

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 présidant 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 présidant 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 3^{ème} et 6^{ème} 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