

Luxembourg, le 9 janvier 2007

Objet: Projet de loi portant modification des articles 257, 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (3142DAN)

Saisine : Ministre de la Justice (4/12/2006)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du présent projet de loi est de modifier la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après, la « LSC »), afin de permettre la fusion entre une société anonyme de droit luxembourgeois et une société de droit étranger, pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas.

Considérations générales et appréciation globale

La directive 2005/56 du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (ci-après, la « Directive »), édicte un tel régime de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux dont deux au moins relèvent de la législation d'Etats membres différents. Le Ministère de la Justice avait déjà anticipé en partie la Directive dans le projet de loi numéro 4992 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Toujours est-il qu'il n'existe à l'heure actuelle pas de cadre légal juridique au Luxembourg pour la fusion transfrontalière. Dans l'attente de l'adoption définitive du projet de loi numéro 4992 et de la transposition de la Directive au Luxembourg et dans les autres Etats membres, le présent projet de loi comble cette lacune en ce qui concerne la fusion entre une société anonyme de droit luxembourgeois et une société de droit étranger. Ce nouveau régime assure que le droit national de la société étrangère absorbée soit respecté (par la délivrance au notaire instrumentant luxembourgeois d'un certificat attestant l'accomplissement par la société absorbée de toutes les formalités lui incombant en vertu de son droit national). Il prévoit en outre une seule date de prise d'effet de la fusion et réduit le délai de prescription de l'action en nullité de la fusion.

La Chambre de Commerce accueille favorablement l'adoption d'un cadre légal à la fusion transfrontalière, même s'il ne s'agit à l'heure actuelle que d'un cadre incomplet, car ne visant que la fusion de sociétés anonymes de droit luxembourgeois avec des sociétés de droit étranger (et non les fusions de sociétés de droit luxembourgeois de tout type avec tout autre type de société, de droit luxembourgeois ou de droit étranger). Elle invite les autorités luxembourgeoises à transposer rapidement la Directive, afin d'augmenter l'attractivité du droit des sociétés luxembourgeois pour les investisseurs potentiels.

La Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet de loi sous avis à préciser davantage les visées quant aux types de sociétés luxembourgeoises pouvant participer à une fusion transfrontalière, quant au sens de la fusion (i.e. le cadre légal mis en place permettra-t-il à une société anonyme luxembourgeoise d'être absorbée par une société étrangère ?), quant au nombre de sociétés étrangères qui peuvent participer à une telle

opération et quant aux types de fusions envisagées (fusion-absorption, fusion-absorption simplifiée, fusion par constitution d'une société nouvelle). La Chambre de Commerce prône un champ d'application *rationae personae* aussi large que possible, afin d'offrir à toutes les sociétés luxembourgeoises un cadre légal propice aux (re)structurations de groupes de sociétés au-delà des frontières luxembourgeoises.

La Chambre de Commerce se permet d'attirer l'attention des rédacteurs du présent projet de loi sur une possible source de confusion. Il résulte de l'article 3 du présent projet de loi que la société étrangère absorbée se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève. Cette règle n'est qu'une application du principe que le mode de fonctionnement d'une société est régi par la législation nationale dont relève cette société (la Directive rappelle ce principe, notamment en son article 4.1.b)). En toute logique, tous les articles de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales non modifiés par le présent projet de loi édictant des règles s'appliquant à « *chacune des sociétés qui fusionnent* »¹ ne s'appliquent pas à la société étrangère absorbée. Il en va de même des articles de la LSC traitant des droits des actionnaires, des porteurs de titres et des créanciers, qui ne s'appliquent qu'à la société luxembourgeoise absorbante. Le projet de loi gagnerait en clarté si la LSC était précisée sur ces points.

Enfin, la Chambre de Commerce estime qu'il convient non seulement de supprimer les barrières en matière de droit des sociétés qui empêchent les restructurations de groupes de sociétés, mais d'atténuer aussi les nombreux freins fiscaux à la libre circulation des capitaux et à l'attrait de nouveaux investisseurs. Elle invite les instances gouvernementales à hâter les conclusions du groupe d'analyse fiscale dont la création a été annoncée par la déclaration gouvernementale de 2004 et réaffirmée par le Comité de coordination tripartite du 28 avril 2006, qui a été chargé d'« *anticiper l'évolution de la fiscalité des entreprises au niveau international* » et d'analyser notamment « *le droit d'apport (dont la Commission européenne suggère la suppression²), le taux de l'impôt sur le revenu des collectivités, la fiscalité en rapport avec la société européenne, le régime des expatriés.* » Tous ces aspects devront en effet être adaptés aux évolutions législatives de nos pays voisins et des nouveaux Etats membres, afin de maintenir l'attractivité du site luxembourgeois.

Appréciation du projet de loi:

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

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

¹ Par exemple : les articles 263, 265, 266 et 268 LSC

² Communiqué de presse de la Commission européenne du 4 décembre 2006

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

Commentaire des articles

Concernant l'article 1 :

L'article 1^{er} énonce le principe de la fusion entre une société luxembourgeoise et une société de droit étranger, pour autant que ce droit étranger ne s'y oppose pas.

En ce qui concerne la société absorbante, il résulte du commentaire des articles que seules les sociétés anonymes sont visées. Cette restriction ne résulte cependant point du texte du projet de loi qui utilise le terme plus général de « société ». Le lecteur non averti pourrait être tenté de croire que tout type de société luxembourgeoise serait désormais autorisé à fusionner avec une société de droit étranger. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce propose de rappeler dans le nouvel alinéa 2 de l'article 257 qu' « une société **anonyme** peut également contracter une opération de fusion..... »

En ce qui concerne la société absorbée, l'emploi du singulier dans le texte du projet de loi peut laisser croire qu'une société anonyme luxembourgeoise ne pourrait fusionner qu'avec une seule société de droit étranger (ce d'autant plus que l'article 259 de la LSC emploie quant à lui *expressis verbis* le singulier et le pluriel en ce qui concerne les sociétés absorbées). De l'avis de la Chambre de Commerce, rien n'empêcherait pourtant d'autoriser la fusion d'une, voire de plusieurs sociétés anonymes luxembourgeoises avec plusieurs sociétés de droit étranger (en ce sens, article 2.2. de la Directive). Elle recommande de couvrir un maximum de cas de figure possibles, afin d'offrir aux sociétés luxembourgeoises un cadre légal leur permettant de s'allier en toute sécurité juridique à des partenaires étrangers. Elle propose dès lors le libellé suivant :

« Une ou plusieurs sociétés anonymes peuvent également contracter une opération de fusion avec une ou plusieurs sociétés de droit étranger, pour autant que le droit national de chacune de ces dernières ne s'y oppose pas. »

En ce qui concerne la réserve que le droit étranger ne doit pas s'opposer à la fusion transfrontalière, le commentaire à cet article pourrait laisser croire qu'il ne permettrait que la fusion de sociétés luxembourgeoises avec des sociétés d'Etats membres. Or, au regard du seul libellé de cet article, même les fusions transfrontalières avec des sociétés non originaires de l'Union européenne seront désormais possibles, pour autant que le « *droit étranger ne s'y oppose pas.* » Il est vrai qu'en pratique, de telles fusions seront pour le moment encore rares, en raison de systèmes juridiques trop peu compatibles. En effet, de telles fusions présupposent que les différents systèmes de droit retiennent au moins la même définition de la fusion (articles 258 à 260 de la LSC) et lui reconnaissent les mêmes effets (article 274 de la LSC).

La Chambre de Commerce déduit encore de la généralité des termes employés au présent article 1^{er} que la société anonyme luxembourgeoise sera autorisée à participer à une fusion transfrontalière tant en tant que société absorbante qu'en tant que société absorbée. Or, les articles 2, 3, et 4 du présent projet de loi n'envisagent que l'hypothèse de la société luxembourgeoise participant en tant que société absorbante.

La Chambre de Commerce a conscience que cette modification à l'article 257 de la LSC sera superflue si le projet de loi numéro 4992 sera adopté avant l'adoption du projet de loi sous avis. Le projet de loi numéro 4992 permettra en effet la fusion entre

tous types de sociétés et les groupements d'intérêts économiques de droit national et de droit étranger, solution qui est déjà autorisée en partie du moins par nos pays voisins³. Afin d'éviter des redites dans l'article 257 de la LSC, il y aura lieu de veiller lors de l'adoption du présent projet de loi que l'article 1^{er} en soit retiré le cas échéant.

Concernant l'article 2 :

L'article 271 de la LSC précise qu'en cas de fusion par absorption d'une société de droit étranger par une société de droit luxembourgeois, le notaire luxembourgeois doit délivrer « *un certificat attestant de manière concluante l'accomplissement des actes et formalités (luxembourgeois) préalables à la fusion* ». La Chambre de Commerce s'interroge si ce certificat ne fait pas double emploi avec le contrôle que le notaire luxembourgeois doit déjà effectuer en vertu de l'actuel alinéa 1^{er} de l'article 271 de la LSC, à savoir « *vérifier et attester l'existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet de fusion.* » La Chambre de Commerce devrait s'opposer à un tel double emploi qui engendrerait des frais inutiles. Il est vrai que la transposition de l'article 11 de la Directive imposera un tel certificat. Mais dans l'attente de cette transposition, rien ne justifie ces frais supplémentaires. En outre, rappelons que le présent projet de loi concerne aussi (du moins en théorie) les fusions transfrontalières avec des sociétés situées hors de l'Union européenne. Pour ce type de fusion, les impératifs de la Directive ne s'imposent pas.

Concernant l'article 3 :

L'article 3 modifie l'article 271 de la LSC en son deuxième paragraphe, afin de disposer que le notaire instrumentant à une fusion par absorption d'une société de droit étranger recevra d'une autorité compétente au regard du siège de chaque société qui fusionne, un certificat attestant l'accomplissement par la société absorbée des formalités lui incombant au regard de son droit national.

Le texte du projet de loi est susceptible d'induire en erreur en ce qu'il emploie d'un côté à plusieurs reprises le terme de « *chaque* » société, laissant sous-entendre que plusieurs sociétés étrangères peuvent être absorbées, alors que d'un autre côté, l'article 1^{er} du présent projet de loi emploie le singulier (cf. ci-dessus) et que le présent article emploie le singulier au terme de « *société absorbée.* » La Chambre de Commerce renvoie à ses développements sous l'article 1^{er} en ce qui concerne l'opportunité de permettre la fusion avec plusieurs sociétés étrangères absorbées, voire une ou plusieurs sociétés luxembourgeoises (absorbées) et une ou plusieurs autres sociétés étrangères (absorbées). Elle suggère par conséquent le libellé suivant:

« *Lorsque la fusion se réalise par l'absorption d'une **ou de plusieurs** sociétés de droit étranger, le notaire, en vue d'effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe, reçoit de chaque société qui fusionne un certificat attestant de l'accomplissement par **chaque** société absorbée des formalités lui incombant en vertu de son droit national (..).* »

Bien que cet article ne vise que le cas de figure de la fusion par absorption d'une société de droit étranger, la Chambre de Commerce estime que l'exigence de ce certificat s'impose également dans les autres types de fusion, à savoir la fusion par constitution d'une société nouvelle (par le renvoi de l'article 277 de la LSC à l'article 271 de la LSC) et la fusion par absorption d'une société par une autre possédant 90% ou plus des actions de la première (par le renvoi qu'opère l'article 278 de la LSC à

³ Article 670 du Code des Sociétés Belge et article L. 236-2 du Code de commerce français

l'article 271 de la LSC). Pourtant, le cinquième alinéa de l'exposé des motifs ne semble exiger un tel certificat que pour une fusion-absorption.

Concernant l'article 4 :

La modification à l'article 273bis de la LSC vise à renforcer la sécurité juridique en déterminant un seul point de départ des effets de la fusion. Le régime proposé déroge au droit commun qui détermine deux dates différentes pour la prise d'effet de la fusion : à partir de la rencontre des consentements, en ce qui concerne les effets de la fusion à l'égard des actionnaires (article 272 de la LSC), et à partir de la publication faite au Registre de Commerce et des Sociétés et au Mémorial C, en ce qui concerne les effets à l'égard des tiers (article 273 de la LSC). En vertu du commentaire des articles, les rédacteurs du présent projet de loi souhaitent en effet « *retenir comme date unique à la prise d'effets internes et externes de la fusion celle de la publication conformément à l'article 9 du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui décide de la fusion.* » La Chambre de Commerce peut se rallier à cette approche pragmatique, tout en doutant que le texte du projet de loi soit entièrement conforme avec ces visées : il énonce en effet que « *par dérogation aux articles 272 et 273, la fusion par absorption (...) prend effet à l'égard des tiers à partir de la date de publication conformément à l'article 9 (...)* ». Ce libellé est en partie contradictoire en ce qu'il veut instaurer un régime dérogatoire à l'article 272 de la LSC (effets internes) et dans la première partie de la phrase (article 272 de la LSC) et qu'il limite dans la seconde partie de la phrase ce régime dérogatoire aux seuls effets à l'égard des tiers. Cette contradiction sémantique serait levée par la suppression des mots « *à l'égard des tiers* ». Au cas où les rédacteurs du présent projet de loi suivraient la suggestion de la Chambre de Commerce d'admettre la fusion d'une ou de plusieurs sociétés luxembourgeoises avec une ou plusieurs sociétés étrangères, il conviendrait de modifier légèrement l'article 273bis, qui prendrait dès lors le libellé suivant :

« (3) *Par dérogation aux articles 272 et 273, la fusion par absorption d'une **ou de plusieurs sociétés** de droit étranger est réalisée et prend effet à partir de (...)* ».

Concernant l'article 5 :

L'article 5 modifie l'article 276 de la LSC, afin de réduire le délai pendant lequel la nullité d'une fusion transfrontalière pourra être demandée en justice. Une telle nullité ne pourra plus être prononcée une fois que la fusion a prise effet. Cette solution anticipe la transposition de l'article 12 de la Directive. Au cas où les rédacteurs du présent projet de loi suivraient la suggestion de la Chambre de Commerce d'admettre la fusion d'une ou de plusieurs sociétés luxembourgeoises avec une ou plusieurs sociétés étrangères, il conviendrait de modifier l'article 276 comme suit :

« *La nullité d'une fusion par absorption d'une **ou de plusieurs sociétés** de droit étranger ayant pris effet conformément à l'article 273bis, paragraphe (3) ne peut être prononcée.* »

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