



Précis de  
**Droit des Sociétés**  
**4ième édition**

**Alain STEICHEN**

Professeur associé à l'Université de Luxembourg  
Avocat à la Cour

Editions Saint-Paul

Imprimé au Luxembourg

© éditions saint-paul

Luxembourg, 2011

ISBN ■

**Précis de**  
**Droit des sociétés**  
**quatrième édition**

**Alain Steichen**

Professeur associé à l'Université de Luxembourg  
Avocat à la Cour

**Éditions saint-paul**

**Du même auteur :**

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

Guide comptable luxembourgeois, Luxembourg, 1984

Comptabilité Générale et Analyse Financière, Luxembourg, 1985

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

Mécanismes financiers des entreprises luxembourgeoises, Luxembourg, 1988

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

Précis de droit fiscal de l'entreprise, 3<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2004

Manuel de droit fiscal, 2 T., Luxembourg, 4<sup>e</sup> éd., 2006

Précis de finances publiques, Luxembourg, 2007

Mémento de droit fiscal, 5<sup>e</sup> éd., Luxembourg, 2010

- actions, 689; souscription, rachat et prise en gage de ses propres actions, 726; transformation, 811; unipersonnelle ("S.A.U."), 637; valeurs mobilières, 658
- Société civile, 497; associés, 507; constitution, 498; disparition, 501; droit des associés, 508; fonctionnement, 502; *immobilière*, 497; nomination et révocation du gérant, 502; objet social, 500; pouvoirs des gérants, 505; responsabilité des associés, 509; sortie des associés, 511; universelle ou particulière, 501
- Société coopérative, 551; associés (statut des -), 556; caractéristiques, 551; constitution, 554; coopérative sous forme de société anonyme. Voir Coopérative sous forme de société anonyme; entrée et sortie des associés, 557; fonctionnement, 555; raison sociale, 556
- Société créée de fait: association allouant des bénéfices, 31; banquier et son client, 33
- Société d'épargne-pension à capital variable, 559
- Société de fait, 575; distinction avec la société annulée, 578; distinction avec la société apparente, 578; distinction avec la société momentanée, 577; liquidation, 579
- Société de gestion de Patrimoine Familial, 422
- Société de portefeuille, 421
- Société en commandite par actions, 840; commanditaires, 848; commandités, 847; constitution, 842; contrôle des comptes sociaux, 853; gérance, 844; réorganisation, 843
- Société en commandite simple, 539; constitution, 540; fonctionnement, 541; nom, 80; raison sociale, 541; statut des associés et des parts sociales, 543
- Société en nom collectif, 513; associés, 523; constitution, 513; créanciers sociaux, 524; départ des associés, 529; dissolution de la -, 534; droits des associés, 530; gestion, 517; inaccessibilité des parts sociales, 532; nom, 80; obligation des associés au passif social, 523; raison sociale, 516; rapports des associés avec la société, 526; rapports des associés entre eux, 526; société de droit commun (sanction), 492
- Société en participation, 563, 573; terminologie, 30
- Société européenne, 817; constitution, 821; fonctionnement, 828; réorganisation, 837
- Société momentanée, 563, 572; terminologie, 30
- Sociétés étrangères, 93, 493
- Sociétés sans personnalité morale, 563
- Solidarité: en cas de la responsabilité des dirigeants, 229
- SOPAFI: chiffre d'affaires, 307; consolidation, 442; contrôle des comptes, 316
- Souscription (- au capital), 51
- Spécialité: légale, 114; statutaire, 115
- Spécialité (- de la personne morale), 114
- SPF: consolidation, 442
- Squeeze out, 283, 431
- Stakeholders, 162
- Statuts, 167; clause limitative de

- responsabilité, 246; clause  
limitative des droits de vote, 270;  
contenu minimal, 167; forme  
écrite, 168; indication du siège  
social, 84; langue, 169;  
modifications des -, 178, 379;  
répartition des résultats, 67;  
restrictions statutaires aux  
pouvoirs des dirigeants, 210
- Stock dividends, 808
- Stock-options, 752
- Succursales, 94
- Tantièmes, 200
- Tontine, 69
- Transformation. See; conditions,  
383; effets, 385; fiscalité, 386;  
notions générales, 382
- TROPLONG, 63
- Ultra vires, 208
- Upstream guarantee, 610
- Usufruit (- sur les droits sociaux),  
273, 358
- Vices de consentement, 156
- Violence, 157
- Vote: clauses limitatives de droit de  
-, 270; droit de -, 269; par  
correspondance, 275; par voie  
de mandataire, 274
- Warrants, 365, 368
- Wirtschaftsprüfer, 336

<b>Table des matières</b>
---------------------------

<b><i>Avant-propos à la quatrième édition</i></b>	<b>7</b>
<b><i>Introduction générale</i></b>	<b>17</b>
CADRE GÉNÉRAL DU DROIT DES SOCIÉTÉS	17
Intérêts de la forme sociale	18
Nature juridique de la société	21
Évolution du droit des sociétés	24
TAXINOMIE ET CONTOURS DES GROUPEMENTS D'AFFAIRES	29
Société et qualifications voisines	29
Sociétés et groupements voisins	30
Société et contrats voisins	32
Classifications des sociétés	34
Sociétés civiles et commerciales	34
Sociétés de personnes et sociétés de capitaux	37
Sociétés à risques limités et sociétés à risques illimités	39
 <b>Droit commun des sociétés</b>	 <b>43</b>
 <b>NOTION DE SOCIÉTÉ</b>	 <b>45</b>
<b><i>Groupements principaux : les sociétés civiles et commerciales</i></b>	<b>47</b>
CONTRAT DE SOCIÉTÉ	47
Apports	47
<i>Caractères de l'apport</i>	47
<i>Formes de l'apport</i>	50
Apport en numéraire	50
Apport en nature	52
<i>Caractéristiques et évaluation</i>	52
<i>Variété dans les apports en nature</i>	56
Apport en industrie	58
Participation aux résultats	60
<i>Partage des bénéfices</i>	60
<i>Participation aux pertes</i>	65
<i>intention de participer aux résultats</i>	67
Volonté de collaboration commune (ou « affectio	

societatis »)	72
PERSONNALITE MORALE DES SOCIETES	74
Attribution de la personnalité morale	76
<i>Conceptions et particularismes de la personnalité morale</i>	76
<i>Début et fin de la personnalité morale</i>	77
Identité de la société	79
<i>Nom</i>	79
<i>Siège social</i>	84
<i>Nationalité de la société (et son changement)</i>	90
Statique de la nationalité des sociétés : la lex societatis	90
Dynamique de la nationalité des sociétés : le transfert de siège social	94
Autonomie de la société	103
<i>Autonomie financière</i>	103
Patrimoine social	104
Capital social	107
Capitaux propres de la société	111
<i>Autonomie juridique : la représentation de la société</i>	113
Capacité de la société	113
Protection des tiers	117
Responsabilité civile	119
Responsabilité pénale	121
<b>Autres groupements d'affaires</b>	<b>125</b>
GROUPEMENTS AUXILIAIRES : LES GROUPEMENTS D'INTERET ECONOMIQUE (G.I.E.)	125
Groupement à vocation nationale : le G.I.E.	125
<i>Constitution du GIE</i>	125
<i>Fonctionnement du GIE</i>	128
<i>Membres du GIE</i>	129
Groupement à vocation internationale : le Groupement Européen d'Intérêt Économique (G.E.I.E.)	131
GROUPEMENTS COMPLEMENTAIRES	132
Associations sans but lucratif	132
<i>Activités autorisées de l'association</i>	133
<i>Constitution de l'association</i>	135
<i>Fonctionnement de l'association</i>	137
<i>Membres de l'association</i>	140
<i>Dissolution de l'association</i>	142
Fondations	143



**CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ 147****Conditions de fond 148**

CONSENTEMENT	148
Pluralité des parties	149
Qualité des parties	150
Intégrité du consentement	153
<i>Simulation</i>	154
<i>Vices du consentement</i>	156
Capacité	158
OBJET	160
CAUSE	165

**Conditions de forme 167**

L'ECRIT : LES STATUTS	167
PUBLICITE	170
IMMATRICULATION AU RCS	175

**Difficultés entourant la constitution de la société 177**

CONSEQUENCES DES IRREGULARITES DE LA CONSTITUTION : LES NULLITES	177
Causes des nullités	178
<i>Sociétés à risques illimités</i>	178
<i>Sociétés à risques limités</i>	179
Mise en oeuvre des nullités	182
Responsabilités	185
REPRISE DES ENGAGEMENTS DE LA SOCIETE EN VOIE DE FORMATION	186
Problématique	186
Situations possibles	188

**FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ 193****Les dirigeants 195**

NOMINATION DES DIRIGEANTS	195
Principe du libre choix des dirigeants	195
Publicité de la désignation	202
POUVOIRS DES DIRIGEANTS	204

Nature des pouvoirs des dirigeants	204
Pouvoirs de gestion	206
<i>Dans les rapports avec les tiers</i>	206
<i>Dans les rapports avec les associés</i>	210
<i>Rapports du management et du capital: le « gouvernement d'entreprise »</i>	213
<i>Origine du « corporate Governance »</i>	213
<i>Les deux principes de la « corporate gouvernance »</i>	215
<i>« Corporate governance » en droit luxembourgeois</i>	217
DEVOIRS ET RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS	218
Devoirs des dirigeants	219
<i>Obligation principale: exécuter la mission qui lui a été confiée</i>	219
<i>Obligation accessoire : rendre compte</i>	220
Responsabilité civile	221
<i>Vis-à-vis de la société et des associés</i>	222
Domaine de la responsabilité des dirigeants	222
Personnes ayant qualité à agir en responsabilité contre les dirigeants	227
Étendue de la responsabilité	229
<i>Vis-à-vis des tiers</i>	231
<i>Autres sanctions</i>	237
Extension de faillite	237
Action en comblement de passif	238
Responsabilité pénale	241
Généralités	241
Délit d'abus de biens sociaux	242
Protection des dirigeants contre leurs responsabilités	246
<b>Les associés</b>	<b>253</b>
DROITS ET OBLIGATIONS DE NATURE PATRIMONIALE	253
Droits des associés	253
<i>Droit positif : la participation aux bénéfices</i>	255
<i>Droit négatif : celui de ne pas voir ses engagements augmentés</i>	259
Obligations des associés	261
DROITS ET OBLIGATIONS DE NATURE EXTRAPATRIMONIALE	264
Droits des associés	264
<i>Droit de rester associé</i>	264
<i>Droit de participer à la vie sociale</i>	267

Droit à l'information des associés	267
Droit de vote	269
<i>Modalités de calcul variables du droit de vote</i>	269
<i>Exercice du droit de vote et statut d'associé</i>	271
<i>Nullités des assemblées</i>	275
Droit de sortir de la société	278
Obligations des associés : le respect des intérêts légitimes d'autrui	284
PACTES D'ACTIONNAIRES	290
Utilité et portée des pactes d'actionnaires	291
But et effets	291
Validité et sanctions	292
Conventions de vote	294
<i>Cadre général</i>	295
<i>Régime juridique des conventions de vote</i>	297
<b>Les contrôleurs</b>	<b>301</b>
OBJET DU CONTRÔLE : LES BÉNÉFICES ET COMPTES SOCIAUX	301
Bénéfices sociaux	301
Comptes sociaux	303
<i>Contenu</i>	303
<i>Approbation et publicité</i>	310
CONTROLEURS ORDINAIRES: LES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE	313
un système bicéphale	314
Réviseur d'entreprises agréé	317
<i>Conditions d'inscription</i>	318
<i>Organisation de la profession de réviseur d'entreprises agréé</i>	319
Missions de contrôle	320
<i>Nomination de l'organe de contrôle dans les sociétés</i>	320
<i>Mission principale : le contrôle des comptes sociaux</i>	325
<i>Missions additionnelles</i>	332
Responsabilités de l'organe de révision	335
<i>Responsabilité civile</i>	335
<i>Responsabilité disciplinaire</i>	339
<i>Responsabilité pénale</i>	340
CONTROLEURS EXCEPTIONNELS : L'IMMIXTION DU JUGE DANS LES AFFAIRES SOCIALES	341

**DYNAMIQUE DES SOCIÉTÉS****347*****Dynamique du financement*****349**

## FINANCEMENT PAR LE CAPITAL SOCIAL

349

## Augmentation du capital social

350

*Généralités*

350

*Augmentation de capital avec apports nouveaux*

351

*Augmentation de capital sans apports nouveaux*

354

## Réduction du capital

357

*Définition et délimitation de concepts voisins*

357

*Réduction du fait de pertes*

358

*Réduction en l'absence de pertes*

360

## FINANCEMENT PAR LES OBLIGATIONS

362

## Généralités

362

*Cadre économique et fiscal*

363

*Cadre juridique*

364

## Droits des obligataires

370

## Masse des obligataires

374

***Dynamique de l'adaptation de la société aux besoins nouveaux : les mutations de sociétés*****379**

## MODIFICATIONS DES STATUTS

379

## Organe compétent et règles de majorité

380

## Opposabilité des modifications statutaires

380

## RECOMPOSITIONS DES SOCIÉTÉS

381

## Transformation de la société

382

*Notions générales*

382

*Conditions de validité de la transformation*

383

*Effets de la transformation*

385

## Réorganisation des sociétés

387

*Fusions*

390

## Phase préparatoire de la fusion

392

## Décision des associés

398

## Effets de la fusion

402

*Scissions et apports partiel d'actifs*

408

## Scissions de sociétés

409

## Apport partiel d'actif

413

## ***Dynamique de l'expansion : la création de groupes de sociétés*** **417**

GENERALITES	417
CONSTITUTION DU GROUPE	420
Notion de filiales et de participations	420
Acquisition des titres par la société mère	423
<i>Acquisition de titres non cotés</i>	423
<i>Acquisition de titres cotés</i>	427
Ramassage en bourse	427
Offre publique d'achat	427
Acquisitions de blocs de contrôle	433
FONCTIONNEMENT DU GROUPE	435
Absence de réglementation générale du droit des groupes de sociétés	435
Gestion du groupe	437
<i>Règles générales</i>	437
<i>Gestion comptable du groupe : la consolidation comptable</i>	439
Périmètre de la consolidation	440
Méthodes de consolidation	444
<i>Gestion fiscale du groupe de sociétés</i>	445
REGLES PROTECTRICES	448
Protection des associés	448
Protection des salariés	450
Protection des créanciers	452

## ***Dynamique terminale : la dissolution et la liquidation de la société*** **459**

DISSOLUTION	459
Causes de la dissolution	459
<i>Dissolution voulue par les associés</i>	460
<i>Dissolution imposée aux associés</i>	462
Dissolution de plein droit	462
Dissolution judiciaire	467
Effets de la dissolution	473
LIQUIDATION	476
Nomination du liquidateur	478
Fonctions et pouvoirs du liquidateur	480
Clôture de la liquidation	486

Responsabilités

489

**Droit spécial des sociétés****491****SOCIÉTÉS À RISQUES ILLIMITÉS****495****Société civile****497**

CONSTITUTION ET DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

498

Constitution

498

Disparition de la société civile

501

FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

502

Gérance de la société civile

502

*Nomination et révocation du gérant*

502

*Exercice des fonctions de gérant*

505

Associés de la société civile

507

*Droits des associés*

508

*Responsabilité des associés*

509

*Sortie des associés de la société civile*

511

**Société en nom collectif****513**

CONSTITUTION ET VIE DE LA SOCIÉTÉ

513

Pacte social

513

Gérance

517

*Nomination et révocation des gérants*

517

*Pouvoirs des gérants*

519

*Rémunération et responsabilités du gérant*

521

ASSOCIÉS DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

523

Obligation solidaire et indéfinie au passif social

523

Droits des associés

530

Incessibilité et intransmissibilité des parts

532

DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

534

**Société en commandite simple****539**

CONSTITUTION ET FONCTIONNEMENT

540

Constitution

540

Fonctionnement

541

STATUT DES ASSOCIÉS ET DES PARTS SOCIALES

543

Commanditaire

543

<i>Rôle du commanditaire</i>	543
<i>Personne du commanditaire</i>	546
<i>Statut du commanditaire</i>	547
Commandités	550
<b><i>Société coopérative</i></b>	<b>551</b>
CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DE LA COOPÉRATIVE	551
STATUT JURIDIQUE DE LA COOPERATIVE	553
Coopérative classique	553
<i>Constitution et fonctionnement</i>	554
<i>associés</i>	556
Coopérative moderne : la coopérative sous forme de société anonyme	558
<i>Un être hybride</i>	558
<i>Principales règles</i>	560
<b><i>Sociétés sans personnalité morale</i></b>	<b>563</b>
SOCIETES MOMENTANEEES ET EN PARTICIPATION	563
Caractéristiques communes	563
<i>Généralités</i>	564
<i>Absence de personnalité morale</i>	567
Société momentanée	572
Société en participation	573
SOCIETE DE FAIT	575
Définition et caractéristiques générales	575
Constation et liquidation de la société de fait	579
<b>SOCIÉTÉS À RISQUES LIMITÉS</b>	<b>581</b>
<b><i>Société à responsabilité limitée</i></b>	<b>583</b>
AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SARL	584
Avantages de la SARL	584
Inconvénients de la SARL	585
CONSTITUTION DE LA SARL	586
Conditions de fond	586
<i>Conditions relatives aux associés</i>	586
<i>Conditions relatives à la société</i>	588
Conditions de forme	592
<i>Acte notarié</i>	592

<i>Publicité de la SARL</i>	593
FONCTIONNEMENT DE LA SARL	594
Gérance de la SARL	595
<i>Condition juridique du gérant</i>	595
Gérant en fonction	595
Cessation des fonctions de gérant	599
<i>Exercice des fonctions de gérant</i>	603
Pouvoirs du gérant	603
Responsabilité du gérant	606
Associés de la SARL	613
<i>Droits et obligations individuels des associés</i>	613
Droits extra pécuniaires	614
Droits financiers	615
Transmission des parts sociales	618
Obligations des associés	624
<i>Droits collectifs des associés : les assemblées d'associés</i>	624
Règles communes aux assemblées générales	625
Deux types d'assemblées	627
DISSOLUTION DE LA SARL	629
SARL UNIPERSONNELLE	630
Avantages et inconvénients de la SARL unipersonnelle	631
Création de la SARL unipersonnelle	632
Fonctionnement de la SARL unipersonnelle	634
Dissolution de la SARL unipersonnelle	635
<b><i>Société anonyme</i></b>	<b>637</b>
CONSTITUTION ET FINANCEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	641
Constitution de la société anonyme	641
<i>Conditions de fond</i>	641
Actionnaires et apports	642
<i>Modalités de l'apport</i>	643
<i>Libération et sanctions</i>	647
Capital social	650
<i>Conditions de forme et sanctions de leur non-respect</i>	651
<i>Modes de constitution et actes accomplis au nom de la SA en formation</i>	653
Fondateurs de la SA	654
Constitution directe ou différée de la SA	655
Sort des actes accomplis au nom de la société en formation	658



Valeurs mobilières	658
<i>Actions</i>	659
Caractères généraux des actions	659
Types d'actions	662
<i>Divisions majeures</i>	663
<i>Divisions mineures</i>	671
Dividendes versés aux actions	673
<i>Cadre juridique</i>	673
<i>Cadre économique et fiscal</i>	681
Droit de vote aux assemblées	683
Cession des actions	684
<i>Principe de négociabilité</i>	684
<i>Limitations apportées au principe de négociabilité</i>	685
Actions auto-détenues et situations y assimilées	690
<i>Souscription de ses propres actions par la société</i>	690
<i>Rachat (et prise en gage) de ses propres actions par la société</i>	691
<i>Assistance financière à l'achat d'actions de la société par des tiers</i>	697
<i>Détention indirecte d'actions propres</i>	701
<i>Titres hors capital : les parts bénéficiaires</i>	704
GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	709
Type classique de gestion sociale : la société anonyme à conseil d'administration	711
<i>Statut des administrateurs</i>	711
Entrée en fonction	713
Cessation des fonctions d'administrateur	718
<i>Responsabilité du conseil d'administration</i>	723
Renvoi aux règles générales de responsabilité	723
Responsabilités spéciales	724
<i>Pouvoirs du conseil d'administration</i>	728
Réunions du conseil d'administration	728
Attributions du conseil d'administration	735
Conventions entre les administrateurs et la société	744
<i>Opérations interdites : l'assistance à l'acquisition (par l'administrateur) d'actions dans la société</i>	744
<i>Opérations encadrées du point de vue juridique : les opérations où il existe un « conflit d'intérêts »</i>	746
<i>Exécutants de la stratégie arrêtée en conseil d'administration</i>	750
Président du conseil d'administration	751
Administrateur-délégué	752
<i>Généralités</i>	752
<i>Cumul des fonctions d'administrateur-délégué avec celles de salarié</i>	755
<i>Pouvoirs de l'administrateur-délégué</i>	757

Comité de direction	760
Autres organes	762
Type nouveau de gestion sociale : la société anonyme à directoire	764
<i>Directoire</i>	764
Statut du directoire	764
Pouvoirs du directoire	768
<i>Conseil de surveillance</i>	769
Statut du conseil de surveillance	769
Pouvoirs et responsabilités du conseil de surveillance	771
CONTROLE DE LA SOCIETE ANONYME	772
Assemblées d'actionnaires	772
<i>Règles communes</i>	774
Convocation	774
Tenue de l'assemblée et délibération	781
<i>Règles particulières</i>	787
Assemblée générale ordinaire	787
Assemblée générale extraordinaire	792
Contrôle par l'organe de révision	795
DYNAMIQUE DES SOCIETES ANONYMES	797
Modification du capital social	798
<i>Augmentation du capital social</i>	798
Organe compétent et modalités d'augmentation du capital	798
Droit préférentiel de souscription	800
Prime d'émission	804
Cas particuliers d'augmentation de capital	808
<i>Diminution du capital social</i>	810
Transformation et dissolution de la société anonyme	812
<i>Cas classiques</i>	812
<i>Scénario catastrophe : Dissolution pour perte importante de         l'actif net</i>	813
<b><i>Sociétés de capitaux particulières</i></b>	<b>817</b>
SOCIETE EUROPEENNE	817
Constitution de la société européenne	821
<i>Règles générales</i>	821
<i>Modalités de constitution</i>	822
<i>Implication des salariés</i>	826
Fonctionnement de la société européenne	828

L'associé unique doit inscrire sur un procès-verbal toutes les *opérations conclues avec la société*, à moins qu'il ne s'agisse d'opérations normales conclues à des conditions normales (art. 200-2 L1915). Une telle exigence faisant défaut pour les gérants de SARL pluripersonnelles, le législateur est donc plus exigeant dans les SARL unipersonnelles que dans les SARL pluripersonnelles concernant les possibles conflits d'intérêts, ce qui est illogique.

## DISSOLUTION DE LA SARL UNIPERSONNELLE

**[740] Renvoi aux causes de dissolution des SARL pluripersonnelles. —** L'ensemble des causes de dissolution rencontré à propos de la SARL s'étend de plein droit à la SARL unipersonnelle (v. n° [728]).

Sauf clause contraire des statuts, le décès de l'associé unique ne met pas fin à la société. Celle-ci se maintient de plein droit avec le ou les héritiers du défunt qui reçoivent les parts de ce dernier, dans la proportion de leurs droits dans la succession. En présence de plusieurs héritiers, la société devient pluripersonnelle et se trouve soumise au régime de droit commun des SARL.

La dissolution d'une SARL unipersonnelle n'échappe pas à la règle selon laquelle la dissolution d'une société est toujours accompagnée de sa *liquidation*. Mais sans doute pratique-t-elle la liquidation de la SARL unipersonnelle prendra la forme du transfert de l'intégralité du patrimoine social à l'associé au titre de liquidation de la société.

Copyright 2002 by Randy Glasbergen.  
www.glasbergen.com



"If they don't respond to our 'final demand for payment',  
send them our 'absolute final demand for payment'.  
If they don't respond to that, send them our  
'final absolute final demand for payment'."



SOCIETE ANONYME<sup>1</sup>

[741] **Origine et évolution de la société anonyme.** — C'est avec le Code de commerce de 1808 qu'apparaît la SA. Perçue dès l'origine comme un remarquable instrument de mobilisation des capitaux, « une machine juridique »<sup>2</sup>, et donc du capitalisme, la SA présentait un grand avantage sur toutes les autres formes commerciales en ce sens qu'elle permettait à tous les associés de *limiter leur responsabilité* à leurs apports. Institution jugée nécessaire quoique dangereuse, ne fût-ce qu'en raison de l'anonymat de ses associés, la SA était subordonnée à une *autorisation préalable des pouvoirs publics* dans le Code de commerce de 1808. La loi de 1915 ayant supprimé la nécessité d'une autorisation gouvernementale, suivant en cela l'exemple étranger<sup>3</sup>, la SA a rapidement eu un succès retentissant qui ne s'est plus démenti depuis lors.

Si la loi de 1915 constitue toujours la base du droit des sociétés anonymes, elle a subi d'importants changements au cours des trente dernières années, notamment sous l'*influence du droit communautaire* (v. n° [13]). C'est en effet la SA qui par essence constitue le véhicule juridique des groupes internationaux, de sorte que les mesures d'harmonisation communautaire du droit des sociétés concernent principalement ce type de sociétés. L'harmonisation communautaire a abouti la plupart du temps à des textes détaillés et complexes, ce qui a amené nombre d'opérateurs à retrouver du goût à la SARL, en raison de sa plus grande flexibilité.

Pour contrecarrer ce mouvement, le législateur a décidé d'instaurer le régime de la « *société anonyme unipersonnelle* ». (« S.A.U. »). La S.A.U. est intéressante pour les groupes de sociétés où l'on peut ainsi créer des filiales à 100% comme pour les entrepreneurs individuels qui peuvent isoler une partie de leur patrimoine qu'ils affectent à une entreprise commerciale<sup>4</sup>. Mais la S.A.U. peut également être retenue en cours de route, ce qui permet d'éviter les risques de dissolution de la société en raison de la réunion de toutes les actions

<sup>1</sup> ANDRIEUX/DIREZ/GILBERT, *Traité pratique des sociétés anonymes*, Paris, 1977 ; BÉZARD, *La société anonyme*, Paris, 1986 ; COPPER-ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, 5 vol. 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1931 ; GUYON, *La société anonyme*, Connaissance du droit, Paris, 1994 ; MOREAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3 t., 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1955-1960 ; SCHMIDT/GRAMLING, *Sociétés anonymes. Sociétés à responsabilité limitée*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1981 ; WAUVERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles/Paris, 1921

<sup>2</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1951, p. 109.

<sup>3</sup> L'abandon de la tutelle administrative remonte à 1873 pour la Belgique et à 1867 pour la France.

<sup>4</sup> En détail : CORBISIER, *La société anonyme unipersonnelle au Grand-Duché de Luxembourg*, DAOR n° 85, 2008, p. 3 ; COURET, *La société anonyme unipersonnelle*, in : A. PRŮM (éd.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, 2008, p. 143.

en une seule main (v. n° [515]). Si la S.A.U. est certes une société anonyme, un certain nombre de dispositions contraignantes ne lui sont néanmoins pas applicables, ou dans une certaine mesure seulement :

- si la société a soit un conseil d'administration, soit un directoire, elle peut valablement fonctionner avec une seule personne (art. 51 al. 1<sup>er</sup> L1915) ;

Le texte se lit ainsi : « (...) toutefois, lorsque la société est constituée par un associé unique ou que, à une assemblée générale des actionnaires, il est constaté que celle-ci n'a plus qu'un associé unique, la composition du conseil d'administration peut être limitée à un membre jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation de l'existence de plus d'un associé ». La S.A.U. pouvant avoir *un seul administrateur*, il s'ensuit qu'elle peut très bien garder un organe de gestion à *trois personnes*, comme pour les SA classiques. Qui peut le plus pouvant également le moins, il n'existe aucune raison non plus d'interdire à la S.A.U. de fonctionner avec *deux administrateurs*.

On voit moins en revanche l'intérêt pratique de la possibilité théorique pour la S.A.U. de fonctionner avec un *directoire*. L'intérêt de la S.A.U. est la simplicité dans son mode de fonctionnement axé sur les décisions prises par une seule personne qui sera en règle générale en même temps son actionnaire unique. Celle-ci ne verra guère d'utilité à créer une gestion bicéphale dans « sa » société, même si la loi permet de nouveau de limiter à un à chaque fois le nombre de personnes devant faire partie du directoire ainsi que du conseil de surveillance (art. 60bis-2 et 60bis-14 L1915). L'actionnaire unique ne pourra cependant cumuler les fonctions : il sera soit au directoire, soit au conseil de surveillance. L'intervention d'un tiers, soit au directoire, soit au conseil de surveillance, ne plaira pas à l'actionnaire unique, même s'il garde le contrôle absolu sur sa nomination et révocation éventuelle.

- les opérations pour lesquelles il existe une opposition d'intérêts entre la société et le dirigeant ne sont pas interdites, et il suffit qu'elles soient consignées dans le registre des décisions de l'organe de gestion (art. 57 al. 3 L1915) ;

Cette solution libérale s'explique aisément. L'alternative aurait été d'appliquer purement et simplement les règles en matière de S.A. classique. Celles-ci exigent que l'administrateur ayant un conflit d'intérêt signale par avance le conflit et s'abstienne de participer aux délibérations (v. n° [515]). Dans ce cas, l'opération ne pourrait pas être conclue dans la S.A.U., son organe de gestion (on supposera un seul administrateur) devant s'abstenir de prendre de résolution en ce sens. Aussi la loi préfère-t-elle à cette solution draconienne une solution plus pragmatique : elle consiste à permettre la conclusion de l'opération, sous réserve de la mention du conflit d'intérêt dans le registre des décisions de l'organe de gestion.

- l'associé unique exerce tous les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans la SA (art. 67 § 1 al. 2 L1915). Il (ou son mandataire) doit donc se prononcer sous forme de décisions unilatérales pour désigner l'administrateur, approuver les comptes sociaux, changer les statuts, etc. Afin de garder une trace de ses décisions, celles-ci sont inscrites dans un procès-verbal.

**[742] Caractéristique essentielle de la SA : la négociabilité de toutes les actions.** — L'article 23 de la loi de 1915 définissait traditionnellement la SA comme étant « celle dans laquelle chacun des associés n'engage qu'une mise déterminée ». Pour utile que puisse être la référence à la limitation de la responsabilité des associés, elle n'en était cependant pas pour autant essentielle à la SA, puisque les associés de la SARL bénéficient également de la limitation de leurs engagements financiers au montant de leurs mises.

Ce qui caractérise véritablement cette forme sociétaire, c'est que le capital social est divisé en actions<sup>1</sup>. Une société dont tous les droits sociaux prennent la forme de parts sociales négociables est nécessairement une SA<sup>2</sup>, même si dans ses statuts elle s'attribue une autre qualification (qui du coup est erronée). Autrement dit, la SA est une société dans laquelle l'« *intuitus personae* » est inexistant, tant dans les rapports avec les tiers (les associés étant inconnus des tiers) que dans les rapports entre coassociés (les associés ne se connaissant pas nécessairement non plus). « Ce sont des sacs d'écus qui délibèrent » disait déjà BOUCART<sup>3</sup> lorsqu'il parlait des actionnaires assistant aux assemblées d'actionnaires.

**[743] Utilité et inconvénients de la SA<sup>4</sup>.** — La SA a connu un succès considérable au Luxembourg, sans commune mesure avec son champ d'application naturel, à savoir les grandes entreprises devant réunir des capitaux parfois importants. La SARL a été conçue pour les petites et moyennes entreprises à caractère familial, mais bon nombre d'entreprises familiales préfèrent recourir à la SA pour exercer leur commerce. Ce constat est quelque peu déconcertant, alors que la réglementation juridique de la SA est autrement plus détaillée que celle applicable à la SARL.

Il fut un temps où l'on imputait à la fiscalité la préférence pour la SA : dans la SARL en effet, contrairement à la SA, le salaire du gérant majoritaire n'était pas déductible pour le calcul de l'impôt commercial communal ; mais cette disposition ne concernait que l'impôt commercial communal et non pas l'impôt sur le revenu, de sorte que le coût fiscal supplémentaire de la SARL n'apparaissait pas énorme. Par ailleurs, cette discrimination de la SARL par rapport à la SA a été abolie depuis un certain temps déjà. L'engouement pour la SA n'ayant jamais diminué, même récemment, l'explication doit être recherchée ailleurs.

L'une des raisons du succès de la SA est l'anonymat de son cercle d'actionnaires. La SA permet en effet, contrairement à la SARL, de garder secret

---

<sup>1</sup> ESCARRA, n° 743.

<sup>2</sup> En ce sens déjà : HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, 2<sup>e</sup> vol., p. 225, n° 223.

<sup>3</sup> BOUCART, *De l'organisation des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés par actions*, Paris, 1905, n° 35.

<sup>4</sup> DE LAENDER, La société anonyme, un mal nécessaire ?, in : *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, P. Le Cannu (dir.), Paris, 2008, p. 259.

le nombre et l'identité de ses actionnaires. Cela permet à la fois aux actionnaires de sociétés anonymes à caractère familial de prétendre qu'elles ne détiennent pas (ou plus) le contrôle financier sur la société (« pour vivre heureux, vivons cachés »), et de prétendre d'être plus fortunées qu'elles ne le sont effectivement. De même, la coquetterie de certains commerçants fait qu'ils préfèrent souvent s'appeler le président du conseil d'administration (ou l'administrateur-délégué) d'une SA plutôt que le simple gérant d'une SARL, le prestige qui est censé s'attacher dans l'esprit du public au titre de président ou d'administrateur-délégué étant autrement plus grand que celui de gérant. Le statut social de l'administrateur de la SA est également plus favorable que celui de gérant d'une SARL : le premier bénéficie toujours du statut de salarié, tandis que le second n'y a droit que s'il est associé minoritaire.

L'intérêt principal de la SA est de permettre la réunion de capitaux, et de faciliter l'accès aux marchés des capitaux. C'est en ce sens que le doyen RIPERT a pu parler de « merveilleux instrument du capitalisme moderne »<sup>1</sup>. C'est vers la SA que les promoteurs d'un projet industriel se tourneront normalement, s'ils entendent recourir au financement bancaire ; l'émission publique d'obligations est possible dans la SA mais non pas dans la SARL ; c'est également dans la SA seulement qu'il sera possible de créer des actions sans droit de vote. De façon générale, les nouvelles formes de valeurs mobilières sont plutôt conçues dans une perspective de SA, car la SA est la société où il est plus important de faciliter le financement des entreprises.

Cette dissociation des responsabilités opérationnelles et du contrôle financier a évidemment un coût : c'est le renforcement du contrôle de l'équipe dirigeante. Elle se traduit par une densité juridique de la SA bien plus grande que dans la SARL. Par ailleurs, et pour les mêmes raisons, les directives communautaires prévoient un nombre de croissant de dispositions visant à veiller à la préservation des intérêts financiers des partenaires de la SA, qu'il s'agisse de la réglementation relative aux conventions passées par les administrateurs avec la SA, des distributions de bénéfices, du respect du principe d'égalité des actionnaires, ou des opérations de réorganisation (fusion, scission, prise de participations, etc.) de la société. Cette réglementation est souvent perçue comme quelque peu tâillonne, notamment pour les petites et moyennes entreprises.

---

<sup>1</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1948, p. 28.



---

## CONSTITUTION ET FINANCEMENT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

---

La société anonyme doit être étudiée du point de vue de sa constitution comme de celui de son financement.

---

### CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

---

**[744] Présentation.** — La constitution d'une société anonyme peut se faire de deux manières différentes. Elle peut être simultanée, lorsque les personnes prenant l'initiative de la constitution (les fondateurs) souscrivent directement eux-mêmes la totalité du capital social. Mais elle peut également être successive, si les fondateurs cherchent à lever des capitaux dans le public. Au Luxembourg, la constitution des sociétés anonymes se fait quasi exclusivement en « circuit fermé », par voie de souscription intégrale par les souscripteurs (« *souscription immédiate* » ou « *simultanée* »), et ce sera ce mode de constitution des sociétés anonymes que nous privilégierons ci-après.

Comme pour toute société, il faudra réunir un certain nombre de conditions de fond et de forme, généralement plus détaillées que pour les autres types de sociétés. Contrairement à ce que si passe dans les autres sociétés, où il n'existe qu'un mode unique de constitution de la société, la loi de 1915 prévoit deux modes de constitution de la SA, dont une, il est bien vrai, est tout à fait exceptionnelle.

---

### CONDITIONS DE FOND

---

**[745] Présentation.** — Les conditions de fond sont les mêmes que pour toutes les sociétés bien que la loi de 1915 comporte en la matière d'importantes dispositions. Elles ont trait aux actionnaires et leurs apports et rejaillissent sur le capital social de la SA. Dans un souci de protection des tiers, le législateur a également prévu des dispositions particulières applicables aux fondateurs de la société.

**[746] Date de constitution de la société.** — Conformément aux principes généraux gouvernant la matière, la SA est valablement constituée dès la réunion des conditions relatives à l'existence de sociétés (v. n° [65]). L'acte notarié, s'il est certes obligatoire, ne fait que vérifier l'accomplissement de ces conditions. Il en est de même de l'immatriculation au RCS ainsi que de la publication au Mémorial C ; il s'agit là de formalités obligatoires découlant de la constitution de la société mais ne conditionnant pas sa création.

Dans la très grande généralité des cas, la société est créée sans autres conditions. Mais il n'est pas interdit de procéder à la constitution d'une société *sous condition suspensive*. Dans ce cas,

l'accomplissement de la société aura pour effet de faire acquérir la personnalité juridique avec effet rétroactif au jour de la passation de l'acte constitutif.

Ce cas de figure doit être distingué de celui où les fondateurs entendent donner un effet rétroactif à la constitution de la société à une date antérieure à celle de l'acte constitutif. L'effet rétroactif est impossible, une personne ne pouvant être présumée exister à une date antérieure à sa naissance.

## ACTIONNAIRES ET APPORTS

**[747] Actionnaires.** — Avant un changement législatif intervenu en 1983, il fallait sept actionnaires comme en droit belge et français qui eux-mêmes avaient emprunté cette exigence à la loi anglaise qui exigeait sept fondateurs. Depuis la réforme de 1983, il était devenu possible de constituer une société anonyme avec deux actionnaires seulement. Il fallait saluer cette évolution qui allait dans le bon sens, même si elle n'était pas allée suffisamment loin. D'un part en effet, dans les petites et moyennes entreprises à caractère familial, le capital social se trouve souvent détenu en fait par une seule personne, le fondateur et moteur du projet industriel. D'autre part, dans les groupes de sociétés, les filiales sont généralement détenues à 100% par la société mère. D'où la nécessité à chaque fois de faire intervenir un deuxième actionnaire détenant une seule action, afin de se conformer aux exigences légales en matière de constitution des sociétés anonymes. Ce deuxième actionnaire n'investissait pas véritablement dans la société et n'était qu'un *actionnaire de complaisance*, un homme de paille. La loi du 13 juillet 2006, en introduisant la possibilité de créer des sociétés anonymes unipersonnelles, permet dorénavant de faire l'économie de cet actionnaire de complaisance. À la différence de la SARL, aucun *maximum* n'est fixé, car la SA est destinée à regrouper un large cercle d'investisseurs.

Les actionnaires peuvent être des personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, luxembourgeoises, européennes ou d'États tiers. Les personnes morales doivent bien évidemment, de par leur statut, pouvoir participer à la constitution d'une SA. Les personnes physiques peuvent être d'une même famille et même être des *époux*. Dans ce dernier cas, pour qu'ils comptent pour deux actionnaires, il faudra qu'ils apportent chacun des biens propres à la société<sup>1</sup>. Les actionnaires de la SA n'ayant pas, à ce titre, la qualité de commerçant, le mineur représenté par ses parents, le mineur émancipé seul, ainsi que les interdits (aux mêmes conditions que les mineurs) peuvent souscrire des actions dans la SA. La SA étant une société dans laquelle les associés n'ont pas la qualité de commerçant, la faillite de la société n'entraînera

---

<sup>1</sup> La doctrine belge estime cependant que l'apport de biens communs fait par deux époux n'empêche pas que chacun devienne associé dans la société ; COIPEL, *Rép. not.* t. XII, n° 5-2.

pas non plus, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés de personnes, la faillite de ses associés.

#### MODALITES DE L'APPORT

**[748] Apports en numéraire.** — La SA peut bénéficier d'apports en numéraire comme en nature, les apports en industrie étant exclus du capital social (art. 26-3 L1915 ; pour le concept v. n° [46]). L'apport en numéraire ne présente pas de particularités, sauf que la loi opère une distinction entre la souscription et sa libération.

La *souscription* du capital à la constitution doit être *intégrale*, c.-à-d. que les associés doivent prendre l'engagement juridique ferme de faire des apports à la société. La souscription doit donc être pure et simple et ne peut être soumise à une quelconque condition.

#### Exemple

La souscription soumise à la condition d'être nommé administrateur de la société est nulle.

De même, il ne saurait être possible pour les fondateurs de la société de dispenser les souscripteurs de l'exécution totale ou partielle de leurs engagements, par exemple dans l'hypothèse où les besoins de financement de la société s'avèreraient moindres que ceux initialement prévus.

La *souscription au-dessous du pair* est interdite (art. 26-5 L1915), le montant du capital souscrit étant entendu par le législateur comme étant le capital de la société sur lequel les créanciers sociaux pourront compter un jour. Or, avec la souscription en-dessous du pair, le souscripteur bénéficierait d'une action à valeur nominale plus élevée que le montant qu'il s'engage de fournir à la société. L'opération inverse, soit la *souscription au-dessus du pair*, est toutefois possible ; elle signifie seulement que le souscripteur s'engage à fournir à la société des valeurs supérieures à la valeur nominale des actions, l'excédent constituant la prime d'émission (v. n° [914]).

Le « *pair* » comptable<sup>1</sup> s'obtient en divisant le capital social par le nombre d'actions émises. Un capital de € 100 000 représenté par 1 000 actions donne ainsi un pair de € 100. S'il était possible de souscrire en-dessous du pair, par exemple pour un montant de € 90 par action, le capital social ne serait réellement que de € 90 000 au lieu des € 100 000 affichés. Il existe toutefois une hypothèse où une émission sous le pair serait justifiée d'un point de vue économique. Il en est ainsi lorsque la société a subi des pertes par le passé nécessitant une augmentation de capital. La valeur économique de l'action sera alors souvent inférieure au pair comptable. La loi ne prévoyant pas de dérogation pour ce cas de figure, il se pose un problème d'égalité de traitement des actionnaires : si les nouveaux actionnaires devaient souscrire au pair

---

<sup>1</sup> En détail : TILQUIN/SIMONART, t. 2, n° 1933.

comptable, ils subiraient une quote-part des pertes sociales passées. Pour cette raison, la pratique recourt à la technique du coup d'accordéon consistant à apurer les capitaux propres de la société des pertes passées, afin de restaurer à la valeur économique à hauteur du pair comptable (v. n° [290]).

Le capital souscrit constituant le seul gage des créanciers sociaux, il faut entourer la souscription de garanties suffisantes. Voilà pourquoi les *fondateurs* sont de plein droit réputés souscripteurs de la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 1 L1915), la société n'étant nulle que si aucun fondateur n'est valablement engagé (art. 12<sup>ter</sup> n° 4 L1915). Par ailleurs, le *notaire* doit vérifier le respect des conditions relatives à l'intégrité du capital social (art. 26 al. 2 L1915).

**[749] Apports en nature.** — Les associés peuvent également faire des apports en nature au capital de la société. Tout comme les apports en numéraire, les actions représentatives d'apport en nature doivent être libérées à hauteur d'un quart au moins à la constitution de la société (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 4 L1915).

Tous les biens en nature susceptibles d'une évaluation économique peuvent être apportés au capital social d'une SA. Autrement dit, les biens apportés doivent être estimables en argent, ce qui inclut implicitement leur capacité à être réalisés, soit volontairement, soit sur poursuite des créanciers. De ce fait, les prestations individuelles à venir, à savoir les apports en industrie (v. n° [46]), sont exclus du capital social de la SA, car ils ne sont pas susceptibles d'exécution forcée.

#### Exemple

- a) Les *droits intellectuels*, tels les marques et brevets, peuvent être apportés à une SA.
- b) Il est possible d'apporter un *fonds de commerce* à une SA.
- c) Le *savoir-faire* (« *know-how* ») ne peut être apporté à une SA, car il implique une prestation de services successive et future et par l'apporteur (« apport en industrie »).

La créance de l'actionnaire sur la société peut être convertie en actions de la société. La *conversion de créance* constitue un apport en nature, en dépit du fait que la compensation qu'elle opère constitue un mode de libération du débiteur à l'égal du paiement en numéraire. Le réviseur d'entreprises devra dès lors vérifier le caractère certain (la créance ne doit pas être douteuse) et liquide (la créance doit pouvoir être quantifiée) de la créance.

Pour certains, ceci poserait des problèmes si la société devant émettre des actions se trouve en mauvaise situation financière. La valeur nominale de la créance sur la société pouvant dans ce cas valoir moins que sa valeur nominale, l'augmentation de capital devrait dans ce cas être limitée à la valeur réelle de la créance (difficile à asseoir). Une telle situation peut notamment être rencontrée dans les sociétés ayant émis un emprunt obligataire et qui en demandent la conversion en capital en raison des difficultés financières qu'elles éprouvent (v. n° [406]).

Cette approche est cependant erronée. Il suffit de raisonner par rapport à la variante de la conversion de la créance, à savoir l'abandon de créances. L'abandon augmentera toujours les capitaux propres de la société bénéficiaire à la valeur nominale de la créance abandonnée. Il

n'existe aucune raison de traiter différemment l'abandon de créance de la conversion de la créance en capital social, les capitaux propres de la société augmentant à chaque fois de la même manière. Ensuite, il ne faut pas oublier que si la valeur réelle de la créance est peut être inférieure à sa valeur nominale, il n'en reste pas moins vrai que la société dont la dette est convertie bénéficie à hauteur de la valeur nominale de la créance d'un allègement de ses dettes : du point de vue de la société, la conversion de créance « vaut » ce que vaut la valeur nominale de la créance convertie.

L'apport en nature fait l'objet d'un *rapport spécial préalable d'un réviseur d'entreprises* qui peut être le même que celui qui audite, en cours de vie sociale, les comptes annuels de la société (art. 26-I al. 1<sup>er</sup> L1915 ; v. n° [41])<sup>1</sup>.

Le paragraphe 4 de l'article 26-I L1915 permet d'éviter le rapport d'expertise dans le cadre de *constitution d'une filiale* par une société mère au moyen d'apports en nature donnant droit à au moins 90% du capital social de la filiale. Mais cette dérogation est strictement encadrée quant à la forme et au fond. Du point de vue formel, les fondateurs doivent renoncer à l'établissement de l'acte, le notaire devant annexer cette renonciation à l'acte constitutif. Les conditions de fond sont l'existence de réserves non-distribuables par la société mère à hauteur des actions ainsi attribuées, de façon à garantir au point de vue économique dans le chef de la société mère l'existence d'un capital social supplémentaire à hauteur du montant du capital nouvellement créé chez la filiale. Par ailleurs, la société mère doit se déclarer garante, à hauteur du capital social ainsi émis, des dettes sociales de sa filiale, la garantie prenant fin un an après la publication des premiers comptes annuels de la filiale. Durant cette période, la société mère ne saurait non plus céder ses actions. Enfin, la société mère doit créer une réserve indisponible équivalente au montant des actions émises par la filiale et la maintenir durant une période de trois ans à partir de la publication des premiers comptes annuels de la filiale. Cette réserve sert à dédommager les créanciers sociaux de la filiale dans le cadre de la garantie donnée par la société mère. Ces règles somme toute fort onéreuses pour la société mère expliquent pourquoi il n'y est quasiment jamais fait recours en pratique.

Le réviseur d'entreprises<sup>2</sup>, choisi par les fondateurs, établit un rapport spécial à l'attention du notaire où il donne son avis sur la valeur prévue pour ces apports par les fondateurs, valeur qu'il contrôle sous sa responsabilité. Mais la mission du réviseur d'entreprises n'est pas de procéder lui-même à l'évaluation des apports, celle-ci relevant de la seule compétence et responsabilité des fondateurs. Le but du contrôle par le réviseur d'entreprises n'étant pas de protéger l'apporteur en nature, mais les autres actionnaires et surtout les tiers, le réviseur d'entreprises vérifiera seulement si les biens apportés ont une valeur au moins égale au montant du capital social (plus la prime d'émission éventuellement émise) émis en contrepartie (art. 26-I al. 3 L1915). Le rôle du réviseur d'entreprises consistant uniquement à prévenir les risques de fictivité

---

<sup>1</sup> LEJONCQ, La mission du réviseur d'entreprises dans le cadre des apports autres qu'en numéraire, *ACE* n° 4 2008, p. 1.

<sup>2</sup> Règlement CSSF n° 11-01 relatif à l'adoption de norme d'audit.

du capital social, une sous-évaluation éventuelle des apports en nature ne sera pas problématique<sup>1</sup>.

**[750] Quasi-apports.** — Il fallait craindre que, pour tourner ces règles d'évaluation, les actionnaires ne songent à s'endetter en vue de constituer la société par des apports en numéraire et à lui vendre, au prix fort, dès sa constitution, des biens dont ils sont les propriétaires. Le produit de la vente serait ensuite utilisé pour rembourser la dette bancaire contractée par le vendeur. Pour faire échec à ce procédé, la loi a ajouté un article 26-2 d'où il résulte que lorsque la société, dans les deux ans suivant sa constitution, acquiert un bien appartenant à son actionnaire et dont la valeur est au moins égale à 10% du capital social souscrit, les règles de vérification d'apport de biens en nature au moment de la constitution deviennent applicables (« quasi-apport en nature »). Si contrairement à l'apport en nature le réviseur d'entreprises est nommé par les dirigeants plutôt que par l'assemblée, celle-ci doit cependant donner son agrément par la suite.

L'article 26-2 L1915 ne s'applique qu'aux acquisitions d'actifs appartenant à une personne « ayant signé ou au nom de qui a été signé l'acte constitutif » de la société. Le cercle des personnes visées est donc celui des « fondateurs » comme des « simples souscripteurs » (v. n° [758]), c.-à-d. de toutes les personnes qui sont devenues actionnaires de la société à sa constitution. Aussi, sauf fraude, l'obligation de vérification des apports en nature ne s'applique pas aux achats de biens faits durant les deux premières années d'existence de la société, si le vendeur des biens est certes actionnaire de la société au moment de la vente, mais s'il n'a pas participé à la constitution de la société. De même, les achats de biens effectués auprès de nouveaux actionnaires, suite à une augmentation de capital en numéraire souscrite, par ces derniers, ne sont pas visés non plus. Le Luxembourg, contrairement à la France, n'a en effet pas fait usage de l'option prévue par l'article 11 § 1<sup>er</sup> al. 2 de la 2<sup>e</sup> Directive 77/91/CEE d'étendre cette procédure aux opérations conclues avec les actionnaires en général ainsi que les dirigeants sociaux<sup>2</sup>. Par ailleurs, le concept de « quasi-apports » de la 2<sup>e</sup> Directive est limité aux opérations effectuées par les fondateurs ainsi que les souscripteurs initiaux ; les travaux parlementaires, fidèles à la tradition libérale du droit des sociétés luxembourgeois, indiquent clairement que le Luxembourg n'a pas entendu dépasser le cadre minimal prévu par la 2<sup>e</sup> Directive en matière de « quasi-apports ». L'article 26-2 L1915 ayant pour objectif d'éviter les abus, il ne s'applique pas aux opérations courantes d'achat faits par la société avec ses actionnaires, ni aux acquisitions bénéficiant de garanties additionnelles de justesse du prix : sont visés les achats faits en bourse ainsi que les achats faits à l'initiative ou sous le contrôle d'une autorité administrative ou judiciaire (art. 26-1 al. 2 L1915).

---

<sup>1</sup> TILQUIN/SIMONART, t. 2, n° 2352.

<sup>2</sup> Doc. Parl. 2474, session 1980 – 1981, ad art. 26-2, p. 20; Commission juridique doc. parl. n° 2474 (2), 1981-1982, ad art. 26-2, p. 6.

## LIBERATION ET SANCTIONS

**[751] Libération du capital souscrit.** — En souscrivant, l'actionnaire fait la promesse d'apporter des biens à la société ; la *libération* du capital signifie faire l'apport convenu (v. n° [39]). La loi exige une souscription intégrale du capital social au moment de la constitution de la société (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915), mais n'exige point sa libération intégrale immédiate (v. art. 49 L1915). Il suffit en effet que 25% du capital social soit immédiatement libéré à la constitution de la société (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 4 L1915).

La libération minimale peut n'être que de 5% dans les SICAR (art. 5 al. 2 L12.05.2004). Cette facilité se justifie par le fait que les appels de fonds sont calculés « au plus juste » dans ces sociétés, l'organe de gestion ne demandant la libération qu'au fur et à mesure des besoins.

Les 75% restants peuvent dès lors être libérés par la suite, en une ou plusieurs fois. Tant que les actions ne sont pas intégralement libérées, elles seront nécessairement nominatives (art. 43 L1915). Cette exigence de libération partielle s'explique par le souci d'assurer à la société suffisamment de moyens financiers pour entamer son activité ; tout en réduisant le risque éventuel de future insolvabilité des souscripteurs.

La loi exige que « *chaque action* » soit libérée d'un quart au moins ; il ne suffit donc pas que l'ensemble des actions soient libérés de ce pourcentage. À strictement parler, la loi n'exige point que toutes les actions soient libérées dans une égale proportion, ce qui permettrait par exemple de libérer la moitié pour certaines actions et le quart seulement pour les autres actions. Encore faudra-t-il pouvoir justifier cette différence de traitement au regard du principe d'égalité des actionnaires, ce qui ne paraît pas évident.

La *date* précise de libération complémentaire résultera des statuts, ou, dans leur silence (cas plus fréquent), d'une décision de l'organe de gestion<sup>1</sup> (l'administrateur-délégué n'étant pas compétent) basée sur l'intérêt social et partant des besoins de financement de la société. L'organe de gestion pourra agir sans consulter l'assemblée des actionnaires, les actionnaires ayant donné leur accord, lors de la souscription du capital, à procéder aux versements auxquels ils se sont engagés au dates que fixera l'organe de gestion (art. 27 n° 6 L1915 : l'organe de gestion « étant habilité à faire acter (...) »).

Les règles gouvernant la libération du capital étant instituées en faveur de la société, afin qu'elle puisse faire l'appel des fonds lorsqu'elle en a besoin, l'actionnaire ne pourra pas se *libérer anticipativement*<sup>2</sup>, sauf si cette possibilité résulte déjà des statuts.

Il est tout à fait possible que la *décision de mise en liquidation de la société* soit prise par les actionnaires, alors même que le capital social n'a pas encore été entièrement libéré. Peut-être tel sera-t-il le cas en raison de la prospérité de la société, celle-ci pouvant aisément régler son passif

<sup>1</sup> Cour 22 juin 1993, *Pas*, 29, p. 108.

<sup>2</sup> Cour 14 mai 1997, note FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr. Lux.* 2001, p. 546 ; v. également RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, n° 798.

social sans faire un appel de fonds supplémentaire aux actionnaires. Dans ce cas, le liquidateur renoncera sans doute à demander aux actionnaires de libérer la partie non encore appelée du capital social. Mais il se peut également que la société soit en proie à des difficultés financières et que l'appel de fonds soit nécessaire au remboursement des créanciers sociaux. Dans ce cas, le liquidateur, remplaçant l'organe de gestion suite à la dissolution de la société, ne manquera pas de demander la libération intégrale du capital social, et les actionnaires ne sauraient s'y opposer, en arguant de la mise en liquidation de la société<sup>1</sup>.

La preuve de la libération se fait par le dépôt préalable en banque au nom de la société en formation, l'argent restant bloqué sur le compte de la société jusqu'à la constitution effective de la société, contre remise d'un certificat de déblocage par le notaire à la banque. Les fondateurs sont solidairement obligés de libérer les actions à concurrence de 25%, si les actionnaires souscripteurs ne remplissent pas leurs obligations (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915)<sup>2</sup>.

La responsabilité des fondateurs est solidaire. Garantissant un certain résultat, l'obligation existera indépendamment de leurs aptitudes personnelles et de leur expérience. Même la bonne foi ne les exonère pas. La responsabilité des fondateurs s'apparente à celle d'une caution.

Pour les *apports en nature*, la libération intégrale doit avoir lieu dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de la constitution de la société (art. 26-1 al. 1<sup>er</sup> L1915), afin que les valeurs marchandes fixées au jour de la souscription et à la libération de l'apport ne diffèrent pas trop. Ce risque n'existant pas pour les apports en numéraire, il n'existe aucun délai maximal pour la libération des actions résultant d'apports en numéraire. Mais il est vrai que cette question est plutôt théorique pour les apports en nature, ceux-ci n'étant généralement pas divisibles (p.ex. : on ne saurait apporter une partie d'un brevet ; exemple inverse de biens divisibles : les marchandises).

La loi n'interdit pas la *cession d'actions non encore intégralement libérées*. Se pose dès lors la question de savoir qui sera tenu de l'obligation de libération des actions : le cessionnaire très certainement, puisqu'il est devenu le propriétaire de l'action non libérée ; mais qu'en est-il du souscripteur initial et des cessionnaires successifs intérimaires ? Une possibilité aurait pu être de prévoir la responsabilité solidaire pour la libération du souscripteur ainsi que de tous les cessionnaires successifs. Mais cette solution serait sans doute excessive, car elle entraînerait que celui qui aurait été à un moment donné actionnaire, reste tenu indéfiniment de tous les versements qui pourraient être dus. L'intérêt des tiers n'exige point une solution aussi radicale ; dès lors que la cession a été publiée, les tiers sont avertis, de sorte qu'il est légitime que le cédant n'assume aucune responsabilité pour les dettes de la société contractées après la publication de la cession. Vu à l'envers, cela veut dire que le souscripteur initial est solidairement tenu, ensemble avec les cédants successifs, à la libération des actions qu'il a cédées, si la société a besoin des fonds ainsi appelés pour régler des dettes sociales qui sont nées avant la date de publication de la cession d'actions. C'est le régime limitatif de responsabilité tel que prévu à

---

<sup>1</sup> Lux 10 octobre 1991, 39 559.

<sup>2</sup> Lux 27 juin 2005, Codex n° 6/7 2005, p. 188.



l'article 49 L1915. Le souscripteur initial (ainsi que les cédants successifs) dispose cependant d'un recours en remboursement à due concurrence contre le cessionnaire défaillant. Lorsque l'action a plusieurs fois changé de mains, le recours de celui qui a payé la dette de libération du capital peut s'exercer contre n'importe lequel des cédants successifs, d'où l'indication que le recours est « solidaire ».

La *liste des actionnaires* n'ayant pas encore libéré leurs actions ainsi que les montants dont ils sont redevables est publiée annuellement à la suite du bilan (art. 48 L1915).

**[752] Sanctions en cas de non-libération du capital social et protection des créanciers sociaux.** — L'actionnaire qui est en retard pour effectuer les versements complémentaires subira de plein droit les *intérêts débiteurs* (art. 1846 al. 2 C.civ.) ; les actionnaires en retard peuvent en outre être condamnés à des dommages-intérêts supplémentaires. Il faut donc être en mesure de déterminer en tout temps le propriétaire de l'action tenu des versements complémentaires. Pour cette raison, les *actions restent nominatives* jusqu'à leur entière libération (art. 43 al. 2 L1915).

Par ailleurs, le *droit de vote* attaché à ses actions est suspendu tant que les appels de fond régulièrement faits n'auront pas été remplis, et ce dès la date d'exigibilité des appels (art. 67 al. 7 L1915)<sup>1</sup>.

Selon la jurisprudence, les règles gouvernant la libération du capital étant instituées en faveur de la société, afin qu'elle puisse faire l'appel des fonds lorsqu'elle en a besoin, l'actionnaire ne pourra pas se *libérer anticipativement*<sup>2</sup>, sauf si cette possibilité résulte déjà des statuts. Nous ne voyons pas la raison de cette décision ni d'obstacle à une libération anticipative.

Les *droits des créanciers de la société* à la libération intégrale du capital non encore libéré sont non négligeables. Ils bénéficient non seulement de l'obligation pour les *fondateurs* de procéder à cette libération en lieu et place des actionnaires défaillants (art. 31 al. 2 L1915), mais ils peuvent également faire *décréter en justice* les versements nécessaires à la conservation de leurs droits (art. 153 al. 1<sup>er</sup> L1915), les administrateurs de la SA étant personnellement tenus d'exécuter les jugements rendus à cette fin (art. 153 al. 2 L1915). Enfin, les créanciers peuvent aussi, dans le cadre de l'*action oblique*, obliger les actionnaires à effectuer les versements exigibles en vertu des statuts, d'une décision sociale ou d'un jugement (art. 153 al. 3 L1915).

Les statuts prévoient parfois, surtout pour les grandes sociétés, une *clause d'exécution en bourse* à l'encontre de l'actionnaire défaillant. Cette clause permet à la société, après sommation infructueuse, de faire vendre en bourse l'action non libérée, aux risques de l'actionnaire. Supposons par exemple que la valeur nominale de l'action soit de €1 000 et que 600 € aient été

<sup>1</sup> Disposition d'ordre public : Cass. 7 juill. 1950, *Pas.* 15, p. 39.

<sup>2</sup> Cour 14 mai 1997, note FAYOT, *Droit des sociétés* (1997-2002), *Ann. Dr. Lux.* 2001, p. 546 ; v. également RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, n° 798.

libérés. Si la société vend l'action pour €700 en bourse, elle prendra 400 € au titre de libération restante de l'action et remettra le solde, soit €300, à l'actionnaire. La nature juridique de cette clause est fort débattue, et on peut hésiter entre la technique de la saisie autorisée par l'usage<sup>1</sup>, le mandat donné d'avance de vendre en bourse en cas de non-libération, une variété de pacte commissaire et l'idée d'exclusion des actionnaires défaillants dans un souci de protection de la société.

**[753] Régime fiscal.** — Les apports faits aux sociétés se font au droit d'enregistrement fixe de € 75, sauf en cas d'apport d'immeubles pour lesquels un *droit d'enregistrement* proportionnel de 0,6% est prélevé (en sus du droit de transcription de 0,5%). La base imposable pour les immeubles est leur valeur marchande et non la valorisation éventuellement plus faible retenue dans le rapport du réviseur d'entreprises.

L'apport en société opérant transfert de propriété juridique des biens apportés, les règles relatives aux *gains en capital* sont également susceptibles de s'appliquer. Elles peuvent être résumées comme suit :

- le chef d'entreprise transformant son entreprise individuelle en société anonyme bénéficiera d'un régime optionnel lui permettant de différer l'imposition, si la société anonyme continue les valeurs comptables précédemment alignées dans l'entreprise individuelle ;
- l'associé qui fait un apport en nature à la SA ne réalisera en règle générale une plus-value imposable qu'à la condition d'apporter un terrain ou un immeuble (autre que sa résidence principale) à la société.

## CAPITAL SOCIAL

**[754] Capital minimum.** — Le capital social de la SA peut être exprimé en euros ou en devises étrangères. Mais en tout état de cause, la SA doit bénéficier d'un capital social minimum de € 30 986,89, un quart de ce capital devant être libéré au jour de la constitution (art. 26 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915). Lorsque le capital social est exprimé en devises étrangères, il devra à tout moment rester au moins égal à € 30 986,89.

Ce n'est que depuis une loi de 1983 que la SA doit avoir un capital social minimum. Auparavant, le législateur ne prévoyait un capital minimum de 100 000 francs luxembourgeois que par la seule SARL, ce qui était paradoxal, alors que la SARL est le véhicule sociétaire naturel pour les petites et moyennes entreprises. Il est vrai que la loi fiscale exigeait depuis 1977 que la holding 1929 ait un capital social minimum de 1 000 000 francs luxembourgeois, disposition qui était également applicable aux sociétés anonymes bénéficiant de ce régime fiscal. Le législateur remédia à cette situation paradoxale en 1983 en exigeant depuis lors un capital social minimum de 1 250 000 francs luxembourgeois pour la SA.

---

<sup>1</sup> MALHERBE/LAMBRECHT, *Précis de droit des sociétés*, n° 702.

Pour certaines sociétés, il existe des montants minimaux particuliers, par exemple pour les assurances et les banques, les autres professionnels du secteur financier ainsi que les sociétés d'investissement. Mais il n'y a pas, en revanche, de maximum pour le capital social d'une SA.

Les fondateurs sont de plein droit souscripteurs de la différence entre le capital minimum légal et le montant des souscriptions effectives si celles-ci sont inférieures (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 1 L1915). Mais le capital minimum exigé par la loi n'est que rarement suffisant pour le financement des futures activités de la société. Bien qu'il faille espérer que les fondateurs tiennent compte des besoins de financement futurs de la société en vue de la fixation de son capital social, il n'existe pas au Luxembourg, contrairement au droit belge, d'obligation pour les fondateurs d'établir un plan financier relatif aux activités projetées, sous peine de responsabilité en cas de faillite de la société si sa faillite tient à l'insuffisance de sa capitalisation.

### CONDITIONS DE FORME ET SANCTIONS DE LEUR NON-RESPECT

---

L'acte constitutif de la SA doit, sous peine de nullité (art. 4 al. 2 L1915), prendre la forme d'un acte notarié. Cet acte constitutif reprendra obligatoirement certaines indications sous peine de nullité ; d'autres sont seulement obligatoires sous peine de sanctions.

**[755] Indications obligatoires sous peine de nullité.** – En exécution de la directive communautaire du 9 mars 1968, la nullité des sociétés anonymes ne peut résulter ni d'un vice du consentement, ni de l'incapacité à moins qu'elle n'atteigne tous les actionnaires fondateurs ; la nullité de la société ne peut non plus résulter de la présence d'une clause léonine, celle-ci étant simplement réputée non écrite (art. 12ter L1915 ; v. n° [187] et [192]). Mais certaines causes de nullité subsistent. C'est ainsi que l'acte constitutif de la société devra contenir certaines *indications qui, même incomplètes, suffiront cependant à écarter la nullité*. Ces indications ont trait :

- à la *dénomination sociale*. La SA doit être identifiée par une dénomination particulière dite nom de fantaisie (« Au joyeux drille ») ou par l'objet de son entreprise (« Entreprise de peinture de Steinfort » ; art. 25 al. 1<sup>er</sup> L1915 ; pour la protection du nom, v. n° [70]). La SA n'ayant pas de raison sociale, aucun nom d'actionnaire ne devrait apparaître dans la dénomination particulière (art. 24 L1915 : « elle n'existe point sous une raison sociale ; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés »). C'est d'ailleurs pour cela que la société est appelée « anonyme ». La sanction du non-respect de cette exigence légale n'est pas la nullité mais la responsabilité illimitée et solidaire de cet associé pour les dettes sociales, comme dans la SNC. Mais la pratique (regrettable) admet que la dénomination sociale peut inclure le nom d'un

actionnaire pour autant que tout risque de confusion avec les sociétés à risques illimités soit évité.

**Exemple**

On peut ainsi lire au Mémorial la constitution en date du 10 juillet 2001 d'une société anonyme ayant notamment deux actionnaires, Etchian Joseph Aka et Paul Weber. La société est appelée « Aka & Weber S.A. ».

La société n'est pas nulle, car les nullités sont limitativement énumérées par la loi et ne comprennent pas cette hypothèse. La responsabilité indéfinie et solidaire des MM. Aka et Weber n'est pas directement prévue par la loi sur les sociétés commerciales, mais résulte de la disposition générale en termes de responsabilité qu'est l'article 1382 C.civ. : MM. Aka et Weber devront réparer le préjudice qu'ils ont pu causer aux tiers, en leur donnant l'impression qu'ils avaient traité avec une société en nom collectif. Ils ont en effet permis à la société que leur nom fasse partie de la dénomination sociale. Dans d'autres sociétés, l'emploi du nom d'une personne physique est parfois fait à l'insu de cette personne. Dans ce cas, bien évidemment, ce n'est pas cette personne, mais les administrateurs de la société anonyme qui seront tenus responsables des conséquences préjudiciables de la croyance erronée que l'emploi du nom patronymique a pu entraîner chez les tiers.

- à l'*objet social* de la société (v. n° [103] ) ;
- aux *apports* ou au montant du *capital social*.

**[756] Indications obligatoires sous peine de sanctions.** — L'article 27 L1915 exige que les statuts indiquent :

- l'*identité des personnes* qui ont signé l'acte constitutif de la société. La loi exige, sous peine de nullité de la société, que la SA soit constituée par au moins un comparant à l'acte constitutif valablement engagé ; il s'agit là de l'une des deux seules conditions de fond que la constitution d'une SA doit respecter sous peine de nullité (art. 12ter n° 4 L1915) ;
- que la *forme d'une société anonyme* a été retenue. Si le sigle « SA » peut certes remplacer l'expression « société anonyme » dans les actes émanant de la société (art. 76 n° 2 L1915), il n'est toutefois pas possible de remplacer l'expression « société anonyme » par le sigle « SA » pour les besoins des statuts de la société. La même remarque peut être faite pour la société européenne (sigle : « SE ») ;
- le *siège social* (v. n° [72]). La désignation du siège social doit être suffisamment précise afin de permettre aux tiers d'atteindre aisément la société. La seule indication de la ville ou de la commune où est située la société ne devrait donc normalement pas suffire ; il faudrait également mentionner le nom de la rue et le numéro postal ;

L'indication précise du siège social dans les statuts obligera les actionnaires de procéder à une modification des statuts aux fins de transfert du siège social. Cela peut s'avérer bien compliqué pour en définitive peu de chose. D'où l'adjonction habituelle d'une clause des statuts permettant au conseil d'administration de librement transférer le siège social au sein

du pays, ou pour le moins au sein de la commune. Une autre technique aboutissant aux mêmes résultats consiste à n'indiquer pour siège social que le nom de la ville : cela permettra au conseil d'administration de déplacer le siège social au sein de la ville, sans devoir pour autant modifier les statuts.

- la désignation précise de l'*objet social*, c.-à-d. l'activité que poursuivra la société (v. n° [755]). L'illicéité de l'objet social constitue, ensemble avec la condition relative aux fondateurs, la seule condition de fond en matière de constitution de la société anonyme sanctionnée par la nullité de l'acte constitutif (art. 12ter n° 3 L1915). La contrariété de l'objet social à l'ordre public est à apprécier d'après sa description dans les statuts, et non pas sur la base des activités réellement exercées par la société<sup>1</sup> ;
- le montant du *capital social* souscrit (v. n° [95] ; [748]) et, le cas, échéant, du capital autorisé (v. n° [908]), ainsi que le montant du capital libéré à la constitution de la société (v. n° [751]) ;
- l'identification des *apports en nature*, de l'apporteur, le nombre d'actions émises en contrepartie ainsi que la conclusion du réviseur d'entreprises agréée (reproduite dans le corps de l'acte) ;
- les différentes *classes d'actions* s'il y en a, ainsi que leurs droits afférents, la spécification s'il s'agit d'actions nominatives ou au porteur ;
- la nature et les droits des *titres et parts émis en dehors du capital social* de la société ;
- les modes de nomination et d'exécution de la *gestion sociale*, dans la mesure où ils ne résultent pas de la loi ;
- la *durée de la société* ;
- le montant des *frais liés à la constitution* ainsi que les *charges* grevant les biens apportés (p.ex. l'apport d'un fonds de commerce gagé).

Les fondateurs sont civilement responsables du préjudice qui serait la suite immédiate de l'omission ou de la fausseté des mentions précédentes (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915). La loi de 1915 y ajoute des sanctions pénales sous la forme d'une amende de € 500 à € 25 000 à l'encontre de ceux qui n'ont pas fait les énonciations.

## MODES DE CONSTITUTION ET ACTES ACCOMPLIS AU NOM DE LA SA EN FORMATION

**[757] Présentation.** — La SA peut être constituée de deux manières différentes. Dans la très grande majorité des cas, elle résulte de la comparution simultanée

<sup>1</sup> CJUE 13 nov. 1990, RDC 1991, p. 875, obs. COIPEL.

devant notaire des actionnaires désirant constituer la société ; c'est la constitution immédiate par acte authentique (art. 28 L1915). Mais il est également possible, bien que cela soit tout à fait rare, que la constitution ait lieu par voie de souscription publique. C'est ce qu'on appelle généralement constitution avec appel public à l'épargne, bien que l'expression de « constitution successive » me paraisse plus adéquate (art. 29 L1915).

### **FONDATEURS DE LA SA**

**[758] Concept de « fondateur ».** — La loi de 1915 se réfère à plusieurs endroits au concept de « fondateur », notamment en prévoyant certaines responsabilités particulières à son égard en relation avec la constitution de la SA. Même si ce terme revêt donc une certaine importance, il ne se trouve cependant défini nulle part. On aurait pu penser que le fondateur d'une SA serait la personne qui, prenant l'initiative de créer la société, se charge de réunir les associés et les capitaux et remplit les formalités légales pour arriver à la constitution de la société. Mais cela serait source de difficultés, puisqu'il faudrait déterminer avec précision les personnes ayant permis à la société de se mettre en mouvement.

Aussi, le législateur a-t-il préféré adopter une solution plus simple, aisément vérifiable, en disposant que sont réputés « fondateurs » d'une SA toutes les personnes souscrivant en personne ou par représentation au capital social de la société à sa constitution (art. 28 al. 2 L1915)<sup>1</sup>. Si tous les comparants à l'acte constitutif sont donc en principe les « fondateurs » de la société, l'acte constitutif peut cependant limiter cette qualification à un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social de la société. Il faut cependant dans ce cas que les autres actionnaires se limitent à faire des apports en numéraire sans recevoir d'avantages particuliers de la société en raison de leur entrée dans le capital social de la société. Si cette triple condition est remplie, les autres actionnaires sont tenus pour simples souscripteurs.

#### **Exemple**

A, B et C souscrivent comme suit au capital social de la SA :

- A : 60% en numéraire ;
- B : 25% en nature ;
- C : 15% en numéraire.

---

<sup>1</sup> Dans les constitutions successives (v. n° [761]), seules les personnes figurant dans le projet d'acte de la 1<sup>re</sup> phase sont réputés fondateurs, les personnes apparaissant à l'acte constitutif de la 3<sup>e</sup> phase n'étant que de simples souscripteurs ; art. 29 al. 2 L1915.

Ils se demandent s'ils sont tous nécessairement fondateurs de la SA.

A disposant de 30% au moins du capital social de la SA sera fondateur ; cela permettra à B et C de n'être que de simples souscripteurs, si les conditions additionnelles posées à l'article 28 al. 2 L1915 sont également remplies. Ces conditions sont remplies pour C, car il apporte du numéraire et ne bénéficie pas d'avantages particuliers en raison de son apport. Mais elles ne sont pas remplies pour B, car il fait un apport en nature : B est donc également un fondateur de la SA.

**[759] Responsabilités des fondateurs.** — Dans un souci de protection des tiers comme des associés, la loi de 1915 prévoit un certain nombre de dispositions d'ordre public à charge des fondateurs. Les fondateurs sont notamment les garants de l'authenticité du capital social et sont du coup personnellement et solidairement responsables (la responsabilité légale est automatique et n'exige pas de faute de la part des fondateurs) :

- de la partie du capital social qui n'est pas valablement souscrite ainsi que du complément des souscriptions au capital social minimum (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 1 L1915)<sup>1</sup>. La garantie par les fondateurs ne porte que sur la validité de la souscription. De ce fait, si la souscription est certes valable, mais le souscripteur s'avère insolvable, la garantie ne saurait jouer ;
- des engagements pris irrégulièrement pour le compte de tiers (mandat, promesse de porte-fort ; art. 31 al. 2 L1915) ;
- de la libération du capital social à hauteur de 25%, mais non pas pour son complément à 100% (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 2 L1915) ;

Les fondateurs sont d'autre part responsables du préjudice résultant :

- de la nullité de la société (art. 31 al. 1<sup>er</sup> n° 3 L1915) ;
- de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites pour l'acte constitutif (art. 27 L1915 pour la constitution directe ; v. n° [760]) et le cas échéant pour les prospectus et bulletins de souscription (art. 29 L1915 pour la constitution successive, v. n° [761]). S'agissant des énonciations de l'article 27 L1915 incluant la description et l'évaluation des apports en nature, les fondateurs seront responsables de la surévaluation éventuelle des apports en nature.

## CONSTITUTION DIRECTE OU DIFFÉRÉE DE LA SA

**[760] Cas habituel : constitution sans appel public à l'épargne (« constitution directe »).** — La fondation directe nécessite la comparution

<sup>1</sup> Lux 30 nov. 1988, n° 34 097 (la responsabilité des fondateurs existe vis-à-vis des associés et des tiers, mais non pas entre fondateurs).

des associés à l'acte notarié. La *comparution personnelle* n'est toutefois jamais obligatoire ; en cas de comparution par *mandataire* (art. 28 al. 1<sup>er</sup> L1915), il suffit que celui-ci soit muni d'une procuration spéciale et écrite (privée ou authentique) reproduisant les mentions essentielles de l'acte constitutif de la société, dont notamment le montant du capital social que le mandant entend souscrire.

La loi ne prévoit pas le caractère écrit de la procuration sauf qu'il est permis de l'inférer de l'exigence formulée par la loi que les procurations soient déposées en annexe au greffe du RCS.

Les règles ordinaires de représentation des personnes morales sont applicables aux mandats conférés par elles en vue de la constitution d'une SA. Il faut dès lors généralement une délibération de l'organe compétent à cet effet donnant au mandataire les pouvoirs de représentation à l'acte constitutif de la SA.

Le mandat conféré peut comporter deux sortes de difficultés. La première est qu'il peut être non valable, soit parce qu'il est outre passé (p.ex. : souscription pour 1 000 alors que le mandant ne prévoit qu'une souscription pour 100), soit parce qu'il est sans valeur (p.ex. : incapacité du mandant). Dans ce cas, le mandant ne sera pas tenu par la souscription par le faux mandataire, ce dernier étant obligé personnellement. Cependant, les fondateurs seront solidairement tenus des engagements pris par le faux mandataire (art. 31 (2), §2 L1915). Mais le mandat peut également être inexistant lorsque que le mandant se rétracte au jour de la constitution de la société. L'idée de la fondation directe étant de vérifier l'existence du consentement au moment de la constitution de la société, la renonciation à entrer dans la société reste toujours possible jusqu'au moment de l'acte notarié. De nouveau, les fondateurs seront solidairement tenus des engagements pris même de bonne foi sur base d'un mandat révoqué préalablement à l'acte notarié.

L'article 1120 C.civ. prévoit encore le système du *porte-fort*. Il permet pratiquement au fondateur de se passer de la procuration, à condition d'obtenir ratification de la souscription par le tiers. Même si l'article 28 L1915 n'y fait pas référence, le système du porte-fort n'est pas interdit pour la constitution des sociétés anonymes (v. en ce sens l'art. 31 (2), §1 L1915). Ce qui est interdit seulement, c'est la souscription pour un tiers anonyme. Une personne peut en revanche tout à fait signer l'acte constitutif au nom d'une personne nommément désignée, sans disposer de mandat à cet effet, mais en se portant fort de la ratification de la souscription par le tiers concerné. La technique du porte-fort est possible quoique dangereuse pour les fondateurs d'une SA, puisqu'ils seront solidairement tenus des engagements pris à l'acte constitutif en cas de non-ratification (art. 31 (2), §1 L1915). Or, le tiers pour lequel les fondateurs se sont portés fort restent, conformément au droit commun<sup>1</sup>, libres de tout engagement jusqu'au moment de la ratification, laquelle n'est donc jamais obligatoire. Si la ratification par le tiers n'est pas intervenue après deux mois, le porte-fort ainsi que les fondateurs seront personnellement tenus des engagements ainsi contractés.

---

<sup>1</sup> Cour 26 févr. 1897, *Pas.* 4, p. 343.