**N° 5829**

**Projet 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/CEpermet, 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.