

N° 5658**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

**portant modification des articles 257, 271, 273bis et 276 de
la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés
commerciales**

* * *

*(Dépôt: le 21.12.2006)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (12.12.2006)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Exposé des motifs	2
4) Commentaire des articles	3

*

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 portant modification des articles 257, 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Palais de Luxembourg, le 12 décembre 2006

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. 1er.– Il est inséré un deuxième alinéa à l'article 257 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales avec la teneur suivante:

„Une société peut également contracter une opération de fusion avec une société de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas.“

Art. 2.– Le deuxième alinéa du deuxième paragraphe de l'article 271 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est remplacé comme suit:

„En cas de constitution d'une société européenne (SE) par la voie d'une fusion ou en cas de fusion par absorption d'une société de droit étranger par une société, le notaire délivre un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables à la fusion.“

Art. 3.– Il est ajouté un quatrième alinéa au deuxième paragraphe de l'article 271 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales avec la teneur suivante:

„Lorsque la fusion se réalise par l'absorption 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 un certificat attestant de l'accomplissement par la société absorbée des formalités lui incombant en vertu de son droit national, établi par un notaire ou toute autorité compétente par rapport au siège de chaque société qui fusionne ainsi qu'une copie du projet de fusion approuvé par chaque société. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes.“

Art. 4.– Il est ajouté un troisième paragraphe à l'article 273bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales avec la teneur suivante:

„(3) 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.“

Art. 5.– Il est ajouté un dernier alinéa au littéra c) de l'article 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales avec la teneur suivante:

„La nullité d'une fusion par absorption d'une société de droit étranger ayant pris effet conformément à l'article 273bis, paragraphe (3) ne peut être prononcée.“

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le projet de loi 4992 a prévu d'introduire de façon expresse en droit luxembourgeois la possibilité pour une société de droit luxembourgeois de fusionner avec une société de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas.

Cette disposition avait été insérée dans le projet de loi en 2002 alors que la proposition de directive portant sur les fusions transfrontalières n'avait pas encore été proposée par la Commission européenne¹.

Entre-temps cette proposition de directive a été présentée et adoptée sous la forme de la directive 2005/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux², directive qui doit être transposée dans les Etats Membres pour le 15 décembre 2007 au plus tard.

Les préparations de transposition de la directive en droit luxembourgeois du point de vue du droit des sociétés sont bien avancées et un projet de loi sera déposé sous peu. Malheureusement en cas de

¹ La proposition de la Commission européenne a été présentée le 18 novembre 2003.

² JO L 310 du 25 novembre 2005.

fusions intervenant dans l'intervalle ou de fusions avec des sociétés d'Etats Membres qui ne transposeront pas la directive dans les délais impartis, des problèmes se posent pour les acteurs économiques même dans l'hypothèse d'une adoption rapide du projet de loi luxembourgeois précité.

Ces problèmes sont les suivants:

- (1) la nécessité de renforcer la sécurité juridique solide à une opération de fusion transfrontalière, notamment en réduisant la période de prescription de l'action en nullité de l'opération une fois que l'opération a été réalisée (comme prévu à l'article 17 de la directive);
- (2) la nécessité, au point de vue procédural, de prévoir que le notaire luxembourgeois actant la fusion (en cas d'absorption par la société luxembourgeoise) peut se fonder sur un certificat probant émis par une autorité ou un notaire étranger attestant que les procédures locales 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 luxembourgeoise (solution conforme à l'article 11 de la directive);
- (3) la détermination du point de départ des effets de la fusion à l'égard des actionnaires et des tiers.

Si certains de ces problèmes pourraient trouver solution par le biais d'une transposition rapide en droit luxembourgeois de la directive précitée, d'autres difficultés subsisteraient pendant la période transitoire précédant la transposition de la directive dans les droits nationaux des autres Etats concernés par la fusion. Il en est ainsi de la désignation de l'autorité compétente pour délivrer un certificat préalablement à la fusion relatif aux formalités accomplies dans les autres Etats concernés. L'article 10, paragraphe 1 de la directive prévoit que ce certificat doit être délivré par l'autorité expressément désignée à cette fin par la législation applicable à la société concernée. A défaut de transposition en droit national de cette disposition de la directive précitée, le notaire luxembourgeois risque d'être lui-même dans l'impossibilité d'émettre son propre certificat.

Par l'introduction de quelques articles seulement à la section XIV – „Des fusions“ de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il est possible d'assurer que les objectifs évoqués ci-avant sont atteints et donnent ainsi la sécurité juridique requise aux opérations de fusions transfrontalières dans l'intervalle de temps qui courra jusqu'à la transposition de la directive 2005/56 par le Luxembourg et les autres Etats Membres de l'Union Européenne.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1: modification de l'article 257 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Il est inséré un deuxième alinéa à l'article 257 afin de prévoir la possibilité pour une société anonyme de contracter une opération de fusion avec une société de droit étranger pour autant que son droit national ne s'y oppose pas.

Cette possibilité de fusion transfrontalière est déjà prévue dans le projet de loi No 4992 dans lequel elle est étendue à toute forme de société dotée de la personnalité juridique et à tout groupement d'intérêt économique.

Il s'agit ici de permettre la réalisation d'opérations de fusions transfrontalières dans l'attente du vote définitif du projet de loi No 4992 et de la transposition de la directive No 2005/56 dans chacun des Etats Membres.

Dans l'éventualité où le projet de loi No 4992 serait définitivement adopté avant le présent projet, la modification proposée à l'article 257 dans le présent projet de loi deviendrait caduque.

Articles 2 et 3: modification de l'article 271 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Il a été fait choix dans cet article d'une procédure identique à la procédure de certification de la légalité des formalités préalables à la fusion selon le droit national de chaque société qui fusionne telle qu'elle est prévue dans le règlement (CE) No 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) transposé dans la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et le conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle.

Cette procédure permet, en effet, dans une situation de fusion transfrontalière de s'assurer par le biais de la délivrance d'un certificat que les formalités préalables à la fusion ont bien été respectées selon chaque droit national applicable.

S'agissant dans le deuxième alinéa du deuxième paragraphe de cet article du volet luxembourgeois de l'opération de fusion transfrontalière, c'est naturellement le notaire qui délivre le certificat attestant qu'au regard du droit luxembourgeois les formalités préalables à la fusion ont bien été accomplies.

S'agissant dans le quatrième alinéa du deuxième paragraphe de l'article 271 du volet de la procédure relative à la fusion transfrontalière dans une situation de fusion par absorption au Luxembourg, c'est le notaire luxembourgeois qui reçoit pour la société luxembourgeoise le certificat attestant que les formalités préalables à la fusion ont bien été accomplies au Luxembourg ainsi que le certificat ayant la même teneur au regard du droit national étranger émanant d'une autorité compétente du pays du siège de la société absorbée (tribunal ou autre autorité judiciaire ou administrative compétente) ou d'un notaire, pour autant, dans ce dernier cas, qu'il s'agisse d'un notaire ayant la qualité d'officier public comme cela est le cas au Luxembourg. C'est alors sur base de ces deux certificats que le notaire remplit sa mission de contrôle de légalité de l'opération de fusion transfrontalière comprenant également la vérification que les sociétés qui fusionnent ont approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes.

Article 4: modification de l'article 273bis de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Cet article traite de la réalisation de la fusion transfrontalière (effets internes) et son opposabilité aux tiers (effets externes). Le mécanisme qui est prévu à cet article déroge, tout comme celui de la société européenne dont il s'inspire, au droit commun des fusions nationales eu égard à l'élément d'extranéité.

En effet, selon le droit commun des fusions nationales, aux termes de l'article 272 la fusion se réalise et est donc parfaite dès la rencontre des consentements, à savoir les décisions concordantes prises au sein des sociétés concernées (effets internes) et aux termes de l'article 273, l'opération de fusion n'est opposable aux tiers qu'après la publication faite conformément à l'article 9 (effets externes).

Comme ce système n'est pas transposable sans inconvénients dans une situation de fusion transfrontalière eu égard à la pluralité de régime d'opposabilité aux tiers (droit national de la société absorbée et droit national de la société absorbante), il est préférable en termes de sécurité juridique de déterminer un moment unique auquel sont assortis tant les effets internes que les effets externes de la fusion transfrontalière.

C'est le même raisonnement qui a prévalu à la rédaction de l'article 273bis mettant en oeuvre les dispositions du règlement (CE) No 2157/2001.

Dans le cas de la société européenne (SE) c'est le moment de l'immatriculation au registre de commerce et des sociétés de la société européenne (SE) issue de la fusion qui a été retenu comme date unique à laquelle sont attachés tant les effets internes qu'externes de la fusion des sociétés donnant naissance à une société européenne (SE). Dans le présent projet, en l'absence de nouvelle immatriculation de la société absorbée, le mécanisme de la société européenne ne pouvait pas être transposé tel quel. Il a donc été fait choix de retenir comme date unique à la prise d'effets internes et externes de la fusion celle de la publication conformément à l'article 9 du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui décide de la fusion.

Pour des raisons de sécurité juridique, la décision de l'assemblée générale de la société absorbante qui décide de la fusion ne pourra intervenir qu'une fois que la mission de contrôle (de légalité et du contenu projet de fusion) du notaire visée à l'article 271 paragraphe (2) alinéa 4 est intervenue. C'est également le système que prévoit l'article 12 de la directive No 2005/56.

Article 5: modification de l'article 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Il s'agit dans cet article de garantir la validité juridique de l'opération de fusion transfrontalière et de prévoir tout comme en dispose l'article 17 de la directive No 2005/56 qu'une fois la prise d'effet de la fusion conformément à l'article 273bis (3), cette opération ne pourra plus être déclarée nulle.