



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5829

Projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

Date de dépôt : 21-01-2008

Date de l'avis du Conseil d'État : 17-03-2009

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
15-06-2009	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
21-01-2008	Déposé	5829/00	<u>8</u>
14-07-2008	Avis de la Chambre de Commerce (24.7.2008)	5829/01	<u>37</u>
17-11-2008	Avis de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (17.11.2008)	5829/02	<u>52</u>
17-03-2009	Avis du Conseil d'Etat (17.3.2009)	5829/03	<u>57</u>
08-04-2009	Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (8.4.2009)	5829/04	<u>70</u>
28-04-2009	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (28.4.2009)	5829/05	<u>75</u>
29-04-2009	Rapport de commission(s) : Commission juridique Rapporteur(s) :	5829/06	<u>78</u>
19-05-2009	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (19-05-2009) Evacué par dispense du second vote (19-05-2009)	5829/07	<u>111</u>
20-05-2009	Avis de la Chambre des Salariés (20.5.2009)	5829/08	<u>114</u>
29-06-2009	Publié au Mémorial A n°151 en page 2268	5829	<u>119</u>

Résumé

N° 5829

Projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes ;
ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

Résumé

Le projet de loi sous examen a pour objet la transposition en droit national d'une série d'instruments juridiques européens, à savoir plus précisément :

- 1) 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 directive 2005/56/CE),
- 2) 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 et de la directive (ci-après la directive 2006/68/CE), et
- 3) la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (ci-après la directive 2007/63/CE).

Ce faisant, il entend modifier tant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales que le Code du travail.

Il échet de décrire brièvement les directives en question avant de voir quelles sont les conséquences que la transposition de ces directives entraîne au niveau du droit national.

2.1. La directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

Une coopération et un regroupement entre sociétés de capitaux d'États membres différents sont nécessaires. Cependant, les sociétés de capitaux éprouvent de nombreuses difficultés, au niveau législatif et administratif au sein de la Communauté, à réaliser des fusions transfrontalières entre elles. Il est donc nécessaire, pour assurer l'achèvement et le fonctionnement du marché

intérieur, de prévoir des dispositions communautaires en vue de faciliter la réalisation de telles fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d'États membres différents.

C'est précisément le but de la directive 2005/56/CE sous rubrique. Celle-ci propose un cadre législatif simplifié. Cette directive, qui est considérée comme constituant un pas important dans les efforts de l'Union européenne pour faire avancer la stratégie de Lisbonne, vise à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent. Selon le régime établi par la directive, une fois la nouvelle entité issue de la fusion créée, une seule législation s'applique, à savoir celle de l'Etat membre où elle a son siège.

La directive 2005/56/CE s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents. Les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) sont cependant exclues de son champ d'application. Par ailleurs, les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société coopérative, même lorsque celle-ci entre dans la catégorie de société à capitaux. A noter dans ce contexte que le Luxembourg n'a pas pris une telle option.

Les organes de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent doivent établir un projet commun de fusion transfrontalière. La directive définit une liste de douze éléments devant obligatoirement figurer dans ce projet qui doit être publié, selon les modalités prévues par la législation de chaque Etat membre conformément à la directive sur la publicité des sociétés de capitaux (directive 68/151/CEE), au moins un mois avant la réunion de l'assemblée générale qui doit se prononcer à ce sujet.

Selon ladite directive, l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport à l'intention des associés expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière et expliquant les conséquences de cette fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers et les salariés. Le rapport est mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale. Un rapport d'expert indépendant est établi pour analyser la fusion. Ce rapport n'est pas nécessaire si tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion en décident ainsi. L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent se prononce sur l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière sur base du rapport sur le projet de fusion et du rapport d'expert.

Chaque État membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés qui fusionnent et qui relèvent de sa législation nationale. Cette autorité délivre un certificat attestant de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion.

D'après la directive sous examen, chaque État membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et, le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière lorsque la société issue de la fusion transfrontalière relève de sa législation nationale. L'autorité en question contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion transfrontalière dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions de la directive.

La législation de l'Etat membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière détermine la date à laquelle la fusion prend effet, ainsi que les modalités de publicité de la fusion dans le registre public.

Les fusions transfrontalières entraînent plusieurs effets. Ainsi, p.ex. les sociétés absorbées, ou les sociétés qui fusionnent, cessent d'exister ; l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés concernées par la fusion est transféré à la nouvelle entité ; les associations des sociétés concernées deviennent associées de la nouvelle entité.

En ce qui concerne les droits de participation des travailleurs, il échet de noter que le principe général veut que la législation nationale régissant la société issue de la fusion transfrontalière soit d'application. A titre d'exception, les principes et les modalités relatifs à la participation des travailleurs, fixés par le règlement et la directive sur la société européenne respectivement la directive complétant le statut de la société européenne, sont d'application dans certains conditions.

2.2. 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 et de la directive

La directive sous rubrique a pour objet de faciliter et de simplifier le rassemblement de capitaux et la restructuration de l'actionnariat dans les sociétés anonymes.

Certains aspects du système, établi par la deuxième directive en matière de « *droit des sociétés* » quant aux garanties minimales accordées aux actionnaires et aux créanciers lors de la constitution de sociétés anonymes ou de modification par ces sociétés de leur capital social, ayant été jugés trop rigides et coûteux, des modifications ont été proposées, notamment en 1999 par le groupe SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market - simplification de la législation du marché intérieur) et en 2002 par le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés établi par la Commission européenne.

La directive met en oeuvre certaines de ces recommandations portant, notamment, sur l'émission d'actions en contrepartie d'apports en nature et l'acquisition par une société de ses propres actions. En outre, les règles actuelles relatives à l'assistance financière qu'une société peut fournir à un tiers en vue de l'acquisition de ses actions sont assouplies.

La directive permet aux Etats membres, à certaines conditions, de dispenser les sociétés de certaines obligations spécifiques en matière de communication d'informations et de faciliter la restructuration de l'actionnariat. A cet égard, dans l'esprit de la tradition de libéralisme économique qui caractérise le droit luxembourgeois des sociétés, le présent projet de loi a adopté une approche très libérale quant aux options offertes aux Etats membres. Enfin, la directive prévoit également des garanties harmonisées pour les créanciers dans le contexte d'une réduction du capital.

2.3. la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

La directive 2007/63/CE permet, dans le cadre d'opérations de fusion ou scission purement nationales, un assouplissement de la procédure de contrôle du projet de fusion par des experts indépendants si l'ensemble des actionnaires conviennent que le rapport des experts indépendants sur le projet de fusion n'est pas nécessaire, à l'instar de ce que prévoit la directive 2005/56/CE.

2.4. Modifications résultant de la transposition des trois directives précitées

La transposition des trois directives précitées nécessitent, mais seulement en partie, des modifications de la législation actuelle en la matière.

En effet, il échet de relever que la directive 2005/56/CE a déjà été partiellement transposée en droit national, à savoir par la loi du 23 mars 2007 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, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle permettant expressément les fusions transfrontalières.

Elle a été aussi transposée par la loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui vise à assurer la sécurité juridique de l'opération de fusions transfrontalières par le biais des mesures suivantes: 1) réduction de la période de prescription de l'action en nullité de l'opération une fois que celle-ci a été réalisée, 2) introduction du point de vue procédural, d'une disposition prévoyant que le notaire luxembourgeois actant la fusion (en cas de fusion par absorption par une société luxembourgeoise d'une société de droit étranger) peut se fonder sur un certificat probant émis par une autorité ou un notaire de droit étranger attestant que les procédures nationales requises ont été respectées en ce qui concerne la société étrangère absorbée et que le projet de fusion soumis à l'approbation des actionnaires de la société étrangère est bien identique au projet soumis aux actionnaires de la société absorbante luxembourgeoise et 3) détermination du point de départ des effets de la fusion à l'égard des actionnaires et des tiers.

La transposition de cette directive n'étant pas complète, il échet d'en opérer la finalisation. C'est précisément le but du projet de loi sous rubrique. Il en est ainsi des articles relatifs au champ d'application, au projet commun de fusion transfrontalière, aux exigences en matière de publication ou encore à la notification sans délai par le registre de commerce et des sociétés au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne est tenue de procéder au dépôt des actes de la prise d'effet de la fusion transfrontalière.

A noter encore que les dispositions de la directive précitée relatives au volet participation des travailleurs sont transposées dans une nouvelle section 4 du chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du Travail.

A noter in fine qu'au projet de loi est annexé un tableau de transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE et que le commentaire des articles signale pour chaque article quelle disposition de quelle directive est ainsi transposée.

5829/00

N° 5829

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

* * *

*(Dépôt: le 21.1.2008)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (11.1.2008).....	2
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs	12
4) Commentaires des articles.....	14
5) Tableaux de transposition des directives	24

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

Palais de Luxembourg, le 11 janvier 2008

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. 1er.– L'article 26 (2) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„(2) Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de ces conditions ainsi que celles des articles 26-1, 26-3 et 26-5 et en constatera expressément l'accomplissement.“

Art. 2.– L'article 26-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est complété par les paragraphes (3bis) à (3sexies) dont la teneur est la suivante:

„(3bis) Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué de valeurs mobilières au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 18), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers ou d'instruments du marché monétaire au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 19), de cette directive, et lorsque ces valeurs ou instruments sont évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de ladite directive au cours d'une période de 6 mois précédant la date effective de l'apport autre qu'en numéraire, les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

Toutefois, si ce prix a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire est devenu illiquide, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité de l'organe d'administration ou de direction. Les paragraphes (2) et (3) sont applicables aux fins de cette réévaluation.

(3ter) Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés aux paragraphes (3bis) à (3quater) qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un réviseur d'entreprises et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;
 - b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport;
- les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

En cas de circonstances nouvelles pouvant modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité de l'organe d'administration ou de direction. Les paragraphes (2) et (3) sont applicables aux fins de cette réévaluation.

Faute d'une telle réévaluation, un ou plusieurs actionnaires détenant un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société au jour de la décision d'augmenter le capital peuvent demander une évaluation par un réviseur d'entreprises, auquel cas les paragraphes (2) et (3) sont applicables. Ce ou ces actionnaires peuvent en faire la demande jusqu'à la date effective de l'apport, à condition que, à la date de la demande, le ou les actionnaires en question détiennent toujours un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société, comme c'était le cas au jour où la décision d'augmenter le capital a été prise.

(3quater) Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés au paragraphe (3bis) dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes légaux de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes légaux aient été contrôlés conformément à la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas.

Le paragraphe (3ter), deuxième et troisième alinéas, est applicable *mutatis mutandis*.

(3quinquies) Lorsqu'un apport autre qu'en numéraire visé aux paragraphes (3bis) à (3quater) est effectué sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), une déclaration contenant les éléments suivants fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 dans le délai d'un mois après la date effective de l'apport:

- a) une description de l'apport autre qu'en numéraire concerné;
- b) sa valeur, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation;
- c) une attestation précisant si les valeurs obtenues correspondent au moins au nombre, à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie de cet apport;
- d) une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle intéressant l'évaluation initiale n'est survenue.

La déclaration comprend en outre les indications relatives à la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, ainsi que le nom de l'apporteur.

(3sexies) Lorsqu'il est proposé de faire un apport autre qu'en numéraire sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), dans le cadre d'une augmentation de capital qu'il est proposé de réaliser en application de l'article 32, paragraphes (2) et (3), une annonce comprenant la date à laquelle la décision d'augmenter le capital a été prise et les informations énumérées au paragraphe (3quinquies) fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 et ce avant la réalisation effective de l'apport autre qu'en numéraire constitué par l'élément d'actif. Dans ce cas, la déclaration visée à l'alinéa 1 du paragraphe (3quinquies) se résume à une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle n'est survenue depuis que l'annonce susmentionnée a fait l'objet d'une publicité.“

Art. 3.– A l'article 49-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier

2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes:

- a) l'autorisation d'acquérir est accordée par l'assemblée générale, qui fixe les modalités des acquisitions envisagées, et notamment le nombre maximal d'actions à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut dépasser cinq ans et, en cas d'acquisition à titre onéreux, les contre-valeurs maximales et minimales. Les membres des organes d'administration ou de direction veillent à ce que, au moment de toute acquisition autorisée, les conditions visées aux points b) et c) soient respectées;
- b) les acquisitions, y compris les actions que la société a acquises antérieurement et qu'elle détient en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 72-1, paragraphes (1) et (2);
- c) l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées.“

Art. 4.– A l'article 49-6 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Une société ne peut, directement ou indirectement, avancer des fonds, accorder des prêts, donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers qu'aux conditions suivantes:

- a) Ces opérations ont lieu sous la responsabilité de l'organe d'administration ou de direction à de justes conditions de marché, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données en contrepartie des prêts et avances visés ci-dessus. La situation financière du tiers ou, dans le cas d'opérations faisant intervenir plusieurs parties, de chaque partie concernée doit avoir été dûment examinée.
- b) L'organe d'administration ou de direction soumet l'opération, pour accord préalable, à l'assemblée générale, qui statue aux conditions requises pour la modification des statuts. L'organe d'administration ou de direction remet à l'assemblée générale un rapport écrit indiquant les motifs de l'opération, l'intérêt qu'elle présente pour la société, les conditions auxquelles elle s'effectue, les risques qu'elle comporte pour la liquidité et la solvabilité de la société, et le prix auquel le tiers est censé acquérir les actions. Ce rapport est déposé au registre de commerce et des sociétés conformément à l'article 9 §1 et fait l'objet d'une publication au Mémorial conformément à l'article 9 §3 alinéa 3.
- c) L'aide financière totale accordée aux tiers n'a pas pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant visé à l'article 72-1, paragraphes (1) et (2), compte tenu également de toute réduction de l'actif net que pourrait avoir entraînée l'acquisition, par la société ou pour le compte de celle-ci, de ses propres actions conformément à l'article 49-2(1). La société inscrit au passif du bilan une réserve indisponible d'un montant correspondant à l'aide financière totale.
- d) Lorsqu'un tiers bénéficiant de l'aide financière d'une société acquiert des actions propres à cette société au sens de l'article 49-2(1) ou souscrit des actions émises dans le cadre d'une augmentation du capital souscrit, cette acquisition ou cette souscription est effectuée à un juste prix.“

Art. 5.– Un article 49-6bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est inséré à la suite de l'article 49-6 avec la teneur suivante:

„Lorsque des membres de l'organe d'administration ou de direction de la société partie à une opération visée à l'article 49-6, paragraphe (1), ou de l'organe d'administration ou de direction d'une entreprise mère au sens de l'article 1er de la directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés ou cette entreprise mère elle-même, ou encore des particuliers agissant en leur propre nom mais pour le compte de ces membres ou de cette entreprise, sont parties à une telle opération, un rapport spécial sur cette opération est présenté par le commissaire ou le réviseur d'entreprises à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport.“

Art. 6.– A l'article 257 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, l'alinéa 3 est modifié et des alinéas nouveaux 4 et 5 sont insérés avant le dernier alinéa comme suit:

„Une société ou un groupement d'intérêt économique, tels que visés à l'alinéa 1er, peut également contracter une opération de fusion avec une société ou un groupement d'intérêt économique de droit

étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas et que cette dernière ou ce dernier se conforme aux dispositions et aux formalités du droit national dont elle ou il relève, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du règlement (CE) No 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (fusions ci-après dénommées „fusions transfrontalières“).

Les dispositions et formalités de droit étranger visées à l'alinéa précédent concernent en particuliers le processus décisionnel relatif à la fusion et, compte tenu de la nature transfrontalière de la fusion, la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs pour ce qui est des droits autres que ceux réglant la participation des travailleurs.

Lorsqu'une des sociétés qui fusionnent est gérée selon un régime de participation des travailleurs et que la société absorbante résultant de la fusion est une société de droit luxembourgeois régie par un tel système conformément aux règles visées aux articles L. 426-13 et L. 426-14 du Code du Travail, cette dernière prend obligatoirement la forme d'une société anonyme.“

Art. 7.– A l'article 259 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société préexistante, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux associés de la ou des sociétés absorbées d'actions ou de parts de la société absorbante et, éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 8.– L'article 261 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 261.** (1) Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet commun de fusion.

(2) Le projet commun de fusion mentionne:

- a) la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion;
- b) le rapport d'échange des actions ou parts et, le cas échéant, le montant de toute soulte en espèces;
- c) les modalités de remise des actions ou parts de la société absorbante;
- d) la date à partir de laquelle ces actions ou parts donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit;
- e) quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 272, 273, 273bis et 273ter, la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante;
- f) les droits assurés par la société absorbante aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou parts ou les mesures proposées à leur égard;
- g) tous avantages particuliers attribués aux experts au sens de l'article 266, aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent.

(3) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion, le projet comprend en outre:

- a) les statuts de la société européenne (SE);
- b) des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées en transposition de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

(4) En cas de fusion transfrontalière, le projet commun de fusion comprend en outre:

- a) les statuts de la société absorbante;

- b) une description des effets probables de la fusion sur l'emploi;
- c) le cas échéant, des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées en transposition de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- d) des informations concernant l'évaluation du patrimoine actif et passif transféré à la société absorbante;
- e) les dates des comptes des sociétés qui fusionnent utilisés pour définir les conditions de la fusion.“

Art. 9.– L'article 262 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 262.** (1) Le projet commun de fusion est publié conformément à l'article 9 et dans les bulletins nationaux des autres Etats membres concernés, pour chacune des sociétés qui fusionnent un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

(2) En cas de fusion transfrontalière, la publication doit également comporter les indications suivantes:

- a) la forme, la dénomination et le siège statutaire de la société qui fusionne;
- b) le registre de commerce et des sociétés auprès duquel les actes visés à l'article 9 ont été déposés par la société de droit luxembourgeois lorsque cette société est la société absorbante et le numéro d'immatriculation dans ce registre; si la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit la tenue d'un registre, le registre auprès duquel les actes visés à l'article 3, paragraphe 2, de la *directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers* ont été déposés par la société de droit étranger et si la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit un numéro d'inscription dans ce registre, le numéro d'inscription dans ce registre;
- c) une indication pour chacune des sociétés qui fusionnent des modalités d'exercice des droits des créanciers de la société concernée, ainsi que l'adresse à laquelle peut être obtenue, sans frais, une information exhaustive sur ces modalités.“

Art. 10.– A l'article 263 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié et un paragraphe (7) nouveau inséré comme suit:

„(1) La fusion requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés qui fusionnent et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou des parts, après examen des rapports visés aux articles 265 et 266. Cette décision requiert les conditions de quorum de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts.“

„(7) En cas de fusion transfrontalière, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière.“

Art. 11.– L'article 264 point (a) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

- „a) la publicité prescrite à l'article 262 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelées à se prononcer sur le projet commun de fusion;“

Art. 12.– L'article 265 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 265.** L'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport écrit détaillé à l'intention des associés expliquant et justifiant du point de vue

juridique et économique le projet commun de fusion et en particulier le rapport d'échange des actions ou parts.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

En cas de fusion transfrontalière, le rapport est mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. Le rapport explique les conséquences de cette fusion pour les associés, les créanciers et les salariés. Si l'organe de direction ou d'administration de l'une ou de l'autre des sociétés qui fusionnent reçoit à temps un avis émis par les représentants de ses salariés, cet avis est annexé au rapport."

Art. 13.– A l'article 266 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié et un paragraphe (5) nouveau inséré comme suit:

„(1) Le projet commun de fusion doit faire l'objet d'un examen et d'un rapport écrit destiné aux associés. Cet examen sera fait et ce rapport sera établi pour chacune des sociétés qui fusionnent par un ou plusieurs experts indépendants à désigner par l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent. Ces experts doivent être choisis parmi les réviseurs d'entreprises. Toutefois il est possible de faire établir le rapport par un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent. Dans ce cas la désignation est faite, sur requête conjointe des sociétés qui fusionnent, par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société absorbante a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

En cas de fusion transfrontalière, le rapport susdit doit être disponible un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

En cas de la constitution d'une société européenne (SE) par la voie de fusion ou en cas de fusion transfrontalière, les sociétés qui fusionnent peuvent demander conjointement la désignation d'un ou de plusieurs experts indépendants au magistrat président une chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel une des sociétés a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé ou à l'autorité judiciaire ou administrative d'un autre Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou recourir à un ou plusieurs experts indépendants agréés par une telle autorité."

„(5) Ni un examen du projet commun de fusion par des experts indépendants ni un rapport d'expert ne sont requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en ont ainsi décidé."

Art. 14.– A l'article 267 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Tout associé a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion, de prendre connaissance, au siège social, des documents suivants:

- a) le projet commun de fusion;
- b) les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent;
- c) un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet commun de fusion au cas où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date;
- d) les rapports des organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent mentionnés à l'article 265;
- e) le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 266."

Art. 15.– A l'article 270 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales les paragraphes (1) et (3) sont modifiés comme suit:

„(1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée."

„(3) A défaut de convocation de l’assemblée prévue au paragraphe précédent ou, en cas de refus d’acceptation par celle-ci de la modification proposée, les titres en cause sont rachetés au prix correspondant à leur évaluation faite dans le projet commun de fusion et vérifiée par les experts indépendants prévus à l’article 266.“

Art. 16.– L’article 271 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 271.** (1) Les procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion sont établis par acte notarié; il en est de même du projet commun de fusion lorsque la fusion ne doit pas être approuvée par les assemblées générales de toutes les sociétés qui fusionnent.

(2) Le notaire doit vérifier et attester l’existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet commun de fusion.

En cas de constitution d’une société européenne (SE) par la voie d’une fusion ou en cas de fusion transfrontalière, le notaire délivre sans délai un certificat attestant d’une manière concluante l’accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion pour la partie de la procédure relative à la société de droit luxembourgeois.

Lorsqu’une société européenne (SE), constituée par voie de fusion, est appelée à établir son siège statutaire au Luxembourg, ou lorsque la fusion transfrontalière se réalise par l’absorption par une société de droit luxembourgeois d’une société de droit étranger, le notaire, en vue d’effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe, reçoit de chaque société qui fusionne, dans un délai de six mois à compter de sa délivrance, le certificat visé à l’alinéa précédent, établi par un notaire ou toute autorité compétente selon la législation nationale de chaque société qui fusionne ainsi qu’une copie du projet commun de fusion approuvé par chaque société. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions légales arrêtées en application de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l’implication des travailleurs à l’article 16 de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

(3) En cas de fusion transfrontalière, si le droit d’un Etat dont relève une société qui fusionne prévoit une procédure permettant d’analyser et de modifier le rapport d’échange des titres ou des parts, ou une procédure visant à indemniser les associés minoritaires, sans empêcher l’immatriculation de la fusion transfrontalière, cette procédure ne s’applique que si les autres sociétés qui fusionnent et qui sont situées dans un Etat ne prévoyant pas ce type de procédure acceptent explicitement, lorsqu’elles approuvent le projet de fusion transfrontalière, la possibilité offerte aux associés de cette société qui fusionne d’avoir recours auxdites procédures à engager auprès de l’autorité compétente pour cette société qui fusionne. Dans ce cas, le notaire ou l’autorité compétente visée à l’alinéa précédent peut délivrer le certificat y visé, même si une procédure de ce type est engagée. Le certificat doit cependant indiquer que la procédure est en cours. La décision prise à l’issue de la procédure lie la société issue de la fusion transfrontalière et l’ensemble de ses associés.“

Art. 16bis.– Le paragraphe (1) de l’article 273 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„La fusion n’a d’effet à l’égard des tiers qu’après la publication faite conformément à l’article 9 des procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion pour chacune des sociétés qui fusionnent ou, en l’absence d’une telle assemblée, de la publication faite conformément à l’article 9 d’un certificat d’un notaire établi à la requête de la société concernée, constatant que les conditions de l’article 279 ou de l’article 281 sont remplies.“

Art. 17.– Le paragraphe (3) de l’article 273bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié et devient le paragraphe (1) d’un article 273ter nouveau qui est complété par deux paragraphes (2) et (3) comme suit:

„(1) Par dérogation aux articles 272 et 273, la fusion par absorption d’une société de droit étranger est réalisée et prend effet à l’égard des tiers à partir de la date de la publication conformément à

l'article 9 du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui décide la fusion. Cette date doit être postérieure à l'accomplissement des contrôles visés à l'article 271.

(2) Le registre de commerce et des sociétés notifie sans délai au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne était tenue de procéder au dépôt des actes que la fusion transfrontalière a pris effet.

(3) En cas d'absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société de droit étranger, la radiation de la société absorbée s'effectue dès réception par le registre de commerce et des sociétés de la notification de la prise d'effet de la fusion par le registre dont relève la société absorbante, mais pas avant."

Art. 18.– L'article 274 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est complété par un paragraphe (4) dont la teneur est la suivante:

„(4) En cas d'opérations de fusion transfrontalière, les droits et obligations des sociétés participantes résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet conformément aux dispositions de l'article 273ter paragraphe (1) sont transférés à la société absorbante à la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière."

Art. 19.– L'article 275 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 275.** Les associés de la société absorbée peuvent poursuivre individuellement et exercer contre les membres des organes d'administration ou de direction et les experts prévus par l'article 266 une action en responsabilité pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient subi par suite d'une faute commise par les membres des organes d'administration ou de direction lors de la préparation et de la réalisation de la fusion ou par les experts lors de l'accomplissement de leur mission. La responsabilité pèse solidairement sur les membres des organes d'administration ou de direction ou les experts de la société absorbée ou, le cas échéant, sur les uns et les autres. Toutefois chacun de ceux-ci peut s'en décharger s'il démontre qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable."

Art. 20.– L'article 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

- „**Art. 276.** (1) La nullité de la fusion ne peut intervenir que dans les conditions suivantes:
- a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;
 - b) lorsque la fusion est réalisée conformément à l'article 272, elle ne peut être prononcée que pour défaut d'acte notarié ou, le cas échéant, sous seing privé, ou bien s'il est établi que la décision de l'assemblée générale de l'une ou de l'autre des sociétés participant à la fusion est nulle;
 - c) l'action en nullité ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée;
 - d) lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de la fusion, le tribunal compétent accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation;
 - e) la décision prononçant la nullité de la fusion fait l'objet d'une publicité selon les modes prévus à l'article 9;
 - f) la tierce opposition contre la décision prononçant la nullité de la fusion n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publicité de la décision effectuée selon l'article 9;
 - g) la décision prononçant la nullité de la fusion ne porte atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit de la société absorbante, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 272;
 - h) les sociétés ayant participé à la fusion répondent solidairement des obligations de la société absorbante visées sous g).

(2) Par dérogation au paragraphe (1) point b), la nullité d'une fusion destinée à constituer une société européenne (SE) ne peut être prononcée lorsque la société européenne (SE) est immatriculée au registre de commerce et des sociétés.

La société européenne (SE) pourra être dissoute lorsque le contrôle de la légalité de la fusion n'aura pas été effectué conformément à l'article 271(2).

(3) Par dérogation au paragraphe (1) point c), la nullité d'une fusion par absorption d'une société de droit étranger ayant pris effet conformément à l'article 273ter ne peut être prononcée."

Art. 21.– A l'article 277 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (3) est modifié et un paragraphe (5) nouveau inséré comme suit:

„(3) Le projet commun de fusion qui contient le projet de l'acte constitutif de la nouvelle société doit être approuvé par l'assemblée générale de chacune des sociétés qui disparaissent. La nouvelle société existera à partir de la dernière approbation.“

„(5) En cas de fusion transfrontalière par constitution d'une société nouvelle, lorsque la société nouvelle issue de la fusion est de droit luxembourgeois, le contrôle de légalité du notaire prévu au paragraphe (2) de l'article 271 porte également sur la partie de la procédure relative à la constitution de la société nouvelle issue de la fusion transfrontalière.“

Art. 22.– L'intitulé de la „Sous-section 3“ de la „Section XIV. Des fusions“ est modifié comme suit:

„Sous-section 3.– Absorption d'une société par une autre possédant 90% ou plus des actions, parts et titres conférant le droit de vote de la première“

Art. 23.– L'article 278 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 278.** Si la société absorbante est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant droit de vote des sociétés à absorber, ces dernières lui transfèrent par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement. L'opération est soumise aux dispositions de la section XIV, sous-section I à l'exception de l'article 261 paragraphes (2)b), c) et d) des articles 265 et 266, de l'article 267 paragraphes (1)d) et e), de l'article 274 paragraphe (1)b) ainsi que de l'article 275.

L'alinéa précédent n'est pas applicable aux sociétés européennes (SE).

En cas de fusion transfrontalière, les dispositions des articles 265 et 267 paragraphe (1) d) restent applicables.“

Art. 24.– A l'article 279 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le texte actuel devient le paragraphe (1) et il est inséré un deuxième paragraphe comme suit:

„En cas de fusion transfrontalière, l'article 263 paragraphe (1) n'est pas applicable à la société ou aux sociétés absorbées.“

Art. 25.– A l'article 281 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le texte actuel devient le premier paragraphe dans lequel le point a) du 1er alinéa est modifié et un deuxième alinéa est inséré ainsi qu'un deuxième paragraphe est inséré comme suit:

„ a) la publicité prescrite à l'article 262 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion;“

„Les dispositions susvisées ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières.“

„(2) Lorsqu'une fusion transfrontalière par absorption est réalisée par une société qui détient 90% ou plus, mais pas la totalité des actions, parts et autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société ou des sociétés absorbées, les rapports d'un ou des experts indépendants et les documents nécessaires pour le contrôle sont exigés uniquement dans la mesure où ils sont requis par la législation nationale dont relève la société absorbante ou par la législation nationale dont relève la société absorbée.“

Art. 26.– A l'article 287 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La scission par absorption est l'opération par laquelle une société soit transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs autres sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement ou passivement, soit transfère, sans dissolution, à une ou plusieurs autres sociétés, une partie ou l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 27.– A l'article 288 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La scission par constitution de nouvelles sociétés est l'opération par laquelle une société soit transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs sociétés nouvellement constituées, l'ensemble de son patrimoine, activement ou passivement, soit transfère, sans dissolution, à une ou plusieurs sociétés nouvellement constituées, une partie ou l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à ses associés d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 28.– L'article 295 paragraphe (1) point e) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„e) le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 294“

Art. 29.– L'article 296 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:

„**Art. 296.** (1) Ni un examen du projet de scission ni le rapport d'expert prévu à l'article 294, paragraphe 1 ne sont requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la scission en ont ainsi décidé.

(2) Les articles 293 et 295, paragraphe (1) c) et d) ne s'appliquent pas, si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote des sociétés participant à la scission y ont renoncé.“

Art. 30.– Le Chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail est complété par une Section 4 de la teneur suivante:

„Section 4. Participation des salariés en cas de fusions transfrontalières de sociétés

Art. L. 426-13. Les sections 1 et 2 du présent chapitre sont applicables en cas de fusions transfrontalières de sociétés au sens de l'article 257 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Art. L. 426-14. Si le seuil d'occupation prévu à l'article L. 426-1 paragraphe (1) n'est pas atteint, les principes et modalités prévus à l'article 12, paragraphes 2, 3 et 4 du règlement (CE) No 2157/2001 et les dispositions de référence pour la participation des salariés prévues au titre IV du Livre IV s'appliquent mutatis mutandis.

Art. L. 426-15. (1) Les organes compétents des sociétés participant à la fusion transfrontalière peuvent choisir d'être soumis à l'article L. 426-14 sans négociation préalable et à compter de la date d'immatriculation de la société issue de la fusion transfrontalière.

(2) L'organe spécial de négociation a le droit de décider à la majorité des deux tiers de ses membres représentant au moins deux tiers des salariés y compris les voix des membres représentant les salariés dans au moins deux Etats membres différents, de ne pas ouvrir de négociations, ou de mettre fin aux négociations déjà engagées, et de se fonder sur les règles de participation prévues aux sections 1 et 2 du présent chapitre.

Art. L. 426-16. Toute société issue d'une fusion transfrontalière qui est régie selon un régime de participation des salariés est tenue de prendre les mesures nécessaires pour assurer que les droits en matière de participation des salariés soient protégés en cas de fusion nationale ultérieure pendant un délai de trois ans après la fusion transfrontalière.“

Art. 31.– Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion de sociétés pour laquelle le projet commun de fusion visé à l'article 262 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est publié le premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi a pour objet de transposer:

- 1) 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 directive 2005/56/CE)¹,
- 2) 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 et de la directive (ci-après la directive 2006/68/CE)², et
- 3) la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (ci-après la directive 2007/63/CE)³.

La directive 2005/56/CE a pour objet de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux en proposant un cadre législatif simplifié et en visant à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent. Selon le régime établi par la directive, une fois la nouvelle entité issue de la fusion créée, une seule législation nationale s'applique: celle de l'Etat membre où elle a établi son siège. La directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents. Les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) sont cependant exclues de son champ d'application. De plus, les Etats membres disposent d'une option pour exclure de son champ d'application les sociétés coopératives; option qui n'a pas été prise pour le Luxembourg.

Cette directive a déjà été partiellement transposée en droit national par la première loi du 23 mars 2007 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, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle⁴ permettant expressément les fusions transfrontalières et la deuxième loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales⁵ qui visait à assurer la sécurité juridique de l'opération de fusions transfrontalières par le biais des mesures suivantes: 1) réduction de la période de prescription de l'action en nullité de l'opération une fois que celle-ci a été réalisée, 2) introduction du point de vue procédural, d'une disposition prévoyant que le notaire luxembourgeois actant la fusion (en cas de fusion par absorption par une société luxembourgeoise d'une société de droit étranger) peut se fonder sur un certificat probant émis par une autorité ou un notaire de droit étranger attestant que les procédures nationales requises ont été respectées en ce qui concerne la société étrangère absorbée

1 JO L 310 du 25.11.2005, p. 1

2 JO L 264 du 25.9.2006, p. 32

3 JO L 300 du 17.11.2007, p. 47

4 Mémorial A – No 46 du 30 mars 2007, p. 816

5 Mémorial A – No 46 du 30 mars 2007, p. 826

et que le projet de fusion soumis à l'approbation des actionnaires de la société étrangère est bien identique au projet soumis aux actionnaires de la société absorbante luxembourgeoise et 3) détermination du point de départ des effets de la fusion à l'égard des actionnaires et des tiers (voir exposé des motifs du projet de loi No 5658).

Il restait cependant à finaliser la transposition de certains articles de la directive (champ d'application, projet commun de fusion transfrontalière, exigences en matière de publication, rapport sur le projet de fusion transfrontalière préparé par les organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent, notification sans délai par le registre de commerce et des sociétés au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne est tenue de procéder au dépôt des actes de la prise d'effet de la fusion transfrontalière, notification par le registre de commerce de la radiation de la société luxembourgeoise absorbée, etc.). La transposition de ces modalités fait l'objet du présent projet de loi, lesquelles sont inspirées d'un esprit de libéralisme économique caractéristique de la matière du droit luxembourgeois des sociétés.

Les dispositions de la directive relatives au volet participation des travailleurs sont transposées dans une nouvelle Section 4 du chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail.

La directive 2006/68/CE a pour objet de faciliter et de simplifier le rassemblement de capitaux et la restructuration de l'actionnariat dans les sociétés anonymes.

Certains aspects du système établi par la deuxième directive en matière de „droit des sociétés“ quant aux garanties minimales accordées aux actionnaires et aux créanciers lors de la constitution de sociétés anonymes ou de modification par ces sociétés de leur capital social ayant été jugés trop rigides et coûteux, des modifications ont été proposées, notamment en 1999 par le groupe SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market - simplification de la législation du marché intérieur) et en 2002 par le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés établi par la Commission européenne.

La directive met en œuvre certaines de ces recommandations portant, notamment, sur l'émission d'actions en contrepartie d'apports en nature et l'acquisition par une société de ses propres actions. En outre, les règles actuelles relatives à l'assistance financière qu'une société peut fournir à un tiers en vue de l'acquisition de ses actions sont assouplies.

La directive permet aux Etats membres, à certaines conditions, de dispenser les sociétés de certaines obligations spécifiques en matière de communication d'informations et de faciliter la restructuration de l'actionnariat. A cet égard, dans l'esprit de la tradition de libéralisme économique qui caractérise le droit luxembourgeois des sociétés, le présent projet de loi a adopté une approche très libérale quant aux options offertes aux Etats membres. Enfin, la directive prévoit également des garanties harmonisées pour les créanciers dans le contexte d'une réduction du capital.

La directive 2007/63/CE permet, dans le cadre d'opérations de fusion ou scission purement nationales, un assouplissement de la procédure de contrôle du projet de fusion par des experts indépendants si l'ensemble des actionnaires convient que le rapport des experts indépendants sur le projet de fusion n'est pas nécessaire, à l'instar de ce que prévoit la directive 2005/56/CE.

*

COMMENTAIRES DES ARTICLES

Article 1er

Transposition de l'article 10ter, paragraphe 3 de la directive 77/91/CEE tel qu'introduit par la directive 2006/68

L'article 10ter, paragraphe 3 de la directive 77/91/CEE impose de prévoir dans la législation nationale des garanties adéquates quant au respect des procédures adoptées à l'article 10bis et 10ter (transposés dans le présent projet de loi à l'article 26-1 (3bis) à (3sexies) - voir article 2 du présent projet de loi -). Un contrôle par le notaire du respect des conditions de constitution d'une société existe déjà à l'article 26 (2) de la loi de 1915, sans viser pour autant expressément certains articles tel l'article 26-1 se rapportant à l'émission d'actions en contrepartie des apports autres qu'en numéraire. Pour y palier, il est proposé de reprendre ici une modification prévue au projet de loi No 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 (article I. 10)). Selon les commentaires du projet de loi No 5730: „Le paragraphe (2) tel que modifié ici avait déjà été inséré dans le cadre du projet de loi 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées et n'avait pas donné lieu à des observations du Conseil d'Etat ou des chambres professionnelles. Par ce paragraphe, le contrôle du notaire est formellement étendu au respect des dispositions des articles 26-1 (contrôle du réviseur des apports en nature), 26-3 (constitution du capital par des éléments susceptibles d'évaluation) et 26-5 (pas d'émission d'action sous le pair comptable)“. Les nouveaux paragraphes (3bis) à (3sexies) faisant partie de l'article 26-1 déjà visé globalement dans le texte proposé initialement, il suffit d'en reprendre le libellé tel quel dans le présent projet de loi sans y apporter de nouvelles modifications.

Article 2

Transposition des articles 10bis et 10ter paragraphes 1 et 2 de la directive 77/91/CEE tel qu'introduits par la directive 2006/68

Article 26-1 (3bis):

L'article 10bis, paragraphe 1 de la directive 77/91/CEE telle que modifiée permet aux Etats membres de ne pas imposer un rapport par un expert indépendant portant sur des apports en nature lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières de sociétés cotées. Dans l'optique libérale traditionnelle de la législation luxembourgeoise, il a été opté pour cette simplification des modalités de contrôle de ce type d'apports lorsque ces valeurs ou instruments sont évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de ladite directive au cours d'une période de 6 mois, précédant la date effective de l'apport. Il est à noter que le terme de „prix moyen pondéré“ doit se comprendre comme une pondération en fonction du volume des valeurs mobilières qui ont été négociées à un prix donné, le prix moyen n'étant donc pas une simple moyenne arithmétique des différents prix constatés sur une période donnée. Il est à noter que selon le 2ème alinéa de ce paragraphe, la dispense d'un rapport ne subsiste que tant que les valeurs mobilières en question n'ont pas connu des variations sensibles suite à des circonstances exceptionnelles (un krach boursier par exemple).

Article 26-1 (3ter):

Ce paragraphe correspond à l'article 10bis, paragraphe 2 de la directive modifiée 77/91/CEE. L'hypothèse visée ici est celle d'éléments d'actifs autres que des valeurs mobilières ou instruments du marché monétaire qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un expert indépendant, étant précisé que l'expert indépendant en question doit être un réviseur d'entreprises pour être en ligne avec les exigences déjà posées en droit luxembourgeois à l'article 26-1 (2) de la loi de 1915. Ici encore un garde-fou est établi et il est requis de procéder à une réévaluation sous la responsabilité de l'organe d'administration ou de direction de la société du bien en question en cas de modification sensible de la juste valeur du bien. A défaut de réévaluation par cet organe, les actionnaires minoritaires représentant au moins 5% du capital souscrit de la société peuvent demander une nouvelle évaluation.

Article 26-1 (3quater):

Ce paragraphe correspond à l'article 10bis, paragraphe 3 de la directive modifiée 77/91/CEE. Les éléments d'actifs visés sont cette fois les éléments autres que les valeurs mobilières ou instruments du

marché monétaire qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur dans le cadre des comptes annuels de l'exercice précédent de la société à condition qu'ils aient été révisés. Le même garde-fou que celui prévu au paragraphe (3ter) est mis en place.

Article 26-1 (3quinquies):

Ce paragraphe correspond à l'article 10ter, paragraphe 1 de la directive modifiée 77/91/CEE. Il prévoit, à titre de mesure de transparence, la publication d'une déclaration par l'organe d'administration ou de direction comprenant un certain nombre d'informations quant à l'actif apporté et son évaluation. Pour alléger la rédaction, le texte initial de la directive a été scindé en 2 phrases distinctes, le membre de phrase „outre les indications exigées par l'article 3, point h)“ reprises *in extenso* dans le texte étant transposé dans une 2ème phrase séparée. Il est à noter que la date effective de l'apport est la date à laquelle l'apport est constaté par l'acte notarié.

Article 26-1 (3sexies):

Ce paragraphe correspond à l'article 10ter, paragraphe 2 de la directive modifiée 77/91/CEE. Il vise l'hypothèse d'une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé. Dans ce cas, il est noté qu'une première annonce avec les informations prévues au paragraphe 3(quinquies) doit être publiée avant la réalisation effective de l'apport. Une deuxième publication a ensuite lieu dans le délai d'un mois après la date effective de l'apport conformément au paragraphe 3(quinquies); cette publication se limitant toutefois à une attestation selon laquelle il n'y a eu aucune circonstance nouvelle depuis la première annonce.

Article 3

Transposition de l'article 19 paragraphe 1 de la directive 77/91/CEE tel que modifié par l'article 1 paragraphe 4 de la directive 2006/68

A l'origine, la 2ème directive limitait l'autorisation donnée par l'assemblée pour l'acquisition par la société de ses propres actions à 18 mois. La directive 2006/68 a maintenant porté cette durée à 5 ans.

Par ailleurs, la limite de 10% du capital souscrit pour ces acquisitions n'est plus imposée obligatoirement, la directive laissant aux Etats Membres le choix de maintenir cette limite (cf. le point i) de l'alinéa 2 de l'article 19 paragraphe 1 comme modifié) ou non.

La nécessité de maintenir une telle limite ne paraissant pas nécessaire, le présent projet de loi a pris pour option de ne pas maintenir cette exigence en droit luxembourgeois ni d'introduire les autres exigences énoncées aux points ii) à v) de l'alinéa 2 de l'article 19 paragraphe 1. L'article 49-2 de la loi de 1915 ne reprend donc en substance que les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 19 paragraphe 1.

Article 4

Transposition de l'article 23 paragraphe 1 de la directive 77/91/CEE tel que modifié par l'article 1 paragraphe 4 de la directive 2006/68

De par la modification apportée à l'article 23 de la 2ème directive, la directive 2006/68 permet désormais aux sociétés anonymes d'accorder une aide financière en vue de l'acquisition de leurs actions par un tiers, dans la limite de leurs réserves distribuables, afin de renforcer la flexibilité face aux modifications des droits attachés à la participation au capital de la société. L'article 49-6 (1) de la loi de 1915 reprend ce principe en déterminant sous les litterae a) à d) les conditions auxquelles est soumise une telle aide financière.

Article 5

Transposition de l'article 23bis de la directive 77/91/CEE tel qu'inséré par l'article 1 paragraphe 7 de la directive 2006/68

La directive imposant aux Etats membres de veiller par des garanties adéquates à ce que l'opération visée par le nouvel article 49-6 bis ne soit pas contraire aux intérêts de la société, il paraîtrait que la protection visée par l'article L. 225-40 du Code de commerce français réalise pareille protection en exigeant dans une situation de conflit d'intérêts potentiels la production par les commissaires aux comptes français d'un rapport sur cette opération et la soumission de ce rapport à l'approbation de

l'assemblée générale. Le texte a été adapté afin de viser tant les petites entreprises (commissaires) que les autres (réviseurs d'entreprises).

Article 6

Transposition des articles 1, 4 et 16 paragraphe 6 de la directive 2005/56/CE

L'article 1er de la directive 2005/56/CE définit le champ d'application de la directive. Le droit luxembourgeois est déjà largement ouvert aux fusions transfrontalières depuis la première loi du 23 mars 2007 qui autorise explicitement les fusions avec les sociétés et les groupements d'intérêt économique, même non communautaires, pour autant que la législation nationale gouvernant ces derniers ne s'y oppose pas.

Par rapport au texte actuel de l'article 257 alinéa 3 une précision a été apportée pour indiquer que la société de droit étranger doit se conformer aux dispositions et formalités de son droit national. Il est bien entendu que si le droit national ne prévoit pas de disposition spécifique aux fusions transfrontalières cela n'empêche pas qu'une telle fusion soit possible au regard du droit luxembourgeois puisque le droit étranger ne s'y oppose pas et que, par définition, les dispositions et formalités nationales inexistantes sont automatiquement respectées.

La deuxième phrase du point b) de l'article 4 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE n'a pas été reprise. En effet, le droit luxembourgeois caractérisé par son esprit libéral ne prévoyant pas la possibilité pour une autorité publique nationale de s'opposer pour des raisons d'intérêt public, ni à une fusion nationale, ni à une fusion impliquant une société relevant d'un autre Etat membre de l'UE, il n'y avait pas lieu de reprendre cette option pour les entités luxembourgeoises participant à une opération de fusion transfrontalière. Pour les sociétés relevant d'un Etat en dehors de l'UE, l'hypothèse est déjà couverte par le membre de phrase „... et que ce droit national ne s'y oppose pas“.

L'article 4 paragraphe 2 de la directive est transposé par l'ajout d'un nouvel alinéa 4 à l'article 257. Dans le cadre de cette transposition, le Luxembourg n'a pas fait le choix d'introduire des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux associés minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière.

L'article 16 paragraphe 6 de la directive est transposé par l'ajout d'un nouvel alinéa 5 qui dispose que la seule forme juridique en droit national permettant l'exercice des droits de participation des travailleurs est celle de la société anonyme.

Il est à noter que l'exclusion des OPCVM du champ d'application de la directive visée à l'article 3.3. n'a pas été prise en considération dans le présent projet de loi; les OPCVM de droit luxembourgeois peuvent quant à eux réaliser entre eux des opérations de fusion/scission.

Article 7

L'article 259 (1) a été modifié dans sa première phrase par l'ajout des mots „société préexistante“ après le mot „autre“ afin d'y apporter une précision linguistique.

Article 8

Transposition de l'article 5 de la directive 2005/56/CE

Dans le cadre de la transposition de la directive 2005/56/CE, les auteurs du projet de loi ont décidé, dans un souci de lisibilité du texte et parce qu'aucun argument en sens contraire ne s'y opposait, d'uniformiser les conditions applicables au régime tant des fusions nationales que des fusions transfrontalières. A l'exception des particularités inhérentes aux fusions transfrontalières, les deux types de fusions, à savoir, nationale et transfrontalière, reposent sur les mêmes principes qui en forment le tronc commun. Dès lors, le texte existant a été maintenu dans la mesure du possible. Néanmoins, des modifications de terminologie ont dû être introduites afin d'assurer une uniformité de texte. A titre d'exemple, les dispositions nationales issues de la 3ème directive en matière de droit des sociétés faisaient, notamment, référence à la terminologie suivante: „les organes de gestion des sociétés qui fusionnent“ et le „projet de fusion“. Ces références ont été respectivement modifiées en „les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent“ et „le projet commun de fusion“, termes issus de la directive 2005/56/CE. Ces adaptations se retrouvent dans toute la Section XIV de la loi modifiée du 10 août 1915. Enfin, un paragraphe spécifique sur le régime des fusions transfrontalières a été introduit dans les dispositions concernées, là où le texte actuel réglant le régime des fusions nationales n'était pas adapté ou adaptable au contexte international.

Par ailleurs, les auteurs du projet de loi ont maintenu, à dessein, la distinction entre la notion de siège social issue de la 3ème et 6ème directives et celle de siège statutaire introduite pour la première fois par le règlement (CE) No 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relative au statut de la société européenne (SE) et reprise également dans la directive 2005/56/CE aux motifs que ces deux notions ont des caractéristiques propres et relèvent de deux conceptions juridiques différentes imposées par des actes communautaires distincts. Leur uniformisation n'est donc pas justifiée.

Il est à remarquer également que le régime établi par la directive fusions transfrontalières vise à régler le sort tant de la société absorbée que de la société absorbante suite à la fusion. Du point de vue de droit luxembourgeois, dans le cas d'une fusion transfrontalière il y a donc, par définition, un élément d'extranéité, soit dans le cas de la société absorbante soit dans le cas de la société absorbée. Par définition donc, la présente loi ne viendra à s'appliquer que lorsque la société absorbante ou issue de la fusion est une société de droit luxembourgeois. En effet, lorsque la société issue de la fusion est une société de droit étranger, c'est le droit de cet Etat qui réglera les effets de la fusion dans son ordre national. Par conséquent, lorsque la directive 2005/56/CE fait référence à „chacune des sociétés qui fusionnent“, la présente loi mentionnera, le cas échéant, uniquement la „société absorbante“ seule concernée par le champ d'application de la présente loi.

Au point a) de l'article 261 (2), la formulation de l'article 5 (a) de la directive 2005/56/CE a été reprise. Elle vise tant le cas d'une constitution d'une société européenne (SE) par fusion que celui d'une fusion transfrontalière et trouve, par ailleurs, son utilité dans le cas d'une fusion nationale prenant la forme d'une fusion absorption suivie d'un changement de forme et/ou de siège.

Au point b) de l'article 261 (2), le libellé a été légèrement adapté et aligné sur celui de l'article 5 b) de la directive 2005/56/CE. Il suffit au regard de cette formulation que le projet commun de fusion indique une méthode permettant le calcul du rapport d'échange au moment où la fusion devient effective pour que le prescrit légal soit respecté.

Au point e) de l'article 261 (2), le membre de phrase „quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 272, 273, 273bis et 273ter“ a été ajouté. Ce point prévoit l'inclusion dans le projet commun de fusion de la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour la société absorbante. Le terme société absorbante recouvre aussi le cas de la société absorbante dans le cas d'une fusion transfrontalière. Par le jeu de l'article 277, ce terme désigne également la société nouvelle dans le cas d'une fusion par constitution d'une nouvelle société. Il a par ailleurs été ajouté que cette date doit être précisée indépendamment de la date d'effet de la fusion telle qu'elle est définie dans les articles 272, 273, 273bis 273ter et (effet en interne et effet à l'égard des tiers) dès lors qu'il s'agit ici d'une prise en compte d'un point de vue purement comptable.

Au point g) la terminologie de la directive (article 5 h)) a été adaptée afin de préciser que les experts concernés sont, en droit national, les experts au sens de l'article 266.

Un nouveau paragraphe 4 a été ajouté en transposition de l'article 5 points d), i), j), k) et l) afin de prévoir les informations spécifiques supplémentaires requises dans le projet commun de fusion en cas de fusion transfrontalière. Les termes de ces points sont identiques à ceux des mêmes points de l'article 5 de la directive sauf le remplacement des mots „société issue de la fusion transfrontalière“ par „société absorbante“ (points a) et d)) pour la même raison que ce qui est expliqué en rapport avec l'article 261 (2) e).

Il est précisé pour le point c) de ce paragraphe 4 (point j) de l'article 5 de la directive 2005/56/CE que comme il s'agit de faire référence aussi bien aux mesures luxembourgeoises prises en application de l'article 16 de la directive 2005/56/CE qu'aux dispositions prises dans les autres pays de l'Espace Economique Européen (EEE) lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière impliquant une ou plusieurs sociétés relevant du droit d'un des Etats Membres, il est évident que ce point ne sera pas à renseigner dans le projet commun de fusion en cas de fusions transfrontalières impliquant des sociétés relevant de la législation d'Etats situés hors de l'EEE puisque la directive n'a pas vocation à couvrir ces hypothèses. Il est, en effet, possible voire probable que des procédures similaires permettant de fixer les modalités relatives à l'implication des travailleurs n'y existent pas.

Quant au point e) du nouveau paragraphe 4), il s'agit de la reproduction du point l) de l'article 5 de la directive 2005/56/CE sauf que le mot „transfrontalière“ n'a pas dû être repris puisque le paragraphe a été inséré dans un paragraphe visant les seules fusions transfrontalières.

*Article 9**Transposition de l'article 6 de la directive 2005/56/CE*

A l'article 262 (1), le texte actuel pour les fusions nationales est conforme aux exigences de la directive. Seul le mot „projet“ a été remplacé par les mots „projet commun“ pour aligner la formulation employée sur celle de la directive 2005/56/CE.

Il est ajouté un nouveau paragraphe (2) en transposition de l'article 6 (2) de la directive 2005/56/CE. Comme ce nouveau paragraphe traite des fusions transfrontalières (communautaire et extracommunautaire), la première partie du point b) envisage l'opération de fusion transfrontalière du point de vue d'une société de droit luxembourgeois qui sera, par définition, soit la société absorbante soit la société nouvelle et la référence au registre visé par la directive est alors celle du registre de commerce et des sociétés, tandis que la référence au numéro d'inscription dans ce registre est celle du numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés. La deuxième partie de cet article envisage ensuite l'opération de fusion transfrontalière du point de vue du droit étranger. Si la législation de l'Etat dont la société relève est situé dans l'EEE, les dispositions de la directive s'appliquent; si cet Etat est situé hors EEE, il apparaît nécessaire d'indiquer que la disposition s'applique pour autant que la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit (i) la tenue d'un registre auprès duquel les actes visés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 68/151/CEE ont été déposés par la société de droit étranger et (ii) le numéro d'inscription dans ce registre.

Il est à relever qu'en l'absence de mesure de publicité supplémentaire imposée au Luxembourg, il n'y a pas lieu de transposer la référence aux exigences supplémentaires imposées par l'Etat membre auxquelles la société luxembourgeoise participant à l'opération de fusion serait soumise telle que prévue au 1er alinéa de l'article 6 paragraphe 2 de la directive 2005/56/CE.

Le point a) du 2ème paragraphe fait quelque peu double emploi avec celui figurant au projet commun de fusion (Art. 261 (2) a) aux termes duquel, la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion font déjà l'objet d'une publication au Mémorial suivant le droit luxembourgeois). Néanmoins, il a paru utile de reprendre cette information dans le contexte des informations supplémentaires demandées au titre des points b) et c) du paragraphe 2 de l'article 6 de la directive 2005/56/CE.

*Article 10**Transposition de l'article 9 de la directive 2005/56/CE*

Le paragraphe (1) de l'article 263 a été modifié afin de transposer l'article 9 (1) de la directive 2005/56/CE. Il a donc été ajouté dans ce paragraphe que la décision de l'assemblée générale intervient après la prise de connaissance des rapports de l'organe d'administration ou de direction et du ou des experts indépendants visés aux articles 265 et 266.

Un nouveau paragraphe (7) a été inséré en transposition de l'article 9 (2) de la directive 2005/56/CE afin d'indiquer que l'assemblée générale peut subordonner la réalisation de l'opération de fusion transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités de participation des travailleurs telles qu'elles résultent des négociations devant intervenir en application des mesures de transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE.

*Article 11**Transposition de l'article 9 de la directive 2005/56/CE*

Le point a) de l'article 264 a été adapté d'un point de vue de terminologie („projet commun de fusion“). Quant au fond, le Luxembourg ayant fait usage de l'option ouverte à l'article 8 de la directive 78/855/CEE pour les fusions nationales, il est logique de permettre également dans le cas de fusions transfrontalières qu'une approbation par la société absorbante ne soit pas requise si les conditions de l'article 264 de la loi de 1915 sont remplies. L'article étant applicable par défaut aux fusions nationales et transfrontalières, il n'y a pas lieu à modifier spécialement l'article 264 sur ce point dans le contexte des fusions transfrontalières.

*Article 12**Transposition de l'article 7 de la directive 2005/56/CE*

L'article 265 alinéa 1 a été adapté d'un point de vue de terminologie et comprend la précision que le ou les experts indépendants chargés d'examiner le projet de fusion peuvent également être agréés

ou désignés par une autorité d'un Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionne ou la société issue de la fusion.

Un nouvel alinéa 3 a été ajouté afin de transposer l'article 7 de la directive 2005/56/CE et de souligner les différences par rapport à la procédure de fusion nationale.

Article 13

Transposition de l'article 8 de la directive 2005/56/CE

Transposition de l'article 2 1) de la directive 2007/63/CE

A l'article 266 (1), le premier alinéa a été adapté d'un point de vue de terminologie. Il est à relever que dans le cas de sociétés étrangères impliquées dans une fusion transfrontalière l'expert indépendant amené à faire son rapport sur le projet commun de fusion n'est pas forcément un réviseur d'entreprises. L'intervention du tribunal lorsque la désignation est faite par une autorité luxembourgeoise donne dès lors toute garantie quant à la vérification de la compétence et de l'indépendance de la personne ainsi désignée.

Un deuxième alinéa a été ajouté au paragraphe (1) en transposition de l'article 8(1) de la directive 2005/56/CE afin de préciser que le rapport visé à l'alinéa 1 doit être disponible un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

Le troisième alinéa du paragraphe (1) a été adapté d'un point de vue de terminologie et comprend la précision que le ou les experts indépendants chargés d'examiner le projet de fusion peuvent également être agréés ou désignés par une autorité d'un Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la société issue de la fusion.

Un nouveau paragraphe (5) a été ajouté à ce même article 266 en transposition de l'article 8(4) de la directive 2005/56/CE et de l'article 2 1) de la directive 2007/63/CE. Ce nouveau paragraphe s'applique donc tant aux fusions nationales que transfrontalières. Il est à noter que suite à l'introduction de cette possibilité de renoncer au rapport du ou des experts indépendants, il a été nécessaire d'adapter le texte du point e) à l'article 267 (1) en ajoutant les mots „le cas échéant“ pour marquer le fait que ce rapport ne sera pas disponible au cas où les actionnaires y auraient renoncé.

Article 14

Transposition de l'article 2 2) de la directive 2007/63/CE

Le paragraphe 1) de l'article 267 a été adapté d'un point de vue de terminologie („projet commun de fusion“).

Le point e) du paragraphe 1) a été adapté en raison de l'introduction d'un nouveau paragraphe 5 à l'article 266. Cette adaptation réalise la transposition de l'article 2 2) de la directive 2007/63/CE (voir plus haut le commentaire sous l'article 13 du présent projet de loi).

Article 15

Les paragraphes (1) et (3) de l'article 270 ont fait l'objet d'adaptations mineures de ponctuation et de terminologie.

Article 16

Transposition des articles 10 et 11 de la directive 2005/56/CE

L'article 271 a été adapté en vue de la transposition des articles 10 et 11 de la directive 2005/56/CE.

En particulier au paragraphe (2) alinéa 2 de l'article 271, à l'instar de ce qui a été décidé pour les SE, le notaire est désigné comme autorité compétente pour contrôler la légalité de l'opération de fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative aux sociétés qui relèvent du droit luxembourgeois. Le libellé de l'alinéa a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie employée dans la directive 2005/56/CE.

Le paragraphe 2 alinéa 3 de l'article 271 transpose l'article 11 paragraphes 1 et 2 de la directive 2005/56/CE.

Le paragraphe 3 de l'article 10 de la directive 2005/56/CE a été transposé au paragraphe 3 de l'article 271 bien qu'une procédure permettant d'analyser et de modifier le rapport d'échange des titres ou

des parts, ou une procédure visant à indemniser les associés minoritaires, sans empêcher l'immatriculation de la fusion transfrontalière n'existe pas en droit luxembourgeois. En effet, il s'agit de couvrir certaines hypothèses impliquant une société absorbante de droit luxembourgeois: si les actionnaires de cette société sont d'accord avec une telle procédure de recalcul des rapports d'échange prévue, par hypothèse, en droit étranger, le notaire étranger pourra délivrer le certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement correct des actes de formalité préalables à la fusion pour la partie de la procédure relative à la société de droit étranger, à savoir le pendant de la disposition prévue à l'article 271 (2) alinéa 2, nonobstant le fait qu'une telle procédure est engagée au niveau de la société absorbée de droit étranger et la décision à intervenir liera alors automatiquement la société issue de la fusion et ses associés.

Article 16bis

Cet article n'est pas directement lié à la transposition de la directive 2005/56/CE mais touche à un problème constaté dans la pratique dans le cadre des fusions nationales. En principe, la fusion nationale prend effet, à l'égard des tiers, à partir de la date de la publication selon l'article 273 tel qu'il est formulé. Cet article omet, cependant, de préciser que c'est de la publication du procès verbal des assemblées décidant de la fusion dont il s'agit. Or, il y a deux hypothèses dans lesquelles ne sont pas requises la tenue d'une assemblée de la société absorbante (l'hypothèse de l'article 281 où la société absorbante détient 90% au plus des titres de la société absorbée) ou la tenue tant de l'assemblée de la société absorbante et absorbée (l'hypothèse de l'article 279 où la société absorbante détient 100% des titres de la société absorbée). Pour pallier cette lacune, il est donc proposé de prévoir que dans ces hypothèses la publication d'un certificat notarié remplacera la publication du ou des procès-verbaux d'assemblée; certificat qui sera établi à la requête de la ou des sociétés concernées.

Article 17

Transposition des articles 12 et 13 de la directive 2005/56/CE

L'article 273ter qui transpose l'article 12 de la directive existait déjà sous la forme de l'article 273bis (3). En effet, le droit luxembourgeois définissait déjà depuis la deuxième loi du 23 mars 2007 qu'en matière de fusion transfrontalière, par exception au principe fixé à l'article 272 (effet interne de la fusion) et de l'article 273 (effet par rapport aux tiers), la fusion prend effet, aussi bien dans les relations internes („la fusion [...] est réalisée ...“) que par rapport aux tiers („... et prend effet à l'égard des tiers ...“), au moment de la publication du procès-verbal de l'assemblée de la société absorbante, celle-ci étant par définition la société absorbante de droit luxembourgeois, décidant la fusion. Il est à noter que contrairement à ce qui est possible dans le contexte d'une fusion nationale, l'hypothèse où il faut suppléer à la publication du procès-verbal par la publication d'un certificat du notaire ne se rencontre pas dans le cas d'une fusion transfrontalière pour laquelle il y a toujours lieu de tenir au moins une assemblée au niveau de la société absorbante.

Les paragraphes (2) et (3) sont en outre ajoutés en vue de transposer l'article 13 de la directive 2005/56/CE. S'agissant d'une disposition relative à la publicité de la réalisation de la fusion transfrontalière, c'est le registre de commerce et des sociétés qui, en droit national, 1) procède sans délai à la notification au registre auprès duquel chacune des sociétés participant à la fusion était tenue de procéder que la fusion transfrontalière a pris effet (cas de fusion par absorption d'une société de droit étranger par une société de droit luxembourgeois) ou 2) est le destinataire de la notification de la prise d'effet de la fusion dont relève la société absorbante (cas de fusion par absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société de droit étranger).

Article 18

Transposition de l'article 14 de la directive 2005/56/CE

Un nouveau paragraphe (4) est ajouté à l'article 274 afin de transposer le paragraphe (4) de l'article 14 de la directive 2005/56/CE, les autres paragraphes ne nécessitant pas de transposition. Ce nouveau paragraphe a été inséré à la suite du paragraphe (3) qui traite de la même question du transfert des droits et obligations résultant des contrats de travail existants mais qui ne peut viser la situation des fusions transfrontalières car la date d'effet n'est pas la même.

Article 19

L'article 275 a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE.

*Article 20**Transposition de l'article 17 de la directive 2005/56/CE*

Pour clarifier la présentation de l'article 276, le texte relatif à la nullité de la constitution d'une SE suite à une fusion et le texte relatif à la nullité d'une fusion transfrontalière ont été déplacés dans un paragraphe séparé. La substance de ces dispositions n'a toutefois pas été modifiée.

Article 21

L'article 277 a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE.

Article 22

Le libellé de la „Sous-section 3“ de la „Section XIV. Des fusions“ a été modifié pour tenir compte du fait que les articles 278, 280, 281 et 283 visent également les titres conférant droit de vote.

*Article 23**Transposition de l'article 2 paragraphe 2 point c) et de l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE 1er tiret*

L'article 278 a été retouché par la suppression du mot „anonyme“ en début de première phrase et par l'introduction d'une nouvelle phrase visant à sortir les sociétés européennes (SE) du champ d'application du 1er alinéa de l'article 278. Cette considération avait, à l'origine, conduit à un amendement de la Chambre des députés lors de l'adoption de la loi du 25 août 2006 ayant pour objet l'introduction du mot „anonyme“. Néanmoins, l'exclusion de la société européenne de la procédure prévue à l'article 278 n'étant pas forcément réalisée par l'adjonction du mot „anonyme“ en raison du fait que le droit commun des sociétés anonymes est applicable aux sociétés européennes (SE) sauf disposition contraire, il a paru préférable de supprimer le mot „anonyme“ en début de première phrase et de prévoir un alinéa *ad hoc* excluant explicitement les sociétés européennes (SE) de la procédure de l'article 278.

De plus, le libellé de la première phrase de l'article 278 a été complété afin de préciser comme en dispose l'article 2 paragraphe 2 point c) de la directive 2005/56/CE que dans le cas où la société absorbante détient la totalité des titres ou des parts représentatifs du capital social, de la ou des sociétés à absorber, ces dernières lui transfèrent par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement.

Enfin, un second alinéa a été ajouté à l'article 278 afin de transposer le premier tiret de l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE. Il faut relever à cet égard que le régime de fusion nationale (alinéa 1er) diffère de celui de la fusion transfrontalière (alinéa 2). En effet, le libellé même de l'article 15 paragraphe 1 de la directive ne prévoit pas l'exclusion de l'article 265 (rapport écrit de l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionne sur le projet de fusion) dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber alors que cet article est exclu dans les mêmes circonstances dans le cas d'une fusion nationale. Ceci peut paraître surprenant d'autant que l'article 15 paragraphe 1 premier tiret de la directive exclut bien dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, l'article 8 (article 266) qui exige la production d'un rapport d'experts indépendants sur le projet commun de fusion. Cette exclusion est logique puisque, par définition, les actionnaires de la société absorbante et de la société absorbée sont les mêmes. Par conséquent, dans un souci de transposition exact de la directive, l'exclusion de l'article 265 n'a donc pas été reprise. Par voie de conséquence, l'article 267 paragraphes (1) d) et e) reste lui aussi applicable dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber.

Il reste finalement à préciser le sort de l'article 275 (visé à l'alinéa 1er de l'article 273) dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber. Cet article est, en effet, exclu du régime de fusion nationale mais n'est pas visé par les exclusions de l'article 15 paragraphe 1 premier tiret de la directive. Il est permis de penser qu'en l'absence de référence dans la directive, cet article ne soit pas non plus applicable en cas de fusion transfrontalière puisque

l'article 275 est issu de la 3ème directive et que, par définition, en droit national, les associés de la société absorbée ne sont pas autorisés en cas de fusion impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, à poursuivre individuellement et à exercer contre les membres des organes de direction ou d'administration et les experts une action en responsabilité. Cette action en responsabilité étant exclue en cas de fusion nationale, il semble logique d'admettre qu'elle ne puisse non plus ne pas s'appliquer en cas de fusion transfrontalière.

Article 24

Transposition de l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE 2ème tiret

En prévoyant que l'article 9, paragraphe 1 de la directive ne s'applique pas dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE part, pour les fusions transfrontalières, d'un autre principe que celui retenu pour les fusions nationales. En effet, le principe général posé à l'article 263 (1) est celui de l'exigence d'une approbation de la fusion par les assemblées générales des deux sociétés qui fusionnent. Or, dans le cas où les conditions de l'article 279 sont réunies, comme les actionnaires de la société absorbée sont les mêmes que ceux de la société absorbante, cet article dispose, pour les fusions nationales, que l'article 263 paragraphe (1) n'est pas applicable et donc qu'aucune assemblée n'est nécessaire pour autant que les conditions de l'article 279 a) à c) soient respectées.

En revanche, pour le cas des fusions transfrontalières, l'article 15 paragraphe 1 de la directive 2005/56/CE 2ème tiret traite l'exception à l'exigence de la double assemblée (société absorbante et société absorbée) du point de vue de la société absorbée uniquement puisque cet article dispose que l'article 9 paragraphe 1 (l'article 263 paragraphe (1)) ne s'applique pas à la société ou aux sociétés absorbées. Cet article a donc été transposé par l'ajout d'un deuxième paragraphe à l'article 279. Il paraît évident que dans le cas d'une fusion transfrontalière, le paragraphe (1) de l'article 279 n'est pas d'application car si cela était le cas, plus aucune des deux assemblées générales (société absorbante et société absorbée) ne viendrait à approuver la fusion.

Article 25

Transposition de l'article 15 paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE

L'article 281 a été légèrement retouché pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE (mention de „projet commun“ à l'alinéa 1)). D'autre part, s'agissant d'une situation relative à une fusion nationale, il a été précisé que les dispositions visées au 1er alinéa ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières.

Un deuxième paragraphe a été inséré à cet article 281 afin de transposer l'article 15 paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE. En effet, bien que le droit luxembourgeois ne pose pas de règles particulières quant à la production d'un rapport d'un ou des experts indépendants au cas où la fusion absorption est réalisée par une société qui détient 90% ou plus des titres, il convient néanmoins de prévoir une disposition dans la loi de 1915 pour viser le cas où cette exigence serait posée par le droit de l'Etat membre dont relève la société absorbante ou absorbée.

Article 26

L'article 287 modifié a pour objet de permettre aux sociétés de réaliser une scission partielle. D'autres législations européennes telles que les législations italienne, espagnole et allemande ont, en effet, interprété l'article 25 de la directive 82/891/CEE comme autorisant une société à effectuer une opération de scission partielle. Cette opération a pour conséquence qu'au lieu de disparaître suite à sa dissolution sans liquidation, comme c'est le cas sous l'empire des dispositions actuelles, la société scindée continue à exister. La société faisant l'objet d'une scission partielle réduit son capital social à concurrence des apports faits à l'une ou l'autre des sociétés préexistantes ou à constituer et annule les actions ou parts d'autant. La ou les sociétés réceptrices vont alors émettre des actions ou parts à concurrence de cet apport et les attribuer directement aux actionnaires ou porteurs de parts de la société ayant fait l'objet de la scission partielle. Cette opération sera considérée comme fiscalement neutre ce qui n'est pas le cas de l'opération de transfert d'actifs d'une société à une autre suivi d'une réduction de capital de la société apporteuse et d'une émission d'actions ou parts de la société réceptrice de l'apport à concurrence de ce dernier.

L'article 288 traite de l'opération de scission par absorption.

Article 27

Voir le commentaire de l'article 25 concernant l'article 287. L'article 288 traite du volet de l'opération de scission par constitution de sociétés nouvelles.

Article 28

Transposition de l'article 3 1) de la directive 2007/63/CE

Le point e) du paragraphe 1) de l'article 295 a été adapté en raison de l'introduction d'un nouveau paragraphe 2 à l'article 296.

Article 29

Transposition de l'article 3 2) de la directive 2007/63/CE

Cette disposition transpose l'article 3 2) de la directive 2007/63/CE pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion d'une fusion ou d'une scission. Les références au paragraphe (2) aux articles 294 et 295 paragraphe (1) point e) ne sont plus nécessaires en raison de l'insertion du nouveau paragraphe (1) au présent article et de la modification apportée à l'article 295 paragraphe (1) point e).

Article 30

Transposition de l'article 16 paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de la directive 2005/56/CE

L'article 30 du projet introduit une nouvelle section 4 au chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail étant donné que l'article 16 de la directive a trait à la participation des travailleurs (laquelle fait référence en droit luxembourgeois à la notion de „participation des travailleurs“) en cas de fusions transfrontalières de sociétés.

Selon l'article 16 de la directive, le régime de participation applicable à la société issue de la fusion transfrontalière est celui de l'Etat où le siège de cette société est établi (article 16.1). Par exception, dans les cas visés au paragraphe 2, le régime peut être différent (hypothèses visées aux articles L. 426-13 à L. 426-16).

Cette nouvelle section comprendra les 4 articles suivants:

Article L. 426-13

Cet article fait un renvoi au droit commun c'est-à-dire aux sections 1 et 2 du même chapitre VI relatives à la représentation des salariés dans les sociétés anonymes pour confirmer l'applicabilité de ces dernières. La société de droit luxembourgeois est donc bien expressément soumise aux règles des sections 1 et 2 s'il s'agit d'une société anonyme.

Article L. 426-14

Etant donné que la directive prévoit un seuil de déclenchement de 500 salariés pour la participation des salariés dans les organes compétents de la société issue de la fusion transfrontalière, et que le droit commun luxembourgeois ne prévoit une telle représentation qu'à partir de 1.000 salariés, cet article couvre la représentation des salariés des sociétés occupant entre 500 et 1.000 salariés selon le modèle de la société européenne (SE).

Article L. 426-15

Le paragraphe (1) de cet article permet de choisir expressément et sans négociation préalable, l'application du modèle de la société européenne (SE) en ce qui concerne la participation des salariés.

Le paragraphe (2) prévoit que l'organe spécial de négociation a le droit de décider selon un système de majorité qualifiée de ne pas ouvrir de négociations ou de mettre fin aux négociations déjà engagées en se fondant sur les règles de participation prévues dans le droit commun.

Article L. 426-16

Cet article assure la protection des salariés en cas de fusion nationale ultérieure pour une durée de trois ans.

Article 31

Cette disposition transitoire vise à aménager un régime pour les fusions en cours.

Afin de ne pas perturber la sécurité juridique des opérations de fusion en cours, le régime transitoire prévoit que lorsque le projet commun de fusion prévu à l'article 262 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a déjà fait l'objet d'une publication, les règles actuelles restent d'application pour les opérations de fusion en cours. Les dispositions de la présente loi ne s'appliqueront qu'aux opérations de fusion pour lesquelles le projet commun de fusion de l'article 262 est publié après l'entrée en vigueur de la présente loi.

*

TABLEAUX DE TRANSPOSITION DES DIRECTIVES

Tableau de transposition de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

<i>Directive</i>	<i>Avant-projet de loi / texte existant</i>	<i>Commentaire</i>
Article premier – Champ d'application	Art. 257, al 3 L 1915	N'implique pas de modification: L'article 1er de la directive 2005/56 définit le champ d'application de la directive. Le droit luxembourgeois est déjà largement ouvert aux fusions transfrontalières depuis les lois du 23 mars 2007 qui autorise les fusions avec les sociétés et les groupements de droit étranger, même non communautaires, pour autant que le droit national gouvernant ces dernières ne s'y oppose pas. Le champ d'application de la loi luxembourgeoise est donc d'ores et déjà plus large que ce qu'exige la directive.
Article 2 – Définitions	Art. 2	
1) société de capitaux	Art. 257, al. 1 et 257 al. 3 L 1915	N'implique pas de modification: La législation luxembourgeoise s'appliquant à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique, il n'est pas nécessaire de reprendre la définition plus limitée de société de capitaux telle que définie dans la directive.
2) fusion		
a) définition de la fusion absorption	Art. 259 (1) L 1915	
b) définition de la fusion par constitution de société nouvelle	Art. 260 (1) L 1915	N'implique pas de modification: La définition nationale de la fusion par constitution de société nouvelle est déjà en ligne avec la définition de la directive.
c) fusion par l'unique actionnaire	Art. 278 L 1915	
Article 3 – Autres dispositions concernant le champ d'application	Art. 3	
Alinéa 1er	Art. 284 L 1915	N'implique pas de modification: L'article 284 assimile déjà les fusions absorptions et les fusions avec constitution de société nouvelle incluant le paiement d'une soulte supérieure à 10% aux opérations normales de fusion. <i>Il s'agissait en fait d'une option ouverte aux Etats Membres par la 3ème directive et qui a été utilisée par le Luxembourg lors de la transposition de celle-ci.</i> Comme le droit luxembourgeois admet déjà ce genre de fusion, il n'y a pas lieu de reprendre expressément la disposition de cet alinéa.

<i>Directive</i>	<i>Avant-projet de loi / texte existant</i>	<i>Commentaire</i>
Alinéa 2	Option non transposée	Comme le droit luxembourgeois admet déjà la fusion impliquant des sociétés commerciales de toute forme, il n'y a pas de raison d'exclure les sociétés commerciales du champ des opérations de fusions transfrontalières.
Alinéa 3	Art. 257, alinéa 3, in fine	N'implique pas de modification: Les OPCVM sont exclus du champ d'application de la directive en raison de la préparation d'une législation communautaire spécifique à ce type d'instrument. Les OPCVM de droit luxembourgeois peuvent réaliser entre eux des opérations de fusion/scission.
Article 4 – Conditions liées aux fusions transfrontalières	Art. 4	
1. a)	–	N'implique pas de modification: La disposition ne permet les fusions transfrontalières entre différents types de sociétés que dans la limite de ce qui est autorisé pour les fusions nationales. Ceci n'a pas lieu d'être repris en droit luxembourgeois qui permet déjà sans restriction les fusions entre sociétés de type différent au niveau national.
1. b)	Art. 257, alinéa 3 (4ème ligne)	
2.	257, alinéa 4	
Article 5 – projet commun de fusion transfrontalière	Art. 261	
a)	Art. 261 (2) a)	
b)	Art. 261 (2) b)	
c)	Art. 261 (2) c)	N'implique pas de modification: Disposition déjà existante qui ne nécessite pas de transposition
d)	Art. 261 (4) b)	
e)	Art. 261 (2) d)	N'implique pas de modification: Disposition déjà existante qui ne nécessite pas de transposition.
f)	Art. 261 (2) e)	
g)	Art. 261 (2) f)	N'implique pas de modification: Disposition déjà existante qui ne nécessite pas de transposition.
h)	Art. 261 (2) g)	
i)	Art. 261 (4) a)	
j)	Art. 261 (4) c)	
k)	Art. 261 (4) d)	
l)	Art. 261 (4) e)	
Article 6		
1.	Art. 262 (1)	
2.	Art. 262 (2)	

<i>Directive</i>	<i>Avant-projet de loi / texte existant</i>	<i>Commentaire</i>
Article 7 – Rapport de l’organe de direction ou d’administration	Art. 265	
Article 8 – Rapport de l’expert indépendant		
1.	Art. 266 (1) alinéa 2	
2.	Art. 266 (1) alinéa 3	
3.	Art. 266 (2), (3) et (4)	N’implique pas de modification: ceci est déjà couvert dans le texte existant
4.	Art. 266 (5) et art. 267 (1) e)	
Article 9 – Approbation par l’assemblée générale		
1.	Art. 263 (1)	
2.	Art. 263 (7)	
3.	Art. 264	
Article 10 – Certificat préalable à la fusion		
1. et 2.	Art. 271 (2) alinéa 2	
3.	Art. 271 (3)	
Article 11 – Contrôle de la légalité de la fusion transfrontalière		
1. et 2.	Art. 271 (2) alinéa 3	
Article 12 – prise d’effet de la fusion transfrontalière	Art. 273ter	
Article 13 – Immatriculation		
alinéa 1	Art. 273ter (1)	
alinéa 2	Art. 273ter (2) et (3)	
Article 14 – Effets de la fusion transfrontalière		
1.	Art. 274 (1) a) à c)	N’implique pas de modification: ceci est déjà couvert dans le texte existant
2.	Art. 277.	N’implique pas de modification: ceci est déjà couvert dans le texte existant
3.	Art. 274 (2)	N’implique pas de modification: ceci est déjà couvert dans le texte existant
4.	Art. 274 (4)	
5.	Art. 274 (1) d)	N’implique pas de modification: une disposition identique figure dans la directive 78/187/CEE et a été transposée en droit luxembourgeois par le biais du point d) de l’article 274 (1).
Article 15 – Formalités simplifiées		

<i>Directive</i>	<i>Avant-projet de loi / texte existant</i>	<i>Commentaire</i>
1. 1er tiret	Art. 278	
2ème tiret	Art. 279 (2)	
2.	Art. 282.	
Article 16 – Participation des travailleurs		
1.	Art. L. 426-13 du Code du travail	
2. et 3.	Art. L. 426-14 du Code du travail	
4.	Art. L. 426-15 du Code du travail	
5.		N'implique pas de modification: ne nécessite pas de transposition étant donné que l'option prévue au §2 point b) n'a pas été exercée
6.	Art. 257 al.5	
7.	Art. L. 426-16 du Code de travail	
Article 17 – Validité	Art. 276 (3)	
Article 18 – Révision		N'implique pas de modification: pas de transposition requise
Article 19 – Transposition		Délai de transposition: 15 décembre 2007
Article 20 – Entrée en vigueur		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire
Article 21 – Destinataire		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire
<i>Directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007</i>		
Article 1er –		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire
Article 2 – dir. 78/855		
1) Art. 10 para 4	Art. 266 (5)	
2) Art. 11, 1) e)	Art. 267 1) e)	
Article 3 – dir. 82/891/CEE		
1) Art. 9 1) e)	Art. 295 (1) e)	
2) Art. 10	Art. 296	
<i>Directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006</i>		
Article 1er 1)	-	N'implique pas de modification: ne concerne pas le Luxembourg
Article 1er 2)		
Article 10bis, para 1	Art. 26-1 (3bis)	
Article 10bis, para 2	Art. 26-1 (3ter)	
Article 10bis, para 3	Art. 26-1 (3quater)	
Article 10ter, para 1	Article 26-1 (3quinquies)	
Article 10ter, para 2	Article 26-1 (3sexies)	

<i>Directive</i>	<i>Avant-projet de loi / texte existant</i>	<i>Commentaire</i>
Article 10ter, para 3	Article 26 (2)	
Article 1er 3)		
Art. 11 para 1	Art. 26-2 (1)	N'implique pas de modification: le libellé de l'article 26-2(1) est suffisamment large
Art. 1er 4)		
Art. 19 para 1	Art. 49-2	
Art. 1er 5)		
Art. 20 para 3	Art. 49-3(3)	N'implique pas de modification: le libellé de l'article 49-3(3) est suffisamment large
Art. 1er 6)		
Art. 23 para 1	Art. 49-6	
Art. 1er 7)		
Art. 23bis	Art. 49-6bis	
Art. 1er 8)		
Art. 27 para 2	Art. 32-1	N'implique pas de modification: le libellé de l'article 32-1 est suffisamment large
Art. 1er 9)		
Art. 32 para 1	Art. 69 (2)	N'implique pas de modification: l'article 69(2) prévoit déjà la possibilité d'un recours devant les autorités judiciaires
Art. 1er 10)		
Art. 41 para 1		N'implique pas de modification: il n'existe pas en droit luxembourgeois de dispositions visant la participation des travailleurs au capital des entreprises
Art. 2		
Para 1		Délai de transposition: 15 avril 2008
Para 2		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire
Art. 3		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire
Art. 4		N'implique pas de modification: pas de transposition nécessaire

5829/01

N° 5829¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(24.7.2008)

L'objet du présent projet de loi est de modifier la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, afin de transposer en droit luxembourgeois:

- 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 directive 2005/56/CE)¹;
- la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (ci-après la directive 2006/68/CE)²;
- et la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CE et les directives 82/891/CE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (ci-après la directive 2007/63/CE)³. Le projet de loi sous avis donnera par ailleurs un cadre à la scission partielle en droit des sociétés. Les exigences posées par la directive 2005/56/CECE en matière d'implication des travailleurs dans le cadre de fusions transfrontalières nécessitent une modification du Code du travail.

*

1 JO L 310 du 25.11.2005, p. 1

2 JO L 264 du 25.9.2006, p. 32

3 JO L 300 du 17.11.2007, p. 47

RESUME SYNTHETIQUE

Le projet de loi sous avis renforcera le contrôle du notaire lors de la constitution de sociétés anonymes, tout en supprimant pour certains types d'apports en nature la nécessité d'évaluer les apports en nature par un réviseur d'entreprises. Cette suppression réduira le temps et les frais nécessaires à la constitution et l'augmentation de capital de sociétés anonymes. La Chambre de Commerce propose d'insérer ces simplifications administratives *mutatis mutandis* en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée dans le projet de loi No 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Le projet de loi sous avis assouplira le régime de l'acquisition des actions propres et de l'assistance financière en ce qui concerne la société anonyme. La Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi d'anticiper la réforme de l'acquisition d'actions propres en vue de la distribution aux salariés du groupe de sociétés, afin de faciliter la mise en place de système d'intéressement des salariés. Tous ces assouplissements devraient être reprises dans le projet de loi No 5730 précitée, afin que les sociétés à responsabilité limitée puissent en bénéficier.

Par la transposition de la directive 2005/56/CE, le projet de loi dotera le droit des sociétés luxembourgeois d'un cadre légal complet en matière de fusions transfrontalières. De telles fusions sont déjà possibles depuis une loi du 23 mars 2007⁴, loi qui est restée très sommaire sur les procédures et les démarches à accomplir en vue de la fusion. La Chambre de Commerce salue que ces lacunes seront comblées par le présent projet de loi. Elle regrette toutefois que le projet de loi n'applique pas toujours le principe de transposition de la directive „*toute la directive, rien que la directive*“: tantôt il reste en dessous des exigences de transposition, tantôt il dépasse largement le cadre de la directive: en effet, il introduit en principe le même régime de fusion transfrontalière aux fusions visées par le législateur communautaire qu'aux fusions y non visées. Ainsi, le régime contraignant de l'implication des travailleurs s'appliquera aussi aux fusions transfrontalières avec des sociétés situées hors de l'Union européenne, alors même que la société issue de la fusion établira son siège hors de l'Union européenne. Il en va de même de certaines formalités administratives, certes exigées par la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les fusions avec des sociétés issues des Etats membres, mais non requises (et de l'avis de la Chambre de Commerce non strictement nécessaires) pour les fusions avec des sociétés situées hors de l'Union européenne. Les entreprises luxembourgeoises risquent de la sorte de perdre à nouveau en attractivité pour participer à une fusion transfrontalière avec une société située hors de l'Union européenne, qui leur fut pourtant largement offerte par la loi précitée du 23 mars 2007. La Chambre de Commerce exhorte les rédacteurs du projet de loi sous avis de suivre le principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*“.

Enfin, il importera de veiller que le régime de scission partielle de sociétés introduit par le présent projet de loi en droit des sociétés converge avec le régime de scission partielle déjà prévu par le droit fiscal luxembourgeois.

⁴ Loi du 23 mars 2007 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, et 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.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	+
Transposition des directives	-
Simplification administrative	+
Impact sur les finances publiques	n.a.

Appréciations:	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	- -	:	très défavorable
	n.a.	:	non applicable
	n.d.	:	non disponible

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis, sous réserve de la prise en compte des remarques formulées ci-après.

*

CONSIDERATIONS PARTICULIERES

1. La fusion transfrontalière: toute la directive, rien que la directive

Les rédacteurs du projet de loi énoncent dans le commentaire des articles leur approche dans l'adaptation des dispositions relatives aux fusions transfrontalières comme suit: „Dans le cadre de la transposition de la directive 2005/56/CE, les auteurs du projet de loi ont décidé, dans un souci de lisibilité du texte et parce qu'aucun argument en sens contraire ne s'y opposait, d'uniformiser les conditions applicables au régime tant des fusions nationales que des fusions transfrontalières. A l'exception des particularités inhérentes aux fusions transfrontalières, les deux types de fusions, à savoir, nationale et transfrontalière, reposent sur les mêmes principes qui en forment le tronc commun. Dès lors, le texte existant a été maintenu dans la mesure du possible.“ Le commentaire des articles passe cependant sous silence le choix d'appliquer à toutes les fusions transfrontalières les exigences énoncées par la directive 2005/56/CE. Or, il convient de souligner que le champ d'application personnel de ladite directive est plus restreint (car ne visant que les fusions entre sociétés communautaires) que le champ d'application personnel de l'article 257 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée par la loi précitée du 23 mars 2007, qui vise la fusion même avec des sociétés situées hors de l'Union européenne. En appliquant les dispositions de la directive 2005/56/CE aussi aux fusions transfrontalières non visées par cette dernière, le présent projet de loi s'écarterait du principe de transposition „toute la directive, rien que la directive“, sans en apporter une motivation, comme l'a pourtant exigé le conseil de gouvernement dans sa réunion du 26 octobre 2007⁵.

Dans un souci de compétitivité des sociétés luxembourgeoises et de simplification administrative, l'application des dispositions de la directive 2005/56/CE à des fusions transfrontalières non visées par cette dernière ne devrait se faire que dans un but de procurer une plus grande sécurité juridique à ces opérations. Toutes les exigences qui vont au-delà de ce souci et qui rendront les fusions plus compliquées et administrativement parlant plus lourdes devraient être bannies. Dans le cas contraire, les opportunités offertes par la loi du 23 mars 2007 précitée qui a largement ouvert la fusion transfrontalière,

⁵ Extrait du communiqué de presse du Conseil de gouvernement du 26 octobre 2007: „Dans ce contexte, le Conseil a retenu le principe de la transposition des directives selon le principe „la directive rien que la directive“ et de la justification de toute dérogation par rapport à ce principe dans l'exposé des motifs des projets de transposition.“

même au-delà des frontières communautaires, seront mises en péril. Afin de maintenir les sociétés luxembourgeoises attractives pour des opérations de fusion internationales, la Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi à analyser toutes les dispositions du projet de loi relatives aux fusions transfrontalières non visées par la directive 2005/56/CE sous cet angle.

La Chambre de Commerce approuve dans son principe l'extension du régime des fusions transfrontalières aux fusions avec des sociétés issues de pays tiers en ce qui concerne le volet du droit des sociétés. En effet, ce cadre légal donne une plus grande sécurité juridique à ce type d'opérations qui risquent de se multiplier dans les années à venir en raison de la mondialisation de l'économie. En revanche, cette exigence de transposition stricte de la directive vaut en ce qui concerne les procédures relatives à l'implication des travailleurs. Les exigences posées en cette matière par la directive 2005/56/CE ne devraient de l'avis de la Chambre de Commerce s'appliquer qu'aux fusions transfrontalières visées par ladite directive, à l'exclusion des fusions transfrontalières de sociétés luxembourgeoises avec des sociétés situées en dehors de l'Union européenne.

L'article 16 de la directive 2005/56/CE vise à préserver les droits des travailleurs des sociétés impliquées dans des fusions transfrontalières. A cette fin, une nouvelle section est introduite au chapitre VI (représentation des salariés dans les sociétés anonymes) du Titre II, Livre IV du Code du travail. La Chambre de Commerce entend ces nouvelles dispositions comme suit: en application de l'article L. 426-13 du Code du travail, dès lors que la société qui est issue de la fusion transfrontalière aura son siège au Luxembourg, prend la forme d'une société anonyme et occupe plus de mille travailleurs, les dispositions luxembourgeoises normales de la *Mitbestimmung* lui sont applicables. En raison du principe de territorialité de l'application du droit du travail, le nouvel article L. 426-13 du Code du travail ne saurait pas s'appliquer à la société issue de la fusion occupant plus de mille salariés, mais dont le siège se situe hors du territoire luxembourgeois. En vertu du commentaire des articles, le régime de participation applicable à cette société est celui de l'Etat où le siège de cette société est établi.

L'article L. 426-13 du Code du travail ne traite pas de sociétés issues de la fusion ayant leur siège au Luxembourg et occupant plus de mille salariés qui ne sont pas une société anonyme. Le commentaire des articles note en effet que „*cette société de droit luxembourgeois est donc bien expressément soumise aux règles des sections 1 et 2 s'il s'agit d'une société anonyme*”⁶.

En ce qui concerne les modalités de la participation des travailleurs dans le cadre d'une fusion transfrontalière dans laquelle est impliquée au moins une société qui emploie, pendant la période de six mois précédant la fusion, un nombre moyen de cinq cents travailleurs, les modalités de participation de ceux-ci sont inspirées de la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001, complétant le statut de la société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs. Cette disposition répond aux besoins de transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE en ce qui concerne la fusion transfrontalière entre une société luxembourgeoise avec une société d'un autre Etat membre. Cette disposition dépasse cependant les besoins de transposition de la directive, puisque, faute de précision contraire, elle s'appliquera aussi à la fusion entre une société ou un groupement d'intérêt économique luxembourgeois avec une société ou un groupement d'intérêt économique situé hors de l'Union européenne, dont un au moins occupe au moins cinq cents travailleurs.

Cette fusion est possible (sous certaines conditions) en application de l'article 257 alinéa 3 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée. Ce type de fusion n'est pas visé par la directive 2005/56/CE. Pourtant, l'article L. 426-14 du Code du travail lui applique le système d'implication des travailleurs tel qu'énoncé au titre IV du Livre IV du Code du travail, peu importe d'ailleurs où la société issue de la fusion établira son siège. Cette réforme reviendra donc à exporter hors de l'Union Européenne le mécanisme particulièrement lourd de la négociation des modalités de l'implication des travailleurs. Les fusions transfrontalières hors de l'Union européenne de sociétés luxembourgeoises occupant plus de cinq cents salariés deviendront de ce fait beaucoup plus longues et coûteuses que prévues par la loi du 23 mars 2007 qui a posé le principe de la fusion transfrontalière. La loi du 23 mars 2007 perd donc largement de son intérêt.

La dérogation dans l'article L. 426-14 du Code du travail au principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*”, n'est pas justifiée dans l'exposé des motifs (comme l'avait pourtant imposé le conseil de gouvernement dans sa décision du 26 octobre 2007).

⁶ C'est nous qui soulignons.

Il paraît d'ailleurs incohérent que l'article L. 426-14 du Code du travail s'applique à tout type de fusion transfrontalière, tandis que l'article L. 426-15 du Code du travail s'applique uniquement aux fusions entre sociétés d'Etats membres. C'est du moins ce que le lecteur de l'article L. 426-15 du Code du travail est tenté de déduire par l'emploi des termes „*Etats membres*“.

A l'obligation d'appliquer les dispositions du Code du travail à des fusions transfrontalières non visées par la directive s'ajoute celle de la transmission des droits et obligations des sociétés participant à la fusion et résultant de contrats de travail ou de relations de travail à la société absorbante. Au cas où la société issue de la fusion transfrontalière installera son siège social en dehors de l'Union européenne, cette obligation de transmission reviendra à exporter dans ces pays des contrats de travail répondant aux standards sociaux luxembourgeois, standards qui peuvent le cas échéant être plus élevés que ceux du pays du nouveau siège social. La Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi à prendre conscience que cette règle de l'exportation des contrats de travail, combinée avec celle de l'implication des travailleurs, réduit l'attractivité des sociétés luxembourgeoises pour participer à des fusions transfrontalières avec des sociétés qui ont des standards sociaux moins élevés que le Luxembourg.

Le non-respect du principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*“ se remarque encore dans certaines formalités à accomplir dans le processus du déroulement de la fusion transfrontalière. Ainsi, l'article 12 du projet de loi modifie l'article 265 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, qui traite du rapport détaillé à établir par l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent. Il transpose fidèlement l'article 7 de la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les exigences supplémentaires à remplir en termes de contenu de ce rapport et de sa mise à disposition aux associés et représentants du personnel. Or, étant donné que la fusion transfrontalière peut au Luxembourg aussi s'appliquer à une fusion avec des sociétés communautaires non visées par le champ d'application personnel de la directive 2005/56/CE et avec des sociétés situées hors de l'Union Européenne, le présent projet de loi impose une charge administrative supplémentaire à ces entreprises luxembourgeoises, pourtant non requise aux fins de la transposition de la directive précitée.

Afin de ne pas rendre *de facto* extrêmement longue et fastidieuse, voire impossible, la fusion entre une société de droit luxembourgeois et une société située hors de l'Union européenne, la Chambre de Commerce exhorte les rédacteurs du projet de loi de ne pas étendre de façon inconsidérée le régime de l'implication des travailleurs prévu par la directive 2005/56/CE à des cas de fusions transfrontalières non visées par ladite directive.

En revanche, la Chambre de Commerce salue qu'un certain nombre d'options laissées par la directive 2005/56/CE aux Etats membres n'aient pas été exercées par les rédacteurs du projet de loi, qui auraient entamé la souplesse du droit des sociétés luxembourgeois. Il en va ainsi du:

- non-exercice de l'option (article 4 paragraphe 1. b) de la directive 2005/56/CE) qui permet à une autorité nationale de s'opposer pour des raisons d'intérêt public à une fusion;
- non-exercice de l'option (article 4 paragraphe 2. de la directive 2005/56/CE) permettant aux Etats membres d'adopter pour les sociétés participant à une fusion transfrontalière des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux associés minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière;
- non-exercice de l'option (article 3 paragraphe 2. de la directive 2005/56/CE) d'exclure les sociétés coopératives du champ d'application du régime de fusion transfrontalière.

2. Un projet de loi s'inscrivant dans le souci de la compétitivité et la simplification administrative

Les trois directives à transposer par le présent projet de loi modifient trois directives communautaires énonçant les procédures et formalités à suivre en matière de fusions et scissions. La nécessité de simplifier ces procédures afin de réduire les charges administratives pesant sur les entreprises en vue d'améliorer leur compétitivité s'inscrit pleinement dans la réalisation des objectifs de Lisbonne. Si la Chambre de Commerce salue entièrement les démarches de la Commission européenne, elle se doit d'inviter les rédacteurs du projet de loi à pousser davantage ce souci de simplification administrative, afin de transposer les solutions retenues dans le présent projet de loi le moment venu aux sociétés à responsabilité limitée. Il serait en effet aberrant que le présent projet de loi réduise pour les sociétés anonymes certaines charges administratives et les coûts financiers qu'elles engendrent, alors que le

projet de loi relatif à la modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée étende ces charges administratives aux sociétés à responsabilité limitée.

2.1. Simplification au moment de la constitution de sociétés anonymes

Le présent projet de loi transpose entre autres la directive 2006/68/CE du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications du capital social.

Cette directive 2006/68/CE vise à promouvoir l'efficacité et la compétitivité des entreprises, sans pour autant réduire la protection dont jouissent leurs actionnaires et créanciers⁷.

Les simplifications en matière de constitution de sociétés anonymes apportées par le présent projet de loi sont non négligeables:

- dispense de faire évaluer par un réviseur d'entreprises les apports en nature constitués par des valeurs mobilières ou d'instruments financiers cotés, à condition que ces apports soient évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés. Cette dispense ne saurait cependant plus valoir, dès lors que le prix a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de l'apport (article 2 du projet de loi qui use d'une faculté laissée par l'article 10bis 1. de la directive 77/91/CE, telle que modifiée, aux Etats membres);
- dispense pour les sociétés anonymes d'évaluer les apports en nature constitués par des éléments autres que des valeurs mobilières ou instruments financiers qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprises selon les principes et normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'apport en question. Si à la date effective de l'apport, des circonstances exceptionnelles pouvant modifier la juste valeur de l'apport se présentent, le conseil d'administration ou de direction devra procéder à l'évaluation. Au cas où cet organe serait défaillant les actionnaires minoritaires peuvent demander à ce que les apports soient évalués par un réviseur d'entreprises. Bien que le texte du projet de loi ne le précise pas, il est évident que les actionnaires minoritaires adressent une telle demande à l'organe de gestion défaillant qui chargera ensuite le réviseur d'entreprises. Les honoraires du réviseur incomberont à la société (et non aux actionnaires minoritaires ayant formulé une telle demande, étant donné que l'établissement d'un tel rapport d'évaluation profite à tous les actionnaires et *stakeholders* dans la société, à l'exception le cas échéant des apporteurs qui ont tenté de procéder à une surévaluation de leur apport);
- dispense pour les sociétés anonymes d'évaluer les apports en nature autres que les valeurs mobilières et les instruments financiers, dès lors que l'apport se fait à une valeur tirée des comptes légaux de l'exercice précédent qui ont été contrôlés par un réviseur d'entreprises (article 2 du projet de loi qui use d'une faculté laissée par l'article 10bis 3. de la directive 77/91/CE, telle que modifiée, aux Etats membres).

Ces dispenses rendront les constitutions de sociétés anonymes par apports en nature, les augmentations de capital social par apports en nature (article 32-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée) et les transformations de sociétés en sociétés anonymes (article 31-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée) plus rapides et moins onéreuses. Les constitutions en cascade seront elles aussi facilitées. Les droits des actionnaires créanciers ne sont pas pour autant mis en péril, étant donné que le dispositif mis en place prévoit suffisamment de garde-fous.

La Chambre de Commerce suggère au Ministère de la Justice de compléter le projet de loi No 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, afin d'offrir aux sociétés à responsabilité limitée qui seront soumises à des exigences de contrôle analogues de leurs apports en nature telles qu'elles résultent de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, dans sa version actuelle, la possibilité de bénéficier des mêmes dérogations que celles ouvertes par le présent projet de loi aux sociétés anonymes. A défaut d'une telle adaptation, on risque d'aboutir à la situation quelque peu étonnante que les frais de constitution d'une société à responsabilité limitée seront le cas échéant plus élevés que ceux d'une société anonyme.

⁷ Considérant (2) de la directive 2006/68/CE.

2.2. Acquisitions d'actions propres

L'article 49-2 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, relatif à l'acquisition d'actions propres par une société anonyme est modifié, afin de transposer l'article 19 paragraphe 1. de la directive 2006/68/CE. Tout en mentionnant *expressis verbis* le principe de l'égalité de traitement des actionnaires et la limite des manipulations de marché et des opérations d'initiés, les barrières entourant l'acquisition d'actions propres sont considérablement abaissées par ladite directive:

- la limite d'acquisition de 10% du capital est abandonnée. Il reviendra désormais à l'assemblée des actionnaires autorisant l'opération de fixer le nombre maximal d'actions à acquérir;
- l'autorisation *a priori* de l'assemblée des actionnaires à l'acquisition d'actions propres qui ne peut dans l'état actuel du droit avoir une durée supérieure à dix-huit mois est relevée au seuil maximum prévu par la directive 2006/68/CE, soit cinq ans. La Chambre de Commerce salue la circonstance que les rédacteurs du projet de loi aient choisi ce seuil maximum. Il évitera que les assemblées des actionnaires devront renouveler dans un laps de temps rapproché l'autorisation donnée au conseil d'administration d'acquérir des actions propres.

Suite à l'adoption du projet de loi sous avis, la Chambre de Commerce estime que la modification projetée par le projet de loi No 5730 à l'article 49-2 (1) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, devrait être supprimée. En effet, elle est en partie redondante (en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement des actionnaires) et contradictoire (possibilité de déroger au principe d'égalité de traitement si une assemblée générale des actionnaires en décide ainsi à l'unanimité) avec le projet de loi sous avis (en ce qui concerne l'égalité de traitement) et la directive 2006/68/CE (qui ne prévoit pas d'exception au principe d'égalité de traitement des actionnaires).

En revanche, la Chambre de Commerce estime opportun de reprendre dans le présent projet de loi une modification proposée par le projet de loi No 5730 à l'article 49-2 (3) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée qui envisage de permettre aussi l'acquisition d'actions propres en vue de leur répartition au personnel d'une société liée à la société émettrice des actions, en dehors des conditions restrictives énoncées au paragraphe (1) de l'article 49-2 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée. La modification est conforme à l'option laissée par l'article 19 paragraphe 2. de la deuxième directive communautaire du 13 décembre 1976, telle que modifiée, aux Etats membres. Cette modification facilitera l'intéressement intra-groupe des salariés. Etant donné que ce type d'intéressement est probablement destiné à un bel avenir en raison des régimes de pension fléchissants, la Chambre de Commerce suggère une application anticipée de cette mesure. Une telle application ne se justifie non seulement économiquement, mais aussi juridiquement: le projet de loi sous avis permettrait de la sorte une mise à niveau globale de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, par rapport à la deuxième directive communautaire précitée. Parallèlement, la Chambre de Commerce invite le gouvernement à entamer des réflexions au sujet d'un régime fiscal plus intéressant pour ce type d'„incentives“.

2.3. L'assistance financière accordée par les sociétés anonymes en vue de l'acquisition de leurs propres actions

L'interdiction de principe imposée aux sociétés anonymes d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition de leurs propres actions énoncée par le paragraphe (1) de l'article 49-6 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, est levée. Ces modes de financement sont cependant entourés des conditions qui transposent fidèlement l'article 23 de la directive 2006/68/CE.

La levée de cette interdiction ouvrira aux sociétés de nouveaux modes de financement intra-groupe en vue de l'acquisition d'actions propres. Les droits des tiers sont préservés par la limite de l'interdiction d'affecter les réserves distribuables et les actionnaires sont impliqués dans le processus au moyen d'un accord préalable donné au conseil d'administration ou au comité de direction par une assemblée générale extraordinaire.

Pour les raisons évoquées à l'encontre de l'article 49-2 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée (cf. 2.2. ci-dessus), la Chambre de Commerce suggère de reprendre dans le présent projet de loi les modifications projetées par le projet de loi No 5730 au paragraphe (2) de l'article 49-6 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle

que modifiée, en ce qui concerne l'acquisition d'actions en vue de les distribuer intra-groupe aux salariés. Pour des raisons de cohérence juridique, il y aura par ailleurs lieu de lever dans le projet de loi No 5730 l'interdiction de principe imposée aux sociétés à responsabilité limitée d'avancer des fonds, d'accorder des prêts et l'octroi de sûretés en vue de la souscription ou de l'acquisition des parts par un tiers (nouvel article 190septies, inspiré de l'article 49-6 dans sa version actuelle).

L'article 23bis de la directive 2006/68/CE oblige les Etats membres de veiller par des garanties adéquates à ce que l'opération d'acquisitions propres à laquelle les membres de l'organe d'administration ou de direction sont partie ne soit pas contraire aux intérêts de la société. Afin de se conformer à cette exigence, les rédacteurs du projet de loi ont inséré l'article 49-6bis de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée: il impose dans ce cas de figure un rapport spécial sur cette opération qui sera établi par le commissaire ou le réviseur d'entreprises. L'assemblée générale statuera sur ce rapport. Tout en accueillant ce mécanisme dans son principe, et en particulier la circonstance que la société aura le choix entre un rapport établi soit par un réviseur, soit par le commissaire aux comptes, la sécurité juridique commanderait de préciser davantage les visées pour-suivies par cet article:

- sur quoi le rapport doit-il au juste se prononcer? Une lecture *stricto sensu* de l'article aboutit à la conclusion que le rapport ne fait que porter l'opération à la connaissance de l'assemblée. Une telle interprétation est certes conforme au texte, mais difficilement compatible avec le but de l'article 23bis de la directive 2006/68/CE;
- le commentaire des articles déclare s'inspirer de l'article L. 225-40 du Code de Commerce français. Le régime luxembourgeois diffère cependant sensiblement de cet article L. 225-40;
- l'opération en France nécessite l'accord préalable du conseil d'administration et l'administrateur en question ne peut pas prendre part au vote. Au Luxembourg cette procédure ne serait applicable pour autant qu'il y ait un conflit d'intérêts rentrant dans le champ d'application de l'article 57 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée;
- en France, le président du conseil d'administration doit informer le commissaire aux comptes. Le texte luxembourgeois ne prévoit rien de tel;
- en France les opérations sont soumises pour accord à l'assemblée des actionnaires. Le projet de loi luxembourgeois ne prévoit heureusement rien de tel. Une telle disposition enlèverait beaucoup de l'intérêt de l'assouplissement du régime de l'acquisition d'actions propres;
- que se passe-t-il si l'assemblée n'approuve pas le rapport? L'opération en tant que telle ne saurait de l'avis de la Chambre de Commerce être remise en cause (sauf les causes de droit commun d'annulation des conventions). Le rejet du rapport du commissaire saurait donc tout au plus avoir comme conséquence logique la révocation par l'assemblée des actionnaires d'un ou de plusieurs membres du conseil d'administration et le cas échéant l'engagement de leur responsabilité civile;
- enfin, la Chambre de Commerce relève que la non-présentation d'un tel rapport n'est pas sanctionnée pénalement (contrairement par exemple au rapport exigé par l'article 49-5 paragraphe (2)⁸).

3. Assurer la neutralité fiscale des scissions partielles

Les articles 26 et 27 du projet de loi donnent un cadre en droit des sociétés à l'opération de scission partielle, opération déjà connue par d'autres législations européennes (notamment italienne, espagnole et allemande). En droit luxembourgeois, elle est déjà à l'heure actuelle possible en exonération fiscale en matière d'impôts directs (article 170 (3) de la loi de l'impôt sur le revenu du 4 décembre 1967, telle que modifiée) et impôts indirects (article 4-1 de la loi du 29 décembre 1971 concernant l'impôt frappant les rassemblements de capitaux).

Il y a lieu de veiller à une concordance parfaite entre les textes fiscaux et le texte en matière de droit des sociétés, afin d'éviter que des opérations de scission partielle puissent bénéficier du cadre favorable des articles 287 ou 288 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, mais sans pouvoir bénéficier d'une exonération fiscale (la situation inverse semble plus improbable). Force est cependant de constater que cette concordance n'est pas assurée dans l'état actuel du projet de loi. Les articles 287 et 288 précités exigent seulement la transmission „*d'une partie du patrimoine*“: il pourra donc s'agir de certains éléments du patrimoine, mais sans que ces derniers ne

⁸ Article 163 7°

constituent une partie autonome d'entreprise ou de branche d'activité. Or, l'article 170 (3) L.I.R. exige en vue de la neutralité fiscale la transmission d'une entreprise ou d'une partie autonome d'entreprise. Il en va de même de l'exigence posée par l'article 4-1 de la loi du 29 décembre 1971 d'apporter „*une ou de plusieurs branches d'activité de la société apporteuse*“ afin de bénéficier de l'exonération du droit d'apport. La Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi à modifier le projet de loi dans un sens à assurer une cohérence parfaite entre les trois textes en question.

La Chambre de Commerce tient aussi à signaler que l'opération de scission partielle peut aussi déclencher une imposition au niveau de l'associé qui échange ses parts s'il ne détient pas de participation importante pouvant bénéficier du „*privilège mère-filiale*“ et dans la mesure où l'article L.I.R. 22bis (2) 3 ne devrait viser que des scissions telles que prévues par le droit des sociétés luxembourgeois. Une telle interprétation nous paraît pourtant discutable étant donné qu'on exonère aussi les échanges de titres de sociétés résidentes de l'Espace EEE et où certaines connaissant la scission partielle.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Concernant l'article 1:

L'article 1 du projet de loi modifie l'article 26 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, afin d'étendre le contrôle du notaire lors de la constitution d'une société anonyme au contrôle de l'existence d'un rapport d'un réviseur ayant évalué les apports en nature (article 26-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée), de la constitution du capital par des éléments d'actifs susceptibles d'évaluation (article 26-3 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée) et à l'interdiction d'émettre des actions en dessous de la valeur nominale, ou de leur pair comptable (article 26-5 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée). Cette modification transpose l'article 10ter paragraphe 3. de la directive 2006/68/CE.

La Chambre de Commerce ne s'oppose pas à ce renforcement du contrôle du notaire lors de la constitution de la société anonyme qui figurait déjà dans le projet de loi No 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées. Elle suggère la précision que le notaire contrôle uniquement le respect de l'article 26-1 (2) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, afin de ne pas créer de doute que le notaire contrôlerait sous quelque forme que ce soit la libération des apports en nature dans un délai de cinq ans, dont il est question à l'article 26-1 (1) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée.

Concernant l'article 2:

L'article 2 du projet de loi modifie l'article 26-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, afin de dispenser les sociétés anonymes pour certains types d'apports en nature d'une évaluation par un réviseur d'entreprises. La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires sous 2.1. ci-dessus.

Quant au fond, la Chambre de Commerce s'interroge sur les raisons pour lesquelles les rédacteurs du projet de loi n'aient pas repris dans le corps du texte de l'article la précision utile figurant au commentaire des articles que le prix moyen pondéré doit s'entendre comme une pondération en fonction du volume des valeurs mobilières qui ont été négociées à un prix donné.

Concernant les articles 3, 4 et 5:

L'article 3 du projet de loi assouplit le régime relatif à l'acquisition d'actions propres par les sociétés anonymes. Les articles 4 et 5 du projet de loi lèvent l'interdiction imposée aux sociétés anonymes de ne pas donner d'assistance financière en vue de l'acquisition de ses propres actions, tout en l'entourant de garanties visant à protéger les actionnaires et les créanciers. La Chambre de Commerce renvoie à sa rubrique 2.2. ci-dessus.

Concernant l'article 6:

L'article 6 du projet de loi adapte l'article 257 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, pour les besoins de transposition de la directive 2005/56/CE en ce qui concerne la fusion transfrontalière.

Le paragraphe (5) est censé transposer l'article 16 paragraphe 3. de la directive 2005/56/CE. Cet alinéa ne respecte pas le principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*“ en ce qu'il s'applique aussi à des fusions entre sociétés non visées par ladite directive.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi à clarifier le régime à poursuivre en vue de transformer la société absorbante en société anonyme (l'hypothèse étant celle où par exemple la société à responsabilité limitée luxembourgeoise absorbante occupant au moment de la publication du projet de fusion au moins 500 salariés et donc obligée d'appliquer l'article L. 426-14 du Code du travail fusionne avec une autre société, communautaire ou non, mais qui dispose d'un régime de participation des travailleurs). Si la transformation de la société absorbante en société anonyme devait, après l'adoption du projet de loi No 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, suivre le régime contraignant prévu par les nouveaux articles 308bis-15 à 308bis-27 tels qu'envisagés par le projet de loi précité, il n'est pas à exclure que les frais et formalités de la fusion seront tels que l'opération ne se fasse finalement pas ou que la fusion se fasse dans un autre sens, se traduisant donc par l'émigration de la société luxembourgeoise. La Chambre de Commerce renvoie pour le surplus à ses commentaires sous 1. ci-dessus en ce qui concerne la nécessité de s'en tenir à une transposition 1/1 de la directive.

La Chambre de Commerce signale une faute d'orthographe à l'alinéa 4: il y a lieu de mettre le mot „*particulier*“ au singulier.

Concernant l'article 7:

L'ajout des mots „*société préexistante*“ à l'article 259 paragraphe (1) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, permet de clarifier encore davantage l'opération de fusion par absorption. Il ne soulève pas de commentaire.

La Chambre de Commerce tient toutefois à signaler que ce paragraphe n'est pas tout à fait conforme à l'article 2 paragraphe 2. a) de la directive 2005/56/CE en ce que cet article exige que les associés de la société absorbée se voient attribuer de „*titres ou de parts représentatifs du capital social*“ de la société absorbante. Faute d'une telle précision, on pourrait éventuellement croire que les associés pourraient se faire délivrer des parts bénéficiaires. La même remarque vaut *mutatis mutandis* à l'encontre de l'article 260 paragraphe (1), non conforme à l'article 2 paragraphe 2. b) de la directive 2005/56/CE.

Concernant l'article 8:

L'article 8 du projet de loi modifie l'article 261 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, qui énonce le contenu du projet de fusion. Il transpose l'article 5 de la directive 2005/56/CE.

La Chambre de Commerce signale une différence entre le texte de l'article 8 et son commentaire: le commentaire de l'article affirme vouloir maintenir la différence entre le siège social statutaire et le siège social et reprendre au point a) de l'article 261 (2) la formulation de l'article 5 a) de la directive 2005/56/CE. Pourtant, l'article 261 (2) a) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, emploie le terme de „*siège social*“, alors que l'article 5 a) de la directive emploie le terme de „*siège statutaire*“.

Le projet de loi pêche encore, concernant la transposition de la directive, en ce qu'il ne reprend pas à l'article 261 (2) b) c) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, l'exigence posée à l'article 5 b) et c) de la directive d'énoncer le rapport d'échange des „*titres ou des parts représentatifs du capital social*“.

L'ajout à l'article 261 (2) e) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, clarifie utilement que la date énoncée ne détermine que la date à partir de laquelle d'un point de vue comptable la fusion est réputée avoir été intervenue.

Un nouveau paragraphe (4) à l'article 261 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, énoncera les mentions que le projet commun de fusion devra énoncer en cas de fusion transfrontalière. Il transpose fidèlement l'article 5 de la directive 2005/56 /CE.

Concernant l'article 9:

L'article 9 du projet de loi qui modifie l'article 262 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, traite des informations à publier en matière de fusion au registre de commerce et des sociétés. Il transpose correctement l'article 6 de la directive 2005/56.

Concernant l'article 10:

L'article 10 du projet de loi modifie l'article 263 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, qui traite des assemblées des actionnaires de chacune des sociétés participant à la fusion et qui sont appelées à se prononcer sur la fusion projetée.

Le paragraphe (1) est modifié pour y ajouter l'obligation de permettre aux assemblées de prendre connaissance du rapport établi par l'organe d'administration ou de direction et de l'expert indépendant. Cet article transpose correctement l'article 9 paragraphe 1. de la directive 2005/56/CE. Cette exigence, qui s'appliquera tant aux fusions transfrontalières visées par cette directive, qu'à celles non visées, ne respecte pas le principe de transposition 1/1 de ladite directive.

Le paragraphe (7) est ajouté aux fins de transposition de l'article 9 paragraphe 2. de la directive 2005/56/CE (possibilité pour l'assemblée de subordonner la réalisation de la fusion transfrontalière à la condition que l'assemblée entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière). L'introduction de cette possibilité pour les fusions transfrontalières ne relevant pas du champ d'application personnel de la directive précitée est une dérogation au principe „*toute la directive, rien que la directive*“, non autrement justifiée par l'exposé des motifs ou le commentaire des articles.

Concernant l'article 11:

La Chambre de Commerce accueille favorablement dans le cadre d'une fusion transfrontalière la possibilité de renoncer, sous réserve de respecter les conditions énoncées à l'article 264 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, d'être dispensée de l'approbation du projet de fusion par les assemblées des actionnaires et porteurs de parts des sociétés impliquées.

Concernant l'article 12:

La Chambre de Commerce renvoie à ses critiques sous 1. ci-dessus en ce qui concerne la non application du principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*“.

Dans un souci de sécurité juridique, elle invite les rédacteurs du projet de loi de préciser davantage quel laps de temps est visé au troisième alinéa par „*à temps*“.

Concernant les articles 13 et 14:

L'article 266 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, est complété par un paragraphe (5) aux fins de transposition de l'article 10 paragraphe 4. de la directive 2007/63/CE. Il permettra à tous les associés et porteurs de titres conférant un droit de vote de renoncer au rapport d'expert exigé en principe dans le cadre d'une fusion. Cette simplification est salutaire, tant pour les fusions nationales, que pour tous les types de fusions transfrontalières.

L'article 267 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, qui énonce les documents auxquels l'associé a droit avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion, est adapté en conséquence.

Concernant l'article 16:

À côté de quelques modifications mineures, la modification majeure à l'article 271 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, porte sur la désignation du notaire comme autorité compétente pour contrôler la légalité de la procédure de fusion transfrontalière. L'article transpose correctement l'article 11 de la directive 2005/56/CE. L'exigence de recourir à un notaire comme autorité de contrôle est un garant que la procédure sera suivie selon les règles de l'art. Elle se justifie pleinement, tant pour les fusions nationales, que pour tous les types de fusions transfrontalières.

Le nouveau paragraphe (3) à l'article 271 transpose fidèlement l'article 10 paragraphe 3. de la directive 2005/56/CE et ne suscite pas de commentaires. La possible application de cette disposition aux fusions transfrontalières qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive ne rendra pas ces dernières plus lourdes.

Concernant l'article 16bis:

L'article 273 paragraphe (1) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, est modifié afin de résoudre la question pratique de savoir ce qu'il convient de publier

pour donner effet à la fusion à l'égard des tiers dans l'hypothèse où aucune assemblée des actionnaires n'a eu lieu. La pratique appréciera qu'une lacune législative soit ainsi fermée.

Concernant l'article 17:

L'article 17 du projet de loi transpose fidèlement les articles 12 et 13 de la directive 2005/56/CE, afin de déterminer la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière à l'égard des tiers et de régler la manière dont les sociétés qui disparaissent lors de la fusion sont rayées de leur registre public.

D'un point de vue légistique, la Chambre de Commerce s'interroge sur la plus-value juridique des termes „*mais pas avant*“ employés au paragraphe (3) *in fine*. Ne s'agit-il pas d'un pléonasme par rapport aux termes „*dès réception*“?

Concernant l'article 18:

Un nouveau paragraphe est ajouté à l'article 274 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, afin que les contrats de travail et les relations de travail des sociétés participant à la fusion transfrontalière soient transférés de plein droit à la société absorbante. L'article 18 du projet de loi transpose correctement l'article 14 paragraphe 4. de la directive 2005/56/CE. La Chambre de Commerce renvoie à ses réflexions en termes de compétitivité de cette règle, telles qu'énoncées au point 1. ci-dessus.

Concernant l'article 23:

Le commentaire des articles est contraire au contenu de l'article: alors que le premier dit vouloir supprimer le mot „*anonyme*“, ce mot figure toujours à l'article 278 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée.

Le commentaire des articles est encore erroné en ce que son troisième alinéa déclare commenter le second alinéa de l'article 278 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, alors qu'il s'agit du troisième alinéa.

La Chambre de Commerce relève une incohérence entre l'article 22 qui désigne les sous-sections par un chiffre arabe, tandis que le présent article emploie un chiffre romain pour désigner la sous-section I.

Concernant l'article 24:

L'article 24 du projet de loi transpose correctement l'article 15 paragraphe 1, 2e tiret de la directive 2005/56/CE.

Concernant l'article 25:

Le paragraphe (1) de l'article 281 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, est modifié en ce qui concerne la terminologie et précise qu'il n'est pas applicable aux fusions transfrontalières (qui sont régies par le paragraphe (2)).

Le nouveau paragraphe (2) de l'article 281 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, transpose correctement l'article 15 paragraphe 2. de la directive 2005/56/CE.

Concernant les articles 26 et 27:

Les articles 287 et 288 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales sont modifiés, afin de permettre la scission partielle par absorption et la scission partielle par constitution de nouvelles sociétés.

La Chambre de Commerce renvoie à son analyse fiscale menée sous 3. ci-dessus.

Le commentaire à l'article 27 contient une erreur matérielle dans le renvoi: il devrait se faire à l'article 26 (au lieu de l'article 25).

Concernant les articles 28 et 29:

A l'instar de la simplification prévue en matière de fusion, la directive 2007/63/CE permet aussi aux associés et porteurs de titres conférant un droit de vote de renoncer à l'exigence d'un rapport d'expert dans le cadre d'une scission. La Chambre de Commerce salue cette simplification. Les articles transposent correctement l'article 3 paragraphe 2. de la directive 2007/63/CE.

La Chambre de Commerce signale une incohérence juridique à remplacer d'une part dans les articles consacrés à la fusion les termes „*organe de gestion*“ par „*organe de direction ou d'administration*“, alors que d'autre part, il n'est pas procédé à cette même modification dans les articles consacrés à la scission aux articles 293, 294 (1) et 295 (1) d) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée.

Concernant l'article 30:

L'article 30 du projet de loi modifie le Code du travail afin de traiter de l'implication des travailleurs dans le cadre de fusions transfrontalières. La Chambre de Commerce renvoie à son analyse sous 1. quant au risque de rendre les sociétés luxembourgeoises moins attrayantes pour être impliquées dans une fusion transfrontalière avec des sociétés situées hors de l'Union Européenne.

L'article L. 426-13 du Code du travail pose le principe que les sociétés anonymes issues de la fusion transfrontalière relèvent bien de la section 1 et 2 du chapitre VI Titre II du Code du travail. La Chambre de Commerce déduit du commentaire à l'article L. 426-14 que ne sont visées que les sociétés anonymes occupant plus de mille travailleurs salariés (ou bénéficiant d'une participation financière d'au moins vingt-cinq pour cent ou d'une concession de l'Etat portant sur l'activité principale). La Chambre de Commerce s'interroge si l'article ne devrait pas se lire „... *en cas de fusion transfrontalière de sociétés* ...“ au lieu de „*en cas de fusions transfrontalières de société* ...“.

L'article L. 426-14 du Code du Travail gagnerait en clarté si son seuil de déclenchement (à savoir le fait pour la société luxembourgeoise participant à la fusion d'occuper plus de cinq cents travailleurs en moyenne au cours des six mois précédant la publication du projet de fusion) était énoncé dans le libellé de l'article.

L'article L. 426-16 du Code du travail transpose correctement l'article 16 paragraphe 7. de la directive 2005/56/CE, qui vise à assurer le régime de participation des travailleurs de la société issue de la fusion transfrontalière pendant un délai de trois ans après la fusion. La Chambre de Commerce constate toutefois que cette obligation est aussi imposée aux sociétés issues d'une fusion ne relevant pas du champ d'application de la directive 2005/56/CE, violant de la sorte le principe de transposition „*toute la directive, rien que la directive*“.

Concernant l'article 31:

L'article 31 du projet de loi permet de déterminer exactement quelles fusions en cours au moment de l'entrée en vigueur du projet de loi sous avis relèveront de cette dernière, à savoir toutes celles pour lesquelles le projet de fusion est publié le premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la loi.

La Chambre de Commerce regrette qu'une règle aussi claire d'application de la loi dans le temps ne s'applique pas aussi aux projets de scission (article 292 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée).

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis, sous réserve de la prise en compte des remarques formulées ci avant.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5829/02

N° 5829²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

* * *

AVIS DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES

(17.11.2008)

Le 21 janvier 2008 le Ministre de la Justice a déposé à la Chambre des Députés le projet de loi No 5829 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE.

Le projet de loi, qui transpose en droit luxembourgeois les directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE, a pour objet de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux en proposant un cadre législatif simplifié et en visant à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent.

*

REMARQUE GENERALE

Parmi les professionnels visés par le projet de loi se trouvent les réviseurs d'entreprises. L'Institut des réviseurs d'entreprises (ci-après „IRE“) n'entend pas commenter le contexte général et l'opportunité politique du projet de loi, mais limitera ses propos aux aspects concernant l'exercice de la profession de réviseur d'entreprises.

L'IRE renvoie au projet de loi 5872 relative à la profession de l'audit qui introduit une différenciation entre le réviseur d'entreprises et le réviseur d'entreprises agréé. Dans la suite de notre commentaire l'IRE ne va pas, à chaque fois, relever cette différenciation mais il est entendu que les indications dans le présent projet de loi et les commentaires de l'IRE concernent à chaque fois le réviseur d'entreprises agréé sauf indication contraire spécifiquement mentionnée.

REMARQUES SPECIFIQUES

Article 2 du Projet

A ce jour, en vertu de l'article 26-1 (3) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée (ci-après la „Loi“), la mission du réviseur d'entreprises dans le cadre d'un apport autre qu'en numéraire consiste à présenter un rapport portant sur la description de chacun des apports projetés ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et à indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie. Cet article est issu de l'article 10 de la directive 77/91/CEE.

L'article premier, alinéa 2), paragraphe 2 de la directive 2006/68/CE (ci-après la „Directive“) permet aux Etats membres de ne pas appliquer l'équivalent national de l'article 10 de la directive 77/91/CEE, lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés au paragraphe 1 [de l'article premier, 2e alinéa de la Directive] qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un expert indépendant et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;
- b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus dans l'Etat membre pour le type d'élément d'actif constituant l'apport.

Cet article est transposé à l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet¹.

Cet article pose plusieurs problématiques. D'abord la définition des responsabilités des parties. L'IRE est d'avis, et ce en accord avec les missions actuelles de même nature, que l'organe d'administration ou de direction évalue, sous sa responsabilité, l'apport autre qu'en numéraire. La responsabilité du réviseur d'entreprises consiste dans le contrôle de cette évaluation et non dans son établissement.

Il incombe donc à l'organe d'administration ou de direction de procéder à la description de l'apport et à l'évaluation de celui-ci. En pratique, cependant, l'organe d'administration ou de direction pourra déléguer cette description et ces évaluations à un tiers chargé d'y procéder en son nom.

Si ce tiers peut être un réviseur d'entreprises, il ne s'agira aucunement d'une mission réservée par la loi aux réviseurs d'entreprises et le réviseur d'entreprises acceptant cette mission ne pourra, pour des raisons évidentes d'indépendance, pas effectuer le contrôle de la description et de l'évaluation des actifs apportés.

Ensuite, il doit être également noté que la référence aux principes et normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg n'est définie ni par la Directive, ni par le Projet. A ce jour, il n'existe pas de tels principes et normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg. Il est dès lors à craindre que cette référence soit de nature à poser des problèmes d'interprétation et de mise en oeuvre de cet article.

L'IRE note également que l'article premier, alinéa 2), paragraphe 2 de la Directive est une option offerte aux Etats membres par la Directive. A la connaissance de l'IRE, la Belgique n'a pas encore transposé la Directive et la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni n'ont pour l'instant transposé que les dispositions obligatoires de la Directive, sans transposer l'article premier alinéa 2) paragraphe 2 de la Directive.

L'IRE comprend que l'objectif poursuivi par les auteurs du texte par le biais de l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet est un objectif de simplification et de flexibilité. La discussion ci-avant démontre bien que le texte dans sa rédaction actuelle ne permettra pas de rencontrer les objectifs poursuivis ni même la protection de l'intérêt des parties à ce type d'opération.

Dès lors, l'IRE est d'avis que l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet devrait être retiré.

¹ Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés aux paragraphes (3bis) à (3quater) qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un réviseur d'entreprises et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;
- b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport;

les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

Article 4 du Projet

L'article 4 alinéa 1) point d) du Projet, portant modification de l'article 49-6 de la Loi dispose que „Lorsqu'un tiers bénéficiant de l'aide financière d'une société acquiert des actions propres à cette société au sens de l'article 49-2(1) ou souscrit des actions émises dans le cadre d'une augmentation du capital souscrit, cette acquisition ou cette souscription est effectuée à un juste prix“.

L'IRE constate que la notion de „juste prix“ n'est définie ni par la Directive, ni par le Projet. Il y a toutefois lieu de noter que la notion de juste prix est une notion communément utilisée en droit. Ainsi, le juste prix a pu être décrit comme la „contrepartie équitable d'un bien ou d'une prestation correspondant à sa valeur normale, raisonnable²“. Cependant, il n'existe pas de définition légale de la notion dans le cadre du présent Projet. Dès lors, il appartiendra à la pratique et à la jurisprudence de poser les critères du juste prix.

L'IRE est d'avis que les auteurs du texte devraient définir plus précisément la notion de „juste prix“ dans le contexte particulier de l'article 4 du Projet et ainsi oeuvrer dans le sens de l'harmonisation du traitement.

Article 13 du Projet

L'article 13 du Projet prévoit en cas de constitution d'une société européenne (SE) par voie de fusion ou en cas de fusion transfrontalière de recourir à un ou plusieurs experts indépendants agréés par une autorité d'un autre Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent. Les auteurs du texte notent, avec raison, que dans le cas de sociétés étrangères impliquées dans une fusion transfrontalière l'expert indépendant amené à faire son rapport sur le projet commun de fusion n'est pas forcément un réviseur d'entreprises.

Il est de la compréhension de l'IRE que, par application de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, une personne autorisée à effectuer des activités économiques au sens du droit communautaire dans un Etat membre peut également les exercer sous forme de libre prestation de services au Luxembourg.

L'exercice de ces missions sous le couvert de la libre prestation de services est possible en raison de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, qui pose le principe de la reconnaissance par un Etat membre d'accueil de la qualification acquise dans l'Etat membre d'origine. Toutefois, lorsque la prestation du service implique un déplacement du prestataire d'un Etat membre à un autre, l'Etat membre d'accueil peut poser des conditions supplémentaires.

Puisque au moins une des sociétés qui fusionnent sera luxembourgeoise et afin de protéger l'intérêt général, l'IRE est d'avis d'introduire certaines mesures telles que celles énoncées à l'article 7 du projet de loi 5872 relative à la profession de l'audit au moins en ce qui concerne la vérification des connaissances des matières luxembourgeoises essentielles à la bonne réalisation de ces missions.

2 Vocabulaire juridique, PUF, 7e édition

Service Central des Imprimés de l'Etat

5829/03

N° 5829³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(17.3.2009)

Par dépêche du 10 janvier 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi sous objet qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi proprement dit était joint un exposé des motifs. Par ailleurs, le document parlementaire *No 5829* a permis au Conseil d'Etat de prendre connaissance du commentaire des articles et des tableaux de concordance selon lesquels les auteurs du projet de loi entendent transposer les directives visées à l'intitulé.

Par dépêche du 22 août 2008, l'avis de la Chambre de commerce lui a été communiqué. Le 17 novembre 2008, il a encore eu communication de l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE).

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis prévoit la transposition en droit national des directives mentionnées à son intitulé.

La directive 2005/56/CE a déjà été partiellement transposée, d'une part, par la loi du 23 mars 2007 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, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle, et, d'autre part, par les dispositions reprises au chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail.

Le Conseil d'Etat ignore, à défaut d'avis lui communiqué de sa part, si la Chambre des salariés a été consultée en la matière, alors qu'au regard des modifications qu'il est prévu d'apporter au Code du travail, cette chambre est directement concernée par les matières légales sous examen.

La Chambre de commerce a à bon escient attiré l'attention sur les mesures de simplification administrative concernant notamment l'abandon partiel de l'évaluation obligatoire des apports en nature par un réviseur d'entreprises lors de la constitution d'une société anonyme ainsi que sur l'assouplissement du régime de l'acquisition des actions propres et de l'assistance financière dans les sociétés anonymes.

La Chambre de commerce met en garde contre la façon de concevoir le cadre légal destiné à parachever la transposition de la directive 2005/56/CE en matière de fusions transfrontalières qui, selon elle, ne respecterait pas le principe „toute la directive, rien que la directive“. Elle craint en effet que l'approche retenue n'aille au détriment de l'attractivité des entreprises luxembourgeoises participant à de telles fusions.

L'Institut des réviseurs d'entreprises argue à son tour que, d'un côté, au vu de leur caractère facultatif et dans l'intérêt des parties concernées par les opérations en question, il serait indiqué de renoncer pour le moment à une transposition des dispositions de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 1er de la directive 2006/68/CE, nonobstant l'objectif de simplification et de flexibilité inhérent à la démarche. D'un autre côté, l'Institut plaide quant à l'article 13 du projet de loi qu'en vue de la mise en œuvre des opérations de fusion de sociétés il soit assuré que la connaissance „des matières luxembourgeoises essentielles à la bonne réalisation de ces missions“ puisse être vérifiée dans le chef des experts susceptibles d'accompagner ces fusions.

Le Conseil d'Etat entend revenir sur les points essentiels évoqués ci-avant dans le cadre de son examen des articles concernés de la loi en projet.

Il note, à l'instar de la Chambre de commerce, que les modifications que le projet de loi sous examen se propose d'apporter à la législation sur les sociétés commerciales se recoupent pour partie avec un autre projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (doc. parl. *No* 5730).

Il conviendra d'élaguer celui des deux textes qui n'aura pas encore abouti au moment de l'adoption de l'autre, et de supprimer dans le texte promulgué en second lieu l'intégralité des dispositions susceptibles de faire double emploi.

Même si dans le passé des dispositions éparses ont été introduites dans la législation sur les sociétés commerciales par certaines des modifications y apportées, qui renvoient directement à des directives communautaires plutôt que de diriger ce renvoi vers le texte de transposition des exigences communautaires en droit national, le Conseil d'Etat recommande vivement d'en faire abstraction dans le projet de loi sous examen, tout comme dans le cadre de toutes les modifications ultérieures que subira encore la loi modifiée du 10 août 1915. En effet, de par son essence, et, contrairement au règlement communautaire (cf. art. 249, alinéas 2 et 3 du Traité instituant la Communauté européenne), la directive s'adresse uniquement à plusieurs ou à tous les Etats membres de l'Union européenne, les Etats destinataires de la directive étant liés „quant au résultat à atteindre, (la directive) laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens“.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat propose encore de mentionner à l'article 1er de la loi en projet l'intégralité de l'intitulé de la „loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales“ et de poursuivre dans les phrases introductives des articles subséquents en désignant cette loi sous la forme abrégée „loi précitée du 10 août 1915“.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Intitulé

Dans la mesure où le projet de loi sous examen comporte, outre la transposition de plusieurs directives communautaires, la modification tant de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales que du Code du travail, il convient d'en faire mention dans l'intitulé, qui devra dès lors être libellé comme suit:

„Projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;*
- de 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;*
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,*

ainsi que modification

- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et*
- du Code du travail“.*

Article 1er

Cet article prévoit la transposition du paragraphe 3 du nouvel article 10^{ter} de 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, introduit par la directive 2006/68/CE précitée.

Ainsi, les Etats membres de l'Union européenne sont tenus de prévoir les garanties adéquates quant à l'existence et à la valeur des apports autres qu'en numéraire. L'article sous examen entend modifier le paragraphe 2 de l'article 26 de la loi précitée de 1915 et confier au notaire, qui a rédigé l'acte, la vérification afférente, alors que les modalités de l'émission d'actions en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire seront réglées à l'article 26-1 de ladite loi.

Cette nouvelle compétence du notaire s'inscrit dans le prolongement de sa responsabilité actuelle de vérifier les conditions de constitution d'une société anonyme, prévues à l'article 26, paragraphe 1er.

La modification requise en vertu de la disposition communautaire précitée est par ailleurs mise à profit pour encore étendre la compétence du notaire à la vérification des dispositions des articles 26-3 et 26-5.

Etant donné que l'approche retenue s'identifie à celle déjà prévue par le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées (doc. parl. *No 5157*) que le Conseil d'Etat avait avisé le 10 avril 2004 (doc. parl. *No 5157*²), et que cette approche n'avait pas donné lieu à observation de sa part, le Conseil d'Etat marque son accord avec le contenu de l'article 1er.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat recommande d'écrire comme suit la phrase introductive:

„Le paragraphe 2 de l'article 26 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est remplacé par le texte suivant:“

Par ailleurs, il propose de donner suite à l'avis de la Chambre de commerce et d'écrire „articles 26-1, paragraphe (2), 26-3 et 26-5 ...“.

Article 2

Cet article comporte les éléments de transposition des articles 10^{bis} et 10^{ter}, paragraphes 1er et 2, qui selon la directive 2006/68/CE se trouvent nouvellement insérés dans la directive 77/91/CEE.

En vue de la transposition en question, les auteurs ont opté pour une rédaction se tenant fidèlement au texte communautaire hormis les renvois qui ont été adaptés à la structure de la législation nationale sur les sociétés commerciales.

Le Conseil d'Etat aurait préféré que certaines formulations reprises de la directive soient précisées davantage (par exemple, „circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif“ à l'alinéa 2 du paragraphe *3bis* nouveau de l'article 26-1, ou „circonstances nouvelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif“ à l'alinéa 2 du paragraphe *3ter*). A ce sujet, il fait également sienne la remarque de la Chambre de commerce de préciser dans le texte légal la portée du terme „prix moyen pondéré“ figurant au paragraphe 1er dans la lignée des explications du commentaire des articles. Il comprend cependant le souci des auteurs d'éviter grâce à leur copie conforme du texte communautaire tout reproche de transposition incorrecte de la directive.

Quant au libellé du paragraphe *3quater*, il y a lieu de remplacer les termes „sur décision de l'organe d'administration ou de direction“ par „sur décision du conseil d'administration ou du directoire“, dénominations utilisées par la législation luxembourgeoise pour désigner les organes visés.

Pour ce qui est du paragraphe *3quinquies*, le Conseil d'Etat donne à considérer que le texte gagnerait en clarté s'il précisait que la déclaration prévue est celle du conseil d'administration ou du directoire.

Conformément à l'observation afférente formulée dans le cadre des considérations générales, le Conseil d'Etat s'oppose au renvoi prévu à une directive communautaire, et il propose de remplacer celle-ci par son texte de transposition en droit national.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat préférerait voir encore les paragraphes nouveaux, à insérer à l'article 26-1 du projet gouvernemental et portant les numéros *3bis* à *3sexies*, être numérotés dans la série courante (paragraphes 4 à 7), l'actuel paragraphe 4 devenant paragraphe 8. Les renvois prévus dans le texte proposé aux autres paragraphes de l'article sous examen devront être adaptés en conséquence.

Article 3

Aux termes de cet article, le paragraphe 1er de l'article 49-2 est mis en conformité avec les exigences de l'article 19, paragraphe 1er de la directive 77/91/CEE, telle que modifiée par la directive 2006/68/CE.

Les auteurs se tiennent fidèlement au texte communautaire. Si cette approche ne donne en principe pas lieu à objection, le Conseil d'Etat s'oppose cependant au renvoi à la directive 2003/6/CE prévu dans la phrase introductive. Le renvoi doit être remplacé par celui au texte de transposition de la directive en droit national.

Au point a), le délai maximum d'autorisation accordé aux sociétés anonymes et aux sociétés européennes pour acquérir leurs propres actions est porté de 18 mois à 5 ans. Le texte proposé reprend le nouveau délai maximum qui ne s'applique cependant qu'à défaut du moment que l'assemblée générale de la société ne fixerait pas dans les statuts de la société un délai plus court.

Au lieu de copier littéralement le texte de la directive sur ce point, il conviendra encore de remplacer la locution communautaire „les membres des organes d'administration ou de direction“ par „le conseil d'administration ou le directoire“.

Enfin, le Conseil d'Etat signale que la référence au point 1 du paragraphe 1er figurant aux paragraphes 2 et 3 ne donne plus de sens, puisque le point 1 du paragraphe 1er est supprimé. Il conviendra dès lors de revoir l'économie générale de cet article, notamment aussi au regard des modifications de cet article prévues dans le projet de loi *No 5730*.

Article 4

Cet article constitue une transposition quasi littérale du point 6 de l'article 1er de la directive 2006/68/CE.

Quant au fond, il ne donne pas lieu à observation.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat propose d'insérer dans la phrase introductive du nouveau texte qu'il est prévu de donner au paragraphe 1er de l'article 49-6 de la loi précitée du 10 août 1915 le mot „ou“ entre „accorder des prêts“ et „donner des sûretés“, tout en supprimant la virgule.

Aux points a) et b), il propose de remplacer le terme „l'organe d'administration ou de direction“ par „le conseil d'administration ou le directoire“.

Puisque les opérations spécifiées dans la phrase introductive ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire, il convient de préciser *in fine* du point a) que l'examen de la situation financière du ou des tiers concernés revient au conseil d'administration ou au directoire, sinon qu'il doit être effectué sous la responsabilité de ces organes.

Sur un plan purement rédactionnel, il convient de se tenir à travers tout le texte à une seule et même façon pour énoncer les renvois. Aussi convient-il *in fine* du point b) et au point d) d'écrire respectivement „article 9, paragraphe (1)“, „article 9, paragraphe (3), alinéa 3“ et „article 49-1, paragraphe (1)“.

Article 5

Cet article comporte la transposition de l'article 1er, point 7 de la directive 2006/68/CE, transposition qu'il est prévu de faire par le biais de l'insertion dans la loi précitée du 10 août 1915 d'un nouvel article 49-6bis.

Conformément aux observations afférentes à l'endroit des articles qui précèdent, le Conseil d'Etat recommande de s'en tenir à la rédaction de la loi de 1915 en vue de libeller cet article. Il estime en particulier que le renvoi à la directive 83/349/CEE est superfétatoire au regard de l'article 309 de la loi de 1915 qui définit la société mère.

Par ailleurs, il n'a pas d'objection à suivre l'approche française prévoyant la vérification par les commissaires aux comptes des opérations susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêt potentiels, afin de protéger les intérêts de la société.

Le texte de l'article 49-6bis aura dès lors la teneur suivante:

„**Art. 49-6bis.** Lorsque les membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société, partie à une opération visée à l'article 49-6, paragraphe (1), ou d'une société mère ou la société mère elle-même ou encore des tiers agissant en leur propre nom pour compte des membres du conseil d'administration ou du directoire ou pour compte de cette société sont parties à une opération visée à l'article 49-6, le ou les commissaires ou le réviseur d'entreprises adressent un rapport spécial sur cette opération à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport.“

Article 6

Tout comme les articles suivants, cet article a trait aux fusions transfrontalières prévues par la directive 2005/56/CE.

Dans la mesure où la fusion entre sociétés anonymes et groupements d'intérêts économiques, un des partenaires à la fusion étant luxembourgeois et l'autre relevant du régime d'un droit étranger, est déjà ancrée dans la loi de 1915, la précision apportée au texte de l'alinéa 3 de l'article 257 ne donne pas lieu à observation.

Par ailleurs, le projet de loi impose la forme de la société anonyme pour les sociétés fusionnées de droit luxembourgeois, du moment que l'une des sociétés fusionnantes comportait une gestion à participation des travailleurs et que la société absorbante de droit luxembourgeois est tenue par le même régime de gestion.

L'absence du suivi réservé à la deuxième phrase du point b) du paragraphe 1er de l'article 4 de la directive 2005/56/CE ne donne pas lieu à observation. Par contre, il aurait été utile de vérifier au moins quel a été le suivi dans la législation de nos pays voisins de la possibilité ouverte au paragraphe 2 de l'article 4 de la directive d'une protection spéciale des associés minoritaires. Le simple constat en guise d'explication que cette possibilité n'a pas été utilisée est en tout cas insatisfaisant.

Sans préjudice des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose encore sur le plan formel les modifications suivantes.

La phrase introductive de l'article 6 aura avantage à se lire comme suit:

„L'alinéa 3 de l'article 257 de la loi précitée du 10 août 1915 est remplacé par le texte suivant:“

Au premier alinéa du texte de remplacement de l'alinéa 3, il y a lieu de remplacer le texte entre parenthèses par une phrase entière libellée comme suit:

„Ces fusions sont dénommées ci-après „fusions transfrontalières“.“

Enfin, au deuxième alinéa du texte de remplacement, le terme „en particulier“ doit être écrit correctement.

Article 7

Sans observation, la modification ayant une portée purement rédactionnelle.

Article 8

Cet article a trait au projet de fusion transfrontalière qui doit être établi en commun par les sociétés ayant l'intention de fusionner, et il en énonce les mentions obligatoires. Il transpose l'article 5 de la directive 2005/56/CE.

La précision ajoutée par les auteurs du projet de loi que le projet de fusion doit revêtir la forme écrite ne donne pas lieu à observation, même si le caractère écrit d'un tel projet semble relever de l'évidence même.

Comme l'article 261 de la loi de 1915 soumis à modification en vertu de l'article 8 du projet gouvernemental porte sur différentes formes de sociétés commerciales, la reprise du terme générique „organes d'administration et de direction“, utilisé par la directive, est de mise.

Quant au problème de la désignation du siège évoqué dans l'avis précité de la Chambre de commerce, tant les différences entre l'article 5 de la directive et son texte de transposition que le libellé de la loi du 10 août 1915 mettent en exergue une question de terminologie. Si la loi de 1915 évoque communément le siège social des sociétés (art. 76, 84, etc.), elle vise cependant le siège statutaire des sociétés européennes (art. 101-1 et svts) conformément à la terminologie introduite par le règlement (CE) No 2117/2001 relatif au statut de la société européenne (SE). La directive mentionne le siège statutaire, tandis que les auteurs affirment vouloir maintenir la distinction actuellement faite dans la loi de 1915 entre le siège statutaire des SE et le siège social des autres sociétés commerciales. Or, cette différenciation n'apparaît pas au paragraphe 2 de l'article 261 dans la version proposée qui se limite à évoquer le seul siège social.

Les points b) du paragraphe 3 et c) du paragraphe 4 retiennent que, le cas échéant, le projet de fusion doit comporter des indications sur les procédures selon lesquelles l'implication des travailleurs est assurée. S'il est fait droit de la façon aux exigences du point j) de l'article 5 susmentionné de la directive 2005/56/CE, il ne suffit toutefois pas de renvoyer, en guise de transposition des dispositions afférentes, à la directive en question sans même préciser que son article 16 est visé.

Pour les raisons déjà évoquées, le Conseil d'Etat demande le remplacement des deux renvois à la directive 2005/56/CE par un renvoi aux dispositions de l'article 30 du projet de loi sous examen comportant la transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE.

Article 9

Le libellé qu'il est prévu de donner au paragraphe 1er de l'article 262 de la loi de 1915 ne donne pas lieu à observation.

Quant au paragraphe 2, les indications à publier aux termes du point a) font double emploi avec le point a) du paragraphe 2 de la nouvelle version de l'article 261, comme le relèvent à juste titre les auteurs.

Les dispositions du point b) du paragraphe 2 ne sauraient renvoyer à une directive communautaire. Si les auteurs préfèrent un renvoi à des dispositions existantes plutôt que de reprendre le contenu de celles-ci dans l'article sous examen, ce renvoi doit se faire au texte ayant transposé en droit national l'article 3, paragraphe 2 de la directive 68/151/CEE. Le libellé du point b) en pourra être allégé de la façon suivante:

„b) le registre de commerce et des sociétés auprès duquel les actes visés à l'article 9 ont été déposés par la société absorbante et le numéro d'immatriculation dans ce registre, s'il s'agit d'une société luxembourgeoise, ou le registre auprès duquel les actes en question sont déposés si la société déposante est une société de droit étranger, ainsi que le numéro d'inscription dans ce registre, dans la mesure où la législation nationale de la société étrangère prévoit un tel numéro d'inscription;“

Le Conseil d'Etat note encore que l'indication des modalités d'exercice des droits des associés minoritaires, à l'instar de la disposition valant pour les créanciers, a été omise par les auteurs du projet de loi sans que l'exposé des motifs ou le commentaire expliquent le pourquoi de cette omission.

Articles 10 et 11

Ces articles qui transposent l'article 9 de la directive 2005/56/CE ne donnent pas lieu à observation.

Article 12

Cet article comporte la transposition de l'article 7 de la directive 2005/56/CE. Sauf pour ce qui est de l'alinéa 3 du libellé qu'il est prévu de donner à l'article 265 de la loi de 1915, les modifications prévues sont censées s'appliquer à l'ensemble des sociétés et non seulement à celles issues d'une fusion transfrontalière. La seule modification fondamentale qui assure la transposition de la disposition communautaire précitée concerne l'alinéa 3. L'exposé des motifs et le commentaire restent muets sur le bien-fondé des modifications rédactionnelles de l'alinéa premier, modifications que le Conseil d'Etat aurait préféré être réservées au projet de loi *No 5730*.

Le commentaire des auteurs est manifestement erroné alors qu'il renvoie à des dispositions reprises non à l'article 12, mais à l'article 13 de la loi en projet.

Article 13

Aux termes de l'article 8 de la directive 2005/56/CE, le projet commun de fusion doit faire l'objet du rapport d'un expert indépendant établi après examen du projet de fusion.

Par ailleurs, l'article 2 de la directive 2007/63/CE permet de renoncer auxdits examen et rapport „si tous les actionnaires et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en ont décidé ainsi“.

L'article 13 du projet gouvernemental comporte la transposition des dispositions communautaires en question. Le nouveau paragraphe 5 inséré *in fine* de l'article 266 se rapporte à l'article 2 de la directive 2007/63/CE.

Le Conseil d'Etat se demande pourquoi les auteurs se sont bornés à une copie conforme de l'article 8 de la directive 2005/56/CE pour définir la mission de l'expert indépendant tout en précisant que les experts doivent avoir la qualité de réviseurs d'entreprises. A son avis, il serait bien plus simple de dire que l'examen du projet commun de fusion doit être l'œuvre d'un réviseur d'entreprises, qui établira un rapport à la suite de cet examen. Dans ces conditions, on pourrait remplacer systématiquement le terme „expert indépendant“ ou „expert“ par „réviseur d'entreprises“. La question de savoir si l'expert indépendant doit être un réviseur d'entreprises ou un réviseur d'entreprises agréé devra être tranchée sur base des choix retenus dans le cadre de la loi en projet (*No 5872*) relative à la profession de l'audit. Par ailleurs, le terme „expert indépendant“, repris de la directive, serait réservé aux situations où l'expert concerné n'est pas établi au Luxembourg. Un alignement du libellé de l'article 294 de la loi de 1915 s'impose en outre, si le Conseil d'Etat est suivi sur ce point.

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de suivre la proposition de l'Institut des réviseurs d'entreprises suggérant de préciser que l'expert désigné doit se soumettre à une „vérification [de ses] connaissances des matières luxembourgeoises essentielles à la bonne réalisation de ces missions“. Un tel ajout s'exposerait en effet au reproche de représenter une restriction non autorisée aux principes communautaires de libre établissement et de libre prestation des services.

Article 14

Sans observation.

Article 15

Sans observation, sauf pour le Conseil d'Etat de renvoyer à son observation faite à l'endroit de l'article 13 au sujet de la dénomination de l'expert indépendant.

Article 16

En droit luxembourgeois, l'autorité chargée en vertu de l'article 11 de la directive 2005/56/CE de contrôler la légalité de la fusion transfrontalière est le notaire. Cette option rejoint la solution adoptée en cas de constitution d'une société européenne.

De l'avis du Conseil d'Etat, les modifications à apporter à l'article 271 de la loi de 1915 en vertu de l'article sous examen transposent fidèlement les articles 10 et 11 de la directive précitée.

Conformément à son observation formulée dans le cadre des considérations générales, le Conseil d'Etat s'oppose toutefois aux renvois aux directives 2001/86/CE et 2005/56/CE et demande que ces renvois soient dirigés vers les textes de transposition des dispositions communautaires visées.

Article 16bis (17 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen s'écarter de l'objet de la loi en projet en ce qu'il ne vise pas la transposition d'une des trois directives précitées. Il prévoit la forme de publication requise pour informer les tiers d'une fusion de sociétés dans l'hypothèse où une assemblée générale n'a pas eu lieu. Cette publication prendra la forme d'un certificat à établir par un notaire pour documenter que les conditions légales prévues ont été respectées.

Quant à la modification proprement dite du paragraphe 1er de l'article 273 de la loi de 1915, l'article sous examen ne donne pas lieu à observation.

Plutôt que de recourir à un nombre „bis“ pour numéroter cet article, il y a lieu de rétablir l'ordre numérique de l'article sous examen qui devra porter le numéro 17, la numérotation des articles suivants étant à adapter en conséquence.

Article 17 (18 selon le Conseil d'Etat)

Les articles 272 et 273 de la loi du 10 août 1915 règlent la prise d'effets de la fusion tant pour la société absorbante que pour la ou les sociétés absorbées.

L'article 273bis règle spécifiquement cette question dans l'hypothèse où la société absorbante est une société européenne (paragraphe 1er et 2) et dans l'hypothèse où la fusion est réalisée par absorption d'une société de droit étranger (paragraphe 3).

La prise d'effet de la fusion et l'immatriculation de la société absorbante ainsi que la radiation de la ou des sociétés absorbées sont nouvellement déterminées par les articles 12 et 13 de la directive 2005/56/CE. Les auteurs du projet de loi prévoient de transposer les modalités en question dans un article 273ter nouveau à insérer dans la loi de 1915 et reprenant, entre autre, avec un libellé modifié, le contenu du paragraphe 3 de l'article 273bis.

Le paragraphe 1er constitue une reproduction fidèle des exigences de l'article 2 de la directive. Le Conseil d'Etat s'interroge toutefois sur l'opportunité de la deuxième phrase, alors que de toute façon il appartient au notaire chargé en vertu de l'article 271 d'établir les procès-verbaux de l'assemblée générale documentant l'exécution conforme des contrôles prescrits en vue de la fusion.

Le contenu des paragraphes 2 et 3 ne donnent pas lieu à observation.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat propose de formuler comme suit la phrase introductive de l'article sous examen:

„Le paragraphe 3 de l'article 273bis de la loi précitée du 10 août 1915 est supprimé et un nouvel article 273ter libellé comme suit est inséré à la suite de l'article 273bis:“

Par ailleurs, il y a lieu à omission des mots „mais pas avant“ figurant *in fine* du paragraphe 3.

Article 18 (19 selon le Conseil d'Etat)

Cet article qui a pour objet de transposer le paragraphe 4 de l'article 14 de la directive 2005/56/CE, et qui à cet effet prévoit de compléter l'article 274 de la loi de 1915 par un nouveau paragraphe 4, ne donne pas lieu à observation quant au fond.

En ce qui concerne la forme, le Conseil d'Etat propose de retenir le libellé suivant:

„**Art. 19.** L'article 274 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe 4, libellé comme suit:

„(4) Les droits et obligations résultant pour les sociétés qui font l'objet d'une fusion transfrontalière de contrats de travail et de relations de travail, et qui existent à la date à laquelle la fusion prend effet, sont transférés à cette date, selon le cas, à la société absorbante ou à la société nouvelle.“ “

Article 19 (20 selon le Conseil d'Etat)

La modification rédactionnelle qu'il est prévu d'apporter à l'article 275 de la loi de 1915 ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat suggère toutefois de mettre à profit cette modification pour faire suivre par une virgule le mot „Toutefois“ figurant en début de la phrase finale de cet article.

Article 20 (21 selon le Conseil d'Etat)

Il est prévu de modifier la structure de l'article 276 de la loi de 1915 dont le paragraphe 1er sera réservé aux conditions de nullité des fusions de sociétés intervenues selon le droit commun.

Le paragraphe 2 porte sur la situation particulière de la nullité d'une fusion aboutissant à une société européenne, actuellement traitée au point b) du texte de l'article 276 qui formera dorénavant le paragraphe 1er. Le Conseil d'Etat propose d'écrire correctement à l'alinéa premier: „... la nullité d'une fusion ... ne peut pas être prononcée ...“.

Quant au paragraphe 3, il tient compte de l'article 17 de la directive 2005/56/CE. Dans l'intérêt d'une lecture plus aisée, le Conseil d'Etat recommande de parler de la „nullité d'une fusion transfrontalière par absorption d'une société de droit étranger“ et d'écrire correctement (nonobstant le texte afférent de la directive) à la fin du paragraphe „... ne peut pas être prononcée ...“.

Article 21 (22 selon le Conseil d'Etat)

Quant au fond, cet article ne donne pas lieu à observation.

Dans la phrase introductive, il convient d'écrire que „... le paragraphe (3) est remplacé et un paragraphe (5) nouveau est inséré. Les paragraphes (3) et (5) sont libellés comme suit:“.

Par ailleurs, le texte du nouveau paragraphe 5 aura avantage à être allégé. Il se lira comme suit:

„(5) Lorsque la société nouvelle issue d'une fusion transfrontalière est une société de droit luxembourgeois, le contrôle de légalité du notaire prévu à l'article 271, paragraphe 2 porte également sur la partie de la procédure relative à la constitution de cette société.“

Article 22 (23 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation, sauf la suggestion de compléter le nouvel intitulé de la sous-section 3 *in fine* par le mot „société“.

Article 23 (24 selon le Conseil d'Etat)

Les alinéas 1er et 2 du nouveau libellé à donner à l'article 278 de la loi du 10 août 1915 ne donnent pas lieu à observation, sauf à écrire „sous-section 1.“ à l'alinéa 1er et „alinéa premier“ à l'alinéa 2.

Tout en notant que les alinéas 3 et 4 du commentaire se réfèrent à l'alinéa 3 du nouvel article 278 (et non au second alinéa comme indiqué erronément), et tout en renvoyant au tableau des concordances, le Conseil d'Etat estime que dans l'intérêt d'une bonne compréhension du texte il y aurait avantage à viser les dispositions qui, en application de l'article 15, paragraphe 1er, premier tiret de la directive 2005/56/CE ne sont pas applicables, plutôt que de se référer aux dispositions de deux articles de la loi du 10 août 1915 en vue d'en confirmer l'applicabilité dans l'hypothèse visée dans le nouveau libellé de l'article 278.

Article 24 (25 selon le Conseil d'Etat)

Contrairement à l'approche retenue par l'article 23 en relation avec le nouveau libellé proposé comme devant faire l'objet de l'alinéa 3 de l'article 278 de la loi de 1915, la rédaction qu'il est prévu de donner au nouveau paragraphe 2 de l'article 279 suit la logique de la directive 2005/56/CE et plus particulièrement de son article 15.

Il y a lieu de faire précéder le texte censé faire l'objet du nouveau paragraphe 2 par l'indication afférente en écrivant: „(2) En cas de fusion ...“.

Article 25 (26 selon le Conseil d'Etat)

Le texte proposé en vue d'assurer la transposition de l'article 15, paragraphe 2 de la directive 2005/56/CE ne donne pas lieu à observation quant au fond.

En ce qui concerne la forme, le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit la phrase introductive:

„L'article 281 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe 2, le texte actuel devenant paragraphe 1er et le point a) étant complété par un alinéa 2:“

Le nouvel alinéa 2 du point a) du nouveau paragraphe 1er de l'article 281 est à remplacer par le texte suivant:

„Les dispositions du présent point a) ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières de sociétés.“

Il y a encore lieu à suppression des guillemets dans le texte des modifications à apporter à l'article 281.

Articles 26 et 27 (27 et 28 selon le Conseil d'Etat)

Nonobstant l'erreur figurant dans le commentaire de l'article 27, qui devrait renvoyer à l'article 26, les articles 26 et 27 ont trait à la scission partielle de sociétés. La scission partielle d'une société permet la constitution d'une société nouvelle, sinon l'intégration dans une société existante ou nouvellement créée moyennant apport d'une branche d'activités ou partie autonome de la société scindée.

Il importe, au-delà de l'intérêt économique que de telles opérations peuvent comporter pour les sociétés concernées et leurs propriétaires, de veiller, comme le relève à bon escient la Chambre de commerce, à la neutralité fiscale des scissions partielles de sociétés. Tout en notant que la question du droit d'apport, auquel se réfère la chambre professionnelle, est entre-temps devenue sans objet, suite à sa suppression par la loi du 19 décembre 2008¹, le Conseil d'Etat estime que le texte proposé ne donne pas lieu à observation.

Articles 28 et 29 (29 et 30 selon le Conseil d'Etat)

Les modifications que les articles sous examen ont pour objet d'apporter aux articles 295 et 296 de la loi du 10 août 1915 comportent la transposition de l'article 3 de la directive 2007/63/CE.

Quant au fond, les modifications ne donnent pas lieu à observation.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat renvoie à la remarque pertinente de l'avis de la Chambre de commerce qui consiste à aligner le libellé des articles 293 à 295 de la loi de 1915 sur la terminologie y introduite par ailleurs dans le sillage de la transposition de la directive 2005/56/CE et à remplacer la notion „organes de gestion“ par „organes d'administration et de direction“.

Par ailleurs, il propose de commencer le début de texte du paragraphe 2 de l'article 296 par „(2) Les exigences des articles 293 et 295, paragraphe (1) sous c) et d) ...“. En effet, les associés et autres porteurs de titres conférant des droits de vote ne renoncent pas aux articles visés de la loi de 1915, mais peuvent renoncer aux exigences que les dispositions de ces articles comportent.

Article 30 (31 selon le Conseil d'Etat)

L'article 30 sous examen a pour objet d'ajouter une nouvelle section 4 au chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail dédiée à la participation des salariés en cas de fusion transfrontalière de sociétés. Les dispositions qu'il est prévu d'insérer dans la nouvelle section sont censées transposer en droit national interne les exigences de l'article 16 de la directive 2005/56/CE, abstraction faite du paragraphe 5 qui ne requiert pas de transposition et du paragraphe 6 transposé dans le cadre de l'article 6 du projet de loi sous examen.

¹ Loi du 19 décembre 2008

- portant révision du régime applicable à certains actes de société en matière de droits d'enregistrement
- portant transposition de la directive 2008/7/CE du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux
- modifiant:
 - la loi modifiée du 7 août 1920, portant majoration des droits d'enregistrement, de timbre, de succession, etc.
 - la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif
 - la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation
 - la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risque (SICAR)
 - la loi modifiée du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de sepcav et assep
 - la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés
- et abrogeant la loi modifiée du 29 décembre 1971 concernant l'impôt frappant les rassemblements de capitaux dans les sociétés civiles et commerciales et portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement.

Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à l'option pour ce faire, retenue par les auteurs de la loi en projet tendant à faire compléter le Code du travail plutôt que de prévoir un ajout à la loi précitée de 1915. Dans cet ordre d'idées, un renvoi au règlement (CE) No 2157/2001 lui semble également adéquat.

Il recommande pourtant d'écrire dans l'intitulé de la nouvelle section 4 destinée à compléter le chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail ainsi qu'au nouvel article L. 426-13 à y insérer „en cas de fusion transfrontalière de sociétés“. En outre, y a-t-il lieu de remplacer les termes „dispositions de référence“ par „dispositions“ et de faire abstraction *in fine* du texte de l'article L. 426-14 à ajouter dans ledit Code du travail des mots „mutatis mutandis“, alors que ces ajouts s'avèrent superflus et risquent en outre, de par l'imprécision qu'ils introduisent, d'induire en erreur sur la portée correcte de la disposition visée.

Article 31 (32 selon le Conseil d'Etat)

Cet article donne lieu à deux observations.

D'abord, le Conseil d'Etat se demande, ensemble avec la Chambre de commerce, s'il n'y aurait pas intérêt à prévoir avec la même clarté des dispositions similaires pour déterminer l'application dans le temps des nouvelles règles concernant les scissions de sociétés.

Ensuite, il note que les auteurs du projet entendent allonger le délai entre la publication et la prise d'effet de la loi en s'écartant de la règle usuelle de l'entrée en vigueur de la loi quatre jours après sa publication au Mémorial. Or, si la publication a lieu à quatre jours avant la fin du mois, le gain de temps escompté n'existe pas.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mars 2009.

Pour le Secrétaire général,

L'Attaché,

Yves MARCHI

Le Président,

Alain MEYER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5829/04

N° 5829⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

* * *

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(8.4.2009)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19, paragraphe (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous faire parvenir ci-après différents redressements et aménagements que la Commission juridique a décidé.

Le détail des modifications se présente comme suit:

1. Article 2 (article 26-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales – ajout des paragraphes (3bis) à (3sexies))

„Art. 2.– L'article 26-1 de la loi précitée modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est complété par les paragraphes (3bis) à (3sexies) dont la teneur est la suivante:

„(3bis) Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué de valeurs mobilières au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 18), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers ou d'instruments du marché monétaire au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 19), de cette directive, et lorsque

ces valeurs ou instruments sont évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de ladite directive au cours d'une période de 6 mois précédant la date effective de l'apport autre qu'en numéraire, les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

Toutefois, si ce prix a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire est devenu illiquide, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité ~~de l'organe d'administration ou de direction~~ du conseil d'administration ou du directoire. Les paragraphes (2) et (3), sont applicables aux fins de cette réévaluation.

(3ter) Lorsque, sur décision ~~de l'organe d'administration ou de direction~~ du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés aux paragraphes (3bis) à (3quater) qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un réviseur d'entreprises et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;
 - b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport,
- les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

En cas de circonstances nouvelles pouvant modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité ~~de l'organe d'administration ou de direction~~ du conseil d'administration ou du directoire. Les paragraphes (2) et (3) sont applicables aux fins de cette réévaluation.

Faute d'une telle réévaluation, un ou plusieurs actionnaires détenant un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société au jour de la décision d'augmenter le capital peuvent demander une évaluation par un réviseur d'entreprises, auquel cas les paragraphes (2) et (3) sont applicables. Ce ou ces actionnaires peuvent en faire la demande jusqu'à la date effective de l'apport, à condition que, à la date de la demande, le ou les actionnaires en question détiennent toujours un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société, comme c'était le cas au jour où la décision d'augmenter le capital a été prise.

(3quater) Lorsque, sur décision ~~de l'organe d'administration ou de direction~~ du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés au paragraphe (3bis) dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes légaux de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes légaux aient été contrôlés conformément à la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas.

Le paragraphe (3ter), deuxième et troisième alinéas, est applicable mutatis mutandis.

(3quinquies) Lorsqu'un apport autre qu'en numéraire visé aux paragraphes (3bis) à (3quater) est effectué sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), une déclaration contenant les éléments suivants fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 dans le délai d'un mois après la date effective de l'apport:

- a) une description de l'apport autre qu'en numéraire concerné;
- b) sa valeur, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation;
- c) une attestation précisant si les valeurs obtenues correspondent au moins au nombre, à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie de cet apport;
- d) une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle intéressant l'évaluation initiale n'est survenue.

La déclaration comprend en outre les indications relatives à la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, ainsi que le nom de l'apporteur.

(3sexies) Lorsqu'il est proposé de faire un apport autre qu'en numéraire sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), dans le cadre d'une augmentation de capital qu'il est proposé de réaliser en application de l'article 32, paragraphes (2) et (3), une annonce comprenant la date à laquelle la décision d'augmenter le capital a été prise et les informations énumérées au paragraphe (3quinquies) fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 et ce avant la réalisation effective de l'apport autre qu'en numéraire constitué par l'élément d'actif. Dans ce cas, la déclaration visée à l'alinéa 1 du paragraphe (3quinquies) se résume à une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle n'est survenue depuis que l'annonce susmentionnée a fait l'objet d'une publicité. “ “

La commission juridique estime, à l'instar de la modification (figurant en caractères gras) suggérée par le Conseil d'Etat à l'endroit du paragraphe (3quater), nécessaire d'adapter (figurant en caractères soulignés) en conséquence les paragraphes (3bis) et (3ter).

2. Article 3 (modification du paragraphe (1) de l'article 49-2 de la loi précitée du 10 août 1915)

„Art. 3.– A l'article 49-2 de la loi précitée modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et ~~de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché de la loi relative aux abus de marché~~, la société ne peut acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes:

*1° ~~a)~~ l'autorisation d'acquérir est accordée par l'assemblée générale, qui fixe les modalités des acquisitions envisagées, et notamment le nombre maximal d'actions à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut dépasser cinq ans et, en cas d'acquisition à titre onéreux, les contre-valeurs maximales et minimales. ~~Les membres des organes d'administration ou de direction~~ **Le conseil d'administration ou le directoire** veillent à ce que, au moment de toute acquisition autorisée, les conditions visées aux points b) et c) soient respectées;*

2° ~~b)~~ les acquisitions, y compris les actions que la société a acquises antérieurement et qu'elle détient en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 72-1, paragraphe (1) et (2);

3° ~~c)~~ l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées. “ “

La commission juridique propose de renvoyer à la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché qui constitue le texte de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché en droit luxembourgeois. La référence à la loi précitée, conformément à son article 37, se fait sous sa forme abrégée.

La commission propose encore, suite à l'observation du Conseil d'Etat quant à la référence au point 1° du paragraphe (1) tel que figurant aux paragraphes (2) et (3), de modifier la numérotation des points a), b) et c) en points 1°, 2° et 3°. En procédant de sorte, le renvoi respectif figurant à l'endroit des paragraphes (2) et (3) est correct.

*

J'envoie copie de la présente, pour information, au Ministre de la Justice et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien WEILER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5829/05

N° 5829⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(28.4.2009)

En application de l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, le président de la Chambre des députés a, par dépêche du 8 avril 2009, saisi le Conseil d'Etat de différents „redressements et aménagements“ proposés au projet de loi sous objet par la Commission juridique et qui font suite à l'avis de celui-ci du 17 mars 2009, mais qui se limitent aux seuls articles 2 et 3 du projet de loi No 5829. Le texte desdits redressements et aménagements était suivi d'un bref commentaire.

Tout en notant encore qu'il a été suivi quant à la façon de compléter l'intitulé dudit projet de loi sans que les amendements sous examen en fassent état, le Conseil d'Etat se demande, en l'absence d'indications afférentes dans la communication précitée, quel sera dans les conditions données le sort réservé à ses observations relatives à bon nombre des autres 29 articles du projet de loi.

Ni la modification de l'intitulé ni celles des articles 2 et 3 ne donnent par ailleurs lieu à observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 avril 2009.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5829/06

N° 5829⁶**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

**relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux,
à la simplification des modalités de constitution des sociétés
anonymes et de maintien et de modification de leur capital,
portant transposition:**

- **de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;**
- **de 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;**
- **de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,
ainsi que modification**
- **de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et**
- **du Code du travail**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(29.4.2009)

La Commission se compose de: Mme Christine DOERNER, Présidente-Rapporteuse; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Felix BRAZ, Mmes Lydie ERR, Colette FLESCHE, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Laurent MOSAR et Gilles ROTH, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi sous rubrique a été déposé à la Chambre des Députés par le Ministre de la Justice le 21 janvier 2008. Le texte était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'un tableau de transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE.

Le projet de loi sous rubrique a été avisé par la Chambre de Commerce en date du 24 juillet 2008 et par l'Institut des réviseurs d'entreprises en date du 17 novembre 2008.

Le 1er avril 2009, le projet de loi a été présenté aux membres de la Commission juridique par des représentants du ministère de la Justice. A cette occasion, la Commission juridique a désigné le rapporteur du projet de loi sous examen en la personne de sa présidente, Madame Christine DOERNER.

La Commission juridique a encore procédé à l'examen du projet de loi à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat du 17 mars 2009 lors de cette réunion précitée du 1er avril 2009.

La Commission juridique a informé par courrier du 8 avril 2009 le Conseil d'Etat des différents redressements et aménagements décidés.

Elle s'est encore réunie en date du 29 avril 2009 pour adopter le présent rapport.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen a pour objet la transposition en droit national d'une série d'instruments juridiques européens, à savoir plus précisément:

- 1) 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 directive 2005/56/CE),
- 2) 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 et de la directive (ci-après la directive 2006/68/CE), et
- 3) la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (ci-après la directive 2007/63/CE).

Ce faisant, il entend modifier tant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales que le Code du travail.

Il échet de décrire brièvement les directives en question avant de voir quelles sont les conséquences que la transposition de ces directives entraîne au niveau du droit national.

2.1. La directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

Une coopération et un regroupement entre sociétés de capitaux d'Etats membres différents sont nécessaires. Cependant, les sociétés de capitaux éprouvent de nombreuses difficultés, au niveau législatif et administratif au sein de la Communauté, à réaliser des fusions transfrontalières entre elles. Il est donc nécessaire, pour assurer l'achèvement et le fonctionnement du marché intérieur, de prévoir des dispositions communautaires en vue de faciliter la réalisation de telles fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d'Etats membres différents.

C'est précisément le but de la directive 2005/56/CE sous rubrique. Celle-ci propose un cadre législatif simplifié. Cette directive, qui est considérée comme constituant un pas important dans les efforts de l'Union européenne pour faire avancer la stratégie de Lisbonne, vise à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent. Selon le régime établi par la directive, une fois la nouvelle entité issue de la fusion créée, une seule législation s'applique, à savoir celle de l'Etat membre où elle a son siège.

La directive 2005/56/CE s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents. Les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) sont cependant exclues de son champ d'application. Par ailleurs, les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société coopérative, même lorsque celle-ci entre dans la catégorie de société à capitaux. A noter dans ce contexte que le Luxembourg n'a pas pris une telle option.

Les organes de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent doivent établir un projet commun de fusion transfrontalière. La directive définit une liste de douze éléments devant obligatoirement figurer dans ce projet qui doit être publié, selon les modalités prévues par la législation de chaque Etat membre conformément à la directive sur la publicité des sociétés de capitaux (directive

68/151/CEE), au moins un mois avant la réunion de l'assemblée générale qui doit se prononcer à ce sujet.

Selon ladite directive, l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport à l'intention des associés expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière et expliquant les conséquences de cette fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers et les salariés. Le rapport est mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale. Un rapport d'expert indépendant est établi pour analyser la fusion. Ce rapport n'est pas nécessaire si tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion en décident ainsi. L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent se prononce sur l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière sur base du rapport sur le projet de fusion et du rapport d'expert.

Chaque Etat membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés qui fusionnent et qui relèvent de sa législation nationale. Cette autorité délivre un certificat attestant de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion.

D'après la directive sous examen, chaque Etat membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et, le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière lorsque la société issue de la fusion transfrontalière relève de sa législation nationale. L'autorité en question contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion transfrontalière dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions de la directive.

La législation de l'Etat membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière détermine la date à laquelle la fusion prend effet, ainsi que les modalités de publicité de la fusion dans le registre public.

Les fusions transfrontalières entraînent plusieurs effets. Ainsi, p. ex. les sociétés absorbées, ou les sociétés qui fusionnent, cessent d'exister; l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés concernées par la fusion est transféré à la nouvelle entité; les associations des sociétés concernées deviennent associées de la nouvelle entité.

En ce qui concerne les droits de participation des travailleurs, il échet de noter que le principe général veut que la législation nationale régissant la société issue de la fusion transfrontalière soit d'application. A titre d'exception, les principes et les modalités relatifs à la participation des travailleurs, fixés par le règlement et la directive sur la société européenne respectivement la directive complétant le statut de la société européenne, sont d'application dans certaines conditions.

2.2. 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 et de la directive

La directive sous rubrique a pour objet de faciliter et de simplifier le rassemblement de capitaux et la restructuration de l'actionariat dans les sociétés anonymes.

Certains aspects du système, établi par la deuxième directive en matière de „*droit des sociétés*“ quant aux garanties minimales accordées aux actionnaires et aux créanciers lors de la constitution de sociétés anonymes ou de modification par ces sociétés de leur capital social, ayant été jugés trop rigides et coûteux, des modifications ont été proposées, notamment en 1999 par le groupe SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market – simplification de la législation du marché intérieur) et en 2002 par le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés établi par la Commission européenne.

La directive met en oeuvre certaines de ces recommandations portant, notamment, sur l'émission d'actions en contrepartie d'apports en nature et l'acquisition par une société de ses propres actions. En outre, les règles actuelles relatives à l'assistance financière qu'une société peut fournir à un tiers en vue de l'acquisition de ses actions sont assouplies.

La directive permet aux Etats membres, à certaines conditions, de dispenser les sociétés de certaines obligations spécifiques en matière de communication d'informations et de faciliter la restructuration

de l'actionnariat. A cet égard, dans l'esprit de la tradition de libéralisme économique qui caractérise le droit luxembourgeois des sociétés, le présent projet de loi a adopté une approche très libérale quant aux options offertes aux Etats membres. Enfin, la directive prévoit également des garanties harmonisées pour les créanciers dans le contexte d'une réduction du capital.

2.3. La directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes

La directive 2007/63/CE permet, dans le cadre d'opérations de fusion ou scission purement nationales, un assouplissement de la procédure de contrôle du projet de fusion par des experts indépendants si l'ensemble des actionnaires conviennent que le rapport des experts indépendants sur le projet de fusion n'est pas nécessaire, à l'instar de ce que prévoit la directive 2005/56/CE.

2.4. Modifications résultant de la transposition des trois directives précitées

La transposition des trois directives précitées nécessite, mais seulement en partie, des modifications de la législation actuelle en la matière.

En effet, il échet de relever que la directive 2005/56/CE a déjà été partiellement transposée en droit national, à savoir par la loi du 23 mars 2007 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, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle permettant expressément les fusions transfrontalières.

Elle a été aussi transposée par la loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui vise à assurer la sécurité juridique de l'opération de fusions transfrontalières par le biais des mesures suivantes: 1) réduction de la période de prescription de l'action en nullité de l'opération une fois que celle-ci a été réalisée, 2) introduction du point de vue procédural, d'une disposition prévoyant que le notaire luxembourgeois actant la fusion (en cas de fusion par absorption par une société luxembourgeoise d'une société de droit étranger) peut se fonder sur un certificat probant émis par une autorité ou un notaire de droit étranger attestant que les procédures nationales requises ont été respectées en ce qui concerne la société étrangère absorbée et que le projet de fusion soumis à l'approbation des actionnaires de la société étrangère est bien identique au projet soumis aux actionnaires de la société absorbante luxembourgeoise et 3) détermination du point de départ des effets de la fusion à l'égard des actionnaires et des tiers.

La transposition de cette directive n'étant pas complète, il échet d'en opérer la finalisation. C'est précisément le but du projet de loi sous rubrique. Il en est ainsi des articles relatifs au champ d'application, au projet commun de fusion transfrontalière, aux exigences en matière de publication ou encore à la notification sans délai par le registre de commerce et des sociétés au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne est tenue de procéder au dépôt des actes de la prise d'effet de la fusion transfrontalière.

A noter encore que les dispositions de la directive précitée relatives au volet participation des travailleurs sont transposées dans une nouvelle section 4 du chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du Travail.

A noter in fine qu'au projet de loi est annexé un tableau de transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE et que le commentaire des articles signale pour chaque article quelle disposition de quelle directive est ainsi transposée.

*

3. AVIS DES CHAMBRES PROFESSIONNELLES ET AUTRES

La Chambre de Commerce a attiré dans son avis l'attention sur les mesures de simplification administrative concernant notamment l'abandon partiel de l'évaluation obligatoire des apports en nature par un réviseur d'entreprises lors de la constitution d'une société anonyme ainsi que sur l'assouplissement du régime de l'acquisition des actions propres et de l'assistance financière dans les sociétés anonymes.

Elle a mis notamment en garde contre la façon de concevoir le cadre légal destiné à parachever la transposition de la directive 2005/56/CE en matière de fusions transfrontalières qui, selon elle, ne respecterait pas le principe „*toute la directive, rien que la directive*“. Elle craint, en effet, que l'approche retenue n'aille au détriment de l'attractivité des entreprises luxembourgeoises participant à de telles fusions.

L'Institut des réviseurs d'entreprises a, de son côté, fait valoir que, d'un côté, au vu de leur caractère facultatif et dans l'intérêt des parties concernées par les opérations en question, il serait indiqué de renoncer pour le moment à une transposition des dispositions de l'alinéa 2 du paragraphe (2) de l'article 1er de la directive 2006/68/CE, nonobstant l'objectif de simplification et de flexibilité inhérent à la démarche. Il a, d'un autre côté, plaidé quant à l'article 13 du projet de loi qu'en vue de la mise en œuvre des opérations de fusion de sociétés il soit assuré que la connaissance „*des matières luxembourgeoises essentielles à la bonne réalisation de ces missions*“ puisse être vérifiée dans le chef des experts susceptibles d'accompagner ces fusions.

Pour plus de détails, il est renvoyé aux avis de la Chambre de Commerce et de l'Institut des réviseurs d'entreprises.

*

4. AVIS DU CONSEIL D'ETAT ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES

Dans son avis du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat a noté que les modifications que le projet de loi sous examen se propose d'apporter à la législation sur les sociétés commerciales se recoupent pour partie avec un autre projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, à savoir le projet de loi No 5730. Pour le Conseil d'Etat, il conviendrait d'élaguer celui des deux textes qui n'aura pas encore abouti au moment de l'adoption de l'autre, et de supprimer dans le texte promulgué en second lieu l'intégralité des dispositions susceptibles de faire double emploi.

Le Conseil d'Etat, tout en remarquant que dans le passé des dispositions éparses ont été introduites dans la législation sur les sociétés commerciales par certaines des modifications y apportées qui renvoient directement à des directives communautaires plutôt que de diriger ce renvoi vers le texte de transposition des exigences communautaires en droit national, a recommandé vivement, en l'espèce, d'en faire abstraction dans le projet de loi sous examen, tout comme dans le cadre de toutes les modifications ultérieures que subira encore la loi modifiée du 10 août 1915.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat a proposé encore de mentionner à l'article 1er de la loi en projet l'intégralité de l'intitulé de la „*loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*“ et de poursuivre dans les phrases introductives des articles subséquents en désignant cette loi sous la forme abrégée „*loi précitée du 10 août 1915*“.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'avis du Conseil d'Etat proprement dit ainsi qu'au commentaire des articles subséquent.

La Commission juridique a procédé à une série d'adaptations, aménagements et redressements tenant compte dans une large mesure de l'avis du Conseil d'Etat.

Il n'a cependant pas suivi le Conseil d'Etat dans sa suggestion de faire figurer dans le texte un renvoi au droit national plutôt qu'un renvoi aux directives communautaires.

Il échet de noter dans ce contexte que (i) plusieurs directives citées ne sont pas encore transposées en droit luxembourgeois (comme les directives 2006/43 et 2005/36) de sorte qu'il est impossible de renvoyer aux textes de loi les ayant transposées et (ii) que dans le cadre de fusions transfrontalières, le renvoi est à considérer comme un renvoi aux mesures de transposition en droit étranger (auxquelles il est de fait difficile de se référer avec précision).

La Commission juridique a encore repris la suggestion du Conseil d'Etat de mentionner à l'endroit de l'article 1er du texte de loi future l'intégralité de l'intitulé de la „loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales“ et de poursuivre dans les phrases introductives des articles subséquents en désignant cette loi sous la forme abrégée „loi précitée du 10 août 1915“.

Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire des articles.

*

5. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Intitulé

Dans la mesure où le projet de loi sous examen comporte, outre la transposition de plusieurs directives communautaires, la modification tant de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales que du Code du travail, il convient, d'après le Conseil d'Etat, d'en faire mention dans l'intitulé.

La Commission juridique a suivi le Conseil d'Etat. Le libellé actuel se réfère tant aux différentes directives qu'à la loi modifiée du 10 août 1915 et au Code du travail.

Article 1er

(Transposition de l'article 10ter, paragraphe (3) de la directive 77/91/CEE tel qu'introduit par la directive 2006/68/CE)

L'article 10ter, paragraphe (3) de la directive 77/91/CEE impose de prévoir dans la législation nationale des garanties adéquates quant au respect des procédures adoptées à l'article 10bis et 10ter, également transposés dans le présent projet de loi. Il s'agit de garanties quant à l'existence et à la valeur des apports autres que numéraires.

L'article sous rubrique entend modifier le paragraphe (2) de l'article 26 de la loi précitée de 1915 et confier au notaire, qui a rédigé l'acte, la vérification afférente, alors que les modalités de l'émission d'actions en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire seront réglées à l'article 26-1 de ladite loi.

Cette nouvelle compétence du notaire s'inscrit dans le prolongement de sa responsabilité actuelle de vérifier les conditions de constitution d'une société anonyme, prévues à l'article 26, paragraphe (1).

Dans son avis, le Conseil d'Etat a rappelé que l'approche retenue s'identifie à celle déjà prévue par le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées¹ d'ores et déjà avisé par lui, et que cette approche n'avait pas donné lieu à observation de sa part. Le Conseil d'Etat a, partant, marqué son accord avec l'article sous rubrique en proposant toutefois deux modifications d'ordre rédactionnel, modifications reprises par la Commission juridique.

Article 2

(Transposition des articles 10bis et 10ter paragraphes (1) et (2) de la directive 77/91/CEE tel qu'introduits par la directive 2006/68/CE)

Cet article vise à compléter l'article 26-1 de la loi précitée du 10 août 1915 par des paragraphes (3bis), (3ter) et (3quater), (3quinquies) et (3sexies).

Paragraphe (3bis)

L'article 10bis, paragraphe (1) de la directive 77/91/CEE telle que modifiée permet aux Etats membres de ne pas imposer un rapport par un expert indépendant portant sur des apports en nature lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières de sociétés cotées. Dans l'optique libérale traditionnelle de la législation luxembourgeoise, il a été opté pour cette simplification des modalités de contrôle de ce type d'apports lorsque ces valeurs ou instruments sont évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au sens de l'article 4, paragraphe (1), point 14), de ladite directive au cours d'une période de 6 mois, précédant la date effective de l'apport.

¹ doc. parl. No 5157

Il est à noter que le terme de „*prix moyen pondéré*“ doit se comprendre comme une pondération en fonction du volume des valeurs mobilières qui ont été négociées à un prix donné, le prix moyen n'étant donc pas une simple moyenne arithmétique des différents prix constatés sur une période donnée. Il est encore à noter que la dispense d'un rapport ne subsiste que tant que les valeurs mobilières en question n'ont pas connu des variations sensibles suite à des circonstances exceptionnelles (un krach boursier par exemple).

Paragraphe (3ter)

Ce paragraphe correspond à l'article 10bis, paragraphe (2) de la directive modifiée 77/91/CEE. L'hypothèse visée ici est celle d'éléments d'actifs autres que des valeurs mobilières ou instruments du marché monétaire qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un expert indépendant, étant précisé que l'expert indépendant en question doit être un réviseur d'entreprises pour être en ligne avec les exigences déjà posées en droit luxembourgeois à l'article 26-1 paragraphe (2) de la loi précitée de 1915.

Un garde-fou a été prévu dans la mesure où il est requis de procéder à une réévaluation sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire du bien en question en cas de modification sensible de la juste valeur du bien. A défaut de réévaluation par cet organe, les actionnaires minoritaires représentant au moins 5% du capital souscrit de la société peuvent demander une nouvelle évaluation.

Paragraphe (3quater)

Ce paragraphe correspond à l'article 10bis, paragraphe (3) de la directive modifiée 77/91/CEE. Les éléments d'actifs visés sont cette fois les éléments autres que les valeurs mobilières ou instruments du marché monétaire qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur dans le cadre des comptes annuels de l'exercice précédent de la société à condition qu'ils aient été révisés. Le même garde-fou que celui prévu au paragraphe (3ter) est mis en place.

Paragraphe (3quinquies)

Ce paragraphe correspond à l'article 10ter, paragraphe (1) de la directive modifiée 77/91/CEE. Il prévoit, à titre de mesure de transparence, la publication d'une déclaration comprenant un certain nombre d'informations quant à l'actif apporté et son évaluation.

Paragraphe (3sexies)

Ce paragraphe correspond à l'article 10ter, paragraphe (2) de la directive modifiée 77/91/CEE. Il vise l'hypothèse d'une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé. Dans ce cas, il est noté qu'une première annonce avec les informations prévues au paragraphe (3quinquies) doit être publiée avant la réalisation effective de l'apport. Une deuxième publication a ensuite lieu dans le délai d'un mois après la date effective de l'apport conformément au paragraphe (3quinquies); cette publication se limitant toutefois à une attestation selon laquelle il n'y a eu aucune circonstance nouvelle depuis la première annonce.

Le Conseil d'Etat aurait préféré que certaines formulations reprises de la directive soient précisées davantage, comme p. ex. celle de „*circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif*“ figurant à l'alinéa 2 du paragraphe (3bis) nouveau de l'article 26-1, ou encore celle de „*circonstances nouvelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif*“ à l'alinéa 2 du paragraphe (3ter). A ce sujet, le Conseil d'Etat a également souhaité voir précisé dans le texte légal la portée du terme „*prix moyen pondéré*“ figurant au paragraphe (1) dans la lignée des explications du commentaire des articles. Il a toutefois admis comprendre le souci des auteurs d'éviter, grâce à leur copie conforme du texte communautaire, tout reproche de transposition incorrecte de la directive.

Quant au libellé du paragraphe (3quater), il y aurait lieu de remplacer, selon le Conseil d'Etat, les termes „*sur décision de l'organe d'administration ou de direction*“ par „*sur décision du conseil d'administration ou du directoire*“, dénominations utilisées par la législation luxembourgeoise pour désigner les organes visés.

Pour ce qui est du paragraphe (3quinquies), le Conseil d'Etat a donné à considérer que le texte gagnerait en clarté, s'il précisait que la déclaration prévue est celle du conseil d'administration ou du

directoire. Conformément à l'observation afférente formulée dans le cadre des considérations générales, le Conseil d'Etat s'est opposé au renvoi prévu à une directive communautaire, et il a proposé de remplacer celle-ci par son texte de transposition en droit national.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat aurait encore préféré voir les paragraphes nouveaux, à insérer à l'article 26-1 du projet gouvernemental et portant les numéros 3bis à 3sexies, être numérotés dans la série courante (paragraphes 4 à 7), l'actuel paragraphe (4) devenant le paragraphe (8). Les renvois prévus dans le texte proposé aux autres paragraphes de l'article sous examen devraient être adaptés en conséquence.

Au niveau du paragraphe (3quater), la Commission juridique a décidé de reprendre les suggestions rédactionnelles du Conseil d'Etat. Au vu de la modification proposée par le Conseil d'Etat à l'endroit du paragraphe (3quater), la Commission parlementaire a encore estimé utile d'adapter les paragraphes (3bis) et (3ter) en ce sens.

Concernant le paragraphe (3quinquies), la Commission parlementaire a décidé de maintenir le texte initial. Il est rappelé que la déclaration est publiée et faite au nom de la société, alors que c'est bien le conseil d'administration ou le directoire qui représente la société qui en assume la responsabilité.

Une remarque encore concernant l'ensemble des paragraphes (3bis) à (3sexies), la Commission juridique a décidé de maintenir la numérotation du projet de loi. Il est proposé de procéder à une renumérotation dans le cadre de la codification de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Article 3

(Transposition de l'article 19 paragraphe (1) de la directive 77/91/CEE tel que modifié par l'article 1 paragraphe (4) de la directive 2006/68/CE)

A l'origine, la 2^{ème} directive limitait l'autorisation donnée par l'assemblée pour l'acquisition par la société de ses propres actions à 18 mois. La directive 2006/68/CE a porté cette durée à 5 ans. Par ailleurs, la limite de 10% du capital souscrit pour ces acquisitions n'est plus imposée obligatoirement, la directive laissant aux Etats membres le choix de maintenir la limite de l'alinéa 2 de l'article 19 paragraphe (1) ou non.

La nécessité de maintenir une telle limite ne paraissant pas nécessaire, le projet de loi sous rubrique a pris pour option de ne pas maintenir cette exigence en droit luxembourgeois ni d'introduire les autres exigences énoncées aux points ii) à v) de l'alinéa 2 de l'article 19 paragraphe (1). L'article 49-2 de la loi précitée de 1915 ne reprend donc en substance que les dispositions de l'alinéa 1 du paragraphe 1er de l'article 19.

Dans son avis du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat a remarqué que les auteurs du projet de loi se tiennent fidèlement au texte communautaire. Si cette approche ne donne, en principe, pas lieu à objection, le Conseil d'Etat s'est néanmoins opposé au renvoi à la directive 2003/6/CE. Le renvoi doit être remplacé par celui au texte de transposition de la directive en droit national, selon la Haute Corporation.

Le Conseil d'Etat a noté que le délai maximum d'autorisation accordé aux sociétés anonymes et aux sociétés européennes pour acquérir leurs propres actions est porté de 18 mois à 5 ans. Le texte proposé reprend, partant, le nouveau délai maximum qui ne s'applique cependant qu'à défaut du moment que l'assemblée générale de la société ne fixerait pas dans les statuts de la société un délai plus court. Le Conseil d'Etat a été d'avis qu'il y aurait lieu de remplacer la locution communautaire „les membres des organes d'administration ou de direction“ par „le conseil d'administration ou le directoire“.

Le Conseil d'Etat a encore signalé que la référence au point 1 du paragraphe (1) figurant aux paragraphes (2) et (3) n'a plus de sens, puisque le point 1 du paragraphe (1) est supprimé. Il conviendrait, dès lors, de revoir cet article notamment au regard des modifications de cet article prévues dans le projet de loi No 5730.

La Commission juridique a décidé de remplacer le renvoi à la directive 2003/6/CE par un renvoi au texte de transposition nationale, à savoir la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché qui constitue le texte de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché en droit luxembourgeois.

Faisant suite à l'observation du Conseil d'Etat quant à la référence au point 1 du paragraphe (1) tel que figurant aux paragraphes (2) et (3), la Commission parlementaire a proposé de modifier la numérotation des points a), b) et c) en points 1^o, 2^o et 3^o.

Article 4

(Transposition de l'article 23 paragraphe (1) de la directive 77/91/CEE tel que modifié par l'article 1 paragraphe (4) de la directive 2006/68/CE)

De par la modification apportée à l'article 23 de la 2ème directive, la directive 2006/68 permet désormais aux sociétés anonymes d'accorder une aide financière en vue de l'acquisition de leurs actions par un tiers, dans la limite de leurs réserves distribuables, afin de renforcer la flexibilité face aux modifications des droits attachés à la participation au capital de la société.

L'article 49-6, paragraphe (1) de la loi précitée de 1915 reprend ce principe en déterminant sous les points a) à d) les conditions auxquelles est soumise une telle aide financière.

Dans son avis, le Conseil d'Etat a fait valoir que l'article sous rubrique constitue une transposition quasi littérale du point 6 de l'article 1er de la directive 2006/68/CE. Selon la Haute Corporation, cet article ne donne pas lieu à observation, du moins quant au fond.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat a suggéré d'insérer dans la phrase introductive du nouveau texte qu'il est prévu de donner au paragraphe (1) de l'article 49-6 de la loi précitée du 10 août 1915 le mot „ou“ entre „accorder des prêts“ et „donner des sûretés“, tout en supprimant la virgule.

Aux points a) et b), il a encore proposé de remplacer les termes „l'organe d'administration ou de direction“ par „le conseil d'administration ou le directoire“.

Dans la mesure où les opérations spécifiées dans la phrase introductive ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire, il convient, d'après le Conseil d'Etat, de préciser in fine du point a) que l'examen de la situation financière du ou des tiers concernés revient au conseil d'administration ou au directoire, sinon qu'il doit être effectué sous la responsabilité de ces organes.

Sur un plan purement rédactionnel, le Conseil d'Etat a été encore d'avis qu'il conviendrait de se tenir à travers tout le texte à une seule et même façon pour énoncer les renvois. Selon lui, il y aurait lieu d'écrire à la fin du point b) et au point d) respectivement „article 9, paragraphe (1)“, „article 9, paragraphe (3), alinéa 3“ et „article 49-1, paragraphe (1)“.

La Commission parlementaire a fait siennes les propositions de texte du Conseil d'Etat à l'endroit du paragraphe (1) de l'article 49-6 et aux points a) et b).

Quant à la précision à apporter à l'endroit du point a) in fine, telle que suggérée par le Conseil d'Etat, la Commission parlementaire a décidé de maintenir le texte gouvernemental. En effet, il va de soi que l'examen de la situation financière du ou des tiers concernés revient au conseil d'administration ou au directoire. Il est, dès lors, inutile de le préciser dans le texte du projet de loi.

Concernant l'énonciation des renvois, la Commission a décidé de maintenir le symbole „§“. Il est rappelé dans ce contexte que la présentation des renvois sera uniformisée dans le cadre des travaux de codification après le vote du projet de loi No 5730.

Article 5

(Transposition de l'article 23bis de la directive 77/91/CEE tel qu'inséré par l'article 1 paragraphe (7) de la directive 2006/68/CE)

Le Conseil d'Etat, conformément à ses observations à l'endroit des articles qui précèdent, a recommandé de s'en tenir à la rédaction de la loi de 1915 en vue de libeller cet article. Il a estimé en particulier que le renvoi à la directive 83/349/CEE est superfétatoire au regard de l'article 309 de la loi de 1915 qui définit la société mère.

Par ailleurs, il n'a pas d'objection à suivre l'approche française prévoyant la vérification par les commissaires aux comptes des opérations susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêt potentiels, afin de protéger les intérêts de la société.

Il a proposé un nouveau libellé de l'article sous rubrique, à savoir:

„Art. 49-6bis. Lorsque les membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société, partie à une opération visée à l'article 49-6, paragraphe (1), ou d'une société mère ou la société mère elle-même ou encore des tiers agissant en leur propre nom pour compte des membres du conseil d'administration ou du directoire ou pour compte de cette société sont parties à une opération visée à l'article 49-6, le ou les commissaires ou le réviseur d'entreprises adressent un rapport spécial sur cette opération à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport.“

La Commission parlementaire s'est ralliée aux observations du Conseil d'Etat et a repris le texte par lui suggéré.

Article 6

(Transposition des articles 1, 4 et 16 paragraphe (6) de la directive 2005/56/CE)

L'article 1er de la directive 2005/56/CE définit le champ d'application de la directive. Le droit luxembourgeois est déjà largement ouvert aux fusions transfrontalières depuis la première loi du 23 mars 2007 qui autorise explicitement les fusions avec les sociétés et les groupements d'intérêt économique, même non communautaires, pour autant que la législation nationale gouvernant ces derniers ne s'y oppose pas.

Par rapport au texte actuel de l'article 257 alinéa 3 une précision a été apportée pour indiquer que la société de droit étranger doit se conformer aux dispositions et formalités de son droit national. Il est bien entendu que si le droit national ne prévoit pas de disposition spécifique aux fusions transfrontalières cela n'empêche pas qu'une telle fusion soit possible au regard du droit luxembourgeois puisque le droit étranger ne s'y oppose pas et que, par définition, les dispositions et formalités nationales inexistantes sont automatiquement respectées. A noter que la deuxième phrase du point b) de l'article 4 paragraphe (1) de la directive 2005/56/CE n'a pas été reprise. En effet, le droit luxembourgeois caractérisé par son esprit libéral ne prévoyant pas la possibilité pour une autorité publique nationale de s'opposer pour des raisons d'intérêt public, ni à une fusion nationale, ni à une fusion impliquant une société relevant d'un autre Etat membre de l'UE, il n'y avait pas lieu de reprendre cette option pour les entités luxembourgeoises participant à une opération de fusion transfrontalière. Pour les sociétés relevant d'un Etat en dehors de l'UE, l'hypothèse est déjà couverte par le bout de phrase „(...) et que ce droit national ne s'y oppose pas“.

L'article 4, paragraphe (2) de la directive est transposé par l'ajout d'un nouvel alinéa 4 à l'article 257. Dans le cadre de cette transposition, le Luxembourg n'a pas fait le choix d'introduire des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux associés minoritaires qui se sont prononcés contre la fusion transfrontalière.

L'article 16, paragraphe (6) de la directive est transposé, quant à lui, par l'ajout d'un nouvel alinéa 5 qui dispose que la seule forme juridique en droit national permettant l'exercice des droits de participation des travailleurs est celle de la société anonyme. Il est à noter que l'exclusion des OPCVM du champ d'application de la directive visée à l'article 3.3. n'a pas été prise en considération dans le présent projet de loi; les OPCVM de droit luxembourgeois peuvent quant à eux réaliser entre eux des opérations de fusion/scission.

Dans la mesure où la fusion entre sociétés anonymes et groupements d'intérêts économiques, un des partenaires à la fusion étant luxembourgeois et l'autre relevant du régime d'un droit étranger, est déjà ancrée dans la loi de 1915, la précision apportée au texte de l'alinéa 3 de l'article 257 ne donne pas lieu à observation au Conseil d'Etat.

Par ailleurs, le projet de loi impose la forme de la société anonyme pour les sociétés fusionnées de droit luxembourgeois, du moment que l'une des sociétés fusionnantes comportait une gestion à participation des travailleurs et que la société absorbante de droit luxembourgeois est tenue par le même régime de gestion.

L'absence du suivi réservé à la deuxième phrase du point b) du paragraphe (1) de l'article 4 de la directive 2005/56/CE ne donne pas lieu à observation au Conseil d'Etat. Par contre, selon ce dernier, il aurait été utile de vérifier au moins quel a été le suivi dans la législation de nos pays voisins de la possibilité ouverte au paragraphe (2) de l'article 4 de la directive d'une protection spéciale des associés minoritaires. Le simple constat en guise d'explication que cette possibilité n'a pas été utilisée est en tout cas insatisfaisant pour la Haute Corporation.

Le Conseil d'Etat a encore suggéré une série de modifications sur le plan formel, à savoir:

- la phrase introductive de l'article 6 devrait se lire comme suit:

„L'alinéa 3 de l'article 257 de la loi précitée du 10 août 1915 est remplacé par le texte suivant:“

- au premier alinéa du texte de remplacement de l'alinéa 3, il y a lieu de remplacer le texte entre parenthèses par une phrase entière libellée comme suit:

„Ces fusions sont dénommées ci-après „fusions transfrontalières“.“

– au deuxième alinéa du texte de remplacement, le terme „*en particulier*“ doit être écrit correctement.

Concernant la remarque du Conseil d'Etat, selon laquelle il aurait été utile de vérifier le suivi de la législation dans nos pays voisins concernant la possibilité ouverte au paragraphe (2) de l'article 2, il échet de noter qu'en l'état actuel, aucun besoin de prévoir une protection supplémentaire n'a été ressenti.

Concernant les modifications suggérées par le Conseil d'Etat, la Commission juridique a décidé de les reprendre à son compte.

Article 7

Cet article vient modifier l'article 259 paragraphe (1) de la loi précitée de 1915 en ce sens qu'il a été ajouté à sa première phrase les mots „*société préexistante*“ après le mot „*autre*“ afin d'y apporter une précision linguistique.

Il n'appelle pas d'observations particulières.

Article 8

(Transposition de l'article 5 de la directive 2005/56/CE)

Dans le cadre de la transposition de la directive 2005/56/CE, les auteurs du projet de loi ont décidé, dans un souci de lisibilité du texte et parce qu'aucun argument en sens contraire ne s'y opposait, d'uniformiser les conditions applicables au régime tant des fusions nationales que des fusions transfrontalières. A l'exception des particularités inhérentes aux fusions transfrontalières, les deux types de fusions, à savoir, nationale et transfrontalière, reposent sur les mêmes principes qui en forment le tronc commun. Dès lors, le texte existant a été maintenu dans la mesure du possible. Néanmoins, des modifications de terminologie ont dû être introduites afin d'assurer une uniformité de texte. A titre d'exemple, les dispositions nationales issues de la 3ème directive en matière de droit des sociétés faisaient, notamment, référence à la terminologie suivante: „*les organes de gestion des sociétés qui fusionnent*“ et „*le projet de fusion*“. Ces références ont été respectivement modifiées en „*les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent*“ et „*le projet commun de fusion*“, termes issus de la directive 2005/56/CE.

Enfin, un paragraphe spécifique sur le régime des fusions transfrontalières a été introduit dans les dispositions concernées, là où le texte actuel réglant le régime des fusions nationales n'était pas adapté ou adaptable au contexte international.

Par ailleurs, les auteurs du projet de loi ont maintenu, à dessein, la distinction entre la notion de siège social issue de la 3ème et 6ème directives et celle de siège statutaire introduite pour la première fois par le règlement (CE) No 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relative au statut de la société européenne (SE) et reprise également dans la directive 2005/56/CE aux motifs que ces deux notions ont des caractéristiques propres et relèvent de deux conceptions juridiques différentes imposées par des actes communautaires distincts. Leur uniformisation n'est donc pas justifiée.

Il est à remarquer également que le régime établi par la directive fusions transfrontalières vise à régler le sort tant de la société absorbée que de la société absorbante suite à la fusion. Du point de vue de droit luxembourgeois, dans le cas d'une fusion transfrontalière il y a donc, par définition, un élément d'extranéité, soit dans le cas de la société absorbante, soit dans le cas de la société absorbée. Par définition donc, la présente loi ne viendra à s'appliquer que lorsque la société absorbante ou issue de la fusion est une société de droit luxembourgeois. En effet, lorsque la société issue de la fusion est une société de droit étranger, c'est le droit de cet Etat qui réglera les effets de la fusion dans son ordre national. Par conséquent, lorsque la directive 2005/56/CE fait référence à „*chacune des sociétés qui fusionnent*“, la présente loi mentionnera, le cas échéant, uniquement la „*société absorbante*“ seule concernée par le champ d'application de la présente loi.

Au point a) de l'article 261 paragraphe (2), la formulation de l'article 5 (a) de la directive 2005/56/CE a été reprise. Elle vise tant le cas d'une constitution d'une société européenne (SE) par fusion que celui d'une fusion transfrontalière et trouve, par ailleurs, son utilité dans le cas d'une fusion nationale prenant la forme d'une fusion absorption suivie d'un changement de forme et/ou de siège.

Au point b) de l'article 261 paragraphe (2), le libellé a été légèrement adapté et aligné sur celui de l'article 5 b) de la directive 2005/56/CE. Il suffit au regard de cette formulation que le projet commun

de fusion indique une méthode permettant le calcul du rapport d'échange au moment où la fusion devient effective pour que le prescrit légal soit respecté.

Au point e) de l'article 261 paragraphe (2), le membre de phrase „*quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 272, 273, 273bis et 273ter*“ a été ajouté. Ce point prévoit l'inclusion dans le projet commun de fusion de la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour la société absorbante. Le terme société absorbante recouvre aussi le cas de la société absorbante dans le cas d'une fusion transfrontalière. Par le jeu de l'article 277, ce terme désigne également la société nouvelle dans le cas d'une fusion par constitution d'une nouvelle société. Il a par ailleurs été ajouté que cette date doit être précisée indépendamment de la date d'effet de la fusion telle qu'elle est définie dans les articles 272, 273, 273bis, 273ter et (effet en interne et effet à l'égard des tiers) dès lors qu'il s'agit ici d'une prise en compte d'un point de vue purement comptable.

Au point g) la terminologie de la directive (article 5 h)) a été adaptée afin de préciser que les experts concernés sont, en droit national, les experts au sens de l'article 266.

Un nouveau paragraphe 4 a été ajouté en transposition de l'article 5 points d), i), j), k) et l) afin de prévoir les informations spécifiques supplémentaires requises dans le projet commun de fusion en cas de fusion transfrontalière. Les termes de ces points sont identiques à ceux des mêmes points de l'article 5 de la directive sauf le remplacement des mots „*société issue de la fusion transfrontalière*“ par „*société absorbante*“ (points a) et d)) pour la même raison que ce qui est expliqué en rapport avec l'article 261 paragraphe (2) e).

Il est précisé pour le point c) de ce paragraphe 4 (point j) de l'article 5 de la directive 2005/56/CE que comme il s'agit de faire référence aussi bien aux mesures luxembourgeoises prises en application de l'article 16 de la directive 2005/56/CE qu'aux dispositions prises dans les autres pays de l'Espace Economique Européen (EEE) lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière impliquant une ou plusieurs sociétés relevant du droit d'un des Etats Membres, il est évident que ce point ne sera pas à renseigner dans le projet commun de fusion en cas de fusions transfrontalières impliquant des sociétés relevant de la législation d'Etats situés hors de l'EEE puisque la directive n'a pas vocation à couvrir ces hypothèses.

Il est, en effet, possible voire probable que des procédures similaires permettant de fixer les modalités relatives à l'implication des travailleurs n'y existent pas.

Quant au point e) du nouveau paragraphe (4), il s'agit de la reproduction du point l) de l'article 5 de la directive 2005/56/CE sauf que le mot „*transfrontalière*“ n'a pas dû être repris puisque le paragraphe a été inséré dans un paragraphe visant les seules fusions transfrontalières.

La précision ajoutée par les auteurs du projet de loi que le projet de fusion doit revêtir la forme écrite ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat, même s'il a donné à considérer que le caractère écrit d'un tel projet semble relever de l'évidence même.

Comme l'article 261 de la loi de 1915 soumis à modification en vertu de l'article sous rubrique porte sur différentes formes de sociétés commerciales, la reprise du terme générique „*organes d'administration et de direction*“, utilisé par la directive, est de mise.

Quant au problème de la désignation du siège, tant les différences entre l'article 5 de la directive et son texte de transposition que le libellé de la loi du 10 août 1915 mettent en exergue une question de terminologie. Si la loi de 1915 évoque communément le siège social des sociétés (art. 76, 84, etc.), elle vise cependant le siège statutaire des sociétés européennes (art. 101-1 et suivants) conformément à la terminologie introduite par le règlement (CE) No 2117/2001 relatif au statut de la société européenne (SE). La directive mentionne le siège statutaire, tandis que les auteurs du projet de loi affirment vouloir maintenir la distinction actuellement faite dans la loi de 1915 entre le siège statutaire des SE et le siège social des autres sociétés commerciales. Or, cette différenciation n'apparaît pas, selon le Conseil d'Etat. Le paragraphe (2) de l'article 261 se limite à évoquer le seul siège social.

Les points b) du paragraphe (3) et c) du paragraphe (4) retiennent que, le cas échéant, le projet de fusion doit comporter des indications sur les procédures selon lesquelles l'implication des travailleurs est assurée. S'il est fait droit de la façon aux exigences du point j) de l'article 5 susmentionné de la directive 2005/56/CE, il ne suffit toutefois pas, aux yeux de la Haute Corporation, de renvoyer, en guise de transposition des dispositions afférentes, à la directive en question sans même préciser que son article 16 est visé. Pour les raisons déjà évoquées, le Conseil d'Etat a demandé le remplacement

des deux renvois à la directive 2005/56/CE par un renvoi aux dispositions de l'article 30 du projet de loi sous examen comportant la transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE.

En ce qui concerne l'observation du Conseil d'Etat quant à la désignation du siège, il est à noter qu'en application de l'article 2, alinéa 3, le siège d'une société européenne, comme celui de toute société luxembourgeoise, est situé au siège de l'administration sociale, qui, par le jeu d'une présomption irréfragable, coïncide en principe avec le siège statutaire. En ce qui concerne la société européenne, le siège statutaire doit être situé dans le même Etat membre que l'administration centrale. Un Etat membre peut imposer que l'administration centrale et le siège statutaire doivent être situés au même endroit. Il s'ensuit que le droit luxembourgeois est compatible avec le règlement sur les sociétés européennes.

L'article 101-1 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales fait référence au siège statutaire, comme il s'agit du texte repris du règlement sur les sociétés commerciales. L'utilisation du terme „siège social“ paraît donc plus pertinente dans le contexte luxembourgeois et se confondra en fait, de par le jeu de l'article 2, alinéa 3, au siège statutaire.

La Commission a décidé, au vu des explications submentionnées, de ne pas faire droit aux remarques et suggestions du Conseil d'Etat et de maintenir l'article sous rubrique dans sa version initiale.

Article 9

(Transposition de l'article 6 de la directive 2005/56/CE)

A l'article 262 paragraphe (1), le texte actuel pour les fusions nationales est conforme aux exigences de la directive. Seul le mot „projet“ a été remplacé par les mots „projet commun“ pour aligner la formulation employée sur celle de la directive 2005/56/CE.

Il est ajouté un nouveau paragraphe (2) en transposition de l'article 6, paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE. Comme ce nouveau paragraphe traite des fusions transfrontalières (communautaire et extracommunautaire), la première partie du point b) envisage l'opération de fusion transfrontalière du point de vue d'une société de droit luxembourgeois qui sera, par définition, soit la société absorbante soit la société nouvelle et la référence au registre visé par la directive est alors celle du registre de commerce et des sociétés, tandis que la référence au numéro d'inscription dans ce registre est celle du numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés. La deuxième partie de cet article envisage ensuite l'opération de fusion transfrontalière du point de vue du droit étranger. Si la législation de l'Etat dont la société relève est située dans l'EEE, les dispositions de la directive s'appliquent; si cet Etat est situé hors EEE, il apparaît nécessaire d'indiquer que la disposition s'applique pour autant que la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit (i) la tenue d'un registre auprès duquel les actes visés à l'article 3, paragraphe (2) de la directive 68/151/CEE ont été déposés par la société de droit étranger et (ii) le numéro d'inscription dans ce registre. Il est à relever qu'en l'absence de mesure de publicité supplémentaire imposée au Luxembourg, il n'y a pas lieu de transposer la référence aux exigences supplémentaires imposées par l'Etat membre auxquelles la société luxembourgeoise participant à l'opération de fusion serait soumise telle que prévue au 1er alinéa de l'article 6 paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE.

Le point a) du paragraphe (2) fait quelque peu double emploi avec celui figurant au projet commun de fusion (Art. 261 (2) a) aux termes duquel, la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion font déjà l'objet d'une publication au Mémorial suivant le droit luxembourgeois). Néanmoins, il a paru utile de reprendre cette information dans le contexte des informations supplémentaires demandées au titre des points b) et c) du paragraphe (2) de l'article 6 de la directive 2005/56/CE.

Le libellé qu'il est prévu de donner au paragraphe (1) de l'article 262 de la loi de 1915 ne donne pas lieu à observation au Conseil d'Etat.

Quant au paragraphe (2), le Conseil a fait valoir que les indications à publier aux termes du point a) font double emploi avec le point a) du paragraphe (2) de la nouvelle version de l'article 261, comme le relèvent à juste titre les auteurs. Les dispositions du point b) du paragraphe (2) ne sauraient renvoyer à une directive communautaire. Si les auteurs préfèrent un renvoi à des dispositions existantes plutôt que de reprendre le contenu de celles-ci dans l'article sous examen, ce renvoi doit, d'après le Conseil d'Etat, se faire au texte ayant transposé en droit national l'article 3, paragraphe (2) de la directive 68/151/CEE. Le libellé du point b) pourrait être allégé de la façon suivante:

„b) le registre de commerce et des sociétés auprès duquel les actes visés à l'article 9 ont été déposés par la société absorbante et le numéro d'immatriculation dans ce registre, s'il s'agit d'une

société luxembourgeoise, ou le registre auprès duquel les actes en question sont déposés si la société déposante est une société de droit étranger, ainsi que le numéro d'inscription dans ce registre, dans la mesure où la législation nationale de la société étrangère prévoit un tel numéro d'inscription;

Le Conseil d'Etat a encore noté que l'indication des modalités d'exercice des droits des associés minoritaires, à l'instar de la disposition valant pour les créanciers, a été omise par les auteurs du projet de loi sans que l'exposé des motifs ou le commentaire expliquent le pourquoi de cette omission.

La Commission parlementaire a décidé, à l'endroit du point b) du paragraphe (2) de l'article 262 proposé, de ne reprendre que la première partie de la proposition de texte du Conseil d'Etat. En effet, la deuxième partie de phrase (*„[...] ou le registre ... numéro d'inscription;*“) ne couvre pas le cas de figure où le droit applicable à la société de droit étrangère ne connaît pas un registre analogue au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois.

En ce qui concerne la remarque du Conseil d'Etat quant à l'absence de toute indication des modalités d'exercice des droits des associés minoritaires, il est rappelé que le droit luxembourgeois ne comprend pas de modalités d'exercice spéciales des droits des associés des minoritaires dans le contexte d'une fusion transfrontalière.

La Commission parlementaire a maintenu pour le surplus le texte tel que libellé initialement.

Articles 10 et 11

(Transposition de l'article 9 de la directive 2005/56/CE)

En ce qui concerne l'article 10

Le paragraphe (1) de l'article 263 a été modifié, afin de transposer l'article 9 (1) de la directive 2005/56/CE. Il a donc été ajouté dans ce paragraphe que la décision de l'assemblée générale intervient après la prise de connaissance des rapports de l'organe d'administration ou de direction et du ou des experts indépendants visés aux articles 265 et 266. Un nouveau paragraphe (7) a été inséré en transposition de l'article 9 (2) de la directive 2005/56/CE afin d'indiquer que l'assemblée générale peut subordonner la réalisation de l'opération de fusion transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités de participation des travailleurs telles qu'elles résultent des négociations devant intervenir en application des mesures de transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE.

En ce qui concerne l'article 11

Le point a) de l'article 264 a été adapté d'un point de vue de terminologie (*„projet commun de fusion“*). Quant au fond, le Luxembourg ayant fait usage de l'option ouverte à l'article 8 de la directive 78/855/CEE pour les fusions nationales, il est logique de permettre également dans le cas de fusions transfrontalières qu'une approbation par la société absorbante ne soit pas requise si les conditions de l'article 264 de la loi de 1915 sont remplies. L'article étant applicable par défaut aux fusions nationales et transfrontalières, il n'y a pas lieu à modifier spécialement l'article 264 sur ce point dans le contexte des fusions transfrontalières.

Ces deux articles n'ont donné lieu à aucune observation particulière de la part de la Haute Corporation.

Article 12

(Transposition de l'article 7 de la directive 2005/56/CE)

Cet article n'appelle pas d'observation particulière.

Article 13

(Transposition de l'article 8 de la directive 2005/56/CE respectivement transposition de l'article 2 (1) de la directive 2007/63/CE)

A l'article 266 (1), le premier alinéa a été adapté d'un point de vue de terminologie. Il est à relever que dans le cas de sociétés étrangères impliquées dans une fusion transfrontalière l'expert indépendant amené à faire son rapport sur le projet commun de fusion n'est pas forcément un réviseur d'entreprises.

L'intervention du tribunal lorsque la désignation est faite par une autorité luxembourgeoise donne dès lors toute garantie quant à la vérification de la compétence et de l'indépendance de la personne ainsi désignée.

Un deuxième alinéa a été ajouté au paragraphe (1) en transposition de l'article 8 paragraphe (1) de la directive 2005/56/CE afin de préciser que le rapport visé à l'alinéa 1 doit être disponible un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

Le troisième alinéa du paragraphe (1) a été adapté d'un point de vue de terminologie et comprend la précision que le ou les experts indépendants chargés d'examiner le projet de fusion peuvent également être agréés ou désignés par une autorité d'un Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la société issue de la fusion.

Un nouveau paragraphe (5) a été ajouté à ce même article 266 en transposition de l'article 8 paragraphe (4) de la directive 2005/56/CE et de l'article 2 1) de la directive 2007/63/CE. Ce nouveau paragraphe s'applique donc tant aux fusions nationales que transfrontalières. Il est à noter que suite à l'introduction de cette possibilité de renoncer au rapport du ou des experts indépendants, il a été nécessaire d'adapter le texte du point e) à l'article 267 (1) en ajoutant les mots „*le cas échéant*“ pour marquer le fait que ce rapport ne sera disponible au cas où les actionnaires y auraient renoncé.

Dans son avis du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat s'est demandé pourquoi les auteurs se sont bornés à une copie conforme de l'article 8 de la directive 2005/56/CE pour définir la mission de l'expert indépendant tout en précisant que les experts doivent avoir la qualité de réviseurs d'entreprises. A son avis, il aurait été bien plus simple de dire que l'examen du projet commun de fusion doit être l'oeuvre d'un réviseur d'entreprises, qui établira un rapport à la suite de cet examen. Dans ces conditions, on pourrait remplacer systématiquement le terme „*expert indépendant*“ ou „*expert*“ par „*réviseur d'entreprises*“. La question de savoir si l'expert indépendant doit être un réviseur d'entreprises ou un réviseur d'entreprises agréé devrait être tranchée sur base des choix retenus dans le cadre de la loi en projet (No 5872) relative à la profession de l'audit. Par ailleurs, le terme „*expert indépendant*“, repris de la directive, serait réservé aux situations où l'expert concerné n'est pas établi au Luxembourg. Un alignement du libellé de l'article 294 de la loi de 1915 s'impose en outre, si le Conseil d'Etat est suivi sur ce point.

Il est précisé que la directive „*service*“ s'applique par défaut aux activités dites typiques du réviseur d'entreprises, notamment pour le contrôle légal des comptes. Or, dans le cadre de la libre prestation des services, le rapport relatif au projet commun de fusion peut être rédigé par un réviseur d'entreprise agréé dans un Etat membre de l'Union européenne; dans pareil cas, les dispositions de la directive „*service*“ ont vocation à s'appliquer. Eu égard à ces observations et en vue des dispositions proposées dans le cadre du projet de loi No 5872, il est suggéré par la Commission parlementaire de ne pas remplacer le terme „*expert indépendant*“ par celui de „*réviseur d'entreprises*“ tel que suggéré par le Conseil d'Etat. De fait, le terme „*expert indépendant*“ englobe le réviseur d'entreprises autorisé à exercer au Luxembourg.

Article 14

(*Transposition de l'article 2 (2) de la directive 2007/63/CE*)

Le paragraphe (1) de l'article 267 a été adapté d'un point de vue de terminologie („*projet commun de fusion*“).

Le point e) du paragraphe (1) a été adapté en raison de l'introduction d'un nouveau paragraphe (5) à l'article 266. Cette adaptation réalise la transposition de l'article 2, paragraphe (2) de la directive 2007/63/CE.

Cet article n'appelle aucune observation particulière.

Article 15

L'article sous rubrique apporte des adaptations mineures de ponctuation et de terminologie aux paragraphes (1) et (3) de l'article 270.

Cet article n'appelle pas d'observation particulière, sauf que le Conseil d'Etat a renvoyé à son observation faite à l'endroit de l'article 13 au sujet de la dénomination de l'expert indépendant.

Article 16

(*Transposition des articles 10 et 11 de la directive 2005/56/CE*)

L'article 271 a été adapté en vue de la transposition des articles 10 et 11 de la directive 2005/56/CE. En particulier au paragraphe (2) alinéa 2 de l'article 271, à l'instar de ce qui a été décidé pour les

SE, le notaire est désigné comme autorité compétente pour contrôler la légalité de l'opération de fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative aux sociétés qui relèvent du droit luxembourgeois. Le libellé de l'alinéa a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie employée dans la directive 2005/56/CE.

Le paragraphe (2) alinéa 3 de l'article 271 transpose l'article 11 paragraphes (1) et (2) de la directive 2005/56/CE.

Le paragraphe (3) de l'article 10 de la directive 2005/56/CE a été transposé au paragraphe (3) de l'article 271 bien qu'une procédure permettant d'analyser et de modifier le rapport d'échange des titres ou des parts, ou une procédure visant à indemniser les associés minoritaires, sans empêcher l'immatriculation de la fusion transfrontalière n'existe pas en droit luxembourgeois. En effet, il s'agit de couvrir certaines hypothèses impliquant une société absorbante de droit luxembourgeois: si les actionnaires de cette société sont d'accord avec une telle procédure de recalcul des rapports d'échange prévue, par hypothèse, en droit étranger, le notaire étranger pourra délivrer le certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement correct des actes de formalité préalables à la fusion pour la partie de la procédure relative à la société de droit étranger, à savoir le pendant de la disposition prévue à l'article 271 paragraphe (2) alinéa 2, nonobstant le fait qu'une telle procédure est engagée au niveau de la société absorbée de droit étranger et la décision à intervenir liera alors automatiquement la société issue de la fusion et ses associés.

En droit luxembourgeois, l'autorité chargée en vertu de l'article 11 de la directive 2005/56/CE de contrôler la légalité de la fusion transfrontalière est le notaire. Cette option rejoint la solution adoptée en cas de constitution d'une société européenne. De l'avis du Conseil d'Etat, les modifications à apporter à l'article 271 de la loi de 1915 en vertu de l'article sous examen transposent fidèlement les articles 10 et 11 de la directive précitée.

Conformément à son observation formulée dans le cadre des considérations générales, le Conseil d'Etat s'est opposé toutefois aux renvois aux directives 2001/86/CE et 2005/56/CE et a demandé que ces renvois soient dirigés vers les textes de transposition des dispositions communautaires visées.

La Commission juridique a décidé de maintenir les renvois aux directives.

Article 17 nouveau (ancien article 16bis)

Cet article n'est pas directement lié à la transposition de la directive 2005/56/CE mais touche à un problème constaté dans la pratique dans le cadre des fusions nationales. En principe, la fusion nationale prend effet, à l'égard des tiers, à partir de la date de la publication selon l'article 273 tel qu'il est formulé. Cet article omet, cependant, de préciser que c'est de la publication du procès-verbal des assemblées décidant de la fusion dont il s'agit. Or, il y a deux hypothèses dans lesquelles ne sont pas requises la tenue d'une assemblée de la société absorbante (l'hypothèse de l'article 281 où la société absorbante détient 90% au plus des titres de la société absorbée) ou la tenue tant de l'assemblée de la société absorbante et absorbée (l'hypothèse de l'article 279 où la société absorbante détient 100% des titres de la société absorbée).

Pour pallier cette lacune, il est donc proposé de prévoir que dans ces hypothèses la publication d'un certificat notarié remplacera la publication du ou des procès-verbaux d'assemblée; certificat qui sera établi à la requête de la ou des sociétés concernées.

Quant à la modification proprement dite du paragraphe (1) de l'article 273 de la loi de 1915, l'article sous examen ne donne pas lieu à observation au Conseil d'Etat. Celui-ci a suggéré cependant qu'au lieu de recourir à un nombre „bis“ pour numéroter cet article, il y aurait lieu de rétablir l'ordre numérique de l'article sous examen qui devrait porter le numéro 17, la numérotation des articles suivants étant à adapter en conséquence.

La Commission parlementaire a suivi la suggestion de numérotation du Conseil d'Etat.

Article 18 nouveau (ancien article 17)

(Transposition des articles 12 et 13 de la directive 2005/56/CE)

L'article 273ter qui transpose l'article 12 de la directive existait déjà sous la forme de l'article 273bis (3). En effet, le droit luxembourgeois définissait déjà depuis la deuxième loi du 23 mars 2007 qu'en matière de fusion transfrontalière, par exception au principe fixé à l'article 272 et de l'article 273, la fusion prend effet, aussi bien dans les relations internes que par rapport aux tiers, au moment de la publication du procès-verbal de l'assemblée de la société absorbante, celle-ci étant par

définition la société absorbante de droit luxembourgeois, décidant la fusion. Il est à noter que contrairement à ce qui est possible dans le contexte d'une fusion nationale, l'hypothèse où il faut suppléer à la publication du procès-verbal par la publication d'un certificat du notaire ne se rencontre pas dans le cas d'une fusion transfrontalière pour laquelle il y a toujours lieu de tenir au moins une assemblée au niveau de la société absorbante.

Les paragraphes (2) et (3) sont, en outre, ajoutés en vue de transposer l'article 13 de la directive 2005/56/CE. S'agissant d'une disposition relative à la publicité de la réalisation de la fusion transfrontalière, c'est le registre de commerce et des sociétés qui, en droit national, 1) procède sans délai à la notification au registre auprès duquel chacune des sociétés participant à la fusion était tenue de procéder que la fusion transfrontalière a pris effet (cas de fusion par absorption d'une société de droit étranger par une société de droit luxembourgeois) ou 2) est le destinataire de la notification de la prise d'effet de la fusion dont relève la société absorbante (cas de fusion par absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société de droit étranger).

Dans son avis du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat a donné à considérer que le paragraphe (1) constituait une reproduction fidèle des exigences de l'article 2 de la directive tout en s'interrogeant sur l'opportunité de la deuxième phrase, alors que de toute façon il appartient au notaire chargé en vertu de l'article 271 d'établir les procès-verbaux de l'assemblée générale documentant l'exécution conforme des contrôles prescrits en vue de la fusion.

Le contenu des paragraphes (2) et (3) n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part du Conseil d'Etat.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat a proposé de formuler comme suit la phrase introductive de l'article sous examen:

„Le paragraphe 3 de l'article 273bis de la loi précitée du 10 août 1915 est supprimé et un nouvel article 273ter libellé comme suit est inséré à la suite de l'article 273bis:“

Par ailleurs, il y aurait lieu à omission des mots *„mais pas avant“* figurant *in fine* du paragraphe (3).

La Commission juridique a repris la proposition de texte telle que suggérée par le Conseil d'Etat en tant que phrase introductive de l'article sous rubrique. Pour le surplus, elle a décidé de maintenir le texte gouvernemental.

Articles 19 et 20 nouveaux (anciens articles 18 et 19)

En ce qui concerne l'article 19

(Transposition de l'article 14 de la directive 2005/56/CE)

Un nouveau paragraphe (4) est ajouté à l'article 274 afin de transposer le paragraphe (4) de l'article 14 de la directive 2005/56/CE, les autres paragraphes ne nécessitant pas de transposition. Ce nouveau paragraphe a été inséré à la suite du paragraphe (3) qui traite de la même question du transfert des droits et obligations résultant des contrats de travail existants mais qui ne peut viser la situation des fusions transfrontalières car la date d'effet n'est pas la même.

En ce qui concerne l'article 19

L'article 275 a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE.

L'article 19 ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat qui a cependant proposé, quant à la forme d'un nouveau libellé de l'article en question, à savoir:

„Art. 19. L'article 274 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe 4, libellé comme suit:

„(4) Les droits et obligations résultant pour les sociétés qui font l'objet d'une fusion transfrontalière de contrats de travail et de relations de travail, et qui existent à la date à laquelle la fusion prend effet, sont transférés à cette date, selon le cas, à la société absorbante ou à la société nouvelle.“ “

En ce qui concerne l'article 20, le Conseil d'Etat a suggéré de mettre à profit la modification envisagée pour faire suivre par une virgule le mot *„Toutefois“* figurant en début de la phrase finale de cet article.

La Commission juridique a repris le texte de l'article 19 tel que proposé par le Conseil d'Etat. Elle a aussi décidé, au niveau de l'article 20, de reprendre la suggestion de ponctuation de la Haute Corporation.

Articles 21 à 23 nouveaux (anciens articles 20 à 22)

En ce qui concerne l'article 21

(Transposition de l'article 17 de la directive 2005/56/CE)

Pour clarifier la présentation de l'article 276, le texte relatif à la nullité de la constitution d'une SE suite à une fusion et le texte relatif à la nullité d'une fusion transfrontalière ont été déplacés dans un paragraphe séparé. La substance de ces dispositions n'a toutefois pas été modifiée.

Dans son avis, le Conseil d'Etat a noté que le paragraphe (2) porte sur la situation particulière de la nullité d'une fusion aboutissant à une société européenne, actuellement traitée au point b) du texte de l'article 276 qui formera dorénavant le paragraphe (1). Il a proposé d'écrire à l'alinéa premier: „... la nullité d'une fusion ... ne peut pas être prononcée ...“.

Quant au paragraphe (3), il tient compte de l'article 17 de la directive 2005/56/CE. Dans l'intérêt d'une lecture plus aisée, le Conseil d'Etat a recommandé de parler de la „nullité d'une fusion transfrontalière par absorption d'une société de droit étranger“ et d'écrire (nonobstant le texte afférent de la directive) à la fin du paragraphe „... ne peut pas être prononcée ...“.

La Commission juridique a fait siennes les deux propositions de modifications du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne l'article 22

L'article 277 a été légèrement adapté pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE.

Quant au fond, cet article ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat. Dans la phrase introductive, il convient cependant d'écrire de l'avis du Conseil d'Etat que „... le paragraphe (3) est remplacé et un paragraphe (5) nouveau est inséré. Les paragraphes (3) et (5) sont libellés comme suit:“.

Par ailleurs, le texte du nouveau paragraphe (5) aurait avantage à être allégé. Le libellé tel que suggéré par la Haute Corporation se lit comme suit:

„(5) Lorsque la société nouvelle issue d'une fusion transfrontalière est une société de droit luxembourgeois, le contrôle de légalité du notaire prévu à l'article 271, paragraphe (2) porte également sur la partie de la procédure relative à la constitution de cette société.“

Les propositions de texte du Conseil d'Etat ont été reprises par la Commission parlementaire.

En ce qui concerne l'article 23

Le libellé de la „Sous-section 3“ de la „Section XIV. Des fusions“ a été modifié pour tenir compte du fait que les articles 278, 280, 281 et 283 visent également les titres conférant droit de vote.

Cet article ne soulève pas d'observation particulière, à part le fait que le Conseil d'Etat a suggéré de compléter le nouvel intitulé de la sous-section 3 *in fine* par le mot „société“.

La Commission juridique a décidé de suivre le Conseil d'Etat et a adapté le nouvel intitulé de la sous-section 3 en y insérant le terme de „société“.

Article 24 nouveau (ancien article 23)

(Transposition de l'article 2 paragraphe (2) point c) et de l'article 15 paragraphe (1) 1er tiret de la directive 2005/56/CE)

L'article 278 a été retouché par la suppression du mot „anonyme“ en début de première phrase et par l'introduction d'une nouvelle phrase visant à sortir les sociétés européennes (SE) du champ d'application du 1er alinéa de l'article 278. Cette considération avait, à l'origine, conduit à un amendement de la Chambre des Députés lors de l'adoption de la loi du 25 août 2006 ayant pour objet l'introduction du terme „anonyme“. Néanmoins, l'exclusion de la société européenne de la procédure prévue à l'article 278 n'étant pas forcément réalisée par l'adjonction du mot „anonyme“ en raison du fait que le droit commun des sociétés anonymes est applicable aux sociétés européennes (SE) sauf disposition contraire, il a paru préférable de supprimer le mot „anonyme“ en début de première phrase et de prévoir

un alinéa *ad hoc* excluant explicitement les sociétés européennes (SE) de la procédure de l'article 278.

De plus, le libellé de la première phrase de l'article 278 a été complété afin de préciser comme en dispose l'article 2 paragraphe (2) point c) de la directive 2005/56/CE que dans le cas où la société absorbante détient la totalité des titres ou des parts représentatifs du capital social, de la ou des sociétés à absorber, ces dernières lui transfèrent par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement.

Enfin, un second alinéa a été ajouté à l'article 278 afin de transposer le premier tiret de l'article 15 paragraphe (1) de la directive 2005/56/CE. Il faut relever à cet égard que le régime de fusion nationale (alinéa 1er) diffère de celui de la fusion transfrontalière (alinéa 2). En effet, le libellé même de l'article 15 paragraphe (1) de la directive ne prévoit pas l'exclusion de l'article 265 (rapport écrit de l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionne sur le projet de fusion) dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber alors que cet article est exclu dans les mêmes circonstances dans le cas d'une fusion nationale. Ceci peut paraître surprenant d'autant que l'article 15 paragraphe (1) premier tiret de la directive exclut bien dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, l'article 8 (article 266) qui exige la production d'un rapport d'experts indépendants sur le projet commun de fusion. Cette exclusion est logique puisque, par définition, les actionnaires de la société absorbante et de la société absorbée sont les mêmes. Par conséquent, dans un souci de transposition exact de la directive, l'exclusion de l'article 265 n'a donc pas été reprise. Par voie de conséquence, l'article 267 paragraphes (1) d) et e) reste lui aussi applicable dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber.

Il reste finalement à préciser le sort de l'article 275 (visé à l'alinéa 1er de l'article 273) dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber. Cet article est, en effet, exclu du régime de fusion nationale mais n'est pas visé par les exclusions de l'article 15 paragraphe (1) premier tiret de la directive. Il est permis de penser qu'en l'absence de référence dans la directive, cet article ne soit pas non plus applicable en cas de fusion transfrontalière puisque l'article 275 est issu de la 3ème directive et que, par définition, en droit national, les associés de la société absorbée ne sont pas autorisés en cas de fusion impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, à poursuivre individuellement et à exercer contre les membres des organes de direction ou d'administration et les experts une action en responsabilité. Cette action en responsabilité étant exclue en cas de fusion nationale, il semble logique d'admettre qu'elle ne puisse non plus ne pas s'appliquer en cas de fusion transfrontalière.

Les alinéas 1er et 2 du nouveau libellé à donner à l'article 278 de la loi du 10 août 1915 ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat qui cependant a estimé qu'il fallait écrire „*sous-section 1.*“ à l'alinéa 1er et „*alinéa premier*“ à l'alinéa 2.

Tout en notant que les alinéas 3 et 4 du commentaire se réfèrent à l'alinéa 3 du nouvel article 278 (et non au second alinéa comme indiqué erronément), et tout en renvoyant au tableau des concordances, le Conseil d'Etat a été d'avis que dans l'intérêt d'une bonne compréhension du texte il y aurait avantage à viser les dispositions qui, en application de l'article 15, paragraphe (1), premier tiret de la directive 2005/56/CE ne sont pas applicables, plutôt que de se référer aux dispositions de deux articles de la loi du 10 août 1915 en vue d'en confirmer l'applicabilité dans l'hypothèse visée dans le nouveau libellé de l'article 278.

La Commission juridique a repris les suggestions d'ordre rédactionnel émises par le Conseil d'Etat à propos des alinéas 1er et 2.

Article 25 nouveau (ancien article 24)

(Transposition de l'article 15 paragraphe (1) 2ème tiret de la directive 2005/56/CE)

En prévoyant que l'article 9, paragraphe (1) de la directive ne s'applique pas dans le cas d'une fusion transfrontalière impliquant une société absorbante qui est titulaire de la totalité des actions, parts et

autres titres conférant le droit de vote de la ou des sociétés à absorber, l'article 15 paragraphe (1) de la directive 2005/56/CE part, pour les fusions transfrontalières, d'un autre principe que celui retenu pour les fusions nationales. En effet, le principe général posé à l'article 263 (1) est celui de l'exigence d'une approbation de la fusion par les assemblées générales des deux sociétés qui fusionnent. Or, dans le cas où les conditions de l'article 279 sont réunies, comme les actionnaires de la société absorbée sont les mêmes que ceux de la société absorbante, cet article dispose, pour les fusions nationales, que l'article 263 paragraphe (1) n'est pas applicable et donc qu'aucune assemblée n'est nécessaire pour autant que les conditions de l'article 279 a) à c) soient respectées.

En revanche, pour le cas des fusions transfrontalières, l'article 15 paragraphe (1) 2ème tiret de la directive 2005/56/CE traite l'exception à l'exigence de la double assemblée (société absorbante et société absorbée) du point de vue de la société absorbée uniquement puisque cet article dispose que l'article 9 paragraphe (1) (l'article 263 paragraphe (1)) ne s'applique pas à la société ou aux sociétés absorbées. Cet article a donc été transposé par l'ajout d'un deuxième paragraphe à l'article 279. Il paraît évident que dans le cas d'une fusion transfrontalière, le paragraphe (1) de l'article 279 n'est pas d'application car si cela était le cas, plus aucune des deux assemblées générales (société absorbante et société absorbée) ne viendrait à approuver la fusion.

Selon le Conseil d'Etat, il y aurait lieu de faire précéder le texte censé faire l'objet du nouveau paragraphe (2) par l'indication afférente en écrivant: „(2) *En cas de fusion* ... “.

La Commission parlementaire a fait sienne la suggestion du Conseil d'Etat.

Article 26 (ancien article 25)

(Transposition de l'article 15 paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE)

L'article 281 a été légèrement retouché pour se conformer à la terminologie utilisée par la directive 2005/56/CE (mention de „*projet commun*“ à l'alinéa 1)). D'autre part, s'agissant d'une situation relative à une fusion nationale, il a été précisé que les dispositions visées au 1er alinéa ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières.

Un deuxième paragraphe a été inséré à cet article 281 afin de transposer l'article 15 paragraphe (2) de la directive 2005/56/CE. En effet, bien que le droit luxembourgeois ne pose pas de règles particulières quant à la production d'un rapport d'un ou des experts indépendants au cas où la fusion absorption est réalisée par une société qui détient 90% ou plus des titres, il convient néanmoins de prévoir une disposition dans la loi de 1915 pour viser le cas où cette exigence serait posée par le droit de l'Etat membre dont relève la société absorbante ou absorbée.

Il ressort de l'avis du Conseil d'Etat 2005/56/CE que la transposition de l'article 15 (2) de la directive 2005/56/CE ne donne pas lieu à observation quant au fond.

En ce qui concerne la forme, le Conseil d'Etat a proposé de libeller comme suit la phrase introductive:

„L'article 281 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe (2), le texte actuel devenant paragraphe (1) et le point a) étant complété par un alinéa 2:“

Le nouvel alinéa 2 du point a) du nouveau paragraphe (1) de l'article 281 est à remplacer par le texte suivant:

„Les dispositions du présent point a) ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières de sociétés.“

Il y a encore lieu à suppression des guillemets dans le texte des modifications à apporter à l'article 281.

La Commission juridique suit le Conseil d'Etat dans ses modifications rédactionnelles.

Articles 27 et 28 nouveaux (anciens articles 26 et 27)

L'article 287 modifié a pour objet de permettre aux sociétés de réaliser une scission partielle. D'autres législations européennes telles que les législations italienne, espagnole et allemande ont, en effet, interprété la directive 82/891/CEE comme autorisant une société à effectuer une opération de scission partielle. Cette opération a pour conséquence qu'au lieu de disparaître suite à sa dissolution sans liquidation, comme c'est le cas sous l'empire des dispositions actuelles, la société scindée continue à exister. La société faisant l'objet d'une scission partielle réduit son capital social à concurrence des apports faits à l'une ou l'autre des sociétés préexistantes ou à constituer et annule les actions ou parts

d'autant. La ou les sociétés réceptrices vont alors émettre des actions ou parts à concurrence de cet apport et les attribuer directement aux actionnaires ou porteurs de parts de la société ayant fait l'objet de la scission partielle. Cette opération sera considérée comme fiscalement neutre ce qui n'est pas le cas de l'opération de transfert d'actifs d'une société à une autre suivi d'une réduction de capital de la société apporteuse et d'une émission d'actions ou parts de la société réceptrice de l'apport à concurrence de ce dernier.

L'article 288, quant à lui, traite de l'opération de scission par constitution de sociétés nouvelles.

Le Conseil d'Etat a donné à considérer qu'au-delà de l'intérêt économique que de telles opérations peuvent comporter pour les sociétés concernées et leurs propriétaires, il importe de veiller à la neutralité fiscale des scissions partielles de sociétés. Tout en notant que la question du droit d'apport est entre-temps devenue sans objet, suite à sa suppression par la loi du 19 décembre 2008, le Conseil d'Etat a considéré le texte proposé comme ne donnant pas lieu à observation.

Articles 29 et 30 nouveaux (anciens articles 28 et 29)

(Transposition de l'article 3 (1) de la directive 2007/63/CE respectivement de l'article 3 (2) de la directive 2007/63/CE)

Le point e) du paragraphe (1) de l'article 295 a été adapté en raison de l'introduction d'un nouveau paragraphe (2) à l'article 296.

L'article 30 transpose l'article 3 (2) de la directive 2007/63/CE pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion d'une fusion ou d'une scission.

D'après le Conseil d'Etat, les modifications sous rubrique ne donnent pas lieu à observation quant au fond.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat a estimé qu'il faudrait aligner le libellé des articles 293 à 295 de la loi de 1915 sur la terminologie y introduite par ailleurs dans le sillage de la transposition de la directive 2005/56/CE et à remplacer la notion „organes de gestion“ par „organes d'administration et de direction“.

Par ailleurs, il a encore suggéré de commencer le début de texte du paragraphe (2) de l'article 296 par:

„(2) Les exigences des articles 293 et 295, paragraphe (1) sous c) et d) ...“.

En effet, les associés et autres porteurs de titres conférant des droits de vote ne renoncent pas aux articles visés de la loi de 1915, mais peuvent renoncer aux exigences que les dispositions de ces articles comportent.

En ce qui concerne le libellé des articles 293 à 295, la Commission parlementaire a décidé de maintenir le texte tel que proposé par le Gouvernement. La question de l'alignement uniforme sera, quant à elle, réglée dans le cadre du travail de codification de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

In fine, la Commission juridique fait sienne la proposition de texte du Conseil d'Etat à l'endroit du début du paragraphe (2) de l'article 296.

Article 31 (ancien article 30)

(Transposition de l'article 16 paragraphes (1), (2), (3), (4), (5) et (7) de la directive 2005/56/CE)

L'article sous rubrique introduit une nouvelle section 4 au chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail étant donné que l'article 16 de la directive a trait à la participation des travailleurs (laquelle fait référence en droit luxembourgeois à la notion de „participation des travailleurs“) en cas de fusions transfrontalières de sociétés.

Selon l'article 16 de la directive, le régime de participation applicable à la société issue de la fusion transfrontalière est celui de l'Etat où le siège de cette société est établi (article 16.1). Par exception, dans les cas visés au paragraphe (2), le régime peut être différent (hypothèses visées aux articles L. 426-13 à L. 426-16).

Cette nouvelle section comprendra les 4 articles suivants:

Article L. 426-13

Cet article fait un renvoi au droit commun c'est-à-dire aux sections 1 et 2 du même chapitre VI relatives à la représentation des salariés dans les sociétés anonymes pour confirmer l'applicabilité de

ces dernières. La société de droit luxembourgeois est donc bien expressément soumise aux règles des sections 1 et 2 s'il s'agit d'une société anonyme.

Article L. 426-14

Etant donné que la directive prévoit un seuil de déclenchement de 500 salariés pour la participation des salariés dans les organes compétents de la société issue de la fusion transfrontalière, et que le droit commun luxembourgeois ne prévoit une telle représentation qu'à partir de 1.000 salariés, cet article couvre la représentation des salariés des sociétés occupant entre 500 et 1.000 salariés selon le modèle de la société européenne.

Article L. 426-15

Le paragraphe (1) de cet article permet de choisir expressément et sans négociation préalable, l'application du modèle de la société européenne en ce qui concerne la participation des salariés. Le paragraphe (2) prévoit que l'organe spécial de négociation a le droit de décider selon un système de majorité qualifiée de ne pas ouvrir de négociations ou de mettre fin aux négociations déjà engagées en se fondant sur les règles de participation prévues dans le droit commun.

Article L. 426-16

Cet article assure la protection des salariés en cas de fusion nationale ultérieure pour une durée de trois ans.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas opposé à l'option pour ce faire, retenue par les auteurs de la loi en projet tendant à faire compléter le Code du travail plutôt que de prévoir un ajout à la loi précitée de 1915. Dans cet ordre d'idées, un renvoi au règlement (CE) No 2157/2001 lui semble également adéquat. Il a recommandé pourtant d'écrire dans l'intitulé de la nouvelle section 4 destinée à compléter le chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail ainsi qu'au nouvel article L. 426-13 à y insérer „en cas de fusion transfrontalière de sociétés“.

En outre, il a estimé de remplacer les termes „dispositions de référence“ par „dispositions“ et de faire abstraction *in fine* du texte de l'article L. 426-14 à ajouter dans ledit Code du travail des mots „mutatis mutandis“, alors que ces ajouts s'avèrent superfétatoires et risquent en outre, de par l'imprécision qu'ils introduisent, d'induire en erreur sur la portée correcte de la disposition visée.

La Commission juridique a suivi la proposition du Conseil d'Etat.

Article 32 nouveau (ancien article 31)

Cette disposition transitoire vise à aménager un régime pour les fusions en cours.

Afin de ne pas perturber la sécurité juridique des opérations de fusion en cours, le régime transitoire prévoit que lorsque le projet commun de fusion prévu à l'article 262 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a déjà fait l'objet d'une publication, les règles actuelles restent d'application pour les opérations de fusion en cours. Les dispositions de la présente loi ne s'appliqueront qu'aux opérations de fusion pour lesquelles le projet commun de fusion de l'article 262 est publié après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Cet article a inspiré deux observations au Conseil d'Etat.

Celui-ci s'est d'abord demandé avec la Chambre de commerce, s'il n'y aurait pas intérêt à prévoir avec la même clarté des dispositions similaires pour déterminer l'application dans le temps des nouvelles règles concernant les scissions de sociétés.

Ensuite, il a noté que les auteurs du projet entendent allonger le délai entre la publication et la prise d'effet de la loi en s'écartant de la règle usuelle de l'entrée en vigueur de la loi quatre jours après sa publication au Mémorial. Or, si la publication a lieu à quatre jours avant la fin du mois, le gain de temps escompté n'existe pas.

Il est rappelé que le but poursuivi n'est pas d'allonger le délai, mais d'avoir une date d'entrée en vigueur aisée à mémoriser. Il est bien évidemment possible de s'assurer que la loi n'intervienne pas en fin de mois, mais en début de mois.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à l'unanimité à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi 5825 dans la teneur qui suit:

*

5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

PROJET DE LOI 5829

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de 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
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,
ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code de travail

Art 1er.– Le paragraphe 2 de l'article 26 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est remplacé par le texte suivant:

„(2) Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de ces conditions ainsi que celles des articles 26-1, paragraphe (2), 26-3 et 26-5 et en constatera expressément l'accomplissement.“

Art. 2.– L'article 26-1 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par les paragraphes (3bis) à (3sexies) dont la teneur est la suivante:

„(3bis) Lorsque, sur décision du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué de valeurs mobilières au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 18), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers ou d'instruments du marché monétaire au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 19), de cette directive, et lorsque ces valeurs ou instruments sont évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de ladite directive au cours d'une période de 6 mois précédant la date effective de l'apport autre qu'en numéraire, les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

Toutefois, si ce prix a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire est devenu illiquide, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire. Les paragraphes (2) et (3), sont applicables aux fins de cette réévaluation.

(3ter) Lorsque, sur décision du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés aux paragraphes (3bis) à (3quater) qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un réviseur d'entreprises et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;
 - b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport,
- les paragraphes (2) et (3) ne sont pas applicables.

En cas de circonstances nouvelles pouvant modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, une réévaluation est effectuée à l'initiative et sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire. Les paragraphes (2) et (3) sont applicables aux fins de cette réévaluation.

Faute d'une telle réévaluation, un ou plusieurs actionnaires détenant un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société au jour de la décision d'augmenter le capital peuvent demander une évaluation par un réviseur d'entreprises, auquel cas les paragraphes (2) et (3) sont applicables. Ce ou ces actionnaires peuvent en faire la demande jusqu'à la date effective de l'apport, à condition que, à la date de la demande, le ou les actionnaires en question détiennent toujours un pourcentage total d'au moins 5% du capital souscrit de la société, comme c'était le cas au jour où la décision d'augmenter le capital a été prise.

(3quater) Lorsque, sur décision du conseil d'administration ou du directoire, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés au paragraphe (3bis) dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes légaux de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes légaux aient été contrôlés conformément à la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas.

Le paragraphe (3ter), deuxième et troisième alinéas, est applicable *mutatis mutandis*.

(3quinquies) Lorsqu'un apport autre qu'en numéraire visé aux paragraphes (3bis) à 3 (quater) est effectué sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), une déclaration contenant les éléments suivants fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 dans le délai d'un mois après la date effective de l'apport:

- a) une description de l'apport autre qu'en numéraire concerné;
- b) sa valeur, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation;
- c) une attestation précisant si les valeurs obtenues correspondent au moins au nombre, à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie de cet apport;
- d) une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle intéressant l'évaluation initiale n'est survenue.

La déclaration comprend en outre les indications relatives à la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, ainsi que le nom de l'apporteur.

(3sexies) Lorsqu'il est proposé de faire un apport autre qu'en numéraire sans recourir au rapport du réviseur d'entreprises visé aux paragraphes (2) et (3), dans le cadre d'une augmentation de capital qu'il est proposé de réaliser en application de l'article 32, paragraphes (2) et (3), une annonce comprenant la date à laquelle la décision d'augmenter le capital a été prise et les informations énumérées au paragraphe (3quinquies) fait l'objet d'une publication conformément à l'article 9 et ce avant la réalisation effective de l'apport autre qu'en numéraire constitué par l'élément d'actif. Dans ce cas, la déclaration visée à l'alinéa 1 du paragraphe (3quinquies) se résume à une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle n'est survenue depuis que l'annonce susmentionnée a fait l'objet d'une publicité."

Art. 3.- A l'article 49-2 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Sans préjudice du principe de l'égalité de traitement de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation et de la loi relative aux abus de marché, la société ne peut acquérir ses propres

actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société qu'aux conditions suivantes:

- 1°) l'autorisation d'acquérir est accordée par l'assemblée générale, qui fixe les modalités des acquisitions envisagées, et notamment le nombre maximal d'actions à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut dépasser cinq ans et, en cas d'acquisition à titre onéreux, les contre-valeurs maximales et minimales. Le conseil d'administration ou le directoire veillent à ce que, au moment de toute acquisition autorisée, les conditions visées aux points b) et c) soient respectées;
- 2°) les acquisitions, y compris les actions que la société a acquises antérieurement et qu'elle détient en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 72-1, paragraphes (1) et (2);
- 3°) l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées.“

Art. 4.– A l'article 49-6 de la loi précitée du 10 août 1915, le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Une société ne peut, directement ou indirectement, avancer des fonds, accorder des prêts ou donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers qu'aux conditions suivantes:

- a) Ces opérations ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire à de justes conditions de marché, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données en contrepartie des prêts et avances visés ci-dessus. La situation financière du tiers ou, dans le cas d'opérations faisant intervenir plusieurs parties, de chaque partie concernée doit avoir été dûment examinée.
- b) Le conseil administration ou le directoire soumet l'opération, pour accord préalable, à l'assemblée générale, qui statue aux conditions requises pour la modification des statuts. Le conseil d'administration ou le directoire remet à l'assemblée générale un rapport écrit indiquant les motifs de l'opération, l'intérêt qu'elle présente pour la société, les conditions auxquelles elle s'effectue, les risques qu'elle comporte pour la liquidité et la solvabilité de la société, et le prix auquel le tiers est censé acquérir les actions. Ce rapport est déposé au registre de commerce et des sociétés conformément à l'article 9 §1 et fait l'objet d'une publication au Mémorial conformément à l'article 9 §3 alinéa 3.
- c) L'aide financière totale accordée aux tiers n'a pas pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant visé à l'article 72-1, paragraphes (1) et (2), compte tenu également de toute réduction de l'actif net que pourrait avoir entraînée l'acquisition, par la société ou pour le compte de celle-ci, de ses propres actions conformément à l'article 49-2 paragraphe (1). La société inscrit au passif du bilan une réserve indisponible d'un montant correspondant à l'aide financière totale.
- d) Lorsqu'un tiers bénéficiant de l'aide financière d'une société acquiert des actions propres à cette société au sens de l'article 49-2 paragraphe (1) ou souscrit des actions émises dans le cadre d'une augmentation du capital souscrit, cette acquisition ou cette souscription est effectuée à un juste prix.“

Art. 5.– Un article 49-6bis de la loi précitée du 10 août 1915 est inséré à la suite de l'article 49-6 avec la teneur suivante:

„**Art. 49-6bis.** Lorsque les membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société, partie à une opération visée à l'article 49-6, paragraphe (1), ou d'une société mère ou la société mère elle-même ou encore des tiers agissant en leur propre nom pour compte des membres du conseil d'administration ou du directoire ou pour compte de cette société sont parties à une opération visée à l'article 49-6, le ou les commissaires ou le réviseur d'entreprises adressent un rapport spécial sur cette opération à l'assemblée générale qui statue sur ce rapport.“

Art. 6.– L'alinéa 3 de l'article 257 de la loi précitée du 10 août 1915 est remplacé par le texte suivant:

„Une société ou un groupement d'intérêt économique, tels que visés à l'alinéa 1er, peut également contracter une opération de fusion avec une société ou un groupement d'intérêt économique de droit

étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas et que cette dernière ou ce dernier se conforme aux dispositions et aux formalités du droit national dont elle ou il relève, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du règlement (CE) No 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ces fusions sont dénommées ci-après „fusions transfrontalières“.

Les dispositions et formalités de droit étranger visées à l'alinéa précédent concernent en particulier le processus décisionnel relatif à la fusion et, compte tenu de la nature transfrontalière de la fusion, la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs pour ce qui est des droits autres que ceux réglant la participation des travailleurs.

Lorsqu'une des sociétés qui fusionnent est gérée selon un régime de participation des travailleurs et que la société absorbante résultant de la fusion est une société de droit luxembourgeois régie par un tel système conformément aux règles visées aux articles L. 426-13 et L. 426-14 du Code du Travail, cette dernière prend obligatoirement la forme d'une société anonyme.

Art. 7.- A l'article 259 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société préexistante, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux associés de la ou des sociétés absorbées d'actions ou de parts de la société absorbante et, éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 8.- L'article 261 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 261.** (1) Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet commun de fusion.

(2) Le projet commun de fusion mentionne:

- a) la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion;
- b) le rapport d'échange des actions ou parts et, le cas échéant, le montant de toute soulte en espèces;
- c) les modalités de remise des actions ou parts de la société absorbante;
- d) la date à partir de laquelle ces actions ou parts donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit;
- e) quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 272, 273, 273bis et 273ter, la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante;
- f) les droits assurés par la société absorbante aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou parts ou les mesures proposées à leur égard;
- g) tous avantages particuliers attribués aux experts au sens de l'article 266, aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent.

(3) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion, le projet comprend en outre

- a) les statuts de la société européenne (SE);
- b) des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées en transposition de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

(4) En cas de fusion transfrontalière, le projet commun de fusion comprend en outre:

- a) les statuts de la société absorbante;
- b) une description des effets probables de la fusion sur l'emploi;

- c) le cas échéant, des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées en transposition de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- d) des informations concernant l'évaluation du patrimoine actif et passif transféré à la société absorbante;
- e) les dates des comptes des sociétés qui fusionnent utilisés pour définir les conditions de la fusion.“

Art. 9.– L'article 262 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art 262.** (1) Le projet commun de fusion est publié conformément à l'article 9 et dans les bulletins nationaux des autres Etats membres concernés, pour chacune des sociétés qui fusionnent un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

(2) En cas de fusion transfrontalière, la publication doit également comporter les indications suivantes:

- a) la forme, la dénomination et le siège statutaire de la société qui fusionne;
- b) le registre de commerce et des sociétés auprès duquel les actes visés à l'article 9 ont été déposés par la société absorbante et le numéro d'immatriculation dans ce registre, s'il s'agit d'une société luxembourgeoise; si la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit la tenue d'un registre, le registre auprès duquel les actes visés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ont été déposés par la société de droit étranger et si la législation de l'Etat dont la société de droit étranger relève prévoit un numéro d'inscription dans ce registre, le numéro d'inscription dans ce registre;
- c) une indication pour chacune des sociétés qui fusionnent des modalités d'exercice des droits des créanciers de la société concernée, ainsi que l'adresse à laquelle peut être obtenue, sans frais, une information exhaustive sur ces modalités.“

Art. 10.– A l'article 263 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié et un paragraphe (7) nouveau inséré comme suit:

„(1) La fusion requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés qui fusionnent et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou des parts, après examen des rapports visés aux articles 265 et 266. Cette décision requiert les conditions de quorum de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts.“

„(7) En cas de fusion transfrontalière, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière.“

Art. 11.– L'article 264 point (a) de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„a) la publicité prescrite à l'article 262 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelées à se prononcer sur le projet commun de fusion;“

Art. 12.– L'article 265 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 265.** L'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport écrit détaillé à l'intention des associés expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet commun de fusion et en particulier le rapport d'échange des actions ou parts.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

En cas de fusion transfrontalière, le rapport est mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la

date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. Le rapport explique les conséquences de cette fusion pour les associés, les créanciers et les salariés. Si l'organe de direction ou d'administration de l'une ou de l'autre des sociétés qui fusionnent reçoit à temps un avis émis par les représentants de ses salariés, cet avis est annexé au rapport."

Art. 13.— A l'article 266 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié et un paragraphe (5) nouveau inséré comme suit:

„(1) Le projet commun de fusion doit faire l'objet d'un examen et d'un rapport écrit destiné aux associés. Cet examen sera fait et ce rapport sera établi pour chacune des sociétés qui fusionnent par un ou plusieurs experts indépendants à désigner par l'organe de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent. Ces experts doivent être choisis parmi les réviseurs d'entreprises. Toutefois il est possible de faire établir le rapport par un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent. Dans ce cas la désignation est faite, sur requête conjointe des sociétés qui fusionnent, par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société absorbante a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

En cas de fusion transfrontalière, le rapport susdit doit être disponible un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

En cas de la constitution d'une société européenne (SE) par la voie de fusion ou en cas de fusion transfrontalière, les sociétés qui fusionnent peuvent demander conjointement la désignation d'un ou de plusieurs experts indépendants au magistrat président une chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel une des sociétés a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé ou à l'autorité judiciaire ou administrative d'un autre Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou recourir à un ou plusieurs experts indépendants agréés par une telle autorité."

„(5) Ni un examen du projet commun de fusion par des experts indépendants ni un rapport d'expert ne sont requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en ont ainsi décidé."

Art. 14.— A l'article 267 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) Tout associé a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion, de prendre connaissance, au siège social, des documents suivants:

- a) le projet commun de fusion;
- b) les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent;
- c) un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet commun de fusion au cas où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date;
- d) les rapports des organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent mentionnés à l'article 265;
- e) le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 266."

Art. 15.— A l'article 270 de la loi précitée du 10 août 1915 les paragraphes (1) et (3) sont modifiés comme suit:

„(1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée."

„(3) A défaut de convocation de l'assemblée prévue au paragraphe précédent ou, en cas de refus d'acceptation par celle-ci de la modification proposée, les titres en cause sont rachetés au prix correspondant à leur évaluation faite dans le projet commun de fusion et vérifiée par les experts indépendants prévus à l'article 266."

Art. 16.– L'article 271 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 271.** (1) Les procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion sont établis par acte notarié; il en est de même du projet commun de fusion lorsque la fusion ne doit pas être approuvée par les assemblées générales de toutes les sociétés qui fusionnent.

(2) Le notaire doit vérifier et attester l'existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet commun de fusion.

En cas de constitution d'une société européenne (SE) par la voie d'une fusion ou en cas de fusion transfrontalière, le notaire délivre sans délai un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion pour la partie de la procédure relative à la société de droit luxembourgeois.

Lorsqu'une société européenne (SE), constituée par voie de fusion, est appelée à établir son siège statutaire au Luxembourg, ou lorsque la fusion transfrontalière se réalise par l'absorption par une société de droit luxembourgeois d'une société de droit étranger, le notaire, en vue d'effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe, reçoit de chaque société qui fusionne, dans un délai de six mois à compter de sa délivrance, le certificat visé à l'alinéa précédent, établi par un notaire ou toute autorité compétente selon la législation nationale de chaque société qui fusionne ainsi qu'une copie du projet commun de fusion approuvé par chaque société. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions légales arrêtées en application de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs à l'article 16 de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

(3) En cas de fusion transfrontalière, si le droit d'un Etat dont relève une société qui fusionne prévoit une procédure permettant d'analyser et de modifier le rapport d'échange des titres ou des parts, ou une procédure visant à indemniser les associés minoritaires, sans empêcher l'immatriculation de la fusion transfrontalière, cette procédure ne s'applique que si les autres sociétés qui fusionnent et qui sont situées dans un Etat ne prévoyant pas ce type de procédure acceptent explicitement, lorsqu'elles approuvent le projet de fusion transfrontalière, la possibilité offerte aux associés de cette société qui fusionne d'avoir recours auxdites procédures à engager auprès de l'autorité compétente pour cette société qui fusionne. Dans ce cas, le notaire ou l'autorité compétente visée à l'alinéa précédent peut délivrer le certificat y visé, même si une procédure de ce type est engagée. Le certificat doit cependant indiquer que la procédure est en cours. La décision prise à l'issue de la procédure lie la société issue de la fusion transfrontalière et l'ensemble de ses associés.“

Art. 17.– Le paragraphe (1) de l'article 273 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„La fusion n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication faite conformément à l'article 9 des procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion pour chacune des sociétés qui fusionnent ou, en l'absence d'une telle assemblée, de la publication faite conformément à l'article 9 d'un certificat d'un notaire établi à la requête de la société concernée, constatant que les conditions de l'article 279 ou de l'article 281 sont remplies.“

Art. 18.– Le paragraphe (3) de l'article 273bis de la loi précitée du 10 août 1915 est supprimé et un nouvel article 273ter libellé comme suit est inséré à la suite de l'article 273bis:

„**Art. 273ter.** (1) Par dérogation aux articles 272 et 273, la fusion par absorption d'une société de droit étranger est réalisée et prend effet à l'égard des tiers à partir de la date de la publication conformément à l'article 9 du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui décide la fusion. Cette date doit être postérieure à l'accomplissement des contrôles visés à l'article 271.

(2) Le registre de commerce et des sociétés notifie sans délai au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne était tenue de procéder au dépôt des actes que la fusion transfrontalière a pris effet.

(3) En cas d'absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société de droit étranger, la radiation de la société absorbée s'effectue dès réception par le registre de commerce et des sociétés de la notification de la prise d'effet de la fusion par le registre dont relève la société absorbante, mais pas avant."

Art. 19.– L'article 274 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe (4) dont la teneur est la suivante:

„4) En cas d'opérations de fusion transfrontalière, les droits et obligations des sociétés participantes résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet conformément aux dispositions de l'article 273ter paragraphe (1) sont transférés à la société absorbante à la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière."

Art. 20.– L'article 275 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 275.** Les associés de la société absorbée peuvent poursuivre individuellement et exercer contre les membres des organes d'administration ou de direction et les experts prévus par l'article 266 une action en responsabilité pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient subi par suite d'une faute commise par les membres des organes d'administration ou de direction lors de la préparation et de la réalisation de la fusion ou par les experts lors de l'accomplissement de leur mission. La responsabilité pèse solidairement sur les membres des organes d'administration ou de direction ou les experts de la société absorbée ou, le cas échéant, sur les uns et les autres. Toutefois, chacun de ceux-ci peut s'en décharger s'il démontre qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable."

Art. 21.– L'article 276 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

- „**Art. 276.** (1) La nullité de la fusion ne peut intervenir que dans les conditions suivantes:
- a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;
 - b) lorsque la fusion est réalisée conformément à l'article 272, elle ne peut être prononcée que pour défaut d'acte notarié ou, le cas échéant, sous seing privé, ou bien s'il est établi que la décision de l'assemblée générale de l'une ou de l'autre des sociétés participant à la fusion est nulle;
 - c) l'action en nullité ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée;
 - d) lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de la fusion, le tribunal compétent accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation;
 - e) la décision prononçant la nullité de la fusion fait l'objet d'une publicité selon les modes prévus à l'article 9;
 - f) la tierce opposition contre la décision prononçant la nullité de la fusion n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publicité de la décision effectuée selon l'article 9;
 - g) la décision prononçant la nullité de la fusion ne porte atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit de la société absorbante, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 272;
 - h) les sociétés ayant participé à la fusion répondent solidairement des obligations de la société absorbante visées sous g).

(2) Par dérogation au paragraphe (1) point b), la nullité d'une fusion destinée à constituer une société européenne (SE) ne peut pas être prononcée lorsque la société européenne (SE) est immatriculée au registre de commerce et des sociétés.

La société européenne (SE) pourra être dissoute lorsque le contrôle de la légalité de la fusion n'aura pas été effectué conformément à l'article 271 (2).

(3) Par dérogation au paragraphe (1) point c), la nullité d'une fusion par absorption d'une société de droit étranger ayant pris effet conformément à l'article 273ter ne peut pas être prononcée."

Art. 22.– A l'article 277 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (3) est remplacé et un paragraphe (5) nouveau est inséré. Les paragraphes (3) et (5) sont libellés comme suit:

„(3) Le projet commun de fusion qui contient le projet de l'acte constitutif de la nouvelle société doit être approuvé par l'assemblée générale de chacune des sociétés qui disparaissent. La nouvelle société existera à partir de la dernière approbation.“

„(5) Lorsque la société nouvelle issue d'une fusion transfrontalière est une société de droit luxembourgeois, le contrôle de légalité du notaire prévu à l'article 271, paragraphe (2) porte également sur la partie de la procédure relative à la constitution de cette société.“

Art. 23.– L'intitulé de la „Sous-section 3“ de la „Section XIV. Des fusions“ est modifié comme suit:

„Sous-section 3. – Absorption d'une société par une autre possédant 90 % ou plus des actions, parts et titres conférant le droit de vote de la première société“

Art. 24.– L'article 278 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 278.** Si la société absorbante est titulaire de la totalité des actions, parts et autres titres conférant droit de vote des sociétés à absorber, ces dernières lui transfèrent par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement. L'opération est soumise aux dispositions de la section XIV, sous-section 1. à l'exception de l'article 261 paragraphe (2)b), c) et d) des articles 265 et 266, de l'article 267 paragraphe (1)d) et e), de l'article 274 paragraphe (1)b) ainsi que de l'article 275.

L'alinéa premier n'est pas applicable aux sociétés européennes (SE).

En cas de fusion transfrontalière, les dispositions des articles 265 et 267 paragraphe (1) d) restent applicables.“

Art. 25.– A l'article 279 de la loi précitée du 10 août 1915 le texte actuel devient le paragraphe (1) et il est inséré un deuxième paragraphe comme suit:

„(2) En cas de fusion transfrontalière, l'article 263 paragraphe (1) n'est pas applicable à la société ou aux sociétés absorbées.“

Art. 26.– L'article 281 de la loi précitée du 10 août 1915 est complété par un paragraphe 2, le texte actuel devenant paragraphe 1er et le point a) étant complété par un alinéa 2:

„a) la publicité prescrite à l'article 262 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion;

Les dispositions du présent point a) ne sont pas applicables aux fusions transfrontalières de sociétés.“

„(2) Lorsqu'une fusion transfrontalière par absorption est réalisée par une société qui détient 90% ou plus, mais pas la totalité des actions, parts et autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société ou des sociétés absorbées, les rapports d'un ou des experts indépendants et les documents nécessaires pour le contrôle sont exigés uniquement dans la mesure où ils sont requis par la législation nationale dont relève la société absorbante ou par la législation nationale dont relève la société absorbée.“

Art. 27.– A l'article 287 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La scission par absorption est l'opération par laquelle une société soit transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs autres sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement ou passivement, soit transfère, sans dissolution, à une ou plusieurs autres sociétés, une partie ou l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 28.– A l'article 288 de la loi précitée du 10 août 1915 le paragraphe (1) est modifié comme suit:

„(1) La scission par constitution de nouvelles sociétés est l'opération par laquelle une société soit transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs sociétés nouvellement constituées, l'ensemble de son patrimoine, activement ou passivement, soit transfère, sans dissolution, à une ou plusieurs sociétés nouvellement constituées, une partie ou l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à ses associés d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.“

Art. 29.– L'article 295 paragraphe (1) point e) de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„e) le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 294.“

Art. 30.– L'article 296 de la loi précitée du 10 août 1915 est modifié comme suit:

„**Art. 296.** (1) Ni un examen du projet de scission ni le rapport d'expert prévu à l'article 294, paragraphe 1 ne sont requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la scission en ont ainsi décidé.

(2) Les exigences des articles 293 et 295, paragraphe (1) sous c) et d) ne s'appliquent pas, si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote des sociétés participant à la scission y ont renoncé.“

Art. 31.– Le Chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail est complété par une Section 4 de la teneur suivante:

*„Section 4. Participation des salariés en cas de
fusion transfrontalière de sociétés*

Art. L. 426-13. Les sections 1 et 2 du présent chapitre sont applicables en cas de fusion transfrontalière de société au sens de l'article 257 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Art. L. 426-14. Si le seuil d'occupation prévu à l'article L. 426-1 paragraphe (1) n'est pas atteint, les principes et modalités prévues à l'article 12, paragraphes 2, 3 et 4 du règlement (CE) No 2157/2001 et les dispositions pour la participation des salariés prévues au titre IV du Livre IV s'appliquent.

Art. L. 426-15. (1) Les organes compétents des sociétés participant à la fusion transfrontalière peuvent choisir d'être soumis à l'article L.426-14 sans négociation préalable et à compter de la date d'immatriculation de la société issue de la fusion transfrontalière.

(2) L'organe spécial de négociation a le droit de décider à la majorité des deux tiers de ses membres représentant au moins deux tiers des salariés y compris les voix des membres représentant les salariés dans au moins deux Etats membres différents, de ne pas ouvrir de négociations, ou de mettre fin aux négociations déjà engagées, et de se fonder sur les règles de participation prévues aux sections 1 et 2 du présent chapitre.

Art. L. 426-16. Toute société issue d'une fusion transfrontalière qui est régie selon un régime de participation des salariés est tenue de prendre les mesures nécessaires pour assurer que les droits en matière de participation des salariés soient protégés en cas de fusion nationale ultérieure pendant un délai de trois ans après la fusion transfrontalière.“

Art. 32. Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion de sociétés pour laquelle le projet commun de fusion visé à l'article 262 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est publié le premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.

Luxembourg, le 29 avril 2009

La Présidente-Rapporteuse,
Christine DOERNER

5829/07

N° 5829⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

**relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux,
à la simplification des modalités de constitution des sociétés
anonymes et de maintien et de modification de leur capital,
portant transposition:**

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,
ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

* * *

DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL PAR LE CONSEIL D'ETAT

(19.5.2009)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 7 mai 2009 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,
ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 6 mai 2009 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 17 mars 2009 et 28 avril 2009;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 19 mai 2009.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

5829/08

N° 5829⁸**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(20.5.2009)

Par lettre en date du 13 mars 2009, Monsieur Luc Frieden, ministre de la Justice, a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés.

1. Le présent projet de loi a pour objet de transposer:

- 1) 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 directive 2005/56/CE)¹,
- 2) 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 (ci-après la directive 2006/68/CE)², et
- 3) la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et les directives 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un

1 JO L 310 du 25.11.2005, p. 1

2 JO L 264 du 25.9.2006, p. 32

rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes (ci-après la directive 2007/63/CE)³.

2. La directive 2005/56/CE a pour objet de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux en proposant un cadre législatif simplifié et en visant à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent. Selon le régime établi par la directive, une fois la nouvelle entité issue de la fusion créée, une seule législation nationale s'applique: celle de l'Etat membre où elle a établi son siège. La directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté et si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents. Les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) sont cependant exclues de son champ d'application. De plus, les Etats membres disposent d'une option pour exclure de son champ d'application les sociétés coopératives, option qui n'a pas été prise pour le Luxembourg.

3. Cette directive a déjà été partiellement transposée en droit national par la première loi du 23 mars 2007 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, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle⁴ permettant expressément les fusions transfrontalières et la deuxième loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales⁵ qui visait à assurer la sécurité juridique de l'opération de fusions transfrontalières par le biais des mesures suivantes: 1) réduction de la période de prescription de l'action en nullité de l'opération une fois que celle-ci a été réalisée, 2) introduction du point de vue procédural, d'une disposition prévoyant que le notaire luxembourgeois actant la fusion (en cas de fusion par absorption par une société luxembourgeoise d'une société de droit étranger) peut se fonder sur un certificat probant émis par une autorité ou un notaire de droit étranger attestant que les procédures nationales requises ont été respectées en ce qui concerne la société étrangère absorbée et que le projet de fusion soumis à l'approbation des actionnaires de la société étrangère est bien identique au projet soumis aux actionnaires de la société absorbante luxembourgeoise et 3) détermination du point de départ des effets de la fusion à l'égard des actionnaires et des tiers (voir exposé des motifs du projet de loi No 5658).

4. Il restait cependant à finaliser la transposition de certains articles de la directive (champ d'application, projet commun de fusion transfrontalière, exigences en matière de publication, rapport sur le projet de fusion transfrontalière préparé par les organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent, notification sans délai par le registre de commerce et des sociétés au registre auprès duquel chacune des sociétés qui fusionne est tenue de procéder au dépôt des actes de la prise d'effet de la fusion transfrontalière, notification par le registre de commerce de la radiation de la société luxembourgeoise absorbée, etc.). La transposition de ces modalités fait l'objet du présent projet de loi, lesquelles sont inspirées d'un esprit de libéralisme économique caractéristique de la matière du droit luxembourgeois des sociétés.

5. Les dispositions de la directive relatives au volet participation des travailleurs sont transposées dans une nouvelle Section 4 du chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail.

6. La directive 2006/68/CE a pour objet de faciliter et de simplifier le rassemblement de capitaux et la restructuration de l'actionariat dans les sociétés anonymes.

7. Certains aspects du système établi par la deuxième directive en matière de „droit des sociétés“ quant aux garanties minimales accordées aux actionnaires et aux créanciers lors de la constitution de sociétés anonymes ou de modification par ces sociétés de leur capital social ayant été jugés trop rigides

3 JO L 300 du 17.11.2007, p. 47

4 Mémorial A – No 46 du 30 mars 2007, p. 816

5 Mémorial A – No 46 du 30 mars 2007, p. 826

et coûteux, des modifications ont été proposées, notamment en 1999 par le groupe SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market – simplification de la législation du marché intérieur) et en 2002 par le Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés établi par la Commission européenne.

8. La directive met en oeuvre certaines de ces recommandations portant, notamment, sur l'émission d'actions en contrepartie d'apports en nature et l'acquisition par une société de ses propres actions. En outre, les règles actuelles relatives à l'assistance financière qu'une société peut fournir à un tiers en vue de l'acquisition de ses actions sont assouplies.

9. La directive permet aux Etats membres, à certaines conditions, de dispenser les sociétés de certaines obligations spécifiques en matière de communication d'informations et de faciliter la restructuration de l'actionariat. A cet égard, dans l'esprit de la tradition de libéralisme économique qui caractérise le droit luxembourgeois des sociétés, le présent projet de loi a adopté une approche très libérale quant aux options offertes aux Etats membres. Enfin, la directive prévoit également des garanties harmonisées pour les créanciers dans le contexte d'une réduction du capital.

10. *La directive 2007/63/CE* permet, dans le cadre d'opérations de fusion ou scission purement nationales, un assouplissement de la procédure de contrôle du projet de fusion par des experts indépendants si l'ensemble des actionnaires conviennent que le rapport des experts indépendants sur le projet de fusion n'est pas nécessaire, à l'instar de ce que prévoit la directive 2005/56/CE.

11. Si notre chambre prend acte de la transposition de l'article 16 de la directive 2005/56/CE dans le Code du travail par le biais d'un régime de participation des travailleurs en cas de fusion transfrontalière entre la société absorbante de droit luxembourgeois, laquelle prendra automatiquement la forme d'une société anonyme, et une société de droit étranger, elle réclame de nouveau une révision de la législation relative à la représentation du personnel.

12. Les dispositions légales nationales relatives à la représentation des salariés dans les entreprises datent pour la plupart des années 1970 et ne sont plus forcément adaptées aux évolutions du monde du travail actuelles. Une réforme apparaît donc indispensable afin de donner aux salariés de toute entreprise, quelle que soit son envergure et sa forme juridique, la possibilité de créer un partenaire équivalent dans le dialogue social avec l'employeur.

L'accent de la réforme à entamer en matière de représentation des salariés sera donc à mettre sur les droits de participation des représentants des travailleurs dans toutes les entreprises.

Renforcer ces droits permettra en effet d'assurer une mise en oeuvre optimale des règles de droit du travail et de créer plus de transparence dans la gestion des entreprises faisant notamment l'objet, comme en l'espèce, de fusions ou de scissions transfrontalières. Dans ce contexte, il importera également de renforcer et de clarifier les attributions des différentes structures de représentation des salariés et de préciser les relations entre celles-ci. Ces adaptations paraissent d'autant plus nécessaires pour que, notamment en temps de crise économique, les partenaires sociaux puissent faire jouer pleinement les instruments de gestion préventive de l'emploi.

13. En ce qui concerne le projet de loi proprement dit, notre chambre estime que le régime de participation des salariés, en dehors de la revendication formulée ci-avant, devra jouer non seulement dans le cadre de fusions transfrontalières, mais également en cas de scissions transfrontalières de sociétés. Bien qu'un tel régime ne soit pas prévu dans les directives sujettes à transposition, notre chambre estime que le présent projet de loi constitue une bonne occasion pour prendre les devants en introduisant un tel régime de participation également en cas de scission transfrontalière de sociétés dans l'hypothèse où la société réceptrice du patrimoine issu de la scission transfrontalière de sociétés est une société de droit luxembourgeois. Voilà pourquoi elle propose d'insérer, à l'instar de l'article 257 alinéa 5 de la loi modifiée du 10 août 1915 et ayant trait à la fusion transfrontalière de sociétés, un nouvel article 288bis qui prendra la teneur suivante:

„Lorsque la société réceptrice du patrimoine issu de la scission transfrontalière de sociétés telle que prévue par les articles 287, paragraphe 1 et 288, paragraphe 1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, est une société de droit luxembourgeois régie par un

régime de participation des travailleurs conformément aux articles L. 426-13 et L. 426-14 du Code du travail, celle-ci prend obligatoirement la forme d'une société anonyme.“

14. Il y a lieu, par conséquent d'adapter le texte de l'article 30 du projet de loi

- en complétant l'intitulé de la section 4 de la façon suivante: „Section 4 Participation des salariés en cas de fusion ou de scission transfrontalières de sociétés;
- en complétant l'article L. 426-13 qui prendra la teneur suivante:

„Les sections 1 et 2 du présent chapitre sont applicables en cas de fusion ou de scission transfrontalières de sociétés au sens des articles 257 alinéa 3 et 288bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales;“
- en ajoutant l'expression „scission transfrontalière“ aux articles L. 426-15, alinéa 1 et L. 426-16 ainsi que celle de „scission nationale“ à ce dernier.

15. Au vu des modifications précédentes, l'article 31 prendra la teneur suivante:

„Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion ou de scission de sociétés pour lesquelles le projet commun de fusion ou de scission visés respectivement aux articles 262 et 290 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est publié le premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.“

16. Sous réserve des objections formulées ci-dessus, notre chambre a l'honneur de vous communiquer qu'elle marque son accord au projet de loi sous rubrique.

Luxembourg, le 20 mai 2009

Pour la Chambre des salariés,

La Direction,
René PIZZAFERRI
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

Entré au greffe le 2 juin 2009.

5829



RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 151

29 juin 2009

S o m m a i r e

FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES DE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

Loi du 10 juin 2009 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition:

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;
- de 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;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,

ainsi que modification

- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail page **2268**