**Synthèse du projet de loi n°8053**

Le Projet de Loi a pour objectif principal de transposer en droit luxembourgeois les dispositions de la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (ci-après la « Directive Mobilité ») ayant modifié la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (ci-après la « Directive Sociétés »).

La Directive Mobilité entend introduire de nombreuses innovations destinées avant tout à encadrer la promesse d’une mobilité accrue des sociétés au sein du marché intérieur faite par la Cour de justice au gré de ses décisions jurisprudentielles en matière de liberté d’établissement, tout en intégrant des mécanismes destinés à sauvegarder les intérêts des différents *stakeholders* impactés par une opération transfrontalière.

Au vu de ces objectifs, la Directive Mobilité vient en premier lieu modifier la Directive Sociétés en rectifiant certaines imperfections du régime des fusions transfrontalières issu à l’origine des dispositions de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (ci-après la « Dixième Directive »). Cependant, les innovations du législateur européen ne s’arrêtent pas là et, faisant fi notamment des échecs répétés du projet de quatorzième directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire d’une société, il introduit également une procédure de transformation transfrontalière aux articles 86 bis à 86 unvicies et une procédure de scission transfrontalière par constitution de nouvelles sociétés aux articles 160 bis à 160 duovicies, toutes deux calquées sur le modèle des fusions transfrontalières et reposant sur une application subsidiaire des droits nationaux.

La Directive Mobilité vient gommer certaines imperfections du régime préexistant notamment (i) en scindant le rapport de l’organe de gestion, soit en deux parties, soit en deux documents séparés, l’un à destination des associés et l’autre à destination des travailleurs, (ii) en clarifiant certains aspects du double contrôle de légalité, (iii) en introduisant un degré d’harmonisation largement supérieur des mécanismes de protection des associés minoritaires et des créanciers et (iv) en altérant le régime de la protection des droits de participation des travailleurs.

A l’égard des transformations transfrontalières, en combinant les enseignements des arrêts Cartesio et Sevic, la Cour de justice a pu considérer dans l’arrêt Vale que les opérations de transformations transfrontalières constituaient également des « modalités particulières d’exercice de la liberté d’établissement » et relevaient du champ d’application de cette liberté fondamentale, tout en précisant dans un *obiter dictum* à la portée incertaine que la notion d’établissement au sens du TFUE impliquait « une implantation réelle de la société concernée dans cet État et l’exercice d’une activité économique effective » dans l’État membre de destination. Cette formulation cryptique a par la suite été clarifiée lors de l’arrêt Polbud où la Cour de justice a considéré que les articles 49 et 54 du TFUE s’appliquaient également au transfert isolé du siège statutaire d’une société constituée en vertu du droit d’un État membre vers un autre État membre, en vue de sa transformation conformément au droit de l’État d’accueil en une société relevant de ce droit, sans que cette opération ne doive nécessairement s’accompagner d’un transfert concomitant du siège réel. Cependant, l’absence de cadre juridique harmonisé applicable aux transformations transfrontalières entraîne l’existence de régimes divergents, une insécurité juridique et une protection suboptimale des travailleurs, des créanciers et des associés minoritaires. Afin de remédier à cette situation insatisfaisante, la Directive Mobilité introduit un régime harmonisé des transformations transfrontalières basé sur le modèle général habituellement prôné par le législateur européen en matière d’opération transfrontalière.

A l’égard finalement des scissions transfrontalières, il convient en premier lieu de relever que même en l’absence d’une décision de la Cour de justice en la matière, il ne fait aucun doute qu’elles tombent également dans le champ d’application de la liberté d’établissement au même titre que les fusions ou les transformations transfrontalières. En outre, comme une scission constitue le reflet économique et juridique d’une fusion, l’une étant réversible par l’autre, règlementer les fusions transfrontalières sans toucher aux scissions transfrontalières est foncièrement insatisfaisant. En conséquence, et suite à l’invitation faite à la Commission par le Parlement européen en la matière, la Directive Mobilité intègre des dispositions relatives aux scissions transfrontalières, partielles ou complètes, mais limitées aux seules scissions n’impliquant qu’une société préexistante. Cette considérable limitation du champ d’application *ratione materiae* s’explique, selon le 8e considérant de la Directive Mobilité, par le fait que les scissions par absorption et les scissions mixtes sont considérées comme « étant très complexes, nécessitant la participation d’autorités compétentes de plusieurs États membres et entraînant des risques supplémentaires en termes de contournement des règles nationales et des règles de l’Union ».

Cependant, suite aux promesses de mobilité de la Cour de justice dans l’arrêt Polbud, la Directive Mobilité surprend et au gré de sa lecture, on ne peut que relever une impression de frilosité à l’égard des opérations transfrontalières culminant avec l’introduction d’une disposition anti-abus obligatoire laissant une très large marge de manœuvre aux États membres. Ces derniers sont ainsi libres (i) de déterminer les procédures applicables à la lutte anti-abus, en ce compris une éventuelle évaluation en cas de soupçons sérieux, (ii) de déterminer les délais applicables, étant entendu que la durée du premier contrôle ne pourra excéder trois mois et que la durée de l’évaluation additionnelle en cas de suspicion de fraude ou d’abus ne pourra, sauf circonstances exceptionnelles, prolonger la procédure d’une durée additionnelle supérieure à trois mois, (iii) de déterminer les « faits et circonstances pertinents » dont l’autorité nationale compétente devra tenir compte dans le cadre de l’évaluation puisque la Directive Mobilité ne fait que reprendre une liste minimale d’indices et (iv) d’introduire une présomption d’absence d’abus ou de fraude lorsque l’opération transfrontalière a pour conséquence que la direction effective ou l’activité économique, sera implantée dans l’État membre de destination. Une telle marge de manœuvre risque d’inciter certains États membres à adopter des mesures anti-abus particulièrement strictes en imposant notamment une implantation réelle au moyen de l’exercice d’une activité économique dans les États membres de destination pour autoriser l’opération transfrontalière avec tous les refus abusifs qui pourraient en découler et ce, malgré les enseignements de la Cour de justice. Le caractère potentiellement limitatif de cette disposition pour la mobilité transfrontalière dans un marché unique où le nombre d’opérations transfrontalières augmente de façon exponentielle, place le Luxembourg, favorable à la mobilité transfrontalière, face à un défi de taille.

Ce défi est encore exacerbé par l’introduction d’une autre innovation par la Directive Mobilité. En effet, souhaitant harmoniser partiellement la protection des associés minoritaires au sein des États membres en cas d’opération transfrontalière, le législateur européen a jugé opportun d’introduire un droit de retrait contre juste rémunération dont bénéficieront aux moins les associés opposés à l’opération.

Face à une directive plus restrictive en matière de mobilité et plus favorable aux associés minoritaires que son droit national et confronté à un marché unique où le nombre d’opérations transfrontalières augmente de façon exponentielle, les enjeux sont réels et le droit luxembourgeois se doit de rester concurrentiel. Il est en effet indispensable d’éviter que la transposition en droit national de la Directive Mobilité ne constitue un retour en arrière par rapport à la situation actuelle dans laquelle toutes les opérations transfrontalières sont possibles pour toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique et parfaitement réalisables en pratique.

En foi de quoi, le présent projet de loi vise à transposer les dispositions de la Directive Mobilité afin de respecter le délai de transposition fixé au 31 janvier 2023 tout en adoptant une position jugée plus conforme à la liberté d’établissement telle qu’interprétée par la Cour de justice de l’Union européenne.

Cette position législative repose sur deux piliers. Le premier consiste à restreindre le champ d’application des nouveaux régimes issus de la Directive Mobilité au stricte nécessaire et à ne l’étendre en aucun cas à d’autres opérations transfrontalières telles que les transformations transfrontalières impliquant des États tiers ou en encore les scissions transfrontalières par absorption. En d’autres termes, le principe de transposition « toute la directive, rien que la directive » cher au législateur luxembourgeois sera également d’application en l’occurrence. Le deuxième pilier consiste à faire usage de toutes les options ainsi que de toute la latitude laissée aux États membres par le texte européen pour mettre en place un régime aussi favorable à la mobilité transfrontalière que possible afin de rester fidèle à la tradition juridique luxembourgeoise en matière de droit des sociétés. Il est en effet essentiel de veiller à ce que le droit des sociétés luxembourgeois reste à la fois attractif et compétitif. Ce deuxième pilier se manifestera tout particulièrement à l’égard de deux aspects des nouvelles procédures de fusions, de scissions et de transformations transfrontalières qui sont jugés particulièrement limitatifs de l’exercice de la liberté d’établissement, à savoir le contrôle anti-abus dont les notaires seront chargés lors du premier contrôle de légalité et le droit de retrait des associés minoritaires opposés au projet de fusion, de scission ou de transformation transfrontalière.

En conséquence, les nouvelles dispositions relatives aux fusions et aux scissions transfrontalières européennes ont été méthodiquement isolées au sein d’une section séparée du chapitre II et du chapitre III du titre X de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée (la « Loi Sociétés ») en introduisant les nouvelles notions de « fusion transfrontalière européenne » et de « scission transfrontalière européenne » pour en délimiter le champ d’application. Ces sections séparées formeront un régime spécial et dérogatoire au droit commun des fusions et des scissions tant internes que transfrontalières et devront dès lors faire l’objet d’une interprétation stricte. Cette approche législative n’a toutefois pas été possible à l’égard des transformations transfrontalières qui, selon le texte de l’article 86 ter, point 2) de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, recouvrent les opérations par lesquelles une société, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une des formes juridiques de l’État membre de destination, et transfère au moins son siège statutaire dans l’État membre de destination, tout en conservant sa personnalité juridique. En effet, cette notion qui trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté d’établissement est distincte de la notion de transformation visée au chapitre Ier du titre X de la Loi de 1915 et qui régit un certain nombre de types de transformation visés à l’article 100-3 de la Loi de 1915. Ainsi, tout d’abord, la procédure de transformation interne n’a pas été calquée sur le modèle européen des restructurations comme ce fût le cas lors de la règlementation des fusions internes au moment de la transposition de la troisième directive ou lors de la règlementation des scissions internes au moment de la transposition de la sixième directive. Ensuite, alors que les transformations internes visées au chapitre Ier du titre X de la Loi de 1915 ont une nature intrinsèquement hétérogène et n’impliquent pas de déplacement concomitant du siège statutaire, les transformations transfrontalières européennes peuvent revêtir un caractère homogène (une société anonyme de droit luxembourgeois peut se transformer en société anonyme de droit belge) et impliquent systématiquement, et à tout le moins, le déplacement du siège statutaire. En conséquence, les transformations transfrontalières s’apparentent davantage à ce que la pratique luxembourgeoise connaît de longue date sous le vocable de transfert de siège volontaire. En conséquence, les nouvelles dispositions relatives aux transformations transfrontalières ont été transposées au sein d’un nouveau chapitre VI du titre X de la Loi de 1915 et la notion de « transformation transfrontalière européenne » a été introduite.