



Le régime de la S.À R.L. sous l'influence de la S.A.

Pit Reckinger
Pierre Schleimer
Avocats à la Cour



INTRODUCTION

1. Les auteurs Pic et Baratin ont débuté leur ouvrage *Des sociétés à responsabilité limitée*, édité à Paris en 1927, comme suit :

« La destinée des lois sur les sociétés par actions est d'être sans cesse remaniée : soit à la requête du public, qui se plaint d'être insuffisamment protégé contre la fraude, dont les aspects protéiformes et les moyens d'action perfectionnés déjouent trop souvent les règlements les plus étudiés ; soit à la demande du commerce et de l'industrie, et de la finance leur alliée intéressée, qui entendent pouvoir se développer sans entraves inutiles, et adapter à leurs entreprises, sans risque de se heurter à des prohibitions surannées, toutes les formes, toutes les combinaisons nouvelles que le progrès incessant fait surgir.

Ces deux points de vue sont quelque peu antinomiques : ainsi s'expliquent aisément les tâtonnements, les contradictions même du législateur contemporain, perpétuellement oscillant entre la préoccupation de réprimer la spéculation coupable et celle non moins légitime de favoriser l'essor économique du pays ».¹

À en juger des hésitations et du va-et-vient du législateur dans le cadre du projet de loi 5730² et plus particulièrement par rapport au régime de la S.à r.l. sous l'influence de la S.A., ces lignes gardent toute leur actualité même près d'un siècle après avoir été écrites.

2. D'origine allemande, la S.à r.l. est précisément née de la demande du commerce et de l'industrie de créer une société commerciale offrant la responsabilité limitée aux associés, comme la S.A., mais n'ayant pas vocation à être « *publique* » et pouvant ainsi bénéficier d'un régime plus souple. Le but était d'offrir aux sociétés familiales et aux PME un cadre moins exigeant et partant mieux adapté à la pratique du commerce.

3. En combinant la responsabilité limitée des associés empruntée à la S.A. et l'*intuitus personae* attaché aux associés d'une société d'intérêts, la S.à r.l. se trouve au carrefour des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. C'est cette nature hybride qui fait son originalité et qui justifie un régime à part.

4. Si elle était originellement conçue pour des sociétés de taille modeste, normalement du type familial, la pratique a montré qu'elle permettait aussi de servir dans des montages financiers entre grandes sociétés. Aujourd'hui elle est le véhicule de prédilection des structures de *private equity*.

¹ P. PIC et F. BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée : étude critique et commentaire pratique de la loi du 7 mars 1905*, Paris, Édition Godde, 1927, p. 1.

² Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Dépôt auprès de la Chambre des députés le 8 juin 2007 (document parlementaire n° 5730⁰), référencé dans cette contribution comme le Projet 5730 version 1.0. Premiers amendements adoptés par la Commission juridique le 7 mai 2009 et adoptant le nouvel intitulé « Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises » (document parlementaire n° 5730³), référencé dans cette contribution comme Projet 5730 version 2.0. Deuxièmes amendements adoptés par la Commission juridique le 2 avril 2015 (document parlementaire n° 5730⁵), référencé dans cette contribution comme Projet 5730 version 3.0.

5. Au Luxembourg, le régime des sociétés à responsabilité limitée n'a que peu changé depuis son introduction dans la loi sur les sociétés commerciales en 1933.

Certains changements trouvent leur source dans les directives européennes. Ainsi la première directive sociétés (68/151/CEE) concernant entre autres la publicité des actes de sociétés, le régime des nullités et la validité des engagements des sociétés dans les rapports avec les tiers, a donné lieu à modification en 1972 des articles 184, 187, 191 et 191*bis* de la loi de 1915. La quatrième directive (98/660/CEE) concernant les comptes annuels et la septième directive (83/349/CEE) concernant les comptes consolidés sont applicables aux S.A. et aux S.à r.l. et ont donné lieu à un régime de comptabilité et de publication des comptes annuels identique pour les deux types de sociétés. Bien que les directives concernant les fusions et acquisitions fussent limitées aux S.A. le législateur luxembourgeois a étendu le régime permettant des fusions ou scissions de toute forme de société y compris la S.à r.l.

Contrairement à d'autres juridictions européennes cependant, le législateur luxembourgeois a pris l'option de ne pas rendre applicable à la S.à r.l. notamment la deuxième directive (77/91/CEE) concernant les règles relatives au maintien du capital des S.A. qui vise à renforcer la protection des créanciers sociaux, entre autres dans le cadre du régime des apports en nature.

En marge du rôle joué par les directives européennes, la législation luxembourgeoise relative aux S.à r.l. a fait l'objet de quelques modernisations introduites en parallèle pour les S.A. et pour les S.à r.l. Il s'agit plus particulièrement de la possibilité d'avoir une S.à r.l. unipersonnelle ou encore l'abolition de l'obligation d'avoir une valeur nominale minimale de 25 Euros dans les S.à r.l.

Il faut donc faire le constat que « l'influence du régime de la S.A. sur celui de la S.à r.l. » existe bel et bien, mais qu'au Luxembourg l'assimilation des S.à r.l. aux S.A. a été nettement moins forte que dans d'autres juridictions européennes. Jusqu'à ce jour le législateur luxembourgeois a conservé l'originalité et la souplesse du régime de la S.à r.l.

6. Au regard des tendances législatives dans nos pays voisins et des modifications proposées dans la première mouture du projet de loi 5730 (le « projet 5730 version 1.0 »³), la question se pose s'il faut abandonner cette originalité ou cette souplesse et ce à l'image des S.A., dans un souci d'accorder une plus grande protection aux tiers ? Ou à l'opposé, faut-il comme l'a fait notamment le législateur hollandais⁴ abonder dans le sens de la souplesse allant jusqu'à abandonner certains principes fondamentaux de notre droit de sociétés qui sont par exemple l'existence d'un capital social gage des créanciers ou le principe « une action, un vote » ?

Nous analyserons cette question au regard :

- du régime de la constitution des S.à r.l. ;
- du régime des apports en nature de la S.à r.l. ;

³ Document parlementaire n° 5730.

⁴ Flex BV introduite aux Pays-Bas en octobre 2012.

- du régime de rachat de parts sociales au sein de la S.à r.l. ; ou encore
- du régime de l'assistance financière.

Indépendamment de la question de la souplesse se pose celle de la modernisation de la S.à r.l. à l'image de la S.A. Si le régime de la S.à r.l. doit garder son caractère original notamment à cause du caractère *intuitu personae* qui doit rester attaché aux associés, ne faut-il pas s'assurer que son régime ne soit pas au moins aussi attrayant et aussi moderne que celui de la S.A. ?

Nous étudierons cette question à l'exemple :

- du régime du capital autorisé ;
- du régime des parts bénéficiaires ;
- du régime des acomptes sur dividende ; ou encore
- du régime de la gouvernance (délégation à la gestion journalière, conflit d'intérêts et révocation gérants).

7. Nous essayerons à la lumière de chacune des questions analysées de dégager un fil directeur pour le législateur lui permettant d'orienter la S.à r.l. dans un cadre qui lui permet de garder les traits essentiels de sa définition (responsabilité limitée des associés et *intuitus personae*) avec un régime original et souple, tout en ne sacrifiant pas l'idée nécessaire de protection des tiers et en particulier des créanciers sociaux et en gardant les grands principes fondamentaux qui caractérisent nos différents types de sociétés commerciales et qui sont en majeure partie imposés par le droit européen.

I. – SOUPLESSE QUANT AU RÉGIME DE LA CONSTITUTION DES S.À R.L. : LES FORMALITÉS DE LA CONSTITUTION

8. À l'origine, en 1933, une S.à r.l. pouvait être constituée par acte notarié ou par acte sous seing privé.

Dès la réforme de 1972 cependant⁵, comme pour la S.A., l'obligation de passer par un notaire en vue de la création d'une S.à r.l. a été instaurée. Par contre si pour la S.A. l'article 26 imposait au notaire de vérifier les conditions de la constitution (en particulier celles relatives à la souscription et à la libération du capital) cette obligation n'a pas été introduite pour les S.à r.l. En fait, le recours obligatoire à l'intervention d'un notaire pour constituer des S.à r.l. a été jugé suffisant pour ce type de sociétés.

Dans un souci de protection des tiers, la réforme de 1972 a néanmoins augmenté la responsabilité des fondateurs en précisant qu'ils sont tenus solidairement envers les intéressés de la différence entre le capital minimum et le montant des souscriptions ainsi que de la libération effective.

9. Les auteurs du projet 5730 version 1.0 sont revenus sur la position de 1972 en estimant souhaitable d'étendre aux S.à r.l. le contrôle exercé par le notaire prévu à l'article 26, s'agissant des S.A. Cette modification, d'après les commen-

⁵ Introduction en droit luxembourgeois de la première directive Sociétés (68/151/CEE).

taires des articles, s'inscrit dans le cadre d'une réforme complète, notamment celle relative aux apports en nature (voir points 14 et 15 ci-dessous).⁶

10. Cependant, la Commission Juridique, dans le cadre des amendements proposés au projet 5730 version 1.0 par lettre d'amendement du 2 avril 2015 (« projet 5730 version 3.0 »), n'a pas retenu cette voie, en favorisant à nouveau la souplesse, et est revenue au texte actuel de l'article 184⁷.

11. Cet exemple illustre bien le point souligné par Pic et Baratin que le destin de la loi sur les sociétés était d'être sans cesse modifiée⁸. Pour l'heure, la souplesse quant aux formalités de la constitution d'une S.à r.l., prévaut, ce qui est, par rapport à la S.A., justifié notamment au regard du rôle de plus en plus insignifiant que prend le capital social comme gage des créanciers (voir les développements sur le capital social ci-dessous). Cette souplesse n'est pas sans contrepartie puisque contrebalancée par la responsabilité des fondateurs tel que décrit ci-dessus.

Doit-on aller plus loin en revenant vers la solution de 1933 qui permettait la constitution des S.à r.l. par acte sous seing privé ? Une telle solution ne s'impose pas. L'intervention du notaire ne constitue pas de réel inconvénient en pratique, surtout que la S.à r.l. peut agir dès le moment de sa constitution sans attendre son enregistrement au registre de commerce.

LE CAPITAL SOCIAL

12. En 1988 le législateur s'est penché sur la question du capital minimum des S.à r.l. (à l'époque LUF 100.000). Pour augmenter la protection des tiers et en particulier des créanciers sociaux il fallait en augmenter le montant, tout en restant à un niveau inférieur aux S.A. dont la S.à r.l. devait continuer à se distinguer. Par rapport au capital de ces dernières (LUF 1.250.000) le législateur a fixé le capital minimum à LUF 500.000 devenu 12.394,64 euros. Le projet 5730 version 3.0 propose de fixer le capital à 12.000 euros.

Sur ce point le régime des S.à r.l. reste donc également plus souple que celui des S.A. Ici encore cette souplesse n'est pas sans contrepartie, puisque qu'en parallèle au relèvement du capital minimum en 1988, le législateur avait introduit une autre mesure, destinée à l'information des tiers entrant en relation avec la S.à r.l. et les renseignements sur la surface financière du moins apparents de leurs partenaires, et qui consiste à imposer à la S.à r.l. l'obligation d'indiquer le montant de son capital social dans tous les actes et documents. Dans le projet 5730 version 3.0, cette obligation est supprimée à l'article 187 modifié, aux motifs que cette exigence serait largement méconnue dans la pratique et qu'elle est sans sanction en cas d'omission.

⁶ Document parlementaire n° 5730⁰, p. 118, pt 85.

⁷ Entre la version initiale du projet de loi (document parlementaire n° 5730⁰ que nous définissons comme projet 5730 version 1.0) et le projet 5730 version 3.0 (document parlementaire n° 5730³) il y eut une version intermédiaire amendée en commission juridique et publiée dans le document parlementaire n° 5730³ que nous désignons comme « projet 5730 version 2.0 ».

⁸ Voy. pt 1 et note de bas de page 1.

13. En conclusion sur le régime de la constitution, souplesse justifiée mais souplesse contrebalancée, d'une part, par une responsabilité des fondateurs et, d'autre part, à ce jour, par une obligation d'information spécifique que le projet de loi propose cependant d'abroger.

Récemment, le Gouvernement a franchi un nouveau pas dans le sens de la flexibilité en déposant en février 2015 un projet de loi relatif à la S.à r.l. simplifiée avec un capital d'un euro⁹. D'après l'exposé des motifs « le Luxembourg s'inscrit dans un mouvement plus général des États Membres de l'Union européenne qui prennent un par un les devants pour rendre leur droit des sociétés plus compétitif et faciliter la constitution des sociétés »¹⁰. L'initiative gouvernementale doit certainement être accueillie favorablement en ce qu'elle peut contribuer à la compétitive du droit luxembourgeois des sociétés. Un commentaire des articles dépasserait le cadre de cet exposé mais les dispositions du projet doivent être revues d'un œil critique et ne manqueront pas de susciter certaines interrogations.

II. – SOUPLESSE QUANT AU RÉGIME DES APPORTS EN NATURE

14. Quant au régime des apports en nature, l'intervention obligatoire d'un réviseur d'entreprises pour l'évaluation d'un rapport autre qu'en numéraire (tel qu'il existe pour la S.A.) n'existe pas pour la S.à r.l. Ainsi des apports en nature peuvent être faits sur base d'un rapport d'évaluation des gérants de la S.à r.l. qui seront tenus responsables en cas de faute.

En 1988 à l'occasion de la réforme de la loi de 1915 concernant le relèvement du capital minimum, le législateur avait introduit une précision expresse dans le texte de l'article 184 suivant laquelle le renvoi à l'article 27 sur les sociétés commerciales n'inclut pas les dispositions concernant l'intervention du réviseur d'entreprises. À l'époque il s'agissait de mettre fin à une controverse sur ce point¹¹.

15. Le projet 5730 version 1.0 prévoyait par contre d'instaurer pour les S.à r.l. le contrôle des apports autres qu'en numéraire tel que prévu pour les S.A., suivant en cela quelques législations européennes (telles celles de la Belgique, de la France, de l'Espagne ou de l'Italie). La Commission Juridique dans le cadre du projet 5730 version 3.0 revient sur cette position qui « risque d'entraver la compétitivité et la volonté de conserver le caractère simple et flexible de la S.à r.l. »¹². Le régime tel que mis en place originellement pour la S.à r.l. doit

⁹ Projet de loi 6777 ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée et portant modification de

– 1° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; et

– 2° la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

¹⁰ Le Luxembourg suit la France qui a créé le régime de l'EIRL (Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, patrimoine d'affectation) ou encore la Belgique ou l'Allemagne avec leurs initiatives de « SPRL – Starter » ou « Mini GmbH » ou encore les Pays-Bas avec le « Flex BV ».

¹¹ Projet de loi 2960 relatif aux sociétés à responsabilité limitée, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, p. 3.

¹² Document parlementaire n° 5730⁹, p. 82.

subsister. Cette même souplesse se retrouve d'ailleurs dans les législations d'autres juridictions européennes particulièrement concurrentes du Luxembourg, à savoir les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou l'Allemagne.

L'exemple luxembourgeois n'est dès lors pas isolé mais partagé par d'autres juridictions. Cette souplesse nécessaire n'est pas sans contrepartie puisque les apports continueront en pratique de faire l'objet d'une évaluation par les gérants qui engageraient leur responsabilité en cas de faute.

III. – SOUPLASSE QUANT AUX RÉGIMES DU RACHAT DES PARTS SOCIALES ET DE L'ASSISTANCE FINANCIÈRE

16. Notre législation actuelle ne comporte pas de cadre général explicite relatif au rachat de parts de S.à r.l., ou aux règles dites « d'assistance financière » concernant les S.à r.l.

L'article 189 de la loi vise cependant l'acquisition par la société de ses propres titres dans le contexte d'une transmission de parts sociales suite au décès d'un associé.

Quant aux conditions d'un tel rachat en cas de décès, le texte se réfère à la notion non autrement expliquée de « conditions exigées pour l'acquisition par une société de ses propres titres ». Encore reste-t-il à définir un tel régime généralement applicable aux « sociétés ». Certains praticiens ont été tentés de chercher leur inspiration dans le régime – largement postérieur – applicable aux S.A., approche qui nous paraît critiquable tant en pure logique du droit qu'en opportunité. Il n'a jamais été question que le régime (largement européen) du rachat d'actions par une S.A. était censé être le reflet d'un supposé droit commun en la matière. Certaines de ces règles peuvent paraître de bon sens et dès lors servir de guide de bonne conduite – mais de là en faire un référentiel contraignant paraît être une thèse hardie.

Par ailleurs, au titre des dispositions pénales, l'article 168 de la loi sanctionne le rachat de parts sociales fait sciemment « en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire ». Le même texte vise aussi à punir le fait pour les gérants de sciemment faire « des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux sur les actions ou parts d'intérêts de la société ».

Dans les deux cas, la référence in fine aux textes spécifiques en matière de société anonyme a pu induire certains praticiens à y entrevoir une extension, en quelque sorte implicite, de ces régimes aux S.à r.l. À nouveau, de tels raisonnements paraissent difficile à suivre en droit – c'est passer de la prudence à la crainte déraisonnée ...

17. Même si certains ont mis un point d'interrogation par rapport à l'application de ces dispositions pénales aux sociétés à responsabilité limitée¹³ – essentiellement tiré du motif que l'introduction de la forme sociale de la S.à r.l. est postérieure au texte initial de l'article 168 et que l'extension de la sanction

¹³ A. ELVINGER, *Acquisition de sociétés, Libéralisation des Marchés de Valeurs Mobilières, Aspects Juridiques des Acquisitions de Sociétés*, ALJB, 1991, pp. 133 et s.

pénale à ce type de société nouvelle aurait nécessité un texte spécifique ou du moins une référence adaptée – la vue dominante actuelle semble être que le texte s'applique bel et bien aux S.à r.l.

Il est vrai que, contrairement au régime plus précis applicable à la S.A. en vertu des articles 49-2 et suivants, la portée exacte du texte, appliquée concrètement au cas des sociétés autres que les sociétés anonymes, n'est pas des plus limpides. Quant aux implications détaillées supposées de l'article 168 pour la S.à r.l., nous renvoyons à la doctrine en la matière¹⁴.

18. Sans doute pour parer à ces apparentes lacunes, les auteurs du projet 5730 version 1.0 se sont empressés de réglementer assez lourdement le régime des rachats de parts de S.à r.l., en s'inspirant du modèle belge. Si cette version initiale du projet de loi était dite « allégée » par rapport au précédent belge, il n'en reste pas moins que, sur ce sujet, les auteurs du texte ont manifestement préféré le critère sécuritaire à celui de la flexibilité – tout comme d'ailleurs en matière de règles relatives à l'assistance financière.

Le texte initial a été amendé par la suite sur des points techniques et a fait l'objet de commentaires fournis de la part du Conseil d'État, qui n'a cependant pas désapprouvé l'approche des auteurs du texte.

19. Cependant, l'on pouvait légitimement se poser les questions de la nécessité et de la valeur ajoutée de tels textes, tant au regard des objectifs poursuivis par le projet de loi que plus généralement dans la perspective de l'intérêt de la place de Luxembourg en tant que portail aux investissements.

La Commission juridique de la Chambre des Députés a manifestement été à l'écoute des voix critiques de cette tendance (que l'on pourrait qualifier sans ambages de course à la « sur-réglementation », discipline qui du moins par le passé ne figurait pas parmi les vices marqués du législateur luxembourgeois). Dans la version amendée déposée en avril 2015, le projet 5730 version 3.0 se voit tout simplement élagué des nouveaux articles 190bis à 190octies. Passent ainsi à la trappe (du moins à ce titre – nous reviendrons sur l'article 182 révisé plus loin) la réglementation détaillée des rachats de parts propres par les S.à r.l. ainsi que les règles assimilées du régime des S.A. en matière d'assistance financière.

La justification avancée dans les amendements adoptés par la Commission juridique est laconique : « Il ne semble pas opportun de transposer aux S.à r.l. des dispositions applicables aux S.A. Dès lors, l'insertion des articles de 190bis à 190octies s'avèrent superfétatoires ». De quoi rester sur sa faim ...

20. Nous estimons cependant que, sur le fond, cette suppression est justifiée et opportune.

Concernant les rachats de parts propres, nous avons relevé que les textes actuels ne sont pas un exemple brillant de précision. Il reste cependant que les praticiens ne semblent jusqu'à preuve du contraire guère avoir éprouvé de

¹⁴ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 4^e éd., Éditions St-Paul, 2014, n° 713 ; J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, Legitech, Édition 2011, p. 665 ; D. BOONE, *Transposition aux sociétés à responsabilité limitée de certaines institutions propres aux sociétés anonymes : tableau comparatif*, *JurisNews : regard sur le droit des sociétés*, vol. 4, 2011/1, pp. 129-134.

difficultés à mettre en œuvre des rachats de parts propres par les S.à r.l., soit en organisant des rachats ad hoc (normalement décidés par l'assemblée des associés), soit par des régimes contractuellement précisés dans les statuts. Et des cas récurrents d'abus tenant à un excès de flexibilité ne nous sont pas connus.

Il s'avère que le régime rigide proposé initialement dans le cadre du projet 5730 version 1.0 ne répond en fait à aucune attente identifiable de la pratique. Une réglementation nouvelle, surtout plus contraignante, ne s'imposait pas.

Le régime actuel des rachats – complété de manière heureuse par les quelques précisions de bon sens contenues au texte révisé par la Commission juridique de l'article 182, notamment en ses paragraphes 3, 5 et 6, ainsi que par la consécration à côté du régime du rachat de parts propres ordinaires au paragraphe 2 de ce même article du régime de parts rachetables (et il s'agit là d'une influence indéniable – et propice – du régime de la S.A. sur celui de la S.à r.l.) – offre la flexibilité requise et ne pose pas de problèmes particuliers au niveau de sa sécurité juridique et de la protection des tiers.

21. Même si le sujet de l'assistance financière est différent à divers égards, une argumentation analogue et les mêmes conclusions s'imposent.

Il est certes vrai que le texte actuel de l'article 168, deuxième tiret peut paraître général et opaque. Que faut-il entendre par « faire des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux sur les actions ou parts d'intérêts de la société » ?

Faut-il pour autant appliquer un régime équivalent à celui de la S.A., alors que le droit européen n'y oblige pas ?

Au-delà des arguments qui tiennent à la concurrence entre les places financières européennes – et on vise ici notamment l'exemple des Pays-Bas où, comme nous l'avons relevé précédemment, la tendance va vers une plus grande flexibilité du régime applicable à l'équivalent de la S.à r.l. qu'est la B.V. – on devrait sans doute se poser plus fondamentalement la question de l'orientation des règles de protection classiques axées autour du capital social et des réserves indisponibles, concepts traditionnels n'ayant plus été véritablement remis sur le métier depuis les années 1970. Encore qu'on notera une tendance dans différents États membres de désormais proposer des formes (ou versions) de sociétés à capital réduit ou nul – y compris aussi, à l'état de projet, au Luxembourg concernant la société à responsabilité limitée simplifiée dont nous avons fait état ci-avant.

22. Dans ce contexte, l'on notera avec intérêt le nouveau régime proposé par la Commission juridique concernant la réglementation des rachats de parts et des parts rachetables (art. 182 révisé). Le texte proposé contient une règle nouvelle, assez révolutionnaire dans le contexte juridique luxembourgeois, qui est celle de protéger les tiers par référence à un critère de liquidités prévisibles.

Cette nouvelle règle proposée – qui trouve d'ailleurs son pendant dans la législation néerlandaise – paraît en effet plus apte, du moins en son principe, à efficacement protéger les tiers qu'une mesure basée sur un pur test de bilan. Le nouveau texte permettrait à la gérance de la société de suspendre des distributions sur rachats (qui peuvent lui être imposés, suivant les cas) dans la mesure où il était prévisible qu'en raison de telles distributions la société ne pourrait

acquitter ses dettes à leur échéance. Le commentaire du texte rajoute qu'un horizon de temps raisonnable dans cette appréciation serait celui d'une année.

Une telle approche implique que la gérance fasse des déterminations qui, suivant les circonstances, peuvent être délicates – quid, par exemple, de la quantification d'obligations éventuelles telles les garanties accordées pour compte d'autrui ? Cette règle nouvelle risque donc d'avoir un impact sur l'appréciation des risques de responsabilité. La gérance pourrait être tentée d'adopter une approche excessivement conservatrice et auto-protectrice pour ne procéder à des distributions statutairement ou contractuellement dues que dans des situations exemptes de toute incertitude.

Le texte, s'il est adopté en l'état, devra sans doute faire ses preuves à l'aune de la pratique. Mais l'approche nous paraît intéressante et a pour le moins pour mérite de rompre avec certains concepts traditionnels qui n'ont pas nécessairement fait leurs preuves.

23. Des réflexions équivalentes pourraient être menées en matière d'assistance financière. L'on peut être sceptique par rapport à l'efficacité des règles actuelles applicables à la S.A. – qui ont d'ailleurs déjà fait l'objet d'une certaine flexibilisation par la loi du 10 juin 2009.

Leur extension à la S.à r.l. est essentiellement une question d'opportunité politique. Il reste que dans le cadre d'un tel jugement, une mise en balance des intérêts essentiels est nécessaire – flexibilité contre protection plus ou moins bien pensée des tiers, voire des associés.

Quant à ce dernier point, il ne faut cependant pas perdre de vue que le régime actuel comporte d'ores et déjà des garde-fous protégeant tant les associés que les tiers contre des transactions d'assistance financière préjudiciables ou abusives, à savoir le devoir de la gérance de ne pas poser des actes contraires à l'intérêt social et, dans les cas les plus critiquables, la sanction pénale de l'abus de biens sociaux.

Est-ce qu'un décalque (édulcoré ou non) du régime S.A. s'impose impérativement ? Il est permis d'en douter.

24. Indépendamment de l'importance de conserver une souplesse du régime des S.à r.l. en limitant l'influence du régime des S.A. il nous paraît nécessaire de faire en sorte que le régime de la S.à r.l. soit dans tous ses aspects au moins aussi flexible que celui des S.A. D'où la nécessité d'introduire certaines dispositions visant à moderniser le régime des S.à r.l. à l'image de celui des S.A. Cependant à nouveau une assimilation totale des deux régimes n'est pas possible si l'on veut conserver l'originalité du régime des S.à r.l.

IV. – LE RÉGIME DU CAPITAL AUTORISÉ POUR LES S.À R.L.

25. La disponibilité du capital autorisé pour la S.à r.l. demeure un thème controversé en doctrine luxembourgeoise. Il reste que, malgré des points de vue divergents exprimés dans le référentiel doctrinal luxembourgeois, le recours à des clauses statutaires autorisant la gérance d'émettre des parts sociales endéans certaines limites est assez courant.

La pétition de principe de l'indisponibilité du capital autorisé pour les S.à r.l. est d'ailleurs difficilement justifiable. Bien entendu, une clause statutaire voire une autorisation ad hoc par l'assemblée générale doit respecter le cadre impératif s'imposant généralement aux S.à r.l., et plus particulièrement les limites, du moins implicites, imposées par l'article 189 de la loi. En pratique, cette dernière limite impose l'émission de parts nouvelles par la gérance aux seuls associés existants.

26. Et c'est d'ailleurs sans doute pour cette raison que la réglementation expresse du capital autorisé, à l'instar du régime applicable aux S.A., n'a pas été à l'ordre du jour des auteurs du projet 5730 version 1.0. En effet, il ne paraît pas possible de transposer tel quel le régime de la S.A. sur son point essentiel : le liberté pouvant être donnée à l'organe de gestion d'émettre des titres de capital à des tiers. Adopter une telle solution pour la S.à r.l. aurait sans doute été un pas de trop vers la dénaturation de ce type de société et son assimilation à la S.A.

Il reste que la version 3.0 du projet de loi vient à consacrer expressément un régime calqué sur celui de la S.A. (à l'article 199 modifié), par simple renvoi à ces règles, sous la réserve de ce que l'émission devra se faire à des associés ou alors à des personnes ayant obtenu l'agrément.

27. L'influence du régime de la S.A. s'est aussi manifestée, en quelque sorte à contresens, dans le texte des amendements proposés par la Commission juridique. En effet, le texte proposé de l'article 182, paragraphe 7, envisage désormais – en s'inspirant d'éléments du régime applicable aux S.A. – le recours à une sorte de capital autorisé à rebours, donc une réduction de capital décidée par la gérance en rapport avec des parts sociales rachetées par la société.

Les formalités de constatation de cet acte de réduction sont directement inspirées du texte relatif aux augmentations de capital par les soins de l'organe de gestion de la S.A.

Il s'agit donc d'un autre exemple d'influence indirecte du régime de la S.A. sur celui de la S.à r.l., même si, paradoxalement, elle y inspire un mécanisme qui est justement refusé aux sociétés anonymes par les directives européennes, les réductions de capital d'une S.A. nécessitant impérativement l'intervention d'une assemblée générale des actionnaires.

V. – LE RÉGIME DES PARTS BÉNÉFICIAIRES POUR LES S.À R.L.

28. L'émission de parts bénéficiaires par les S.à r.l. reste un sujet délicat en l'état actuel des textes. Comme le note à raison un auteur¹⁵, aucun texte n'interdit en tant que telle l'émission de parts bénéficiaires aux S.à r.l. Cependant, en suivant le raisonnement présenté par Léon Metzler¹⁶, l'évolution du projet de loi ayant mené à l'adoption du texte de 1933 laisse penser que le silence du

¹⁵ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 4^e éd., op. cit., n° 682.

¹⁶ L. METZLER, *Le régime juridique et fiscal des sociétés à responsabilité limitée dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Victor Buck, 1933, pp. 74 et s.

législateur impliquait l'interdiction de l'émission de tels titres non représentatifs du capital social.

Les praticiens sont généralement réticents à recommander sans réserve l'émission de tels titres par une S.à r.l. Il reste que de très nombreuses S.à r.l. utilisées dans le cadre de structurations internationales émettent des titres qualifiés de « *preferred equity certificates* » (les fameux PECs, qui peuvent aussi être exprimés comme étant convertibles en parts sociales), lesquels pourraient facilement être qualifiés de parts bénéficiaires, s'ils n'étaient – essentiellement pour des raisons fiscales – qualifiés contractuellement d'instruments de dette sur le plan luxembourgeois.

29. La consécration expresse dans le projet de loi 5730 de la possibilité pour les S.à r.l. d'émettre des parts bénéficiaires est donc utile, voire nécessaire suivant la thèse retenue.

Si le régime extrêmement libéral des parts bénéficiaires de S.A. est – bien entendu, dira-t-on – transposé aux S.à r.l., une adaptation restrictive était nécessaire quant à la forme de tels titres et leur régime de cession.

Ainsi, le projet 5730 version 1.0 retenait que de telles parts bénéficiaires devaient revêtir la forme nominative au vu de la nature hybride de la société à responsabilité limitée (qui participe de celle de sociétés de personnes).

On oubliait cependant – à suivre la logique de l'argument de la présomption d'*intuitus personae* fort entre associés (et assimilés, ajoutera-t-on) – d'aligner le régime de cession sur celui des parts sociales. Cette lacune vient d'être comblée par les amendements adoptés par la Commission juridique.

Nous noterons aussi que le texte a été légèrement adapté par la Commission juridique qui, à notre sens de façon plus correcte et cohérente, se réfère désormais à la notion de titres non représentatifs du capital social « émis à personne déterminée », ce qui fait ranger les parts bénéficiaires dans la même catégorie juridique que celle des parts sociales. Une part bénéficiaire ne pourrait donc pas techniquement être émise sous forme de titre négociable (nominatif ou autre), sa cession devant se faire suivant les formes civiles. Autre différence donc par rapport aux parts bénéficiaires émises par une S.A.

Cette consécration légale expresse de la possibilité pour les S.à r.l. d'émettre des parts bénéficiaires (non librement cessibles) doit être saluée. Elle apporte la sécurité juridique requise par la pratique, reste conforme à l'esprit de liberté contractuelle qui continue à dominer – à notre sens à raison – le régime des S.à r.l. et ne risque pas d'en dénaturer la forme.

VI. – LE RÉGIME DES ACOMPTES SUR DIVIDENDE POUR S.À R.L.

30. La distribution d'acomptes sur dividende pour les S.A. a été introduite en droit luxembourgeois par la loi du 24 avril 1983 portant transposition en droit luxembourgeois de la deuxième directive sociétés du 13 décembre 1976¹⁷.

¹⁷ Deuxième directive Sociétés 77/91/CEE.

À l'époque les travaux parlementaires ont précisé que cette pratique de distribution d'acomptes de dividende dans les S.A. « était considérée généralement comme étant interdite en droit luxembourgeois »¹⁸. L'article 72-2 introduisait donc cette possibilité en droit luxembourgeois tout en reprenant les conditions auxquelles la distribution d'acomptes doit satisfaire¹⁹.

En l'absence de dispositions équivalentes pour la S.à r.l., la doctrine était divisée. Une partie de la doctrine plaidait en faveur de la possibilité pour les S.à r.l. de distribuer des dividendes intérimaires mais sur des arguments fragiles²⁰. L'argument le plus sérieux pour admettre la légalité du processus dans les S.à r.l. vient du fait que l'article 167 concernant les dispositions pénales également applicables aux S.à r.l. ne vise que l'article 72-2 et ne prévoit donc pas de disposition pénale concernant les versements d'acompte sur dividende dans les S.à r.l. Toutefois l'article 201 prévoit la répétition de dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis. Pour éviter toute insécurité juridique les distributions intérimaires étaient généralement décidées non pas par la gérance mais par l'organe souverain qu'est l'assemblée des associés.

31. Pour couper court à toute discussion, en 2009 par amendement de la Commission Juridique il a été proposé d'insérer un nouvel article 198bis dans le projet 5730 version 2.0 qui étend aux S.à r.l. le régime des acomptes sur dividendes intérimaires de l'article 72-2 pouvant être décidé par la gérance. Les conditions du nouvel article 198bis sont reprises de l'article 72-2 et le commissaire ou le réviseur d'entreprises, s'il y en a, vérifie si elles sont remplies.

S'il est donc utile de clarifier la légalité du régime des acomptes sur dividendes dans la S.à r.l., la proposition faite va trop loin en appliquant purement et simplement les dispositions y afférentes concernant les S.A. et en particulier l'exigence de l'intervention du réviseur d'entreprises pour vérifier si les conditions prévues sont remplies.

Le projet de loi revient ainsi, sur ce point, à son idée initiale d'assimiler les sociétés à responsabilité limitée aux sociétés anonymes, et sous couvert de flexibilité, il aboutit à alourdir sérieusement la pratique suivie jusqu'à présent.

Il aurait été plus sage de limiter les exigences à ce que la distribution ne peut excéder les bénéfices de l'exercice et les bénéfices reportés, et n'affecte pas le capital et la réserve légale. On peut considérer l'exigence d'un état comptable comme étant une précaution raisonnable. Le véritable alourdissement consiste en l'exigence de la vérification exigée par le commissaire ou le réviseur d'entreprises de ce que les conditions sub a), b) et c) sont remplies.

Par contre la modification proposée permettra à la gérance, si les statuts l'y autorisent, de procéder à la distribution d'acomptes sur dividendes. À côté la distribution d'acomptes sur dividendes continuera à pouvoir également être décidée par l'assemblée générale.

¹⁸ Projet de loi 2474 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle qu'elle a été modifiée suite à la directive 77/91/CEE, p. 28.

¹⁹ Conditions reprises de l'article 15 de la deuxième directive Sociétés 77/91/CEE.

²⁰ Voy. D. BOONE, *Transposition aux sociétés à responsabilité limitée de certaines institutions propres aux sociétés anonymes : tableau comparatif*, *JurisNews : regard sur le droit des sociétés*, op. cit.

VII. – MODERNISATION DU RÉGIME DE GOUVERNANCE

32. Le régime actuel concernant la nomination et la révocation des gérants dans les S.à r.l. ainsi que leur pouvoir date de la réforme de 1972 portant transposition en droit luxembourgeois de la première directive sociétés 68/151/CEE. À l'époque on a rajouté à l'article 191 concernant la nomination et la révocation des gérants un nouvel article 191bis afin de régler les pouvoirs des gérants dans la S.à r.l. conformément à la directive.

Tel que fixé en 1972 et en vigueur aujourd'hui, le régime de gouvernance de la S.à r.l. se distingue principalement de celui de la S.A. sur les points suivants :

- les administrateurs comme les gérants sont des mandataires de la société élus par l'assemblée générale. Par contre les administrateurs sont révocables à tout moment et sans motifs²¹, tandis que les gérants d'une S.à r.l. ne sont révocables que pour cause légitime, sauf disposition contraire des statuts²² ; et surtout
- le conseil d'administration, organe collégial de la S.A. exerce ses pouvoirs à travers l'organe qu'il forme (sans pouvoir individuel pour les administrateurs)²³, alors que chaque gérant peut accomplir seul tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social. Même lorsqu'ils sont plusieurs, les gérants disposent de pouvoirs concurrents et non pas exercés en collège comme c'est le cas dans les S.A.

33. Le projet 5730 version 1.0 propose de réformer le régime de la gouvernance dans un sens d'une modernisation mais aussi dans un sens d'une assimilation par rapport au régime des S.A. en particulier en prenant modèle sur les articles 53, 60 et 60bis de la loi de 1915.

Ainsi, l'article 191bis nouveau permettrait aux statuts de prévoir qu'en cas de pluralité des gérants « ceux-ci forment un collège ». Les auteurs du projet 5730 version 1.0 ont pris la peine de préciser qu'une différence fondamentale demeurera à cet égard entre la S.A. et la S.à r.l. : « lorsqu'un collège de gestion sera instauré dans la S.à r.l., la portée de cette décision demeurera purement interne (« sous réserve de l'application de l'alinéa 4 »). Effectivement il faut tenir compte ici de l'incidence de la première directive européenne (précitée) en matière de sociétés (article 9.2 qui prévoit que « des limitations au pouvoir des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers même si elles sont publiées »). Par conséquent la portée des paragraphes 2 et 3 (de l'article 191bis nouveau) se trouve aussi limitée au plan interne ».

Le Conseil d'État dans son avis du 23 février 2010 relatif au projet 5730 version 1.0 avait critiqué le terme « collège » en disant qu'un collège agit normalement comme tel vers l'extérieur, ce qui paraissait au Conseil d'État être incompatible avec la disposition du même article 191bis actuel inchangé suivant laquelle chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice.

²¹ Art. 51, loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

²² Art. 191, loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

²³ Art. 53, loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Or, à l'heure actuelle, du moins dans les sociétés qui choisissent la forme de S.à r.l. notamment pour la raison que celle-ci est considérée dans certaines juridictions étrangères comme une société de personnes sur le plan fiscal, les gérants, en cas de pluralité, fonctionnent comme des collèges voire comme des conseils et sont désignés dans les statuts comme « conseil de gérance » (*board of managers*).

À notre avis, il n'y a donc pas, contrairement à la vue exprimée par le Conseil d'État, une incohérence entre le fait de permettre la création d'un collège par les statuts, d'une part, et la disposition suivant laquelle chaque gérant représente la société vers l'extérieur, d'autre part. Si l'institution du collège constitue une restriction statutaire au pouvoir de représentation des gérants, elle devra être considérée comme opposable aux tiers.

34. Il en va différemment cependant du paragraphe (4) de l'article 191bis qui permet la *délégation de la gestion journalière* à un ou plusieurs gérants, directeurs ou autres agents associés ou non. Sur ce point le projet de loi introduit pour la S.à r.l. la possibilité de délégation de gestion journalière telle qu'elle existe au niveau du conseil d'administration de la S.A. dans les articles 60 et 60bis de la loi de 1915. Ici, contrairement à l'établissement du collège des gérants prévu au paragraphe (1), l'alinéa 3 du paragraphe (4) prévoit que la clause de délégation de gestion journalière « est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9 ». Ainsi le projet 5730 version 1.0 crée à côté des gérants ayant la plénitude des pouvoirs à l'égard des tiers et de la justice, un nouvel organe, le délégué de la gestion journalière, qui lui aussi pourra valablement représenter la société vers l'extérieur. Il s'agit d'une modernisation utile et nécessaire dans un monde où la S.à r.l. est utilisée aussi pour des sociétés de taille plus importante. Nous ne partageons pas l'objection du Conseil d'État que par cette réforme la S.à r.l. perdrait « de plus en plus son caractère de société de personnes ». C'est au niveau des associés que cette caractéristique est maintenue et devra l'être. Au niveau de la gestion journalière (concept assez restreint), il n'y a à notre avis pas de danger pour la particularité du régime de la S.à r.l.

35. Il convient de noter que le projet 5730 version 1.0 introduit également la possibilité pour les gérants de S.à r.l. de prendre des décisions par *résolution circulaire* et introduit comme pour la S.A. des dispositions spécifiques sur l'utilisation de *moyens de communication à distance* pour la tenue de réunions. Ces dispositions sont sans incidence sur les caractéristiques mêmes de la société et constituent des exemples d'une législation qui doit évoluer pour s'adapter aux tendances de globalisation et aux techniques nouvelles. Elles doivent donc être approuvées sans réserve.

36. Finalement le projet 5730 version 3.0, suivant une recommandation du Conseil d'État, supprime la proposition du projet 5730 version 1.0 qui permettait, outre le statut du gérant et outre celui du délégué à la gestion journalière, la nomination d'un comité de direction ou d'un directeur, ces dispositions constituant en effet comme le disait le Conseil d'État un « *cafouillage* » de dispositions contradictoires et « l'extension démesurée du nombre de personnes qui peuvent engager la société »²⁴.

²⁴ Document parlementaire n° 5730¹, p. 35. Avis du Conseil d'État du 23 février 2010.

Il est rappelé que cette modification par rapport au projet 5730 version 1.0 comporte également une autre différence entre la S.à r.l. et la S.A. En effet, lorsque le projet 5730 version 1.0 prévoit aux nouveaux articles 60-1 et 60-2 pour les S.A. l'institution d'un comité de direction et d'un directeur général, cette délégation peut aller au-delà de la notion de la gestion journalière telle qu'elle est prévue à l'article 60, puisqu'elle porterait sur la gestion générale de la société à l'exclusion seulement de la politique générale et des actes réservés au conseil d'administration par la loi. De plus une telle délégation au comité de direction permettrait à celui-ci d'exercer ses pouvoirs « *de manière exclusive* », disposition également critiquée par le Conseil d'État.

CONCLUSION

37. L'analyse du régime de la S.à r.l. sous l'influence de la S.A. a permis de montrer la dialectique permanente du processus législatif oscillant entre la volonté d'uniformisation des régimes et de renforcement de la sécurité des tiers et celle, non moins légitime de flexibilité et de conservation d'un régime original pour un type de société particulier qu'est la S.à r.l.

Le Luxembourg en tant que juridiction d'accueil pour des structures sociétaires d'investissement et de *joint venture* se doit de rester compétitif et de faire progresser sa législation afin qu'elle soit adaptée aux nécessités du monde actuel des affaires.

La S.à r.l. a démontré qu'elle était un véhicule de prédilection pour des investisseurs étrangers au vu de son régime original et flexible.

Le législateur, à travers le projet de loi 5730 version 3.0, s'apprête à assurer que la S.à r.l. garde ses caractéristiques principales découlant de l'*intuitu personae* des associés et justifiant une souplesse accrue et donc un formalisme allégé notamment dans le cadre du régime de la constitution des S.à r.l., des apports en nature, du rachat de parts ou encore de l'assistance financière.

Le législateur compte même aller au-delà en modernisant la législation des S.à r.l. en introduisant des mécanismes qui existaient déjà dans la S.A., tels le capital autorisé, les parts bénéficiaires, les acomptes sur dividendes ou certains aspects du régime de gouvernance. Il fait toutefois en sorte de ne pas procéder à une assimilation totale à la S.A., afin de garder l'originalité du régime des S.à r.l. notamment dans le cadre des parts bénéficiaires. Il innove même en introduisant dans le régime de rachat de parts un concept inédit du test de liquidité.

On ne peut donc en conclusion qu'approuver la direction prise par les instances législatives luxembourgeoises dans le cadre du projet de loi 5730 et encourager le législateur de continuer dans cette voie – qui à notre sens ne mériterait pas le qualificatif péjoratif d'opportuniste, mais bien celui de fonctionnel – qui permet de positionner le Luxembourg comme une juridiction de choix pour l'établissement de structures sociétaires tout en assurant un régime encadré pour les investisseurs.