feront plus la différence

⁸⁸ Loi du 19 juillet 1991 ayant introduit un article 74 § 4, devenu entre temps l'article 550 du code des sociétés belge

⁸⁹ En ce sens : Grégoire Jakhian et Florence de Villenfagne « E-voting : le vote par correspondance électronique des actionnaires » J.T. 2002 p.721 et s.

ni aux assemblées ordinaires ni aux assemblées extraordinaires se désintéresseront des affaires de la société. Notons que la Belgique n'a pas jugé utile lors de la réforme de 2002 de son droit des sociétés de modifier ses dispositions dans le sens proposé par le présent projet de loi et a bien au contraire maintenu une majorité des trois quarts pour les modifications statutaires⁹⁰. Prévoir la réduction, même statutaire, des majorités au sein de l'assemblée générale est de nature à modifier le rôle et les pouvoirs des actionnaires au sein de la société et serait de la sorte une modification majeure du droit des sociétés luxembourgeois. De l'avis de la Chambre de Commerce elle ne saurait se faire dans le cadre d'un projet de loi dont l'objet principal est d'introduire la SE en droit des sociétés luxembourgeois, mais devrait être précédé d'un débat préalable et général sur les droits des actionnaires et le rôle des assemblées.

Article 70 :

La Chambre de Commerce estime que cet article ne saurait se lire isolément, mais qu'il y a lieu de le mettre en relation avec d'autres articles de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales tendant à assurer une certaine protection aux actionnaires minoritaires. Il lui semble peu logique de réduire d'un côté le seuil à 10% au présent article 70, alors que de l'autre le seuil de 20% est maintenu aux articles 67 (5) (droit pour les actionnaires minoritaires de demander séance tenante une prorogation de l'assemblée générale) et 154 (droit de demander en justice la nomination judiciaire d'un commissaire aux comptes afin de vérifier les livres et les comptes de la société). Instaurer des seuils différents à ces actions est en effet source de tensions potentielles au sein des sociétés. On n'a qu'à songer au cas de figure suivant : des actionnaires représentant 10% du capital social sollicitent une assemblée générale, mais suite à un incident à l'assemblée, cette dernière risque de prendre une tournure inattendue pour ces 10%. Ils devraient alors disposer de la possibilité de solliciter une prorogation de l'assemblée afin de repenser la stratégie à adopter. Or, avec le présent projet de loi, il leur faudrait trouver au pied levé 10% de capital en plus qui se rallierait à une demande de prorogation.

Article 70 alinéa 3 :

Cet alinéa est directement inspiré de l'article 55 du Règlement. Cette action en justice spécifique qui n'est ouverte qu'aux actionnaires représentant 10% du capital social dont une demande de la tenue d'assemblée générale est restée sans effet, ne devrait de l'avis de la Chambre de Commerce pas remettre en cause la possibilité ouverte à tout intéressé d'agir sur le fondement de référé de droit commun, dès lors qu'on se trouve en présence de « *circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement de la société* »⁹¹. Il pourrait par exemple en être ainsi si l'actionnariat est très éclaté, de sorte qu'aucun groupe ne détienne 10% et qu'en raison d'un conflit entre groupes d'actionnaires, le fonctionnement de la société se trouve complètement bloqué. C'est dans une telle situation que le juge des référés dispose de la faculté de nommer un mandataire ad hoc dont la mission consisterait justement dans la convocation d'une assemblée⁹².

Article 72 :

Le projet de loi se borne à insérer la référence au directoire dans cet article traitant des inventaires et des bilans. La Chambre de Commerce tient à souligner le côté archaïque de cet article qui n'a pas subi de modifications depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les sociétés commerciales. Non seulement les exigences posées à la comptabilité ont profondément évolué, mais aussi d'autres textes législatifs, créant de la sorte de nombreuses incohérences. C'est ainsi que le contenu de l'inventaire n'est pas défini de la même manière dans le présent article 72 et à l'article 15 du code de commerce⁹³. La même remarque vaut pour l'annexe (comparer l'article 72

⁹⁰ Article 558 du Code des sociétés belge

⁹¹ Cour d'appel 16 janvier 1989 n° 10944, cité dans la chronique de jurisprudence Sociétés et associations Pas. 29 p.55 et s.

⁹² En ce sens par exemple Cour d'appel 9 octobre 1985 n° 8288 ; cité par Emile Penning dans « De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestres, Bull Cercle François Laurent II/1991

⁹³ 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. (..)* »

avec l'article 65 de la loi du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés). "Le rapport sur les opérations de la société" mentionné au dernier alinéa de l'article 72 se confond-il avec le rapport de gestion visé à l'article 68 de la ladite loi du 19 décembre 2002? Rien n'est moins certain, puisque d'après cette loi, certaines sociétés en sont exemptées, alors que l'article 72 vise toutes les sociétés anonymes. Cette énumération des incohérences n'a pas la prétention d'être exhaustive, mais met en exergue la nécessité d'une modernisation de l'article 72 en la matière. La Chambre de Commerce suggère de n'énoncer à l'article 72 que le principe des documents comptables à établir, sans en définir le contenu, et de renvoyer pour le surplus à la législation en vigueur, actuellement constituée par la loi du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés, le code de commerce et la Loi générale des impôts (§ 160-162, accompagnés de nombreuses dispositions d'exécution remontant en partie jusque dans les années 30 et au contenu particulièrement archaïque, qu'il faudrait refondre à la lumière de la loi du 19 décembre 2002 et des progrès techniques et comptables dans le cadre d'une refonte totale de la Loi générale sur les impôts). L'article 72 prendrait alors la teneur suivante:

« (1) Chaque année, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit dresser l'inventaire, l'annexe, le bilan, le compte de pertes et profits et le cas échéant le rapport de gestion, conformément à la législation en vigueur .

(2) Il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la constitution d'une réserve; ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque la réserve a atteint le dixième du capital social, mais reprend du moment que ce dixième est entamé.

(3) Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, remet les documents visés sous (1) un mois avant l'assemblée générale ordinaire, aux commissaires, qui doivent en faire un rapport conformément à l'art. 62. »

Article 73 :

Cet article ajoute le rapport de gestion à la liste des documents à rendre accessibles aux actionnaires avant la tenue de l'assemblée générale. On se trouve en effet actuellement dans la situation quelque peu étrange que le rapport de gestion est certes discuté à l'assemblée (article 74), mais que les actionnaires n'en ont pas préalablement connaissance. Cette précision tend à assurer une meilleure information des actionnaires des affaires de la société et se range donc parmi les nouveaux mécanismes tendant à améliorer l'information fournie aux actionnaires, notamment minoritaires. La Chambre de Commerce salue partant l'insertion de cet article dans le projet de loi.

Article 74 :

L'emploi du terme « comptes annuels », permet de lever l'ambiguïté sur le compte des profits et pertes et les annexes, qui, d'après une lecture stricte de l'article 74, ne devraient jusqu'à présent pas être approuvés par l'assemblée.

Article 75 :

Il est proposé de modifier le libellé actuel de cet article afin d'inclure le rapport de gestion parmi les documents à publier, afin de le mettre en conformité avec l'article 166 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui sanctionne pénalement le fait de ne pas publier ledit document.

Article 76 :

Il est proposé de modifier le point 2) afin de prendre le libellé suivant : « La mention « société anonyme » en toutes lettres ou le sigle « SA » ou le cas échéant « société anonyme européenne » ou le sigle « SE ».

Dans un souci de cohérence, il est proposé d'autoriser toutes les autres sociétés à avoir recours à des sigles et de modifier la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales en ce sens.

Article 80, in fine :

Etant donné que le projet de loi tend à remplacer partout les références actuelles aux bilan et compte de profits et pertes⁹⁴ par les termes de « comptes annuels », il y a lieu de procéder au même changement au présent article.

Article 100 :

La Chambre de Commerce relève une divergence entre le texte de l'article 100 modifié tel que figurant dans le projet de loi proprement dit et le tableau comparatif des dispositions actuelles et des règles proposées : tandis que le premier se borne à une modification purement technique en ce qu'elle vise à introduire au premier alinéa une référence au directoire, le tableau comparatif introduit en outre un nouvel alinéa tendant à obliger la société ayant perdu la moitié de son capital social à se recapitaliser. Il est à noter que le commentaire des articles ne commente pas cette modification. La Chambre de Commerce note avec étonnement que cette nouvelle obligation n'est aucunement commentée et s'interroge dès lors sur l'intention réelle des rédacteurs du présent projet de loi. En effet, le tableau comparatif n'a pas force de loi.

A supposer que les rédacteurs entendent insérer dans le projet de loi les modifications à l'article 100 actuellement seulement exposées dans le tableau comparatif, la Chambre de Commerce relève qu'elles reprendraient alors en substance cette nouvelle obligation du projet de loi n° 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées. Tout en reconnaissant que l'article 100 est dans sa version actuelle insatisfaisante, étant donné qu'il n'oblige pas les associés de remédier à la situation obérée, la Chambre de Commerce s'interroge si sa réforme éventuelle devrait pas plutôt s'inscrire dans le cadre plus large de réflexions et réformes du droit des sociétés en général et du droit de la faillite en particulier.

A supposer qu'il soit néanmoins maintenu, la Chambre de Commerce donne à considérer qu'il n'est pas forcément adapté aux réalités économiques auxquelles font face un grand nombre de sociétés nouvellement créées : elles font en effet les premières années de leur existence souvent face à des pertes, sans que pour autant la situation financière de ces entreprises ne soit nécessairement menacée.

Article 101 (1) :

Cet article qui est rendu nécessaire par l'article 64 du Règlement, instaure un mécanisme visant à faire coïncider à tout moment le siège statutaire avec l'administration centrale, et à défaut, de prévoir la sanction de la dissolution judiciaire de la société. Le commentaire de cet article relève que l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui sanctionne par la dissolution et la liquidation judiciaire des activités contraires à la loi pénale ou des violations graves du code de commerce, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ou du droit d'établissement continue à s'appliquer. Un risque de chevauchement entre l'article 203 actuel et l'article 101 (1) proposé sera en pratique possible : ainsi, une SE qui a son siège statutaire au Luxembourg, mais qui tient ses assemblées générales non pas au lieu indiqué dans les statuts (article 70 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales), mais à l'étranger est susceptible d'être considérée comme violant à la fois gravement ledit article de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et d'avoir son administration centrale ailleurs qu'au Luxembourg (puisque le lieu de tenue des assemblées générales est un des indices du faisceau permettant de déterminer l'administration centrale). De l'avis de la Chambre de Commerce, dans cette hypothèse précise, il y aurait lieu de faire primer la disposition spéciale (l'article 101.- (1)) sur la disposition plus générale de l'article 203. Retenir le contraire reviendrait à priver la SE de la faculté de régularisation ouverte par l'article 101.- (1) et vider cet article de toute portée pratique. Il ne devrait en aller autrement qu'en présence d'une SE qui a non seulement son

⁹⁴ Cf. commentaire des articles numéro 46

administration centrale ailleurs, mais qui violerait aussi la loi pénale, le droit d'établissement ou d'autres dispositions de la loi sur les sociétés, et qui sont étrangères à la détermination de l'administration centrale. Se pose alors la question de savoir si l'article 203 sera pareillement écarté par l'article 101.-(1). Une telle solution reviendrait de l'avis de la Chambre de Commerce à privilégier la SE par rapport à la SA, puisque la première disposerait de la faculté de mise en conformité sous l'empire de l'article 101.- (1), faculté dont ne dispose pas la SA sous l'empire de l'article 203.

La Chambre de Commerce note que l'action en dissolution n'est ouverte qu'au Procureur d'Etat (contrairement à la législation belge qui ouvre la même action aussi à « tout intéressé », ouvrant ainsi la brèche à des actions purement vexatoires⁹⁵). Il reviendra alors au procureur de renverser la présomption établie par l'article 2 que l'administration centrale coïncide avec le siège statutaire. Il s'agit d'une preuve positive à rapporter, à savoir que l'administration centrale se trouve ailleurs qu'au Luxembourg, ce qui sera d'autant plus difficile que les statuts de la société pourront avoir autorisé les conseils d'administration et les assemblées générales virtuels, de sorte que ces indices traditionnels de détermination du principal établissement (notion à assimiler de l'avis de la Chambre de Commerce à la notion d'administration centrale) ne sauraient être pris en compte.

Le délai de régularisation a été fixé à 6 mois, ce qui paraît suffisamment long pour planifier et mettre en œuvre les deux options qui s'ouvrent alors à la société.

Article 101-1 :

La Chambre de Commerce tient à rappeler à l'égard de cet article qui consacre la continuité de la personnalité morale en cas de transfert de siège que cette possibilité de transférer le siège risque de rester lettre morte s'il entraîne une perte de la personnalité fiscale, comme c'est le cas à l'heure actuelle en fiscalité luxembourgeoise. L'article 172 L.I.R. assimile en effet le transfert de siège statutaire et du principal établissement à une dissolution. Afin d'assurer la mobilité des SE au sein de l'UE, il y a lieu de réfléchir sur l'opportunité de modifier ledit article dans un sens favorable aux transferts de siège, à l'instar par exemple de nos voisins français.⁹⁶

Comme le dénote le titre du sous-paragraphe 1, les dispositions qui suivent s'appliquent uniquement à la SE qui transfère son siège vers un autre Etat membre de la Communauté européenne. De l'avis de la Chambre de Commerce, une SE qui déciderait de transférer son siège hors de la Communauté européenne devrait se voir appliquer l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Retenir le contraire serait en effet défavoriser la SE par rapport à la SA, en violation du principe d'assimilation consacré à l'article 10 du Règlement.

Article 101- 6 (1) :

La Chambre de Commerce note que le transfert de siège requiert les conditions de quorum et de majorité prévues pour les modifications, soit deux tiers des voix exprimées. Cette disposition résulte directement de l'article 8.6 du Règlement qui renvoie à l'article 59 pour déterminer les conditions de quorum et de majorité. L'article 59 prévoit certes un minimum de deux tiers des voix exprimées, mais énonce que ce n'est qu'un minimum, qui est à écarter au cas où « *la loi applicable aux sociétés anonymes relevant de l'Etat membre du siège statutaire de la SE ne prévoit ou ne permette une majorité plus élevée.* » La Chambre de Commerce s'interroge dès lors s'il n'y aurait pas la possibilité d'instaurer une condition de majorité plus élevée en cas de changement de nationalité, ce d'autant plus que le projet de loi n'a pas institué un système de protection des actionnaires minoritaires qui ont voté contre le projet de transfert, comme le permet pourtant l'article 8.5 du Règlement⁹⁷.

⁹⁵ Article 941 du code des sociétés

⁹⁶ Article 221. 2. in fine du Code Général des Impôts : « *Toutefois, le transfert de siège d'un Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise.* »

⁹⁷ Sur une législation ayant institué une telle protection : la législation allemande (Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004, Bundesgesetzblatt 2004 Teil I Nr. 73, §12 :

Par ailleurs, la Chambre de Commerce s'interroge sur la cohérence juridique du droit des sociétés qui se trouvera après l'entrée en vigueur du présent projet de loi en présence de deux mécanismes de transfert de siège : celui énoncé par l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui exige l'unanimité de tous les actionnaires (ce qui constitue une protection des minoritaires), mais sans protection des créanciers et qui est applicable à la SA (la SECA et la Sàrl) et à la SE qui transfère son siège hors de la Communauté européenne, et l'autre énoncé par le présent projet de loi, applicable à la seule SE, et qui ne nécessite qu'une majorité des deux tiers sans mécanisme de protection des minoritaires, mais en revanche une protection des créanciers.

Article 101-6 (2) :

La Chambre de Commerce s'interroge si le droit d'opposition du Ministre de la Justice à un transfert de siège sera dans les faits d'une grande utilité. En effet les actionnaires se sont déjà exprimés majoritairement à un transfert de siège ; ils ont pesé le pour et le contre et sont arrivés à la conclusion que le transfert est dans l'intérêt de la société. L'opposition du Ministre de la Justice viendrait contrecarrer les projets stratégiques et commerciaux des actionnaires. Quels seraient le sort et l'avenir économique d'une société pour laquelle tant le management que les actionnaires voient son avenir ailleurs qu'au Luxembourg ? En outre, le fait de faciliter le départ des sociétés européennes peut être un argument pour les attirer dans un premier temps vers le Luxembourg. La Chambre de Commerce prône dès lors l'abandon de cette disposition.

La Chambre de Commerce estime plus opportun de réfléchir au moment de la transposition de la directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition à un mécanisme de protection des actionnaires minoritaires qui se sont opposés au transfert, tel que le permet l'article 8.5 du Règlement.

Article 101-10 :

La Chambre de Commerce note que dans le cas de figure envisagé le projet de loi prévoit une seule intervention du notaire, en l'occurrence lors du transfert définitif. Il devrait en toute logique en aller de même lors de la constitution de la SE (cf. ci-dessus commentaires sous les articles 26 quater et 26 octies).

Article 103, second alinéa :

Etant donné que la société en commandite par actions nécessite par essence au moins deux actionnaires, il convient d'exclure au présent article les dispositions traitant de la SA unipersonnelle.

Article 143 :

La Chambre de Commerce propose de combler une lacune dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales en ajoutant à l'énumération figurant à l'article 143 le gérant de S.à.r.l. qui serait à considérer comme liquidateur à défaut de nomination expresse. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens⁹⁸.

Article 159 :

La Chambre de Commerce renvoie à son analyse menée sous l'article 2 (3) ci-dessus.

Article 163 (non traité par le présent projet de loi):

Il y a lieu de supprimer au point 2° les références aux articles 33, 34, 80, 81 et 161, abrogés par l'article 64 2. de la loi du 10 juillet 2005 relative aux prospectus pour valeurs mobilières.

obligation pour la société qui transfère son siège d'acquiescer les actions des actionnaires qui se sont opposés au transfert

⁹⁸ Notamment : Cour 14 juillet 1999, Pas. 31 p.180 ; Cour 20 avril 1994, R n°s 13681 et 15073

Le point 4° de l'article 163 renvoie entre autres à un article 86 al.2, pourtant inexistant. Au regard de la description de cette infraction, le renvoi devrait, de l'avis de la Chambre de Commerce, se faire à l'article 92.

Au point 6° le renvoi devrait être fait à l'article 11bis §2 3).

Article 166 (non traité par le présent projet de loi):

Au point 1°, il y lieu de remplacer le renvoi à l'article 89 par un renvoi à l'article 94-1. C'est en effet ce dernier article qui traite de l'état des obligations.

Au point 2°, il y a lieu de supprimer la référence à l'article 252, abrogé par l'article 96.6 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés_et de la remplacer par une référence à l'article 79 de ladite loi, à partir du 1^{er} janvier 2005.

Article 173 (non traité par le présent projet de loi):

La référence à la loi du 20 juillet 1869 sur la presse serait à remplacer par un renvoi à la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias.

Article 173 bis :

Au lieu de prévoir un article rédigé de manière aussi générale et vague que l'actuel article 173 bis, il serait judicieux de modifier les articles 162 à 173 proprement dits afin de spécifier pour chaque infraction si elle incombe ou non aux membres du directoire et/ou aux membres du conseil de surveillance.

Article 262 :

Cet article qui est la transposition de l'article 21 du Règlement ne contient pas d'indication en ce qui concerne l'exercice des droits des actionnaires minoritaires de la société en question, conformément à l'article 24 du Règlement » (article 21 c) du Règlement). L'article 24.2. du Règlement prévoit en effet la possibilité d'adopter des « *dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion* ». La Chambre de Commerce déplore que la loi luxembourgeoise ne contienne à l'heure actuelle pas de telle mesure de protection. Elle estime qu'une réflexion globale devra être menée sur la problématique de la protection des minoritaires en droit des sociétés luxembourgeois, au plus tard à l'occasion de la transposition de la directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition. Cette directive vise certes seulement les sociétés cotées en bourse, mais les mesures nationales de transposition devraient tenir compte de la problématique de la protection des droits des actionnaires minoritaires dans sa globalité. C'est également dans ce cadre que devra être reposé la question sur l'opportunité ou non de laisser aux statuts la possibilité de prendre les décisions extraordinaires à une majorité simple et de réduire tous les seuils exigés à l'exercice d'un certain nombre d'actions sociales (cf. ci-dessus).

Article 271(3) :

Les rédacteurs du projet de loi ont profité de l'option ouverte par l'article 19 du Règlement pour accorder au Ministre de la Justice le droit de s'opposer à la participation d'une société luxembourgeoise à une fusion en vue de constituer une SE. La Chambre de Commerce est hostile à cette immixtion directe d'une autorité étatique dans la vie des sociétés qui passerait outre le vote des actionnaires de ladite société. Elle serait en contradiction avec le droit des sociétés luxembourgeois qui se caractérise par sa grande souplesse et le respect de la liberté des choix des actionnaires. On peut d'ailleurs s'interroger sur l'avenir économique d'une telle société dont deux tiers du capital social et la direction estiment qu'elle est le mieux préservée par une fusion.

A supposer que le gouvernement souhaite néanmoins maintenir cette disposition, la Chambre de Commerce estime que le Ministre de l'Economie et du Commerce Extérieur serait une instance plus appropriée pour se prononcer sur une telle opposition. Il sera en effet le mieux placé pour apprécier les « raisons d'intérêt public » qui de l'avis de la Chambre de Commerce

seraient probablement économiques. C'est d'ailleurs l'option retenue par le législateur belge⁹⁹. A noter aussi que le législateur allemand n'a pas instauré un tel droit d'opposition d'une autorité administrative¹⁰⁰.

Concernant les articles II, III, IV, V, et VI

La Chambre de Commerce n'a pas de remarques particulières à formuler à l'égard de ces articles. Les modifications proposées résultent en effet uniquement de la prise en compte de la nature désormais moniste ou dualiste des SA et SE.

Concernant l'article VII

La Chambre de Commerce n'a pas de remarque à formuler à l'égard de cette modification rendue nécessaire par l'introduction de la SA unipersonnelle.

Concernant l'article VIII

L'article VIII est une disposition résiduelle qui ne donne pas lieu à commentaire.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous rubrique sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

WJE/DAN/TSA

⁹⁹ Cf. article 878 du code des sociétés belge tel que modifié par l'arrêté grand-ducal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne

¹⁰⁰ Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004