

## CHAPITRE III. LES COMMANDITES : LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET LES MÉCANISMES DE SANCTIONS

---

Katia PANICHI  
Elvinger, Hoss & Prussen

1. La forme de société en commandite existe dans de nombreux systèmes juridiques civilistes. Bien que peu usitée en pratique<sup>1</sup>, cette forme sociétaire particulière a une origine historique qui remonte au Moyen-Âge, où la commandite était utilisée dans des schémas proches de la logique des fonds modernes notamment de type *private equity*, *venture capital* ou immobiliers (les « fonds alternatifs »).

2. Dans la version moderne des fonds alternatifs, les notions d'investisseurs, d'engagement à apporter des fonds dans la structure (*commitments*), de réalisation des investissements selon une politique définie à l'avance, mais aussi de possibilité d'entrée et de sortie des investisseurs de la structure dans des circonstances et selon des conditions bien déterminées revêtent une importance cruciale.

3. Historiquement plus récents, les *partnerships* ont été les premiers véhicules utilisés dans le domaine des fonds de *private equity*, cette forme d'investissement ayant en effet été créée aux États-Unis après la seconde guerre mondiale.

4. Les commandites de droit luxembourgeois, bien que flexibles, ne sont pourtant pas privilégiés par les professionnels et les promoteurs de fonds alternatifs, qui leur préfèrent encore largement la forme juridique anglosaxonne du *partnership* et ses dérivés (*limited partnership*, *limited liability partnership*) existant dans les juridictions de *common law* que sont le

<sup>1</sup> Hors fonds d'investissements et sociétés holdings, il n'existait au Luxembourg au 1<sup>er</sup> janvier 2012 que 21 sociétés en commandite par actions et 104 sociétés en commandite simple pour 14 417 sociétés à responsabilité limitée et 8 547 sociétés anonymes (source : STATEC).

Delaware, Guernesey, Jersey, les Îles Cayman, pour ne citer que quelques-unes d'entre elles.

5. Ceci est d'autant plus étonnant que dans le domaine des fonds d'investissement le Luxembourg se place en seconde place au niveau mondial (derrière les États-Unis) en termes d'avoirs sous gestion, et que la liberté contractuelle régit encore principalement la formation et le fonctionnement d'une société en commandite simple.

6. C'est pourquoi le Luxembourg, à l'occasion de la transposition de la directive AIF (*Alternative Investment Funds Managers Directive*) en droit national, directive visant à réglementer les gestionnaires de fonds alternatifs, a souhaité profiter de l'occasion pour insérer dans le projet de loi de transposition N° 6471 (le « Projet de Loi ») déposé le 24 août 2012 des dispositions visant à réformer le régime actuel de la société en commandite simple (« SCS ») et à introduire en droit luxembourgeois une nouvelle forme sociétaire, la société en commandite spéciale (« SCSp »), dépourvue de personnalité juridique. Il s'agit là d'une réforme importante de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (« LSC »), et qui vise à replacer le Luxembourg comme destination de choix pour les promoteurs de fonds alternatifs.

7. L'objet de cet article est d'essayer de démontrer dans quelle mesure la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (la « Loi de 2013 ») permet de répondre à des problématiques cruciales dans le fonctionnement d'un fonds alternatif. Nous avons pour cela choisi de nous concentrer sur l'importance de la liberté contractuelle caractérisant les commandites au regard des problèmes spécifiques que sont le respect par les commanditaires de leurs engagements contractuels, en particulier leurs engagements financiers (*commitments*) et les possibilités qu'a le gérant du fonds (ou *General Partner*, « GP »), d'assurer une coercition suffisante sur les investisseurs ne respectant pas leurs engagements en leur imposant certaines sanctions.

## SECTION 1. CONFIRMATION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET PAR CONSÉQUENT DE LA PRÉDOMINANCE DU CONTRAT SOCIAL

8. Bien que la Loi de 2013 apporte des changements à la forme de la SCS afin de mieux l'adapter aux contraintes actuelles et à la remettre au goût du jour en tant que structure privilégiée par les promoteurs de fonds

alternatifs et crée un nouveau véhicule, la SCSp, elle a moins modifié fondamentalement son régime qu'apporté des précisions à la législation existante, précisions permettant de clarifier, préciser et confirmer les solutions déjà mises en œuvre par les praticiens (notamment au vu des sanctions appliquées en cas de non-respect de leurs obligations contractuelles par les commanditaires) et surtout de confirmer et, dans la mesure où cela s'avérait nécessaire, de renforcer la prééminence de la liberté contractuelle qui caractérise les commandites.

9. En effet, le Projet de Loi confirme et réitère à plusieurs reprises que ce soit dans l'exposé des motifs ou dans les commentaires des différents articles l'importance de la liberté contractuelle et par conséquent celle du contrat social. On peut citer à cet égard les passages suivants :

« Même si certaines contraintes s'appliquent, reflet essentiellement de sa caractérisation comme société de personnes, soumise à *l'intuitu personae*, la **liberté contractuelle préside encore largement** à la structuration d'une telle société. »<sup>2</sup>

« La société en commandite simple, [...], et son nouvel alter ego, la société en commandite spéciale, [...], restent pour le surplus des formes de **sociétés flexibles**, offrant une **grande liberté d'organisation autour d'un contrat social à l'efficacité confortée et renforcée**. »<sup>3</sup>

10. L'importance de la liberté contractuelle qui est attachée aux commandites est tout d'abord confortée par le fait que la Loi de 2013, pour ce qui est des modifications apportées à la LSC, limite le nombre de règles d'ordre public applicables aux commandites. Elles concernent essentiellement (i) la tenue et le contenu du registre des associés ; (ii) les informations relatives aux commandités, gérants et aux commandites et devant être publiées (étant précisé que ces informations n'incluent ni l'identité des commanditaires ni leurs engagements) ; (iii) les cas limités de nullité des commandites, et (iv) la manière dont les inscriptions et autres formalités concernant la SCSp sont faites.

11. Elle résulte ensuite clairement de l'article définissant la SCS (et de celui définissant la SCSp). Ainsi, l'article 16 (1) de la LSC tel que modifié par la Loi de 2013 dispose que « la société en commandite simple est celle que contractent, pour une durée limitée ou illimitée, un ou plusieurs associés commandités indéfiniment et solidairement responsables des engagements

<sup>2</sup> Doc. parl. n° 6471, Exposé des motifs, p. 6.

<sup>3</sup> Doc. parl. n° 6471, Exposé des motifs, p. 7.

sociaux, avec un ou plusieurs associés commanditaires qui n'engagent qu'une mise déterminée, constitutive de parts d'intérêts, représentées ou non par des titres **conformément aux modalités prévues par le contrat social** ». Ou encore « la réalisation des apports, en ce compris l'admission de nouveaux associés en dehors du cas d'une cession de parts d'intérêts, se fera **selon les conditions et formalités prévues au contrat social** ». Le commentaire de l'article 16 apporte une autre illustration : « l'article annonce aussi que la société en commandite simple sera **essentiellement régie par son contrat social**. La **nature contractuelle** de la société en commandite simple doit donner tout effet, dans le respect des droits des tiers, à la **libre volonté de ses associés** »<sup>4</sup>. Et il ne s'agit là que de quelques exemples parmi d'autres (comme nous le verrons plus avant).

12. La Loi de 2013 contient enfin d'autres arguments en faveur de cette liberté contractuelle. En effet, bien que la Loi de 2013 contienne des règles supplétives, celles-ci n'ont vocation à s'appliquer qu'en cas de silence ou en l'absence de stipulations contraires du contrat social. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 20 de la LSC tel que modifié par la Loi de 2013 à propos de la forme et des conditions de quorum et/ou de majorité pour les décisions devant être prises collectivement par les associés.

13. Par conséquent, tous les autres aspects des commandites, et nous reviendrons plus en détail sur certains d'entre eux ci-après, tels que le type de parts d'intérêts, la méthode, le type et le moment où les apports sont faits, le moment et l'étendue des distributions et remboursements ou les cas d'exclusions de ces distributions ou remboursements, les règles relatives aux restitutions de distributions (« *claw back* »), les droits politiques ainsi que la réduction et le rachat de parts d'intérêts, pourront être (et sont déjà pour la plupart) déterminés par le contrat social.

14. Si une telle place a été laissée à la liberté contractuelle c'est que le législateur a estimé qu'au vu de la nature de la commandite et des cas particuliers dans lesquels ce type de société est utilisée, il appartient aux personnes qui s'associent dans une commandite de déterminer dans quelles conditions et selon quels termes elles souhaitent s'engager et les règles qui s'appliqueront à l'ensemble des associés au cours de la vie de la commandite afin de permettre à cette dernière d'atteindre son objectif. Il convient aussi de noter que dans le domaine des fonds alternatifs les investisseurs sont des investisseurs avertis qui connaissent les domaines dans lesquels

<sup>4</sup> Doc. parl. n° 6471, Commentaire de l'article 188, p. 195.

ils investissent et sont donc conscients des risques potentiels que de tels investissements peuvent engendrer.

15. Ainsi, parmi les aspects des commandites pouvant être régis par le contrat social nous avons souhaité retenir en particulier ceux ayant une incidence sur les sanctions qu'il est possible d'appliquer aux associés d'une commandite qui ne respectent pas leurs obligations contractuelles dont la plus importante est, au regard de la nature de la commandite, l'apport de fonds.

16. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, le bon fonctionnement d'un fonds alternatif dépend de sa capacité à lever des fonds auprès de ses investisseurs, à la fois lors du lancement du fonds mais également en cours de vie du fonds lorsque celui-ci va réaliser des investissements additionnels. Ainsi, lors de la constitution du fonds, l'investisseur va s'engager à réaliser des apports à la structure (les « *commitments* »), lesquels apports seront libérés au fur et à mesure en fonction des appels de fonds que va réaliser le GP pour effectuer les investissements du fonds. Il est donc essentiel que les investisseurs respectent au cours du temps les engagements initiaux pris. Or, dans un contexte économique sans cesse plus changeant et incertain, il apparaît parfois en pratique que le respect de ces *commitments* est source de difficultés. Le gérant du fonds ou GP doit alors disposer d'outils efficaces pour soit contraindre les investisseurs à respecter leurs *commitments*, soit les amener à sortir du fonds pour ne pas compromettre la rentabilité et le bon fonctionnement de ce dernier.

17. Nous allons analyser successivement les dispositions de la LSC telle que modifiée par la Loi de 2013 ayant trait aux problématiques suivantes :

- les distributions ;
- les droits politiques ;
- les cessions de parts d'intérêts ;
- le rachat forcé de parts d'intérêts

pour ensuite déterminer, dans la deuxième partie de cette contribution, dans quelle mesure ces aspects peuvent être utilisés en tant que sanctions contre des investisseurs ne respectant pas leurs engagements contractuels.

18. En matière de **distributions** (qu'il s'agisse du remboursement d'apports, de la distribution de bénéfices, ou toute autre distribution), l'objectif du Projet de Loi était de laisser le maximum de flexibilité aux associés des commandites. Ainsi, seules les règles prévues au contrat social en la matière s'appliqueront, sous réserve du respect de la règle d'ordre public

de prohibition des clauses léonines qui interdit de priver totalement un associé de sa vocation à participer aux bénéfices et/ou de l'exonérer de toute contribution aux pertes de la société.

19. En effet, l'article 19 de la LSC en ce qui concerne la SCS (et l'article 22-5 de la LSC en ce qui concerne la SCSp étant calqué sur l'article 19) dispose que

« Les distributions et remboursements aux associés, ainsi que les conditions dans lesquelles la société en commandite simple peut demander leur restitution, sont régis par le contrat social.

À défaut de stipulations contraires dans le contrat social, la part de chaque associé dans les bénéfices et pertes de la société est en proportion de ses parts d'intérêts ».

20. Tout d'abord il convient de noter que les termes « distributions » et « remboursements » doivent être interprétés au sens le plus large possible et visent toute forme de distribution ou remboursement aux associés : distributions de dividendes, de primes ou de réserves distribuables, remboursement d'apports etc. Il appartient ainsi au contrat social de déterminer non seulement de quels distributions et remboursements il s'agit, mais aussi à quel moment et sous quelle forme une distribution ou un remboursement pourra être fait et quelle en sera l'étendue.

21. Le contrat social pourra aussi déterminer que la proportion de participation de chaque associé peut ne pas correspondre à la proportion de ses parts d'intérêts dans la commandite.

22. S'agissant des **droits politiques** des associés, le Projet de Loi a également laissé une grande flexibilité aux rédacteurs du contrat social des commandites.

23. En effet, l'article 20, alinéa 1, de la LSC en ce qui concerne la SCS (et l'article 22-6 de la LSC en ce qui concerne la SCSp étant calqué sur l'article 20) dispose notamment que

« À défaut de stipulations contraires dans le contrat social, les droit de vote de chaque associé sont en proportion de ses parts d'intérêts. »

24. Ainsi il appartiendra aux associés au moment de la négociation du contrat social de déterminer quels seront les droits de vote des associés, quelles seront les décisions qui devront être prises collectivement par les associés et quelle forme ces décisions devront prendre et quelles seront les conditions de quorum et de majorité sous réserve des dispositions prévues à l'alinéa 2 de l'article 20 de la LSC.

25. Le contrat social pourra par conséquent prévoir que certains associés ou les parts d'intérêts qu'ils détiennent auront un droit de vote limité, un droit de vote multiple ou pas de droit de vote du tout. Le contrat social pourra également déterminer les droits de veto dont bénéficiera l'associé commandité. La seule limite est, d'après les termes du Projet de Loi que les associés ne peuvent se voir retirer leurs droits politiques sur des sujets pour lesquels la loi exige qu'ils se prononcent et ceux pour lesquels la loi prévoit des conditions de quorum et de majorité spécifiques auquel cas le contrat social pourra prévoir des sujets supplémentaires sur lesquels les associés pourront se prononcer et des conditions de quorum et de majorité plus strictes.

26. Cette liberté contractuelle se retrouve aussi dans le domaine des **cessions de parts d'intérêts**, puisqu'il appartient au contrat social d'organiser les cessions, transmissions, démembrements ou mise en gage de parts d'intérêts de commanditaires.

27. En effet, l'article 21, alinéa 1, de la LSC en ce qui concerne la SCS (et l'article 22-7, alinéa 1, de la LSC en ce qui concerne la SCSp étant calqué sur l'article 21, alinéa 1) dispose que

« Les parts d'intérêts d'associés commanditaires ne peuvent, à peine de nullité, être cédées, démembrées ou mises en gage qu'en conformité avec les modalités et dans les formes prévues par le contrat social. À défaut de stipulations dans le contrat social, une cession autre qu'une transmission pour cause de mort, un démembrement et une mise en gage d'une part d'associé commanditaire, requiert l'agrément du ou des associés commandités ».

28. Ainsi, il appartient au contrat social de prévoir les modalités et formes applicables notamment aux cessions de parts d'intérêts dans une commandite. Ni l'article 21, alinéa 1, de la LSC ni le commentaire y relatif ne prévoient de restrictions à cet égard.

29. Parmi les sanctions contenues dans les *limited partnership agreements* anglo-saxons figure très souvent le transfert des parts d'intérêts à un autre associé ou à un tiers moyennant paiement d'un prix convenu avec le cessionnaire. Une telle sanction est-elle envisageable dans un contrat social d'une commandite luxembourgeoise ?

30. Enfin, et ce sera la dernière caractéristique des commandites que nous analyserons au regard de la liberté contractuelle attachée aux commandites, le nouvel article 21, alinéa 4, de la LSC en ce qui concerne la SCS (et l'article 22-7, alinéa 4, de la LSC en ce qui concerne la SCSp étant

calqué sur l'article 21, alinéa 4) permet au contrat social « d'autoriser la gérance ou les associés à réduire ou à racheter, en tout ou en partie, le cas échéant sur demande d'un ou plusieurs associés, les parts d'intérêts d'un ou plusieurs associés et en définir les modalités ».

31. Le contrat social peut par conséquent prévoir le **rachat des parts d'intérêts** détenues par un associé, que ce soit à sa demande ou même contre son gré. Et ce sont surtout ces derniers mots « contre son gré » qui attirent toute notre attention puisqu'ils sont synonymes d'exclusion d'un associé.

32. C'est ce que confirment les commentaires de l'article 21 de la LSC<sup>5</sup> qui envisagent deux scénarios : celui où le rachat est demandé par un associé et celui où il est prononcé contre un associé. C'est ce deuxième scénario qui nous intéresse plus particulièrement alors que le rachat forcé des parts est primordial en matière de fonds alternatifs (mais pas uniquement dans ce domaine) afin de pouvoir sanctionner un investisseur qui notamment ne respecterait pas ses obligations d'apporter les fonds appelés.

33. En effet, tel qu'expliqué dans les commentaires de l'article 21 de la LSC<sup>6</sup> « la société se caractérise par le rôle passif des associés commanditaires. La seule justification de l'existence des droits pour les commanditaires réside dans le respect par eux de leur obligation de financer la société. La loi doit expressément permettre l'exclusion d'un associé commanditaire notamment en cas de défaut à ses obligations, sans considération d'excuses autres que celles admises par le contrat social alors que tout délai ou défaut d'un investisseur dans une structure d'investissement affecte la rentabilité de la société pour les autres investisseurs ».

34. Voilà qui résume bien la nécessité de pouvoir infliger des sanctions à des associés commanditaires ne respectant pas leurs engagements contractuels.

## SECTION 2. EFFETS DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE SUR LES MÉCANISMES DE SANCTIONS POUVANT ÊTRE PRÉVUS DANS LE CONTRAT SOCIAL DES COMMANDITES

35. Nous avons vu dans la première partie dans quelle mesure la liberté contractuelle est intrinsèquement attachée aux commandites. Nous allons

<sup>5</sup> *Doc. parl.* n° 6471, p. 202.

<sup>6</sup> *Doc. parl.* n° 6471, p. 202.



dans cette partie apprécier les effets de cette liberté contractuelle sur les mécanismes de sanctions pouvant être insérés dans le contrat social d'une commandite, à l'instar de ce que l'on trouve habituellement dans les *partnership agreements* anglo-saxon.

36. Les clauses de *default* dans les *partnership agreement* prévoient généralement, outre le paiement d'intérêts de retard que l'on peut sans aucun doute inclure dans le contrat social d'une commandite, une gradation des sanctions pouvant aller de la suspension voire de la suppression du droit de vote, la suspension voire la suppression du droit à recevoir toute distribution, le transfert forcé des parts d'intérêts jusqu'à l'exclusion d'un associé en défaut.

#### § 1. LA SUSPENSION VOIRE LA SUPPRESSION DU DROIT DE VOTE

37. Nous avons vu que la LSC offre une grande flexibilité aux associés d'une commandite pour ce qui est des droits de vote. Dans la mesure où le contrat social peut prévoir des parts d'intérêts sans droit de vote, avec droit de vote limité ou multiple, se pose la question de savoir si le contrat social peut prévoir une suspension voire une suppression du droit de vote ou de participation à des décisions lorsqu'un associé ne respecte pas ses engagements contractuels notamment de procéder au paiement de l'appel de fonds fait par le GP conformément au contrat social.

38. La réponse à cette question doit nécessairement être positive.

39. En effet, la LSC prévoit déjà un cas de suspension des droits de vote ; l'article 67 (7) de la LSC relatif aux actions de sociétés anonymes dispose que « l'exercice du droit de vote afférent aux actions sur lesquelles les versements n'ont pas été opérés sera suspendu aussi longtemps que ces versements, régulièrement appelés et exigibles, n'auront pas été effectués ».

40. Par ailleurs et surtout, au regard de la philosophie du Projet de Loi et de la confirmation de l'importance de la liberté contractuelle caractérisant les commandites et de la liberté qui est laissée au niveau de la détermination des droits de vote, on peut légitimement conclure qu'un contrat social peut tout à fait prévoir une telle suspension voire même suppression en cas de non-respect par un associé de ses engagements contractuels.

41. La LSC ne prévoit aucune autre restriction au niveau de la modulation du droit de vote que celles déjà énoncées dans la première partie. Par conséquent, le contrat social devra indiquer clairement dans quelles circonstances les droits de vote seront suspendus voire supprimés ainsi que

les mécanismes de mise en œuvre d'une telle suspension ou suppression. Il devra préciser qui pourra prendre cette décision puisque là encore la LSC n'exige pas que ce soit un organe en particulier. Par conséquent, il est tout à fait possible de conférer ce droit au GP. On peut également se demander si le contrat social pourrait prévoir une suspension ou suppression automatique du droit de vote. Rien dans le Projet de Loi ne semble l'exclure ; il faudra néanmoins que le contrat social prévoit l'élément déclencheur de la suspension ou de la suppression qui pourrait être tout non-respect par un associé de ses obligations contractuelles. Ce non-respect serait notifié par le GP ou autre gérant à l'associé concerné et cette même notification pourra alors faire état de la suspension ou de la suppression du droit de vote. Enfin, le contrat social pourra également prévoir une graduation de cette sanction en appliquant d'abord une suspension du droit de vote, et seulement dans un deuxième temps la suppression du droit de vote, mais il s'agit là d'une question de négociation entre les associés au moment de la rédaction du contrat social.

## § 2. LA SUSPENSION VOIRE LA SUPPRESSION DU DROIT À RECEVOIR DES DISTRIBUTIONS

**42.** La volonté du législateur était certes de mettre en avant la « conception contractuelle » des commandites et par conséquent de « laisser la plus grande flexibilité aux associés pour organiser comme ils l'entendent les distributions par la société »<sup>7</sup> sans toutefois qu'un associé puisse « être abusivement privé de la participation aux bénéfices ou aux pertes »<sup>8</sup>.

**43.** Le Conseil d'État s'est certes opposé formellement à l'alinéa 2 du nouvel article 19 de la LSC alors qu'il considère que « la rédaction de l'article 19, alinéa 2 pourrait servir de fondement à l'insertion de clauses léonines dans le contrat social d'une société en commandite simple et heurte ainsi le principe d'ordre public de l'article 1855 du Code civil »<sup>9</sup>.

**44.** Il a néanmoins précisé « que le contrat social pourra prévoir différentes classes de parts d'intérêts, chaque classe ayant une vocation au bénéfice ou contribuant aux pertes qui lui est propre à l'instar des droits politiques qui sont régis par l'article 20 et, d'autre part, qu'un associé peut être privé de sa part dans les bénéfices sociaux à titre de clause pénale »<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> *Doc. parl.* n° 6471, p. 199.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Doc. parl.* n° 6471-2, Avis du Conseil d'État, p. 11.

<sup>10</sup> *Ibid.*

45. La volonté du législateur ainsi que la dernière remarque du Conseil d'État sont importantes au vu des mécanismes de sanctions prévues en pratique par les *limited partnership agreements* gouvernant les fonds alternatifs.

46. Pour ce qui est de la prohibition des clauses léonines il convient de préciser que l'article 1855 du Code Civil consacre la nécessité d'une vocation aux bénéficiaires. En effet, sont prohibées « les clauses qui par un déséquilibre trop marqué dans la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices, porteraient atteinte à l'*affectio societatis* nécessaire à l'existence de la société, et plus particulièrement au *jus fraternitatis* qui commande une relative égalité entre associés »<sup>11</sup>.

47. Pour qu'une clause ayant trait à la répartition des bénéfices puisse être qualifiée de léonine, « il suffit mais il faut que le principe de la vocation aux bénéfices de l'un des associés aux bénéfices sociaux disparaisse »<sup>12</sup>. Néanmoins, « pour la jurisprudence il suffit qu'à un seul moment de la vie sociale, et même si ce n'est qu'au moment de la dissolution, l'associé puisse prétendre à une part des bénéfices pour que la vocation soit considérée comme assurée de manière suffisante »<sup>13</sup>.

48. On pourrait notamment envisager que, pour une commandite procédant à différents investissements au cours de sa vie, une catégorie de parts d'intérêts différente soit créée pour chaque investissement. Chaque associé participant à l'investissement en question reçoit alors des parts d'intérêts de même catégorie qui participeront uniquement dans les bénéfices réalisés par l'investissement pour lequel elles ont été créées. Ainsi, le contrat social pourra prévoir que si un investisseur ne procède pas au paiement des fonds dûment et régulièrement appelés, celui-ci ne recevra pas de parts d'intérêts de cette catégorie et par conséquent ne participera pas aux bénéfices réalisés par cet investissement. Ne pas admettre la possibilité de mettre en place ce type de structure reviendrait à pénaliser les associés ayant fait suite à l'appel des fonds en les obligeant à partager les bénéfices avec un associé n'ayant pas respecté ses obligations contractuelles.

49. Par ailleurs et surtout, il convient de noter que la jurisprudence a validé des clauses privant un associé de sa part dans les bénéfices à titre de clause pénale<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> F. FAYOT et K. PANICHI, « Article 1855 du Code Civil : La Prohibition des Clauses Léonines », *Portalis*.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Cass. Req., 16 juillet 1858, DP 1859, I, p. 39.

50. Ainsi, on peut légitimement considérer qu'un contrat social puisse contenir des clauses qui suspendent le droit d'un associé n'ayant pas respecté ses engagements contractuels (notamment de nature financière, tel que le paiement d'appels de fonds par le GP) de participer aux bénéfices voire qui le privent de sa part dans les bénéfices à titre de clause pénale.

### § 3. LA CESSION FORCÉE DE PARTS D'INTÉRÊTS

51. Au vu du texte de l'article 21 de la LSC rien ne s'oppose à inclure une telle sanction dans un contrat social d'une commandite luxembourgeoise. La discussion tournera plutôt autour de la question de la méthode de détermination et du montant du prix qui pourra ou devra être versé à l'associé en défaut, car nonobstant la flexibilité offerte par l'article 21 de la LSC, il est difficilement concevable que ce prix soit dérisoire. Néanmoins, on peut se demander si le prix devra nécessairement correspondre au prix de marché ou s'il pourra faire l'objet d'une réduction (*discount*) afin de tenir compte du caractère coercitif mais aussi des dommages causés à la commandite et aux autres associés ?

52. Les fonds alternatifs contiennent souvent des clauses autorisant les commanditaires à sortir en cours de vie du fonds notamment pour des raisons réglementaires ou légales ne leur permettant plus d'investir dans ce type de fonds. Ces transferts se font généralement sur un marché secondaire et le prix est négocié entre le cédant et le cessionnaire.

53. Or, dans la situation d'un associé n'ayant pas respecté ses obligations contractuelles, le prix ne sera pas négocié par l'associé en défaut. Au contraire, un prix lui sera imposé soit en raison d'un mécanisme de calcul prévu par le contrat social soit en raison de négociations entre l'associé commandité et un autre associé ou un tiers intéressés par l'acquisition des dites parts d'intérêts.

54. Dans le premier cas, la méthode de calcul devra certainement être objective et tenir compte de la valeur des parts d'intérêts, du défaut de l'associé en question, des intérêts de retard potentiels, des dommages éventuels causés à la commandite et/ou autres associés. Dans le deuxième cas, il nous semble qu'il est tout à fait possible de « sanctionner » l'associé en défaut en lui versant un prix inférieur à la valeur de marché ou ayant subi un *discount*, ce *discount* pouvant notamment tenir compte du dommage éventuel causé à la commandite et/ou aux autres associés. Si l'on n'admet pas la possibilité d'appliquer un prix réduit, cela pourrait inciter des associés de mauvaise foi ayant changé d'avis au cours de la

vie de la commandite à ne plus honorer leurs engagements contractuels. La sanction du transfert doit avoir un effet dissuasif pour pouvoir être efficace.

55. Un transfert forcé peut, dans le cas d'un transfert de toutes les parts d'intérêts, conduire à l'exclusion de l'associé défaillant. Il faudra dans un tel cas, et ce afin d'éviter toute discussion possible sur la licéité d'une telle sanction, tenir compte des développements ci-dessous à propos du rachat forcé des parts d'intérêts.

#### § 4. LE RACHAT FORCÉ DES PARTS D'INTÉRÊTS

56. Les contrats de *partnerships* anglo-saxons prévoient des clauses de *forfeiture* (ou confiscation) des intérêts des investisseurs permettant au GP, le cas échéant à sa seule discrétion, de faire racheter par le *partnership* les parts d'intérêts de l'investisseur en défaut. Le rachat pourra être le fait soit des autres investisseurs soit du *partnership* lui-même et pourra conduire donc en pratique à l'exclusion de l'investisseur récalcitrant.

57. Dans les systèmes juridiques civilistes, la question de la validité de principe des clauses statutaires d'exclusion a longuement été débattue en droit, de même que les conditions et modalités d'une telle clause, à savoir dans quel type de société elle peut être prononcée, et par quel organe de la société.

58. En France, la validité des clauses statutaires d'exclusion a été expressément prévue par la loi dans certains types de société (sociétés par actions simplifiée, sociétés coopératives et sociétés à capital variable par exemple).

59. En droit français, la majorité de la doctrine penche pour la possibilité d'insérer dans les statuts d'une société une faculté d'exclusion d'un associé, dès lors que les causes et modalités de l'exclusion sont clairement stipulées.

60. Enfin, par un arrêt du 30 mars 2012, la Cour de cassation française<sup>15</sup> a clairement consacré la liberté statutaire d'exclusion des associés tout en rappelant un principe fondamental qui est celui de la contradiction.

61. En effet, cet arrêt a non seulement le mérite d'affirmer clairement la liberté statutaire d'exclusion des associés, mais encore celui de préciser que cette liberté doit être contrebalancée par le principe du contradictoire. On peut ainsi en déduire que si les statuts ou le contrat social déterminent

<sup>15</sup> Cass. Com., 20 mars 2012, n° 11-10.855, FP+B, M. c/ Slé Finamag : JurisData, n° 2012-004961 ; *Dr. Sociétés*, 2012, comm. 77, note H. HOUASSE.

les conditions dans lesquelles un associé peut être exclu (et par conséquent, les motifs d'exclusion), ils doivent en principe également déterminer la procédure à suivre afin d'informer l'associé concerné de la décision prise et des motifs de cette décision afin de lui permettre, le cas échéant, d'être entendu par ou de présenter ses observations à l'organe compétent pour décider de l'exclusion. Si le contrat social contient ces stipulations et que la procédure est bien respectée, il est admis par la jurisprudence française que l'associé exclu ne pourra pas demander l'annulation de la décision d'exclusion. Par ailleurs, rien ne semble empêcher le contrat social de conférer ce droit au gérant ou GP.

62. En droit belge, la doctrine semble aussi être favorable aux clauses statutaires d'exclusion des associés<sup>16</sup>, soit pour des motifs prédéfinis, soit même de façon discrétionnaire adoptée selon les conditions de majorité prévue au contrat.

63. La LSC clarifie désormais une question qui se posait à de nombreux praticiens, à savoir celle de la possibilité pour une société en commandite de pouvoir racheter les parts d'intérêts d'un associé contre son gré. Il convient d'ailleurs de noter que le Conseil d'État n'a fait aucune remarque à ce sujet, l'alinéa 4 de l'article 21 n'appelant pas d'observation de sa part.

64. La question essentielle qui va se poser sera celle du prix et des modalités de rachat. Il est indéniable et d'ailleurs les commentaires à l'article 21 l'indiquent clairement<sup>17</sup>, que l'exclusion devra se faire « à des conditions suffisamment précises définies au contrat social ». Un grand soin devra dès lors être apporté à la rédaction de clauses du contrat social permettant ce rachat, tant dans les critères permettant de procéder au rachat forcé que dans les conditions de celui-ci, et notamment dans la détermination du prix de rachat, ce dernier ne pouvant être dérisoire. D'ailleurs, il est également admis en droit français que l'exclusion doit se faire moyennant une juste rémunération<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Voy. not. T. TILQUIN et V. SIMONARI, *Traité des Sociétés*, pp. 225 et s. ; T. TILQUIN, *Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé*, [...], n° 6590.

<sup>17</sup> *Doc. parl.* n° 6471, p. 202.

<sup>18</sup> J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *La Semaine Juridique, Éd. Générale*, n° 22, 28 mai 2012, pp. 1067 et s.

## CONCLUSION

65. Le législateur luxembourgeois a fait le maximum pour rapprocher le fonctionnement et les possibilités offertes par les commandites de celui des *partnerships* anglo-saxons, l'idée étant que le régime juridique du *partnership* luxembourgeois permette au modèle particulier des fonds alternatifs et ses problématiques spécifiques de fonctionner.

66. Au final, il ressort de ce qui précède que le législateur a souhaité donner la plus grande flexibilité à cette forme sociétaire qui doit être marquée par la primauté du contrat entre les associés, seul un minimum de dispositions légales venant s'appliquer par défaut, tandis que des solutions ou confirmations souhaitées par les praticiens (confidentialité du contrat social et des associés commandités, libre organisation interne de la société ou encore possibilité de moduler les droits politiques et financiers des associés) ont reçu un accueil favorable de la part du législateur dont l'objectif était de mettre à disposition de l'industrie des fonds un outil adapté à ses besoins.

67. La principale caractéristique du Projet de Loi réside sans aucun doute dans la confirmation et le renforcement de la liberté contractuelle attachée à la SCS et, suite à la création de la SCSp, également à cette dernière, et la confirmation de solutions adoptées par les praticiens, notamment au regard des sanctions pouvant être prévues et appliquées, celles-ci étant un outil indispensable dans une société dont la réalisation de l'objet social dépend pour une grande partie du respect par les associés commanditaires de leurs obligations monétaires.

