



DOCTRINE

Le carrousel des nullités dans la loi du 16 août 2016 de la loi sur les sociétés commerciales : modernisation ou régression, protection ou insécurité ?

La loi du 16 août 2016 portant modernisation de la loi sur les sociétés commerciales constitue un progrès indéniable. Elle répond certainement aux exigences de la pratique¹ et supprime, non sans certaines hésitations, des obstacles et difficultés qui jusqu'à présent semaient le chemin du développement des sociétés. Aussi cette réforme a-t-elle été saluée unanimement.

Au risque de troubler ce satisfecit général, la présente contribution se propose d'apporter une critique sur un chapitre qu'on aurait tort de considérer comme académique. La modernité affichée dans l'intitulé de la loi s'accompagne d'une multitude de déclarations de nullités d'assemblées générales. Alors que les auteurs du projet de loi affirmaient avoir recherché, par ces dispositions, la limitation des cas de nullité, la loi conduit au contraire, en énumérant un grand nombre de tels cas, à l'incertitude juridique, pouvant ouvrir la voie à une mine de procès. Certains de ces cas de nullité sont définis de façon insuffisante, d'autres sont difficiles à rencontrer en pratique ou inappropriés quant à leurs conséquences. On ne peut qu'espérer que, dans ce dédale de nullités offertes aux plaideurs, la jurisprudence arrivera à les arbitrer avec la modération souhaitable. On constatera en effet que cette énumération est, pour la plupart des cas, inutile, grâce à une jurisprudence, peu nombreuse mais sage et nuancée, qui a réussi, jusqu'à présent, à régler de façon satisfaisante ces conflits.

La liste des cas de nullités d'assemblées générales s'ouvre à l'article 12septies par une disposition qui se veut à caractère général, suivie par toute une série de cas spéciaux. Le présent article se propose de les examiner dans cet ordre en les confrontant ensuite avec l'introduction d'une prescription courte, en elle-même à saluer, mais qui peut à son tour prêter à discussion.

L'article pose enfin la question de savoir si ce volet de la « modernisation » ne doit pas conduire à un retrait au moins partiel, sachant qu'il est souvent plus facile de commettre une erreur que de la corriger.

1

L'article 12septies : une disposition à caractère général sur la nullité des assemblées générales de sociétés

1. Rappelons que l'article 12ter, introduit par la loi du 23 novembre 1972, transposait dans la loi sur les sociétés commerciales les dispositions de la première directive sociétés 68/151/CEE du 9 mars 1968. L'objectif de la directive était « la protection des parties et des tiers »

contre l'insécurité juridique que pouvait comporter la nullité venant de frapper une société ; aussi imposait-elle la détermination limitative des cas où la nullité d'une société pouvait être prononcée. C'est ce qu'exprime clairement l'article 12ter en disant qu'une telle nullité « ne peut être prononcée que dans les cas suivants », énumérés ensuite *sub* 1 à 4.

La loi de modernisation commence par renforcer l'article 12ter applicable aux nullités des sociétés. Jusqu'à présent cette disposition ne s'appliquait qu'aux sociétés de capital. La réforme a le mérite d'insérer à l'article 12ter un paragraphe (2) appliquant le même principe de limitation des cas de nullité aux sociétés de personnes. De plus, l'article 12ter est renforcé à l'alinéa 2 du paragraphe (1) qui concerne les clauses déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes qui seraient contraires à l'article 1855 du Code civil, s'agissant des clau-

ses dites léonines. À cet alinéa qui commence par dire : « Ces clauses sont réputées non écrites » sont supprimés les phrases : « sans préjudice d'autres sanctions ; il en est de même de toute autre disposition contraire à une règle impérative ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Le commentaire des articles² justifie cette suppression par le fait qu'elle « ne correspond à aucune assise dans le texte de la première directive européenne », et quant aux termes « sans préjudice d'autres sanctions », la suppression est justifiée par le fait qu'« une telle précision est inutile, le droit commun dans ce sens étant applicable ».

2. L'article 12septies traitant de la nullité des décisions prises par les assemblées générales, omet de prime abord la formule négative « la

(1) Et non seulement de celle du secteur financier, comme l'a dit la Chambre des notaires dans son avis (Doc. parl., n° 5730⁸, p. 1).

(2) Doc. parl., n° 5730, p. 54.

nullité ne peut être prononcée que... » de l'article 12^{ter} issue de la directive en s'exprimant de façon positive : « Est frappée de nullité, la décision prise par une assemblée générale visée par la présente loi, lorsque... », suivent alors cinq cas énumérés. Ce texte procède du projet de loi 5730 initial. Ses auteurs déclaraient s'inspirer de la loi belge³, qui aurait codifié la doctrine et la jurisprudence existantes qui seraient également suivies au Luxembourg⁴, tout en affirmant que leur intention était de limiter les cas de nullité⁵.

Le Conseil d'État, dans son premier avis du 23 février 2010⁶ avait critiqué la proposition de l'article 12^{septies}, notamment de son point 5, comme étant contraire au but recherché par les auteurs du projet qui avait été, selon eux, de désigner « de façon limitative » les cas de nullité d'une assemblée générale. Aussi le Conseil d'État constatait-il que la proposition « aboutit précisément au contraire de ce qui est recherché ». Quant aux points 1 à 4 de l'article 12^{septies}, le Conseil d'État avait fait observer qu'ils étaient inutiles puisque dans ces cas, la décision de l'assemblée générale serait de toute façon jugée illégale par les tribunaux. L'avis du Conseil d'État n'a pas été suivi par le législateur et les avis subséquents du Conseil d'État n'ont pas à nouveau soulevé ces objections.

L'examen plus détaillé de ces points montre qu'ils ne sont pas tous convaincants :

3. Le cas *sub 1* est celui où la décision de l'assemblée générale « est entachée d'une irrégularité de forme » si « le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision ». La preuve à rapporter par le demandeur n'a pas à porter sur la réalité de l'influence : il semble suffire pour la preuve qu'une telle influence ait « pu » exister.

Ce point a fait l'objet de décisions non entièrement concordantes de la jurisprudence et de controverses en doctrine⁷ et, à ce titre, n'est pas

inutile. On peut approuver la formule employée dans la mesure où l'annulation pour irrégularité de forme ne s'impose que s'il est prouvé qu'elle a pu avoir une influence sur la décision prise par l'assemblée générale.

4. Le cas *sub 2* est celui de violation des règles relatives à « son fonctionnement »⁸. Le terme est vague et pourrait, au-delà des règles prévues par les statuts, s'appliquer à des règles d'ordre intérieur, telles qu'un code de conduite. Ce cas comprend en outre celui d'une « délibération sur une question étrangère à l'ordre du jour ». L'ajout « lorsqu'il y a intention frauduleuse » est ambigu quant à savoir s'il vaut pour les deux hypothèses. De toute façon, il n'y avait pas besoin d'une condition d'intention frauduleuse en présence du principe général énoncé par l'adage *fraus omnia corrumpit* qui relève de l'ordre public et des bonnes mœurs. Par contre, une infraction des règles de fonctionnement ou une délibération en dehors de l'ordre du jour peut, selon le cas, comme on l'a constaté à propos du cas *sub 1*, justifier la nullité de la décision même en l'absence d'intention frauduleuse ou, au contraire, écarter la nullité à défaut d'influence sur la décision prise.

5. Le cas *sub 3* vise une décision « entachée de tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir ». Abstraction faite de ce qu'on doit se demander ce que signifie le terme « autre », il est étonnant qu'une telle disposition en matière de société fasse appel⁹ à des notions qui relèvent, dans le droit et la pratique luxembourgeois, du droit administratif, sans se référer à l'abus de majorité ou de minorité qui sont des concepts connus du droit des sociétés. Les hypothèses venant en ligne de compte sont difficiles à saisir si on les compare au texte à l'article 12^{ter} qui, lui, emploie, pour la nullité d'une société, les notions de contrariété à l'ordre public ou à l'objet social.

6. Le cas *sub 4* vise celui où des droits de vote sont suspendus mais ont néanmoins été exercés au cas où, sans cet exercice illégal, les *quorums* de présence ou de majorité n'auraient pas été réunis sur ce point. Le cas envisagé paraît déjà inclus dans ceux visés *sub 1* et 2. Mais en outre faut-il rappeler qu'il y a presque cent ans, une sage décision de la Cour d'appel s'est déjà, en l'absence d'un texte de loi exprès, prononcée en ce sens¹⁰.

Si la loi avait voulu « codifier » cette jurisprudence, pourquoi ne pas, comme l'a fait cet arrêt, viser généralement la participation à l'assemblée générale par des personnes non quali-

fiées au vote, plutôt que de saisir le cas particulier des actions dont le vote est suspendu, sachant que des dispositions législatives ponctuelles risquent de susciter l'argument *a contrario*.

7. Enfin, le cas *sub 5* vise « toute autre cause prévue dans la présente loi ». C'est ce qui avait amené le Conseil d'État à dire que le projet allait exactement dans le sens opposé au but poursuivi. À vrai dire, la formule est ambiguë. Dans la mesure où par la suite la nouvelle loi introduit les autres cas de nullité que nous qualifierons ci-après de « spéciales », on doit se demander si ce sont ces cas qui sont visés, ce qui serait inutile, ou si, comme le Conseil d'État l'admettait, il s'agit d'une disposition tout à fait générale prévoyant l'infraction à tout ce qui pourrait être prévu par la loi.

2

Les nullités « spéciales »

Ces nullités viennent s'ajouter à celles prévues à l'article 12^{septies}.

3

La nullité prévue à l'article 32 (6)

8. L'article 32 (6) permet nouvellement — c'est à saluer — l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en-dessous du pair comptable des actions anciennes. L'assemblée générale appelée à permettre cette émission doit faire l'objet d'un rapport « détaillé » du conseil d'administration ou du directoire « portant notamment sur le prix d'émission et sur les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires », ainsi que d'un rapport établi par un réviseur d'entreprises déclarant que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter cette proposition.

Le dernier alinéa de ce paragraphe (6) ajoute que l'absence d'établissement du rapport du réviseur d'entreprises entraîne la nullité de la décision, à moins que tous les actionnaires de la société n'y aient renoncé.

À l'origine, cette disposition prévoyait la nullité de la décision de l'assemblée générale en cas d'absence de l'établissement du rapport du conseil d'administration ou du directoire. Dans la mesure où le projet de loi exigeait que ce rapport soit « détaillé », on risquait de se trouver en présence d'actions en nullité invoquant, le cas échéant sans trop de raison, l'insuffisance des « détails » du conseil. En réalité, il aurait, sous ce rapport, suffi de supprimer le terme « détaillé »¹¹ d'autant plus inutile qu'il est en-

(3) L'article 12^{septies} est reproduit en effet littéralement de l'article 64 du Code des sociétés belge.

(4) *Doc. parl.*, n° 5730, commentaire des articles, p. 56 et note 70.

(5) *Doc. parl.*, n° 5730, commentaire des articles, p. 55.

(6) *Doc. parl.*, n° 5730², p. 63.

(7) Un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en présence d'une convocation avec un délai plus court que celui de la loi et expédiée par courriel, avait jugé que « les droits des actionnaires n'ont pas été lésés par ces irrégularités étant entendu qu'ils n'ont pas été privés de la possibilité d'assister ou de se faire représenter à l'assemblée, qu'en outre il ne peut être admis que le non-respect de cette formalité ait raisonnablement pu affecter la décision prise en assemblée générale », de sorte qu'il n'y avait « pas lieu d'annuler l'assemblée pour ce motif » (cité dans « Annales du droit luxembourgeois », vol. 21, in F. FAYOT et C. MARTINS COSTA, *Chroniques - Droit des sociétés*, p. 264). Ce jugement a été réformé par un arrêt de la Cour d'appel du 14 juillet 2015 qui décide que « le fait de ne pas convoquer des actionnaires à une assemblée générale constitue la violation d'une règle impérative qui relève de l'essence même du pouvoir décisionnel au sein d'une société. La violation d'une telle règle impérative, tout comme la violation d'une formalité substantielle, est sanctionnée par une nullité sans condition. L'irrégularité commise ne saurait être justifiée par l'urgence — urgence d'ailleurs pas suffisamment établie — ou l'une des autres circonstances retenues par les premiers juges ». Malgré la formule très générale de l'arrêt, la différence portait surtout sur les faits, car la Cour avait déclaré qu'elle ne disposait pas d'éléments suffisants de preuve établissant que les courriels fussent arrivés à destination et que les minoritaires en aient pris connaissance avant l'ouverture de l'assemblée générale. Quoiqu'il en soit, les auteurs de la chronique précitée considèrent que cet

arrêt s'inscrit au sens le plus exigeant dans la controverse qui existe en jurisprudence et en doctrine belges de savoir si les irrégularités de forme sont sanctionnées par une nullité facultative ou une nullité absolue (*op. cit.*, pp. 265-271). On note, dans le sens « exigeant » un récent jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui confirme le caractère « impératif » des formes requises pour la convocation des assemblées générales (Luxembourg, 26 février 1915, *Pas.* 37-2-2016, p. 627).

(8) Il faut lire du fonctionnement de la société.

(9) Le texte vient là encore du projet initial 5730 et du droit belge (article 64, point 3).

(10) « La participation au vote, dans l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme, d'une personne non qualifiée n'entraîne pas nécessairement la nullité de la délibération. Celle-ci est valable si, abstraction faite des votes irréguliers, la majorité prescrite est acquise et si la présence des personnes privées du droit de vote n'a pas donné lieu à fraude » (Cour, 13 juin 1928, *Pas.* 11, p. 426).

(11) Terme qui paraît pédant dans un texte de loi, mais qui est malheureusement fréquemment employé.

suite précisé que ce rapport doit porter sur le prix d'émission et sur les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires, ce qui est l'essentiel par rapport au détail.

La justification de la critique¹² semble avoir été reconnue par la Commission juridique qui, dans ses amendements du 2 avril 2015, omet la référence à la nullité pour absence du conseil d'administration ou du directoire mais retient celle à l'absence de l'établissement du rapport du réviseur d'entreprises. S'il est vrai que cette correction évite des débats inutiles sur la qualité des « détails » du rapport du conseil d'administration ou du directoire, faut-il s'interroger, par un raisonnement *a contrario*, sur la conclusion à tirer d'un cas d'absence de rapport du conseil d'administration mais en présence d'un avis du réviseur ?

La question peut paraître académique puisque le rapport du réviseur doit précisément se prononcer sur les informations financières et comptables fournies par le conseil ou le directoire, de sorte qu'il est difficile de concevoir un rapport de réviseur qui n'aurait pas été précédé de celui du conseil ou du directoire.

L'article 31, paragraphe (7) prévoit que, en présence d'une assemblée générale portant sur le capital autorisé, les conditions visées aux alinéas 1 à 3 du paragraphe (6) doivent être respectées. Il semble qu'il faille en conclure que le non-respect de cette obligation entraîne les mêmes conséquences que celles prévues au paragraphe (6) auquel il est renvoyé, de sorte qu'il y aurait donc, dans ce cas également, nullité de l'assemblée.

Il reste que cette disposition exprime de nullité est inutile. S'agissant en effet d'une disposition de caractère substantiel, il suffisait de laisser la validité de l'assemblée générale à la décision de la justice.

4

La nullité prévue à l'article 32-3 (5)

9. L'article 32-3 permet déjà à l'heure actuelle de supprimer ou de limiter le droit de préférence lors d'une augmentation de capital réalisée dans les limites du capital autorisé à la condition d'un rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire contenant la « justification détaillée de l'opération ».

L'ajout nouveau *in fine* de ce paragraphe précise que « l'absence de ce rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'aient renoncé à ce rapport ». Il reste à savoir si un rapport comportant une justification non « détaillée » ou insuffisamment « détaillée » constitue l'absence du rapport.

Pour les raisons développées plus haut, il s'agit, là encore, d'une disposition inutile.

(12) Soumise, entre autres, par l'auteur soussigné dans une lettre au ministre de la Justice et au président de la Chambre des députés du 10 mars 2016.

5

Les nullités de conventions et de votes aux assemblées prévues à l'article 67bis pour les sociétés anonymes et à l'article 195bis pour les sociétés à responsabilité limitée

10. Ces nouveaux articles, en leur premier alinéa, sont à caractère libéral et consensuel puisqu'elles déclarent que l'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires ou associés. Il convient de rappeler qu'alors que la jurisprudence était traditionnellement hostile aux pactes d'associés, elle s'est progressivement libéralisée¹³ à tel point que le nouveau texte n'a rien de révolutionnaire.

Cependant l'alinéa 2 de ce paragraphe (1), s'inspirant là encore de la loi belge¹⁴, insère une liste de cas de nullité de telles conventions, cas qui sont soit inutiles, soit inappropriés.

11. La première de ces restrictions, *sub 1*, vise les conventions qui sont contraires « aux dispositions de la présente loi ou à l'intérêt social ». Le terme « intérêt social » semble résulter d'une contraction entre deux notions bien connues par la loi sur les sociétés luxembourgeoises, d'une part l'objet social, d'autre part l'ordre public, termes qui se retrouvent, entre autres, à l'article 12ter, *sub 3*, concernant les cas de nullité d'une société. Le terme « intérêt social » est employé en jurisprudence comme étant l'intérêt de la société¹⁵. Or, l'intérêt d'une société peut, par exemple, pour certains actionnaires, être l'expansion de la société, pour d'autres sa limitation à un *core business*, pour d'autres encore le rendement de la société et donc de sa capacité de distribution financière, ou encore l'intérêt au sens du droit du travail, donc l'intérêt des salariés¹⁶. Voilà donc un terme large, à

(13) Voir par exemple Trib. Luxembourg, 28 juin 2002, cité in « Annales du droit luxembourgeois », vol. 11, in F. FAYOT, *Chronique - Droit des sociétés*, p. 554 selon lequel la jurisprudence admet des critères de validité tels que « la recherche d'une majorité stable ou la volonté d'organiser des relations entre associés d'un même groupe... ».

(14) *Doc. parl.*, n° 5730, p. 83

(15) Voir par exemple Trib. Luxembourg, 28 juin 2002, cité ci-dessus in *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 11, *op. cit.*, 2001, p. 554, et Trib. Luxembourg, 26 février 2015, *Pas.* 37-2016, p. 631 dans le contexte de l'abus de majorité.

(16) Ce n'est pas une invention du législateur luxembourgeois, car, comme le dit le projet de loi initial, il s'agit d'un emprunt à la loi belge qui, à l'article 551 du Code belge des sociétés, emploie précisément ce terme, ajoutant encore que les conventions doivent être justifiées par l'intérêt social « à tout moment ». Or, il apparaît qu'en Belgique la signification du terme est, selon une note de Simont Braun (sous l'arrêt de cassation cité ci-après), très controversée : « Les auteurs, comme les cours et tribunaux, oscillent entre une conception restrictive de l'intérêt social et une définition extensive. Dans la première conception, l'intérêt coïncide avec l'intérêt commun des actionnaires. Dans la seconde, il dépasse le seul intérêt des actionnaires pour englober l'intérêt de l'entreprise exploitée par la société et, à travers elle, les intérêts de tous les "stakeholders" (parmi lesquels les travailleurs, les créanciers, les clients, les fournisseurs ou sous-traitants, voire même parfois des intérêts locaux ou régionaux) ». Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 28 novembre 2013, R.G. n° C.12.0549.N/4, juge que « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société ». Cet arrêt intervient précisément au sujet d'un litige sur la validité d'une clause de limitation de cessibilité.

tel point qu'il peut prêter aux controverses et aux procès. Autant laisser faire la jurisprudence bien établie.

12. Les points *sub 2* et 3 interdisent à l'actionnaire de s'engager à voter conformément à des directives données par la société, une filiale ou l'un de leurs organes. La portée de ces interdictions n'est pas claire. Que faut-il entendre par les « directives » ? Ces directives, si elles sont conformes à l'objet social et notamment si elles interviennent en application de décisions de l'assemblée générale, du conseil d'administration ou du directoire, sont-elles à proscrire ?

13. Selon le paragraphe (2) de ce nouvel article 67bis, sont déclarés nuls les votes émis en vertu de telles conventions et les « décisions prises », à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur le résultat du vote intervenu. On constate l'inutilité de ce nouvel énoncé d'une nullité devant la jurisprudence citée ci-dessus¹⁷ de l'arrêt de la Cour d'appel du 13 juin 1928 qui, tout en énonçant la faculté d'annulation d'une décision de l'assemblée générale, faisait la distinction selon ce qui avait réellement contribué, compte tenu des votes, à la décision ou non.

14. Prises à la lettre, on peut se demander si ces interdictions ne sont pas plus restrictives du droit de conclure des conventions entre actionnaires que celles fort libérales de la jurisprudence ?

15. L'article 67bis, *sub (2)*, dernier alinéa, dispose que l'action en nullité se prescrit six mois après le vote. L'emplacement de cette disposition, que l'on peut saluer sur le fond au nom de la sécurité juridique, surprend par son emplacement, alors qu'un nouvel article 157 *in fine* prévoit, comme on le constatera plus loin, la prescription des actions en nullité de six mois à compter de la date à laquelle ces délibérations sont opposables à ceux qui invoquent ces nullités. Le projet de loi 5730 explique l'insertion à l'article 67bis par le fait que le point de départ est différent. On y reviendra à propos de la prescription plus générale prévue à l'article 157¹⁸.

16. Le législateur ne semble pas, à propos des conventions entre actionnaires ou associés, s'être posé la question de savoir s'il était opportun d'appliquer un texte identique aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée. On sait que le projet initial avait très largement assimilé le régime des sociétés à responsabilité limitée à celui des sociétés anonymes et que le Conseil d'État s'était d'emblée prononcé contre une telle assimilation¹⁹. Les amendements successifs ont suivi cette objection rejointe par les praticiens de sorte que, d'une manière générale, le nouveau texte respecte les particularités de la société à responsabilité limitée qui est certes une société de capital mais qui est, par comparaison avec le type de sociétés que l'on continue à désigner comme « anonyme » très proche des sociétés de personnes, voire, comme s'exprime le Conseil d'État²⁰, une « société du type des sociétés de personnes ».

Il aurait donc été logique, dans le domaine des conventions entre actionnaires et entre asso-

(17) *Supra*, note 10.

(18) *Infra*, n° 26 et s.

(19) *Doc. parl.*, n° 5730⁴, p. 2.

(20) *Doc. parl.*, n° 5730⁴, p. 2.

ciés, de réserver aux sociétés à responsabilité limitée un régime à part plus consensuel ou de s'abstenir d'y appliquer à l'article 195bis les mêmes dispositions restrictives que celles de l'article 67bis, ce qui aurait permis à la jurisprudence, plus souple, de continuer dans sa tradition désormais libérale.

On notera, qu'en ce qui concerne les cessions de parts de sociétés à responsabilité limitée, l'article 189, paragraphe (5), ne prévoit pas la nullité mais déclare que les clauses contraires à ses dispositions — qui précisément sont caractéristiques de l'aspect familial de ces sociétés — sont réputées non écrites.

6

La nullité prévue par l'article 100

17. L'article 100, qui prévoit les mesures à prendre en cas de perte de la moitié ou des trois-quarts du capital²¹, contient un nouvel alinéa 2 qui impose dans ce cas au conseil d'administration ou au directoire d'exposer les causes de la perte du capital et à justifier les propositions à faire à l'assemblée générale qui doit délibérer sur la dissolution éventuelle de la société. L'alinéa 3 nouveau de l'article 100 prévoit que l'absence de l'établissement de ce rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société aient renoncé à ce rapport. C'est censé être le pendant des nullités prévues par l'article 32, paragraphe (6) et l'article 32-3, paragraphe (5). Cette fois-ci, il s'agit d'un ajout introduit par la Commission juridique lors des amendements du 2 avril 2015²².

La disposition de nullité est ambiguë quant à sa portée. Quelle est la conséquence de la nullité si l'assemblée a décidé, en l'absence du rapport du conseil d'administration, de ne pas continuer la société ? Si la décision est nulle, faudrait-il en conclure que la société continue à exister ? Or, l'assemblée, à condition de suivre les conditions prévues à l'article 67-1 de la loi, ne fait dans ce cas que ce qu'elle pourrait faire de toute façon, même s'il n'y avait pas perte du capital. Si, par contre, l'assemblée générale décide, en l'absence du rapport, de continuer la société, la nullité de la décision entraîne-t-elle automatiquement la dissolution de la société ? Matériellement, cela ne peut être le cas car, malgré la perte du capital, la dissolution de la société ne peut, sauf par voie judiciaire, être prise que par l'assemblée générale dans les formes des articles 67-1 et, le cas échéant, 100 de la loi.

Cette nullité, en tant que telle, n'aboutit donc à rien. La véritable sanction est celle prévue par l'article 100 selon lequel les administrateurs ou membres du directoire peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte.

Le projet de loi initial avait²³, à l'instar de la loi belge, prévu une présomption de responsabi-

lé. Dans les amendements subséquents proposés par la Commission juridique²⁴, la Commission s'est prononcée contre l'introduction d'une telle présomption.

7

La nullité prévue à l'article 141 (2)

18. L'article 141, en son paragraphe (2) exige, en cas de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une main, sous peine de nullité, que l'acte de dissolution soit accompagné par des attestations des organismes de sécurité sociale, de l'administration des contributions et de l'administration de l'enregistrement dont il ressort que la société « est en règle avec ses obligations relatives au paiement à l'égard de ces institutions ».

Cette nouveauté fut introduite par les amendements proposés par la Commission juridique de la Chambre du 21 avril 2015²⁵ avec comme motif : « respecter les intérêts des créanciers publics ».

19. L'Ordre des avocats, dans son avis du 4 septembre 2015²⁶, avait critiqué cette proposition du fait que le projet ne prévoyait pas de délai pour la remise de ces attestations, craignant donc des retards importants, à tel point que les attestations pourraient être périmées au jour de leur réception. De plus, le Conseil de l'Ordre avait attiré l'attention sur le fait que les sociétés, procédant par versement d'avances et les bulletins d'impôt intervenant beaucoup plus tard, ne seraient jamais réellement « en règle ». La Chambre de commerce, dans son avis complémentaire du 21 janvier 2016²⁷, s'était ralliée à ces objections.

Le Conseil d'État, dans son avis complémentaire du 23 février 2016²⁸ déclarait partager les appréhensions du Conseil de l'Ordre, s'était en outre inquiété de ce que ces dispositions protègent les seuls créanciers publics aux dépens des créanciers privés, mais se résignait à ce sujet devant « la logique du droit de la faillite qui accorde aux créanciers publics un rang privilégié par rapport aux créanciers privés dans le recouvrement des créances ».

La Chambre a passé outre à toutes ces objections.

20. Au-delà des observations justifiées qui avaient été présentées, il faut constater que cette disposition mêle, pour la première fois dans notre loi sur les sociétés commerciales, la fiscalité et la sécurité sociale au droit des sociétés. La référence, par les auteurs de la proposition, aux exigences en matière de marchés publics ne se justifie pas alors que ces exigences s'insèrent dans une procédure administrative, par opposition au droit des sociétés qui continue à être marqué par le consensualisme et la liberté commerciale.

21. Quant au fond, le commentaire de l'article déclare qu'il vise « une forme spécifique de dissolution (en l'occurrence la dissolution sans liquidation en présence d'une réunion de toutes les parts en une seule main) dont l'objectif principal est, parfois, de spolier le Trésor public ». Et à ce sujet le commentaire affirme qu'« il existe en effet des situations où l'associé unique, qui récupère l'actif et le passif de la société dissoute sans liquidation, est une société qui a son siège social dans une juridiction éloignée où un recouvrement de la créance publique est illusoire ». Le commentaire ne donne pas d'indication sur l'existence effective ou la fréquence de telles situations. Hormis ces cas qui relèvent de la fraude, l'obligation du seul actionnaire à tous les engagements de la société amènera normalement l'actionnaire tant soit peu prudent, en présence de dettes publiques ou privées, à instituer des liquidateurs. En effet, l'acte de dissolution par la réunion de toutes les parts en une main peut parfaitement comporter l'institution d'un ou de plusieurs liquidateurs, de sorte qu'une telle procédure n'est pas différente des autres cas de dissolution.

Le fait que la présence d'une liquidation, invoquée à deux reprises dans le commentaire cité ci-dessus, n'est pas reprise comme critère dans le texte même de la loi, amène à se demander si les exigences prévues à l'article 141 (2) et la nullité encourue lorsqu'elles ne sont pas observées, s'appliquent, ou non, au cas d'une dissolution pour réunion en une main avec liquidation²⁹.

22. L'article 141 (2) est encore difficilement conciliable avec l'article 1865bis, alinéa 4 nouveau, qui s'applique également aux sociétés commerciales, et qui prévoit la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique (par décision de dissolution volontaire pour les sociétés pouvant être unipersonnelles) sans liquidation, en permettant aux créanciers, y compris au fisc et à la sécurité sociale, de demander au juge des référés la constitution de sûretés. Cette disposition trouve donc application au sens de l'article 141 (2). L'article 1865bis montre ainsi une solution, préférable à l'institution laborieuse de l'exigence d'une série d'attestations de la part des autorités, qui aurait consisté à prévoir un délai pour la transmission des avoirs à l'actionnaire unique afin de donner à tous les créanciers, et non seulement au fisc et à la sécurité sociale, de demander au juge des référés la constitution de sûretés.

23. Les tout premiers cas d'application de l'article 141 (2) ont montré la difficulté pratique que peuvent causer ses exigences administratives, alors que, du moins dans le texte, rien ne permet de forcer les administrations à établir de telles attestations ou de le faire dans un délai raisonnable. La sage proposition du Conseil de l'Ordre d'imposer un délai pour la remise des attestations aurait permis de contribuer à y remédier.

Il est vrai que les administrations fiscales semblent prêtes à adapter leur pratique à ces exigences. Ainsi, une circulaire du Directeur des

(21) L'article 100 nouveau précise à son alinéa premier qu'il s'agit de la réduction de l'actif net à un montant inférieur à la moitié ou aux trois-quarts du capital.

(22) *Doc. parl.*, n° 5730⁵, p. 46.

(23) *Doc. parl.*, n° 5730, pp. 17 et 94.

(24) *Doc. parl.*, n° 5730⁵, p. 46.

(25) *Doc. parl.*, n° 5730⁵, p. 52.

(26) *Doc. parl.*, n° 5730⁶.

(27) *Doc. parl.*, n° 5730⁷.

(28) *Doc. parl.*, n° 5730⁹.

(29) La jurisprudence récente de la Cour administrative (arrêt du 7 juin 2012, *J.T.L.*, 2013, p. 84, avec l'article de P. HURT) va, contrairement à la conception traditionnelle de « l'acte clair », dans le sens que ce sont les travaux préparatoires, lorsqu'ils sont concordants, qui devraient prévaloir, à tout le moins jusqu'à présent dans le domaine administratif.

Contributions LG n° 18 du 20 septembre 2016, qui traite des attestations à établir par l'administration dans le cadre de l'article 141, résout à tout le moins le problème des sociétés qui ne sont pas définitivement imposées³⁰.

De plus, dans cette circulaire, l'administration vise des actes de dissolution qui interviennent « en cas de liquidation simplifiée », ce dont on devrait pouvoir conclure qu'une dissolution pour réunion des actions en une main avec liquidation ne nécessite pas l'établissement de ces attestations³¹.

8

La nullité prévue par l'article 308bis-20

24. La nullité de l'assemblée générale est encore prévue à l'article 308bis-20 dans le contexte de la transformation d'une société dans une autre qui fait l'objet de la nouvelle section XV-quater de la loi. L'article 308bis-17 exige, pour une telle transformation, un rapport de réviseur d'entreprises et l'article 308bis-18 exige un rapport justificatif établi par l'organe de gestion. L'article 308bis-20 dispose que l'absence de l'un des rapports requis entraîne la nullité des décisions de l'assemblée générale. Or la transformation d'une société en un autre type de société est une opération qui s'apparente à la création d'une société nouvelle, ce qui devrait la faire tomber sous les limitations de la première directive sociétés et l'article 12ter de la loi, quant aux nullités des sociétés, même si, selon l'article 3, avant-dernier alinéa, de la loi actuelle, maintenu, ces transformations ne donnent lieu ni à dissolution ni à création d'une personnalité juridique nouvelle.

25. Il est utile de faire la comparaison avec les dispositions concernant les fusions de sociétés où l'on constatera que le législateur, national et européen, recherche la limitation des cas de nullité. Ainsi, lorsque l'article 276, tel qu'introduit dans la loi sur les sociétés commerciales par la loi du 10 juin 2009³² relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, issue des directives 2005/56 et 2006/68, traite de la nullité de la fusion, elle s'exprime selon la formule de l'article 12ter de la loi et des directives par les termes « ne peut intervenir que », marquant clairement le caractère limitatif. Il est vrai qu'au paragraphe (1), sub b), l'article 276 prévoit la nullité de la fusion au cas où il « est établi que la décision de l'assemblée générale de l'une ou de l'autre des sociétés participant à la fusion est nulle ». L'article 265, pour ces assemblées, exige des organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés à fusionner,

(30) La circulaire s'exprime comme suit : « Suite à l'imposition des années non imposées au moment de la demande de l'attestation, les bureaux de recettes de l'ACD établissent l'attestation de non-obligation lorsque toutes les obligations fiscales échues ont été réglées ».

(31) Il apparaît que l'administration de l'enregistrement, après une première phase de réticence, se serait, selon les termes à notre connaissance, « engagée à fournir le certificat dans les deux jours ouvrés ». Il semble que l'on ne dispose pas encore d'une position officielle de la part de la sécurité sociale.

(32) Initialement par la loi du 7 septembre 1987 et modifiée par la loi du 10 juin 2009.

un rapport écrit détaillé à l'intention des associés expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet commun de fusion et en particulier le rapport d'échange des actions ou parts, et l'article 266 prévoit à ce sujet l'établissement d'un rapport d'expert. Mais ces dispositions s'abstiennent d'une affirmation selon laquelle l'absence de ces rapports rendrait l'assemblée générale nulle, réservant ainsi à la juridiction l'appréciation de savoir dans quelle mesure les absences ou insuffisances de tels rapports entraîneraient la nullité de la décision de l'assemblée générale.

On constatera encore que, lorsqu'il s'agit d'une fusion destinée à constituer une société européenne, l'article 276 prévoit que la nullité d'une telle fusion ne peut pas être prononcée lorsque la société européenne est immatriculée au registre de commerce et des sociétés. La loi réserve par contre la possibilité de la dissolution de la société européenne lorsque le contrôle de la légalité de la fusion n'a pas été effectué conformément à l'article 271 (2).

On constate la même précaution lorsqu'il s'agit de la fusion par absorption d'une société de droit étranger : selon l'article 276 (3) la nullité d'une telle fusion ne peut pas être prononcée lorsqu'elle aura pris effet conformément à l'article 273ter.

La recherche de la limitation des cas de nullités se retrouve encore à l'article 308bis-14 de la loi, s'agissant des transferts de patrimoine professionnel, où là encore apparaît la formule selon laquelle la nullité d'un tel transfert ne peut intervenir que dans les cas limités et avec la réserve d'une régularisation.

On peut donc se demander si la disposition de l'article 308bis-20 est compatible avec les directives sous-jacentes aux articles 12ter et 115 (2) de la loi dont l'objectif est, dans l'intérêt de la sécurité juridique, de limiter les cas de nullité de sociétés.

9

La courte prescription : remède à la danse des nullités ?

26. Le législateur a dû reconnaître que les nullités de décisions des organes de sociétés posent le problème de la sécurité juridique³³. Il est donc cherché, dit le commentaire des articles au projet de loi, à « éviter que des décisions sociétaires ne soient remises en cause longtemps après avoir été prises ». D'où un délai de six mois inséré à l'article 157, dernier alinéa, pour tous actes en nullité et délibérations postérieures à la constitution de la société. Il a en effet été reconnu que le délai de cinq ans prévu à l'article 157 de la loi actuelle pour les actions en nullité de sociétés n'était pas adapté au cas de nullité des assemblées générales. Le commentaire des articles du projet 5730 note que « le délai court (six mois) ... se justifie par l'effet rétroactif qu'aura la décision de nullité, alors que s'agissant de la nullité de la société elle-même, ... la décision n'aura pas un tel caractère rétroactif ». Effectivement, l'article 12quater,

(33) Doc. parl., n° 5730, commentaire des articles, p. 113.

paragraphe (1), actuel dispose que la nullité d'une société, qui doit être prononcée par décision judiciaire, produit ses effets à dater de la décision qui la prononce, ajoutant qu'« elle n'est opposable aux tiers qu'à partir de la publication de la décision ». Le court délai de six mois figure déjà dans la loi actuelle à l'article 12sexies, selon laquelle la tierce opposition formée contre une décision judiciaire prononçant la nullité d'une société ou celle d'une modification conventionnelle aux actes d'une société n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire.

Le même délai de prescription figure également, dans la loi actuelle, à l'article 276 (1) c) en ce qui concerne la nullité d'une fusion et à l'article 308bis-14 concernant les transferts de patrimoine professionnel.

27. La prescription courte prévue à l'article 157, dernier alinéa, ne s'applique cependant pas seulement aux décisions des assemblées générales puisqu'elle s'applique à « toutes actions en nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société » et donc, comme le souligne le commentaire des articles, également aux décisions prises par les organes des sociétés autres que l'assemblée générale. Le commentaire explique que le texte proposé est « une combinaison des textes belges (délai de six mois et manière dont est computed le délai) et français (quant au champ d'application visant non seulement les décisions d'assemblées générales mais aussi celles des organes de gestion) ».

28. Cette restriction dans le temps aux actions en nullité n'est pas négligeable. Il faut la saluer sur le plan de la sécurité juridique même si, par rapport au droit commun, elle impose à ceux qui seraient affectés par une nullité une rapidité de décision difficile selon les cas et qui peut être un obstacle aux transactions éventuelles. Après avoir trop annulé, protégerait-on trop les coupables ?

10

Conclusion

29. Que faut-il, au bout de l'examen de cette impressionnante ronde de nullité, penser de son résultat.

L'impression générale est celle de l'inutilité. Les auteurs successifs intervenus dans le projet de loi 5730 n'ont à aucun moment fait l'inventaire des cas de nullité rencontrés dans la pratique. En réalité, les publications et chroniques sur le sujet de nullité de sociétés montrent que les litiges ont été rares dans le passé et que, là où il y a eu des décisions de justice, une bonne et raisonnable réponse a été, en général, donnée par les juridictions. Il n'y avait donc aucune nécessité, encore moins une urgence, à légiférer sur ce sujet.

Dans l'examen des cas traités, nous avons rencontré une seule question controversée : celle de savoir si la violation des formes prescrites pour les assemblées donne lieu à une nullité absolue ou, au contraire, à une nullité relative, question effectivement discutée en doctrine.

Mais le seul cas d'une divergence entre une juridiction de première instance et la Cour d'appel montre que la différence entre ces décisions relevait davantage d'une appréciation des faits que d'un point de droit. Heureusement, la solution retenue par la nouvelle loi sur ce point est sage et raisonnable³⁴.

Pour le surplus, la liste des cas de nullité ordonnés par la loi est, sur le fond et quant à la portée de ces nullités, peu satisfaisante. Dans certains cas³⁵ la nullité est dépourvue de portée. D'autres cas sont disparates et peu appropriés³⁶, ou encore difficiles à imposer en pratique³⁷.

L'objectif avancé initialement par les auteurs du projet de loi 5730 était la limitation des cas de nullité. Or, comme l'avait d'emblée dit le Conseil d'État, le résultat est exactement le contraire.

La formule limitative employée par la première directive sociétés et l'article 12ter, disant que la nullité d'une société « ne peut être prononcée que dans les cas suivants ... », n'a été reprise dans aucune des dispositions de nullité d'assemblées. On se trouve donc devant une multitude de cas, en partie ponctuels³⁸, ce qui conduit à admettre que ces cas ne sont en réalité qu'exemplatifs. Malgré l'affirmation des auteurs du projet de loi d'instaurer une limitation des cas de nullité, la justice a-t-elle, comme par le passé, la possibilité de prononcer l'annulation dans tous les autres cas où l'infraction à la loi a eu une influence sur la décision de l'assemblée ? On serait tenté de l'admettre. À l'inverse, la justice garde-t-elle le droit de traiter les nullités de la liste, ou au moins certaines d'entre elles, comme ayant, selon les conséquences de l'infraction, un caractère relatif ? On espère pouvoir l'admettre.

L'intention des auteurs du projet de loi aurait-elle plutôt été d'instaurer une police des assemblées ? La multiplication des déclarations de nullité le fait penser. Ici encore, on ne peut constater que l'inutilité d'une telle approche en présence d'une jurisprudence parfaitement capable de prononcer la nullité là où elle s'imposait.

Le législateur, s'étant rendu compte qu'il risquait de créer des procès au lieu de les limiter, a eu recours au remède d'une prescription exceptionnellement courte, à saluer sur le plan du principe, mais qui peut rendre difficiles les transactions, la médiation et les arbitrages et hâter des procès qui auraient pu être résolus à l'amiable.

Certains, selon la mode du *work in progress*, ont déjà préconisé, sur d'autres sujets, une modernisation supplémentaire de la loi modernisée. Il y a certainement matière, sur certains points, à apporter des changements partiels ou ponctuels. Il sera plus difficile de faire marche arrière sur le parti pris, presque politique, en opposition à l'idée initiale de limitation, de multiplier les cas de nullité. Sans doute faut-il attendre que la pratique et la jurisprudence aient mis le doigt sur ce qui, « pire qu'une faute, est une erreur ».

André ELVINGER
Avocat à la Cour

(34) Article 12septies, point 1.

(35) Exemple : article 141 (2).

(36) Exemple : articles 67bis et 195bis.

(37) Exemple : article 141 (2).

(38) Exemple : article 12septies, point 4.

LES PANDECTES

GASTON VOGEL

NOUVELLES
ÉDITIONS

Les Pandectes se présentent sous la forme d'un condensé de jurisprudence dans les principales matières du droit. Ces recueils permettent aux praticiens de trouver rapidement des solutions sur les questions de principe dans les disciplines qui font l'objet de leurs recherches.

L'auteur, Gaston Vogel, a divisé les Pandectes en plusieurs recueils relatant les décisions les plus récentes – dont certaines inédites – rendues par les Cour et Tribunaux luxembourgeois, dans les principales disciplines du droit :

- Procédure civile
- Droit pénal
- Droit du travail
- Droit de la construction

Gaston Vogel est avocat à la Cour. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et essais critiques sur le droit, la justice qui l'applique, la politique et la philosophie.



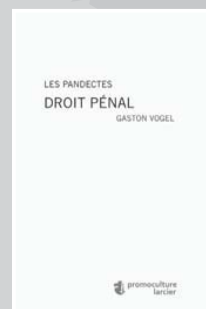
Procédure civile
564 p. • 180,00 €
Édition 2016



Droit de la construction
360 p. • 120,00 €
Édition 2016



Droit du travail
368 p. • 90,00 €
Édition 2016



Droit pénal
864 p. • 220,00 €
Édition 2016



www.promoculture-larcier.lu

-15%

Abonnez-vous

au(x) Pandecte(s) de votre choix et bénéficiez d'une remise de 15% sur votre abonnement. Pour toute question, adressez-vous à notre service commercial au 800 24 227 ou à abo@larciergroup.com.

COMMANDES :

Votre libraire habituel • Par fax à +352 49 24 20 50
Ou à notre distributeur : Larcier Distribution Services
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
tél. 800 24 227 - fax (+352) 278 60731
commande@larciergroup.com



strada lex

LUXEMBOURG

Nul n'est censé ignorer Strada Lex

Les Pandectes sont disponibles sur www.stradalex.lu.
Pour toute question, contactez-nous à info@stradalex.lu.



**promoculture
larcier**

www.promoculture-larcier.lu

Marque du larcier group