

Projet de loi

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

- de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux
- de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

Avis du Conseil d'Etat

(17 mars 2009)

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

Au texte du projet de loi proprement dit était joint un exposé des motifs. Par ailleurs, le document parlementaire n° 5829 a permis au Conseil d'Etat de prendre connaissance du commentaire des articles et des tableaux de concordance selon lesquels les auteurs du projet de loi entendent transposer les directives visées à l'intitulé.

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

*

Considérations générales

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

La directive 2005/56/CE a déjà été partiellement transposée, d'une part, par la loi du 23 mars 2007 modifiant 1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, 2. la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, et 3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société unipersonnelle, et, d'autre part, par les dispositions reprises au chapitre VI du Titre II du Livre IV du Code du travail.

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

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

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

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

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

Il note, à l'instar de la Chambre de commerce, que les modifications que le projet de loi sous examen se propose d'apporter à la législation sur les sociétés commerciales se recoupe pour partie avec un autre projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (doc. parl. n° 5730).

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

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

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

Examen des articles

Intitulé

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

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

- *de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux;*
- *de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil*

- en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital;*
- *de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes,*
- ainsi que modification*
- *de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et*
 - *du Code du travail ».*

Article 1^{er}

Cet article prévoit la transposition du paragraphe 3 du nouvel article 10^{ter} de la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, introduit par la directive 2006/68/CE précitée.

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

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

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

Etant donné que l'approche retenue s'identifie à celle déjà prévue par le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées (doc. parl. n^o 5157) que le Conseil d'Etat avait avisé le 10 avril 2004 (doc. parl. n^o 5157²), et que cette approche n'avait pas donné lieu à observation de sa part, le Conseil d'Etat marque son accord avec le contenu de l'article 1^{er}.

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

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

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

Article 2

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

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

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

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

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

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

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

Article 3

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

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

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

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

Enfin, le Conseil d'Etat signale que la référence au point 1 du paragraphe 1^{er} figurant aux paragraphes 2 et 3 ne donne plus de sens, puisque le point 1 du paragraphe 1^{er} est supprimé. Il conviendra dès lors de revoir l'économie générale de cet article, notamment aussi au regard des modifications de cet article prévues dans le projet de loi n° 5730.

Article 4

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

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

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

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

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

au directoire, sinon qu'il doit être effectué sous la responsabilité de ces organes.

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

Article 5

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

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

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

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

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

Article 6

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

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

Par ailleurs, le projet de loi impose la forme de la société anonyme pour les sociétés fusionnées de droit luxembourgeois, du moment que l'une des sociétés fusionnantes comportait une gestion à participation des

travailleurs et que la société absorbante de droit luxembourgeois est tenue par le même régime de gestion.

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

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

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

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

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

« Ces fusions sont dénommées ci-après « fusions transfrontalières ». »

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

Article 7

Sans observation, la modification ayant une portée purement rédactionnelle.

Article 8

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

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

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

Quant au problème de la désignation du siège évoqué dans l'avis précité de la Chambre de commerce, tant les différences entre l'article 5 de

la directive et son texte de transposition que le libellé de la loi du 10 août 1915 mettent en exergue une question de terminologie. Si la loi de 1915 évoque communément le siège social des sociétés (art. 76, 84, etc.), elle vise cependant le siège statutaire des sociétés européennes (art. 101-1 et svts) conformément à la terminologie introduite par le règlement (CE) N° 2117/2001 relatif au statut de la société européenne (SE). La directive mentionne le siège statutaire, tandis que les auteurs affirment vouloir maintenir la distinction actuellement faite dans la loi de 1915 entre le siège statutaire des SE et le siège social des autres sociétés commerciales. Or, cette différenciation n'apparaît pas au paragraphe 2 de l'article 261 dans la version proposée qui se limite à évoquer le seul siège social.

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

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

Article 9

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

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

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

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

Le Conseil d'Etat note encore que l'indication des modalités d'exercice des droits des associés minoritaires, à l'instar de la disposition

valant pour les créanciers, a été omise par les auteurs du projet de loi sans que l'exposé des motifs ou le commentaire expliquent le pourquoi de cette omission.

Articles 10 et 11

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

Article 12

Cet article comporte la transposition de l'article 7 de la directive 2005/56/CE. Sauf pour ce qui est de l'alinéa 3 du libellé qu'il est prévu de donner à l'article 265 de la loi de 1915, les modifications prévues sont censées s'appliquer à l'ensemble des sociétés et non seulement à celles issues d'une fusion transfrontalière. La seule modification fondamentale qui assure la transposition de la disposition communautaire précitée concerne l'alinéa 3. L'exposé des motifs et le commentaire restent muets sur le bien-fondé des modifications rédactionnelles de l'alinéa premier, modifications que le Conseil d'Etat aurait préféré être réservées au projet de loi n° 5730.

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

Article 13

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

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

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

Le Conseil d'Etat se demande pourquoi les auteurs se sont bornés à une copie conforme de l'article 8 de la directive 2005/56/CE pour définir la mission de l'expert indépendant tout en précisant que les experts doivent avoir la qualité de réviseurs d'entreprises. A son avis, il serait bien plus simple de dire que l'examen du projet commun de fusion doit être l'œuvre d'un réviseur d'entreprises, qui établira un rapport à la suite de cet examen. Dans ces conditions, on pourrait remplacer systématiquement le terme « expert indépendant » ou « expert » par « réviseur d'entreprises ». La question de savoir si l'expert indépendant doit être un réviseur d'entreprises ou un réviseur d'entreprises agréé devra être tranchée sur base des choix retenus dans le cadre de la loi en projet (n° 5872) relative à la profession de

l'audit. Par ailleurs, le terme « expert indépendant », repris de la directive, serait réservé aux situations où l'expert concerné n'est pas établi au Luxembourg. Un alignement du libellé de l'article 294 de la loi de 1915 s'impose en outre, si le Conseil d'Etat est suivi sur ce point.

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

Article 14

Sans observation.

Article 15

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

Article 16

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

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

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

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

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

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

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

Article 17 (18 selon le Conseil d'Etat)

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 18 (19 selon le Conseil d'Etat)

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

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

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

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

Article 19 (20 selon le Conseil d'Etat)

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

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

Article 20 (21 selon le Conseil d'Etat)

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

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

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

Article 21 (22 selon le Conseil d'Etat)

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

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

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

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

Article 22 (23 selon le Conseil d'Etat)

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

Article 23 (24 selon le Conseil d'Etat)

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

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

Article 24 (25 selon le Conseil d'Etat)

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

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

Article 25 (26 selon le Conseil d'Etat)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Loi du 19 décembre 2008

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

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

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

Article 30 (31 selon le Conseil d'Etat)

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

Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à l'option pour ce faire, retenue par les auteurs de la loi en projet tendant à faire compléter le Code du travail plutôt que de prévoir un ajout à la loi précitée de 1915. Dans cet ordre d'idées, un renvoi au règlement (CE) N° 2157/2001 lui semble également adéquate.

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

Article 31 (32 selon le Conseil d'Etat)

Cet article donne lieu à deux observations.

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

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

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mars 2009.

Pour le Secrétaire général,
L'Attaché,

s. Yves Marchi

Le Président,

s. Alain Meyer