

Annales du droit luxembourgeois

Volume 21 2011



BRUYLANT

CHRONIQUES

DROIT DES SOCIÉTÉS (2006-2012)

PAR

Franz FAYOT

AVOCAT À LA COUR

ET

Cintia MARTINS COSTA

AVOCAT À LA COUR

Sommaire

I. Droit des sociétés général.....	232
A. Registre de commerce et des sociétés : refus d'un dépôt ; annulation d'un dépôt	232
B. Droit d'agir : administrateurs ; actionnaires.....	235
C. Procédure de faillite : cessation des paiements et insolvabilité ; article 445 du Code de commerce ; Règlement 1346/2000, notion de centre des intérêts principaux et d'établissement (Eurofood, Interedil)	239
D. Défaut de publication des bilans sociaux : sanction, caractère civil ou pénal de la liquidation judiciaire ; responsabilité pénale des personnes morales	249
E. Nomination d'un réviseur d'entreprises : article 69(4) Loi RCS.....	260
II. Droit des sociétés spécial.....	262
A. Société anonyme.....	262
1) Assemblées générales : convocation ; droit préférentiel de souscription ; abus de majorité	262
2) Prorogation d'assemblée	276

3) Titres : <i>action indivise</i>	277
4) Dividendes.....	278
B. Société civile : personnalité juridique ; engagement des associés	280
C. Société en nom collectif : responsabilité des associés	286
III. Droit européen des sociétés.....	286
A. Égalité de traitement entre actionnaires : l'affaire Bertelsmann et RTL Group.....	286
B. Opérations d'initiés : éléments constitutifs.....	293
C. Procédures collectives : l'arrêt Interedil (notion de centre des intérêts principaux et d'établissement)	300

I. – Droit des sociétés général

A. – REGISTRE DE COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS : REFUS D'UN DÉPÔT ; ANNULATION D'UN DÉPÔT

1. – *Tribunal d'arrondissement, 23 mai 2008, n° 704/08 (confirmé en appel) : refus du registre de commerce et des sociétés d'accepter le dépôt d'une information dont le dépôt n'est pas prescrit par la loi*

Cette ordonnance a été rendue à la suite du refus, par le registre de commerce et des sociétés (« RCS »), d'accepter le dépôt d'un extrait de résolutions révoquant deux administrateurs tout en refusant de leur donner décharge pour l'exercice de leur mandat, au motif que le dépôt et la publication de la décharge accordée ou non et l'indication des raisons de la révocation ne sont pas prévus par la loi.

La société qui voulait procéder au dépôt et à la publication du prédit extrait a contesté la décision du RCS alors que, selon elle, ni la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés (la « loi RCS »), ni son règlement d'exécution du 23 janvier 2003, n'interdisent au RCS d'accepter le dépôt de documents dont le dépôt et la publication ne sont pas légalement requis. En outre, elle a estimé que le dépôt du prédit extrait s'inscrivait dans les objectifs poursuivis par la loi qui veut que les intéressés puissent prendre connaissance des personnes physiques et morales qui se livrent à des activités commerciales, ainsi que des circonstances pouvant influencer sur leur capacité et leur crédit.

S'agissant des informations à déposer auprès du RCS et à faire publier au *Mémorial*, le tribunal a estimé que l'article 1^{er} de la loi RCS est clair en ce que seules les informations dont la loi prescrit la publication peuvent faire l'objet d'un tel dépôt.

Ces informations sont limitativement énumérées aux articles 3 à 11 de la loi RCS et leur publication est requise afin de les rendre opposables aux tiers conformément à l'article 11*bis*, § (3) a) de la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915, telle que modifiée (« LSC »).

Le tribunal en a déduit qu'un acte ou une indication ne figurant pas aux articles 3 à 11 de la loi RCS, ne peuvent devenir opposables aux tiers au moyen d'un dépôt au RCS et d'une publication au *Mémorial* puisque la loi réserve cet effet aux seuls actes et indications dont elle prescrit la publication.

En outre, le tribunal a considéré que l'information sur le quitus n'est d'aucune utilité aux tiers des lors que l'administrateur déchargé par l'assemblée sera toujours tenu envers les tiers et que cette information, même si elle est publiée, ne rendra pas le quitus opposable aux tiers.

Ces décisions rejoignent, quant à leur conclusion que seules les informations limitativement énoncées dans la loi RCS sont à publier par le RCS, une jurisprudence plus ancienne qui avait déjà retenu ce principe face à une demande de faire publier un gage sur parts de s.à r.l. (1).

Cette solution doit donc maintenant être considérée comme bien établie.

Ce jugement a fait l'objet d'un appel. Dans un arrêt du 14 janvier 2009 (n° 33771 (2)), la Cour d'appel l'a cependant confirmé en se ralliant aux arguments des premiers juges.

La Cour a été sensible à l'argument du RCS tenant à la responsabilité de ce dernier. En effet, celle-ci aurait pu être engagée si le RCS avait accepté de publier un document, non prévu par la loi, faisant état de manquements des administrateurs à leurs obligations légales, alors que ces informations pouvaient être préjudiciables, voire diffamatoires :

« Le RCS ne doit pas se faire l'écho des disputes entre actionnaires et mandataires d'une société. [...] Abstraction faite de ce qu'une publication d'un refus de décharge et des motifs de pareil refus n'est pas prévue par la loi et n'est d'aucune utilité pratique, elle est encore fort inopportune en raison des conséquences qu'une révélation au public des litiges internes des personnes morales risque d'entraîner. »

(1) Trib. arr. Luxembourg, ch. comm., ord. n° 851/03 du 24 octobre 2003 ; F. FAYOT et C. MARTINS COSTA, « Chronique du droit des sociétés (2002-2006) », *Ann. de Luxembourg*, 2006, p. 950.

(2) *Pas.*, 2009, p. 391.

2. – *Tribunal d'arrondissement du 2 octobre 2009, n° 123666 :
annulation d'un dépôt fait auprès du RCS et restitution
des documents déposés*

Une banque avait erronément déposé ses comptes rendus analytiques annuels de révision auprès du RCS et avait essayé d'en obtenir la restitution sinon leur mise sous scellé alors que, conformément à la circulaire 01/27 de la Commission de surveillance du secteur financier, ces comptes rendus ne sont pas destinés au public en ce que les informations qu'ils contiennent sont de nature à porter atteinte au secret bancaire.

Le RCS avait refusé de restituer lesdits documents au motif qu'aucun document déposé auprès de lui ne peut être restitué sauf décision judiciaire portant injonction conformément à l'article 17*bis* du règlement grand-ducal du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi RCS.

Après avoir constaté que le RCS ne pouvait, de sa propre initiative, retourner des documents déposés à défaut de texte l'autorisant à le faire, le tribunal a fait l'injonction au RCS de restituer lesdits documents, tel que prévu à l'article 17*bis* du prédit règlement grand-ducal.

Pour être complet, il nous faut mentionner qu'avant de saisir le tribunal d'arrondissement dans sa composition normale, la banque avait, sur base de l'article 21 (4) de la loi RCS, intenté une action en référé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

L'article 21 (4) de la loi RCS dispose que « l'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 et 940 du Nouveau Code de procédure civile ».

Par une ordonnance du 22 juillet 2009 (3), le juge s'est déclaré incompétent : « [...], la compétence générale pour connaître des contestations nées de la loi sur le registre de commerce et des sociétés appartient à la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

La compétence pour connaître des recours contre les décisions de refus du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés prévue au paragraphe 4, introduits et jugés comme en matière de référé, est déterminée par application des règles de droit commun en matière de référé et des règles de compétence établies par la loi du 19 décembre 2002.

Les décisions de refus visées au paragraphe 4 sont à interpréter par rapport au paragraphe précédent de l'article 21 qui concerne les décisions de refus d'immatriculation ou d'inscription de la réquisition ou d'une demande de publica-

(3) N° 1013/09.

tion, de sorte que « la compétence dévolue au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé est limitée aux décisions de refus d'immatriculation ou d'inscription de la réquisition ou de la demande de publication ».

Avant de se déclarer incompétent, le juge s'est également prononcé sur le caractère décisionnel de deux lettres adressées par le RCS à la banque pour l'informer de son refus de restituer les documents litigieux.

« [Les lettres] constituent, d'après [leur] libellé [...], dans l'intention de celui qui les a signées, une véritable décision faisant grief aux intérêts de la requérante. En effet, lesdites lettres, tout en informant la requérante sur la procédure à suivre en matière de dépôt rectificatif, contiennent également un élément décisionnel propre, en ce qu'elles réfutent catégoriquement toute possibilité de restitution d'un document déposé dans un dossier tenu auprès du registre de commerce et des sociétés.

Il s'ensuit que lesdits courriers du registre de commerce et des sociétés [...], ayant un caractère décisionnel propre, sont susceptibles de recours contentieux. »

B. – DROIT D'AGIR : ADMINISTRATEURS ; ACTIONNAIRES

1. – *Cour d'appel, 15 juillet 2009, n° 33914 : administrateurs réduits à un nombre inférieur à trois, droit d'agir en défense ? (oui) ; absence de siège social, droit d'ester en justice ? (oui)*

Une société anonyme, déclarée en état de faillite sur assignation d'un prestataire de services, avait formé opposition contre le jugement déclaratif de faillite et, après le rejet de cette opposition, interjeté appel contre le jugement maintenant l'état de faillite.

L'intimée avait soulevé l'irrecevabilité de l'appel pour défaut de qualité à agir dans le chef de la société au motif que le conseil d'administration de la société n'était composé que de deux membres au lieu de trois et, par ailleurs, que la société n'avait plus de siège social valable.

La Cour d'appel n'a pas donné suite à ce moyen :

« Si, juridiquement, les administrateurs réduits à un nombre inférieur à trois, sont en principe sans pouvoirs, ils doivent néanmoins se voir reconnaître le droit d'organiser, dans le but d'éviter une mise en faillite de la société, une défense à une assignation en faillite ayant abouti à une décision de justice qui maintient la mise en faillite, ce en vertu du principe que l'accès à la justice doit être ouvert à tout intéressé et que toute personne, physique ou morale, a droit à un procès et à ce que sa cause soit entendue. »

De même, l'absence de siège social ne saurait justifier que l'on refuse à une société son droit d'ester en justice.

Cette solution a également été appliquée dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 22 octobre 2009, n° 123576 du rôle et dans un arrêt de la Cour d'appel du 15 février 2006, n° 28050 du rôle.

2. – Tribunal d'arrondissement, 4 mars 2010, n°s 125207, 125312 et 125653 : droit d'agir des actionnaires-investisseurs : action directe contre le dépositaire en vertu de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif ? (non) ; action directe de droit commun contre les tiers responsables ? (non)

Cette affaire s'inscrit dans le cadre de la procédure de liquidation ouverte à l'encontre de la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois Luxalpha Sicav (la « sicav »).

En 2006, la société de gestion d'un fonds commun de placement (« FCP ») français avait souscrit, pour le compte du FCP, à des actions de la sicav. En décembre 2008, suite à une demande de rachat, la société de gestion avait été informée, par le conseil d'administration de la sicav que le rachat n'avait pas eu lieu alors que les actifs du compartiment duquel les actions relevaient avaient été déposés auprès de la société Bernard L. Madoff Investment Securities LLC, mise en liquidation judiciaire le 15 décembre 2008. Le 2 avril 2009, la sicav a elle-même été mise en liquidation judiciaire.

La société de gestion du FCP avait, sur différents fondements, recherché la responsabilité aussi bien du dépositaire, des administrateurs, du réviseur d'entreprises, du promoteur et de la société de gestion de la sicav.

2.1 – La responsabilité du dépositaire sur le fondement de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif

S'agissant du dépositaire, la société de gestion du FCP avait invoqué une action directe contre le dépositaire sur le fondement de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif (la « loi OPC ») qui dispose que :

« Le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des actionnaires de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations. »

Le tribunal n'a cependant pas admis l'existence d'une telle action directe :

« [...] il y a lieu de conclure que les normes communautaire et interne ne [...] permettent pas d'y reconnaître une action directe expresse au profit de l'actionnaire d'une société d'investissement à l'égard du dépositaire. »

Le tribunal s'est, tout d'abord, intéressé aux dispositions relatives à la mise en cause de la responsabilité du dépositaire d'un OPC existant sous forme contractuelle et d'un OPC existant sous forme statutaire contenues dans la directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985 (la « directive OPC ») et dans la loi OPC transposant la directive OPC en droit interne.

Selon le tribunal, la directive OPC a laissé le choix aux États membres de prévoir une action directe ou indirecte des participants contre le dépositaire d'OPC sous forme contractuelle en disposant en son article 9 qu' « [à] l'égard des participants, la responsabilité peut être mise en cause directement, ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion [...] ».

Le législateur luxembourgeois a pris l'option de prévoir une telle action directe, mais seulement pour les cas où la sommation de la société de gestion reste infructueuse, en disposant en son article 19 que « si la société de gestion n'agit pas, nonobstant sommation écrite d'un participant, dans un délai de trois mois à partir de la sommation, ce porteur de parts peut mettre en cause directement la responsabilité du dépositaire ».

S'agissant de la mise en cause de la responsabilité du dépositaire d'OPC sous forme statutaire, la directive OPC s'est contentée, en son article 16, de renvoyer au droit national de la société d'investissement.

Le tribunal a noté, à cet égard, que les travaux parlementaires de la loi OPC précisent que ce sont les principes du droit des sociétés qui s'appliquent pour déterminer si l'investisseur lui-même peut engager la responsabilité du dépositaire en lieu et place de la société de gestion.

Partant, « la banque dépositaire engage sa responsabilité selon le droit national de la société d'investissement à l'égard de cette dernière et l'action de l'investisseur contre le dépositaire se trouve également soumise à cette loi, notamment à la législation sur les sociétés ».

Même à admettre l'existence d'une action directe de l'actionnaire contre le dépositaire sur le fondement de l'article 36 de la loi OPC, le FCP n'aurait pu l'exercer dans le cas présent, dans la mesure où le FCP n'était pas lui-même créancier de la sicav pour les sommes réclamées au dépositaire.

L'action directe présuppose, en effet, que celui qui l'exerce soit créancier du débiteur principal. « Elle permet à un créancier de poursuivre directement, en son nom et pour son propre compte, le débiteur de son débiteur (cf. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, n° 1090). »

Le droit de créance de « l'actionnaire d'une société non dissoute [...] est un droit financier au dividende, [l'actionnaire] n'est sûrement pas créancier de sa part d'actif, et en cas de liquidation de la société, si les associés d'une société dissoute, qui se survit pour les besoins de sa liquidation, ont un droit ouvert

au partage du reliquat de l'actif après paiement du passif, ils ne sont pas pour autant des créanciers (Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 2 octobre 2002, n° de pourvoi 99-10947). »

2.2 – Action de droit commun de l'actionnaire contre les tiers responsables

Cette partie du jugement est relative à la question de savoir si les actionnaires disposent d'un droit individuel et indépendant de la société à agir contre les cocontractants de celle-ci.

Le tribunal a rappelé le principe en la matière dégagé par la décision du 10 août 1891 (*Pas.*, 3, p. 537) qui dit que « Chaque fois que les actionnaires ont éprouvé un dommage *ut universi*, c'est à la collectivité des actionnaires qu'il appartient d'en demander réparation, et dans ce cas l'action doit être refusée à l'actionnaire *ut singulus* ; si au contraire, le préjudice ne frappe qu'un ou plusieurs actionnaires *ut singuli*, ils sont en droit d'agir individuellement, et leur action est recevable. »

En d'autres termes, la personnalité juridique dont une société est dotée empêche les actionnaires d'agir individuellement, en lieu et place de la société, en vertu de la règle « nul ne plaide par procureur ».

Ce principe, qui a été développé dans le contexte d'actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux, est, selon le tribunal, transposable à la situation où les actionnaires recherchent la responsabilité des tiers cocontractants de la société, ce d'autant plus que dans cette situation, les actionnaires sont tiers à la relation entre la société et ses cocontractants.

Le préjudice invoqué par la société de gestion du FCP consistait en une perte de valeur des parts détenues dans la sicav.

Pour qu'une action individuelle d'un actionnaire puisse être accueillie, il faut que le préjudice qu'il subit soit personnel et direct (4). Le caractère personnel et direct du préjudice sera établi si celui-ci affecte « la valeur des titres ou la situation patrimoniale de l'actionnaire sans que le patrimoine de la société n'ait été atteint » et s'il ne constitue pas « une simple répercussion du préjudice social ».

Or « les préjudices subis à titre de dévalorisation du capital social par les associés constituent non pas un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même. Le dommage causé à l'actionnaire n'est que le "corollaire" de ce préjudice social (Cass. Com., 26 janvier 1970, n° 67-14.787, Cass. Com., 18 juillet 1989, n° 87-20.261, Cass. Com., 1^{er} avril 1997, n° 94-18.912) ».

(4) Luxembourg, 10 août 1891, *Pas.*, 3, p. 537.

« En matière de société anonyme ayant pour objet le placement collectif de capitaux, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est des plus directs, cette dernière résultant de la valeur nette d'inventaire. Il existe une assimilation parfaite entre le capital de la société, la valeur de son actif net et la valeur des parts en circulation. Les pertes subies par les actifs de la société représentent la somme mathématique des pertes subies par les actionnaires pris individuellement ».

De même, l'immobilisation des actions, constituant le portefeuille de la sicav dans la liquidation de la société Madoff n'est pas un préjudice distinct à chaque actionnaire, mais commun à tous les actionnaires (5).

Enfin, à supposer que l'action individuelle d'un actionnaire soit recevable, pour qu'elle soit accueillie, l'actionnaire doit encore prouver la faute commise par le tiers et la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice, dès lors qu'une telle action est de nature délictuelle (6).

C. – PROCÉDURE DE FAILLITE : CESSATION DES PAIEMENTS ET
INSOLVABILITÉ ; ARTICLE 445 DU CODE DE COMMERCE ; RÈGLEMENT
1346/2000, NOTION DE CENTRE DES INTÉRÊTS PRINCIPAUX ET
D'ÉTABLISSEMENT (EUROFOOD, INTEREDIL)

1. – *Cour d'appel, 15 juillet 2009, n° 33914 : cessation
des paiements et insolvabilité ; prise en compte de l'actif
non réalisé de la société (oui) ; rabatement de la faillite (oui)*

Une société anonyme, déclarée en état de faillite sur assignation d'un prestataire de services en juin 2008, avait formé opposition contre le jugement déclaratif de faillite et, à la suite du rejet de l'opposition, interjeté appel contre le jugement de juillet 2008 maintenant l'état de faillite.

La société avait contesté être en cessation des paiements dans la mesure où la valeur de ses actifs était suffisante pour couvrir le montant de ses dettes et que la cessation des paiements était passagère, entraînée par une désorganisation momentanée de la société.

Le tribunal de première instance avait, dans son analyse des conditions d'ouverture de la faillite, refusé de prendre en compte l'actif non réalisé de la société.

« Pour statuer ainsi, le tribunal a dit – en substance – que :

– l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut

(5) Cass., 23 mai 2000 (n° 97-817).

(6) A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 1^{re} éd., n° 280, p. 265.

provenir tant de l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement ;

- la cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance d'actif pouvant résulter de la valeur d'immeubles ou de créances à recouvrer. Il suffit que le débiteur ne paie plus ses dettes ;
- le fait même que l'actif soit égal ou même supérieur au passif n'empêche pas que le débiteur puisse être en cessation des paiements si, de fait, il ne paye pas ses dettes. Il importe peu de savoir s'il peut encore payer, il suffit qu'il ne les paie plus.

Même à admettre que l'estimation financière desdits biens immobiliers soit réaliste et qu'il n'existe pas d'hypothèques occultes, force est de constater que l'existence de cet actif est sans relevance dans la mesure où il n'a pas été réalisé et n'a pas permis à ce jour le paiement des dettes de la société ».

En statuant ainsi, le tribunal a appliqué les critères traditionnellement reconnus en jurisprudence pour apprécier s'il y a, ou non, cessation des paiements. Le juge doit constater la cessation des paiements dès lors que le débiteur ne paie plus et n'est plus capable de façon durable, de faire face à ses échéances, ce qui s'oppose à une gêne momentanée susceptible d'être surmontée assez rapidement par le débiteur (7).

Ainsi, la cause de la cessation des paiements, les circonstances qui ont amené la cessation des paiements, y compris le cas de force majeure, le nombre de créanciers, le nombre de dettes non payées, la nature des dettes, les raisons qui ont motivé le créancier à assigner en faillite, le fait qu'après la déclaration de faillite le failli rembourse tous ses créanciers ou la question de savoir si la faillite est dans l'intérêt des créanciers (8) importent peu.

Le tribunal a encore rappelé que la notion de cessation des paiements ne doit pas se confondre avec la notion d'insolvabilité, qui correspond à la situation où le passif d'un débiteur est supérieur à ses actifs et où l'actif, s'il était réalisé, ne suffirait pas à désintéresser tous les créanciers (9).

De même, la cessation des paiements peut intervenir alors que le débiteur est parfaitement solvable. Cette situation peut notamment résulter du fait que les actifs du débiteur ne sont que difficilement réalisables et que celui-ci n'arrive pas, par ailleurs, à obtenir du crédit afin d'honorer ses dettes. Le fait que le débiteur soit contraint de disposer d'actifs nécessaires à son activité peut

(7) Trib. arr. com., 14 mai 2004, n° 75.935 du rôle.

(8) FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, 1^{re} partie, pp. 68 et s.

(9) J.-P. WINANDY, *op. cit.*, pp. 841 et s.

d'ailleurs être considéré comme un signe démontrant qu'il n'est plus à même d'honorer ses échéances normalement (10).

Dans une espèce similaire, mais antérieure à l'arrêt étudié, le tribunal d'arrondissement avait retenu « qu'il est constant en doctrine et en jurisprudence que la solvabilité ne peut être démontrée par l'existence d'avoirs tels que l'immobilisé, les moyens d'exploitation, le fonds de commerce ou même les stocks, puisqu'ils ne sont pas destinés à couvrir les dettes courantes envers le personnel, le fisc et les fournisseurs (voir CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, n° 207 ainsi que la jurisprudence y citée) » (11).

La Cour a cependant pris le contre-pied de cette jurisprudence en décidant le rabatement de la faillite.

Elle a pris en compte un compromis de vente portant sur un bien immobilier de la société, conclu par le failli un an après le jugement déclaratif de faillite et sous réserve de l'accord du curateur, ce compromis faisant apparaître, selon la Cour, que la société « n'était pas dépourvue de toute source de liquidités », le produit de la vente de cet immeuble étant suffisant pour apurer le passif et laisser un surplus à la disposition de la société.

Certes, les conditions de la faillite sont appréciées souverainement par les juges. Il est toutefois admis classiquement que « pour apprécier si une faillite doit être maintenue, il faut se situer au jour du jugement déclaratif » (12).

Ensuite, même si la solvabilité ou l'insolvabilité sont des éléments qui peuvent être pris en compte dans l'appréciation du caractère momentané ou non de la gêne, ils ne peuvent, à eux seuls, sauver de ou donner lieu à, la faillite (13).

Enfin, une telle solution est contraire à l'esprit des dispositions en matière de faillite dont le but est d'éviter le trouble économique ou « l'effet boule de neige » qui pourrait résulter de la défaillance d'un débiteur, les créanciers de celui-ci comptant sur le paiement de leurs créances pour honorer leurs propres dettes.

À cet égard, la Cour de cassation belge (14) a retenu que :

« Le tribunal n'intervient que pour constater un état de faillite préexistant et le bénéfice de ce jugement est acquis à tous les intéressés. Si, après le paiement, les opérations de la faillite peuvent être clôturées faute d'intérêt pour la masse, la faillite ne peut cependant être effacée que par la réhabilitation obtenue dans les formes et aux conditions légales. Or le rapport du jugement déclaratif de faillite constituerait une réhabilitation déguisée, ce qui serait contraire à toute l'économie de la loi. [...] »

(10) F. T'KINT et W. DERLJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, Larcier 2006, pp. 129 et s.

(11) Trib. arr., 9 février 2007, no 105710 du rôle.

(12) FREDERICQ, *op. cit.*, p. 71.

(13) I. VEROUSTRATE, *Manuel du curateur de faillite*, éd. Swinnen, 1987, p. 28.

(14) Cass. b., 21 mai 1891, *Pas. b.*, 1891, I, 155 cité dans FREDERICQ, *op. cit.*, p. 71.

2. – *Cour d'appel, 10 novembre 2010, n° 34814 : article 445
du Code de commerce, nullité (oui)*

Le curateur de la société B avait assigné la société A pour voir déclarer nul un paiement fait pendant la période suspecte, et autrement qu'en espèces, par la société B à la société A.

Le paiement en question résultait d'un montage dont les détails étaient les suivants :

La société A et la société B avaient conclu un compromis de vente aux termes duquel la société B s'engageait à vendre à la société A un immeuble et diverses dépendances en état futur d'achèvement.

Nonobstant le compromis de vente, la société B avait cédé les biens immobiliers en question à la société C, sachant que la société A et la société C avaient les mêmes actionnaires et les mêmes administrateurs.

Le jour où l'acte notarié constatant la vente avait été dressé, deux quittances furent signées, la première entre la société A et la société B, la société A attestant avoir reçu une certaine somme de la part de la société B, et la deuxième entre la société B et la société C, la société B attestant avoir reçu une certaine somme de la société C.

La somme figurant sur les deux quittances était la même et constituait, s'agissant de la deuxième quittance, une partie du prix de cession des biens immobiliers et, s'agissant de la première quittance, des honoraires en suspens dus par la société B à la société A.

Ainsi, la société B était créancière de la société C, pour le montant correspondant au prix de cession des biens immobiliers, et débitrice de la société A, pour le montant des honoraires dus à la société A.

En réalité cependant, aucun paiement entre la société C et la société B et entre la société B et la société A n'avait eu lieu.

La société A avait soutenu que l'opération décrite ci-dessus constituait « un accord de compensation » et que l'article 445 du Code de commerce est « inapplicable aux ventes amenant compensation, le créancier achetant un bien au failli pendant la période suspecte pouvant compenser sa créance avec la dette qu'il doit au failli ».

Le curateur avait, quant à lui, qualifié l'opération de dation en paiement déguisée.

En première instance, le paiement par la société B des honoraires dus à la société A a été déclaré nul en application de l'article 445 du Code de commerce.

En appel, la société A avait affirmé que l'article 445 du Code de commerce « présuppose établie, de façon non équivoque, la volonté des parties d'utiliser

un mode de paiement détourné, c'est-à-dire un paiement de nature à rompre l'égalité des créanciers ».

En outre, la société A avait soutenu qu'il appartient au curateur d'établir l'intention des parties de détourner des fonds au détriment des autres créanciers.

La Cour d'appel a confirmé le jugement en s'appuyant sur le caractère automatique de la nullité instaurée par l'article 445 du Code de commerce :

« L'article 445 du Code de commerce prévoit une série d'actes qu'il soumet à un régime plus sévère de nullité, parce que, par leur nature même, ils sont nécessairement préjudiciables à la masse, et que, par leur caractère anormal, ils éveillent la suspicion sur la droiture des intentions des auteurs de ces opérations. Ils sont tous insolites chez un débiteur aux abois. Un tel débiteur songera à y recourir comme à des expédients. Ces actes rompent l'égalité entre les créanciers en comportant pour celui d'entre eux qui l'accomplit un avantage inhabituel. La loi considère que les actes prohibés par l'article 445 du Code de commerce n'ont pu être inspirés, dans le chef du débiteur, que par la pensée de soustraire une partie de son actif à la masse ou bien d'avantager certains créanciers au détriment des autres.

Les nullités de l'article 445 du Code de commerce reposent donc sur une présomption de fraude (*Les Nouvelles*, « Droit commercial », t. IV, n° 395).

À la différence de la nullité instaurée par l'article 446 du Code de commerce, celle de l'article 445 du Code de commerce est une nullité de droit, c'est-à-dire dès que se trouvent remplies les conditions qui font tomber un acte sous les termes de l'article 445 du Code de commerce, il n'y a plus place pour un pouvoir d'appréciation du juge. Celui-ci doit obligatoirement prononcer la nullité et ne pourrait s'en abstenir pour des considérations d'opportunité ou en raison du mobile qui a animé les parties, par exemple, en raison de l'existence ou de l'absence de leur bonne ou mauvaise foi (*cf. op. cit.*, n° 403).

La loi établit dans l'article 445 du Code de commerce une présomption *juris et de jure* de connaissance de l'état de cessation des paiements. Il importe dès lors peu de rechercher si en fait, le créancier connaissait l'état de cessation de ces paiements, il est présumé l'avoir connu (*cf. op. cit.*, n° 406).

Les actes de l'article 445 du Code de commerce étant nuls de droit, le curateur, du moment qu'on se trouve en présence d'un tel acte, doit seulement prouver que cet acte a été fait depuis l'époque fixée pour la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque. (*cf. Y. VERUGS-TRAETE, Manuel du curateur de la faillite*, n° 328). »

Enfin, la Cour a qualifié le paiement des honoraires de la société A, non pas de compensation, car aucune obligation réciproque n'existait entre la société

A et la société B, la société C étant une personne juridique distincte, mais comme un paiement pour dettes échues fait autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

3. – *Tribunal d'arrondissement, 9 février 2007, n° 105710 (15)*
et Cour d'appel, 12 novembre 2008, n° 32256 (16) :
règlement CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité
(le « règlement »), localisation du centre des intérêts principaux

La société A, dont le siège social se trouvait à Luxembourg, avait invoqué l'incompétence du tribunal d'arrondissement pour connaître d'une demande de mise en faillite dirigée contre elle alors que, selon la société A, les juridictions françaises étaient seules compétentes conformément à l'article 3, alinéa 1^{er}, du règlement.

À l'appui de sa demande, la société A avait invoqué toute une série d'éléments de fait destinés à démontrer que le centre de ses intérêts principaux se situait, non pas au Luxembourg, mais en France, ceci afin de renverser la présomption de l'article 3 du règlement, selon laquelle le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire.

Il s'agit, à notre connaissance, de la première affaire à avoir été jugée à Luxembourg suite aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (« C.J.U.E. ») du 2 mai 2006 dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd* (C-341/04) et du 17 janvier 2006 dans l'affaire *Staubitz-Schreiber* (C-1/04).

Le règlement pose, à l'article 3, § 1^{er}, une véritable règle de compétence juridictionnelle en ce qu'il prévoit que sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Il énonce ensuite une présomption réfragable selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société est présumé être au lieu de son siège statutaire.

L'absence de définition de la notion de centre des intérêts principaux dans le Règlement, que certains qualifient de « vice principal du règlement » (17), a donné lieu à une controverse importante, certaines juridictions admettant plus facilement que d'autres le renversement de la présomption, en particulier, lorsqu'il s'agissait d'un débiteur faisant partie d'un groupe (18). Dans le souci de la sécurité juridique, l'intervention de la C.J.U.E. était devenue nécessaire

(15) *B.I.J.*, 2007, p. 81.

(16) *J.T.L.*, n° 1/2009, p. 32.

(17) S. JACOBY, « Le siège social au regard des procédures d'insolvabilité », *J.T.L.*, n° 1/2009, p. 23.

(18) V. MARQUETTE, « Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés : le rappel à l'ordre de la C.J.C.E. en faveur d'une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur », *R.D.C.*, 2006/8, octobre 2006, p. 804.

afin de mettre un terme aux interprétations divergentes de la notion centrale qui commande l'application du Règlement.

La C.J.U.E. a rendu peu d'arrêts interprétant le règlement (19) et à l'heure actuelle, seuls les arrêts *Eurofood* et *Interedil* se sont spécifiquement penchés sur les questions de la définition de la notion du centre des intérêts principaux et de son rôle dans le renversement de la présomption établie à l'article 3 du règlement. Mais il serait optimiste de croire que ces deux arrêts ont réglé tous les problèmes d'interprétation que soulève la notion de centre des intérêts principaux.

Dans l'arrêt *Eurofood*, la C.J.U.E. avait indiqué, par renvoi au considérant 13 du règlement, que le centre des intérêts principaux « devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

La C.J.U.E. en a déduit que la présomption établie à l'article 3 du règlement « ne peut être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. Tel pourrait être le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ledit règlement. »

En l'absence d'indications plus concrètes dans le règlement, il faut néanmoins se garder d'appliquer des critères dérivés du droit national. La C.J.U.E. a, en effet, précisé que « la notion de centre des intérêts principaux est propre au règlement. Partant, elle revêt une signification autonome et doit donc être interprétée de manière uniforme et indépendante des législations nationales. La portée de cette notion est éclairée par le treizième considérant du règlement, qui indique que le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

Dans l'affaire commentée, afin de localiser le centre des intérêts principaux de la société A, le tribunal va utiliser la méthode du faisceau d'indices par référence à des critères dégagés par la jurisprudence française :

« Pour localiser le centre des intérêts principaux, il convient, selon la jurisprudence, de se référer à un faisceau d'indices tels que

(19) V. MARQUETTE et K. SZYCHOWSKA, « Arrêt *MG Probud* : interrogations variées sur l'interprétation du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité », *J.D.E.*, n° 169, 8/2010.

- le lieu des réunions du conseil d'administration ;
- le droit applicable aux principaux contrats ;
- la localisation des relations d'affaires avec la clientèle ;
- le lieu ou la politique commerciale est définie ;
- la localisation des banques créancières ;
- la gestion centralisée de la politique d'achat, du personnel, de la comptabilité et du système informatique.

(voir en ce sens : T.G.I. Lure, 29 mars 2006, n° 06/1 du rôle ; Comm. Nanterre, 3^e ch., 15 février 2006, R.G. n° 06P154). »

Parmi les éléments de preuve présentés par la société A et ayant fait l'objet d'une analyse détaillée par le tribunal, l'on peut citer une clientèle essentiellement française et des fournisseurs italiens, des factures adressées à la société A en France, un procès-verbal de l'administration de l'enregistrement et des domaines luxembourgeoise faisant état de l'absence d'activité à Luxembourg donnant lieu à paiement de la T.V.A., un rapport du fisc français duquel il ressortait que la société A avait une activité commerciale en France, la gestion étant assurée depuis le domicile privé d'un administrateur.

Le tribunal a cependant considéré que les éléments de preuve présentaient un certain nombre de contrariétés et n'étaient pas suffisamment probants pour renverser la présomption de l'article 3 du règlement. Le tribunal s'est dès lors déclaré compétent et, estimant que les conditions de la faillite étaient réunies, a déclaré la société A en faillite.

En instance d'appel, la société A avait conclu à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises. L'État, qui avait assigné la société A en faillite, avait conclu au maintien du jugement sauf en ce qui concerne la date de la cessation des paiements qu'il estimait être antérieure à celle fixée par le tribunal.

S'agissant de la date à laquelle il faut se placer pour déterminer le lieu du centre des intérêts principaux, la Cour fait application de la solution retenue dans l'arrêt *Staubitz-Schreiber* en disant pour droit que « pour localiser le centre des intérêts principaux il faut se placer à la date de l'introduction de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité », donc à la date de l'assignation en faillite.

Il en résulte que « la date de la cessation des paiements, notion spécifique au droit des faillites luxembourgeois, n'est, partant, pas à prendre en considération lors de l'appréciation de la compétence territoriale internationale ».

Comme à son habitude, la C.J.U.E. a interprété le règlement à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur communautaire qui étaient d'éviter

la pratique du *forum shopping* (20), d'assurer le fonctionnement efficace des procédures transfrontières (21) et de garantir la sécurité juridique (22).

Après avoir fixé la date de référence, la Cour d'appel a procédé à l'analyse des éléments de preuve présentés par l'appelante pour en conclure qu'à la date de l'assignation en faillite le centre des intérêts principaux de la société A se trouvait en France.

Ce qui semble avoir été déterminant dans la décision du tribunal est la question de savoir si les tiers avaient raisonnablement pu croire que le centre des intérêts principaux de la société était en France. Relevant des incohérences dans les pièces présentées par la société A, comme, par exemple, le fait que les fournisseurs de la société A envoyaient les factures au siège social luxembourgeois de la société A et renseignaient le numéro de T.V.A. luxembourgeois de la société A, le tribunal a estimé que, même si certains tiers connaissaient la situation réelle, d'autres continuaient à s'adresser au siège de la société.

La Cour, de son côté, en recherchant la localisation de l'infrastructure matérielle et intellectuelle utilisée par la société A, s'est davantage concentrée sur les éléments qui démontraient le lieu où la société A exerçait son activité économique et à partir duquel la société A gérait habituellement ses relations avec ses principaux clients et fournisseurs. Ce faisant, elle a accordé moins d'importance à des éléments tels que le lieu où le conseil d'administration se réunissait, ou le lieu où la société A recevait son courrier, ou le fait que certains fournisseurs continuaient à facturer la société A au lieu de son siège social.

Les critères d'objectivité et de vérifiabilité retenus par la C.J.U.E. dans son arrêt *Eurofood* pour déterminer le centre des intérêts principaux, traduisent la nécessité de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité dans la détermination de la juridiction compétente, ce d'autant plus, que cette dernière détermine la loi applicable à la procédure d'insolvabilité.

Or, on constate que le tribunal et la Cour divergent quant à l'importance à donner à certains critères comparés à d'autres, ce qui démontre que, s'agissant d'une question de pur fait, la détermination du centre des intérêts principaux reste aléatoire et dépend du choix des indices pris en compte, de leur interprétation par les juges et de la force probatoire respective qui leur est attribuée.

Le même constat doit être fait lorsque l'on s'intéresse aux jurisprudences des tribunaux nationaux des différents États membres. Dans leur recherche de

(20) Quatrième considérant du règlement qui envisage la situation où le débiteur déplace ses avoirs ou son centre des intérêts principaux en vue d'améliorer sa situation juridique.

(21) Deuxième et huitième considérants du règlement.

(22) Point 27 de l'arrêt *Staubitz-Schreiber*, « Le maintien de la compétence de la première juridiction saisie assure une sécurité juridique plus grande aux créanciers qui ont évalué les risques à assumer en cas d'insolvabilité du débiteur au regard de la localisation du centre des intérêts principaux de celui-ci au moment où ils nouaient des relations juridiques avec lui ».

ce que les Anglais appellent les *headquarter functions*, les tribunaux s'appuient sur la méthode du faisceau d'indices, mais on s'aperçoit que la liste des indices pris en compte ainsi que l'importance attribuée à chacun de ces indices varient. En voici quelques exemples (23) :

- le lieu où se tiennent couramment les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales ;
- le lieu de résidence des administrateurs ;
- le lieu où se tiennent les négociations relatives à une restructuration ;
- le lieu de gestion de la trésorerie du groupe (24) ;
- le lieu à partir duquel s'opère la supervision ou la surveillance générale du groupe et la surveillance stratégique du groupe ;
- la localisation des principales relations commerciales ;
- la localisation des prêteurs ;
- la localisation des employés et des fonctions de ressources humaines ;
- la localisation des systèmes informatiques ;
- le lieu où est tenue la comptabilité ;
- la loi régissant les principaux contrats ;
- l'aura d'une marque et, plus généralement, la connaissance de la société.

On peut encore citer une affaire dans laquelle la Cour suprême anglaise a jugé que le caractère vérifiable devait s'examiner à la lumière des informations qui sont disponibles dans le domaine public et des éléments que le tiers est en mesure de déduire dans le cadre de la relation d'affaires ordinaire qu'il entretient avec la société (25).

Le risque de cette méthode est que les tribunaux disposent d'une grande de marge de manœuvre dans le choix des critères à prendre en compte ce qui peut amener certains d'entre eux, sous le couvert de l'arrêt *Eurofood*, à ne retenir que les critères qui sont susceptibles de justifier leur compétence. Bien que dans l'affaire *PIN Group* (26) il a été jugé que la pratique du *forum shopping* n'est pas en soi abusive à moins d'être pratiquée dans le seul dessein de nuire aux créanciers, cette pratique ne s'en trouve que facilitée dans la mesure où il suffit à un débiteur de se conformer aux critères habituellement retenus par la juri-

(23) L. WEBB and M. BUTTER, Baker & McKenzie LLP, « Forum shopping in insolvency proceedings, Practical Law Company, Restructuring and Insolvency », Resource ID :6-501-3377. Cet article contient les références de décisions anglaises, françaises et allemandes en la matière. Voir aussi les jurisprudences *Cœur Défense* : Comm. Paris, 7 octobre 2009, R.G. n° 2008089778 ; Comm. Paris, 7 octobre 2009, R.G. n° 2008089840 ; Versailles, 19 janvier 2012, R.G. n° 11/03519 ; Comm. Nanterre, 15 février 2006, D., 2006, 793.

(24) Il faut ici comprendre l'expression dans sa terminologie anglaise de *treasury management*.

(25) *Re Stanford International Bank Ltd and others* [2009] EWHc 1441 (Ch), cité dans L. WEBB et M. BUTTER, *op. cit.*

(26) AG Köln, *Beschl. v. 19.02.2008*, 73 IE 1/08.

diction choisie pour obtenir l'ouverture d'une procédure principale dans cette juridiction.

Il nous semble que le critère du centre des intérêts principaux tel qu'interprété par la C.J.U.E. dans l'arrêt *Eurofood* et appliqué en pratique par les juridictions nationales reste une notion top malléable qui ne permet pas d'atteindre les objectifs sous-jacents au Règlement à savoir éviter la pratique du *forum shopping*, assurer le fonctionnement efficace des procédures transfrontalières et garantir la sécurité juridique.

Le 20 octobre 2011, la C.J.U.E a eu l'occasion de revenir sur la notion du centre des intérêts principaux dans l'affaire *Interedil* (C-396/09). Nous invitons le lecteur à se référer à la troisième partie de cette chronique pour une analyse de l'arrêt *Interedil*.

D. – DÉFAUT DE PUBLICATION DES BILANS SOCIAUX (27) : SANCTION,
CARACTÈRE CIVIL OU PÉNAL DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE ;
RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

1. – *Sanction de l'absence de dépôt ou du dépôt tardif des comptes annuels, et analyse du caractère civil ou pénal de la liquidation judiciaire prévue par l'article 203 (1) de la LSC au regard de décisions de jurisprudence récentes*

Depuis 2006, les cours et tribunaux ont été amenés à se prononcer sur différents aspects touchant la sanction de l'absence ou du retard de dépôt des comptes annuels de sociétés luxembourgeoises tant sur la base de l'article 203 (1) de la LSC que sur base de l'article 163, 2°, de la LSC.

1.1 – Résumé des jurisprudences relatives
au non-dépôt des comptes entre 2006 et 2011

(i) Position traditionnelle des cours et tribunaux
en application de l'article 203 (1) de la LSC

La jurisprudence traditionnelle des cours et tribunaux relative à l'article 203 (1) de la LSC se base sur les travaux préparatoires de la loi du 19 mai 1978 complétant la LSC (28) qui a modifié l'article 203 (la « loi ») qu'elle utilise de façon stricte en vue de rejeter toute possibilité de justification ou de régularisation postérieure de la part de sociétés luxembourgeoises en défaut ou retard de déposer leurs comptes annuels. Ainsi, différents jugements et arrêts ont utilisé, entre autres, les arguments suivants à l'appui de leurs décisions :

(27) Rédigé en collaboration avec Julien De Mayer, avocat à la cour.

(28) Projet de loi complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Travaux parlementaires*, n° 2104, p. 2.

- « l'article 203 de [la LSC] tend à assurer aux pouvoirs publics une arme efficace pour veiller au respect des dispositions régissant le fonctionnement des sociétés commerciales, étant donné que les sanctions pénales s'avèrent trop souvent inefficaces dans la mesure [où] les administrateurs et responsables des sociétés séjournent souvent hors d'atteinte des organes judiciaires » (29) ;
- « la violation des dispositions légales sur l'approbation des comptes annuels et leur publication, édictée tant dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt du renom de la place financière, est à considérer comme une violation grave de la loi sur les sociétés commerciales, de sorte que le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pourra, dans le but de garantir une protection efficace de la loi, prononcer à la requête du ministère public, la dissolution et ordonner la liquidation de toute société qui y contrevient » (30) ;
- « une protection efficace des tiers serait illusoire si une régularisation postérieure des formalités prévues par la loi pouvait empêcher la mise en œuvre de la sanction de dissolution et de la liquidation judiciaire » (31) ;
- « toutes les excuses et tous les arguments que la société A a fait valoir pour atténuer le caractère de gravité des infractions par elle commises, notamment l'absence de mauvaise foi de ses dirigeants et l'absence d'atteinte à l'ordre public respectivement aux droits des tiers, sont sans pertinence aucune et partant nullement de nature à influencer sur la qualification des faits en cause » (32).

Les trois motifs retenus habituellement par les cours et tribunaux pour justifier l'absence de possibilité de régularisation postérieure ressortent tous de la *ratio legis* de l'article 203 de la LSC, à savoir que l'article 203 de la LSC, qui veille à la préservation des intérêts nationaux et des tiers, constitue une arme efficace pour veiller au respect des dispositions régissant le fonctionnement des sociétés commerciales et que le dépôt des comptes prévu à l'article 75 de la LSC est une disposition légale impérative.

(ii) Évolution de la position des cours et tribunaux

Nous relevons à l'occasion de notre chronique couvrant les années 2002 à 2006 que quelques décisions isolées avaient reconnu qu'un dépôt des comptes annuels postérieur à l'introduction de la requête par le procureur d'État pourrait régulariser la situation de la société. Il est intéressant de constater que

(29) Cour d'appel, comm., 20 décembre 2006, n° 31259 du rôle, Legicorp ID : 12476 ; dans le même sens, Cour d'appel, comm., 28 octobre 2009, n° 34730 du rôle, *D. A./O. R.*, n° 97, 01/2011, p. 95.

(30) Cour d'appel, comm., 23 mars 2011, n° 26199 du rôle, non publié.

(31) *Ibid.*

(32) Cour d'appel, comm., 28 octobre 2009, *op. cit.*, p. 97.

depuis 2006, les tribunaux d'arrondissement ont souvent pris en compte l'argument de régularisation postérieure dans leur argumentation et ont rejeté la dissolution en la considérant comme disproportionnée sur cette base(33). Le rejet de la dissolution par les cours et tribunaux dans ces décisions est alors le résultat d'un test qui a la teneur suivante :

- vérification que la société n'exerce pas une activité illégale ou répréhensible au Luxembourg ou à l'étranger ;
- vérification qu'il ne s'agit pas d'une « coquille vide » dépourvue d'activité et d'organes sociaux ;
- vérification que la dissolution constitue un moyen efficace pour remédier à la situation de la société.

En cas de régularisation postérieure, le test est réalisé à un moment qui suit la régularisation et non au moment de l'introduction de la requête du procureur d'État.

Cette interprétation est basée sur le libellé de l'article 203 de la LSC qui, contrairement aux textes pénaux, « révèle que le législateur a laissé au tribunal un pouvoir souverain d'appréciation dans l'application de cet article. En effet, le tribunal a la faculté de prononcer la dissolution et la mise en liquidation d'une société qui a contrevenu aux dispositions du droit pénal, du droit des sociétés ou du droit d'établissement, en appréciant, au cas par cas, si les contraventions constatées justifient une dissolution de la société, et si la dissolution constitue un moyen efficace au sens du texte de loi »(34). Deux éléments sont à ressortir de cette lecture, à savoir que, d'une part, le tribunal est doté d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet d'évaluer si la contravention justifie une dissolution, d'autre part, la dissolution doit s'avérer être un moyen efficace pour remédier à la situation de la société.

Si cette interprétation a trouvé un écho favorable auprès des tribunaux d'arrondissement, elle n'a fait qu'une timide percée auprès de la Cour d'appel, amenant parfois cette dernière à tenir des raisonnements pour le moins surprenants.

(33) Trib. arr. Diekirch, 22 mars 2006, jugement n° 171/2006 ; Trib. arr. Diekirch, 22 mars 2006, jugement n° 169/2006 ; Trib. arr. Luxembourg, 7 juin 2007, n° 107898 du rôle, Legicorp ID : 11060 ; Trib. arr. Luxembourg, 22 novembre 2007, n° 109409 et 109410 du rôle, Legicorp ID : 12290 ; Trib. arr. Luxembourg, 10 avril 2008, n° 112714 et 112715 du rôle, Legicorp ID : 13773 ; T. Arr. Luxembourg, 19 février 2009, n° 119034 du rôle, Legicorp ID : 11998 ; Trib. arr. Luxembourg, 28 avril 2010, n° 128989 du rôle, Legicorp ID : 16191 ; Trib. arr. Luxembourg, 3 juin 2010, n° 129180 du rôle, Legicorp ID : 16194 ; Trib. arr. Luxembourg, 15 juillet 2010, n° 130676 du rôle, non publié.

(34) Trib. arr. Luxembourg, 28 avril 2010, n° 128989, *op. cit.*

(iii) Analyse de deux arrêts de la Cour d'appel

Nous proposons de nous attarder sur deux arrêts de la Cour d'appel l'un rendu le 25 octobre 2006(35) et l'autre le 20 décembre 2006(36) en appel de deux jugements rendus par le tribunal d'arrondissement de Diekirch le 22 mars 2006(37). Ces deux arrêts sont intéressants, car ils illustrent une différence de traitement entre les sociétés opérationnelles implantées commercialement au Luxembourg et les sociétés de participation financière au sens large.

Le 22 mars 2006, le tribunal d'arrondissement de Diekirch a rendu deux jugements distincts sur opposition contre deux sociétés à l'encontre desquelles le procureur d'État de Diekirch avait requis la dissolution pour motif de dépôt tardif des comptes annuels. Les deux jugements portent sur des sociétés dans des situations relativement comparables en ce que ces deux sociétés étaient en défaut de dépôt de leurs comptes annuels relatifs à plusieurs années consécutives et que ces deux sociétés ont procédé à un dépôt des comptes litigieux à la suite de la prise de connaissance de la procédure entamée contre elles. Seules les activités et la substance des deux entités diffèrent en ce que la première, malgré un objet social de type commercial, semble avoir été créée pour détenir un terrain à l'étranger (ci-après « A »), et que la seconde est une entreprise générale de construction basée au Luxembourg ayant quelques employés (ci-après « B »)(38).

Le tribunal de Diekirch a constaté à l'encontre de A et de B que le dépôt tardif de bilans était la seule irrégularité qui pouvait leur être reprochée. Le Tribunal a retenu au profit de A que le défaut de dépôt était dû à un événement indépendant de sa volonté (problèmes avec le comptable de la société A) et au profit de B que, vu sa bonne foi prouvée (elle pouvait valablement croire que les bilans seraient établis et publiés, car elle avait payé les factures de son comptable relatives à ces formalités), le défaut de dépôt était dû à un événement indépendant de sa volonté. Le tribunal a enfin constaté à l'égard de A et de B que la dissolution apparaissait comme disproportionnée par rapport à l'irrégularité qui leur était reprochée.

La Cour d'appel a ensuite réformé le jugement rendu à l'encontre de A, qui se défendait en invoquant les fautes de son comptable, en motivant sa décision comme suit : « les irrégularités constatées – qui sont à attribuer à un manque d'organisation interne de A et à un comportement négligent de ses gérants –

(35) Cour d'appel, comm., 25 octobre 2006, n° 31258 du rôle, Legicorp ID : 11865.

(36) Cour d'appel, comm., 20 décembre 2006, n° 31259 du rôle, *op. cit.*

(37) Trib. arr. Diekirch, 22 mars 2006, jugement n° 171/2006 ; Trib. arr. Diekirch, 22 mars 2006, jugement n° 169/2006.

(38) Ces affirmations sont tirées des données disponibles publiquement sur internet, en ce compris les données relatives à ces sociétés disponibles sur le site internet du *Mémorial C*, recueil des sociétés et associations et sur le site internet du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg.

sont, de par leur caractère répétitif, suffisamment graves pour justifier la dissolution et la liquidation de la société ».

En appel, la Cour d'appel a confirmé le jugement rendu à l'encontre de B, qui se défendait en plaçant que la dissolution et la liquidation de la société seraient disproportionnées par rapport à l'infraction commise, en motivant sa décision comme suit : « le non-dépôt au registre de commerce et des sociétés des bilans (...) n'est pas à chercher dans le comportement négligent des gérants de B ou à attribuer à un manque de collaboration de leur part. Au contraire, B – qui s'est ponctuellement acquittée du paiement des factures concernant la confection des bilans litigieux – a raisonnablement pu croire que le dépôt des bilans au registre de commerce et des sociétés avait été régulièrement effectué par leur comptable. »

À l'occasion du jugement rendu contre A, la Cour n'a pas fait de test pour vérifier la proportionnalité de la sanction de dissolution à l'égard de A. Elle s'est contentée de rappeler sa position traditionnelle en constatant que A n'avait pas déposé ses comptes et que la régularisation était intervenue postérieurement à la requête du procureur d'État avant de motiver son jugement tel que décrit ci-dessus.

À l'occasion du jugement rendu contre B, la Cour a commencé par rappeler les principes applicables en la matière dans le littéra a) « principes » du jugement. Ensuite, dans le littéra b) « application » du jugement, elle s'est attardée sur la justification de l'absence de dépôt des comptes avancée par B et a analysé la proportionnalité de la sanction de liquidation.

Les deux jugements ont donc abordé et traité ces deux sociétés, au demeurant dans une situation presque identique exception faite de leur substance à Luxembourg, de manière différente. La différence de traitement entre les deux sociétés est difficilement acceptable sur base des motifs retenus par la Cour d'appel, car elle accepte la défense de B par laquelle cette dernière justifie le non-dépôt de ses comptes par une faute de son comptable et elle rejette ce même argument dans le chef de A. À ce propos, il est permis de se demander si une société qui paie les factures de son comptable pour des services qu'il n'a pas rendus est effectivement mieux organisée et gérée par des gérants moins négligents qu'une société s'étant probablement acquittée des factures de son comptable qui invoque une faute professionnelle de ce dernier...

Selon nous, la divergence d'argumentation retenue entre ces deux arrêts est à trouver dans le fait que la société A est une société de participation n'ayant pas d'activité commerciale au Luxembourg et que la société B est une société dite opérationnelle ayant une activité commerciale localisée au Luxembourg. La différence de traitement entre les deux sociétés aurait été justifiée objectivement si la Cour d'appel avait motivé, ne fût-ce qu'en partie, sa décision sur base

des travaux parlementaires de la loi qui précisent que l'article 203 de la LSC a pour vocation, entre autres choses, de « lutter contre les sociétés “coquilles vides”, sans activité et sans organes sociaux ».

(iv) Cas particulier des arrêts de la Cour de cassation du 25 février 2010

Dans le cadre de l'application de l'article 163, 2°, de la LSC où des gérants et/ou administrateurs de sociétés étaient poursuivis pénalement pour défaut de dépôt de comptes dans les délais légaux, la Cour de cassation luxembourgeoise a été amenée à rendre deux arrêts le 25 février 2010 (39) où elle a pris position sur la question de l'existence ou, à tout le moins, de la validité du raisonnement juridique lié aux infractions dites matérielles. Une infraction qualifiée de matérielle est à comprendre comme une infraction pour laquelle « il suffit que le fait incriminé soit matériellement constaté pour que le délinquant soit répréhensible indépendamment de la démonstration par le ministère public d'une faute intentionnelle ou non intentionnelle à charge de ce délinquant » (40).

Nous renvoyons à la littérature juridique au sujet des infractions matérielles, et nous ne développerons pour les besoins de notre analyse que la conclusion de ces arrêts qui retiennent que cette théorie des infractions matérielles est à rejeter en droit luxembourgeois et « qu'à défaut d'indication précise dans le texte de loi de l'élément moral exigé, il est permis de présumer l'existence de l'élément moral de la simple réalisation matérielle de l'infraction (41) », laquelle présomption est réfragable. Pour écarter cette présomption, le prévenu pourra invoquer une cause de justification ou une cause de non-imputabilité.

En appliquant les principes détaillés dans ces arrêts au défaut de dépôt des comptes par les gérants sociaux et par les sociétés dans le cadre de leur responsabilité pénale, il faudra analyser si l'infraction ne résulte pas d'une cause étrangère ou d'un cas de force majeure constituant une contrainte telle que prévue par l'article 72-1 du Code pénal luxembourgeois.

Du point de vue du dirigeant, une telle cause de non-imputabilité peut être le cas où l'organe de gestion, après avoir préparé les comptes annuels et convoqué l'assemblée générale annuelle dans les délais légaux, est confronté à la mauvaise volonté ou une absence de coopération des actionnaires de la société et où, par exemple, les exigences en matière de quorum ne sont pas remplies ou les actionnaires ne se présentent pas à l'assemblée générale annuelle. Dans ce cas, le défaut de dépôt des comptes est dû à une absence de coopération des

(39) Cass., 25 février 2010, arrêt n° 10/2010 pénal, Not. 25574/06/CD, n° 2735 du registre, *J.T.*, 5/2010, p. 174, et Cass., 25 février 2010, arrêt n° 11/2010 pénal, Not. 25574/06/CD, n° 2734 du registre, *J.T.*, 5/2010, p. 184.

(40) Conclusions de M. l'avocat général John Pétry, Cass., 25 février 2010, arrêt n° 10/2010 pénal, Not. 25574/06/CD, n° 2735 du registre, *J.T.*, 5/2010, p. 174.

(41) N. COLETTE-BASECQZ, obs. sous Cass., 25 février 2010, arrêt n° 11/2010 pénal, *op. cit.*, p. 184.

actionnaires, et l'infraction commise par la société et les gérants est alors due à un cas de force majeure.

Il est particulièrement intéressant de noter que, dans le cadre d'une inculpation pénale sur base de l'article 163, 2°, de la LSC, le prévenu pourra invoquer des causes de justification ou de non-imputabilité pour se défendre contre les allégations faites à son encontre. De plus, le tribunal ou la cour saisie d'un tel dossier devra apporter des réponses et motiver son jugement en prenant en compte les éléments soulevés. Les motivations telles que figurant ci-dessous ne sont donc, théoriquement, plus acceptables.

« Ce serait vider l'article 163 de sa raison d'être si l'administrateur, pour échapper à des poursuites pénales, n'aurait qu'à affirmer que les assemblées générales n'avaient pas réuni le quorum nécessaire pour procéder à l'approbation des comptes ou que les actionnaires présents auraient refusé d'approuver les comptes (42). »

1.2 – Caractère civil ou pénal de la sanction du non-dépôt des comptes ou du dépôt tardif des comptes ?

Les travaux parlementaires préalables à l'introduction de l'article 203 de la LSC mentionnent que la sanction de dissolution qui y est prévue est une sanction civile par opposition aux sanctions pénales qui sont jugées comme trop souvent inefficaces par les mêmes travaux parlementaires. Il est néanmoins permis de mettre cette qualification en question (43).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« C.E.D.H. ») relative à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme (44) a, dans le cadre de l'interprétation à donner à l'expression « accusation en matière pénale » de ce même article, été amenée à développer des critères permettant de déterminer dans quels cas une règle de droit doit être considérée comme une règle pénale (45).

Sa jurisprudence a pris une position tranchée quant à la qualification qu'un État peut donner à un fait et sa sanction en droit interne :

« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction

(42) Cour d'appel, 17 juin 2009, n° 320/09.

(43) S. FERREIRA, « Quel sort le nouveau régime de responsabilité pénale des personnes morales réserve-t-il à l'article 203 de la L.C.S. », note sous Cour d'appel, 4^e ch., 28 octobre 2009, n° 34730 du rôle, *D.A./O.R.*, 2011/97, pp. 97 et s.

(44) « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

(45) L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 254. ; D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 48-49.

“mixte” sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l’objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s’assurer, sur le terrain de l’article 6 et en dehors même des articles 17 et 18, que le disciplinaire n’empiète pas indûment sur le pénal (46). »

Le test développé par la C.E.D.H. pour analyser le caractère pénal d’une règle interne se déroule en trois étapes qui analysent successivement la qualification donnée en droit interne au comportement, la nature du fait à l’origine de la sanction et le but et la sévérité de la sanction.

Dans un premier temps donc, la qualification en droit interne doit être analysée.

« Il importe d’abord de savoir si le ou les textes définissant l’infraction incriminée appartiennent, d’après la technique juridique de l’État défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois. Il s’agit cependant là d’un simple point de départ. L’indication qu’il fournit n’a qu’une valeur formelle et relative; il faut l’examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers États contractants (47). »

Ensuite, la nature du fait à l’origine de la sanction doit être analysée. Il s’agira ici d’apprécier si le fait à l’origine de la sanction est de nature à heurter la conscience collective en dehors de toute considération de la qualité professionnelle de l’individu en faute. La C.E.D.H. a ainsi considéré qu’un militaire est astreint à des obligations d’obéissance plus larges (48), et qu’un médecin ou un avocat sont astreints à une obligation de délicatesse de comportement plus importante que d’autres professions. Dans ces cas précis, la nature disciplinaire de la sanction sera préférée à la nature pénale, en ce que la sanction est assortie à la qualité professionnelle de la personne, pour autant que le but et la nature de la sanction applicable au comportement ne révèlent pas un quelconque caractère pénal.

Enfin, l’élément le plus important mis en avant par la jurisprudence de la C.E.D.H. est l’analyse du but et de la sévérité de la sanction.

« [Le contrôle de la Cour] se révélerait en général illusoire s’il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l’intéressé. Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la “matière pénale” les privations de liberté susceptibles d’être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d’exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité

(46) Arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A, « Quel sort le nouveau régime de responsabilité pénale des personnes morales réserve-t-il à l’article 203 de la L.C.S. 22-A, § 81.

(47) Arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *ibid.*, § 82.

(48) Arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *ibid.*, § 82.

de l'enjeu, les traditions des États contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne (49). »

L'analyse de l'article 203 de la LSC selon le test décrit ci-dessus pourrait être faite comme suit :

- qualification en droit interne

En droit interne luxembourgeois, la sanction prévue par l'article 203 de la LSC est de nature civile ainsi que les cours et tribunaux luxembourgeois l'ont rappelé à maintes reprises en citant les travaux parlementaires de la loi introduisant cet article (voir ci-dessus).

- la nature du fait à l'origine de la sanction

Le fait à l'origine de la sanction est-il de nature à heurter la conscience collective en dehors de toute considération de la qualité professionnelle de l'individu en faute ? L'article 203 de la LSC prévoit que la dissolution pourra être requise contre « toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales ». Il ressort de cet article à travers (i) une référence directe à la loi pénale et (ii) l'utilisation de l'expression « contrevient » que le fait à l'origine de la sanction peut être qualifié de pénal. De plus, le fait ne s'attache pas à une certaine qualité de professionnels, mais aux sociétés en général. On peut donc déduire du libellé de l'article 203 de la LSC que le fait de ne pas respecter la loi pénale et les dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales sont de nature à heurter la conscience collective (autant que faire se peut) sans devoir considérer la nature et l'activité de la société en cause.

- le but et de la sévérité de la sanction

Comme exposé ci-avant, les travaux parlementaires de la loi ont posé trois raisons à l'origine de l'introduction de la sanction prévue par l'article 203 :

- (i) veille à la préservation des intérêts nationaux et des tiers ;
- (ii) arme efficace pour veiller au respect des dispositions régissant le fonctionnement des sociétés commerciales ;
- (iii) lutter contre les sociétés « coquilles vides ».

La jurisprudence luxembourgeoise, comme exposé ci-avant, a largement utilisé ces trois arguments pour justifier son application de l'article 203.

Au vu de ces trois critères, on peut légitimement déduire que le but prévalant à l'introduction de l'article 203 de la LSC a un caractère pénal, car on y retrouve une composante comminatoire et une composante compensatoire du fait que l'on veut sanctionner.

(49) Arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *ibid.*, § 82.

Enfin, la sanction prévue par l'article 203 de la LSC est l'élément le plus déterminant à l'appui d'une qualification pénale de celui-ci. En effet, la sanction de dissolution est la sanction la plus grave qui puisse être infligée à une personne morale. L'article 38 de la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales, prévoit que « la dissolution peut être prononcée lorsque, intentionnellement, la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine privative de liberté supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ».

À la suite de cette analyse, il subsiste peu de doutes sur une éventuelle qualification de l'article 203 de la LSC comme étant une « accusation en matière pénale » dans le sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette qualification soulève plusieurs questions liées aux différentes sanctions applicables aux différentes personnes relatives à l'élaboration des comptes, et à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

(i) Questions de droit pénal liées à la nature pénale
de l'article 203 de la LSC

En vertu de l'article 163, 2°, de la LSC, les gérants qui ont omis de publier les comptes annuels d'une société sont passibles d'une peine d'amende de 500 à 25 000 EUR. Cet article n'incrimine ce comportement qu'à l'égard des gérants et exclut de son champ les sociétés (à moins qu'elles n'agissent comme gérant d'une société). La loi luxembourgeoise prévoit donc une sanction plus grave à l'égard d'une société qu'à l'égard d'un gérant pour des faits identiques.

(ii) Application possible de la responsabilité pénale
des personnes morales ?

En note préliminaire, il est utile de rappeler que la responsabilité pénale d'une personne morale ne peut être engagée sur base de l'article 34 du Code pénal luxembourgeois que si un *délit ou un crime* a été commis *au nom et pour le compte* de la personne morale.

L'infraction prévue par l'article 203 de la LSC est-elle un crime ou un délit ? En l'occurrence l'article 203 de la LSC prévoit une peine de dissolution qui est, comme nous l'avons vu, la peine la plus grave qui puisse être prononcée à l'égard d'une personne morale. Le défaut de dépôt des comptes est donc à considérer en droit pénal au moins comme un délit, sinon comme un crime.

Le délit de non-dépôt des comptes peut-il être commis au nom et pour le compte de la personne morale ? Ce délit est nécessairement commis au nom de la personne morale, car c'est elle qui est débitrice de l'obligation de dépôt.

Il est moins sûr qu'il puisse être commis pour le compte de la personne morale. En effet, les travaux parlementaires ainsi que les commentaires ayant suivi l'introduction de la responsabilité des personnes morales (50), s'accordent à dire que la société doit tirer un bénéfice direct ou indirect de l'infraction pour qu'elle soit commise pour son compte. Dans le cas de l'infraction de défaut de dépôt de comptes, on ne peut pas considérer que cette infraction puisse bénéficier à la société en ce qu'elle ne lui procure aucun avantage ni ne lui bénéficie. Cette infraction est même commise en opposition avec les intérêts de la société, car elle met cette dernière dans une situation désavantageuse vu le risque de dissolution qu'elle implique.

En outre, en vertu de la relation de mandat qui existe entre une société et son organe d'administration, un gérant ou administrateur commettant une infraction de défaut de dépôt des comptes d'une société ne peut pas engager la société, car cette infraction sort clairement des limites de son mandat en ce qu'il n'agit pas dans l'intérêt de la société, en contravention de la loi et des statuts.

Il ressort de cette analyse qu'une société ne pourrait pas être condamnée pénalement pour défaut de dépôt de comptes annuels :

- l'infraction de non-dépôt des comptes ne pourra jamais être considérée comme commise dans l'intérêt d'une société ;
- l'infraction de non-dépôt des comptes est une infraction dont il est permis de présumer l'existence de l'élément moral de la simple réalisation matérielle de l'infraction ;
 - cette présomption peut être renversée par l'invocation d'une cause de non-imputabilité ;
 - une société étant un être moral, cette dernière n'agit et n'existe qu'à travers ses organes ;
 - la société pourra donc systématiquement invoquer une faute de ses organes ou d'un prestataire de services comme cause de non-imputabilité de l'infraction.

Et après ?

En écartant le caractère civil de la sanction prévue par l'article 203 de la LSC et en lui appliquant les règles pénales au regard des règles de droit applicables aux sociétés, l'efficacité de l'article 203 de la LSC est mise à mal et cela

(50) M. LEONARDIS et C. PAUWELS, « Le droit pénal à l'assaut des personnes morales », *Jurisnews – Regard sur le droit des sociétés*, 6/2010, n° 5, p. 106 ; S. FERREIRA, « L'introduction en droit luxembourgeois d'un régime général de responsabilité pénale des personnes morales : une révolution juridique de grande envergure », *Ace – Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, 6/2010, n° 6, p. 15 ; J.-L. SCHILTZ, « Les personnes morales désormais pénalement responsables », *J.T.L.*, 2010, p. 160.

aurait, au-delà de toutes les considérations développées ci-dessus, une série de conséquences connexes.

Le libellé de l'article 203 de la LSC mériterait donc une refonte en vue d'éviter une qualification pénale de celui-ci et en vue de le moderniser et de l'adapter suite à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

À cette fin, la dissolution judiciaire des sociétés qui ne sont plus actives prévue par l'article 182 du Code des sociétés belge pourrait constituer une bonne base de départ en ce que la sanction et les effets de la disposition sont identiques, seules ses modalités pratiques étant différentes, car la dissolution ne peut être requise que dans les cas où les comptes annuels de trois années consécutives n'ont pas été déposés, qu'une faculté de régularisation existe jusqu'au prononcé de la décision de justice et que cette règle n'est pas prise dans un but de sanction, mais dans le but de lutter contre les sociétés dites dormantes dont la persistance a une influence néfaste sur l'économie et les statistiques.

E. – NOMINATION D'UN RÉVISEUR D'ENTREPRISES :
ARTICLE 69(4) DE LA LOI RCS

**Référé du 16 décembre 2011 – N° 1734/2011 : Article 69 (4) de la loi
du 19 décembre 2002 sur le RCS – Nomination d'un réviseur d'entre-
prises par le tribunal (non) – Absence de comptes**

Un actionnaire R minoritaire d'une société anonyme (la société « A ») n'a plus accès aux informations financières de la société A, car les comptes annuels ne sont pas établis, ni publiés.

La société A n'a pas de réviseur d'entreprises, puisqu'elle ne dépasse pas les seuils décrits à l'article 35 de la loi RCS.

L'actionnaire R assigne la société A en référé en demandant au tribunal la nomination d'un réviseur d'entreprises sur la base de l'article 69 (4) de la loi RCS. Cet article précise que dans le cadre d'une société ne dépassant pas les seuils ci-dessous mentionnés, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, siégeant comme en matière de référés, de désigner aux frais de la société, pour un délai allant jusqu'à cinq ans, un réviseur d'entreprises aux fins de contrôler les comptes annuels lorsque ceux-ci ou le rapport de gestion ne sont pas établis conformément à la loi RCS.

La société A répond que : « La demande serait prématurée alors que ce ne serait qu'après l'approbation des comptes lors de l'assemblée générale du 23 décembre 2011 que le requérant pourrait saisir la présente juridiction s'il devait estimer que les comptes annuels et rapports de gestions 2009 et 2010 n'étaient pas établis conformément à la loi ».

En outre, « l'article 69 (4) ne viserait pas la situation de l'espèce étant donné qu'il ne pourrait s'appliquer qu'au cas où les principes comptables énumérés par la loi n'auraient pas été respectés ».

Finalement, « les prétendues fautes de gestion échapperaient au contrôle du réviseur d'entreprises ».

Les actionnaires majoritaires de la société A ont également souhaité agir en introduisant une requête en intervention volontaire. Après avoir démontré leur intérêt à agir, ils constatent que :

« l'article 69 (4) de cette loi ne vise pas les cas où les comptes n'ont pas été établis. Cet article est en effet une émanation de l'article 256 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales tel qu'il ressortait de la loi du 4 mai 1984 (*Mémoire* n° 40 du 10 mai 1984, p. 586, doc. parl. 2657) et qui était destinée à adapter la loi sur les sociétés à la directive 78/660 du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1978.

Cette directive prescrivait que les comptes annuels des sociétés visées par elle devaient être contrôlés « par une ou plusieurs personnes habilitées en vertu de la loi nationale au contrôle des comptes », à un moment où il n'existait pas au Luxembourg de dispositions prescrivant que le contrôle des comptes des sociétés de capitaux visées soit exercé par des personnes justifiant d'une qualification déterminée, ni d'ailleurs d'une indépendance suffisante par rapport à la société contrôlée.

La directive permettait que les petites sociétés puissent être exonérées du contrôle obligatoire sous condition que « des sanctions soient introduites pour le cas où les comptes annuels ou le rapport de gestion des sociétés en question ne sont pas établis conformément à la présente directive ». La loi s'y est conformée en prévoyant pour le cas où l'éventualité envisagée se réalise, que toute personne intéressée pouvait demander au président du tribunal de commerce, siégeant comme en matière de référés, de désigner aux frais de la société, pour un délai pouvant aller jusqu'à cinq ans, une personne répondant aux exigences du paragraphe premier et aux fins voulues par ce dernier.

Le Conseil d'État a d'ailleurs approuvé que les auteurs du projet ont eu recours à l'option ouverte par la directive en permettant d'exempter de ce contrôle les entreprises de petite taille, de même qu'ils ont approuvé la sanction introduite par le projet pour le cas où l'absence d'un tel contrôle conduirait à l'établissement de comptes irréguliers. »

Ainsi, « l'article 69 (4) dans sa version actuelle vise donc clairement des comptes irréguliers et l'article n'est pas destiné à s'appliquer dans les cas où les comptes n'ont pas été établis, la mission du réviseur d'entreprise étant limitée à la révision des comptes établis ».

Le tribunal fait siens ces arguments et rejette la demande de l'actionnaire R.

II. – Droit des sociétés spécial

A. – SOCIÉTÉ ANONYME

1. – *Assemblées générales : convocation ; droit préférentiel de souscription ; abus de majorité*

Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34800 du rôle : irrégularités des convocations aux assemblées générales (oui et non), non-observation du droit préférentiel de souscription (oui), abus de majorité (non), nullité (oui)

Dans un premier temps, les appelants, deux personnes physiques actionnaires minoritaires (ci-après les « minoritaires ») dans une S.A. luxembourgeoise (ci-après la société VH), ont contesté la régularité de convocations faites pour trois assemblées de la société VH comme n'étant pas conformes aux dispositions de l'article 70 de la LSC.

Le deuxième volet de cette affaire concernait la régularité de certaines augmentations de capital au sujet desquelles les minoritaires ont estimé qu'elles avaient été faites en violation de leur droit préférentiel de souscription prévu à l'article 32 (3) de la LSC.

Enfin, les minoritaires ont soulevé que l'actionnaire majoritaire s'était livré à certains agissements constitutifs d'un abus de majorité.

1.1 – Régularité des convocations

(i) Première convocation : *date, expéditeur, signataire*

Les appelants ont estimé que la convocation n'était pas valable pour trois raisons : (i) la convocation n'était pas datée, (ii) elle avait été envoyée de l'étranger par une société tierce et (iii) elle ne comportait qu'une seule signature et ne pouvait donc, selon les appelants, émaner du conseil d'administration de la société VH.

La Cour d'appel s'est penchée sur la régularité de la convocation en analysant si elle avait été envoyée dans le délai légal prescrit par l'article 70 de la LSC.

Les actions émises par la société VH sont nominatives. Conformément à l'article 70 de la LSC, lorsque toutes les actions sont nominatives, les convoca-

tions pour toute assemblée générale sont valablement faites par lettre recommandée adressée huit jours avant l'assemblée aux actionnaires en nom (51).

La première assemblée avait été convoquée par lettre recommandée expédiée le 4 décembre 2006. L'assemblée s'est tenue le 12 décembre 2006.

Le tribunal de première instance a considéré que la convocation était conforme à l'article 70 de la LSC comme ayant été envoyée huit jours avant la tenue de l'assemblée.

La Cour d'appel a confirmé cette analyse et a ajouté que l'article 70 de la LSC n'exige pas que la convocation porte elle-même une date.

Il est admis que le délai de convocation de huit jours avant la tenue de l'assemblée est un délai non franc et que pour le calcul du délai il est permis de prendre en compte le jour de l'envoi de la lettre recommandée (le législateur n'ayant pas exigé « au moins » huit jours avant l'assemblée (52)) mais non le jour de l'assemblée (53) (le texte exige huit jours *avant* l'assemblée, le jour de l'assemblée ne peut donc compter).

Le tribunal de première instance a considéré que l'endroit à partir duquel la convocation avait été envoyée ainsi que l'identité de l'expéditeur de la convocation étaient sans incidence sur la régularité de la convocation du moment que la convocation avait été envoyée dans le délai prescrit par l'article 70 de la LSC, avait été écrite sur papier à en-tête de la société VH et avait été signée par le président du conseil d'administration de la société VH pour le compte de celle-ci sur délégation du conseil d'administration.

La Cour d'appel a confirmé la régularité des convocations en précisant que l'expédition matérielle des convocations peut être prise en charge par une autre société que celle qui convoque et que tout actionnaire diligent doit prendre réception de tous les courriers recommandés qui lui sont adressés sous peine de commettre une faute dont il ne pourra se prévaloir pour critiquer la validité de la convocation. En l'occurrence, il ressortait du pacte d'actionnaires conclu au niveau de la société VH que la société ayant convoqué l'assemblée était une société liée à la société VH de sorte que les appelants ne pouvaient ignorer son existence.

(ii) Deuxième convocation : *courriels, délai*

La société VH avait convoqué une assemblée générale extraordinaire dont l'objet était la révocation immédiate de trois membres du conseil d'administra-

(51) Bien que l'article 70 de la LSC ne précise pas le délai dans lequel les convocations par lettres recommandées sont à envoyer aux actionnaires en nom, le délai à respecter est le même que dans le cas prévu au sixième paragraphe de l'article 70 de la LSC à savoir huit jours avant l'assemblée. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1954, p. 436, no 694.

(52) C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 1933, p. 258, n° 1144.

(53) F. DE BRAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, p. 93, n° 186, et p. 94, n° 189.

tion, dont les minoritaires. Il leur était reproché d'avoir vendu des participations détenues par la société VH à des sociétés avec lesquelles les minoritaires avaient des liens étroits et pour un prix anormalement bas.

La convocation avait été faite par courriels envoyés aux actionnaires vingt-quatre heures avant la date de l'assemblée. La société VH a invoqué l'urgence de la situation au vu des faits précités pour justifier les irrégularités des convocations. Ensuite, la société VH a soutenu que les droits des actionnaires n'avaient pas été lésés et que le non-respect des formalités de convocation n'aurait pas affecté la validité de la décision prise en assemblée.

Les juges de première instance ont suivi l'argumentation de l'intimée :

« Cette assemblée n'a pas été convoquée selon les modalités prévues par la loi, c'est-à-dire par lettre missive adressée huit jours avant l'assemblée, ni selon les modalités prévues par les statuts de la société. [...] Dans la mesure où il est démontré que les demandeurs ont bien reçu les courriels les informant de la tenue de l'assemblée, que le caractère urgent de la décision à prendre justifiait l'abréviation des délais et le mode de convocation par courrier *e-mail*, [...] 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, il n'y a pas lieu d'annuler l'assemblée pour ce motif. »

Il ressort de ce qui précède qu'une convocation non conforme aux dispositions de l'article 70 de la LSC notamment en termes de forme et de délai n'emporterait pas la nullité de la décision prise du moment que le non-respect des exigences légales en matière de convocation se justifie par l'urgence de la situation, que le droit des actionnaires d'assister à l'assemblée n'est pas affecté et que, même si l'assemblée avait été régulièrement convoquée, le résultat des délibérations aurait raisonnablement été le même.

Les juges d'appel n'ont cependant *pas* suivi le raisonnement des premiers juges :

« La Cour ne dispose pas d'éléments suffisants de preuve établissant que ces *e-mails* fussent arrivés à destination et, à supposer que les *e-mails* fussent arrivés à destination, que [les minoritaires] en aient pris connaissance avant l'ouverture de l'assemblée générale fixée au lendemain à 18 heures.

Il n'est donc pas établi que [les minoritaires] aient été convoqués. »

En l'absence de preuves suffisantes démontrant que l'avis de convocation était arrivé à destination et avait été consulté, la Cour n'a pas considéré les convocations par courriels comme constituant un début de convocation, même

non conforme aux exigences de l'article 70 de la LSC, mais a considéré qu'il y avait *absence de convocation*.

En effet, la Cour a jugé 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 (*cf.* VAN RYN, *Principes de droit commercial*, éd. 1954 n° 718 ; VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, « Chronique jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1967, p. 364 ; A. STEICHEN *Droit spécial des sociétés*, n° 850).

Dans ces circonstances, 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. »

Cet arrêt s'inscrit dans la controverse qui existe en jurisprudence et en doctrine belge de savoir si les irrégularités de forme sont sanctionnées par une nullité facultative ou une nullité absolue.

Il est admis en jurisprudence tant belge (54) que luxembourgeoise (55) qu'une convocation irrégulièrement faite n'emporte pas nécessairement la nullité de l'assemblée. « Tout dépend de l'importance de l'irrégularité, les tribunaux ne devant prononcer cette sanction rigoureuse que si le fait a été suffisamment grave pour vicier essentiellement la décision de l'assemblée et ainsi donner lieu à un grief sérieux (56). »

Cette jurisprudence pragmatique, appliquée par les juges de première instance dans le cas étudié, est ce que le professeur Heenen appelle la « solution appréciative » :

« La violation des règles de forme et de délai est sanctionnée par une nullité facultative. Il s'agit là, en effet, de questions de fait à apprécier souverainement par les juges. Le non-respect de la réglementation légale de la tenue des assemblées générales n'a pas pour sanction la nullité absolue des délibérations, mais leur annulabilité au cas où l'observation de ces formalités aurait pu en modifier le résultat. La loi n'édicte, en effet, aucune nullité expresse, les tribunaux jouissent donc d'un pouvoir d'appréciation. En fait les juges ne prononceront la nullité que si l'omission des formalités vicie essentiellement les décisions intervenues ; au contraire, ils la refusent s'il apparaît comme certain qu'une

(54) Cass., 5 juillet 1878, *Pas. b.*, 1878, I, 300; Comm. Bruxelles, 7 octobre 1960, *R.P.S.*, 1961, p. 241 ; Comm. Verviers, 28 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1993, p. 797, n° 134.

(55) Cour d'appel, 13 juin 1928, *Pas.*, 11, 426.

(56) J. CORBLAU, *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales*, p. 161, cité dans J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, éd. 2008, p. 561.

nouvelle assemblée, réunie et délibérant suivant la procédure régulière, maintiendrait la décision querellée. En somme, il convient de rejeter, dans l'appréciation des suites à donner à une irrégularité dans la convocation d'une assemblée générale, tant à la fois la "solution rigoureuse" qui consisterait à déclarer systématiquement nulle toute assemblée générale irrégulièrement convoquée, et la "solution arithmétique" qui consisterait à ne prononcer la nullité que si les voix de ceux qui ont voté la décision critiquée n'étaient pas en toute hypothèse suffisamment nombreuses pour former à elles seules la majorité. À ces solutions trop absolues, on préfère la "solution appréciative", tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Ainsi, si des actionnaires ont été irrégulièrement empêchés d'assister à l'assemblée, le juge doit prendre en considération l'influence que leurs arguments auraient eue sur la décision de ceux qui les ignoraient (57). »

Selon Fredericq (58), il appartient au demandeur d'établir l'influence décisive de l'irrégularité sur la délibération, mais selon Schoentjes-Merchiers (59) et Heenen (60), c'est celui qui voudrait maintenir la décision de l'assemblée intervenue irrégulièrement qui doit supporter la charge de la preuve.

La Cour a quant à elle suivi la théorie de la nullité sans condition pour violation de formalités substantielles ou de règles impératives défendue par Van Ryn :

« S'il s'agit de formalités substantielles ou de règles impératives, la nullité devra être prononcée sans qu'il y ait lieu de vérifier préalablement les conséquences que l'irrégularité a pu entraîner ; seule une ratification ultérieure, par une assemblée régulière, pourrait alors rendre valables les décisions prises (61). »

Van Ryn cite un certain nombre d'exemples de violations, comme la convocation de l'assemblée par un seul administrateur ou par des personnes sans qualité, l'hypothèse où l'assemblée prend des décisions qui ne figurent pas à l'ordre du jour ou si l'ordre du jour de l'assemblée est trop imprécis. Il y ajoute le refus injustifié de l'accès à l'assemblée à un actionnaire, en ajoutant, toutefois, que « le seul fait que certains actionnaires auraient été empêchés fût-ce par une contrainte extérieure d'assister à la réunion, n'est pas une cause de nullité des décisions prises ».

Schoentjes-Merchiers cite l'exemple du dol, lorsque les règles ont été volontairement transgressées « afin d'éviter qu'un ou plusieurs actionnaires ne

(57) J. DELVAUX, Cours CCDL, p. 405 ; *R.C.J.B.*, 1977, p. 561 ; *R.C.J.B.*, 1977, p. 561 ; FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V, pp. 696-697, n° 491.

(58) FREDERICQ, *op. cit.*

(59) SCHOENTJES-MERCHIERS, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 274-275.

(60) HEENEN, *R.C.J.B.*, 1977, p. 561.

(61) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1954, p. 446, n° 718.

prennent part à l'assemblée générale ». On suppose que le dol aggrave tellement l'irrégularité de forme, que l'influence de cette irrégularité sur le résultat de la délibération est toujours présumée.

Toujours selon Schoentjes-Merchiers, « une disposition impérative n'est cependant pas d'ordre public, si elle vise la protection d'intérêts particuliers ».

Delvaux ne fait pas la distinction entre irrégularité de forme et violation de formalités substantielles ou de règles impératives. Il s'en tient à la distinction traditionnelle entre irrégularités de forme et irrégularités de fond, les irrégularités affectant la convocation étant à ranger parmi les premières.

Mais Delvaux dit aussi que dans certains cas, lorsque « la violation des règles de forme a été d'une extrême gravité », l'influence de l'irrégularité sur la décision doit être présumée. Il cite les exemples suivants : si la convocation a été faite par des personnes n'ayant pas qualité pour la faire, si l'ordre du jour est trop imprécis, si les règles de quorum et de majorité n'ont pas été observées, si les actionnaires n'ont pas eu un libre accès à l'assemblée.

Par ses exemples Delvaux rejoint Van Ryn, mais il n'adopte pas pour autant la théorie de la nullité automatique.

Steichen fait la distinction entre les irrégularités de forme qu'il sanctionne par une nullité conditionnelle par application de la « solution appréciative » et les violations de formalités substantielles ou de règles impératives qui sont sujettes à une nullité sans condition pour vice de fond. Il cite des exemples d'irrégularités de fonds (62) : « Il en est ainsi des délibérations prises par les assemblées générales en violation des dispositions sur leur compétence, du quorum ou de la majorité. Il doit sans doute également en être ainsi des violations de la loi de 1915 sanctionnées pénalement [...]. Les violations des dispositions impératives régissant les contrats concernant le consentement (dol, erreur, violence), la capacité, l'objet ou la cause, [...] la fraude ou l'abus de droit (principalement l'abus de majorité) ».

Une des hypothèses qu'il envisage est celle où des actionnaires n'ont pas été invités à l'assemblée. Il préconise la solution suivante :

« Même si arithmétiquement parlant, leur vote n'aurait pas pu faire la différence, leur simple présence à l'assemblée aurait peut-être modifié l'opinion des actionnaires. Il appartiendra au juge de rechercher l'influence possible de l'irrégularité sur le comportement de l'assemblée, et d'annuler les décisions si cette influence, à défaut d'être certaine, est cependant probable. »

L'exception à ce qui précède est le cas de la fraude. « La solution sera sans doute différente si les règles de forme n'ont pas été respectées pour des raisons de fraude (par exemple, non-convocation intentionnelle d'un actionnaire). »

(62) A. STEICHEN, *op. cit.*, n° 850.

Contrairement aux législations belge et française qui règlent la question, la loi luxembourgeoise ne prévoit pas de nullité sanctionnant les règles procédurales de convocation et de tenue des assemblées des actionnaires. Par conséquent, il convient de s'en tenir à la maxime « pas de nullité sans grief » et de laisser les tribunaux examiner *in concreto* l'influence exercée par l'irrégularité sur la décision. À cet égard nous adoptons les arguments de :

Fredericq :

« Comme la loi n'édicte aucune nullité expresse, les tribunaux jouissent d'un pouvoir absolu d'appréciation. [...] Si l'infraction n'a pu altérer le résultat du scrutin, pourquoi accueillir la nullité ? La sécurité du commerce milite en faveur du rejet.

Cette jurisprudence est conforme au principe qu'il n'y a pas de nullité sans grief, et cette maxime ne fait qu'appliquer la règle générale : pas d'intérêt, pas d'action. Elle peut se réclamer de la volonté du législateur. "La commission", lit-on dans le rapport présenté "croit que la validité des délibérations de l'assemblée générale doit être appréciée par les tribunaux, d'après l'ensemble des faits". L'irrégularité ne sera donc une cause d'annulation que si son influence a été décisive. [...] » (63).

Et de Ronse :

« Ronse, se basant sur la genèse de la loi sur les sociétés, considère que le législateur a volontairement omis de régler la nullité des décisions pour laisser au juge le pouvoir d'apprécier dans chaque cas particulier, compte tenu des intérêts en cause, si l'irrégularité justifie la nullité » (64).

Le pouvoir d'appréciation des juges est cependant limité dans certains cas lorsque l'irrégularité de forme résulte d'une fraude ou lorsqu'il y a dol, auquel cas l'influence de cette irrégularité sur le résultat de la délibération doit être présumée et emporter la nullité de la délibération.

Dans l'arrêt analysé, la Cour s'est bornée à conclure qu'il n'y avait pas eu convocation faute d'éléments suffisants démontrant que les minoritaires avaient été touchés avant l'assemblée. Il s'agit là d'une question de fait qu'il nous est difficile d'apprécier. La Cour n'a cependant pas examiné si l'irrégularité de la convocation (telle que qualifiée par les juges de première instance) ou l'absence de convocation (telle que qualifiée par la Cour) était de nature à avoir une influence sur la décision à prendre. Dans la mesure où aucune intention frauduleuse de ne pas convoquer n'était établie, il nous semble que compte tenu des circonstances, le jugement était à confirmer.

(63) FREDERICQ, *op. cit.*

(64) Cité par SCHOENTJES-MERCIERS, *op. cit.*

En outre, à la lecture du dispositif de l'arrêt, il nous paraît probable que la Cour aurait validé le mode de convocation si elle avait disposé, par exemple, d'accusés de réception électroniques démontrant que les courriels en question étaient bien arrivés à destination et avaient été consultés par les destinataires avant l'assemblée. On peut noter en effet que la Cour ne s'est pas attardée sur la manière dont les convocations ont été faites (courriels, délai trop court), mais seulement sur la question de savoir si oui ou non les actionnaires avaient été touchés par la convocation avant la tenue de l'assemblée.

Cet arrêt nous donne l'occasion d'envisager si l'on pourrait admettre, en général, une convocation faite par courriel uniquement avec accusé de réception ? La question n'est pas sans intérêt en pratique, surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales des sociétés cotées (la « loi de 2011 »)⁽⁶⁵⁾ portant transposition de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (la « directive 2007/36 »).

Les formalités de convocation sont prescrites dans l'intérêt de l'actionnaire pour que celui-ci puisse prendre part à l'assemblée et dispose d'un délai raisonnable pour s'y préparer. Ces formalités sont déjà réduites au minimum en cas d'actions nominatives alors que l'envoi d'une lettre recommandée huit jours avant l'assemblée est suffisant.

Les intérêts que la formalité légale vise à protéger ne seraient-ils pas pareillement assurés, voire même mieux dans certains cas, par l'envoi d'un courriel recommandé avec accusé de réception qu'avec l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception ? Par ailleurs, ne serait-il pas concevable que les statuts le prévoient expressément de sorte que les actionnaires en seraient avisés dès leur entrée dans la société, rendant plus difficile toute contestation ultérieure ?

À l'heure de l'électronique et des déplacements professionnels et privés constants, il est plus probable qu'un actionnaire ait connaissance de l'assemblée par courriel que par lettre recommandée.

Bien sûr, une telle convocation ne serait pas conforme aux exigences de forme prescrites par l'article 70 de la LSC, mais l'actionnaire aurait toujours la possibilité de demander la nullité des délibérations si ce mode de convocation avait vicié la décision de l'assemblée, les tribunaux décidant aux cas par cas si un grief sérieux en a résulté.

Dans une espèce où des actionnaires avaient demandé la nullité des délibérations d'une assemblée pour vice de forme des convocations, le tribunal a pris

(65) La loi de 2011 qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

en compte la pratique suivie par la société depuis plusieurs années pour rejeter la demande en disant que « le mode de convocation adopté en l'occurrence par le conseil d'administration concordait avec la pratique suivie depuis plusieurs années, sans que les actionnaires demandeurs aient pu établir qu'ils auraient été présents à l'assemblée générale si les convocations avaient également été publiées dans un organe de presse à diffusion régionale » (66).

Notons aussi que l'actionnaire concerné par l'irrégularité de la convocation peut toujours renoncer à l'invoquer, une telle renonciation étant présumée s'il assiste à l'assemblée sans protester (67). On considère en effet que « l'assistance sans réserves ou l'absence de protestation à bref délai couvrent les vices de forme des convocations » (68). De même, « le vote en faveur de la décision querellée, s'il a eu lieu en connaissance de cause, empêche de la contester plus tard » (69).

On peut également s'inspirer des arguments qui ont poussé la Commission à proposer l'adoption de la directive 2007/36, qui introduit un certain nombre de mesures relatives, notamment, à la convocation des assemblées générales des actionnaires. Le champ d'application de la directive 2007/36 est cependant limité aux sociétés cotées sur un marché réglementé établi ou opérant dans un État membre.

L'objectif poursuivi par la directive 2007/36 est de favoriser l'exercice souple et effectif des droits des actionnaires en supprimant tous les obstacles à l'exercice effectif du droit de vote par les actionnaires en allégeant notamment les procédures d'exercice de celui-ci.

S'agissant de la convocation des actionnaires en nom, la directive 2007/36, permet de déroger aux règles normales de convocation qu'elle instaure à condition que la société adresse la convocation à chaque actionnaire.

La loi de 2011 a maintenu la possibilité qui existe dans la LSC de convoquer les actionnaires en nom par lettre recommandée seulement, mais elle autorise, par dérogation au droit commun de l'article 70 de la LSC, d'autres modes de communication si les actionnaires ont individuellement, expressément et par écrit, accepté de recevoir la convocation par tout autre moyen.

On peut regretter que le législateur n'ait pas étendu le champ d'application de la loi de 2011, ou de certaines de ses dispositions, à tous les types de sociétés (70), notamment la disposition relative aux convocations des action-

(66) Civ. Verviers, 28 avril 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 540 cité dans *R.C.J.B.*, 1993, 4^e trim., p. 798, n° 134.

(67) J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, éd. 2008, p. 560.

(68) J. VAN RYN, *op. cit.*, n° 717.

(69) Cass. b., 4 mars 1988, *Pas. b.*, 1988, I, 802 cité également dans *R.C.J.B.*, 1993, p. 796, n° 133.

(70) Avis de la Chambre de commerce du 8 novembre 2010 portant sur le projet de loi 6128-1, p. 2.

naires en nom alors que dans le contexte des sociétés cotées, celle-ci a peu d'intérêt en pratique (71).

(iii) Troisième convocation : *organe compétent, impact d'une ratification*

Une troisième assemblée de la société VH avait été convoquée pour délibérer sur plusieurs points dont une augmentation de capital. L'assemblée avait été convoquée par lettre recommandée signée par un seul administrateur huit jours avant la tenue de l'assemblée. Les minoritaires n'ont pas assisté en personne à l'assemblée, mais étaient représentés.

Les minoritaires ont contesté la régularité de la convocation en ce qu'elle n'était signée que par un seul administrateur.

Il y a lieu de rajouter que deux jours après l'envoi de la convocation, le conseil d'administration de la société VH a ratifié la décision de convoquer l'assemblée générale.

Les juges de première instance ont retenu que :

« [les minoritaires] ont été convoqués à l'assemblée litigieuse, à laquelle ils ont d'ailleurs assisté sans émettre de réserve. La convocation, bien qu'émanant d'un seul administrateur et étant de ce fait entachée d'un vice ne peut néanmoins et dans ces circonstances, emporter à elle seule, la nullité de l'assemblée [...] »

L'article 70 de la LSC prévoit en son deuxième alinéa que le conseil d'administration, le directoire ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires sont en droit de convoquer l'assemblée générale.

Ce droit est un droit collégial comme le fait remarquer la doctrine :

« Ce droit n'appartient pas aux administrateurs et aux commissaires individuellement, puisqu'ils forment des collèges délibérant suivant des règles déterminées. C'est la majorité des membres du conseil d'administration [...] qui ont le droit de décider la convocation d'une assemblée générale et d'exécuter cette décision (72). »

La convocation doit dès lors être signée par la personne à qui le conseil d'administration aura délégué ce pouvoir ou, si une telle délégation n'a pas été donnée, par celui ou ceux qui, conformément aux statuts, ont le pouvoir d'engager la société (73).

La Cour n'a pas sanctionné la convocation en question en considérant que la ratification de celle-ci par le conseil d'administration de la société VH avait couvert les vices dont elle était affectée de sorte qu'elle émanait bien du conseil d'administration.

(71) Projet de loi 6128, exposé des motifs, p. 7.

(72) *R.P.D.B.*, 1951, t. XII, n° 1144, p. 440.

(73) F. DE BRAUW, *op. cit.*, n° 164, p. 86.

1.2 – Violation du droit préférentiel de souscription

Le capital de la société VH a été augmenté à deux reprises. Lors des assemblées générales appelées à se prononcer sur les augmentations de capital, l'actionnaire majoritaire a souscrit à l'intégralité des actions nouvellement émises et payé le prix de souscription lors de l'assemblée concernée.

Les minoritaires, dûment convoqués et représentés aux assemblées, soutiennent que ces augmentations de capital ont été réalisées en violation des règles, notamment de l'article 32 (3) de la LSC, assurant le respect de leur droit préférentiel de souscription.

(i) Le droit préférentiel de souscription (« DPS ») et son exercice

Cette partie de l'arrêt traite de la question de savoir si la souscription à une augmentation de capital par apport en numéraire, et l'augmentation effective du capital qui s'ensuit, peuvent avoir lieu lors de l'assemblée qui décide de l'augmentation de capital sans qu'il y ait violation du DPS des actionnaires qui n'ont pas souscrit lors de cette assemblée. L'arrêt apporte également des précisions sur le type de nullité qu'encourt une résolution prise en violation du DPS.

Les faits étaient les suivants :

La convocation à la première assemblée générale prévoyait une augmentation de capital et l'émission d'actions pour un montant maximal, ces actions devant être attribuées aux actionnaires existants au prorata de leur participation. Lors de l'assemblée générale, une augmentation de capital a été décidée pour un montant représentant la proportion qui devait revenir à l'actionnaire majoritaire, lequel a souscrit aux actions représentant son prorata. Ainsi, le capital social a été augmenté d'un montant inférieur à celui prévu dans la convocation, à hauteur de la part de l'actionnaire majoritaire seulement. Les actions qui revenaient aux minoritaires n'ont pas été souscrites.

La société VH soutenait que les actions représentant le prorata des minoritaires étaient restées à leur disposition. Par courrier recommandé (plus d'un an et demi après la première assemblée), la société VH a invité les minoritaires à souscrire, ce qu'ils n'ont pas fait.

Tout comme les juges de première instance, la Cour a sanctionné cette manière de procéder en précisant que le respect du DPS prévu à l'article 32 (3) de la LSC implique, en principe, l'observation d'une procédure en plusieurs étapes :

1. L'assemblée générale décide d'augmenter le capital.
2. Le conseil d'administration fixe un délai pendant lequel le DPS peut être exercé, sachant qu'il ne peut être inférieur à trente jours à compter de l'ouverture de la souscription.

Lorsque toutes les actions sont nominatives, les actionnaires sont informés de l'ouverture de la période de souscription par lettre recommandée.

Les actionnaires peuvent exercer leur DPS à tout moment entre le jour de la décision du conseil et le trente et unième jour qui suit ou décider de transférer leurs droits de souscription à un tiers sous réserve des restrictions contenues, le cas échéant, dans les statuts.

3. Une fois la période de souscription écoulée, l'augmentation de capital est constatée par acte notarié dressé à la requête du conseil d'administration sur présentation des documents de souscription et des preuves de versement du prix de souscription.

Les DPS non exercés après la clôture de la période de souscription sont vendus publiquement par la société de la Bourse.

L'acte notarié doit être dressé dans le mois de la clôture de la souscription ou dans les trois mois à partir du jour de l'ouverture de la souscription (74).

4. L'assemblée générale se réunit pour décider de la modification des statuts suite à l'augmentation de capital intervenue.

(ii) La renonciation au DPS

Rien ne s'oppose cependant à ce que toutes les opérations en vue de l'augmentation de capital aient lieu lors de la même assemblée, mais encore faut-il que tous les bénéficiaires du DPS renoncent unanimement au délai de souscription à l'assemblée.

Tel sera le cas si tous les actionnaires exercent leurs DPS à l'assemblée et procèdent à la souscription ou si tous les actionnaires renoncent à exercer leur DPS (75).

Selon la Cour, « le bénéficiaire d'une réglementation d'ordre public de protection peut renoncer à la protection légale parce qu'elle n'existe que dans son intérêt (cf. DE PAGE, t. I, n° 98, 3e éd. ; *Encyclopédie Dalloz – Droit civil*, v° « Ordre public et bonnes mœurs », n°s 204 et 209 ».

Une telle renonciation ne sera valable que si elle est « claire et non équivoque ». [...] Elle ne saurait notamment être déduite du fait que le représentant des [minoritaires], arrivé tardivement à l'assemblée générale, [...], après que celle-ci avait pris une résolution modifiant le capital social après une nouvelle augmentation de capital souscrite par [le seul actionnaire majoritaire], ait gardé le silence à propos de cette augmentation de capital. [...]. Une telle renon-

(74) Article 32-1 (4) de la LSC.

(75) Voir dans le même sens H. DU FAUX, « Sociétés anonymes – Renonciation au droit de souscription préférentielle prévu par l'article 34bis des lois coordonnées », *Rev. not. belge*, 1985, n° 8, p. 532.

ciation ne résulte pas non plus d'agissements des [minoritaires] postérieures à l'assemblée générale [...]».

Par conséquent, en l'absence d'une renonciation unanime, la première assemblée ne pourra que décider de l'augmentation de capital.

La Cour a considéré que la résolution décidant d'augmenter le capital social à hauteur de la proportion revenant à l'actionnaire majoritaire (et non le montant initialement prévu dans la convocation) était valable. Elle a, par contre, annulé les résolutions approuvant la souscription par l'actionnaire majoritaire ainsi que la modification des statuts pour violation de l'article 32-3 (3) de la LSC.

(iii) Nature de la sanction du non-respect du DPS

Les intimés ont fait valoir qu'aucune nullité ne saurait être encourue dès lors que les intérêts de la société ou des actionnaires n'ont pas été lésés. En outre, au regard de la majorité écrasante d'actions détenues par l'actionnaire majoritaire, le non-respect du DPS n'aurait eu aucune incidence sur les décisions prises par l'assemblée.

Ce raisonnement a été suivi par le tribunal pour ne pas sanctionner la résolution concernée : « Dans la mesure où ce texte [l'article 32 (3) de la LSC] a été conçu dans l'intérêt exclusif des actionnaires et qu'il est admis qu'ils peuvent renoncer individuellement à leur droit préférentiel de souscription, (ce qui explique sans doute que son inobservation n'est pas sanctionnée pénalement), la résolution prise en méconnaissance de cette prérogative ne peut être tenue pour non avenue *qu'à la condition qu'il soit démontré que les intérêts de la société ou ceux des actionnaires ont été mis en péril* » (nous soulignons).

La Cour a répondu en ces termes :

« Il se dégage de l'article 29.4 de la deuxième directive 77/91 CEE du Conseil du 13 décembre 1976 et des articles 32-3 (3) et 32-3(7) de la loi sur les sociétés commerciales que la réglementation relative à la souscription préférentielle a été conçue dans un esprit de protection de l'intérêt privé des actionnaires bénéficiant du droit de souscription. La réglementation relevant de l'ordre public de protection, sa violation est sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être confirmée (cf. Cour d'appel, 5 avril 2006, *Somalux S.A. c. Serracampos da Cunha et consorts*, n^{os} 28131, 28132 et 28133 du rôle).

[...] et permet aux personnes protégées d'invoquer la violation de cette réglementation en dehors de toutes considérations relatives aux intérêts de la société et des actionnaires et à l'existence d'un préjudice dans leur chef.

[...] il est absolument contraire à l'esprit de protection de la réglementation de faire dépendre son entrée en jeu du nombre d'actions détenues.

Il ne se peut pas que la réglementation puisse seulement bénéficier à des actionnaires disposant d'un nombre d'actions de nature à déterminer le vote dans des assemblées générales. »

Trois enseignements peuvent être tirés de cette partie de l'arrêt :

1. La réglementation relative au DPS relève de l'ordre public de protection, c'est-à-dire qu'elle protège l'intérêt privé de celui qui est protégé. Sa violation entraîne une nullité relative en ce que la nullité ne peut être demandée que par celui qui en a souffert à moins qu'il n'y ait renoncé. Cette jurisprudence est constante depuis l'arrêt *Somalux* (76) cité par la Cour dans son dispositif. La doctrine considère également que « depuis l'intervention du législateur européen, [le DPS], apparaît comme une prérogative importante de l'actionnaire à laquelle il ne peut être porté atteinte que dans le respect strict de la procédure légale » (77).
2. La nullité peut être invoquée par les personnes protégées en dehors de toute considération relative aux intérêts de la société, à ceux des actionnaires, à l'existence d'un préjudice dans leur chef ou au nombre d'actions qu'ils détiennent.
3. La renonciation à la protection légale du DPS doit être claire et non équivoque et ne peut être déduite d'agissements ou, au contraire, de l'inertie des actionnaires qui en bénéficient.

1.3 – Abus de majorité

Les minoritaires ont plaidé que plusieurs incidents intervenus lors des différentes assemblées étaient constitutifs d'un abus de majorité. La Cour a débouté les minoritaires en ce moyen et a rappelé les conditions développées par la jurisprudence pour qu'il y ait abus de majorité (78) :

« L'abus de majorité présuppose des agissements, [...], contraires à l'intérêt de la société faits dans le seul intérêt des associés majoritaires et au détriment des associés minoritaires. »

(76) Cour d'appel, 5 avril 2006, *Somalux S.A. c. Serracampos da Cunha et consorts*, nos 28131, 28132 et 28133 du rôle.

(77) C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3^e éd., t. III, 1985, p. 61 ; voir aussi Y. DECHAMPS, *Rev. not. belge*, 1985, p. 434 et H. DU FAUX, p. 532 de la même revue.

(78) Dans le même sens, Trib. arr. Luxembourg, 13 octobre 1989, n° 319/89, cité dans *Pas. lux.*, n° 3/1994, p. 106 ; voir aussi C. DURO et M. GOEBEL, « Quelques aspects de l'abus de majorité en droit luxembourgeois ».

2. – Prorogation d'assemblée

2.1 – Cour d'appel, 4 juillet 2007, n° 31678

Avant que la première assemblée générale ordinaire qui a été prorogée ne se soit tenue, et avant l'écoulement des quatre semaines de prorogation, une assemblée générale extraordinaire a été convoquée et tenue, ayant pour partie, le même objet que la première assemblée.

La Cour d'appel s'est tout d'abord prononcée sur l'effet d'une prorogation estimant qu'elle dessaisit l'assemblée générale, de sorte qu'il n'est plus possible de tenir une assemblée ayant le même ordre du jour que l'assemblée qui a été prorogée avant la date fixée pour la tenue de l'assemblée prorogée.

D'autres assemblées peuvent cependant être tenues avant la date de l'assemblée générale prorogée, mais celles-ci doivent délibérer sur des points différents de ceux sur lesquels l'assemblée prorogée sera appelée à se prononcer.

La Cour d'appel a ensuite examiné le refus, par le bureau de l'assemblée générale extraordinaire tenue en deuxième lieu, d'une demande de prorogation faite par un actionnaire, au motif que seul le conseil d'administration, non présent à l'assemblée, peut proroger l'assemblée.

Citant l'article 67 (5) de la LSC, la Cour précise que cet article ne fait pas de différence entre assemblées générales ordinaires et extraordinaires de sorte que le régime de prorogation n'est pas limité aux assemblées approuvant les comptes annuels (79). En outre, il rend obligatoire la prorogation si elle est demandée par des actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social et affirme qu'elle n'est soumise à aucune condition.

Partant, la Cour d'appel a estimé que le bureau, en tant *qu'organe exécutif et disciplinaire*, a le devoir de proroger l'assemblée lorsque le conseil d'administration n'est pas présent à l'assemblée.

Le régime de la prorogation des assemblées constitue un corps de « règles impératives relatives au fonctionnement de l'assemblée générale auxquelles les actionnaires ne peuvent pas déroger » et dont l'inobservation résulte dans la nullité des décisions prises lors de l'assemblée concernée, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'actionnaire auquel on a refusé la prorogation a subi un préjudice.

2.2 – Tribunal d'arrondissement, 13 juin 2007, n°s 49175 et 106403

La question qui s'est posée dans cette affaire était celle de savoir à quel moment la décision de proroger une assemblée prend effet. En l'espèce, l'assem-

(79) Dans le même sens : réf. du 31 octobre 2001 commenté dans les *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 16, 2006, p. 427.

blée avait voté la dissolution de la société sur la base de l'article 100 de la LSC ainsi que la nomination d'un liquidateur. Ensuite seulement les actionnaires minoritaires représentant un cinquième du capital ont demandé la prorogation de l'assemblée.

Le tribunal a considéré que le droit de demander la prorogation de l'assemblée, après que celle-ci ait voté la dissolution de la société et la nomination d'un liquidateur, n'appartenait plus au conseil d'administration alors que celui-ci était dessaisi de sorte que les actionnaires ne pouvaient plus demander la prorogation de l'assemblée même s'ils détenaient un cinquième du capital.

Selon le tribunal, le législateur aurait réservé le droit de proroger l'assemblée au seul conseil d'administration, afin que celui-ci empêche l'assemblée de prendre des décisions contraires à l'intérêt social.

À la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel cité au point 1, la solution qui ressort de ce jugement est erronée, alors que toute demande de prorogation présentée par les actionnaires représentant un cinquième du capital est obligatoire et n'est subordonnée à aucune condition. En l'absence du conseil d'administration, il appartient au bureau de l'assemblée de proroger.

En outre, conformément à l'article 67 (5) de la LSC, la prorogation entraîne l'annulation de toute décision prise lors de l'assemblée (80).

3. – *Titres : action indivise*

3.1 – Tribunal d'arrondissement, 5 novembre 2008, n° 112817 : action indivise et participation à l'assemblée

Le tribunal avait été saisi d'une demande en annulation des décisions d'une assemblée au motif que le bureau de l'assemblée avait ignoré la suspension des droits de vote attachés à certaines actions décidée par le conseil d'administration alors que ces actions se trouvaient en indivision entre les époux B et C et qu'aucun représentant n'avait été désigné conformément à l'article 38 de la LSC.

Les époux B et C détenaient certaines de ces actions en pleine propriété indivise. S'agissant des actions restantes, la nue-propiété était détenue par les époux B et C en indivision, l'usufruit appartenant au seul mari.

Les époux B et C ont contesté la suspension de leurs droits de vote par le conseil d'administration, mais le tribunal a considéré que le conseil d'administration avait fait application de l'article 38, qui requiert, lorsqu'il y a plusieurs propriétaires d'une action, la désignation d'une personne qui sera considérée comme propriétaire des actions.

(80) Réf. du 31 octobre 2001 commenté dans les *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 16, 2006, p. 427.

S'agissant des actions qui ont fait l'objet d'un démembrement de propriété, le Tribunal a raisonné par analogie avec les actions indivises : « Bien que la loi ne vise expressément que l'indivision d'actions, on applique traditionnellement cette solution, par analogie, également à l'usufruit et à la nue-propriété (cf. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, n° 1162 ; A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, n° 735) ».

Les défendeurs avaient également fait plaider que les conditions justifiant la suspension du droit du vote n'étaient plus remplies au moment de l'assemblée alors que l'épouse C était présente et avait confirmé que son époux B était le propriétaire de l'ensemble des actions, permettant au bureau de l'assemblée de lever la suspension.

Le requérant avait soulevé que seul le conseil d'administration avait le pouvoir de lever la suspension.

Le tribunal a accueilli le moyen des défendeurs :

« Il est cependant admis que le bureau a le pouvoir de police de l'assemblée et notamment le pouvoir et le devoir de contrôler l'exercice du droit de vote (cf. Versailles, 14^e ch., 27 juin 2007, n° 07/04540, D., 2007, AJ 1884).

La suspension du droit de vote prévue à l'article 38 n'étant que temporaire, il appartient partant au bureau d'examiner s'il y a eu désignation d'un propriétaire à l'égard de la société. »

Le requérant avait enfin fait plaider, que s'agissant de titres nominatifs, le transfert de ses droits par l'épouse C à son époux B aurait dû faire l'objet d'une inscription au registre des actions.

Le tribunal a cependant précisé que « l'indivisibilité est limitée à l'exercice des prérogatives attachées à l'action ». À l'égard de la société, ces prérogatives ne peuvent être exercées que par une seule personne. « Si l'action revêt la forme d'une inscription nominative, nonobstant l'indivisibilité du titre, celui-ci sera immatriculé sur le registre des transferts au nom de tous les copropriétaires. »

4. – *Dividendes*

Tribunal d'arrondissement, 4 mai 2007, n° 85435 : versement d'un dividende ; compétence ; naissance du droit à dividende en cas de dividende intermédiaire ; cession des actions avant la décision de l'assemblée générale ; qualité à agir du cédant ; qualité à être assigné à la suite de la dissolution par réunion de toutes les actions en une seule main

Un contrat de sociétés avait été conclu entre le requérant et le défendeur en vue de la constitution d'une société anonyme. Le contrat prévoyait un droit de priorité, au profit du défendeur, sur les distributions de résultats à inter-

venir sur cinq exercices profitables jusqu'à concurrence de cinquante millions de francs luxembourgeois après impôts.

À la suite d'une décision du conseil d'administration de la société, des avances sur dividende pour l'année 1999 ont été versées au défendeur et au requérant, en tenant compte du droit de priorité conféré au défendeur prévu par le contrat de sociétaires.

En mai 2000, le requérant a cédé ses actions dans la société au défendeur.

En novembre 2002, le défendeur, actionnaire unique de la société, a procédé à la dissolution de la société selon la procédure dite « de la dissolution par réunion de toutes les actions en une seule main » et s'est engagé, dans l'acte notarié de dissolution, à prendre à sa charge tous les actifs et passifs de la société dissoute.

En juin 2003, le requérant a obtenu le relevé de distribution des résultats pour l'exercice social 1999 et il s'est avéré que le calcul qui avait donné lieu à la distribution du dividende intérimaire était erroné en ce qu'il tenait compte d'une imposition à la source du défendeur qui n'avait pas lieu d'être, de sorte que sa créance sur le dividende intérimaire s'en trouvait augmentée.

Plusieurs questions de procédure ont été abordées avant que le litige ne soit décidé au fond. Ce sont celles-ci qui nous intéressent tout particulièrement.

S'agissant de la qualité du défendeur à être assigné, le tribunal a estimé que le défendeur était bien la personne à assigner, alors que la société avait été dissoute par le défendeur, celui-ci ayant déclaré répondre des engagements de la société.

Le défendeur a contesté la qualité du requérant à agir. Selon lui, le droit à distribution des bénéfices pour l'exercice 1999 ne pourrait naître qu'au moment de l'assemblée générale statuant sur les comptes annuels de l'année 1999 et qu'au bénéfice du propriétaire des actions à ce moment-là. Or l'assemblée générale approuvant les comptes annuels pour l'exercice 1999 n'a eu lieu qu'après la cession par le requérant de ses actions au défendeur.

Le tribunal n'a pas accueilli ce moyen :

« Il est admis que l'assemblée générale des actionnaires est seule habilitée à décider du versement d'un dividende.

Si l'assemblée décide de distribuer des dividendes, ceux-ci seront répartis selon une répartition proportionnelle à la fraction de capital détenue par chacun d'eux.

Les dividendes n'existent que dans la mesure où l'assemblée aura décidé de les distribuer. Ceci a pour conséquence pratique de ne faire naître la créance de dividendes qu'à compter de la décision de l'assemblée générale qui décide de leur distribution. Il s'ensuit que seuls les actionnaires au jour de l'assemblée peuvent bénéficier des dividendes attribués. Le cédant d'actions qui n'est plus

actionnaire à la date à laquelle l'assemblée a décidé de la mise en distribution n'a aucun droit à ces distributions, même si la distribution provient de la répartition de réserves accumulées durant l'époque à laquelle le cédant était encore actionnaire.

En pratique, cette règle générale supplétive se trouve aménagée conventionnellement, soit dans les statuts, soit dans l'acte de cession, au profit du cédant.

C'est ainsi que pour les sociétés de capitaux, la loi sur les sociétés commerciales prévoit en son article 72-2 la possibilité d'un dividende intérimaire sous forme de versement d'acomptes sur dividendes. L'organe compétent au sein des sociétés anonymes pour décider le versement de l'acompte sur dividende est non pas l'assemblée, mais le conseil d'administration (*cf.* A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, n^{os} 303 et 304).

En l'occurrence les statuts de la [société] prévoyaient en leur article 19 que le conseil d'administration pouvait verser des acomptes sur dividendes sous l'observation des règles y relatives [...].

Il en résulte que le droit d'actionnaire [du requérant] à l'acompte sur dividendes pour l'année 1999 est né à la date de la prise de décision du conseil d'administration concernant le versement d'un acompte sur dividende. »

À cette date, le requérant était encore actionnaire de la société. Il a donc qualité pour agir.

Au fond, le tribunal a tranché en faveur du requérant. Alors même que les stipulations du contrat de sociétés prévoyaient bien que le droit à bénéfice du défendeur s'entendait après impôts, celui-ci bénéficiait d'une exemption de retenue à la source, de sorte que le calcul du dividende intérimaire n'aurait pas dû tenir compte d'un impôt.

B. – SOCIÉTÉ CIVILE : PERSONNALITÉ JURIDIQUE ; ENGAGEMENT DES ASSOCIÉS

1. – *Cour de cassation, 18 mai 2006, n° 32/06 (81) : survie de la personnalité juridique après liquidation (oui), indivision (non)*

Un associé d'une société civile a intenté une action en vue d'obtenir le partage judiciaire de l'indivision créée par la dissolution de cette société décidée par une assemblée générale lors de laquelle un liquidateur avait été nommé conformément aux statuts.

En première et deuxième instance, les juges ont reconnu la personnalité juridique de la société civile conformément à l'article 3 de la LSC, mais ils ont retenu que les dispositions de la LSC, et notamment l'article 141 de la LSC,

(81) *Pas.*, 2007, p. 229.

n'étaient pas applicables aux sociétés civiles. Les juges en ont conclu que la personnalité juridique d'une société civile ne survit pas à la dissolution de la société, de sorte que « les anciens associés se retrouvent en indivision ».

La Cour de cassation n'a pas été du même avis et a cassé de manière ferme l'arrêt attaqué :

« Vu l'article 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la loi du 18 septembre 1933 consacrant en droit positif le principe jurisprudentiellement et doctrinalement reconnu de la personnalité morale des sociétés civiles [...] ;

Attendu cependant qu'en jugeant, sur le fondement du seul article 141 de la loi de 1915 précitée qui ne vise que les sociétés commerciales, [...], que la dissolution d'une société civile crée une indivision immédiate et absolue rendant impossible une liquidation par un mode spécifique convenu dans le pacte social, les juges d'appel ont méconnu la portée des effets de la personnalité juridique dont bénéficie la société civile, violant ainsi l'article 3 de la loi du 10 août 1915 visé au moyen ».

L'intervention de la Cour de cassation sur ce point était souhaitable alors que la jurisprudence n'a pas toujours donné effet aux conséquences juridiques découlant de la personnalité juridique (82).

Notons un arrêt postérieur de la Cour d'appel du 7 mars 2007 (83), qui précise les raisons qui justifient la survie de la personnalité juridique des sociétés civiles après leur dissolution :

« Les sociétés civiles jouissent en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, de la personnalité morale. Le principal intérêt de la personnalité juridique reconnue à la société civile est de permettre aux créanciers sociaux de conserver, nonobstant la dissolution de la société, sur le fonds social, un droit de gage exclusif et d'échapper ainsi au concours des créanciers personnels des associés. Les créanciers sociaux sont en droit de compter que le patrimoine de la société ne sera pas partagé avant qu'ils aient été payés.

Or l'application du régime de l'indivision aurait entraîné une confusion entre les patrimoines et aurait nécessité l'intervention personnelle des associés, devenus indivisaires, pour tous les actes à accomplir. Afin de préserver

(82) J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 744 ; Trib. arr., 15 décembre 1999, n° 63664 qui a retenu que « La société civile, quoique constituant un être moral, ne peut ester autrement en justice qu'au nom de tous les associés, [...] ». En outre, les sociétés civiles qui n'ont pas emprunté les formes des sociétés commerciales ne bénéficient pas de la personnalité juridique » ; voir en sens contraire : Cour d'appel, 27 avril 2006, n° 27695 et 28439 du rôle, *B.I.J.*, 2006, p. 179 ; Trib. arr., 28 novembre 2002, *B.I.J.*, 2003, p. 10 ; voir, dans le même sens, Cour d'appel, 7 décembre 2005, *B.I.J.*, 2006, p. 5.

(83) Cour d'appel, 7 mars 2007, n° 28560, *Pas.*, 2007, p. 409.

le droit de préférence des créanciers de la société sur l'actif social au-delà de sa dissolution, la jurisprudence s'était prononcée contre l'application du régime de l'indivision et en faveur de la persistance de la personnalité morale des sociétés pendant toute la durée de la liquidation et pour les besoins de celle-ci. En ce qui concerne les sociétés commerciales, la survie de la personnalité morale de la société dissoute se trouve consacrée par l'article 141 de la loi modifiée du 10 août 1915. En matière de dissolution des sociétés civiles, le Code civil se contente de faire, à l'article 1872, un renvoi aux dispositions relatives au partage des successions sans régler la liquidation des sociétés. Dans le silence des textes, le principe de la survie de la personnalité juridique a été étendu aux sociétés civiles, les nécessités de la liquidation qui justifient la survie de la personnalité juridique étant sensiblement les mêmes pour les sociétés civiles que pour les sociétés commerciales (cf. AUBRY et RAU, 7^{éd.}, t. VI, 1975 n° 55 ; *Encyclopédie Dalloz – Droit civil*, 1955, t. V, v° « Société civile », n° 232 ; PLANIOL et RIPERT, t. X, n° 1069 ; P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, éd. Kluwer, n°s 6 et s. ; « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. soc.*, 1994, pp. 393 et s.) ».

La Cour d'appel déduit du principe de survie de la personnalité juridique que :

« [L]a société reste propriétaire de ses biens. Les associés ne deviennent pas copropriétaires indivis des biens sociaux tant que la liquidation n'est pas clôturée. Ils disposent seulement d'un droit social de nature mobilière sur le patrimoine de la société. Les associés continuent, jusqu'à l'achèvement de la liquidation, à courir en commun le risque de perte ou de dépréciation comme la chance d'une montée de la valeur des biens composant l'actif social et partagent conformément aux clauses du contrat les bénéfices et les pertes survenus pendant la période de liquidation. »

Enfin, toute demande en partage des biens de la société civile sur le fondement des articles 815 et suivants du Code civil est irrecevable tant que la liquidation n'est pas clôturée.

2. – Cour d'appel, 1^{er} avril 2009, n°s 31933 et 33051 (84) : caractère principal de l'engagement des associés et poursuite simultanée des associés et de la société (oui) ; exclusion du partage par part virile dans les statuts (non) ; cession des parts d'un associé et engagements sociaux antérieurs, opposabilité aux tiers

Une s.à r.l. B avait effectué certains travaux relatifs à plusieurs immeubles pour le compte d'une société civile. La société civile ayant été déclarée en état de faillite, la s.à r.l. B s'est retournée contre trois anciens associés de la société

(84) *Pas.*, 2010, p. 512.

civile, les associés A, C et D, sur le fondement des articles 1862 à 1864 du Code civil, pour obtenir paiement de sommes dues au titre des travaux commandés par la société civile.

Avant l'achèvement des travaux, les associés A, C et D de la société civile avaient cédé leurs parts d'associé aux sociétés H. S.A. et J. S.A.

2.1 – L'engagement des associés

Cet arrêt est à rapprocher de l'arrêt de la Cour d'appel du 11 mars 1999 qui a fait l'objet d'un commentaire dans une précédente édition des *Annales du droit luxembourgeois* (85).

L'intérêt de l'arrêt du 11 mars 1999 a été d'apporter une solution cohérente à l'application de l'article 3 de la LSC, qui consacre le principe de la personnalité juridique de la société civile, et des articles 1862 à 1864 du Code civil, desquels il résulte que les associés sont indéfiniment tenus envers les tiers des dettes de la société, chacun sur ses biens personnels, pour sa part virile. Plusieurs auteurs luxembourgeois (86) citent cet arrêt comme l'arrêt de principe qui concilie l'application des ces dispositions.

En 1999, la Cour d'appel expliquait que les articles 1862 à 1864 du Code civil devaient s'analyser dans le contexte particulier de l'époque où la société civile était encore considérée comme dépourvue de la personnalité juridique. Le patrimoine de la société civile se trouvait alors en indivision, chaque associé détenant une part indivise de celui-ci. Vis-à-vis des tiers, les associés étaient les seuls débiteurs des dettes contractées par la société.

Depuis l'attribution de la personnalité juridique à la société civile par la loi du 18 septembre 1933, et par l'effet de celle-ci, le patrimoine de la société civile est devenu un patrimoine propre répondant des dettes de la société.

Le Code civil n'ayant cependant pas été modifié, l'application des articles 1862 à 1864 du Code civil conduisait à la négation du principe de la personnalité juridique de la société civile en ce que ces dispositions permettent la poursuite des associés concomitamment avec la poursuite de la société pour le tout, le créancier ayant le choix du débiteur qu'il souhaite poursuivre.

Après avoir constaté que le Code civil français avait été réformé pour subordonner le droit de poursuite des créanciers contre les associés de la société civile à un recours infructueux contre la société, la Cour d'appel avait adopté la même solution, alors même que le droit luxembourgeois ne connaît pas de disposition analogue, pour parer à l'incohérence qui résulte de l'article 3 de la LSC et des articles 1862 à 1864 du Code civil.

(85) F. FAYOT, « Droit des sociétés », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 11, 2001, p. 590.

(86) A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 485, n° 542 ; J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 743.

Ainsi, on considérerait que l'engagement des associés aux dettes sociales était subsidiaire et qu'une action contre les associés n'était possible qu'après avoir poursuivi la société en vain.

L'arrêt de la Cour d'appel du 1^{er} avril 2009 prend une position diamétralement opposée à la solution retenue par l'arrêt du 11 mars 1999 :

« L'engagement personnel des associés est considéré comme étant principal et non seulement subsidiaire par rapport à celui de la société. L'obligation des associés existe concomitamment avec celui de la société. Les créanciers peuvent par conséquent poursuivre simultanément la société et ses associés ou, à leur choix, la société ou les associés. Le créancier peut demander le paiement de son dû aux associés sans qu'il ait préalablement à mettre la société en demeure ou à poursuivre celle-ci ».

La Cour d'appel va même jusqu'à considérer que « l'engagement des associés est un effet du contrat conclu avec le créancier » ce qui revient à dire que les véritables cocontractants de la s.à r.l. B sont non pas la société civile, mais les associés de celle-ci.

Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour d'appel a commencé son argumentation en rappelant que la société civile jouit de la personnalité juridique telle que prévue à l'article 3 de la LSC.

On peut encore citer un arrêt du 17 juillet 2002 (87) qui résume très justement la situation :

« En l'absence de loi organisant la société civile en considération de sa personnalité morale, le juge doit nécessairement combiner les règles du code civil, toujours en vigueur dans leur rédaction originale, avec les conséquences que l'attribution de la personnalité juridique entraîne nécessairement. »

La Cour y parvient en opérant une distinction entre les relations internes que les associés entretiennent avec la société et les relations externes à la société.

Compte tenu « de la primauté de la personne morale à l'intérieur de la société », la personnalité juridique de celle-ci n'a pas pour effet « d'absorber la personne des associés et de les dépouiller, au profit de la société, de tout droit d'agir. Les prérogatives qui découlent de la personne morale s'ajoutent aux droits d'agir des associés qui subsistent dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le principe de la personnalité civile et la représentation de la société par son gérant ». Ainsi, chaque associé a un droit d'agir contre le gérant ou contre des décisions irrégulières prises par les organes de la société, car « ils ont un droit individuel à l'observation de la loi et des statuts ».

(87) Cour d'appel, 17 juillet 2002, n^{os} 23054, 24097 et 26382 du rôle dans F. FAYOT et C. MARTINS COSTA, « Droit des sociétés », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 16, 2006, p. 452.

Par contre, « la personnalité morale de la société s'imposant dans les relations extérieures, les associés sont en principe dépourvus de qualité pour agir en nullité des actes que la société, représentée par son gérant, a conclus avec des tiers. Dans ce cas, seule la société civile a qualité pour exercer les actions sociales par l'intermédiaire de son gérant ».

Un auteur relève que les associés d'une société civile ne peuvent être considérés comme codébiteurs conjoints de celle-ci en l'absence d'un lien contractuel entre les associés et les créanciers. Par l'effet relatif des contrats, les associés seraient « des tiers par rapport aux actes souscrits par la société » (88).

L'arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2009 nous paraît critiquable dès lors qu'il anéantit les effets de la personnalité juridique au profit de la solidarité des engagements, faisant ainsi prévaloir les règles du Code civil sur la loi spéciale sur les sociétés au lieu d'essayer de les combiner comme l'ont fait les arrêts du 11 mars 1999 et du 17 juillet 2002.

2.2 – Partage par parts viriles

Les associés d'une société civile ne sont pas solidairement tenus de la dette sociale, elle se divise entre eux par parts égales quelle que soit la mise de chacun dans la société. Est-il alors possible de limiter la part d'un associé dans les statuts ?

La Cour répond par la négative en ce que « les statuts de la société civile qui modifient la proportion dans laquelle les associés sont obligés ou limitent leur obligation au montant de leur mise ne peuvent pas déroger au principe du partage des dettes sociales entre associés par portions égales. Seul le contrat conclu avec le créancier peut avoir cet effet (sur ces points cf. AUBRY et RAU, 7^e éd., t. VI, § 383) ».

2.3 – Cession des parts d'un associé et engagements sociaux antérieurs, opposabilité aux tiers

La s.à.r.l. B soutenait que les associés A, C, D restaient tenus des dettes sociales nonobstant le fait qu'ils aient cédé leurs parts dans la société.

La Cour n'a pas accueilli ce moyen : « En cas de cession de ses parts par un associé, celui-ci ne peut plus être personnellement obligé à raison des engagements sociaux postérieurs à la date où la cession de sa part est devenue opposable aux tiers ».

S'agissant de l'opposabilité aux tiers, la Cour précise que c'est à partir de la date de la publication de la cession des parts sociales au *Mémorial* que la cession est opposable aux tiers.

(88) A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 485, n° 542.

C. – SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF : RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS

1. – *Tribunal d'arrondissement, 11 juillet 2008, n° 111703 : responsabilité solidaire et indéfinie de toutes les personnes figurant dans la dénomination sociale de la société (non)*

La responsabilité solidaire et indéfinie d'une personne X, dont le nom figurait dans la raison sociale d'une société en nom collectif, avait été recherchée sur le fondement de l'article 14 de la LSC qui dispose que la société en nom collectif est celle qui existe sous une raison sociale et dans laquelle tous les associés sont indéfiniment et solidairement tenus de tous les engagements de la société.

Sur base d'un extrait RCS, le tribunal a cependant constaté que les associés de la société étaient Y et Z et que X était renseigné comme gérant de la société.

Le tribunal n'a pas retenu la responsabilité de X pour les raisons suivantes :

« En principe, la raison sociale inclut le nom des associés afin de renseigner les tiers sur les associés engagés personnellement dans la société.

La responsabilité solidaire et indéfinie de la personne dont le nom figure à tort dans la raison sociale n'implique point que cette personne devienne du coup un associé de la société. Elle ne saurait faire partie du cercle des associés, car elle n'a pas participé au contrat de société. Sa responsabilité solidaire et indéfinie est exclusivement basée sur l'article 1382 du Code civil sanctionnant les délits et quasi-délits (STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, p. 492) ».

III. – Droit européen des sociétés

A. – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE ACTIONNAIRES :
L'AFFAIRE BERTELSMANN ET RTL GROUP

1. – *Cour de justice des Communautés européennes (« C.J.C.E. »), 15 octobre 2009, C-101/08 : existence d'un principe général du droit communautaire relatif à l'égalité entre actionnaires (non)*

Dans cette affaire, des actionnaires minoritaires de RTL Group avaient saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg d'une demande dirigée contre les sociétés Groupe Bruxelles Lambert (GBL), Bertelsmann et RTL Group ainsi que contre les administrateurs de RTL Group, en vue d'obtenir l'annulation de la ou des conventions conclues entre GBL et Bertelsmann aux termes desquelles GBL avait cédé sa participation de 30 % dans le capital de RTL Group à Bertelsmann en échange de 25 % du capital de cette même Bertelsmann et d'une prime de cession payée par Bertelsmann à GBL.

Subsidiairement, les actionnaires minoritaires de RTL ont invoqué le droit de bénéficier d'un traitement égal à celui de GBL et ont demandé la condamnation de ces mêmes parties à la réparation de leur préjudice, estimant que la cession de leur propre participation dans RTL Group, aux mêmes conditions de prix que celles faites à GBL, aurait dû leur être proposée par Bertelsmann.

Les actionnaires minoritaires ont invoqué plusieurs dispositions de droit communautaire dérivé contenues dans la deuxième directive « sociétés » 77/91/CEE (89), la recommandation de la Commission du 25 juillet 1977 établissant le code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières (90), la directive « prospectus » 79/279/CEE reprise dans la directive 2001/34/CEE telle que modifiée (91) et la directive « OPA » 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition (92), établissant, selon eux, l'existence d'un principe général d'égalité entre actionnaires.

Tant le tribunal d'arrondissement que la Cour d'appel ont refusé d'admettre l'existence d'un principe général de droit à l'égalité de traitement pour tous les actionnaires. La Cour de cassation, saisie par les minoritaires, a, par arrêt du 21 février 2008, sursis à statuer jusqu'à ce que la C.J.C.E. se soit prononcée à titre préjudiciel sur l'existence d'un principe général d'égalité entre actionnaires découlant du droit communautaire.

L'arrêt de la C.J.C.E. est intéressant à plus d'un titre. La C.J.C.E. a affirmé avec force que le droit communautaire ne contient pas un principe général de droit d'égalité des actionnaires. Ce faisant, elle a appliqué les critères classiques qui permettent d'induire l'existence d'un principe général du droit communautaire pour en conclure qu'un tel principe n'existe pas de façon autonome. Ensuite, elle a recherché si un tel principe pouvait découler du principe général d'égalité de traitement.

1.1 – L'inexistence d'un principe général d'égalité entre actionnaires autonome

À la question de savoir si les références à l'égalité entre actionnaires dans toute une série de textes communautaires relatifs au droit des sociétés procèdent d'un principe général du droit communautaire, et si oui, s'il doit trouver application seulement dans les rapports entre une société et ses actionnaires ou, au contraire, également dans les rapports entre actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires, la C.J.C.E. répondit comme suit :

(89) Voir les articles 20 et 42.

(90) Voir « Troisième principe général » et « Dix-septième disposition complémentaire ».

(91) Voir l'annexe schéma C, point 2, a).

(92) Voir article 3, paragraphe 1^{er}, *sub a*), et considérant (8).

« Le droit communautaire ne contient pas de principe général de droit selon lequel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant acquérant ou exerçant le contrôle d'une société d'offrir à ceux-ci de racheter leurs actions aux mêmes conditions que celles convenues lors de l'acquisition d'une participation conférant ou renforçant le contrôle de l'actionnaire dominant ».

Le fait que la C.J.C.E. se prononce par référence aux éléments de la cause n'enlève, à notre avis, rien à la portée générale de la solution prônée par cet arrêt qui est de dire qu'il n'existe pas de principe général d'égalité *entre* actionnaires en droit communautaire quelle que soit la situation envisagée. Ceci ressort des motifs de la décision de la C.J.C.E. ainsi que des conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, cette dernière ayant proposé cette formulation afin d'éviter que la réponse de la Cour reste abstraite(93).

Les principes généraux du droit communautaire sont traditionnellement définis comme étant des principes non écrits, tirés de l'ordre juridique communautaire ou des ordres juridiques des États membres, d'une importance si fondamentale qu'ils ont un rang de droit primaire ou un rang constitutionnel et dont la fonction est d'assister les juges dans leur travail d'interprétation des textes de droit et, le cas échéant, de suppléer à des lacunes législatives.

La méthode utilisée par la CJCE dans cet arrêt a été de vérifier si les dispositions du droit communautaire invoquées par les minoritaires donnaient « des indications concluantes de l'existence du principe recherché, lesdites dispositions ne revêtant une valeur indicative que dans la mesure où elles sont rédigées de manière contraignante »(94).

Elle a recherché si les dispositions en question étaient rédigées en des termes généraux, absolus et contraignants susceptibles de démontrer l'existence d'un principe général du droit ou si, au contraire, les dispositions étaient spécifiques à des situations bien déterminées, non comparables à celle dans laquelle se trouvaient les actionnaires minoritaires, étant entendu qu'une simple référence dans les dispositions en question à la protection des actionnaires minoritaires, voire l'existence de dispositions protectrices dans certains cas de figure, ne suffisaient pas, en soi, à établir l'existence d'un principe général du droit communautaire.

(93) Conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak présentées le 30 juin 2009 dans l'affaire C-101/08, p. 12.

(94) Motif 34 de l'arrêt commenté. Voir, en ce sens, C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, point 86 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, C-189/01, *Rec.*, p. I-5689, point 74.

Selon la C.J.C.E., le caractère général, absolu et contraignant d'une disposition est à interpréter strictement à la lumière de son objet, de sa portée et des termes utilisés.

Alors même que l'objet des dispositions dans les directives invoquées par les actionnaires minoritaires procède soit d'un souci de protection de tous les actionnaires face à la société soit d'un souci d'harmonisation minimale de la protection des actionnaires dans l'ensemble des États membres, la portée de ces dispositions n'est, ni générale en ce qu'elles visent des situations bien spécifiques, différentes de celle en cause, ni absolue en ce qu'elles ne sont d'application qu'en droit des sociétés à l'exclusion de tout autre domaine du droit.

Pour la C.J.C.E., l'emploi dans les directives « sociétés », « prospectus » et « OPA » des mots « pour l'application de la présente directive » constitue la parfaite démonstration de ce qui précède. En outre, la référence à la protection des actionnaires minoritaires est à interpréter comme constituant des « principes directeurs » visant à préciser l'application desdites directives sans pour autant « exprimer une obligation de traitement égal des actionnaires dans des termes absolus et contraignants » (95).

Si l'on s'intéresse de manière plus générale aux finalités des directives « prospectus » et « OPA », on constate que les objectifs recherchés sont l'intégration du marché européen des capitaux et le fonctionnement efficace des marchés financiers européens. La méthode utilisée pour y parvenir a été d'introduire des règles claires et transparentes assurant une harmonisation minimale de la matière et une protection minimale des investisseurs, des associés et des tiers à travers la Communauté (96). Les dispositions protectrices des droits des acteurs du marché, notamment des actionnaires minoritaires, issues de cette réglementation, ne se conçoivent pas de manière séparée ou comme le dit la C.J.C.E. de façon « autonome », mais servent à atteindre l'objectif plus général de stabilité, loyauté et transparence des marchés en protégeant contre le risque d'abus éventuels notamment de la part d'un actionnaire de contrôle (97).

Aux points 90, 86 et 88 de ses conclusions, Mme l'avocat général remarque que :

« [L]e principe d'égalité des actionnaires n'a pas de définition précise, il est par conséquent "insaisissable" et il constitue un "instrument souple et flexible permettant d'atteindre d'autres objectifs". »

(95) Sommaire de l'arrêt commenté.

(96) Conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, n° 92, qui citent les conclusions du rapport Winter I ; G. PARLEANI, « Droit communautaire des sociétés – Absence en droit de l'Union européenne d'un principe autonome d'égalité entre actionnaires », *R.D.S.*, mars 2010, p. 45.

(97) Conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, n° 80 ; G. PARLEANI, *op. cit.*, p. 50.

« [L]es dispositions en question traduisent manifestement l'intention du législateur communautaire d'empêcher des inégalités de traitement arbitraires, c'est-à-dire non justifiées objectivement, entre les actionnaires. Elles n'autorisent cependant pas directement la conclusion qu'il existe un principe général d'égalité des actionnaires au sens du droit communautaire. »

« La notion d'égalité des actionnaires apparaît en filigrane dans l'ensemble du droit des sociétés de la Communauté et de ses États membres et constitue manifestement un idéal important dans ce domaine. Elle ne peut cependant pas encore prétendre avoir acquis rang de droit constitutionnel dans l'un de ces ordres juridiques. Sur le plan du droit national, tout comme en droit communautaire, la codification se limite à certaines règles figurant dans des lois ordinaires. »

1.2 – Le principe général d'égalité entre actionnaires, expression spécifique en droit des sociétés du principe général d'égalité de traitement ?

Le principe général d'égalité entre actionnaires ne se confond pas non plus avec le principe général communautaire d'égalité de traitement (ou de non-discrimination) dont il ne serait qu'une expression spécifique.

Selon une jurisprudence bien établie, le principe d'égalité de traitement interdit de traiter de manière différente des situations comparables et de manière égale des situations différentes, à moins que la différenciation ne soit objectivement justifiée.

La C.J.C.E. a recherché si le principe d'égalité de traitement pouvait servir de fondement à un principe spécifique d'égalité de traitement dans le droit des sociétés. Elle a analysé quelles seraient les conséquences de l'adoption d'un principe d'égalité des actionnaires (découlant du principe d'égalité de traitement) et si l'effet recherché, à savoir le rachat obligatoire, serait atteint.

La C.J.C.E. constate que le principe d'égalité entre actionnaires demandé par les requérants impliquerait l'obligation, pour l'actionnaire dominant, de racheter les titres des minoritaires aux mêmes conditions que celles dont il a bénéficié lors de l'acquisition lui ayant conféré le contrôle.

Or, « le principe général d'égalité de traitement ne saurait à lui seul, ni faire naître une obligation particulière dans le chef de l'actionnaire dominant au bénéfice des autres actionnaires ni déterminer la situation spécifique à laquelle une telle obligation se rattache » (98).

Au contraire, il a été soutenu qu'assortir le principe d'égalité d'une obligation de rachat ferait peser sur l'actionnaire majoritaire une obligation qui ne

(98) Motif 57 de l'arrêt commenté.

s'appliquerait à aucun autre actionnaire de sorte que l'actionnaire majoritaire, qui est dans une position différente de celle de l'actionnaire minoritaire, serait traité de façon inégalitaire (99).

Plusieurs considérations ont influencé la décision de la C.J.C.E. :

Tout d'abord, le principe général de sécurité juridique s'oppose à l'adoption d'un principe général du droit au contenu imprécis.

La difficulté rencontrée par la C.J.C.E. à cet égard a été de déterminer avec précision quels pourraient être les champs d'application matériel, personnel et temporel d'un principe d'égalité des actionnaires et les conditions d'application de celui-ci, afin de garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques.

La CJCE s'y est refusée, puisqu'« une telle décision présupposerait la pondération tant des intérêts des actionnaires minoritaires et de l'actionnaire dominant que des conséquences considérables dans le domaine des acquisitions d'entreprises, et nécessiterait une expression spécifique, conformément au principe de sécurité juridique, afin que les intéressés puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations et prendre leurs dispositions en conséquence (voir, en ce qui concerne l'exigence du principe de sécurité juridique, arrêt du 10 mars 2008, *Heinrich*, C-345/06, non encore publiée au *Recueil*, point 44) » (100).

En outre, considérant le degré de détail qu'il faudrait pour l'application efficace et sûre d'un principe général d'égalité entre actionnaires et eu égard au respect de l'équilibre institutionnel qui veut que la compétence législative de la Communauté appartienne conjointement au Conseil de l'Union européenne et au Parlement, « un principe tel que celui préconisé par Audiolux présuppose des choix d'ordre législatif, reposant sur une pondération des intérêts en jeu et la fixation d'avance de règles précises et détaillées (voir, par analogie, arrêts du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma c. Commission*, 41/69, *Rec.*, p. 661, points 18 à 20 ; *Ferwerda*, 265/78, *Rec.*, p. 617, point 9, ainsi qu'ordonnance du 5 mars 1999, *Guerin automobiles c. Commission*, C-153/98, p. I-1441, points 14 et 15), et ne saurait être déduit du principe général d'égalité de traitement » (101).

Ensuite, la C.J.C.E. a émis de sérieux doutes quant à l'efficacité du principe pour produire l'effet recherché, c'est-à-dire, imposer une obligation de rachat à l'actionnaire majoritaire.

La C.J.C.E. a, en effet, considéré qu'il existe de nombreuses méthodes assurant la protection des actionnaires minoritaires, mais que le principe général

(99) D. SCHMIDT, *Bulletin Joly Bourse*, janvier-février 2010, p. 35.

(100) Motif 58 de l'arrêt commenté.

(101) Motif 62 de l'arrêt commenté.

d'égalité n'était pas concluant dans le choix de la méthode à appliquer. Comme l'a fait remarquer Mme l'avocat général (102), « il y aurait des doutes sur le point de savoir si [le principe d'égalité entre actionnaires] pourrait être assorti d'une conséquence juridique si précise qu'il ferait naître un droit des actionnaires minoritaires au rachat obligatoire ».

Enfin, les conséquences incertaines et imprévisibles qui pourraient découler en pratique de l'application d'un principe d'égalité de traitement entre actionnaires au contenu si vague et ambigu ont conduit la C.J.C.E. à en refuser la reconnaissance.

Ce motif de la C.J.C.E. traduit deux soucis principaux qui s'opposent à la reconnaissance d'un tel principe. Tout d'abord, son caractère imprécis, aussi bien dans ses conditions d'application que dans les conséquences juridiques qu'il emporterait en cas de violation, conduirait à une situation chaotique et juridiquement incertaine, incompatible avec les intérêts économiques en jeu. En outre, l'adoption d'un principe au champ d'application matériel, personnel et temporel inconnu, aurait une portée considérable et serait susceptible de s'appliquer à toute opération en droit des sociétés qui opposerait les actionnaires majoritaires aux actionnaires minoritaires (103).

1.3 – Un principe de traitement égalitaire des actionnaires

La deuxième question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la C.J.C.E. était de savoir, si un principe général d'égalité entre actionnaires existait, s'il trouverait application dans les seuls rapports de la société avec ses actionnaires ou également dans les rapports entre actionnaires, notamment entre majoritaires et minoritaires.

Dans ses conclusions, Mme l'avocat général avait proposé de répondre « qu'un principe général d'égalité de traitement des actionnaires pourrait tout au plus s'appliquer aux rapports entre une société et ses actionnaires » (104).

En analysant les dispositions citées par la Cour de cassation, elle a constaté que le respect de l'égalité de traitement s'imposait à la société et à ses organes et non aux actionnaires entre eux alors que ces dispositions ne prévoient des obligations qu'à l'attention de la société ou de l'émetteur.

En outre, elle indique que la portée des principes généraux ne s'étend, en principe, pas aux relations entre particuliers. Ils s'appliquent, par contre, dans les relations d'un particulier avec les institutions communautaires et les États membres.

La C.J.C.E. ne s'est cependant pas prononcée sur la deuxième question.

(102) Conclusions de Mme l'avocat général, *op. cit.*, n° 126.

(103) G. PARLEANI, *op. cit.*, p. 48.

(104) Conclusions de Mme l'avocat général, *op. cit.*, n° 129.

1.4 – Cour de cassation, 23 septembre 2010, n° 54/10 :
existence d'un principe général de droit national
relatif à l'égalité entre actionnaires (non)

À son tour, la Cour de cassation a été confrontée à la question de savoir si le droit national contient l'expression d'un principe général d'égalité de traitement des actionnaires.

Dans son analyse du droit national portant transposition des dispositions de droit communautaire invoquées par les actionnaires minoritaires, la Cour de cassation a suivi la méthodologie adoptée par la C.J.C.E. Elle a recherché si les dispositions en question étaient rédigées en des termes généraux, absolus et contraignants susceptibles de démontrer l'existence d'un principe général du droit eu égard à leur objet et à leur portée.

En l'occurrence, elle a adopté les motifs de la C.J.C.E. pour refuser de reconnaître un principe général d'égalité des actionnaires tiré des dispositions communautaires telles que transposées en droit luxembourgeois.

En outre, lorsque les dispositions font expressément référence à l'obligation d'assurer un traitement égalitaire des actionnaires, elle a précisé que celui-ci vise les rapports des actionnaires avec la société et non les rapports des actionnaires entre eux.

B. – OPÉRATIONS D'INITIÉS : ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

1. – *C.J.U.E., 23 décembre 2009, n° C-45-08 : éléments constitutifs de l'opération d'initié : éléments objectifs (oui) et subjectifs (non) ; notion d'utilisation d'une information privilégiée ; présomption d'innocence*

La Commission bancaire, financière et de l'assurance (« CBFA ») avait sanctionné une opération de rachat d'actions propres effectuée par la société Spector Photo Group NV, société cotée sur Euronext Bruxelles, dans le cadre d'un programme d'options sur actions pour ses employés, estimant que cette opération était constitutive d'une opération d'initié.

Dans sa décision, la CBFA avait pris en compte deux éléments. D'abord, le programme de rachat avait été modifié après l'opération litigieuse, quant au nombre d'actions concernées par le rachat et quant aux limites de prix. Ensuite, la société était sur le point de publier son chiffre d'affaires et d'annoncer une nouvelle acquisition de sorte qu'après ces annonces, le cours de l'action aurait augmenté rendant plus cher le rachat envisagé par la société s'il avait eu lieu après ces annonces.

Les faits ont eu lieu avant la transposition en droit belge de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (la « directive Abus de

marché »). La loi belge sur les opérations d'initiés en vigueur au moment des faits (ci-après « l'ancienne loi ») avait été rédigée sur la base d'un avant-projet de la directive Abus de marché, de sorte que la définition de l'opération d'initié contenue dans l'ancienne loi belge était presque identique à celle reprise dans la directive Abus de marché. L'ancienne loi belge a ensuite été modifiée pour transposer la directive Abus de marché et c'est alors que la définition de l'opération d'initié a légèrement changé. La nouvelle loi belge définit l'opération d'initié par référence au fait qu'une personne dispose d'une information dont elle sait ou devrait savoir qu'elle a un caractère privilégiée. La nouvelle loi belge prohibe « le fait d'agir en connaissance d'une information privilégiée » (105) et non « l'usage de l'information privilégiée », de sorte que toute opération effectuée par un initié est interdite (106).

Les faits à l'origine du litige ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le litige devait se régler sous l'empire de l'ancienne loi. La juridiction de renvoi a néanmoins présenté une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation des articles 2 (107) et 14 de la directive Abus de marché. La recevabilité de la demande n'était pas évidente. La C.J.U.E. a cependant, et de façon assez sommaire, écarté les questions liées à la recevabilité de la demande, démontrant ainsi sa volonté de statuer sur les questions posées.

Il faut admettre que les questions posées par la juridiction de renvoi n'étaient pas libellées de façon très claire. La C.J.U.E. a, par conséquent, reformulé à sa manière, la problématique principale en ces termes : Est-il « suffisant, pour qu'une opération soit qualifiée d'opération d'initié prohibée, qu'un initié primaire en possession d'une information privilégiée effectue une opération de marché sur les instruments financiers auxquels se rapporte cette information ou est-il, en outre nécessaire d'établir que cette personne a « utilisé » l'information « en connaissance de cause » ?

En d'autres termes, la demande préjudicielle consistait à obtenir des précisions sur les éléments constitutifs de l'opération d'initié, et plus particulièrement, de savoir si l'opération suppose la réunion d'un élément moral relatif à l'intention ayant inspiré l'opération, en plus d'éléments matériels. L'élément moral résulterait du fait que l'initié a « utilisé » l'information privilégiée, c'est-à-dire, que l'information privilégiée dont il a disposé a déclenché sa décision

(105) Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 10 septembre 2009 dans l'affaire C- 45/08, p. 3, n° 18.

(106) H. GILLIAMS et M. WAUTERS, « L'arrêt *Spector* : renforcement des règles applicables aux acteurs des marchés se trouvant en possession d'informations privilégiées », Eubelius.com.

(107) L'article 2, paragraphe 1^{er}, première phrase de la directive Abus de marché dispose que : « Les États membres interdisent à toute personne visée au deuxième alinéa qui détient une information privilégiée d'utiliser cette information en acquérant ou en cédant, ou en tentant d'acquérir ou de céder, pour son compte propre ou pour le compte d'autrui, soit directement, soit indirectement, les instruments financiers auxquels se rapporte cette information ».

d'effectuer l'opération, celle-ci visant un but particulier, à savoir éviter une perte ou réaliser un gain.

La C.J.U.E. a dit pour droit :

« [L]’article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/6 doit être interprété en ce sens que le fait qu’une personne visée au second alinéa de cette disposition qui détient une information privilégiée acquiert ou cède ou tente d’acquérir ou de céder, pour son compte propre ou pour le compte d’autrui, soit directement, soit indirectement, les instruments financiers auxquels se rapporte cette information implique que cette personne a “utilisé cette information” au sens de ladite disposition, sous réserve du respect des droits de la défense et, en particulier, du droit de pouvoir renverser cette présomption. La question de savoir si ladite personne a enfreint l’interdiction des opérations d’initiés doit être analysée à la lumière de la finalité de cette directive, qui est de protéger l’intégrité des marchés financiers et de renforcer la confiance des investisseurs, laquelle repose, notamment sur l’assurance que ces derniers seront placés sur un pied d’égalité et protégés contre l’utilisation indue d’informations privilégiées ».

Ce dispositif se décompose comme suit : il existe une présomption « d’utilisation » de l’information privilégiée, cette présomption est réfragable, l’initié présumé pouvant la renverser en démontrant qu’il n’a pas tenté de s’avantager indûment.

1.1 – Nécessité d’établir un élément intentionnel dans l’opération d’initié, non – celui-ci est présumé

Une lecture des motifs de l’arrêt suffit pour comprendre que le vrai problème que la C.J.U.E. voulait traiter était celui de la preuve du délit d’initié.

En effet, consciente des difficultés que l’application de la notion d’initié avait soulevées en pratique sous l’empire de la précédente directive 89/592/CEE concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d’initiés, la C.J.U.E. va déduire de l’article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive Abus de marché, une présomption d’utilisation de l’information privilégiée dans le chef de l’initié primaire.

La C.J.U.E. rappelle, à cet égard, que la raison qui avait poussé le législateur communautaire à modifier l’ancienne directive en adoptant la directive Abus de marché était de parvenir à une harmonisation uniforme du droit des États membres en enlevant toute référence à un élément moral dans la définition d’opération d’initié. L’ancienne directive faisait, en effet, référence à la notion « d’exploitation en connaissance de cause » qui, lors de la transposition de celle-ci, avait été interprétée par certains États membres comme exigeant un élément moral.

L'exigence d'un tel élément moral est incompatible avec la finalité de la directive Abus de marché en ce qu'elle rend difficile sa mise en œuvre et la sanction des opérations visées. Son but est « d'assurer l'intégrité des marchés financiers communautaires et de renforcer la confiance des investisseurs en ces marchés. Le législateur communautaire a opté pour un mécanisme de prévention et de sanction administrative des opérations d'initiés dont l'efficacité serait atténuée s'il était conditionné à la recherche systématique d'un élément moral. Ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 55 de ses conclusions, ce n'est que lorsqu'elle permet de sanctionner effectivement les infractions que l'interdiction des opérations d'initiés déploie toute son efficacité et assure de manière durable le respect des règles par tous les opérateurs de marché. La mise en œuvre effective de l'interdiction des opérations de marché s'appuie donc sur une structure simple dans laquelle les moyens de défense subjectifs sont limités, afin non seulement de sanctionner, mais également de prévenir efficacement les infractions à cette interdiction ».

Pour la C.J.U.E., l'opération d'initié est constituée dès lors que deux éléments matériels sont réunis, le premier ayant trait aux personnes qui relèvent du champ d'application de la directive Abus de marché et le deuxième tenant aux agissements prohibés.

Par contre, l'intention à la base de l'opération ou même la connaissance du caractère privilégié de l'information sont indifférentes à la qualification de l'opération :

« [...], cette disposition ne prévoit pas expressément de conditions subjectives relatives à l'intention ayant inspiré ces agissements matériels. Ainsi, l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/6 ne précise pas si l'initié primaire doit avoir été mû par une intention spéculative, doit avoir poursuivi un dessein frauduleux ou doit avoir agi de propos délibéré ou par négligence. Cet article n'indique pas expressément qu'il est nécessaire d'établir que l'information privilégiée a déterminé la décision d'effectuer l'opération de marché en cause, pas plus qu'il ne prévoit expressément que l'initié primaire devait avoir conscience du caractère privilégié de l'information en sa possession ».

L'intention est, au contraire, déduite de l'opération elle-même : « la réunion des éléments constitutifs de l'opération d'initié [...] permet [...] de présumer l'intention de l'auteur de cette opération ».

Ceci découle « de la nature particulière de l'opération d'initié », la C.J.U.E. partant du postulat, qu'en principe, l'initié primaire cherchera à tirer un avantage de l'information privilégiée dont il dispose (108).

(108) S. TORCK, « L'étau se resserre autour des initiés », note, *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mars 2010, n° 2, p. 92.

« Tout d'abord, la relation de confiance qui lie les initiés primaires [...] à l'émetteur des instruments financiers sur lesquels porte l'information privilégiée implique de leur part une responsabilité particulière à cet égard. Ensuite, l'exécution d'une opération de marché résulte nécessairement d'une chaîne de décisions s'inscrivant dans un contexte complexe permettant d'exclure, en principe, que son auteur ait pu agir sans avoir conscience de ses agissements. Enfin, lorsqu'une telle opération de marché est effectuée alors que l'auteur de cette dernière est en possession d'une information privilégiée, cette information doit, en principe, être réputée avoir été intégrée au processus décisionnel de celui-ci ».

La seule circonstance que l'initié primaire effectue une opération sur le titre d'un émetteur alors qu'il dispose d'une information privilégiée se rapportant à ce titre, fera présumer qu'il a utilisé l'information privilégiée.

En pratique, cela signifie que l'autorité compétente n'aura pas à démontrer la causalité entre l'information privilégiée et l'opération, ni même que l'initié primaire avait conscience du caractère privilégié de l'information, pour sanctionner l'opération en question. Seule devra être rapportée la preuve des éléments matériels de l'infraction.

1.2 – Limites à l'intention présumée : la présomption d'innocence et la finalité de la directive Abus de marché

Après avoir posé le principe, la C.J.U.E. y a rapidement apporté des tempéraments.

Déduire des éléments matériels de l'opération d'initié l'intention de l'auteur d'utiliser l'information privilégiée ne peut se faire que dans le strict respect des droits de la défense et, notamment, de la présomption d'innocence consacrée à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par conséquent, pour être compatible avec la présomption d'innocence, la présomption qui se dégage de l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive Abus de marché doit être une présomption réfragable.

La présomption opère un renversement de la charge de la preuve en ce qu'il appartiendra à l'initié primaire d'apporter la preuve négative. C'est au moment où l'initié primaire voudra renverser la présomption qu'interviendra le deuxième tempérament posé par la C.J.U.E. et qui tient à la finalité de la directive Abus de marché.

En effet, la présomption a pour conséquence que tout initié primaire en possession d'une information privilégiée sur un émetteur qui effectue une opération de marché en relation avec un titre de cet émetteur tombe automatiquement sous le coup de la prohibition des opérations d'initiés.

Or cette automaticité de la prohibition n'est pas souhaitable, ni nécessaire dans la mesure où l'opération de marché n'est pas de nature à porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive Abus de marché. De surcroît, la directive Abus de marché elle-même prévoit, aux considérants dix-huit, vingt-neuf et trente, que certaines situations ne doivent être réputées constituer en soi une opération d'initié.

C'est pourquoi « la question de savoir si ladite personne a enfreint l'interdiction des opérations d'initiés doit être analysée à la lumière de la finalité de cette directive, qui est de protéger l'intégrité des marchés financiers et de renforcer la confiance des investisseurs, laquelle repose, notamment, sur l'assurance que ces derniers seront placés sur un pied d'égalité et protégés contre l'utilisation induue d'informations privilégiées ».

Il faut donc rechercher, non pas l'intention qui anime l'initié qui effectue une opération de marché dans le sens que l'information privilégiée serait à l'origine de sa décision d'effectuer l'opération, la présomption jouant, mais si l'initié a utilisé l'information privilégiée, en sa possession, de façon induue. « C'est la rupture d'égalité dans l'information qui crée l'avantage ; celui-ci est indu dès lors que celui qui l'utilise en tire un profit économique » (109) au détriment de tiers qui, eux, n'en ont pas connaissance.

Grâce à ses caractéristiques, à savoir une information qui n'est pas publique, qui est précise et qui est de nature à influencer de façon sensible sur le cours des instruments financiers, une information privilégiée « procure ainsi à l'initié qui la détient un avantage par rapport à tous les autres intervenants sur le marché qui l'ignorent. En effet, elle permet à cet initié, lorsqu'il agit de manière concordante avec cette information en effectuant une opération de marché, d'escompter en retirer un avantage économique sans pour autant s'exposer aux mêmes risques que les autres intervenants sur le marché.

Par conséquent, la prohibition des opérations d'initiés s'applique lorsqu'un initié qui détient une information privilégiée fait une utilisation induue de l'avantage que lui procure cette information en effectuant une opération de marché concordant avec cette information.

Il s'ensuit que le fait qu'un initié primaire qui détient une information privilégiée effectue une opération de marché sur les instruments financiers auxquels se rapporte cette information implique que cette personne a « utilisé cette information » au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/6 [...] ».

Il est permis de se demander quelle serait la situation dans laquelle un initié primaire serait en mesure d'apporter la preuve qu'il n'a pas agi dans le but

(109) *Banque & Droit*, n° 129, janvier-février 2010, p. 27.

de s'avantager indûment, en dehors des cas repris dans les considérants de la directive Abus de marché.

Un exemple cité dans les conclusions de l'avocat général est celui où un initié vend des titres aujourd'hui parce qu'il a un besoin urgent de liquidités, alors qu'il a connaissance d'informations qui indiquent une hausse du cours dans le futur. « À partir du moment où une personne agit contrairement à l'évolution des cours telle qu'elle découle de l'information privilégiée, on ne saurait prétendre que cette personne utilise ladite information ».

Cet exemple illustre que, pour renverser la présomption, l'initié doit rapporter la preuve que l'information privilégiée dont il disposait n'a eu aucune influence sur sa décision et, qu'au contraire, sa décision était motivée par la recherche d'un objectif autre que celui de tirer avantage de l'information privilégiée.

Cet exemple est aussi un cas relativement évident. Dans d'autres cas, il ne sera pas aussi aisé de renverser la présomption alors que, s'agissant de prouver une (non-)intention, il faut se demander quel type de preuve sera de nature à la démontrer.

La C.J.U.E. appelle, à cet égard, à une application circonstanciée et raisonnée de la présomption :

« Afin de ne pas étendre la prohibition prévue à l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/6 au-delà de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par cette directive, certaines situations peuvent requérir un examen approfondi des circonstances de fait permettant de s'assurer que l'utilisation de l'information privilégiée revêt effectivement le caractère indu que ladite directive vise à proscrire au nom de l'intégrité des marchés financiers et de la confiance des investisseurs ».

En posant « un principe général d'éviction de la présomption », elle invite, nous semble-t-il, les autorités, à analyser, au cas par cas, si l'utilisation de l'information privilégiée revêt un caractère indu, et d'écarter la présomption chaque fois que la situation ne paraît pas justifier que s'applique la présomption (110).

1.3 – Sanction du délit d'initié : prise en compte du bénéfice réalisé et influence du cours de l'instrument financier

La juridiction de renvoi avait posé la question de savoir si, pour apprécier le caractère effectif, proportionnel et dissuasif de la sanction tel que prescrit par l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive Abus de marché, il fallait prendre en compte le bénéfice réalisé par l'opération, et si l'information privilégiée rendue publique devait avoir effectivement et « sensiblement » influencé le cours de l'instrument financier.

(110) S. TORCK, *op. cit.*, p. 7.

S'agissant du caractère « sensible » de l'information privilégiée, la C.J.U.E. précise que « l'aptitude à influencer de manière sensible sur les cours doit s'apprécier, *a priori*, à la lumière du contenu de l'information en cause et du contexte dans lequel elle s'inscrit. Il n'est donc pas nécessaire, afin de déterminer si une information est privilégiée, d'examiner si sa divulgation a effectivement influé de façon sensible sur le cours des instruments financiers auxquels elle se rapporte ».

S'agissant du bénéfice réalisé, la C.J.U.E. répond que « l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive 2003/6 doit être interprétée en ce sens que l'avantage économique résultant d'une opération d'initié peut constituer un élément pertinent aux fins de la détermination d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive. La méthode de calcul de cet avantage économique et, en particulier, la date ou la période à prendre en considération, relèvent du droit national ».

Il convient de relever, à cet égard, que le législateur luxembourgeois permet à l'article 32 de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché de prendre en compte le profit réalisé pour fixer le montant de l'amende encourue en cas de violation des interdictions prévues par la loi.

C. – PROCÉDURES COLLECTIVES : L'ARRÊT INTEREDIL (NOTION DE CENTRE DES INTÉRÊTS PRINCIPAUX ET D'ÉTABLISSEMENT)

1. – C.J.U.E., 20 octobre 2011, aff. C-396/09, *Interedil Srl c.*

Fallimento Interedil Srl et Intesa Gestione Crediti SpA : notion de centre des intérêts principaux et d'établissement, date à considérer pour localiser le centre des intérêts principaux et transfert de siège statutaire

1.1 – Notion de centre des intérêts principaux

La société Interedil, société de droit italien et ayant son siège social en Italie, a été rachetée par un groupe britannique. Dans le contexte de ce rachat, la société Interedil avait transféré son siège social au Royaume-Uni et s'était inscrite au registre des sociétés au Royaume-Uni et radiée au registre italien des sociétés.

Les actifs de la société ont ensuite été vendus et la société Interedil a été mise en liquidation judiciaire conformément au droit anglais.

Un an après que la société ait été radiée du registre des sociétés au Royaume-Uni, un de ses créancier a saisi les juridictions italiennes en vue de voir prononcer l'ouverture d'une procédure de faillite conformément au droit italien.

La Cour de cassation italienne, considérant que la présomption de l'article 3 du règlement n'avait pas été renversée en raison de l'existence en Italie de biens immobiliers appartenant à la société, d'un contrat de location et d'un contrat de financement ainsi que de l'absence de communication du transfert de siège au registre des entreprises, a ouvert cette procédure à l'encontre de la société.

Néanmoins, le tribunal de première instance italien avait des doutes quant à sa compétence au vu de la jurisprudence *Eurofood* et a saisi la C.J.U.E. de plusieurs questions préjudicielles tendant à obtenir des précisions sur la notion du centre des intérêts principaux et plus particulièrement les facteurs ou éléments déterminants pour identifier le centre des intérêts principaux.

Dans son arrêt *Eurofood*, la C.J.U.E. avait précisé la notion du centre des intérêts principaux par référence au considérant 13 du règlement qui indique que « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

La C.J.U.E. affirmait que la présomption établie à l'article 3 du règlement ne pouvait être renversée que si des éléments à la fois objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que le siège social était censé refléter.

Elle a ensuite donné deux exemples pour illustrer ces propos.

Le premier concerne la société « boîte aux lettres » qui n'exerce aucune activité sur le territoire de l'État membre où se situe son siège social. S'agissant d'une telle société, la présomption peut être écartée.

Le deuxième est celui d'une société faisant partie d'un groupe qui exerce son activité sur le territoire de l'État membre où se situe son siège social mais dont les choix économiques sont contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre. Cette simple circonstance ne suffit pas, selon la C.J.U.E., à écartier la présomption.

On constate que dans les deux exemples cités, la C.J.U.E. se réfère au lieu où la société exerce son « activité » et non au lieu où la société « gère habituellement ses intérêts ».

À notre avis, ces deux notions ne se confondent pas.

Le rapport sur la convention relative aux procédures collectives d'insolvabilité(111), dont est issue la formulation du treizième considérant du règlement, précise que le centre des intérêts principaux doit être compris comme le lieu où le débiteur conduit, de manière régulière, l'administration de ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers. La notion « d'intérêts » couvre non seulement les activités commerciales, industrielles ou professionnelles, mais aussi toute activité économique y compris celle des personnes physiques. Le terme « principaux » est utilisé pour saisir les activités de toute sorte conduites depuis plusieurs centres différents.

(111) M. VIRGOS et E. SCHMIT, 3 mai 1996, 6500/96, rapport sur la convention relative aux procédures d'insolvabilité.

Le rapport conclut que le centre des intérêts principaux est, sauf preuve contraire, le lieu du siège social, ce lieu correspondant normalement au principal établissement (*head office*).

La C.J.U.E. semble omettre le lieu de la gestion habituelle pour ne retenir que le critère du lieu où s'exerce l'activité de la société et de sa vérifiabilité par les tiers. Ceci a donné une grande latitude aux juridictions nationales dans le choix des critères permettant d'écarter la présomption de l'article 3 du règlement pour attirer la compétence juridictionnelle vers elles.

Consciente sans doute de ces difficultés, la C.J.U.E. a voulu encadrer et rendre plus difficile le renversement de la présomption édictée à l'article 3 du règlement.

Dans son arrêt *Interedil*, la C.J.U.E. indique que « la présomption prévue en faveur du siège statutaire à l'article 3 (...) et la référence faite dans le libellé du treizième considérant (...) au lieu de gestion des intérêts traduisent la volonté du législateur de l'Union de privilégier le lieu de l'administration centrale de la société en tant que critère de compétence (...).

Il y a lieu de considérer que l'exigence d'objectivité et la possibilité de vérification sont satisfaites lorsque les éléments matériels pris en considération pour établir le lieu où la société débitrice gère habituellement ses intérêts ont fait l'objet d'une publicité ou, à tout le moins, ont été entourés d'une transparence suffisante pour que les tiers, c'est-à-dire les créanciers de cette société, aient pu en avoir connaissance. »

Ainsi, si « les organes de direction et de contrôle d'une société se trouvent au lieu de son siège statutaire et que les décisions de gestion de cette société sont prises, de manière vérifiable par les tiers, en ce lieu, la présomption prévue à l'article 3 (...), selon laquelle le centre des intérêts principaux de la société se situe en ce lieu, trouve pleinement à s'appliquer » et « une autre localisation des intérêts principaux de la société est exclue ».

En d'autres mots, un renversement de la présomption prévue à l'article 3 du règlement n'est possible que lorsque les tiers ont connaissance de ce que l'administration centrale ne se trouve pas au siège statutaire et que les décisions de gestion n'y sont pas prises. Si l'administration centrale se trouve au siège social et que les tiers peuvent le vérifier sur base d'éléments suffisamment transparents, la présomption est irréfutable.

Si les organes de direction et de contrôle ne se trouvent pas au siège social, la C.J.U.E. admet que la présomption puisse être renversée si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers démontrent une situation réelle différente de celle que le siège social est censé refléter. À titre d'exemple, ces éléments peuvent être la localisation de l'activité de la société, de ses biens notamment

immobiliers et les contrats se rapportant à ces biens notamment les contrats de financement.

La C.J.U.E. exige cependant des tribunaux qu'ils fassent une appréciation globale de la situation et du point de vue des créanciers. Elle proscrie la prise en compte de critères isolés, tels que l'existence dans un État membre autre que celui du siège social d'actifs sociaux, pour renverser la présomption, à moins que « l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de ladite société ainsi que la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre ».

Le raisonnement de la C.J.U.E. semble indiquer qu'elle veut se départir du critère de l'activité dégagée dans l'arrêt *Eurofood* en érigeant le lieu de l'administration centrale comme critère de compétence, mais il n'en est rien (112).

Le critère de l'activité redevient pertinent lorsqu'il s'agit de localiser le centre des intérêts principaux en cas de renversement de la présomption. Si le siège de direction et de contrôle ne se trouve pas au siège social, la C.J.U.E. invite à rechercher où il se trouve réellement du point de vue des tiers. Dans l'appréciation globale de la situation, la C.J.U.E. exige que l'on dégage le centre des intérêts principaux d'un ensemble d'indices pertinents et suffisamment transparents. Pour ce faire, elle permet de prendre en compte des indices tenant à l'activité de la société et à la localisation des actifs sociaux sachant que ces derniers ne peuvent pas, à eux seuls, être déterminants dans la localisation du centre des intérêts principaux (113).

L'arrêt *Interedil*, tout en admettant la méthode du faisceau d'indices, critique les décisions nationales qui ont utilisé cette technique, mais sans que les indices pris en compte soient forcément concordants, car privilégiant les seuls éléments en faveur de la solution recherchée.

En privilégiant le critère de l'administration centrale vérifiable par les tiers, la C.J.U.E. rend le renversement de la présomption de l'article 3 du règlement plus difficile. Toutefois, ce critère est-il vraiment mieux vérifiable pour le créancier (114) ?

La présomption de l'article 3 du règlement jouera si le créancier peut vérifier que les organes de direction et de contrôle de la société se trouvent à son siège social et que les décisions de gestion y sont prises. Pour ce créancier, le siège

(112) Voir aussi F. MÉLIN, « Nouvelles précisions relatives aux notions de centre des intérêts principaux et d'établissement du débiteur », *Revue Lamy Droit des affaires*, janvier 2012, n° 67, p. 18 ; M. MENJUCQ, « Centre des intérêts principaux : les apports de l'arrêt *Interedil* de la C.J.U.E. du 20 octobre 2011 », *Revue des procédures collectives*, revue bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur, novembre-décembre 2011, p. 19.

(113) R. DAMMANN et A. ALBERTINI, « L'arrêt *Interedil* de la CJUE : notion de centre des intérêts principaux », *Semaine juridique – Entreprise et affaires*, n° 19-20, 11 mai 2012, p. 25.

(114) F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, *Rev. crit. D.I.P.*, 101 (1), janvier-mars 2012, p. 201.

de direction et de contrôle de la société, c'est-à-dire le lieu où se trouvent les organes de direction et de contrôle et le lieu où les décisions de gestion sont prises, se trouvera très souvent au siège social tel que publié au registre des sociétés : étant externe à la société, comment peut-il avoir connaissance d'une réalité différente ? Il est plus aisé pour le créancier de connaître objectivement le lieu des activités d'une société plutôt que le lieu de son administration centrale. La localisation de l'administration centrale est surtout connue des dirigeants de la société et moins de ses créanciers (115).

Dans le cadre de la consultation lancée par la Commission européenne pour la révision du règlement, le Parlement européen a émis un rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité (116).

On peut y lire que le Parlement souhaite que des mesures soient prises pour empêcher les abus du *forum shopping*. Parmi ces mesures, il souhaite « inclure une définition de l'expression « centre des intérêts principaux qui soit formulée de façon à empêcher toute recherche abusive de la juridiction la plus avantageuse ». Cette définition serait « inspirée du libellé du considérant 13, qui insiste sur la possibilité de vérification objective par des tiers ».

Le Parlement suggère de prendre en compte des critères tels que « le lieu, observable de l'extérieur, où se déroulent principalement les activités de l'entreprise, la localisation des actifs, le centre des activités opérationnelles ou productives, le lieu de travail des travailleurs, etc. ».

Alors que la C.J.U.E. indique dans son arrêt que la volonté du législateur était de définir la notion du centre des intérêts principaux par référence à l'administration centrale, les propositions du Parlement semblent indiquer le contraire dans la mesure où le critère privilégié est celui de l'activité.

La question est donc loin d'être tranchée.

1.2 – Date de localisation du centre des intérêts principaux

La société Interedil Srl avait fait transférer son siège social au Royaume-Uni bien avant le début de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ordonnée par le tribunal italien. Le tribunal italien a saisi la C.J.U.E. de la question de savoir à quel moment il fallait apprécier la localisation du centre des intérêts principaux lorsqu'il y a eu transfert du siège social.

Dans la lignée de l'arrêt *Staubitz-Schreiber*, la C.J.U.E. affirme que c'est en principe « la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur à la date d'introduction de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui est pertinente pour déterminer la juridiction compétente ».

(115) T. MASTRULLO, « Droit européen des sociétés – Critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux : les précisions de l'arrêt *Interedil Srl* », *R.D.S.*, février 2012, p. 116.

(116) Rapport du 17 octobre 2011, A7-0355/2011.

La C.J.U.E. précise qu'en cas de transfert du siège statutaire avant l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité c'est au nouveau siège statutaire qu'est présumé se trouver le centre des intérêts principaux à moins que la présomption ne puisse être renversée comme décrit dans l'arrêt *Interedil* (117).

1.3 – Notion d'établissement

L'article 2 (h) du règlement définit la notion d'établissement comme visant tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens.

La C.J.U.E. déduit de cet article que la notion d'établissement implique nécessairement « la présence d'une structure comportant un minimum d'organisation et une certaine stabilité en vue de l'exercice d'une activité économique ».

Elle précise également « que l'existence d'un établissement, à l'instar de la localisation du centre des intérêts principaux, doit être appréciée sur le fondement d'éléments objectifs et vérifiables par les tiers ».

Il est dès lors évident que « la seule présence de biens isolés ou de comptes bancaires ne répond pas, en principe, à cette définition ».

L'arrêt *Interedil* était cependant attendu sur un autre point à savoir sur la question de savoir si une filiale dont le centre des intérêts principaux est localisé auprès de sa société mère peut être considérée comme un « établissement » au sens du règlement dans l'État membre de son siège social. L'arrêt n'apporte pas de réponse à cette question (118).

(117) Voir pour des critiques de cette solution F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, *op. cit.* ; T. MASTRULLO, *op. cit.* ; M. MENJUCQ, *op. cit.*

(118) F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, *op. cit.* ; T. MASTRULLO, *op. cit.* ; M. MENJUCQ, *op. cit.*