

# JURISNEWS

## Regard sur le *DROIT DES SOCIÉTÉS*

Publication périodique

ISSN: 1996-3092

Vol. 4 - No 1/2011

### Transposition aux sociétés à responsabilité limitée de certaines institutions propres aux sociétés anonymes: tableau comparatif

#### INTRODUCTION

Au nombre des difficultés que pose l'étude du droit des sociétés, la question de la transposition des dispositions législatives propres à la société anonyme («SA») au régime juridique gouvernant les sociétés à responsabilité limitée («Sàrl») n'est pas la moindre. Quel praticien n'a-t-il été confronté un jour à la question de savoir si, dans le cadre de la Sàrl, la technique du capital autorisé est ... autorisée ? Par quelles perplexités le même praticien n'est-il pas passé quand, tenté de valider une structure d'assistance financière, il s'est interrogé sur le risque pénal possiblement encouru par les dirigeants sociaux de la Sàrl qui octroie l'assistance financière ?

Les raisons de cette problématique sont bien connues: les directives communautaires successives, qui ont marqué de leur empreinte profonde la loi sur les sociétés commerciales («LSC»), ont borné leur champ d'application, pour l'essentiel et pour ce qui concerne le Luxembourg, à la seule SA. La Sàrl est restée à l'écart de cette évolution et demeure gouvernée par un corpus législatif dont il faut bien constater, sans nécessairement le déplorer, les caractères lacunaire et archaïque. Cette constatation ne faisait guère de difficultés dès lors que la Sàrl était restée cantonnée à sa vocation initiale de société familiale, au rayonnement économique et financier restreint. Nul n'ignore qu'il n'en est plus ainsi. La Sàrl tient un rang de véhicule de choix au sein de structures d'investissement sophistiquées. C'est alors que la tension entre le fait et le droit se manifeste, dans ce grand écart entre l'emploi qui est fait de ce véhicule et la rusticité du cadre législatif qui la régit.

De cette tension naît une tentation: appliquer à la Sàrl les institutions modernes mises en œuvre dans le cadre de la SA. De cette tentation naît une appréhension: est-ce permis ? Et, à supposer que ce le soit, peut-on songer alors à transposer partiellement ces institutions propres à la SA, selon les besoins de la cause et à la carte, ou doit-on au contraire tout prendre, y

compris les mesures d'encadrement parfois contraignantes qui sont à l'œuvre dans la SA ? Par ailleurs, si l'on conclut que les institutions de type permissif propres à la SA, telles que la technique du capital autorisé, sont applicables à la Sàrl, ne doit-on pas en déduire, au fondement des principes de parallélisme et de cohérence, que sont alors également applicables à la Sàrl les institutions répressives propres à la SA, telles que, par exemple, le règlement du conflit d'intérêts ?

Examiner ces questions revient à tenter d'opérer une transaction délicate entre des considérations éventuellement contradictoires: interprétation du silence gardé par le législateur, impérativité de la loi, liberté contractuelle, ratio legis de chacune des institutions juridiques en cause. Tel est l'objet du tableau qui suit: présenter sous une forme comparative les techniques juridiques faisant l'objet du débat, recenser les arguments en débat, pour proposer enfin une méthode d'interprétation.

Quant à la méthode adoptée, le choix de procéder sous forme d'un tableau a paru approprié à maints égards, en particulier à des fins de clarté et de lisibilité. Pour autant, nous ne nous en dissimulons pas certains inconvénients, tels que le risque de répétition, dès lors que chacune des sections a été conçue comme pouvant être lue indépendamment des autres sections. Quant au fond, il convenait d'abord de recenser les éléments d'analyse que fournit, à défaut de sources jurisprudentielles, la doctrine et la pratique. Le tableau qui suit est d'abord un hommage rendu aux travaux de toutes celles et tous ceux qui, à défaut de guides législatif et jurisprudentiel assurés, se sont affrontés à ces difficiles questions.

Le tableau comparatif qui suit est le fruit d'un travail collectif mené dans le cadre du Comité d'étude en droit des sociétés<sup>1</sup> de l'étude WILDGEN. Sans prétendre à l'exhaustivité, puisse-t-il être utile à la confrontation des opinions et à la pratique des professionnels du droit des sociétés.

Daniel Boone

<sup>1</sup> S. Bellamine, G. H. Berke, D. Boone, Fr. Brouxel, M. Claret de Fleurieu, A. de Watazzi, Chr. Frank, N. Houille, B. Imbs, M. Imgrund, A. Kern, V. Macchi, D. Maria, M. Mbayi, P. Metzler, A. Monnier, J. Ortlingshaus, C. Pauwels, Y. Payen, L.-A. Takerkart-Wolf, B. Wachs, S. Zhang, S. Zintzen.

#### Editions Promoculture Sàrl

Boîte Postale 1142  
L-1011 Luxembourg  
Tél.: (+352) 48 06 91 Fax: (+352) 40 09 50  
Internet: [www.promoculture.lu](http://www.promoculture.lu)  
email: [info@promoculture.lu](mailto:info@promoculture.lu)

Rédacteur responsable:  
Me Daniel Boone – avocat –  
[daniel.boone@wildgen.lu](mailto:daniel.boone@wildgen.lu)

En collaboration avec:  
Me Sonia Bellamine, avocat  
Me Jackye Elombo, avocat  
Me Marine Leonardis, avocat  
Mlle Virginie Macchi, docteur en droit  
Me David Maria, avocat  
Me Philippe Muller, avocat  
Mlle Coralie Pauwels, juriste  
Me Yann Payen, avocat

2011: 10 numéros par an, Volume 4, Nos 1-10

Prix 2011 pour un abonnement annuel:

Nouvel abonnement: 130,00 € + TVA 3% \*)

Réabonnement: 113,30 € frais de port inclus.

Version combinée: papier + électronique: à nous consulter  
Abonnement pour 2 exemplaires et plus: 10% de remise  
(à partir de 10 exemplaires, veuillez-nous contacter aux fins d'obtenir une offre individualisée)

\*) Chaque nouvel abonnement comprend un classeur ad hoc.  
Classeur de rechange disponible au prix de 24,35 € par ex.

Paiement:

Les abonnements sont payables à l'avance, à la réception de notre facture, ou par virement bancaire à la commande: BILLULU: LU22 0026 1734 8171 9100 Virement avec la mention «nouveau abo JurisNews Droit des Sociétés»

Démarrage de l'abonnement possible à tout moment. Pas de remboursement pour abos annulés en cours d'année. Chaque abonnement est d'abord valable pour une durée de 12 mois (1 année). Il se renouvellera par tacite reconduction pour la même durée, sauf résiliation notifiée trois mois avant la date d'échéance.

® JURISNEWS  
© Editions Promoculture, 2011

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays. Il est interdit de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement la présente publication, de la stocker dans une banque de données ou de la communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, sauf autorisation écrite et préalable de l'éditeur. (Aucune société de gestion des droits d'auteurs n'est autorisée de consentir une autorisation quelconque pour photocopillage).

ISSN 1996-3092

## VALEURS MOBILIERES

### Titres représentatifs du capital social

Art. 32 LSC - Capital autorisé

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
Disposition à caractère permissif mais encadrée	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'expression «en faveur de la transposition» signifie ici que la Sàrl peut recourir au capital autorisé, sans préjudice du point de savoir si toutes les conditions posées par l'art. 32 LSC doivent être respectées</li> <li>Absence de texte interdisant formellement le capital autorisé dans la Sàrl / Silence de la LSC / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois: Art. 1, al. 2, LSC mentionne comme source du droit des sociétés la «convention des parties». En ce sens, J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7; A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, n° 686, p. 600: «Le droit luxembourgeois laisse une large place au principe de la liberté contractuelle»; D. Boone, The distribution of interim dividends by a société à responsabilité limitée, ALJB, n°41, 2008, n° 16, p. 36</li> <li>Avis de la Chambre de Commerce sur le Projet de loi 5730 (12 février. 2009, doc. parl., n° 5730-2, p. 54)</li> <li>Metzler, Le régime juridique et fiscal des SÀRL dans le Grand-duché de Luxembourg, Luxembourg, 1933, p. 168: une telle clause est licite sous la condition qu'elle soit limitée quant au montant de l'augmentation de capital.</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 572: cette technique ne contrarie pas l'ordre public sociétaire des Sàrl</li> <li>Titres convertibles: il peut être pratique de prévoir dans les statuts la possibilité de convertir ces instruments par le biais du capital autorisé aux fins d'éviter tout risque de blocage subéquent de la part des associés au moment de l'exercice des droits de conversion. Les associés donnent leur approbation anticipée à l'émission de nouvelles parts en cas de conversion</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'expression «en défaveur de la transposition» signifie ici que la Sàrl ne peut recourir au capital autorisé</li> <li>J.P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, Luxembourg, 2008, p. 664: «procédure exclue pour la Sàrl»</li> <li>Projet de Loi 5730, exposé des motifs (doc. parl., n° 5730, p. 119): «Indisponibilité de la technique du capital autorisé dans le cadre de la Sàrl»</li> <li>Art. 189 LSC: agrément des nouveaux associés. Impose que l'approbation de l'assemblée soit obtenue au moment même du transfert de parts à des non associés, excluant ainsi toute possibilité d'approbation anticipée dans le cadre du capital autorisé. A supposer qu'elle soit possible en principe dans la Sàrl, la technique du capital autorisé ne peut valoir que dans le cas de souscription (par suite d'émission de nouvelles parts ou de conversion de titres convertibles) des nouvelles parts sociales par les associés existants de la Sàrl</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Conclusion nuancée: tendance générale de prohibition du capital autorisé pour la Sàrl (problématique de l'Art. 189 LSC) / Une argumentation en sens contraire est cependant concevable (cf. colonne «Arguments en faveur de la transposition»)</li> <li>Modalités (en cas de recours au capital autorisé): <ul style="list-style-type: none"> <li>Clause statutaire: délégation de pouvoir au conseil de gérance</li> <li>Agrément des nouveaux associés par l'assemblée générale des associés: la technique du capital autorisé n'est praticable qu'en cas de souscription par les associés existants</li> <li>Délégation limitée quant au montant de l'augmentation de capital à réaliser</li> <li>Délégation limitée dans le temps</li> </ul> </li> </ul>

### Titres hors capital

Art. 37 LSC - Emission de parts bénéficiaires non représentatives du capital social

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
Disposition à caractère permissif	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte interdisant les parts bénéficiaires dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante dans le cadre de la LSC (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>Projet de loi 5730, Art 182: possibilité d'émission de parts bénéficiaires si nominatives. Condition qui permet l'émission tout en l'encadrant afin de respecter le caractère intuitu personae de la Sàrl</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 574, n° 654: «Comme la licéité des parts de fondateur comme des parts bénéficiaires n'est pas douteuse dans les sociétés commerciales en général (exception faite des sociétés coopératives peut-être), on ne voit aucune raison d'interdire ces titres dans la Sàrl»</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Metzler, Le régime juridique et fiscal des SÀRL dans le Grand-Duché de Luxembourg, 1933, pp. 74-77: le législateur a souhaité interdire les parts bénéficiaires aux Sàrl</li> <li>Travaux préparatoires à la loi du 18 sept. 1933 sur la Sàrl: Rejet des propositions d'amendements ayant trait aux parts bénéficiaires. Conseil d'Etat, avis du 19 mai 1933: la Sàrl étant d'un type différent de la SA, un régime particulier doit lui être réservé en la matière par des restrictions à la libre circulation de ces titres et aux droits attribués</li> <li>Droit comparé: Droit français, Art. 223-12 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 1966: interdit de manière générale leur émission</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Droit d'émettre des parts bénéficiaires dans la Sàrl</li> <li>Pratique: <ul style="list-style-type: none"> <li>problème de la libre cessibilité des parts bénéficiaires il semble envisageable d'émettre des parts bénéficiaires au profit des seuls associés de la Sàrl, sans heurter le principe de l'intuitu personae propre à la Sàrl</li> <li>Il est recommandé dans ce cadre que les parts bénéficiaires émises ne soient pas assorties de droits politiques mais se cantonnent à de simples droits financiers encadrés par les statuts</li> <li>L'intuitu personae implique une cessibilité strictement encadrée: celle-ci semble exclue en ce qui concerne les parts de fondateurs. Les autres types de parts bénéficiaires (c'est à dire émises en échange d'un apport) peuvent être cédés conformément à l'Art. 189 LSC (en ce sens A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 574, n° 654)</li> <li>L'émission de tels titres devra s'effectuer sous le contrôle - et la responsabilité - des gérants, l'intervention d'un réviseur ne paraissant pas être un pré-requis (cf. intervention non requise du réviseur d'entreprise dans le cadre d'apports en nature)</li> </ul> </li> </ul>

# PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL ET DES FONDS PROPRES

Art. 49-2 à 49-5 LSC - Rachat d'actions / parts sociales propres

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
<p>Protection des actionnaires et des tiers. Garantir que l'effet de ces opérations ne soit pas de faire descendre les fonds propres de la société en dessous du niveau non distribuable. Ces opérations peuvent avoir des effets similaires à ceux d'une distribution fictive dans la mesure où le capital social de la société peut être entamé</p> <p>Disposition à caractère permissif mais encadrée</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La LSC ne vise pas la Sàrl mais n'interdit pas expressément l'application des Art. 49-2 à 49-5 LSC à la Sàrl</li> <li>Art 168 LSC: dispositions pénales concernant le rachat des actions et parts d'intérêts propres (1 mois à 2 ans emprisonnement et/ou EUR 5,000 à 125,000 d'amende)</li> <li>Art. 168 LSC mentionne le terme de «gérant». Cette disposition pénale suscite une grande inquiétude des gérants de SàRL</li> <li>Art. 189, paragraphe 5, LSC: la Sàrl peut acquérir ses parts sociales détenues auparavant par un associé défunt «lorsqu'elle remplit les conditions exigées pour l'acquisition par une société de ses propres titres». Renvoi implicite aux Art. 49-2/49-5 LSC ?</li> <li>J.P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, Luxembourg, 2008, p. 665: «Il n'est pas certain qu'une Sàrl soit autorisée à racheter ses propres parts» (contra, même auteur, ibid., p. 654, cité in colonne ci-contre «Arguments en défaveur de la transposition»]</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte interdisant formellement l'assistance financière dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>La Directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976, qui pose le principe d'une interdiction du rachat de ses propres titres par une SA, ne vise pas la Sàrl. Or, «la réglementation issue des directives n'est rendue applicable qu'aux seules formes de sociétés visées par les directives en question» (J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7)</li> <li>Metzler, Le régime juridique et fiscal des Sàrl, Luxembourg, 1933, p. 126: rachat possible, sur base du prélèvement sur les bénéfices distribuables ou sur les réserves extra-légales (intangibilité du capital social) [note: l'ouvrage de Metzler étant antérieur à l'adoption des art. 49-2 s. LSC (loi du 24 avril 1983), sa pertinence au débat doit être relativisée]</li> <li>J. P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, Luxembourg, 2008, p. 654: paraphrase Metzler (préc.)</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 606, n° 694: l'Art. 189, paragraphe 5, LSC prévoit déjà la possibilité pour la Sàrl d'acquérir ses parts sociales détenues auparavant par un associé défunt: «le rachat des parts sociales reste également possible dans les autres cas» / condition: réserves distribuables suffisantes</li> <li>Le terme de «gérant» au sens de l'Art. 168 LSC ne vise pas explicitement les gérants de Sàrl car ce terme, employé alors dans un sens générique, préexistait à la loi du 18 septembre 1933 sur la Sàrl</li> <li>L'Art. 168 LSC mentionne son application «contrairement aux dispositions de l'Art. 49-2 dans le cas de sociétés anonymes». A contrario, exclut les Sàrl</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Pas d'application impérative à la Sàrl des Art. 49-2 à 49-5 LSC</li> </ul> <p>Modalités du rachat :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Clause statutaire requise ? Metzler, J. P. Winandy: oui Steichen: non (pas d'obligation légale expresse, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 606, n° 694)</li> <li>(ii) Rachat par prélèvement sur les bénéfices distribuables ou sur les réserves extra-légales ou extra statutaires (intangibilité du capital social) (en ce sens, doctrine unanime), sinon violation de l'art. 168 LSC (sanction pénale))</li> <li>(iii) Problématique des modalités du rachat: lors de mise en place du système de rachat (statuts) ou au moment du rachat ? En pratique, éviter un système trop contraignant par avance</li> <li>(iv) Agrément préalable à la cession par les autres associés (Art. 189 LSC): uniquement si la société n'est pas déjà associée</li> </ul>

Art. 69 (2) LSC - Demande de sûretés par les créanciers en cas de réduction du capital n'ayant pas pour objet un apurement de pertes

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
<p>Ratio legis: Protection des tiers: en cas de réduction du capital social n'ayant pas pour objet un apurement de pertes, les créanciers dont la créance est antérieure à la date de publication de l'assemblée décidant la réduction de capital, ont 30 jours à compter de la publication pour demander auprès du tribunal d'arrondissement la constitution de sûretés. Ce mécanisme vise à garantir que l'effet de ces opérations ne diminuent pas le gage / les garanties offertes aux créanciers.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La LSC ne vise pas la Sàrl mais n'interdit pas expressément l'application de l'Art. 69 (2) LSC à la Sàrl</li> <li>Art 168 LSC: dispositions pénales concernant le rachat de parts sociales en diminuant le capital social (1 mois à 2 ans emprisonnement et/ou EUR 5,000 à 125,000 d'amende)</li> <li>(i) Existence en droit français d'un dispositif équivalent mais expressément prévu par la loi</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte permettant aux créanciers de saisir le tribunal d'arrondissement pour demander la constitution de sûretés</li> <li>Existence d'un mécanisme de protection des tiers/créanciers dans la LSC (Art 168)</li> <li>La Directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976, qui pose le principe d'une protection des créanciers dont les créances sont nées avant la publication de la décision de réduction en leur conférant le droit d'obtenir une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication, ne vise pas la Sàrl. Or, «la réglementation issue des directives n'est rendue applicable qu'aux seules formes de sociétés visées par les directives en question» (J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7)</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 347, n° 380: «les créanciers sociaux disposent d'un droit d'opposition dans les sociétés à actions (SA, SCPA)» ce qui exclue la Sàrl.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Pas d'application impérative à la Sàrl de l'article 69 (2) LSC</li> <li>Modalités: La réduction de capital doit restée subordonnée à la condition qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers/créanciers. En pratique, il faudra analyser la situation financière de la société au cas par cas.</li> </ul>

Art. 49-6 LSC - Assistance financière

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
<p>Ratio legis: Protection des actionnaires et des tiers. Garantir que l'effet de ces opérations ne soit pas de faire descendre les fonds propres de la société en dessous du niveau non distribuable. Ces opérations peuvent avoir des effets similaires à ceux d'une distribution fictive dans la mesure où le capital social de la société peut être entamé</p> <p>Disposition à caractère permissif mais encadrée</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La LSC ne vise pas la Sàrl mais n'interdit pas formellement l'application de l'art. 49-6 à la Sàrl</li> <li>Art 168 LSC: disposition pénale concernant les «prêts ou avances au moyen de fonds sociaux» (sanctions: 1 mois à 2 ans de prison et/ou de 5,000 à 125,000 euros d'amende)</li> <li>Art. 168 LSC mentionne expressément le terme de «gérant». Cette disposition pénale suscite à juste titre une grande inquiétude de la part des gérants de Sàrl</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte interdisant formellement l'assistance financière dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>La Directive 77/91/CEE du 13 déc. 1976 ne vise pas la Sàrl. Or, «la réglementation issue des directives n'est rendue applicable qu'aux seules formes de sociétés visées par les directives en question» (J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7). Le Projet de loi 5730, qui a visé à étendre l'art. 49-6 LSC à la Sàrl, démontre a contrario, que, jusqu'à présent, l'Art. 49-6 LSC ne s'applique pas aux Sàrl</li> <li>A. Elvinger, in Coll., Acquisition de sociétés, Libéralisation des marchés de valeurs mobilières, aspects juridiques des acquisitions de sociétés, Luxembourg, 1991, p. 133</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, n° 680, p. 594: les restrictions posées par l'Art. 49-6 LSC ne s'appliquent pas à la Sàrl, car il s'agit d'une disposition sanctionnée pénalement (Art. 168 LSC) qui doit être interprétée strictement</li> <li>J.P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, Luxembourg, 2008, p. 482: «Cette disposition ne s'applique qu'aux SA (par ricochet aux SCA). Les Sàrl y échappent»</li> <li>L'Art. 168 LSC vise expressément les Art. 49-6 et 49-7 LSC «dans le cas de sociétés anonymes». A contrario, exclut les Sàrl</li> <li>Le terme de «gérant» au sens de l'Art. 168 LSC ne vise pas les gérants de Sàrl car ce terme préexistait à la loi du 18 septembre 1933 sur la Sàrl.</li> <li>A supposer même que l'Art. 168 LSC vise les gérants de Sàrl, l'Art. 49-6 LSC ne s'applique qu'aux prêts et avances faits par la société et non à l'octroi de sûretés</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Pas d'application impérative à la Sàrl de l'art. 49-6 LSC (doctrine unanime)</li> <li>Pratique: Par prudence, il est judicieux de reprendre certaines conditions de l'article 49-6 LSC, telles que:             <ol style="list-style-type: none"> <li>déterminer le montant accordé (requis)</li> <li>constater que l'opération d'assistance financière est réalisée dans le cadre de réserves disponibles (requis)</li> <li>opérations faites dans le respect de l'intérêt social (requis)</li> <li>approbation préalable par l'assemblée générale des associés sur base d'un rapport détaillé de la gérance (facultatif)</li> </ol> </li> </ul>

Art. 100 LSC - Perte de plus de la moitié du capital social

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
<ul style="list-style-type: none"> <li>Objet: En cas de perte de plus de la moitié du capital social, obligation pour le Conseil d'administration de convoquer une assemblée générale d'actionnaires en vue de permettre aux actionnaires de se prononcer sur la dissolution éventuelle de la société.</li> <li>Ratio legis: «sonnette d'alarme» / protection des actionnaires</li> </ul> <p>Disposition à caractère répressif</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La LSC ne vise pas la Sàrl mais n'interdit pas formellement l'application de l'art. 100 LSC à la Sàrl</li> <li>Droit comparé: Les droits français (Art. 223-42 du Code de commerce) et belge (Art. 332 du Code des sociétés) appliquent expressément une telle disposition à la Sàrl</li> <li>Force d'attraction de la ratio legis / principe de prudence / responsabilité des gérants</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'Art. 100 LSC émane de la Directive 77/91/CEE du 13 déc. 1976, dont le champ d'application se limite expressément aux SA: «la réglementation issue des directives n'est rendue applicable qu'aux seules formes de sociétés visées par les directives en question» (J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7)</li> <li>Une disposition à caractère répressif comme l'Art. 100 LSC doit être interprétée de manière restrictive (pas de sanction sans texte)</li> <li>Conséquences pour les gérants: pas d'obligation de convocation et pas d'engagement de leur responsabilité civile</li> <li>Le mécanisme de l'Art. 100 LSC est incompatible avec les règles de majorité applicables aux Sàrl pour prononcer la dissolution: condition de double majorité qualifiée (majorité des associés en nombre + ¾ du capital social (Art. 199 LSC)). Cette règle de majorité propre aux Sàrl est plus rigoureuse que les conditions de majorité visées par l'art. 100 LSC (perte de la moitié du capital social: règle de majorité qualifiée de l'Art. 67-1 LSC ; perte des trois quarts du capital social: ¼ des voix émises à l'assemblée)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Pas d'application impérative de l'Art. 100 LSC à la Sàrl</li> <li>Pratique:             <ol style="list-style-type: none"> <li>Il peut être conseillé de l'appliquer par prudence (responsabilité des gérants)</li> <li>L'art. 100 LSC ne peut être transposé intégralement à la Sàrl: s'il est possible de prévoir que, dans le cas de perte de plus de la moitié (a fortiori ¾) du capital social, la gérance doit convoquer une assemblée générale des associés en vue de permettre à ces derniers de se prononcer sur la dissolution éventuelle de la société, c'est la règle de majorité renforcée de l'Art. 199 LSC qui s'appliquera pour pouvoir prononcer la dissolution et non les règles de majorité moins rigoureuses visées par l'art. 100 LSC, qui sont exclusivement propres à la SA (cf. colonne ci-contre «Arguments en défaveur de la transposition», dernier tiret)</li> </ol> </li> </ul>

## ACTIONNAIRES / ASSOCIES

### Droits financiers

Art. 72-2 LSC - Distribution de dividendes intérimaires

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
Disposition à caractère permissif mais encadrée	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'expression « en faveur de la transposition » signifie ici que la Sàrl peut distribuer des dividendes intérimaires, sans préjudice du point de savoir si toutes les conditions posées par l'art. 72-2 LSC doivent être respectées</li> <li>Absence de texte interdisant formellement les dividendes intérimaires dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>L'art. 72-2 LSC résulte de la loi du 24 avril 1983 qui a transposé en droit luxembourgeois la deuxième directive sociétés 77/91/CE: or, pour le Luxembourg, cette directive ne vise expressément que la SA. Or, «la réglementation issue des directives n'est rendue applicable qu'aux seules formes de sociétés visées par les directives en question» (J. Delvaux, La société anonyme, Cours CCDL, 2008, Luxembourg, p. 7)</li> <li>L'interprétation restrictive exprimée dans les travaux préparatoires de la loi du 24 avril 1983 (cf. «Arguments CONTRE l'application») se fondait sur une fraction déjà dépassée de la doctrine belge (D. Boone, The distribution of interim dividends by a société à responsabilité limitée, ALJB, n°41, 2008, n° 23 s., p. 37)</li> <li>Doctrine: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, n° 686, p. 600: «Le législateur aurait laissé une entière liberté en la matière»</li> <li>(ii) D. Boone, The distribution of interim dividends by a société à responsabilité limitée, ALJB, n° 41, 2008, n° 32, p. 38: «the distribution of interim dividend by a Sàrl is not prohibited as a principle»</li> <li>(iii) D. Kolbach, La distribution de dividendes et acomptes sur dividendes, ACE, n° 2, février 2010, spéc. p. 11 s.: relève, sans la critiquer, que la doctrine luxembourgeoise (A. Steichen, D. Boone) est favorable à la possibilité pour les Sàrl de distribuer des dividendes intérimaires.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>L'expression «en défaveur de la transposition» signifie ici que la Sàrl ne peut pas distribuer de dividendes intérimaires</li> <li>Travaux préparatoires de la loi du 24 avril 1983 instaurant la possibilité d'un acompte sur dividendes dans les SA: la Commission juridique souligne que cette technique était jusque là interdite (Exposé des motifs, doc. parl. 2474, pages 12 et 28 ; Commission juridique, doc. parl. 2474-2, page 13). De là pourrait-on en déduire que la libéralisation introduite par l'art. 72-2 LSC ne vaudrait, de manière restrictive, que pour la SA</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: droit de distribuer des dividendes intérimaires dans la Sàrl</li> <li>Modalités: <ul style="list-style-type: none"> <li>(I) Clause statutaire autorisant la distribution (impératif)</li> <li>(II) Sur base de comptes intérimaires (impératif)</li> <li>(III) Compétence: décision appartenant aux gérants qui sont les seuls à avoir une vue de la situation financière de la société durant l'exercice social. Il n'est pas nécessaire d'organiser une AG (en ce sens, s'agissant de la SA, J.P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, 2008, p. 524) Contra: une résolution de ratification ou d'approbation par l'assemblée des associés peut être regardée comme une protection des gérants / Double compétence de la gérance et de l'assemblée des associés</li> <li>(IV) Contrairement aux SA un rapport du commissaire ou réviseur d'entreprise n'est pas nécessaire (A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 600; D. Boone, The distribution of interim dividends by a société à responsabilité limitée, ALJB, n°41, 2008, n° 52 s., p. 40)</li> <li>(V) Art. 201 LSC: disposition spécifique à la Sàrl de l'action en répétition des dividendes fictifs</li> <li>(VI) Art. 167 LSC: sanction pénale pour distribution de dividendes fictifs</li> </ul> </li> </ul>

## ADMINISTRATION / GERANCE

### Droits financiers

Art. 51, paragraphes 4 et 5, LSC - Pouvoir de cooptation d'un administrateur provisoire en cas de vacance d'une place d'administrateur

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
<ul style="list-style-type: none"> <li>Objet: Sauf disposition contraire des statuts, droit pour le Conseil d'administration de coopter un administrateur provisoire en cas de vacance d'une place d'administrateur (Art. 51, paragraphe 4, LSC) / Election définitive lors de la prochaine assemblée d'actionnaires (Art. 51, paragraphe 5, LSC)</li> <li>Ratio legis: mécanisme facilitatif, permettant p. ex. d'éviter une violation des statuts si le nombre statutaire d'administrateurs n'est plus respecté</li> </ul> <p>Disposition à caractère permissif</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte visant formellement le droit pour le Conseil de gérance de coopter un gérant provisoire en cas de vacance d'une place de gérant / A contrario, pas d'interdiction expresse / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>La cooptation peut être analysée comme un mandat conféré par les actionnaires/associés aux dirigeants sociaux</li> </ul>	Les gérants sont nommés par les associés (Art. 191, paragraphe 2, LSC) / la cooptation prévue dans le cadre de la SA par l'Art. 51, paragraphes 4 et 5, LSC est une exception d'interprétation stricte au pouvoir exclusif des actionnaires de nommer les dirigeants sociaux et, n'étant pas prévue pour la Sàrl, elle est donc exclue	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Possibilité de recourir à la cooptation dans la Sàrl</li> <li>Modalités: <ul style="list-style-type: none"> <li>(I) Clause statutaire requise: la cooptation s'apparente à la nomination d'un ou plusieurs gérants. Or cette nomination est un pouvoir exclusif des associés (Art. 191, paragraphe 2, LSC) / intérêt du caractère public et opposable de la clause statutaire</li> <li>(II) A défaut de clause statutaire, il faudrait au moins une résolution des associés autorisant le conseil de gérance à coopter (théorie du mandat)</li> </ul> </li> </ul>



**Art. 60 LSC - Délégation de la gestion journalière**

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
Disposition à caractère permissif	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte interdisant formellement la délégation de la gestion journalière dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante du droit des sociétés luxembourgeois (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> <li>A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 574: pas d'obstacle de principe à la nomination d'un gérant délégué à la gestion journalière si les statuts prévoient cette possibilité</li> <li>Tendance générale à la licéité de la délégation dans une Sàrl (TA Luxembourg, 9 juin 1989, n°38.792 du rôle). La délégation peut être accordée à un tiers</li> <li>La cooptation peut être analysée comme un mandat conféré par les associés aux dirigeants sociaux</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Pas de disposition de la loi prévoyant la possibilité pour la Sàrl de déléguer sa gestion journalière</li> <li>Les gérants sont nommés par les associés (Art. 191, paragraphe 2, LSC) / la délégation prévue dans le cadre de la SA par l'Art. 60 LSC est une exception d'interprétation stricte au pouvoir exclusif des actionnaires de nommer les administrateurs et, n'étant pas prévue pour la Sàrl, elle est donc exclue</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: possibilité de recourir à la délégation de la gestion journalière dans la Sàrl</li> <li>Pratique:             <ol style="list-style-type: none"> <li>(I) Clause statutaire requise (en ce sens, A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 574) / intérêt du caractère public et opposable de la clause statutaire</li> <li>(II) A défaut de clause statutaire, il faut au moins une résolution des associés autorisant le conseil de gérance à coopter (théorie du mandat)</li> <li>(III) Délimiter strictement les pouvoirs du délégué</li> <li>(IV) En cas de rémunération du délégué, le montant devrait être approuvé par l'assemblée des associés</li> </ol> </li> </ul>

**Art. 57 LSC - Conflit d'intérêts**

Ratio legis Caractère	Arguments en faveur de la transposition aux Sàrl	Arguments en défaveur de la transposition aux Sàrl	Interprétation proposée
Disposition à caractère répressif	<ul style="list-style-type: none"> <li>Force du ratio legis du conflit d'intérêts: «prévenir les situations où le management serait influencé dans sa prise de décision par les intérêts personnels de l'un de ses membres dans la conclusion d'une opération déterminée par la société» (A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 2ème éd., Luxembourg, 2010, p. 730)</li> <li>Metzler, Le régime juridique et fiscal des SÀRL dans le Grand-duché de Luxembourg, 1933, p. 104 et s.: se borne à examiner la question de savoir si un gérant peut vendre et acheter à la société. Détaille la doctrine française divisée de l'époque (Demogue, Thaller et Pic, Lyon-Caen et Renault). Tonalité générale plutôt défavorable à la possibilité pour le gérant de Sàrl de traiter avec celle-ci</li> <li>Art 1596 c. civ: Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, les mandataires pour les biens qu'ils sont chargés de vendre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Absence de texte réprimant les conflits d'intérêts dans la Sàrl / Liberté contractuelle prédominante dans le cadre de la LSC (cf. références supra, section «Capital autorisé»)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Principe: Pas d'applicabilité impérative de l'art. 57 LSC à la Sàrl</li> <li>Pratique: par prudence et en raison de la force du ratio legis du conflit d'intérêts tel que visé par l'Art. 57 LSC, il peut être conseillé d'appliquer les conditions de l'art. 57 LSC à la Sàrl</li> </ul>

## COUPON D'ABONNEMENT

**OUI, veuillez enregistrer ..... abonnement(s) annuel(s) à**

**JURISNEWS**  
**Regard sur le Droit des Sociétés**

10 numéros au prix de 133.90 € par abo (TTC)

☐ **à partir du prochain numéro**

*la première année sera facturée aux pro-rata des numéros restant à paraître*

☐ **rétroactif depuis le 1<sup>er</sup> no de cette année**

*dans la mesure et sous réserve de la disponibilité des anciens numéros*

**.... + CLASSEUR AD HOC au prix de 24,35 €**

**Adresse de facturation et de livraison:**

.....  
.....  
.....  
.....

**Méthode de paiement:**

☐ Paiement après réception d'une facture

☐ Par virement bancaire à la commande:

BILLULL: LU22 0026 1734 8171 9100 avec la mention:  
«nouveau abo JurisNews Droit des Sociétés»

*A découper ou photocopier et à renvoyer aux:*

**EDITIONS PROMOCULTURE**  
**b.p. 1142 L-1011 LUXEMBOURG**  
**Fax: (00352) 40 09 50**