

Les augmentations de capital par compensation de créances dans les sociétés à responsabilité limitée

Frédéric LEMOINE¹

Avocat à la Cour, Partner Loyens & Loeff

Omar EL HAMMANI

Avocat, Associate Loyens & Loeff

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	2
II.	Nature de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créances	4
III.	Domaine d'application aux sociétés à responsabilité limitée	8
IV.	Conditions et régime de la compensation	9
	a) La compensation légale	10
	b) La compensation conventionnelle	13
	c) La compensation judiciaire	14
V.	Impact de la situation de la société	15
	a) Augmentation de capital par compensation d'une créance et liquidation volontaire	15
	b) Augmentation de capital par compensation d'une créance et procédures collectives	16
VI.	Aspects pratiques	19
VII.	Conclusion	20

« Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme »

Antoine Laurent Lavoisier²

I. Introduction

La question de l'augmentation de capital par compensation de créances s'inscrit dans le cadre plus général de la conversion de créances en capital. Cette opération implique qu'un créancier de la société devienne un associé de cette dernière par conversion de la créance ou du titre de créance qu'il détient à l'encontre de la société en parts sociales de celle-ci.

Cette opération marque un véritable changement de la nature du rapport contractuel existant entre le créancier et la société, ainsi que de sa qualité. Ce dernier

passant du statut de simple créancier de la société à celui de véritable associé avec les droits mais également les obligations qui s'y associent.

Une première lecture rapide de la doctrine nous fait remarquer la diversité terminologique utilisée à cet égard liée peut-être de prime abord aux difficultés relatives à la qualification de l'opération en elle-même. Ainsi en dehors du terme conversion, il est fait souvent référence aux termes « d'une transformation de créances en capital » ou encore « d'incorporation de créances en capital » ou parfois « d'apport de créances ». Dans le jargon financier souvent issu de la pratique anglo-saxonne, l'opération est qualifiée de « *debt equity swap* ».

Cette diversité terminologique que l'on retrouve dans la littérature juridique ne décrit pas en fait la nature exacte de l'opération qui conduit à cette conversion de la créance en capital. D'ailleurs, le terme conversion pourrait porter à confusion. En effet, la conversion implique un changement d'état du titre sans pour autant entraîner une destruction du titre³. Le changement consécutif à une conversion suppose une certaine continuité ou permanence entre l'état initial et l'état nouveau. Par exemple, on pourrait invoquer la conversion de parts sociales ordinaires en parts sociales de préférence dont les droits financiers et même politiques peuvent être totalement différents. Il y a un véritable changement d'état pour l'associé dont les droits peuvent se retrouver bouleversés. Mais dans cette situation de conversion d'une part sociale d'une catégorie à l'autre le rapport entre la société et l'associé ne change pas. Le lien existant entre l'associé et la société a pour cause le contrat de société. Dans le cas

1. Les auteurs souhaitent remercier chaleureusement Max TOP qui les a assistés lors de la rédaction de cet article. Les auteurs souhaitent également préciser que les points de vue exprimés dans cet article sont personnels et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'étude pour laquelle les auteurs travaillent.

2. Citation apocryphe attribuée au chimiste et philosophe français Antoine Laurent Lavoisier en rapport avec la loi qu'il a énoncé dans son traité élémentaire de chimie publié en 1789 sur la conservation des masses lors du changement d'état de la matière. La citation originale est la suivante : « On voit que, pour arriver à la solution de ces deux questions, il fallait d'abord

bien connaître l'analyse et la nature du corps susceptible de fermenter, et les produits de la fermentation ; car rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe que, dans toute opération, il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération ; que la qualité et la quantité des principes est la même, et qu'il n'y a que des changements, des modifications », A. LAVOISIER, *Traité élémentaire de chimie*, Paris, Cuchet, 1789, p. 140 et 141.

3. A. THOBIE, « La conversion de titres », *Collection des thèses n° 198*, Bayonne, IFJD, 2020, p. 148 et s.

d'une conversion d'une créance en capital, la cause du lien entre l'associé et la société n'est plus basée sur un contrat de prêt mais sur le contrat de société. Le titre obligataire par exemple disparaît pour donner naissance à un titre de capital. Il n'y a pas de changement d'état du rapport entre la société et le créancier mais la fin du rapport original et la création d'un nouveau rapport dont la cause est différente. Les éventuelles sûretés qui seraient attachées à la créance ne se reportent pas sur le nouveau lien contractuel créé entre la société et le créancier devenu associé et sont amenées à disparaître. En poussant l'analyse un peu à l'extrême on pourrait y voir une « sorte » de novation par changement de cause⁴.

Le dépeçage de l'opération conforte cette analyse, puisqu'il est généralement admis que cette opération s'analyse soit en un apport en nature réalisé par le créancier consistant en la créance détenue contre la société qui s'éteint par la suite par confusion, soit en un apport en numéraire libéré par compensation de la créance⁵. Aussi, il ressort indéniablement que l'on assiste à une extinction du rapport initial dont l'exécution, ou le paiement en termes plus juridiques, se fait par confusion ou compensation et la création d'un nouveau rapport contractuel entre le créancier devenu associé et la société.

La question peut sembler purement théorique à première vue, donnant l'impression qu'elle se cantonne à des discussions enflammées entre universitaires. Cependant, elle revêt un intérêt concret.

Le Luxembourg est reconnu comme un centre financier majeur dans le monde. Le Luxembourg est le plus important centre financier pour les fonds d'investissements en Europe et le second au monde en termes d'actifs sous gestion après les Etats-Unis. Outre ses activités traditionnelles de gestion et de domiciliation de fonds d'investissement, le Luxembourg est devenu une juridiction incontournable, ou du moins une plaque tournante de choix, pour la mise en place par les fonds d'investissement de leurs structures d'investissement pour les besoins de leurs acquisitions.

En dehors du financement accordé par les banques et l'investissement par voie de fonds propres, il n'est pas rare que dans le cadre de leurs acquisitions, un complément du financement réalisé par les fonds d'investissement se fasse par voie de prêt d'associés accordés en cascade par les sociétés de la structure

à leur filiale directe tout le long de la chaîne de détention⁶. Il existe plusieurs avantages à ce mode de financement.

Premièrement, les prêts d'associés peuvent permettre une remontée facile des fonds injectés au cas où il s'avère que finalement les sommes investies étaient supérieures au montant de l'acquisition. La remontée de l'argent se ferait par simple remboursement du prêt plutôt que par réduction de capital.

Deuxièmement, les prêts d'associés peuvent être utilisés pour une durée limitée à l'instar d'un crédit relais (*bridge loan*) en raison du besoin d'une circulation immédiate des fonds à travers la structure d'acquisition. En effet, au Luxembourg, une augmentation de capital en numéraire implique que les fonds soient bloqués sur le compte bancaire de la société avant l'augmentation. La banque émettra un certificat de blocage afin que le notaire instrumentant puisse constater la présence des fonds et passer l'acte d'augmentation de capital. Une fois l'acte d'augmentation de capital passé, le notaire délivre un certificat de déblocage. Ce système, qui apporte une certaine sécurité juridique quant à la matérialité de l'apport dont le capital social est le reflet, a pour inconvénient majeur de prendre un certain temps, et peut se révéler contraignant pour la réalisation d'une opération qui nécessiterait la réalisation à la suite de plusieurs augmentations de capital en l'espace d'une journée. Pour surmonter cette difficulté, la pratique consiste à recourir à des prêts d'associés qui sont ensuite capitalisés dans la structure.

En conséquence, que la capitalisation soit prévue dès l'origine soit dans le cadre d'une restructuration, les praticiens sont régulièrement confrontés à ce type d'opération et aux difficultés pratiques qui en découlent.

La problématique de la capitalisation peut également se retrouver dans un scénario plus opérationnel.

Par exemple, afin de favoriser l'entrepreneuriat le législateur luxembourgeois a adopté la loi du 23 juillet 2016 afin d'introduire une société à responsabilité limitée simplifiée dont les formalités de constitution ou de fonctionnement sont allégées par rapport à une société à responsabilité limitée classique. Deux innovations parmi les plus marquantes apportées par cette loi étaient la non-nécessité de recourir à un notaire

4. L'art. 1271 du C. civ., dispose que « La novation s'opère de trois manières : 1° lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; 2° lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ; 3° lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé ». Il ressort que la novation peut s'opérer de trois manières différentes : par changement de créancier, par changement de débiteur et par changement de l'obligation. Cette dernière forme de novation comprend notamment la novation par changement de clause. L'auteur P. ANCEL mentionne que : « On pourra considérer qu'il y a novation, par exemple, si la modification affecte la cause

de l'obligation [...] », P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 883 ; voir également O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 652.

5. Fr.-X. LUCAS, « La conversion de créances en actions à l'occasion d'un plan de sauvegarde ou de redressement », *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Hovasse*, Fr.-X. LUCAS, R. MORTIER et H. SYNDET (dir.), Paris, LexisNexis, 2016, p. 148 et 149.

6. Ce type d'opération est souvent dénommé par les initiés comme des prêts en *back to back*.

pour l'assemblée générale de constitution ou modificative des statuts et la non-application du capital minimum de douze mille euros requis pour les sociétés à responsabilité limitée. Malgré le fait qu'une société à responsabilité limitée simplifiée peut disposer d'un capital d'un euro ses besoins de financement demeurent. Dans cette optique, il peut parfois arriver que les associés choisissent de prêter des fonds à la société au lieu d'augmenter son capital social. En effet, si le capital social de la société atteint les douze mille euros, les règles classiques de la société à responsabilité limitée sont alors applicables, ce qui entraînerait des frais supplémentaires. Par la suite, une fois que l'activité de la société a démarré les associés pourraient décider de demander la capitalisation de leurs prêts. Un autre exemple est celui d'une société qui ferait face à des problèmes de trésorerie temporaire. Celle-ci pourrait en effet proposer à certains de ses fournisseurs dont les factures restent impayées de devenir associés en convertissant leurs créances.

Aussi, l'opération de conversion de créances en capital, et plus particulièrement l'opération d'augmentation du capital social par compensation de créances peut couvrir une multitude de réalités et de besoins économiques différents.

Il était donc de circonstance qu'une clarification du régime de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créance soit faite. La loi du 10 août 2016 portant modernisation de la Loi de 1915 (**Loi de Modernisation**) a entériné ou pour le moins confirmé qu'une augmentation de capital peut se faire par compensation de créance détenue par l'apporteur à l'encontre de la société. La Loi de Modernisation a modifié l'article 420-23 (5) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée (la **Loi de 1915**) anciennement 32 (5) applicable aux sociétés anonymes afin de préciser que « *chaque action doit être libérée [...] soit par un apport en numéraire, y compris par compensation avec des créances liquides certaines et exigibles sur la société, soit par un apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfices ou prime d'émission.* »

La Loi de Modernisation est restée muette quant aux sociétés à responsabilité limitée. Y aurait-il une raison particulière expliquant ce mutisme ? Une telle opération est-elle possible alors en matière de société à responsabilité limitée ?

Pour répondre à ces interrogations, il est pertinent de s'intéresser dans une première analyse à la nature de l'opération d'augmentation de capital par

compensation de créance afin d'appréhender ses fondements juridiques (II). Cette analyse de la nature juridique de l'opération permettra par la suite d'essayer de comprendre s'il est possible d'étendre son domaine d'application aux sociétés à responsabilité limitée (III). Une fois qu'il a été démontré que son application est possible aux sociétés à responsabilité limitée, il serait opportun de tenter de dessiner les contours de son régime et notamment les conditions de la compensation (IV). De plus, la situation dans laquelle se trouve la société émettrice des parts sociales pourrait également jouer un rôle dans la possibilité de réaliser l'opération et mérite donc d'être examinée (V). Puis, il s'agira de se concentrer sur les aspects pratiques de la réalisation de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créance (VI) avant de conclure sur les améliorations qu'il serait possible d'apporter à son régime dans le futur (VII).

II. Nature de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créances

L'analyse de la nature de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créances requiert à notre sens de rappeler brièvement l'origine et la nature de la notion cardinale que représente l'apport en droit des sociétés.

Bien que la question de la nature contractuelle ou institutionnelle de la société fasse l'objet depuis des années d'après débats doctrinaux⁷, il est indéniable que la société tire sa source première d'un contrat.

L'article 1832 du Code civil luxembourgeois (le **Code civil**) dispose qu'« *une société peut-être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée* ».

De cette définition posée par le Code civil, il est traditionnellement admis que les éléments suivants sont constitutifs du contrat de société⁸ : une pluralité d'associés, la volonté de s'associer, un apport fait par chaque associé, l'intention de chaque associé de participer aux bénéfices et contribuer aux pertes de la société⁹. À ces éléments, une certaine doctrine et jurisprudence ont ajouté comme élément supplémentaire à l'établissement du contrat de société, l'*affectio societatis*¹⁰ qui selon un auteur s'assimilerait en fait

7. Voir, pour une analyse détaillée de la question, on consultera sur ce point l'étude remarquable d'I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011.

8. Sous réserve des sociétés unipersonnelles admises par la loi.

9. Y. AECHÉLE-STEFANOVA, « Quelques réflexions sur la société », *Un siècle d'application de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales*, Bruxelles, Kluwer, 2015.

10. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 6^e éd., Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2018, p. 101 ; Trib. arr. Luxembourg (Lux.), 22 novembre 1990, n° 38180 ; Trib. arr. Luxembourg (Lux.), 6 novembre 2002, n° 25069 ; voir, pour un argumentaire contraire V. SIMONART, « Associés, actionnaires et investisseurs », *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 83.

à l'obligation de chaque associé de se comporter de bonne foi¹¹.

À la lumière de ce qui précède, selon l'adage consacré par la doctrine « *point d'apport, point de société* », il ressort que l'apport est un élément essentiel à la constitution de la société¹². Son absence pourrait donc entraîner la nullité de la société.

Les apports se divisent classiquement en trois catégories : les apports en numéraire, les apports en nature et si la forme juridique de la société le permet également les apports en industrie¹³.

La question de savoir à quelle catégorie d'apport se rattache l'augmentation de capital par compensation de créances nécessite de se pencher sur la nature même de l'apport ou plus exactement des différents composants qui sous-tendent l'apport.

L'apport ne fait pas l'objet d'une définition juridique précise¹⁴. Une tentative de définition pourrait amener à définir l'apport comme l'opération juridique par laquelle un associé existant ou futur transfère la propriété ou la jouissance de biens corporels ou incorporels à la société en contrepartie de droits sociaux¹⁵.

Le critère de l'attribution de droits sociaux usé dans cette définition a l'avantage de permettre de différencier la notion d'apport de notions voisines telles que la vente ou l'échange¹⁶. Cependant, cette définition présente l'inconvénient de laisser ouverte la question de la nature de l'opération en elle-même.

Ainsi, il a été proposé de qualifier l'apport de contrat synallagmatique. L'apport s'analyserait donc comme un contrat d'apport « *par lequel une personne – l'associé – s'engage envers une autre – la société – à lui apporter un bien ou son industrie et à contribuer aux pertes en contrepartie d'un ensemble de droits sociaux*¹⁷ ». Vu sous cet angle, le contrat d'apport se décomposerait comme un rapport synallagmatique qui consisterait en l'obligation pour l'associé ou futur associé de souscrire au capital et l'obligation pour la

société d'émettre en retour des droits sociaux à cette personne¹⁸.

Cette analyse présuppose que le contrat d'apport serait dissocié du contrat de société et que, par conséquent, le contrat de société coexisterait avec le contrat d'apport. Le contrat d'apport régirait et organiserait les relations entre la société et l'apporteur, tandis que le contrat de société régirait et organiserait les relations entre les associés eux-mêmes. Le contrat d'apport serait le fruit de la conclusion du contrat de société et serait donc lié à celui-ci sans pour autant lui être assimilé.

L'interprétation de l'existence d'un contrat d'apport séparé du contrat de société est d'autant plus séduisante qu'elle semble être soutenue par l'article 1845 du Code civil qui dispose que « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur* » et qu'elle permet en outre d'expliquer les mécanismes sous-jacents de l'apport.

Néanmoins, cette interprétation est rejetée en bloc par un auteur qui s'inquiète notamment de l'application de cette théorie en période constitutive de la société¹⁹. En effet, l'existence d'un contrat d'apport impliquerait que la société soit partie à un acte qui constitue la première étape sa création. L'article 710-6 (1) de la Loi de 1915²⁰ semble lui donner raison. Il apparaît que l'article 710-6 (1) de la Loi de 1915 met en place un ordre chronologique entre l'apport et la constitution de la société. En effet, selon cet article 710-6 (1) de la Loi de 1915, la souscription et la libération, qui seraient dans cette conception les obligations découlant du contrat d'apport, précéderaient la constitution de la société, qui viendrait à exister seulement lorsque les parts sociales auraient été libérées. En d'autres mots, la constitution de la société interviendrait après la conclusion du contrat d'apport dont la société est supposée être partie. L'apport serait donc non pas un contrat séparé mais ferait partie du contrat de société lui-même.

11. J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, Luxembourg, Legitech, 2019, p. 181.

12. S'il s'avère que l'apport est une condition essentielle à la société, elle n'apparaît pas l'être pour l'acquisition de la qualité d'associé. En ce sens, selon l'art. 420-26 (6) de la Loi de 1915 « les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à procéder au profit des membres du personnel salarié de la société, ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre ». L'émission de ces actions gratuites se faisant normalement par incorporation de réserves qui n'ont pas été contribuées par ces personnes.

13. Art. 1383, al. 2, du C. civ., dispose que : « Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ».

14. Comme souligné par un auteur la notion d'apport revêt plusieurs sens d'un point de vue terminologique et peut également se référer à l'objet de l'apport. Cette définition n'a pas été retenue dans la cadre de cet article. Voir, J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 135.

15. L'utilisation de ce critère semble plus appropriée à la définition de l'apport car tout apport n'entraîne pas forcément une augmentation de capital et en conséquence l'émission de nouveaux titres de capital. En droit luxembourgeois, il se trouve des situations où aucun titre de capital n'est émis en cas d'apport. Ainsi, il est possible par exemple de faire des apports au

compte 115. De même il est possible pour les sociétés à responsabilité limitée de faire des apports en industrie. Les titres émis en contrepartie de tels apports ne concourent pas à la formation du capital social. Ces titres sont incessibles et ne peuvent pas être cédés. Voir, art. 710-6 (3) de la Loi de 1915. De même, la Loi de 1915 prévoit la possibilité d'émettre des parts bénéficiaires qui ne font pas partie du capital social. Enfin, il n'est pas rare que dans les sociétés en commandite spéciale qu'aucun capital ne soit mis en place mais un système de comptes de capital.

16. R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, p. 203.

17. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2009, spéc. p. 228.

18. A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 70.

19. Voir, pour le rejet de cette analyse : S. DOCQ, *Essai sur le renouveau de la notion d'apport en droit des sociétés*, thèse, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 52 et s.

20. Art. 710-6 (1) de la Loi de 1915 dispose que : « La constitution d'une société à responsabilité limitée requiert : 1^o que le capital soit intégralement souscrit ; 2^o que les parts sociales soient entièrement libérées au moment de la constitution de la société. Lorsqu'une prime d'émission est prévue, son montant doit être intégralement versé [...] ».

Quelle que soit la thèse retenue, unicité de l'apport et du contrat de société ou superposition du contrat d'apport avec le contrat de société, l'apport se scinde à notre sens en deux composantes principales : la souscription au capital et la libération de l'apport.

De manière triviale, la souscription au capital pourrait se définir comme l'obligation acceptée par l'associé vis-à-vis de la société d'apporter des espèces, des biens ou son industrie et la libération de l'apport comme l'exécution par l'associé de son obligation de souscription c'est-à-dire le paiement de l'obligation au sens juridique du terme²¹.

Sous le prisme de la souscription de capital et de la libération de l'apport, l'augmentation de capital par compensation d'une créance se révèle être l'opération par laquelle un associé s'oblige auprès de la société à lui apporter une somme d'argent et dont la satisfaction de cette obligation se ferait par compensation d'une créance d'au moins du même montant que ce dernier possède à l'égard de la société.

Cette qualification au premier abord ne semble pas contestable puisque la compensation est une méthode reconnue de paiement par satisfaction indirecte de l'obligation.

Cependant, dans un tel cas de figure, l'opération pourrait-elle légitimement être qualifiée d'apport en numéraire alors que les parties impliquées peuvent n'avoir eu aucunement l'intention d'apporter à la société des liquidités supplémentaires ? Hormis le cas, qui selon nous ne pose pas de problème, où l'intention initiale des parties était réellement de financer la société par un apport d'argent frais, ne dénaturerait-on pas la volonté des parties en présumant de leur volonté de faire un apport en numéraire ? On créerait une sorte de fiction juridique en attribuant au souscripteur une intention qui n'est pas la sienne. De plus, notons qu'une telle qualification pourrait être vue comme un détournement de la finalité première de l'apport en numéraire qui est de fournir des fonds supplémentaires à la société.

L'apport d'une créance ne devrait-il pas être seulement considéré comme un apport en nature, c'est-à-dire une souscription au capital par l'associé, libérée par le transfert de la créance qu'il détient sur la société dans le patrimoine de cette dernière ? La créance s'éteindrait alors par confusion par application de l'article 1300 du Code civil²², la société devenant à la fois créancière et débitrice.

En dernier lieu, en raison de la particularité liée à l'apport d'une créance, ne faudrait-il pas peut-être voir en l'apport d'une créance un type d'apport à part entière différent de l'apport en numéraire ou en nature²³ ? Cette solution qui pourrait paraître excessive aurait l'avantage de créer un régime personnalisé et adapté aux problématiques de ce type d'apport.

Cette question de qualification de l'apport d'une créance ne représente pas seulement un intérêt théorique mais a également un impact non négligeable d'un point de vue pratique. La qualification de l'apport de créance en apport en nature implique la soumission aux règles de l'apport en nature. Il est vrai que ces règles sont moins contraignantes pour les sociétés à responsabilité limitée puisque, contrairement aux sociétés anonymes, l'intervention d'un réviseur d'entreprises n'est pas requise²⁴. Il sera néanmoins nécessaire de procéder à une évaluation de la créance. Le notaire instrumentant l'acte notarié d'augmentation de capital demandera une déclaration de l'apporteur ou de la société émettrice certifiant que le montant de l'augmentation de capital ensemble avec la prime d'émission éventuelle est au moins égal à l'évaluation donnée à la créance apportée. Une telle déclaration impliquera donc qu'une évaluation de la situation financière de la société et notamment de sa capacité de remboursement de la créance soit réalisée ajoutant une contrainte supplémentaire et éventuellement des frais à l'opération.

En droit luxembourgeois, la question de la qualification de l'apport d'une créance en tant qu'apport en nature a longtemps été débattue entre praticiens et universitaires, notamment en raison d'une certaine pratique notariale qui considérait que, pour éviter la possibilité d'un capital fictif, il était nécessaire d'évaluer la créance et, à cette fin, de recourir à un réviseur d'entreprise dans le cas des sociétés anonymes. En effet, si la société se trouve dans une situation financière difficile, elle ne pourra pas honorer ses dettes, ce qui aura automatiquement un effet sur la valeur de la créance qui doit être apportée à son capital. La créance ne pourra donc pas être apportée à sa valeur faciale. L'apport de la créance au capital par une libération par compensation évite ce problème car, en raison de la fonction de paiement de la compensation, la valeur faciale de la créance sera retenue comme le montant de l'augmentation de capital. Une telle interprétation poussait donc de fait à ne pas vouloir reconnaître la possibilité d'avoir une augmentation de capital par compensation de créances.

21. H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques » in J. MALHERBE et E.-J. NAVEZ (dir.), *Droit des affaires et sociétés*, Limal, Anthemis, p. 79.

22. Art. 1300 (1) du C. civ., dispose que « lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint la créance ».

23. Cette position a été soutenue par la jurisprudence française. Voir, Cass. fr. (com.), 11 avril 1970 : en raison de l'application de l'art. L-225-127 du Code

de commerce français issu de la loi du 24 juillet 1966 alors en vigueur qui prévoyait que les titres de capital de sociétés anonymes pouvaient être libérés « soit en numéraire, soit par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation de réserves, bénéfices ou prime d'émission, soit par apport en nature, soit par conversion d'obligations ».

24. Les règles de l'apport en nature pour les sociétés anonymes sont décrites principalement à l'art. 420-10 de la Loi de 1915.

Cette interprétation qui ne manque pas de pertinence peut faire l'objet de l'objection suivante. Il n'est pas certain que lors d'un apport de créance ladite créance ne puisse pas être apportée à sa valeur faciale même en présence de difficultés financières de la société²⁵. Il est vrai qu'en raison des problèmes que connaîtrait la société, il est normal de considérer que la valeur vénale de la créance puisse être inférieure à sa valeur faciale. Toutefois, suite à l'apport de la créance au capital, le passif externe de la société sera diminué du montant de la valeur faciale de la créance. Ainsi, en cas d'évaluation de la créance à sa valeur faciale, le montant de l'augmentation de capital correspondra en fait au montant de l'enrichissement de la société créé par la disparition de la dette correspondante²⁶. L'augmentation des fonds propres de la société améliore la situation financière de la société. Peut-on alors soutenir qu'on puisse être en présence de capital fictif ? Une des raisons du caractère intangible du capital social est sa fonction de garantie des créanciers. Les créanciers seraient-ils lésés dans une telle situation ? En effet, les créanciers qui ne participeraient pas à l'augmentation de capital verraient leurs chances d'être payés augmenter puisque le nombre de créanciers de la société diminuerait en conséquence. L'interrogation est sans aucun doute permise. De même, la diminution de la valorisation de la créance découle du fait que cette dernière soit irrécouvrable. Le risque d'irrecouvrabilité n'existe plus par définition puisque par sa capitalisation, la créance se retrouve être payée indirectement²⁷. Ne serait-on pas dans la situation du serpent qui se mord la queue ?

En tout état de cause, cette interprétation, qui ne fait pas l'unanimité²⁸, a fait l'objet de contestations par un auteur²⁹ qui a considéré que les deux options étaient ouvertes en droit luxembourgeois. Une créance peut être apportée soit dans le cadre d'un apport en nature de cette créance ou soit dans le cadre d'un apport en numéraire libéré par compensation de cette dernière.

La reconnaissance par la Loi de Modernisation³⁰ de la possibilité d'une augmentation de capital par compensation de créances a mis fin aux débats. Pourtant cette reconnaissance signifie-t-elle implicitement que l'apport d'une créance détenue par l'apporteur à l'encontre d'une société par voie d'apport en nature est de facto exclu ? Nous ne pensons pas qu'une

telle approche soit la volonté du législateur. Nous sommes plutôt d'avis que l'idée du législateur était tout simplement de confirmer explicitement que l'apport d'une créance pouvait s'analyser en un apport en numéraire libéré par la compensation de la créance détenue par l'apporteur sur la société.

Comme soutenu par l'auteur précité, nous partageons l'opinion que les deux options sont ouvertes et qu'il appartiendra aux parties, et donc aux praticiens, de choisir l'option la plus favorable en fonction des circonstances et des faits.

Si la qualification de l'apport d'une créance en un apport en nature, comme discutée ci-dessus, a des répercussions importantes en raison de la nécessité d'évaluer la créance qui y est associée, la qualification de l'apport d'une créance en apport en numéraire n'est pas non plus exempte de conséquences.

En effet, la qualification d'apport en numéraire emporte l'application du droit préférentiel de souscription³¹. Cette problématique est également moins contraignante pour les sociétés à responsabilité limitée du fait de l'absence de disposition légale à l'inverse des sociétés anonymes³². Toutefois, ce point mérite une certaine attention car il est possible que ce droit préférentiel de souscription ait été prévu dans les statuts ou qu'il ait été établi dans un pacte d'associés extra-statutaire.

Dans les juridictions voisines qui nous servent souvent de référence, il ressort que la question a été clarifiée et ne souffre d'aucune contestation. En France, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, l'article L225-128, alinéa 2, du Code de commerce français dispose que les titres de capitaux « *sont libérés soit par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, soit en conséquence d'une fusion ou d'une scission.* » De même, cette position est reconnue par la doctrine qui admet unanimement que la conversion d'une créance en capital peut se faire soit par l'apport en nature de cette créance ou par un apport en numéraire qui sera libéré par compensation de la créance³³.

25. G. CALLENS *et al.*, « Chapitre 2-Augmentations du capital » *Société anonyme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 619.

26. En cas d'évaluation de la créance à une valeur inférieure à sa valeur faciale, comment sera comptabilisée alors la différence ? La différence devrait normalement générer un profit au niveau de la société qui serait éventuellement taxable.

27. G. BATS, *et al.*, *Apport en nature et quasi-apport cas pratiques*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 69.

28. J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 148.

29. H. HELLINCKX, « Les difficultés de qualification de la libération du capital par incorporation de créances réciproques en droit des sociétés luxembourgeoises », *Bull. droit et banque*, n° 9, 1986, p. 25 et s.

30. Voir *supra*, introduction.

31. Voir, dans le Projet de loi 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, 2015, n° 5730/06, p. 13.

32. Art. 420-26 de la Loi de 1915 établit un droit préférentiel de souscription en cas de souscription de capital par un apport en numéraire. Par contre, un tel droit préférentiel de souscription n'existe pas en cas d'apport en nature.

33. Voir, entre autres F.-X. LUCAS, *op. cit.*, p. 148 à 158.

En Belgique, il existe une certaine doctrine qui considère que l'apport de créance doit être différencié d'un apport en numéraire libéré par compensation³⁴. Néanmoins, le principe selon lequel le capital souscrit peut être libéré par la libération d'une créance sur la société n'est pas contesté, à cette nuance près qu'en raison de l'obligation de déposer les fonds sur un compte spécial, la compensation ne peut avoir lieu qu'ultérieurement pour la partie de l'apport qui n'a pas été libérée au moment de la décision d'augmenter le capital³⁵.

L'apport d'une créance s'établissant dans le cadre plus général du mécanisme de conversion de créances, le débat sur la nature juridique de la conversion s'est également déplacé vers le cas de la conversion de titres convertibles en capital, tels que les obligations convertibles ou les titres hybrides propres à la pratique luxembourgeoise, que sont les *convertible preferred equity certificates* (les **CPECs**).

Sur la base de la version antérieure à la Loi de Modernisation de l'article 420-27 de la Loi de 1915 (anciennement 32-4), qui renvoyait notamment à l'article 32-1³⁶, nous retrouvons les mêmes questionnements que pour la nature juridique de l'apport de créance³⁷. Sommes-nous en présence d'un apport en nature, d'un apport en numéraire libéré par compensation de créances ou encore d'un apport en numéraire différé ?

S'alignant sur les positions adoptées en Belgique et en France, le législateur luxembourgeois lors de la Loi de Modernisation a tranché en faveur de la qualification d'un apport en numéraire dont la libération se fait par la compensation de la créance. Ainsi l'article 420-27, alinéa 3, de la Loi de 1915 dispose que « *La conversion d'obligations convertibles est à considérer comme un apport en numéraire libérable par compensation avec une créance sur la société et sera soumise aux mêmes conditions qu'un tel apport* »³⁸.

Aussi, il semblerait que le débat sur la nature juridique de l'apport d'une créance détenue à l'encontre de la société, que ce soit dans le cadre général de la conversion d'une créance ou dans le cadre plus restreint de la conversion d'un titre convertible en capital, soit clos. Malheureusement, certaines zones d'ombre subsistent. Les modifications apportées à la Loi de 1915 par le législateur dans ce contexte n'ont

affecté que les articles relatifs aux sociétés anonymes. Les articles de la Loi de 1915 en rapport avec les sociétés à responsabilité limitée sont eux restés étrangement vierges de toutes modifications.

Ainsi, la question de savoir si une augmentation de capital par compensation de créances sur la société est possible dans les sociétés à responsabilité limitée demeure sans réponse de la part du législateur. Nous tenterons, en toute humilité, d'apporter des éléments de réponse à cette épineuse question dans la section suivante.

III. Domaine d'application aux sociétés à responsabilité limitée

L'absence de dispositions légales à ce sujet soulève un certain nombre de questions. S'agit-il d'un simple oubli de la part du législateur ? Une telle hypothèse pourrait être plausible compte tenu de l'ampleur de l'ensemble des réformes introduites par la Loi de Modernisation. Il est facile que ce point ait été oublié dans le processus qui s'est étalé sur plusieurs années. Pourtant, le législateur aurait déjà eu le temps d'y remédier comme il l'a fait pour certaines incohérences³⁹.

Sommes-nous, comme le suggère un auteur, dans une situation où le législateur n'a tout simplement pas jugé nécessaire de légiférer sur ces questions⁴⁰ ? Le fait que les formalités d'un apport en nature pour les sociétés à responsabilité limitée soient simplifiées par l'absence de nécessité d'un rapport d'un réviseur d'entreprises a pu conduire le législateur à penser que l'apport d'une créance sur la société se ferait principalement par le biais d'un apport en nature et que, par conséquent, l'option d'un apport à libérer par voie de compensation serait occultée par la pratique.

Au contraire, serions-nous dans le cas où le législateur a délibérément omis de légiférer sur ce point ? Si tel était le cas a-t-il voulu prohiber clairement cette possibilité pour les sociétés à responsabilité limitée ou suivant l'adage tout ce qui n'est pas interdit est possible, donner à la société à responsabilité limitée le maximum de flexibilité qui lui est propre ?

34. G. GALLEN, *op. cit.*, p. 619.

35. L. ROBERT et V. DEMEUR, « Commentaire des articles 7:183 et 7:184 du Code des sociétés et des associations », *CSCS*, 2022 p. 102 et 103.

36. Art. 32-1 de la loi de 1915, pris dans sa version avant la Loi de Modernisation et qui est ensuite devenu l'art. 420-23 de la Loi de 1915.

37. Voir, pour un exposé des différentes thèses : P. HOSS et L. SCHUMMER, « Les obligations convertibles », *Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 446 ; R. BONNEAU et A. MAUSKE, « L'exigence d'un rapport de réviseur d'entreprises agréé en cas d'émission de titres convertibles ou assortis de droits de souscription », *ACE : comptabilité, fiscalité, audit, droits des affaires au Luxembourg*, n° 2015-8, p. 13 à 30.

38. Pour une remise en question de la compensation, voir, A. THOBIE, « la conversion de titres », *Collection des thèses n° 198*, IFDJ, 2020, p. 193 à 196 : l'auteur considère que si l'obligation comporte une conversion

automatique en titre de capital dès son émission, la compensation deviendrait inutile la créance de souscription de la société serait éteinte dès le versement des sommes lié à l'émission des obligations.

39. Voir, la loi du 7 août 2023 portant modification : 1° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 2° 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 ; 3° de la loi modifiée du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées et portant transposition de la Directive n° 2007/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées ; 4° du C. civ.

40. P. LESTIENNE, *Droit des sociétés, la SARL luxembourgeoise, guide pratique*, éd. 2021, Luxembourg, Lëtztlaw academy, p. 172.

La position tenue par nos voisins français peut nous éclairer sur la réponse à apporter. En France où le législateur n'a pas légiféré non plus sur cette question, la doctrine semble unanime à reconnaître que le silence de la loi sur la possibilité pour une société à responsabilité limitée d'augmenter son capital social par libération par compensation de créances liquides, certaines et exigibles sur la société ne vaut pas interdiction pour elles de recourir à ce procédé⁴¹. D'ailleurs l'arrêt de la haute autorité française qui a reconnu la validité d'un tel procédé concernait une société à responsabilité limitée. Cependant, selon un auteur, en l'absence de texte, la compensation n'est pas de droit⁴². Par conséquent, elle devrait être autorisée soit par les statuts, soit au moins par l'assemblée ayant décidé l'augmentation de capital⁴³.

Ce même auteur exprime des réserves sur l'interprétation donnée par une partie de la doctrine fondée sur un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁴⁴, selon laquelle la libération des parts sociales d'une société à responsabilité limitée par compensation d'une créance à son encontre serait admise dès lors que les statuts ne l'excluaient pas expressément.

Dans le contexte luxembourgeois, où nous sommes d'avis que le pragmatisme doit prévaloir, nous ne pouvons que nous rallier à la position exprimée par cette partie de la doctrine.

Ainsi, à notre humble avis, l'augmentation du capital d'une société à responsabilité limitée par compensation de créances certaines, liquides et exigibles à son encontre devrait être acceptée sous réserve des conditions suivantes :

- 1) les statuts de la société ne doivent pas déroger expressément à ce mode de libération des parts sociales. Naturellement, il est certain que si les statuts le permettent explicitement cela constituerait un mieux ;
- 2) la résolution de l'assemblée générale approuvant l'augmentation de capital par compensation de créances doit explicitement mentionner que la libération se fait par la compensation de créances. Lorsque l'augmentation de capital se fait par le biais du capital autorisé, les gérants doivent mentionner, lors de la décision d'augmentation de capital, que la libération du capital se fera par compensation de créances⁴⁵. En présence de titres convertibles en capital, nous sommes également d'avis que la position la plus prudente serait que l'assemblée générale décidant de l'émission des titres ou, s'ils sont émis par le biais du capital

autorisé, la décision des dirigeants indique que la conversion se fera par compensation de la créance matérialisée par le titre convertible. Si tel n'était pas le cas, il faudrait que l'organe qui procéderait à la conversion le mentionne, à tout le moins ;

- 3) la décision d'augmentation de capital par compensation de créance ne doit pas être entachée de fraude ; et
- 4) la décision d'augmentation de capital par compensation de créance ne doit pas être contraire à l'intérêt social de la société.

Malgré le fait que notre étude se concentre sur le scénario d'une augmentation de capital, nous ne voyons aucune objection à ce que le même raisonnement ne soit pas étendu aux apports en capital sans émission de parts sociales (apports au compte 115)⁴⁶.

Maintenant que nous sommes convaincus que l'augmentation de capital par compensation de créances est possible dans une société à responsabilité limitée, et que nous avons posé les premiers jalons des possibles conditions de son application aux sociétés à responsabilité limitée, il nous semble important de nous atteler à l'examen du régime de l'opération et, plus particulièrement, les conditions de la compensation.

IV. Conditions et régime de la compensation

Avant d'examiner le régime de la compensation, nous sommes d'avis qu'un bref rappel historique de la notion de compensation s'impose également ici. La compensation trouve ses origines à l'apogée de l'Empire romain, au 2^e siècle après Jésus-Christ sous le règne de l'empereur Marc Aurèle qui lui a octroyé une interprétation restrictive. Ce n'est que sous le règne de l'empereur Justinien que la compensation s'est rapprochée de la compensation telle que nous la connaissons aujourd'hui en exigeant des créances liquides et en introduisant le caractère *ipso jure* de la compensation⁴⁷.

Désormais, la compensation est régie par les articles 1289 à 1299 du Code civil. Lors de leur rédaction le législateur s'est inspiré du droit belge et du droit français. Il en résulte que le régime de la compensation en droit luxembourgeois présente de nombreuses similitudes avec ces derniers, lesquelles seront une source d'inspiration pour interpréter et étayer certains concepts avancés en matière de compensation.

41. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 457.

42. R. MORTIER, *ibid.*, p. 458.

43. Cass. fr. (com.), 7 février 1972, *Rev. Sociétés*, 1973, p. 297.

44. Aix-en-Provence, 9 avril 1992, *Revue droit des sociétés*, 1992, p. 382, obs. Y. GUYON.

45. Sous réserve que la délégation donnée par l'assemblée aux gérants dans le cadre du capital autorisé n'écarte pas explicitement ce mode de libération.

46. L'apport au compte 115 est une catégorie d'apport pour lequel aucun titre n'est émis en considération de cet apport et qui est communément appelé apport au compte 115 en raison de la numérotation dans le plan comptable de la réserve à laquelle est alloué cet apport. Cette catégorie d'apport est issue de la pratique ne fait l'objet d'aucune disposition législative ou réglementaire.

47. C. APPLETON, « Histoire de la compensation en droit romain », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 19, 1895, p. 478 à 521.

La compensation n'a pas de définition universelle. Toutefois, elle pourrait être définie comme un mode d'extinction simultané de deux obligations de même nature existantes entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, l'extinction se fait à concurrence de l'obligation la plus faible⁴⁸.

Cette définition démontre que la compensation réalise une double fonction⁴⁹. Tout d'abord, elle a un rôle simplificateur car elle satisfait les deux parties à l'instar d'un paiement mais en l'absence de tout transfert de monnaie. Elle permet d'éteindre deux obligations par une seule action. Ensuite, elle est également considérée comme une garantie, assurant aux créanciers le paiement de leurs créances, sauf dans les cas prévus par la loi.

On distingue trois types de compensation, la compensation légale, la compensation conventionnelle et la compensation judiciaire.

En l'absence de dispositions spécifiques concernant l'augmentation de capital par compensation dans les sociétés à responsabilité limitée, les règles de droit commun devraient pouvoir être appliquées. Il convient donc d'examiner si les trois types de compensation ont vocation à s'appliquer.

a) La compensation légale

L'article 420-23 (5) de la Loi de 1915 qui consacre le principe de l'apport d'une créance par compensation pour les sociétés anonymes pose comme condition que les créances doivent être certaines, liquides et exigibles, reprenant ainsi les règles de la compensation légale telles que définies par l'article 1291 du Code civil⁵⁰. Il nous semble donc incontestable que les principes de la compensation légale s'appliquent dans le cas de la libération d'apports de créances dans une société à responsabilité limitée.

La compensation légale se définit comme celle qui s'opère de plein droit lorsque les créances sont réciproques, fongibles, certaines, liquides, exigibles et saisissables. Nous allons essayer de passer en revue chacune de ces conditions afin de comprendre leur possible application dans le cas d'une augmentation de capital par compensation.

Créances réciproques – La première condition veut que les créances soient réciproques. Ainsi, chaque partie impliquée dans le processus de compensation doit être à la fois créancière et débitrice de l'autre⁵¹. Cette condition de réciprocité est une condition *sine qua non* à laquelle les parties ne peuvent déroger⁵². Dans le cas d'une augmentation de capital par compensation de créances, cette condition ne pose pas de difficultés particulières dans la mesure où le souscripteur disposerait d'une créance sur la société et que la société disposerait d'une créance sur le souscripteur en raison de son obligation de libération. En conséquence, la compensation est dès lors exclue dans l'hypothèse où le créancier détient une créance non pas contre la société mais contre une partie tierce telle que par exemple la filiale de cette société. Dans ce cas, les parties devront alors considérer de faire un apport de la créance en choisissant la voie de l'apport en nature de cette dernière.

Créances fongibles – La deuxième condition stipule que les créances doivent être fongibles. On considère que les créances sont fongibles lorsqu'elles sont identiques entre elles et peuvent être substituées par d'autres créances du même type sans qu'il y ait une différence significative. Les créances impliquant des sommes d'argent sont un exemple typique de créances fongibles. Généralement, cette condition ne présente pas de défis majeurs car les créances soumises à la compensation lors de la libération d'un apport consistent pratiquement toujours en des sommes d'argent⁵³. Dans la pratique, il est fréquent que la créance soit libellée dans une devise qui diffère de celle utilisée pour le capital de la société. Étant donné que l'argent est convertible en toute forme de bien, le fait que les montants en argent soient exprimés dans diverses devises monétaires n'a pas d'impact sur leur nature fongible. À ce titre, un auteur qualifie les devises monétaires comme absolument fongibles⁵⁴. Néanmoins, cela n'a pas toujours été le cas. En 1923, une décision de la Cour supérieure de justice qualifiait la monnaie étrangère de bien marchand⁵⁵. Dans cette décision, la Cour considérait que les devises étrangères ne répondaient pas aux critères de fongibilité, ce qui rendait toute compensation entre la monnaie luxembourgeoise et les devises étrangères impossible. Cependant, sans doute motivée par des considérations pratiques, la Cour a révisé sa décision en 1963 en affirmant que deux dettes libellées dans des devises différentes sont fongibles, car la monnaie

48. F. TERRÉ, *et al.*, *Droit civil, les obligations*, 6^e éd., spéc. n° 1031.

49. P. Van OMMESLAGHE, *Traité des droits civils belge*, t. II : *Les obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2236 ; R. MORTIER, *op. cit.*, p. 454 ; P. ANCEL, *op. cit.*, p. 883.

50. Art. 1291 C. civ., dispose que « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».

51. I. SÉRANDOUR, « La réciprocité dans la compensation », *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Hovasse*, Fr.-X. LUCAS, R. MORTIER et H. SYNNET (dir.), Paris, LexisNexis, 2016, p. 571.

52. I. SÉRANDOUR, *ibid.*, p. 571.

53. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 460.

54. N. LECLERC, « L'argent n'a pas d'odeur », *R.J.T.*, 51, 1895, p. 72 et 73.

55. G. BADEN et G. RAVARANI, « La compensation de titres : quelques aspects juridiques », *Bulletin Droit & Banque*, n° 22, 1994, p. 6 ; CA Luxembourg, 1 mars 1923, n° PAS.L.11.134.

étrangère peut, à l'aide d'un cours quotidien, être assimilée aux denrées tel que prévu par l'article 1291 du Code civil⁵⁶.

Créances certaines – La troisième condition requiert que les créances soient certaines. Ainsi, toute créance affectée d'une condition ou litigieuse serait a priori hors du champ de la compensation⁵⁷.

La condition, à la différence du terme qui se rapporte à un événement futur mais certain, se rapporte à un événement futur mais incertain. La créance assortie d'une condition est donc une créance qui verrait sa naissance ou son extinction dépendre de la survenance d'un événement futur et incertain⁵⁸.

On peut identifier deux catégories de créances conditionnelles. D'un côté, il y a la créance à condition suspensive, dont la naissance dépend de la réalisation d'un élément futur et incertain, ou d'un événement qui s'est produit mais dont les parties n'ont pas encore pris connaissance⁵⁹. De l'autre côté, il y a la créance à condition résolutoire, dont l'existence s'éteindrait au contraire avec la réalisation de cet élément futur et incertain.

Il est incontestable qu'une créance soumise à une condition suspensive ne puisse faire l'objet d'une compensation, puisque cette dernière n'existe pas encore à ce stade. En revanche, la créance assortie d'une condition résolutoire mérite que l'on s'y attarde un instant.

La créance affectée d'une condition résolutoire est une créance qui existe mais qui peut voir son existence terminée par la survenance de la condition⁶⁰. L'obligation en soi n'est pas conditionnelle mais c'est sa résolution qui l'est⁶¹. Si la créance existe et produit ses effets de plein droit, ne serait-il pas alors possible de la compenser ? Cette interrogation devient d'autant plus pertinente étant donné qu'il est accepté que les parties puissent renoncer à l'effet rétroactif de la condition⁶². Cela impliquerait que même dans le scénario hypothétique où la condition se réaliserait après la compensation, l'obligation demeurerait toujours existante avant la réalisation de cette condition du fait de la non-rétroactivité. Ainsi, pourquoi ne pourrions-nous pas admettre que la compensation est possible, étant donné que l'exigence de l'existence de la créance serait toujours satisfaite au moment de la compensation peu importe que la condition se réalise

ou pas ? Bien que la réponse à cette question devrait s'avérer négative, nous croyons que la question reste ouverte et appelle à la réflexion.

Une créance litigieuse est une créance qui se trouve contestée de manière sérieuse dans son existence, montant ou mode de paiement⁶³. Une contestation est considérée comme sérieuse lorsque les éléments qui la soutiennent sont crédibles, substantiels et légitimes, exigeant ainsi une enquête ou une évaluation approfondie pour déterminer leur véracité. Aussi, une contestation ne serait pas qualifiée de sérieuse si le juge de première instance peut trancher, sans recourir à une mesure d'instruction⁶⁴.

Créances liquides – La quatrième condition pour la compensation est celle de la liquidité des créances. Une créance est considérée comme liquide lorsque son montant est déterminé ou facilement évaluable. Par exemple, une créance ne sera pas qualifiée de liquide si son montant dépend d'une sentence arbitrale future ou d'un système de calcul de prix qui n'a pas encore été choisi par le créancier⁶⁵. Une implication pratique de la condition de liquidité est que lorsqu'une créance est exprimée dans une devise différente de celle du capital social de la société, il est nécessaire de la convertir dans la devise du capital social en utilisant le taux de change convenu entre les parties⁶⁶. La première question qui s'ensuit est celle de savoir quel serait le taux de change à appliquer. Doit-on utiliser le taux de change au jour de la conversion, ou les parties peuvent-elles choisir un taux antérieur ? Jusqu'à quelle date peut-on remonter dans ce cas ? Aucun texte n'aborde cette question. À notre avis, la liberté des parties prévaut, et il n'y a aucune objection à ce que le créancier et la société décident d'un taux de change antérieur à la conversion. En pratique, il semble difficile d'utiliser le taux de change du jour de la conversion en raison des contraintes liées à la préparation de la documentation qui peut s'avérer être conséquente. Nous sommes également d'avis qu'aucune limite temporelle stricte ne s'applique. Cependant, une approche raisonnable est recommandée. Opter pour un taux de change antérieur de 2 ou 3 jours à la conversion semble être la meilleure solution. Si des raisons commerciales ou pratiques rendent cela impossible, il serait conseillé de ne pas dépasser un délai de deux à trois semaines, à condition que la devise en question ne soit pas sujette à des fluctuations trop significatives afin d'éviter les problèmes de capital fictif.

56. CA. (Lux.), 1^{er} octobre 1963, n° PAS.L.19.209 ; P. Van OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 2244 et 2245.

57. R. Mortier, *op. cit.*, p. 460.

58. O. POELMANS, *op. cit.*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 389.

59. Art. 1181 C. civ., qui dispose « L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. [...] ».

60. Art. 1183 C. civ., dispose que « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. [...] ».

61. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 405.

62. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 653.

63. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 460 ; J. RAUJMAKERS, « La compensation, une sûreté cachée », *ACE*, 2009, p. 3 ; J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 939 ; Trib. arr. (Lux.), 14 janvier 1972, n° L.22.306.

64. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 669 ; CA Luxembourg, 5 mai 2004, D.A.O.R., n° 74, p. 126.

65. O. POELMANS, *ibid.*, p. 670 ; P. Van OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 2247.

66. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 460.

Créances exigibles – La cinquième condition requiert que les créances doivent être exigibles. Dans une approche civiliste, l'analyse de l'exigibilité de la créance revient à analyser si la créance est affectée d'un terme en l'occurrence un terme suspensif. En effet, tant que le terme n'est pas échu, le créancier ne pourra pas exiger de son débiteur l'exécution de son obligation. Or, les créances doivent être échues le jour où le souscripteur libère ses parts sociales⁶⁷.

La condition d'exigibilité en matière d'augmentation de capital par compensation est selon nous celle qui pose le plus de problèmes. Cette condition fait souvent défaut à la créance détenue par le créancier à l'encontre de la société⁶⁸. La créance de la société vis-à-vis du créancier résultant de l'obligation de ce dernier de libérer son apport ne pose elle aucun problème puisque son exigibilité est requise *de facto* pour la réalisation de l'augmentation de créance.

Il est nécessaire d'examiner avec attention les termes et conditions du contrat⁶⁹ à l'origine de la créance pour déterminer s'il existe contractuellement une possibilité pour le créancier de requérir le paiement anticipé de sa créance ou inversement pour le débiteur d'effectuer un paiement anticipé de sa dette avant l'arrivée du terme. En l'absence d'un mécanisme de prépaiement contractuel ou en dehors du cadre d'une déchéance conventionnelle ou légale, il faudra rechercher s'il est possible pour les parties de renoncer au terme. En vertu de l'article 1187 du Code civil le terme étant stipulé au bénéfice du débiteur, seul ce dernier pourrait alors y renoncer. Toutefois, la présomption posée par l'article 1187 du Code civil n'est pas une présomption irréfragable et peut donc « être renversée soit par une clause contraire expresse reprise dans la convention, soit par la preuve que le terme profite au créancier, ou aux deux parties, soit par une stipulation légale.⁷⁰ ». Le consentement alors de la ou des personnes en faveur de qui le terme a été établi sera requis.

En conséquence, dans une hypothèse classique la renonciation ne pourrait donc normalement venir que

de la société. Il sera tout de même nécessaire de s'assurer que la renonciation de la société ne porte pas préjudice à l'intérêt social de la société et ne porte pas non plus préjudice à l'intérêt des actionnaires⁷¹. Toutefois s'il s'avère, à la lecture des termes et conditions, que le terme est établi en faveur du souscripteur, c'est ce dernier qui devra renoncer au terme. Si le terme est en faveur des deux parties leur accord mutuel sera requis. Pour éviter tout risque ou discussion, une bonne pratique consisterait tout simplement en toute occasion d'établir un contrat entre les parties par lequel ceux-ci renoncent mutuellement au bénéfice du terme.

Créances saisissables – Un dernier point d'attention est qu'il convient de remarquer que toutes les créances ne peuvent pas faire l'objet de compensation. Cette condition rarement évoquée dans la documentation résulte de l'application de l'article 1293 du Code civil qui désigne trois types de créances insaisissables⁷² à savoir les créances liées à la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, à la demande en restitution d'un dépôt et du prêt d'usage et à une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

Dans le cadre spécifique qui nous préoccupe, cette interdiction concernerait donc les créances de salaire qu'un salarié pourrait avoir à l'encontre de la société. Néanmoins cette insaisissabilité ne fonctionne que dans un sens, seul le titulaire de la créance, le salarié en l'occurrence, peut invoquer la compensation⁷³. En effet, la collecte effective par le salarié de son salaire peut se révéler vitale pour les besoins de sa vie quotidienne et il est donc le seul à pouvoir apprécier si oui ou non une compensation est possible.

Une fois que toutes les conditions requises pour la compensation sont satisfaites, conformément à la règle prévue par l'article 1290 du Code civil, la compensation a lieu de plein droit⁷⁴. Mais que sous-entend véritablement ce principe ? Pourrions-nous envisager que la compensation se ferait sans le consentement du créancier ? En d'autres termes, le créancier pourrait-il

67. R. MORTIER, *ibid.*, p. 460.

68. En France la question de l'exigibilité se pose souvent dans le cadre d'une augmentation de capital par compensation d'une créance en compte courant. Un compte courant regroupe en un seul compte toutes les dettes et créances réciproques entre les parties. Il peut devenir exigible lorsqu'une des parties clôture le compte ou, à la fin du terme prévu par la convention de compte courant. Toutefois cette hypothèse ne fait pas l'unanimité. D'un côté, certains auteurs considèrent que le compte courant d'actionnaires n'est pas un vrai compte courant et dès lors les créances seraient immédiatement exigibles. De l'autre côté, même si cette théorie nous paraît improbable une doctrine minoritaire considère que la libération de l'apport se fait dans le compte courant même. Voir, H. CULLOT, *op. cit.*, p. 96 et 97 ; R. MORTIER, *op. cit.*, p. 460 ; P. ANCEL, *op. cit.*, p. 890 et 891. Dans nos contrées, le mécanisme du compte courant étant moins usité, l'intérêt de la question est beaucoup moindre et ne fait pas souvent l'objet de développements particuliers.

69. Même si le contrat qui est la cause de la créance est souvent un contrat de crédit, la créance peut trouver son origine dans d'autres types de contrats tels que par exemple, un contrat de prestation, un contrat de fournisseur ou un contrat de vente. Ce dernier cas se retrouve souvent dans les opérations de capital investissement ou les vendeurs décident de réinvestir dans

la structure nouvellement cédée avec le nouvel acquéreur. Pour se faire, une partie du prix de vente reste impayé souvent sous la forme de *vendor loan note*. La créance matérialisée par ce *vendor loan note* sera ensuite apportée au sein de la société d'acquisition (Bidco) de l'acquéreur contre l'émission de nouvelles parts sociales.

70. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 381.

71. La haute cour française au sujet d'une créance obligataire s'est montré favorable à la renonciation par la société en considérant qu'une telle renonciation était licite et n'était pas contraire à l'intérêt social de la société car elle permettait de décharger la société du paiement de l'emprunt et des intérêts qui y sont attachés dans des conditions favorables et en conséquence elle ne portait pas atteinte à l'intérêt des actionnaires. Voir, Cass. fr. (com.), 17 mai 1994, *Revue droit des sociétés*, 1994, commentaire 142, obs. H. LE NABASQUE.

72. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 890 et 891.

73. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 892.

74. Art. 1290 C. civ., dispose que « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ».

devenir associé d'une société ou voir sa participation dans celle-ci augmenter sans son accord ?

Considérons l'hypothèse suivante : une société à responsabilité limitée compte quatre associés, à savoir A, B, C et D. Leurs parts respectives dans le capital social sont de 50 %, 25 %, 15 % et 10 %. La société est débitrice envers ses associés pour une somme totale de 100 EUR, répartie proportionnellement à leurs parts dans la société. Afin d'assainir la situation financière de la société, les associés souhaitent procéder à une augmentation de capital de la société par compensation de leurs créances respectives. Ces créances dépourvues d'un terme, sont exigibles immédiatement. Les associés A, B et C sont favorables à cette augmentation du capital par compensation, tandis que l'associé D s'y oppose fermement. Le conseil de gérance de la société décide de convoquer une assemblée générale des associés, à l'ordre du jour de laquelle figure l'augmentation du capital social par compensation des créances détenues par l'ensemble des associés. Lors de cette assemblée générale, les associés A, B et C, qui détiennent collectivement 90 % du capital social, votent en faveur de la résolution. Étant donné que ces associés dépassent le seuil de 75 % du capital social requis conformément à l'article 710-26 de la Loi de 1915, la résolution est légalement adoptée. Cela signifie que, malgré l'opposition de l'associé D, sa créance serait convertie en capital par compensation, puisque toutes les conditions nécessaires ont été remplies.

Nous ne pensons pas que cela puisse être possible pour les raisons suivantes :

Le caractère automatique du principe posé par l'article 1290 du Code civil n'a pas une portée aussi absolue que le texte lui prêterait. Le caractère automatique de la compensation proviendrait d'une mauvaise interprétation d'un texte des *Institutes* de Justinien⁷⁵. Initialement pensée, la compensation ne pouvait être faite qu'au titre d'une exception au dol. Par la suite, la compensation a pu être invoquée en tout état de cause *ipso jure* et plus seulement à titre d'exception. Malheureusement, l'expression a été traduite dans le Code civil comme étant de « plein droit ». Cet argument du caractère non automatique de la compensation est conforté par le fait que premièrement il est possible aux parties de renoncer à la compensation et deuxièmement la compensation doit-être invoquée par l'une des parties et ne peut être soulevée d'office par le juge⁷⁶.

Ensuite, cette approche se heurte au principe de la volonté individuelle. La décision de constituer une société et en conséquence d'en devenir associé est

marquée par un élément intentionnel. L'associé doit montrer une volonté de s'associer. Même si cette question est débattue, il faut un certain degré d'*affectio societatis*. Il pourrait alors être rétorqué que cet argument prévaut pour le créancier qui n'est pas encore associé mais pourrait être rejeté pour le créancier qui est déjà associé. Là encore, nous pensons que la règle de la majorité au sein des assemblées s'efface devant la notion d'apport. Comme indiqué précédemment, un apport comporte deux éléments : la souscription et la libération. La compensation ne concerne que la libération de l'apport. Préalablement, il faut la volonté de l'associé de souscrire au capital, en d'autres termes, de s'obliger à faire un apport en numéraire selon la qualification retenue pour un apport d'une créance par compensation. En dehors d'un texte légal la volonté individuelle prime et même si ce point est à l'ordre du jour, la volonté des autres parties ne pourrait pas créer pour une partie une obligation sans son consentement. Enfin, le principe qui interdit d'augmenter l'engagement d'un associé sans son consentement semble poser le point final à un argumentaire qui empêcherait l'associé de se voir imposer une compensation contre son gré. Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons évoquée précédemment nous avons deux options pour résoudre ce problème : soit l'augmentation du capital nécessiterait l'unanimité et serait donc rejetée, soit l'augmentation du capital serait mise en œuvre uniquement jusqu'à concurrence du montant des créances des associés qui ont manifesté leur volonté de participer, à savoir A, B et C.

b) La compensation conventionnelle

La compensation conventionnelle pourrait se définir comme l'opération par laquelle deux personnes qui seraient réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre décideraient mutuellement, en appliquant le principe de la libre volonté des parties, de se libérer de leurs obligations respectives par compensation alors que l'une des conditions de la compensation légale ferait défaut.

La renonciation mutuelle par les parties au bénéfice du terme évoqué ci-dessus s'apparente dans les faits à une compensation conventionnelle. Les parties décident de déroger contractuellement à une des conditions de la compensation légale.

Il n'y a rien qui semble interdire la compensation conventionnelle, et cette idée semble recevoir le soutien de la doctrine⁷⁷. Cependant, la seule restriction réside dans le fait que cette compensation

75. F. TERRÉ, *op. cit.*, spéc. n° 1309.

76. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 886.

77. Voir, « la compensation conventionnelle est possible mais on en [...] », H. CULLOT, *op. cit.*, p. 95 ; « Lorsque la compensation légale ne peut pas s'opérer faute de liquidité d'une des créances, la compensation conventionnelle peut être réalisée », H. HELLINCKX, *op. cit.*, p. 32 ; « Par exemple une créance de compte courant d'associé ne peut être compensée avec une dette

de libération d'apport en numéraire si la convention de compte courant oblige l'associé à maintenir son prêt pendant une durée non écoulée », R. MORTIER, *op. cit.*, p. 460 ; « Il est possible de compenser la dette d'apport avec une créance obligatoire à cette fin, le cas échéant conclure une convention d'exigibilité anticipée de la créance obligatoire pour la rendre compensable », *Droit des sociétés*, 1993, n° 57, obs. H. Le Nabasque.

conventionnelle ne peut entraver les droits acquis par des tiers, en vertu de l'article 1298 du Code civil.

Une fois la possibilité d'une compensation conventionnelle reconnue, la première question qui surgit naturellement est de déterminer quelles conditions de la compensation pourraient être dérogees par les parties. Nous allons explorer les options de dérogation ouvertes du point de vue de la créance détenue par le créancier envers la société. Nous estimons que la créance de la société envers le créancier en raison de l'apport ne crée pas de difficultés particulières et ne devrait donc pas requérir une dérogation dans le cadre d'une compensation conventionnelle.

Commençons par aborder les conditions auxquelles il serait possible de déroger sans susciter de contestation. Comme mentionné précédemment, il est possible de déroger à l'exigibilité. Les parties peuvent convenir mutuellement de renoncer au bénéfice du terme. La condition de liquidité semble également ne pas poser de difficultés, car la société et le créancier peuvent s'entendre sur un montant pour la créance que ce dernier détient envers la société si celui-ci fait défaut. De même, il nous semble que déroger au caractère insaisissable ne devrait pas non plus poser de problème, sauf disposition d'ordre public. En effet, les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions d'ordre public de manière conventionnelle.

Les premières difficultés apparaissent lorsqu'on aborde la condition liée au caractère certain de la créance. Serait-il possible pour les parties de rendre certaine une créance qui serait litigieuse ou assortie d'une condition ? En ce qui concerne la créance assortie d'une condition, la réponse est affirmative, car les parties ont la possibilité de renoncer à cette condition, étant donné qu'elle ne relève pas de l'ordre public. Pareillement, si la créance est sérieusement contestée, la réponse devrait demeurer positive. Cependant, dans ce dernier cas, l'intérêt social de la société pourrait représenter un obstacle significatif.

La condition de réciprocité semble initialement échapper à la discussion. Le caractère réciproque des créances représente une condition *sine qua non* qui semble propre à la nature de l'opération d'augmentation de capital par compensation. Cependant, il est peut-être envisageable d'examiner si une compensation tripartite pourrait être viable dans notre situation.

La compensation tripartite a été reconnue valide sous réserve qu'elle soit actée dans une convention⁷⁸. Pour que la compensation tripartite puisse être mise en œuvre, il faut que les parties aient des créances à faire

valoir entre elles. Si nous considérons trois parties nommées A, B et C, dans ce scénario, A doit détenir une créance contre B, B doit détenir une créance contre C, et C doit détenir une créance contre A. Afin d'éviter que de l'argent circule entre les parties, celles-ci décident de procéder à une compensation, éteignant ainsi leurs obligations de paiement respectives. Dans le cadre d'une augmentation de capital par compensation, nous pourrions imaginer la situation suivante. A (la société) aurait une créance contre sa société mère B (le créancier) en lien avec la libération de l'apport. B aurait une créance contre C (la filiale de la société) en raison d'un prêt octroyé en tant que société mère à sa filiale indirecte. Enfin, C aurait une créance contre A, par exemple en raison d'un *upstream loan* contracté lors d'une remontée d'argent.

Nous sommes d'avis que dans cette hypothèse, il serait tout à fait envisageable, en se basant sur une convention conclue entre les parties, de réaliser une augmentation de capital par compensation, ce qui éteindrait simultanément leurs obligations mutuelles. Le risque de capital fictif ne devrait pas pouvoir être invoqué car l'augmentation de capital correspondrait à l'extinction, pour le même montant, de la dette de la société envers sa filiale.

Enfin, serait-il possible de déroger au caractère fongible de la créance ? Une fois de plus, en principe, rien ne semble s'y opposer. Il serait envisageable de rendre fongible des créances de nature différente. Cependant, dans le contexte d'une augmentation de capital, il est difficile d'imaginer comment cette dérogation pourrait être mise en œuvre. Ne risquerions-nous pas alors de tomber simplement dans le cas d'une augmentation de capital par apport en nature ?

c) La compensation judiciaire

La compensation judiciaire est la compensation prononcée par un juge lorsqu'à la suite d'un jugement, toutes les conditions de la compensation qui n'étaient pas alors satisfaites se retrouvent remplies⁷⁹. Le domaine d'application de la compensation judiciaire se limite au cas d'une demande reconventionnelle. Ainsi, le juge statuera sur la demande principale et par la suite sur la demande reconventionnelle qui va permettre la compensation⁸⁰.

Le juge exerce un certain contrôle sur le caractère exigible et certain de la créance. Cependant, son influence sur le caractère certain de la créance est limitée, car en cas de débat trop complexe, la partie défenderesse devra régler la créance et ensuite présenter une nouvelle demande pour revendiquer le montant qui lui est dû.

78. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 679.

79. P. Van OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 2278.

80. P. ANCEL, *op. cit.*, p. 896.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, en règle générale, un créancier ne devrait pas être en mesure de voir sa créance convertie en parts sociales contre sa volonté. Par conséquent, si une demande reconventionnelle de compensation émane de la société et qu'un jugement l'autorise, cela serait, selon nous, en contradiction avec le consentement individuel du créancier. Le juge agirait alors en remplacement du consentement du créancier. En revanche, si la demande reconventionnelle provient du créancier lui-même, et que toutes les conditions préalablement énoncées pour une compensation sont remplies, tout en tenant compte de l'approbation de l'augmentation de capital par la société, cela ne s'opposerait pas au consentement individuel du créancier. Dans ce cas, nous ne voyons aucune raison qui empêcherait une compensation judiciaire. Néanmoins, cette situation particulière, déjà située dans un cadre judiciaire, nous semble peu probable en réalité.

V. Impact de la situation de la société

La personne morale qu'est une société est en constante évolution, influencée par les fluctuations de la vie des affaires. Il devient évident que la situation juridique ou financière de la société peut avoir des répercussions sur la faisabilité d'une augmentation de capital par compensation d'une créance.

a) Augmentation de capital par compensation d'une créance et liquidation volontaire

Le marché luxembourgeois présente une particularité notable en ce sens qu'il compte de nombreuses sociétés holdings créées pour des investissements ou des fonctions spécifiques. Ces entités holding, couramment appelées *special purpose vehicles* (SPVs), sont délibérément liquidées par leurs associés une fois que l'investissement pour lequel elles ont été établies a été réalisé.

Ainsi, pour le praticien, il est courant de faire face à des liquidations volontaires dans sa pratique quotidienne. Le liquidateur, désigné par les associés pour mener à bien sa mission, peut ainsi se trouver dans la situation où il aurait besoin de fonds supplémentaires de la part des associés de la société en cours de liquidation pour pouvoir honorer les dettes existantes envers les créanciers. En conséquence, l'utilisation d'une augmentation de capital par compensation de créances pourrait se révéler un instrument efficace entre les mains du liquidateur, lui permettant de cette manière de régler le passif de la société et d'achever sa mission.

Serait-il donc possible dans ces circonstances de réaliser une augmentation de capital par compensation en cas d'ouverture de la liquidation volontaire ?

La liquidation volontaire pourrait être définie succinctement comme la procédure juridique qui permet de mettre fin aux activités d'une société, sans que celle-ci ne soit en situation d'insolvabilité, et de répartir son actif entre les créanciers et les associés.

Suite à l'ouverture de la liquidation, selon les termes de l'article 1100-1 (1) de la Loi de 1915, la société est réputée exister pour les besoins de sa liquidation. La personnalité juridique de la société se trouve réduite après l'ouverture de la liquidation de telle sorte que seuls les actes nécessaires aux besoins de la liquidation peuvent être réalisés au nom et pour le compte de la société. À cet égard, un auteur cite que seuls les actes indispensables à la liquidation sont valablement passés au nom et pour le compte de la société, celle-ci n'est dès lors pas engagée par les opérations qui sont sans rapport direct avec la liquidation⁸¹.

Dans ce cadre précis et limité, le liquidateur n'a d'autre fonction que celle d'exécuter les actes indispensables à la liquidation de la société. En somme, sa mission consiste à réaliser l'actif de la société, c'est-à-dire transformer le patrimoine en argent liquide, payer les créanciers et ensuite rembourser les apports aux associés⁸².

De même, pendant la liquidation, l'assemblée générale dispose des pouvoirs les plus étendus à condition que ces pouvoirs ne soient pas incompatibles avec l'état de liquidation⁸³.

Dans la pratique, il peut être extrêmement difficile de distinguer les actes qui sont compatibles avec l'état de liquidation et nécessaires aux fins de la liquidation, de ceux qui ne le sont pas.

De ce fait, une augmentation de capital peut-elle être considérée comme utile ou nécessaire aux fins de la liquidation, à plus forte raison s'il s'agit d'une augmentation de capital par compensation de créances ?

Nous tenterons de répondre à cette question en examinant aussi bien les aspects économiques que les aspects juridiques en jeu.

Sur un plan économique, il est vrai que la transformation de créances en parts sociales aurait l'avantage de permettre à la société, sans aucun versement de sommes d'argent à ses créanciers, d'apurer son passif et d'augmenter son capital⁸⁴ et ce, par un simple jeu d'écritures. Cependant, si cette opération était mise

81. A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 494.

82. C. DURO, M. GOEBEM et J. CHOUCROUN, *La société en poche Luxembourg*, 2021, p. 421.

83. G. HELLINCKX et E. ALVES, *op. cit.*, p. 13.

84. F.-X. LUCAS, *op. cit.*, p. 145 à 158.

en œuvre, elle pourrait, à notre avis, engendrer un déséquilibre économique à la fois entre les associés et les créanciers de la société. Même dans le scénario où tous les associés seraient sollicités pour participer à l'augmentation de capital en numéraire⁸⁵, seuls ceux qui détiennent des créances contre la société, ou ceux dont les créances répondent aux critères de la compensation légale, seraient en mesure de participer activement à cette opération. Il semble peu probable que les autres associés choisiraient d'injecter de nouvelles liquidités dans une société en liquidation. Cette opération permettrait aux associés participants non seulement de sécuriser le paiement effectif de leur créance lors du remboursement des apports, mais également d'accroître leur part dans un éventuel boni de liquidation. En ce qui concerne les créanciers dont les créances sont converties en parts sociales, cette conversion risque de nuire à leurs droits d'être remboursés en priorité par rapport aux associés de l'entreprise. En réalité, les chances pour les associés d'être remboursés deviennent minimales une fois que tous les créanciers ont été indemnisés.

Sur un plan juridique, lors du règlement des dettes de la société en liquidation, le liquidateur devra respecter une stricte égalité entre les créanciers chirographaires de la société entre lesquels il existe un concours⁸⁶. En effet, l'article 1100-8 de la Loi de 1915⁸⁷ garantit un traitement égal, de sorte que tous les créanciers ont un droit acquis à ce qu'un créancier isolé ne soit pas payé dans une proportion plus forte qu'eux-mêmes. Il en découle que la compensation est exclue dans le contexte de la liquidation, car elle favoriserait un créancier par rapport aux autres, créant ainsi une violation du principe d'égalité entre créanciers. Cette perception est renforcée par l'application de l'article 1298 du Code civil, qui exige que la compensation ne nuise pas aux droits acquis des tiers. Corollaire du principe d'égalité entre créanciers une partie de la doctrine rejette également la compensation sur le principe de la stricte égalité entre associés dans le cas particulier où un liquidateur sollicite, en vertu de l'article 1100-6 de la Loi de 1915⁸⁸, que les actionnaires d'une société anonyme libèrent la partie de leurs apports partiellement libérés⁸⁹. Cette situation ne s'applique évidemment pas aux sociétés à responsabilité limitée, étant donné que les parts sociales doivent être intégralement libérées. En revanche, elle met en évidence l'attachement de la doctrine à ne pas admettre la compensation lors de la liquidation en raison des atteintes au principe d'égalité des créanciers ou des associés.

Au vu de ce qui précède, nous partageons l'opinion exprimée par la doctrine selon laquelle il existe un concours entre les associés d'une société en liquidation et qu'il est impératif d'assurer un traitement équitable à ses créanciers. Toutefois, nous sommes d'avis que l'interdiction absolue de toute forme de compensation, que la doctrine estime découler de ce principe, est excessivement rigide et manque de pragmatisme. Par conséquent, nous estimons que la compensation serait envisageable, si le liquidateur l'estime opportun, dans les situations suivantes : (i) lorsque l'actif de la société est suffisant et que les projections de trésorerie indiquent que l'ensemble du passif pourra être payé aux échéances, de telle sorte qu'aucun créancier ne sera lésé ; ou (ii) dans le cadre de liquidations volontaires survenant dans le contexte de restructurations intra-groupe et/ou avec le consentement préalable de tous les associés et créanciers de la société en liquidation.

L'augmentation de capital dans le cadre de la liquidation de la société, y compris par le biais de compensation de créances, pourrait être envisagée si, en fonction des circonstances, le liquidateur juge que cette opération permet une gestion et une liquidation plus efficaces de la société.

Enfin, il convient de se rappeler que l'ouverture d'une liquidation n'empêche pas une société d'être déclarée en faillite, de sorte qu'il est possible que la compensation soit déclarée fictive, et donc nulle, si elle a lieu au cours de la période suspecte et si les conditions que nous étudierons ci-dessous sont remplies.

b) Augmentation de capital par compensation d'une créance et procédures collectives

Lorsque la société est déclarée en faillite, l'associé tenu de libérer une dette d'apport pourra être tenté d'invoquer la compensation avec une créance qu'il détient à l'encontre de la société lorsque les conditions de la compensation légale sont réunies. Cependant, l'ouverture de la faillite vient modifier la situation de l'apporteur et de la société bénéficiaire de l'apport de sorte que les règles du jeu de la compensation sont ajustées afin de se plier aux exigences de la faillite.

85. Nous rappelons ici que les associés ne disposent pas d'un droit préférentiel de souscription dans les sociétés à responsabilité limitée.

86. M. WUILLAUME, *Vademecum du liquidateur des sociétés et associations*, Bruxelles, Créadif, 1983, p. 113 et s.

87. Art. 1100-8 de la Loi de 1915 dispose que : « les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés et hypothécaires, payeront toutes les dettes de la société proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte. Ils pourront cependant, sous leur garantie personnelle, payer d'abord

les créances exigibles, si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante et sauf le droit des créanciers de recourir aux tribunaux ».

88. Art. 1100-6 de la Loi de 1915 dispose que « les liquidateurs peuvent exiger des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la société et que les liquidateurs jugent nécessaires au règlement de la liquidation ».

89. C. DURO, M. GOEBEL et J. CHOUKROUN, *op. cit.*, p. 427.

(i) L'augmentation de capital par compensation d'une créance avant l'ouverture de la faillite

L'ouverture de la faillite marque généralement la fin d'une longue période de difficultés financières endurées par la société. Pendant cette période préalable à la faillite, la société se trouve souvent dans une situation financière déficitaire. Dans ce contexte, se pose la question de savoir si la société peut libérer son capital par compensation des créances détenues à son encontre ?

Malgré l'existence de controverses, il semble acquis par la doctrine majoritaire et la jurisprudence française que rien ne s'opposerait à une augmentation de capital par compensation d'une créance par une société en situation déficitaire⁹⁰. Nous partageons cette position et estimons qu'elle devrait également être reconnue en droit luxembourgeois.

D'ailleurs, la jurisprudence constante admet qu'aucune compensation, ni légale, ni judiciaire, ni conventionnelle ne peut se produire même entre créances préexistantes, si elles ont manqué jusqu'à cette date d'une des trois qualités de liquidité, d'exigibilité et de fongibilité⁹¹ et que la compensation légale ou conventionnelle reste dès lors possible en cas de faillite si les deux dettes étaient certaines, liquides et exigibles avant le jugement déclaratif de faillite⁹².

De manière implicite, cette jurisprudence laisse entendre que l'état déficitaire de la société qui pourrait exister avant l'ouverture de la faillite ne semble pas être un élément considéré par les juges pour apprécier la validité de la compensation.

Toutefois, l'opération risque de tomber sous le coup des nullités de la période suspecte. Les règles des nullités de la période suspecte prennent leur source principalement dans l'article 445 du Code de commerce. Selon cet article, « *Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : [...]*

Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ; [...] »⁹³.

Cette manière d'aborder les choses est en somme toute logique. Durant cette période, le débiteur dispose d'une information privilégiée quant à sa situation de

cessation des paiements, il est fondamental de l'empêcher de porter atteinte aux droits des tiers, et notamment des créanciers chirographaires qui, généralement ignorants de la situation du débiteur, s'exposent au risque de voir l'assiette de leur gage s'évaporer. C'est pourquoi le droit des faillites, depuis l'ancien droit, prévoit que les actes accomplis par le débiteur entre la date à laquelle il a cessé ses paiements et celle à laquelle la procédure a été ouverte à son encontre sont présumés frauduleux, d'où l'expression de période suspecte⁹⁴.

Il convient de remarquer que ce n'est pas l'augmentation de capital elle-même qui pourrait être frappée de nullité, mais plutôt la libération par compensation. Le risque serait alors que le créancier souscripteur se voit contraint de verser en numéraire le montant de l'augmentation de capital. Dans le cas où la société serait déclarée en faillite entre-temps, le créancier serait alors tenu de déclarer sa créance conformément à l'article 466 du Code de commerce.

Cependant, une nuance devrait être apportée à notre sens. La compensation légale est reconnue comme un mode normal de paiement et dès lors que toutes les conditions étaient réunies elle ne devrait pas être automatiquement frappée de nullité pendant la période suspecte sur le fondement de l'article 445 du Code de commerce. En effet, « *la compensation légale opère de plein droit à l'insu des parties et n'est pas un acte du débiteur qui pourra être annulé en application des articles 445 ou 446 du Code de commerce.* »⁹⁵.

Néanmoins, s'il s'avère que la compensation n'avait pour seul but que d'éteindre la dette réciproque, elle serait alors susceptible de tomber dans le champ des nullités de la période suspecte. La jurisprudence a ainsi affirmé qu'est inopposable à la masse des créanciers, la compensation légale qui résulterait d'une vente conclue en période suspecte et n'ayant d'autre but que d'éteindre la dette réciproque⁹⁶.

Une tentative d'analyse de cette jurisprudence amènerait à penser qu'en période suspecte, une compensation pourrait être frappée de nullité s'il apparaît que les parties ont volontairement créé artificiellement toutes les conditions requises pour permettre la compensation, dans le but de favoriser un créancier au détriment des autres créanciers. La notion de fraude aux droits des créanciers, telle qu'elle est énoncée à l'article 448 du Code de commerce, pourrait être regardée en quelque sorte comme le soubassement de cette jurisprudence, sans pour autant être nommément citée.

90. R. MORTIER, *op. cit.*, p. 462.

91. Cour d'appel, 2 mars 1923, Pas. 11, p. 135.

92. Trib. arr. (Lux.), 7 mars 2003, n° 77652; Trib. arr. (Lux.), 4 mai 2018, n° 188054.

93. Art. 445 C. comm.

94. M. RENAudeau, *De la compensation en matière de faillite : aspects de droit commun et de droit boursier*, Mémoire d'admission au Magistère juriste d'affaires – D. J. C. E., 2002-2003, p. 23.

95. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 674 à 676.

96. CA Luxembourg, 25 mai 2011, n° 36821.

Dans un contexte d'une opération d'augmentation de capital par compensation de créance, cette analyse pousserait à conclure que l'opération ne devrait pas être déclarée nulle s'il est démontré qu'elle a été réalisée dans un contexte global de restructuration du passif de la société et non pas au profit unique d'un créancier.

(ii) L'augmentation de capital par compensation d'une créance après l'ouverture de la faillite

Comme évoqué précédemment, la jurisprudence considère que toute compensation légale, judiciaire ou contractuelle dont les conditions sont réunies après l'ouverture de la faillite est proscrite car elle permettrait au créancier qui en a bénéficié d'échapper à la loi du concours du fait de sa fonction de double paiement abrégé⁹⁷.

Il est toutefois admis, par exception, que la compensation après l'ouverture de la faillite est possible entre dettes connexes qui trouvent leur cause dans un même contrat synallagmatique et cela même lorsque l'une des dettes est née après l'ouverture de la procédure collective.

En effet, la compensation après l'ouverture de la faillite reste permise entre dettes réciproques dérivant d'une même cause. Seraient ainsi compensables comme connexes, notamment deux dettes réciproques nées de la résolution du même contrat⁹⁸. La jurisprudence exprime donc l'idée simple selon laquelle deux créances réciproques unies par un lien d'interdépendance doivent pouvoir se compenser au détriment de l'égalité des créanciers antérieurs.

La notion de connexité est donc la clef de voûte de la compensation en matière de faillite. Cette notion de connexité pourrait se définir comme l'expression du lien juridique ou économique qui peut unir deux créances, lien dont la force permet la compensation au préjudice des droits des tiers, par exception à l'article 1298 du Code civil⁹⁹.

La jurisprudence en matière de connexité est abondante et les exemples de refus de la compensation sont nombreux. La jurisprudence a affirmé qu'il n'existait aucun lien de connexité entre une créance d'un associé constituée par le solde créditeur du compte courant ouvert à son nom dans les livres de la société et sa dette envers la société dérivant du contrat de société par lequel il s'est obligé à libérer son apport en numéraire¹⁰⁰. Il est difficile de se laisser convaincre que la créance de la société liée à la libération de l'apport et la créance du créancier résultent d'un même contrat. La première résulte du contrat de

société lui-même, avec toutes les particularités qu'il comporte, tandis que la seconde résulte d'un contrat lié à l'activité de la société en tant qu'entité.

Cependant, cette position ne semble pas être gravée dans le marbre, puisqu'un arrêt récent de la Cour de cassation est venu préciser que : « *même si généralement la libération du capital social et une créance en compte courant d'associé ne présente a priori pas de lien de connexité, il se trouve qu'en l'espèce, ces deux créances sont connexes* »¹⁰¹.

Au vu de ce qui précède, force est de constater qu'en l'état actuel du droit, en cas d'ouverture d'une procédure collective, une augmentation de capital par compensation de créances pourra difficilement être mise en œuvre au regard des règles régissant la compensation. Malgré la décision récente de la Cour de cassation¹⁰², qui à notre connaissance reste pour l'instant une décision isolée, l'interprétation donnée à la notion de connexité ne permet pas de la rattacher au cadre de la libération de l'apport en numéraire par compensation qui s'opère dans le cadre d'une augmentation de capital.

La loi tant attendue visant à moderniser les procédures collectives a été adoptée par le législateur luxembourgeois le 7 août 2023. Dans l'objectif de renforcer l'attrait du droit luxembourgeois dans le domaine des procédures de sauvegarde, la loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite (la **Loi de 2023**) a entre autres mis fin aux procédures existantes telles de gestion contrôlée, le concordat préventif de la faillite et le sursis de paiement, qui avaient rencontré peu de succès parmi les praticiens. Cette loi a également introduit de nouvelles procédures, notamment celles de l'accord amiable et de la réorganisation judiciaire.

Dans le cadre d'une procédure d'accord amiable instaurée par la Loi de 2023, les créanciers engagés dans une réorganisation pour sauver la société peuvent prendre la décision de convertir leurs créances en parts sociales par le biais d'une augmentation de capital par compensation de créances. Rien ne s'oppose à cette démarche dans la pratique. De plus, les préoccupations liées aux nullités durant la période suspecte sont évacuées, car si l'accord amiable est homologué par le tribunal, les articles 445, point 2° et 446 du Code de commerce ne sont pas applicables. Par conséquent, la sécurité juridique de l'opération d'augmentation de capital par compensation de créances s'en trouve renforcée.

À l'inverse, il ne ressort pas que dans le cadre d'une réorganisation judiciaire au sens de la Loi de 2023,

97. Trib. arr. (Lux.), 7 mars 2003, n° 77652.

98. Cass. (Lux.), 22 juin 2023, n° CAS-2022-00120.

99. M. RENAUDEAU, *op. cit.*, p. 42.

100. CA Luxembourg, 20 mars 2019, n° CAL-2017-00073.

101. Cass. (Lux.), 22 juin 2023, n° CAS-2022-00120.

102. Cass. (Lux.), *ibid.*

la solution puisse diverger aux règles existantes en matière de faillite. En effet, l'article 29 de la Loi de 2023 précise que : « *la compensation entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis n'est permise que si ces créances sont connexes* ». La notion de connexité reprend ici toute sa dimension.

VI. Aspects pratiques

Il nous paraît utile d'examiner d'un point de vue pratique comment réaliser l'opération d'augmentation de capital par compensation de créances.

L'augmentation de capital par compensation de créances doit respecter les règles applicables à toutes augmentations de capital tout en intégrant les spécificités exposées préalablement liées aux règles de la compensation.

Sauf dans l'hypothèse d'une augmentation de capital réalisée dans le cadre du capital autorisé, l'augmentation de capital par compensation de créances aboutira *in fine* à une modification des statuts, la tenue d'une assemblée générale extraordinaire devant un notaire luxembourgeois sera requise.

Conformément à l'article 710-26 de la Loi de 1915, la décision d'augmentation de capital devra être prise avec l'assentiment des associés représentant les trois quarts du capital social¹⁰³. Toutefois, comme souligné précédemment, en raison de la gravité de la nature de l'opération que comporte le changement d'état de créancier à associé de la société, le consentement du créancier sera nécessaire et ne pourra pas être élué.

Sur la base des développements précédents, l'élaboration d'une feuille de route circonscrivant les éléments préalables dignes de considération avant la tenue d'une assemblée générale décidant de l'augmentation de capital par compensation de créance nous paraît des plus judicieuses.

Avant toute considération, il est crucial de vérifier si les statuts de la société ne prévoient pas à tout hasard une interdiction expresse de procéder à une augmentation de capital par compensation de créance¹⁰⁴. Si tel était le cas, il serait alors requis de modifier les statuts préalablement afin de lever cette interdiction.

Dans un premier temps, il est important de comprendre et de connaître des circonstances de l'ensemble de

l'opération. Selon nous l'opération doit être justifiée d'un point de vue économique. En effet, une augmentation de capital par compensation de créance faite dans l'intérêt exclusif d'un ou plusieurs créanciers sans une réelle justification, brisant ainsi le principe d'égalité des créanciers ou en vue de commettre une fraude, a toutes les chances d'être contestée.

Dans un deuxième temps, il est nécessaire de vérifier si les conditions de la compensation sont remplies. Dans l'hypothèse où un contrat supportant la créance existe, un examen attentif des termes et conditions de celui-ci devra être réalisé. En présence d'un terme, il faudra déterminer s'il existe un mécanisme de paiement anticipé prévu au contrat ou éventuellement si nous sommes en face d'un cas de déchéance contractuelle ou légale. Si tel n'était pas le cas, alors il faudrait soit obtenir la renonciation de la partie qui bénéficie du terme, soit, comme précité, un accord mutuel des parties. De même, si une autre des conditions de la compensation légale venait à manquer, il faudrait voir s'il serait alors envisageable de conclure un accord entre les parties pour déroger à celle(s)-ci et donc mettre en place une compensation conventionnelle.

Ensuite une attention particulière devra également être prêtée au contenu du projet d'acte notarié en lui-même. À notre sens, la volonté des associés de réaliser l'augmentation de capital par une compensation de créance doit ressortir clairement de l'acte notarié. Nous conseillons qu'il soit expressément indiqué que l'augmentation de capital se fait par un apport en numéraire dont la libération se fera par la compensation d'une créance liquide, certaine et exigible. Si la créance ne remplit pas ces conditions, il conviendrait de mentionner dans le projet d'acte notarié que la libération de l'apport en numéraire se fait par compensation d'une créance sur la base d'un contrat conclu par les parties et d'indiquer les détails du contrat.

Le montant de la créance doit également être précisé dans l'acte, car il conditionne le montant de l'augmentation de capital. Si le montant de la créance est supérieur au montant de la valeur nominale, la différence pourra être mise en prime d'émission, si les parts sociales sont émises avec une prime d'émission. Autrement, il convient de mentionner, à propos de la partie de la créance qui excéderait le montant de la valeur nominale de l'augmentation de capital et éventuellement la prime d'émission attachée, que le créancier continuera à détenir contre la société une créance pour ce montant.

103. Art. 710-26, al. 1, de la Loi de 1915 dispose que : « Sauf dispositions contraires des statuts, les associés représentant les trois quarts du capital social peuvent modifier les statuts dans toutes les dispositions. Néanmoins, l'augmentation des engagements des associés ne peut être décidée qu'avec l'accord unanime des associés ». Une partie de la doctrine considère que cet article devrait être lu en conjonction avec l'article 710-19 de la Loi de 1915 et impose donc une double lecture. En conséquence, il faudrait voir en cet article l'exigence pour la tenue d'une assemblée générale extraordinaire d'un quorum requérant la présence d'associés représentant

au moins les trois quarts du capital social. Les décisions seraient alors prises à la majorité des trois quarts des votes émis par les associés présents ou représentés. Voir, J. GRAAS et V. HINN, « Le casse-tête des règles relatives à la prise de décisions par les associés dans une SARL », *Revue Pratique Droit des Affaires*, n° 1, 2018, p. 84 à 89. Néanmoins, nous sommes partisans d'une lecture littérale de cet article. Voir, P. LESTIENNE, *op. cit.*, p. 57.

104. Les statuts des sociétés luxembourgeoises en pratique ne comportent pas une telle mention. Cependant, nous sommes d'avis que ce point doit quand même être vérifié.

Si le montant de la créance est libellé dans une devise différente de la devise du capital social, il faudra mentionner le taux de change convenu par les parties dans l'acte notarié.

Il est également recommandé que les documents devant être apportés au notaire comme preuve de la matérialité de la créance devront être convenus avec ce dernier au préalable. Toutefois, le contrat initial ou document à l'origine de la créance ou à défaut de ce document, des comptes intérimaires récents de la société datés et signés par les gérants autorisés de la société, dans lesquels apparaît la créance, nous paraissent être des pièces indispensables à fournir au notaire. Si des comptes intérimaires récents ne peuvent pas être fournis, une déclaration du ou des gérants devra accompagner les derniers comptes disponibles, certifiant que la situation de la société n'a pas changé depuis la date de ceux-ci.

En cas d'augmentation de capital par compensation de créance dans le cadre du capital autorisé, les mêmes principes devraient s'appliquer. La seule différence notable est que l'augmentation de capital étant décidée par le gérant ou le conseil de gérance, en cas de pluralité de gérants, il sera nécessaire de reproduire dans le procès-verbal du gérant ou du conseil de gérance approuvant l'augmentation de capital les mêmes informations que l'on retrouve dans le projet d'acte notarié d'une assemblée générale tel que discuté au préalable. De même, de notre point de vue, ces informations devront également être reportées dans le constat d'acte notarié actant l'augmentation de capital. La situation ne devrait pas être différente en cas d'apport en compte 115. Le procès-verbal de l'assemblée générale tenue sous seing privé, approuvant l'apport sans émission de nouvelles parts sociales, devra apporter les mêmes précisions.

Enfin, si l'augmentation de capital est en relation avec la conversion d'une obligation convertible ou un titre similaire donnant accès au capital, il serait opportun de vérifier en première instance que toutes les conditions liées à la demande en conversion sont observées. Ensuite, il faudra en fonction de la parité de conversion, fixée dans les termes et conditions, déterminer le montant de l'augmentation de capital dans la société. L'émission de titres convertibles en capital devant, à notre sens, être faite dans les mêmes conditions que l'émission de parts sociales, la tenue d'une nouvelle assemblée générale de la société n'est pas nécessaire pour acter de la conversion. La conversion devrait être actée par une décision du ou des gérants qui constatera que les conditions de la conversion sont remplies, et décidera de l'augmentation de capital. Cette augmentation sera constatée par acte notarié. Là encore, il nous semble important que soit précisé dans la documentation que la conversion se fera par un apport en numéraire libéré par compensation de la créance incorporée dans le titre de dette.

VII. Conclusion

Dans le contexte actuel, caractérisé par l'importance de la flexibilité juridique et de la viabilité économique, les augmentations de capital par compensation de créances se révèlent être un mécanisme d'un grand intérêt et riche en potentiel pour les sociétés à responsabilité limitée.

L'efficacité de cette méthode réside dans son rôle en tant qu'outil d'apurement du passif et d'amélioration de la situation financière de la société, en particulier à la lumière des nouvelles procédures de sauvegarde introduites par la Loi de 2023.

De plus, l'absence d'évaluation et la possibilité d'incorporer une créance à sa valeur faciale offrent une solution pratique pour les entreprises en difficulté financière. Cependant, pour maximiser l'efficacité de cet outil, plusieurs considérations s'imposent.

Tout d'abord, il est recommandable que la législation clarifie et entérine l'applicabilité de ce mécanisme aux sociétés à responsabilité limitée, de manière similaire à ce qui est déjà en place pour les sociétés anonymes. Cela permettrait en effet, d'assurer une cohérence législative entre les différentes formes prédominantes de sociétés au Luxembourg. L'harmonisation du régime des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes sur ce point constituerait une avancée significative vers une réglementation claire et offrirait une plus grande sécurité juridique aux différents acteurs économiques, d'autant plus que les sociétés à responsabilité limitée jouent un rôle central dans le paysage économique luxembourgeois.

En outre, pour garantir une flexibilité accrue et une gestion adaptative, il serait aussi intéressant que la possibilité d'effectuer une augmentation de capital par compensation de créances en période suspecte ou après l'ouverture de la faillite soit expressément permise. Cette adaptation nécessiterait cependant des garde-fous appropriés pour éviter tout abus, par exemple en définissant clairement les situations de connexité ou en prévoyant des dispositions pour prévenir la fraude et protéger les droits des tiers. L'introduction de mécanismes assurant le respect d'une stricte égalité entre les associés et entre créanciers pourrait également jouer un rôle crucial dans cette démarche.

En somme, les augmentations de capital par compensation de créances présentent un potentiel significatif pour les sociétés à responsabilité limitée en tant qu'outil de restructuration financière et de redressement. En harmonisant les cadres légaux, en explorant les opportunités de flexibilité et en prenant des mesures pour éviter les abus, le Luxembourg pourrait non seulement accroître la résilience et l'attrait des sociétés à responsabilité limitée, mais également consolider sa position en tant que centre financier majeur à l'échelle mondiale.