**N° 4992**

**Projet de loi modifiant**

1. **la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,**
2. **la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales,**
3. **la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle**

**Résumé**

Initialement le projet de loi 4992 comportait 3 volets :

* en premier lieu, il s’agissait de modifier l’article 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (la « Loi »), afin de passer du système de la commercialité par la forme à la commercialité par l’objet ;
* en deuxième lieu, le projet de loi entendait élargir le champ d’application des fusions et scissions à d’autres formes de sociétés commerciales ainsi qu’aux groupements d’intérêt économique ; et
* en dernier lieu, de nouveaux mécanismes juridiques de restructuration de sociétés étaient prévus par l’introduction dans la Loi du transfert d’actifs, de branche d’activité ou d’universalité (nouvelle section XVbis) et du transfert du patrimoine professionnel (nouvelle section XVter).

Sur le premier volet du projet de loi, tout comme la Chambre des Métiers et la Chambre de Commerce, le Conseil d’Etat a critiqué l’abandon du principe de la commercialité par la forme. Le Conseil d’Etat arecommandé l’abandon pur et simple de ce premier volet du projet de loi. La Commission juridique a suivi le Conseil d’Etat et l’article I. initialement prévu dans le projet de loi a été supprimé.

Le deuxième volet du projet de loi, relatif à l’extension du champ d’application des mécanismes de fusion et de scission, a été bien accueilli par la Chambre de Commerce et par le Conseil d’Etat, qui ont cependant suggéré certaines modifications rédactionnelles.

En ce qui concerne le troisième volet, le Conseil d’Etat s’est formellement opposé à l’introduction tant du transfert d’actifs, de branche d’activité ou d’universalité que du transfert du patrimoine professionnel dans la Loi. La Commission juridique a estimé que ces deux oppositions formelles n’étaient pas justifiées et que ces deux modalités de transfert étaient nécessaires. Dans son avis complémentaire du 4 juillet 2006, le Conseil d’Etat a maintenu ses deux oppositions formelles. La Commission juridique a unanimement décidé de ne pas suivre le Conseil d’Etat, de sorte que ce volet du projet de loi a été maintenu[[1]](#footnote-1).

La Commission juridique a rajouté deux articles supplémentaires au projet de loi visant, d’une part, à rectifier certaines erreurs matérielles et, d’autre part, à modifier le régime des dividendes intérimaires (nouveaux articles V et VI)[[2]](#footnote-2).

Dans son deuxième avis complémentaire du 14 novembre 2006, le Conseil d’Etat a suggéré une modification de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, afin de tenir compte des modifications apportées à l’organisation de la société anonyme.

La Commission juridique a intégré cette modification dans un article VII nouveau.

1. **Deuxième volet du projet de loi : l’extension du champ d’application des fusions et scissions**

Actuellement, l’article 257 de la Loi précise que les dispositions de la Loi relatives aux fusions et contenues dans la section XIV s’appliquent seules sociétés anonymes de droit luxembourgeois. La même restriction s’applique aux scissions qui ne peuvent concerner que des sociétés anonymes de droit luxembourgeois[[3]](#footnote-3). Une fusion ou scission transfrontalière, pas plus qu’une fusion ou scission impliquant un type de société commerciale autre qu’une société anonyme n’étaient prévues.

Une telle limitation n’est plus en phase avec les besoins des milieux économiques. Une plus grande flexibilité doit être laissée aux sociétés pour se restructurer, que ce soit par le biais de fusions ou de scissions. Non seulement les possibilités de fusionner ou de se scinder doivent-elles être étendues aux autres sociétés commerciales de droit luxembourgeois dotées de la personnalité juridique et aux groupements d’intérêt économique, mais encore les fusions ou scissions transfrontalières doivent être envisagées et réglementées.

Ainsi une société commerciale ou groupement d’intérêt économique de droit luxembourgeois doit pouvoir contracter une opération de fusion ou de scission avec une société ou groupement d’intérêt économique étranger, à condition toutefois que le droit étranger régissant cette société ou groupement ne s’y oppose pas.

Finalement, il convient de relever qu’une directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 est intervenue depuis le dépôt du projet de loi 4992. Cette directive vise à faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d’Etats membres différents.

Les dispositions de la directive 2005/56/CE qui ne trouveraient pas déjà leur pendant dans le texte de la Loi, devront être transposées jusqu’au 15 décembre 2007 au plus tard. Une réforme globale de la Loi devra être l’occasion de transposer les directives intervenues en matière du droit des sociétés et qui n’ont pas encore été transposées[[4]](#footnote-4)

1. **Troisième volet du projet de loi : le transfert d’actifs, de branche d’activité ou d’universalité et le transfert du patrimoine professionnel**

Ce volet est introduit par l’article VI du projet de loi, qui par suite de la suppression des articles I et V devient l’article IV du projet de loi.

Cet article introduit dans la Loi le transfert d’actifs, de branche d’activités et d’universalité (section XVbis) et le transfert du patrimoine professionnel d’une personne physique ou morale (nouvelle section XVter).

Ces sections XVbis et XVter ont fait chacune l’objet d’une opposition formelle de la part du Conseil d’Etat.

Le but recherché est de diversifier les instruments à disposition des sociétés en vue de leur restructuration rendue nécessaire pour des raisons juridiques, fiscales ou commerciales. A l’heure actuelle, à côté de la vente (d’actifs ou de parts ou actions), les sociétés ne peuvent avoir recours qu’à l’apport en nature et au mécanisme de la fusions/scission pour se restructurer.

Or, ces mécanismes ne permettent pas d’encadrer juridiquement toutes les possibilités de restructuration. Ainsi à l’heure actuelle un transfert d’éléments d’actif et de passif, comme par exemple, des contrats conclus avec des clients ou des fournisseurs n’est possible qu’en cas de fusion et de scission. Or dans ce cas, les sociétés qui fusionnent en cas de fusion par constitution de société nouvelle, ou la société absorbée en cas de fusion-absorption, ou la société scindée disparaissent par l’effet de la loi[[5]](#footnote-5). Il peut cependant arriver que la restructuration envisagée exige un transfert d’éléments d’actif et de passif, sans pour autant aboutir à la disparition d’une société.

Avec le transfert partiel d’actifs, de branche d’activités et d’universalité et le transfert du patrimoine professionnel, les sociétés et leurs associés disposeront d’une gamme complète de procédures de restructuration qui leur permettra de choisir le mécanisme qui est le mieux adapté à leurs besoins.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Dissolution** | **Patrimoine transféré** | **Contre-partie** |
| **Apport en nature** | Pas de dissolution de l’apporteur | Seulement éléments actifs (p.ex.immeubles, créances, titres) | Actions ou parts émises à l’apporteur |
| **Fusion/scission** | Dissolution sans liquidation des sociétés fusionnées, de la société absorbée ou de la société scindée | Eléments actifs et passifs | Actions ou parts aux associés des sociétés fusionnées ou de la société absorbée ou de la société scindée, et éventuellement une soulte |
| **Transfert d’actifs, de branche d’activités ou d’universalité** | Pas de dissolution de l’apporteur | Eléments actifs et passifs | 1) gratuit, ou  2) actions ou parts à l’apporteur, et éventuellement une soulte |
| **Transfert du patrimoine professionnel** | Pas de dissolution de l’apporteur | Eléments actifs et passifs | 1) gratuit, ou  2) contre-prestation, (autre qu’en actions ou parts) |

En résumé,

* le régime du transfert de patrimoine professionnel  se rapproche de celui du transfert d’actifs, de branche d’activités et d’universalité  en ce que ces deux régimes n’entraînent pas la dissolution de l’apporteur. Cependant, ils ne peuvent être confondus car – au-delà de la différence de définition, à savoir, la notion de patrimoine professionnel telle qu’elle est définie en droit fiscal ne saurait être confondue avec celle d’actifs, branche d’activités ou universalité du patrimoine –, la contrepartie éventuelle de l’opération de transfert de patrimoine professionnel sera toujours autre qu’en actions ou parts ;
* le régime du transfert de patrimoine professionnel se distingue du régime de la fusion/scission en ce que, d’une part, ce dernier  entraîne la disparition de la société absorbée/scindée et, d’autre part, la contrepartie, qui ne peut être qu’en actions ou parts, voire une soulte de 10%, est attribuée aux associés ; et
* le régime du transfert de patrimoine professionnel se distingue du régime de l’apport en nature en ce que ce dernier n’organise que le transfert d’actifs (p.ex. créances).

A l’appui de ses deux oppositions formelles, le Conseil d’Etat a émis un certain nombre de critiques que la Commission juridique a estimé infondées. La Commission juridique tient cependant à relever qu’aucune des critiques du Conseil d’Etat ne vise une contrariété de la section XVbis ou XVter avec la Constitution, un traité international ou le droit communautaire.

**3 Volet additionnel du projet de loi : les modifications apportées (1) à la Loi, (2) à la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle et (3) à la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales**

Les points énumérés ci-après ont été adoptés par la Commission juridique le 18 octobre 2006 et le 15 novembre 2006 et ont fait l’objet du deuxième avis complémentaire du Conseil d’Etat. Ce dernier n’a pas fait de commentaire au sujet des amendements adoptés par la Commission juridique le 18 octobre 2006, à l’exception de l’article 274 au sujet duquel la Commission juridique s’est rallié à la proposition de texte contenue dans le deuxième avis complémentaire du Conseil d’Etat.

*Amendements au projet de loi sous rubrique*

La Commission juridique a modifié la structure de l’article I (nouveau) du projet de loi, afin de tenir compte des modifications introduites par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle.

*Réparation des erreurs sans incidence matérielle dans la Loi (nouvel article V)*

L’élaboration du texte consolidé de la Loi a laissé apparaître un certain nombre d’erreurs purement rédactionnelles ou qui n’ont aucune incidence matérielle. La Commission juridique a décidé de profit de l’occasion du présent projet de loi pour les redresser.

*Réforme de l’article 72-2 de la Loi*

A l’heure actuelle, un acompte sur dividende – aussi appelé dividende intérimaire – ne peut être versé aux actionnaires d’une société anonyme que si les conditions prévues à l’article 72-2 de la Loi sont remplies.

Parmi ces conditions, le point c) de l’article 72-2 indique qu’aucun acompte ne peut être décidé « moins de 6 mois après la clôture de l’exercice précédent, ni avant l’approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice » et que « lorsqu’un premier acompte a été distribué, la décision [du conseil d’administration ou du directoire, selon le cas] d’en distribuer un nouveau ne peut être prise que trois mois au moins après la décision de distribuer le premier. »

Ces délais avaient été intégrés sur proposition du Conseil d’Etat dans la loi du 24 avril 1983 qui avait introduit l’article 72-2.

Pour le Conseil d'Etat,

« *il est indispensable, à l'instar de ce que fait le projet de loi belge, de renforcer les conditions auxquelles est soumise la distribution d'acomptes sur dividendes.*

*L'article 18 du projet de loi belge dispose que la distribution d'acomptes sur dividendes est soumise à certains délais. Ainsi, l'état sur base duquel sera prise la décision de distribution doit être suffisamment récent ; il ne peut être antérieur de plus de deux mois à la décision de distribution.*

*Par ailleurs, il ne paraît pas souhaitable de permettre qu'un acompte soit distribué dès le début de l'exercice ou que de trop nombreux acomptes se succèdent dans le cours d'un même exercice. C'est pourquoi la décision de distribuer un acompte ne peut être prise que six mois au moins après la clôture de l'exercice précédent pour autant toutefois que les comptes annuels se rapportant à cet exercice aient déjà été approuvés par l'assemblée générale. La décision de distribuer un nouvel acompte ne pourra être ultérieurement prise que trois mois après la décision précédente.*

*Il en résultera que normalement la société ne pourra distribuer au maximum que deux acomptes dans le courant d'un exercice.* »[[6]](#footnote-6)

La Commission juridique a estimé que la mise en œuvre de ces conditions de délai non seulement s’avérait trop contraignante pour les sociétés, mais risquait de défavoriser le Luxembourg comme lieu d’implantation de sociétés. Pour la Commission juridique, l’axiome « liberté, responsabilité » devait ici aussi trouver application. Il doit appartenir aux organes de gestion de la société, au regard des intérêts de celle-ci, de décider non seulement du montant de tels acomptes, mais également de leur nombre et de leur périodicité, sous réserve de se conformer aux autres conditions édictées par l’article 72-2. Ce sont les seuls organes de gestion qui, sous leur responsabilité, décideront s’il est souhaitable de permettre qu'un acompte soit distribué dès le début de l'exercice ou que de trop nombreux acomptes se succèdent dans le cours d'un même exercice.

Les moyens mis en œuvre en pratique pour contourner ces conditions de délai, comme, par exemple, le changement de l’année sociale, voire même le recours à d’autres types de sociétés commerciales qui ne tombent pas dans le champ d’application de l’article 72-2, ne sont pas sains.

La Commission juridique tient à souligner que la suppression des conditions de délai respecte l’article 15 de la directive 77/91/CEE, qui constitue le fondement de l’article 72-2.

Alors qu’avant la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, le point c) de l’article 72-2, paragraphe (1) était divisé en trois alinéas, depuis cette loi, le point c) ne comporte plus que deux alinéas. Les restrictions concernant la périodicité d’une distribution d’acompte sur dividendes figurent dans le second alinéa du point c) de l’article 72-2, paragraphe (1), au lieu des alinéas 2 et 3 précédemment. Par conséquent, en l’absence d’un alinéa 3, il faut seulement abroger le second alinéa du point c) de l’article 72-2, paragraphe (1) afin d’éliminer toutes ces restrictions.

*Modification de la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle (nouvel article VI)*

La Commission juridique a décidé d’abroger l’article I, points 60) et 61) de la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle.

Les articles 204 et 248 visés dans ces deux points ont été abrogés par l’article 96, paragraphe 6. de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales.

Il n’avait pas été dans l’intention du législateur de revenir sur cette abrogation effectuée par la loi du 19 décembre 2002.

*Modification de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales (nouvel article VII)*

A l’article VII, introduit suite à une suggestion du Conseil d’Etat formulée dans son deuxième avis complémentaire du 14 novembre 2006, les points 12° et 13° de l’article 65, paragraphe (1) de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales sont adaptés aux nouvelles structures de la société anonyme.

1. Voir point 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Voir point 6. [↑](#footnote-ref-2)
3. Article 285 de la Loi [↑](#footnote-ref-3)
4. Voir également la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital. [↑](#footnote-ref-4)
5. Pour la fusion: article 303 de la Loi ; pour la scission : article 307 de la Loi qui renvoie à l’article 303. [↑](#footnote-ref-5)
6. Doc.parl.2474, p.45 [↑](#footnote-ref-6)