

Luxembourg, le 10 novembre 2022

**Objet : Projet de loi n°8053<sup>1</sup> modifiant :**

- 1) la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales**
- 2) la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises aux fins de transposer la Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières. (6141KEV)**

*Saisine : Ministre de la Justice  
(22 juillet 2022)*

## **Avis de la Chambre de Commerce**

Le projet de loi sous avis (ci-après le « Projet ») a pour objet de modifier la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « Loi de 1915 ») ainsi que la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises afin de transposer la Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (ci-après la « Directive Mobilité »).

### **En bref**

- La Chambre de Commerce salue les dispositions du Projet dont elle se félicite.
- Elle apprécie plus particulièrement le travail de transposition basé sur le principe « toute la directive, rien que la directive » et d'utiliser toutes les options inscrites dans le texte européen pour mettre en place un régime favorable à la mobilité transfrontalière tout en restant fidèle à la tradition juridique luxembourgeoise.
- En revanche, elle invite les auteurs à se pencher encore davantage sur les coûts que le contrôle anti-abus pourrait engendrer (et surtout le caractère potentiellement imprévisible desdits coûts pour les sociétés).
- Elle suggère en outre une série d'amendements visant à éliminer tout écueil d'interprétation, parfaire le travail de transposition et, enfin, renforcer la sécurité juridique et la lisibilité du texte.

<sup>1</sup> [Lien vers le projet de loi sur le site de la Chambre des Députés.](#)

**Table des matières**

RESUME .....	3
CONSIDERATIONS GENERALES .....	5
COMMENTAIRE DES ARTICLES.....	8
A.- Commentaires généraux .....	8
1. Le notaire luxembourgeois en tant qu'autorité compétente chargée du contrôle de légalité renforcé et sa responsabilité prévue pour faute lourde .....	8
2. La théorie de l'incorporation versus la théorie du siège réel dans le contexte des transformations transfrontalières européennes .....	9
3. L'exclusion des opérations transfrontalières entre le Luxembourg et les pays tiers .....	10
4. L'utilisation des termes « actions », « parts sociales », « titres » tout au long du Projet ..	10
5. Application du droit luxembourgeois aux sociétés participant à une opération transfrontalière européenne .....	12
B.- Commentaires spécifiques à chaque type de restructuration .....	12
1. Le régime applicable aux SAS .....	12
2. Le régime général des fusions domestiques et transfrontalières (articles 4 à 18 du Projet). .....	12
3. Le régime spécial des fusions transfrontalières européennes (article 19 du Projet) .....	20
4. Le régime général des scissions domestiques et transfrontalières (articles 20 à 29 du Projet) .....	34
5. Le régime spécial des scissions transfrontalières européennes (article 30 du Projet) .....	34
6. Le régime des transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalité dans un contexte transfrontalier (articles 31 à 34 du Projet).....	45
7. Le régime des « transformations transfrontalières » (article 37 du Projet) .....	45
a. Le régime général (articles 1061-1 à 1061-3 de la Loi de 1915).....	45
b. Le régime spécial des transformations transfrontalières européennes (articles 1062-1 à 1062-18 de la Loi de 1915).....	48

## RESUME

Le Projet a pour objectif principal de transposer en droit luxembourgeois les dispositions de la Directive Mobilité ayant modifié la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (ci-après la « Directive Sociétés »).

Il s'agit globalement d'un travail de transposition important, d'autant plus que le texte de la Directive Mobilité contient de nombreuses « zones grises »<sup>2</sup>.

Au vu des mesures assez restrictives introduites par la Directive Mobilité, le défi de la transposition pour le Luxembourg réside à trouver l'équilibre entre le maintien de la souplesse du régime actuel et une transposition qui permettra de clarifier les zones d'ombre en faisant usage de la latitude laissée par le législateur européen aux Etats membres. Les auteurs du Projet ont fait le choix d'appliquer le principe « toute la directive, rien que la directive » et d'utiliser toutes les options inscrites dans le texte européen pour mettre en place un régime aussi favorable à la mobilité internationale que possible, en ligne avec la tradition juridique luxembourgeoise en matière de droit des sociétés.

Par conséquent, les auteurs du Projet ont cantonné la transposition du nouveau cadre juridique issu de la Directive Mobilité aux seules opérations tombant directement dans son champ d'application personnel et matériel. La Chambre de Commerce se félicite de ce choix ; par exemple, une extension du régime complet issu de la Directive Mobilité risquerait d'entraîner un ralentissement important, et éventuellement résulter en une paralysie, des opérations transfrontalières avec les pays tiers dont le cadre juridique n'est pas aligné sur celui de la directive en question.

Cette approche n'étant cependant pas exempte d'inconvénients, la Chambre de Commerce note qu'une disparité des régimes applicables aux différents cas d'espèce en résultera. Toutefois, les auteurs du Projet ont pris le soin d'insérer dans la Loi de 1915 des articles permettant de clarifier la structure des différents chapitres et le champ d'application de ceux-ci afin de faciliter la compréhension du lecteur et la mise en œuvre des textes.

Un léger remaniement du régime commun, tant pour les opérations domestiques que pour les opérations transfrontalières (hors du champ d'application de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité, ci-après la « Directive Sociétés Modifiée ») permet de parfaire le cadre juridique actuel et par ce biais renforcer la lisibilité du texte et la sécurité juridique pour les sociétés luxembourgeoises. Il est rappelé que les opérations en question se caractérisent toutes par une importante technicité et le corps de dispositions (quand de telles dispositions existent) s'avère souvent difficile à appréhender et à mettre en œuvre.

Au vu de ce travail de transposition important et de la volonté des auteurs du Projet de combler des lacunes et de simplifier la lecture globale des textes, la Chambre de Commerce se permet de proposer quelques modifications supplémentaires afin de rendre la lecture et l'interprétation desdites dispositions encore plus aisée.

En ce qui concerne, plus particulièrement, la transposition de la Directive Sociétés Modifiée, la Chambre de Commerce souhaite insister notamment sur le rôle et la responsabilité du notaire en tant qu'autorité compétente du contrôle de légalité renforcé. Elle suggère une série d'amendements aux fins d'une transposition au plus près du texte européen et elle propose en outre de préciser dans le texte quand il s'agit de droit luxembourgeois applicable au sein de la société luxembourgeoise ;

---

<sup>2</sup> Voir CATHIARD, C., Proposal for a Directive on cross-border mobility of companies: A harmonized procedure proposed by the European Commission with many constraints for companies, ACE, Wolters Kluwer, vol. 2018/7, pp.16-30; *id.*, Directive on cross-border mobility of companies: presentation of the main provisions, ACE, Wolters Kluwer, vol. 2019/8, pp. 28-41.

en effet, ces opérations impliquant l'application de plusieurs *lex societatis*, il convient de dissiper tout doute quant à la portée des mécanismes prévus.

Une attention particulière s'avère nécessaire au sujet des frais que ces opérations pourraient engendrer pour les sociétés luxembourgeoises, et ce en sus de la complexité procédurale inévitable due à la teneur du texte de la Directive Mobilité.

En ce qui concerne le recours du notaire aux services d'un expert indépendant en vue de la délivrance du certificat préalable à l'opération, la Chambre de Commerce propose qu'un meilleur encadrement de cette possibilité soit prévu afin de prémunir la société contre des coûts disproportionnés, engendrés en raison d'une décision unilatéralement prise par l'autorité compétente.

Enfin, par souci de sécurité juridique, il échet de clarifier la date de prise d'effet des opérations et de traiter de manière exhaustive tout au long du Projet la question d'absence d'assemblée générale, tant lorsque la Directive Sociétés Modifiée traite déjà cette question que lorsque ce traitement est laissé aux soins des Etats membres.

### **Appréciation du projet de loi :**

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	_ <sup>3</sup>
Transposition de la directive	+
Simplification administrative	_ <sup>4</sup>
Impact sur les finances publiques	0
Développement durable	+

### **Légende :**

<b>++</b>	<b>très favorable</b>
<b>+</b>	<b>Favorable</b>
<b>0</b>	<b>Neutre</b>
<b>-</b>	<b>Défavorable</b>
<b>--</b>	<b>très défavorable</b>
<b>n.a.</b>	<b>non applicable</b>
<b>n.d.</b>	<b>non disponible</b>

<sup>3</sup> Les opérations transfrontalières européennes risquent de générer des charges administratives et, en général, des coûts supplémentaires pour les sociétés souhaitant y avoir recours, et ce, en lien avec la mise en œuvre des nouvelles procédures instaurées et des délais y relatifs.

<sup>4</sup> Cf. note précédente.

## CONSIDERATIONS GENERALES

A titre liminaire, il convient de rappeler que la Directive Mobilité vient modifier la Directive Sociétés en opérant essentiellement les modifications suivantes :

- introduction d'un régime relatif aux scissions transfrontalières entre sociétés de l'Union européenne, lesquelles n'étaient pas, jusqu'alors, régies par les dispositions du droit européen,
- introduction d'un régime relatif aux transformations transfrontalières entre sociétés de l'Union européenne, lesquelles n'étaient pas régies non plus par les dispositions du droit européen et, enfin
- changements apportés au régime des fusions transfrontalières de la Directive Sociétés, rectifiant par ce biais certaines imperfections du cadre juridique issu de 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 « Dixième Directive »).

Dans son ensemble, la Directive Mobilité atteste de la volonté du législateur européen de consolider une meilleure protection des travailleurs, des créanciers et des associés minoritaires avec l'atténuation des obstacles à l'exercice de la liberté d'établissement des sociétés européennes. Pour le législateur européen, une mobilité accrue des sociétés européennes devrait aller de pair avec une protection optimale des parties prenantes, sans omettre la lutte contre la fraude fiscale et l'abus de droit.

La Directive Mobilité fait ainsi écho aux enseignements de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après la « CJUE ») qui s'est conclue par le fameux arrêt *Polbud*. D'après les considérants de la Directive Mobilité, l'introduction de règles harmonisées relatives aux trois types de procédures susmentionnées et le renforcement, dans le même temps, de la protection offerte à toutes les parties prenantes, combinés avec le nouveau système de contrôle anti-abus, remédieront à la fragmentation réglementaire dans l'Union et l'incertitude juridique.

Néanmoins, les auteurs du Projet considèrent que les dispositions de la Directive Sociétés Modifiée sont désormais plus contraignantes que le régime actuellement applicable en la matière (ou la pratique mise en œuvre par les différents pays, selon le cas). Il ne pourrait être exclu que sa transposition aboutisse à des entraves aux mouvements transfrontaliers des sociétés européennes, encore plus importantes que celles rencontrées à présent. Plus particulièrement,

- l'introduction d'une disposition anti-abus obligatoire couplée à une importante marge de manœuvre laissée aux Etats membres pour en déterminer les contours et conditions plus précises, pourraient résulter à une plus grande fragmentation du marché unique, potentiellement particulièrement préjudiciable pour l'économie luxembourgeoise très ouverte, et rendre la réalisation des opérations en question (désormais tributaires du contrôle de légalité renforcé des autorités compétentes désignées), plus difficiles ;
- la tentative d'harmonisation de la protection des associés au sein des Etats membres par le truchement d'un droit de retrait des associés minoritaires contre juste rémunération pourrait *a priori* nuire à l'attractivité et popularité des opérations transfrontalières. Les conditions prévues (et surtout les délais à respecter) sont susceptibles d'avoir également un impact non négligeable sur la situation patrimoniale des sociétés issues de l'opération ;
- les nouveaux régimes juridiques relatifs aux scissions et aux transformations transfrontalières s'avèrent plus restrictifs, et leur mise en pratique plus fastidieuse, que :

- la pratique luxembourgeoise des scissions transfrontalières, telle que développée sur la base de l'article 1030-1, alinéa 3 de la Loi de 1915<sup>5</sup> et,
- les transferts de siège transfrontaliers *inbound*, lesquels sont encadrés seulement *a minima* par le droit luxembourgeois, dans la mesure où il serait loisible de faire valoir de l'article 100-3, alinéa 8 de la Loi de 1915 renvoyant au régime juridique posé par les articles 1010-2 et suivants de la même loi<sup>6</sup>.

Au vu des éléments énoncés ci-dessus, le régime de la Directive Mobilité s'avère plus restrictif que le cadre national applicable en la matière. Il présente toutefois le mérite d'harmoniser partiellement au niveau européen des opérations dont l'organisation a été entièrement laissée jusqu'alors aux seuls soins des Etats membres<sup>7</sup>.

Par conséquent, pour les auteurs du Projet, le défi de la transposition résidait à trouver le juste équilibre entre la tradition luxembourgeoise fidèle à la jurisprudence européenne et conforme à la liberté d'établissement, et la volonté de faire bénéficier ces opérations de l'harmonisation européenne prônée par le législateur européen.

Le but poursuivi par les auteurs du Projet alors, selon l'exposé des motifs, est de transposer la Directive Mobilité afin de respecter le délai de transposition fixé au 31 janvier 2023, tout en adoptant une position jugée plus conforme à la liberté d'établissement telle qu'interprétée par la CJUE<sup>8</sup>. Les auteurs expliquent que cette méthode législative repose sur deux piliers :

- un premier pilier qui consiste à restreindre le champ d'application des nouveaux régimes issus de la Directive Mobilité au strict nécessaire et à ne l'étendre en aucun cas à d'autres opérations transfrontalières qui ne tomberaient pas directement dans le champ d'application de la Directive Mobilité, en ligne avec le principe de transposition « toute la directive, rien que la directive » ; et
- un deuxième pilier qui consiste à faire usage de toutes les options offertes aux Etats membres et de toute latitude possible permettant de mettre en place un système aussi favorable que possible à ces opérations, proche de la tradition luxembourgeoise du droit des sociétés. A cet effet, les mécanismes particulièrement limitatifs de l'exercice de la liberté d'établissement (à savoir, le contrôle anti-abus, le droit de retrait des associés minoritaires opposés au projet commun de l'opération en question, etc.) ont été transposés sous cet angle.

Au vu de ce qui précède, les auteurs du Projet ont opté pour l'élaboration de deux régimes juridiques distincts pour chacune des trois opérations visées, à savoir :

1. **un régime commun (ci-après le « régime général ») applicable :**
  - a. **aux opérations domestiques**, à savoir aux opérations impliquant uniquement une ou plusieurs sociétés de droit luxembourgeois ; et
  - b. **aux opérations transfrontalières non visées par la Directive Sociétés Modifiée**, à savoir

<sup>5</sup> L'article 1030-1, alinéa 3 de la Loi de 1915 prévoit : « Une société ou groupement d'intérêt économique, tels que visés au premier alinéa, peut également contracter une opération de scission avec une société ou groupement d'intérêt économique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas. ».

<sup>6</sup> L'article 100-3, alinéa 8 de la Loi de 1915 prévoit : « Les dispositions de la présente loi relatives à la transformation sont également applicables à la transformation de personnes morales autres que des sociétés dans l'une des formes de sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi, à l'exception de la société à responsabilité limitée simplifiée, dans la mesure où les lois particulières relatives à ces personnes morales le prévoient et dans le respect des dispositions spéciales de ces mêmes lois particulières. ».

<sup>7</sup> Voir LHOMMEL, J.-Y., FELDMANN M., PEYNET J., Réforme des fusions, scissions et migrations – Pistes de réflexion sur la Directive 2019/2121, ACE, Wolters Kluwer, vol. 2020/10, pp.10-17.

<sup>8</sup> Voir exposé des motifs, p. 5.

- les opérations transfrontalières réalisées avec des sociétés relevant de pays tiers, ou
- les opérations impliquant des sociétés relevant des pays de l'Espace économique européen (ci-après l'« EEE »), mais ne tombant pas dans le champ d'application *ratione personae* ou *ratione materiae*<sup>9</sup> de la Directive Mobilité. Ce régime transfrontalier renvoie, sauf exceptions, au régime général ; et

**2. un régime transfrontalier européen pour les opérations visées par la Directive Mobilité** résultant de la transposition de ses règles dans le droit national. **Il s'agit d'un régime spécial** et dérogatoire au droit commun national desdites opérations, tant internes que transfrontalières, qui devra faire l'objet d'une interprétation stricte. En outre, les auteurs du Projet ont opté pour une nouvelle terminologie visant à différencier ce régime du régime visé sous point iii. ci-dessus i.e., « fusion transfrontalière européenne », « scission transfrontalière européenne » et « transformation transfrontalière européenne », dont il est fait emploi dans le contexte du présent avis.

Enfin, les auteurs du Projet ont inclus les sociétés en commandite spéciales dans le champ d'application personnel du régime général (sous 1) ci-dessus) afin d'ouvrir ces opérations à ce type de sociétés en renforçant ainsi davantage l'attractivité.

La Chambre de Commerce salue l'approche générale retenue par les auteurs permettant au Luxembourg d'adopter une législation favorable à la mobilité transfrontalière des sociétés et protectrice des droits des parties prenantes, tout en lui permettant de rester une place concurrentielle et attrayante.

La Chambre de Commerce salue en conséquence le choix fait par les auteurs du Projet de cantonner les nouveaux régimes des opérations transfrontalières aux seules hypothèses tombant directement dans le champ d'application de la Directive Sociétés Modifiée. Dans le même ordre d'idées, elle ne peut que se féliciter du fait qu'un certain nombre d'options laissées aux Etats membres n'aient pas été exercées, ce qui aurait fragilisé la souplesse du droit luxembourgeois des sociétés et ajouté à la complexité procédurale et à la durée requise pour la clôture des procédures en question.

La Chambre de Commerce se propose d'exposer, en premier lieu, ses commentaires généraux traitant de certaines thématiques importantes pour la totalité du Projet (« A.- Commentaires généraux ») et, en deuxième lieu, de procéder au commentaire de chaque article du Projet (« B.- Commentaires spécifiques à chaque type de restructuration »). Dans la mesure où le Projet suit la même architecture que celle de la Directive Sociétés Modifiée et que le travail de transposition a conduit à des dispositions presque identiques pour chacune des opérations concernées, la Chambre de Commerce se propose de formuler ses commentaires spécifiques à chacune des opérations concernées séparément, mais en se permettant de renvoyer aux explications et commentaires s'appliquant *mutatis mutandis* aux autres opérations sous avis.

En dernier lieu, la Chambre de Commerce souhaite formuler des propositions de modifications ayant trait à certaines dispositions du régime existant, qui lui paraissent indispensables ou utiles, selon le cas, pour une sécurité juridique et une lisibilité et compréhension accrues. Ces

---

<sup>9</sup> Le régime issu de la Directive Mobilité vise uniquement les sociétés de capitaux figurant à son annexe II (i.e., SAs, SARLs, SCAs) et exclut en outre certains procédés intracommunautaires, e.g. les scissions transfrontalières dans le cadre desquelles une société transfère des éléments d'actif et de passif à plus d'une société existante, car les cas de ce type sont considérés comme étant très complexes, nécessitant la participation d'autorités compétentes de plusieurs États membres et entraînant des risques supplémentaires en termes de contournement des règles de l'Union et des règles nationales.

mêmes recommandations pourraient également trouver à s'appliquer aux aspects concernés du régime des opérations transfrontalières européennes faisant l'objet de la transposition.

La Chambre de Commerce considère en conséquence que le Projet constituerait déjà l'occasion à saisir pour faciliter davantage la lecture de la Loi de 1915. Il s'agit, plus particulièrement, d'imprécisions qui mériteraient d'être corrigées et d'autres lacunes ou carences à combler et ce, pour une mise en œuvre des dispositions sans écueil d'interprétation.

Comme énoncé dans son avis en date du 27 juin 2022 relatif au projet de loi n°8007<sup>10</sup>, la matière du droit des sociétés constitue l'un des piliers de l'attractivité de la place financière luxembourgeoise sur la scène internationale. Une loi claire, transparente, dépourvue de « zones grises » qui suscitent le doute et qui se traduisent en coûts supplémentaires pour les acteurs économiques ou en désavantage concurrentiel du pays dans ce domaine, devrait rester au cœur de chaque travail de modification du droit luxembourgeois des sociétés.

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

La Chambre de Commerce se propose de commenter principalement une sélection parmi les articles du Projet au vu de leur importance pour ses ressortissants et elle s'attachera à formuler un certain nombre de propositions d'amendements (cf. « **B.- Commentaires spécifiques à chaque type de restructuration** »).

Avant de procéder comme énoncé ci-avant, il convient néanmoins de présenter une série de points et commentaires qui, sauf indication contraire, restent valables pour les trois opérations transfrontalières européennes (cf. « **A.- Commentaires généraux** »).

\*\_\*\_\*

### A.- Commentaires généraux

#### 1. Le notaire luxembourgeois en tant qu'autorité compétente chargée du contrôle de légalité renforcé et sa responsabilité prévue pour faute lourde

La Chambre de Commerce souhaite faire état de ses interrogations au regard du rôle du notaire aux termes du Projet, désigné en tant qu'autorité nationale compétente chargée du contrôle de légalité renforcé prévu par la Directive Mobilité.

Il s'agit, plus particulièrement, des articles 1025-12, paragraphe 7, 1034-12, paragraphe 7 et 1062-11, paragraphe 7 de la Loi de 1915 se rapportant, respectivement, aux fusions transfrontalières européennes, aux scissions transfrontalières européennes et aux transformations transfrontalières européennes. Les auteurs du Projet ont en effet remplacé la formulation « s'il est déterminé »<sup>11</sup> incluse dans le texte européen par la formulation « s'il constate ». Or, les deux formulations n'étant pas équivalentes, elles peuvent faire l'objet d'une interprétation différente par le juge et entraîner des conséquences légales différentes.

Les auteurs du Projet fournissent les explications suivantes quant à leur choix de se départir du texte européen sur ce point<sup>12</sup> :

*« [...] il apparaît également utile de préciser que dans le cadre de la lutte anti-abus, le notaire, compte tenu de ses moyens restreints et du fait que cette mission s'éloigne sensiblement de celle*

<sup>10</sup> [Lien vers le texte de l'avis de la Chambre de Commerce en date du 27 juin 2022.](#)

<sup>11</sup> Cf. également la version anglaise du texte de la Directive Mobilité : « where it is determined ».

<sup>12</sup> Voir pour chaque opération, Commentaire des articles, ad article 1025-12, ad article 1034-12, ad article 1062-11 du Projet.



*qui lui est traditionnellement dévolue, n'assume à cet égard qu'une obligation de moyens. Afin de ne laisser planer aucun doute sur cette facette du contrôle anti-abus, il a été jugé utile (i) de remplacer la formulation « s'il est déterminé » présente dans le texte européen par la formulation « s'il constate », et encore*

*« [D]ans la mesure où le contrôle anti-abus **dépasse très largement les attributions classiques du notaire**, et afin de tenir compte notamment des **moyens réduits de ce dernier** [...] ».*

La Chambre de Commerce s'interroge quant à ce point. En effet, les notaires luxembourgeois étant déjà investis de la mission de vérification et d'attestation de l'existence et de la légalité des actes et formalités incombant aux sociétés luxembourgeoises dans le contexte des opérations de fusion, le choix porté sur eux ne peut qu'être favorablement accueilli ; il pourrait ainsi être envisagé de les doter des moyens nécessaires pour mener leur mission en tant qu'autorité compétente du contrôle anti-abus conformément aux termes fixés par la Directive Mobilité.

Dans le même contexte, le Projet prévoit que la responsabilité du notaire ne peut être engagée que pour faute lourde. Il s'agit, plus particulièrement, des articles 1025-12, paragraphe 14, 1034-12, paragraphe 14 et 1062-11, paragraphe 14 de la Loi de 1915 se rapportant, respectivement, aux fusions transfrontalières européennes, aux scissions transfrontalières européennes et aux transformations transfrontalières européennes. Les auteurs du Projet justifient cette disposition par la volonté d'alléger la charge que ce contrôle anti-abus fait peser sur les notaires<sup>13</sup>, et ce, alors que la Directive Mobilité ne prévoit pas de disposition spécifique sur la responsabilité de l'autorité en charge de la délivrance du certificat préalable à l'opération transfrontalière. Il convient d'examiner à nouveau si une telle disposition est réellement conforme au texte européen et en phase avec la volonté du législateur européen. Enfin, d'un point de vue de méthodologie législative, il pourrait être considéré de déplacer cette disposition vers la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

## **2. La théorie de l'incorporation versus la théorie du siège réel dans le contexte des transformations transfrontalières européennes**

A titre de rappel, la théorie du siège réel est le facteur de rattachement pour les besoins de l'attribution de la nationalité luxembourgeoise du point de vue du droit luxembourgeois des sociétés<sup>14</sup>. Or, ces dernières années, plusieurs Etats membres ont adopté la théorie de l'incorporation, le Luxembourg étant l'un des derniers à appliquer la théorie du siège réel.

En l'espèce, la transformation transfrontalière européenne prévue par le Projet en transposition de la Directive Mobilité apporte des interrogations quant à l'opportunité de conserver ou non de la théorie du siège réel. Au vu de la définition de la « transformation transfrontalière européenne » impliquant le transfert au moins du siège statutaire dans l'Etat membre de destination où la société sera immatriculée à l'issue de sa transformation, il ne peut pas être exclu qu'une société se trouve contrainte d'appliquer deux lois nationales différentes.

La Chambre de Commerce met en garde devant un tel risque pouvant amener à des situations malheureuses dans le domaine du droit des sociétés (e.g., société dotée d'une double nationalité<sup>15</sup> et soumise au droit de deux juridictions différentes) et considère qu'il conviendrait de

<sup>13</sup> Voir pour chaque opération, Commentaire des articles, ad article 1025-12, ad article 1034-12 et ad article 1062-11 du Projet.

<sup>14</sup> Cf. l'article 100-2, alinéa 3 de la Loi de 1915 ; MASSARD, H., Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois, Pas. Lux., 2012/4, pp. 769-795.

<sup>15</sup> Il est aussi à noter que même si cette hypothèse n'est pas exclue en pratique, la Commission Européenne considère qu'il n'est pas possible juridiquement pour une société de l'EEE d'avoir une double nationalité.

mettre ce point à l'étude dans a brève échéance afin de vider éventuellement la théorie du siège réel de ses incertitudes ou l'abandonner définitivement au profit de la théorie de l'incorporation<sup>16</sup>.

### **3. L'exclusion des opérations transfrontalières entre le Luxembourg et les pays tiers**

Quant aux opérations transfrontalières tombant hors du champ d'application de la Directive Mobilité, les auteurs du Projet ont opté pour une transposition minimaliste. Par conséquent, ils n'ont pas rendu applicable à ces opérations le régime plus complexe issu de la Directive Mobilité. Les opérations transfrontalières hors de l'EEE (non régies par la Directive) seront désormais moins contraignantes à réaliser que les opérations transfrontalières européennes régies par la Directive.

De surcroît, ils ont amendé le régime actuel applicable à ces opérations en l'alignant sur celui des opérations domestiques du droit commun conformément au principe jurisprudentiel de non-discrimination des opérations transfrontalières par rapport aux opérations internes, aboutissant ainsi à un régime plus simple et limpide<sup>17</sup>.

La Chambre de Commerce note à ce sujet que les auteurs du Projet se sont inspirés des dispositions de la Directive Mobilité pour amender le régime général des fusions transfrontalières sur certains points sans pour autant y intégrer les mécanismes plus restrictifs tels que le contrôle préalable, la protection des associés minoritaires, des créanciers etc. La Chambre de Commerce marque désormais son accord avec ce choix ; selon son avis, l'application des dispositions de la Directive Mobilité à des opérations transfrontalières non visées par cette dernière ne devrait se faire que dans un but de procurer une plus grande sécurité juridique à ces opérations. Toutes les exigences qui vont au-delà de ce souci et qui rendront les opérations en question plus compliquées et administrativement parlant plus lourdes ne seraient pas justifiées et ne justifieraient non pas une dérogation au principe « toute la directive, rien que la directive »<sup>18</sup>.

Toutefois, cette approche crée *ipso facto* une disparité de régimes applicables aux opérations transfrontalières, selon que ces opérations se réalisent dans ou hors de l'EEE en l'occurrence, et pourraient éventuellement entraîner une difficulté d'appréhension globale. Pour cette raison, les auteurs du Projet ont pris le soin d'insérer des articles portant simplement sur la structure du régime, ce qui s'avérera certainement très utile.

### **4. L'utilisation des termes « actions », « parts sociales », « titres » tout au long du Projet**

La Chambre de Commerce note que certaines divergences existent dans l'emploi des termes « titres...représentatifs du capital social », « titres...représentatifs de son capital social », « titres...représentant le capital », « parts sociales » et « actions » dans le Projet.

Tout comme le législateur européen, il s'agit de dispositions par lesquelles les auteurs du Projet entendent viser les titres de capital des sociétés concernées. En outre, les auteurs du Projet se montrent soucieux de corriger la terminologie du texte européen afin de viser tant des sociétés par actions que des sociétés à responsabilité limitée.

---

<sup>16</sup> Il est fait référence à ce titre uniquement au domaine du droit des sociétés, la question de substance du point de vue du droit fiscal ou même concernant le volet opérationnel des entreprises luxembourgeoises constituant une thématique distincte laquelle ne fait pas l'objet du présent commentaire.

<sup>17</sup> Voir Commentaire des articles, ad article 8 : « Conformément à la volonté de simplifier les opérations de fusion transfrontalière tombant hors du champ d'application du régime complexe instauré par la Directive Mobilité tout en alignant autant que possible le régime applicable à ces opérations sur celui des fusions internes, [...] ».

<sup>18</sup> Voir aussi l'avis de la Chambre de Commerce relatif au projet de loi n°5829 en date du 19 septembre 2008, pp. 3-4 (cf. Doc. Parl. 5829/01, session ordinaire 2007-2008).

Cette intention étant absolument louable, la Chambre de Commerce souhaite toutefois remarquer que de nombreuses divergences persistent tout au long du Projet, parfois même au sein d'un seul et même article. A titre d'exemple :

- à l'article 1020-5 de la Loi de 1915,
  - o pour les *upstream mergers* visées par l'article 1020-5 de la Loi de 1915<sup>19</sup>, le Projet vise les « titres ou parts sociales représentatifs » au lieu et place des « titres ou parts représentatifs du capital social » de l'article 119, paragraphe (2), lettre c) de la Directive Sociétés Modifiée, alors que
  - o pour les *sidestream mergers* dudit article, il se réfère tantôt à des « actions », tantôt à des « titres et actions » (et ce, à l'instar de ce qui est prévu par de l'article 119, paragraphe (2), lettre d) de la Directive Sociétés Modifiée) ;
- quant aux articles 1025-1 ou encore 1025-10 de la Loi de 1915, le Projet se réfère respectivement à :
  - o « de titres ou de parts sociales représentatifs du capital social »,
  - o « actions ou des parts sociales dans la société issue de la fusion transfrontalière européenne ».

Il conviendrait d'uniformiser l'emploi de ces termes tout au long du le texte de la Loi de 1915 et d'adopter une approche unique et cohérente, eu égard au contexte et à l'objectif recherché par la disposition concernée.

En outre, et uniquement en ce qui concerne le régime général, ouvert aux sociétés en commandite simples et spéciales, l'emploi des termes « titres » ou « actions » ou « parts » ne reflètent pas la réalité des types de titres selon les formes de sociétés qui peuvent être impliquées dans les opérations de fusion. Il conviendrait donc d'être plus précis et prévoir une formulation qui fonctionne pour les sociétés en commandite simple et spéciale (cf. B.- Commentaires spécifiques à chaque type de restructuration, Commentaire de l'article 5 du Projet ci-après).

A la lumière de ce qui précède, une référence aux titres ou parts représentatifs du capital social (ou de l'avoir social, selon le cas) pourrait fonctionner dans tous les cas. En effet, les parts sociales d'une société à responsabilité limitée et les actions de la société anonyme sont des titres de capital, au même titre que les parts d'intérêts lesquelles sont aussi qualifiées des parts représentatives du capital ou avoir social.

Une deuxième alternative serait de citer de manière constante « les actions, les titres, les parts sociales ou les autres parts d'intérêts représentatifs du capital social ou de l'avoir social » selon le cas.

Les articles de la Loi de 1915 concernés par le présent commentaire sont les suivants : 1021-17, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 4<sup>o</sup>, 1023-1, alinéa 1<sup>er</sup>, 1025-1, paragraphe 2, 1025-18, paragraphe 2, 1025-10, paragraphe 1<sup>er</sup>, 1031-12, 1034-1, paragraphes 2 et 3, 1034-4, point 15<sup>o</sup>, 1034-7, paragraphe 2 et 1062-7. La Chambre de Commerce se permettra de renvoyer au présent commentaire pour les besoins de ses commentaires spécifiques qui suivront.

---

<sup>19</sup> Voir l'article 6 du Projet.

## 5. Application du droit luxembourgeois aux sociétés participant à une opération transfrontalière européenne

Alors que le droit luxembourgeois des sociétés (donc y compris la Loi de 1915) ne peut viser que les sociétés luxembourgeoises par le fait de l'application distributive des législations nationales en cas d'opérations transfrontalières, la pratique démontre qu'une certaine incompréhension peut persister. Ainsi, et simplement afin faciliter davantage la compréhension du lecteur, il convient de préciser quand il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable, surtout lorsque l'article vise une opération transfrontalière impliquant des sociétés pouvant être situées dans des juridictions différentes.

### B.- Commentaires spécifiques à chaque type de restructuration

#### 1. Le régime applicable aux SAS

##### Concernant l'article 1<sup>er</sup> du Projet (article 500-1 de la Loi de 1915)

La Chambre de Commerce note que l'exclusion des SAS, ensemble avec la volonté des auteurs du Projet de restreindre le champ d'application du régime relatif aux opérations transfrontalières européennes, tel qu'issu de la transposition de la Directive Sociétés Modifiée, aux seules sociétés de droit luxembourgeois énumérées à l'annexe II de la directive précitée, animent en partie la modification apportée à l'article en question. Or, cette modification s'avère nécessaire également dans la mesure où le régime applicable aux SAS est défini - en principe - par renvoi à titre supplétif aux règles applicables aux sociétés anonymes. La Chambre de Commerce marque, en principe, son accord avec cette précision et souhaite en outre proposer de corriger une erreur matérielle qui s'est glissée dans le texte de l'amendement proposé par les auteurs du Projet. En effet, le chapitre 1<sup>er</sup> du titre X de la Loi de 1915 ne contient pas de sections et, en tout état de cause, l'objectif de l'amendement proposé était d'écarter l'application des trois régimes plus contraignants issus de la transposition de la Directive Mobilité.

Enfin, d'un point de vue légistique, il y a lieu d'harmoniser les références à la numérotation des chapitres, sections et paragraphes tout au long du texte du Projet.

La disposition en question devrait donc être reformulée comme suit :

« ~~de la section 2 du chapitre I<sup>er</sup> du titre X,~~ de la section 5 du chapitre II du titre X<sub>1</sub> et de la section 4 du chapitre III du titre X<sub>2</sub> et de la section 2 du chapitre VI du titre X ».

La Chambre de Commerce marque désormais son accord avec ce changement, pour les raisons expliquées ci-avant et sous réserve de la modification proposée ci-dessus.

#### 2. Le régime général des fusions domestiques et transfrontalières (articles 4 à 18 du Projet)

##### Concernant l'article 5 du Projet (article 1020-1 de la Loi de 1915)

La Chambre de Commerce marque son accord par rapport à l'inclusion des sociétés en commandite spéciales dans le champ d'application du régime général régissant les fusions domestiques et transfrontalières, mais elle s'interroge sur la valeur ajoutée de cette nouvelle possibilité offerte à ces sociétés. Au vu du régime déjà très libéral applicable à ces sociétés, ne serait-il pas d'une complexité accrue de vouloir recourir à ce type de procédé en présence d'une société en commandite simple ?

En lien avec cette inclusion, la Chambre de Commerce suggère que la terminologie du Projet soit adaptée pour faire également référence aux « parts d'intérêts » qui représentent le capital d'une société en commandite spéciale et qui pourraient être représentées ou non par des « titres ». Or, le Projet dans son état actuel ne permet pas de viser correctement ces parts et ce, surtout en raison de l'ajout du terme « sociales » après le mot « parts », ce dernier étant seul employé par la Directive Mobilité. Alors que l'ajout du terme « sociales » après le mot « parts » est sans aucun doute louable, son inconvénient consiste à exclure les parts d'intérêts représentatives du capital des sociétés en commandite spéciales (ainsi que des sociétés en commandite simples).

Il convient ainsi d'amender le Projet afin de viser tous les titres et parts représentatifs du capital social des sociétés concernées par le régime général (cf. commentaire général sur l'utilisation des termes « actions », « parts sociales », « titres » tout au long du Projet).

### **Concernant l'article 6 du Projet (article 1020-5 de la Loi de 1915)**

Tout d'abord, il convient d'observer que l'article 119, paragraphe (2), c) de la Directive Sociétés existait déjà avant même l'adoption de la Directive Mobilité, cette dernière n'ayant fait qu'ajouter la lettre d) et un « ou » entre les lettres c) et d). Ainsi, il est à noter que seul l'article 119, paragraphe (2), d) est une nouveauté introduite par la Directive Mobilité, visant la fusion dite « side-step » ou « sidestream ». Il est observé par ailleurs que l'article 119 de la Directive Sociétés Modifiée fait partie du chapitre II consacré aux « Fusions transfrontalières de sociétés de capitaux » (i.e. les fusions transfrontalières européennes). Il est en conséquence transposé dans le nouvel article 1025-1 de la Loi de 1915 (cf. article 19 du Projet), et non pas dans le présent article 1020-5 de la Loi de 1915 appartenant au régime général, comme il est erronément indiqué dans le commentaire des auteurs du Projet afférent. En revanche, il apparaît que les auteurs du Projet ont plutôt opté pour une extension du champ d'application du régime spécial au régime général sur ce point.

En effet, la définition de la « fusion par absorption » du régime général, telle qu'incluse dans l'article 89 de la Directive Sociétés qui régit les fusions nationales et transfrontalières autres qu'européennes, n'englobe *a priori* ni la fusion dite « upstream » ni la fusion dite « sidestream ». C'est seulement le premier procédé de fusion dite « upstream » qui est visé par le régime général de ladite directive et ce, séparément, dans les articles 110 à 112 de la Directive Sociétés qui prévoient des formalités simplifiées pour ce type de fusion, et non pas dans la partie des définitions de son article 89. Ainsi, la fusion dite « upstream » est déjà incluse dans le régime général des articles 1020-1 à 1024-1 de la Loi de 1915 (en particulier, articles 1023-1 et suivants de la Loi de 1915 en transposition des articles 110 à 112 de la Directive Sociétés).

En revanche, les deux procédés sont déjà inclus dans la définition générale de « fusion par absorption » (cf. article 119, précité) du régime spécial de fusion transfrontalière européenne de la Directive Sociétés Modifiée, et pour ce qui des fusions dites « upstream » des formalités simplifiées sont prévues dans le même chapitre II<sup>20</sup>.

Au vu de ce qui précède, il convient encore de clarifier s'il serait judicieux d'inclure dans le régime général des articles 1020-1 à 1024-1 de la Loi de 1915 également les fusions dites « sidestream » et ce, pour y appliquer encore des formalités simplifiées. La Chambre de Commerce considère que les modifications proposées par les auteurs du Projet à l'article en question opèrent justement un alignement des définitions pour inclure tant la fusion dite « upstream » que la fusion dite « sidestream » dans le régime général. Tandis que cette extension déroge au principe de

---

<sup>20</sup> Il est ici noté que la question reste de savoir si le fait de ne pas viser les fusions dites « sidestream » parmi celles pour lesquelles ce régime simplifié s'appliquera, est un oubli ou une volonté du législateur européen. A cet égard, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire de l'article 1023-1 de la Loi de 1915 (article 17 du Projet).

transposition minimaliste, il convient de souligner qu'elle facilite largement la lecture du texte et en outre permet de régler un procédé bien fréquent en pratique.

Enfin, dans les commentaires à ce projet d'article 1020-5, il est proposé de préciser que le mot « personne » désigne tant une personne physique, qu'une personne morale (avec ou sans personnalité juridique) ou un trust.

### **Concernant l'article 8 du Projet (article 1021-2 de la Loi de 1915)**

La Chambre de Commerce se tient au commentaire du Projet et marque son accord avec cette modification. Il convient par ailleurs de mentionner que le commentaire de l'article se réfère erronément à l'article 122 de la Directive Sociétés Modifiée au lieu et place de l'article 123 de ladite directive.

A l'occasion de cet amendement, la Chambre de Commerce note que selon cet article, le projet commun de fusion en cas de fusion transfrontalière soumise au régime général, doit être aussi publié dans les bulletins nationaux des autres Etats membres. La question que la pratique se pose souvent à cet égard est de savoir comment on pourrait en effet respecter cette disposition au cas où une législation étrangère ne comprendrait pas un tel bulletin officiel.

On peut penser alors que la publication officielle pourra se limiter à la publication luxembourgeoise<sup>21</sup>, mais pour des raisons de sécurité juridique, il conviendrait peut-être de clarifier ce point d'ores et déjà dans la Loi de 1915, à l'occasion de cette transposition.

### **Concernant l'article 9 du Projet (article 1021-3 de la Loi de 1915)**

La précision faite par les auteurs du Projet selon laquelle l'assemblée générale dispose de la compétence de modifier le projet commun de fusion est très utile, étant donné que dans la pratique des affaires, il arrive souvent que le projet commun de fusion soit amendé et que ces amendements soient approuvés par les associés ou actionnaires au moment de la tenue de l'assemblée générale des sociétés participant à l'opération. La Chambre de Commerce marque son accord avec cette modification, laquelle devrait être lue ensemble avec ses limites telles qu'elles sont énumérées dans le commentaire dudit article, toutes importantes du point de vue aussi de l'organe de gestion ou d'administration des sociétés concernées qui aurait en effet dressé le projet commun de fusion (tel que précédemment publié).

Concernant le paragraphe 7 du même article, il convient de souligner l'importance de la délégation de la décision y étant visée, par l'assemblée générale à l'organe de gestion, d'administration ou de direction de la société concernée, au vu des difficultés et ralentissements procéduraux, ainsi que des coûts supplémentaires, qu'une nouvelle assemblée générale aurait pu générer pour les sociétés. En effet, lors de la réunion de l'assemblée générale qui doit approuver le projet commun de fusion, une telle délégation pourrait être facilement accordée sans autres formalités ou retards.

Il convient donc d'approuver les amendements proposés par les auteurs du Projet.

### **Concernant l'article 10 du Projet (article 1021-5 de la Loi de 1915)**

La Chambre de Commerce marque son accord avec les amendements proposés et entend en outre proposer certaines modifications supplémentaires, à savoir :

---

<sup>21</sup> Voir BOONE D., Fusion-confusion : vade-mecum, JurisNews Droit des sociétés, Vol. 8, n° 7-8 2015, pp. 311-318.

- il convient de dispenser *ab initio* les sociétés unipersonnelles de l'exigence d'établissement d'un tel rapport suivant l'article 124, paragraphe (4) *in fine* de la Directive Sociétés Modifiée, et conformément au principe de la liberté d'établissement ; et
- il convient de prévoir expressément dans la Loi de 1915 que rien ne s'oppose à ce que les sociétés participant à la fusion établissent un rapport commun à toutes les sociétés impliquées.

### **Concernant l'article 11 du Projet (article 1021-6 de la Loi de 1915)**

Concernant les changements proposés à l'article 1021-6 de la Loi de 1915, il convient de noter que le texte à ajouter à la suite du paragraphe 1er, alinéa 2 semble apparaître par erreur à l'alinéa 3 dans le projet de version consolidée de la Loi de 1915 incluse dans le Projet.

En général, la version consolidée de la Loi de 1915 incluse dans le Projet contient quelques erreurs qu'il convient de corriger, même si ce texte n'a pas de valeur juridique en soi.

### **Concernant l'article 12 du Projet (article 1021-9 de la Loi de 1915)**

La Chambre de Commerce considère opportun d'amender légèrement l'article 1021-9, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915 afin de préciser les contours de l'application du régime de protection des créanciers et partant apporter une plus grande sécurité juridique.

Il conviendrait donc de préciser que ce régime de protection est uniquement à disposition des créanciers de la société luxembourgeoise par le fait de l'application distributive des législations nationales en cas de fusion transfrontalière. En effet, la pratique a démontré<sup>22</sup> qu'il y a une certaine incompréhension sur ce point qui pourrait laisser penser que cette protection est aussi à disposition des créanciers de la société étrangère.

A l'instar de ce qui est fait pour le nouvel article 1025-11 et afin de dissiper tout doute, il serait utile de préciser que le premier paragraphe de l'article est sans préjudice d'autres mécanismes de protection des intérêts des créanciers existant en vertu du droit commun ou du droit de la faillite et des procédures d'insolvabilité.

### **Concernant l'article 13 du Projet (article 1021-11 de la Loi de 1915)**

Selon ce qui a été expliqué précédemment au sujet de la terminologie employée pour les titres et parts représentatifs du capital social, l'ajout du mot « sociales » après le mot « parts » dans l'article 1021-11, paragraphe 1<sup>er</sup> ne soulève pas de difficultés *per se* car, dans ce contexte, il permet de clarifier le fait que le mécanisme de protection des porteurs de titres autres que des actions ou des parts sociales consacré par l'article 1021-11, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915 a vocation à s'appliquer également aux titulaires de parts bénéficiaires.

Toutefois, la Chambre de Commerce comprend que les porteurs de parts d'intérêts représentatives du capital d'une société en commandite spéciale ou simple, représentées ou non par des titres, devraient recevoir le même traitement que les porteurs d'actions ou de parts sociales. L'article devrait être amendé afin de bien refléter ce point et ainsi éviter d'assimiler, dans le contexte de l'article en question, les porteurs de parts d'intérêts dans les sociétés en commandite spéciales ou simples aux porteurs de parts bénéficiaires ou des créanciers bénéficiant de droits spéciaux tel un droit de conversion de leur créance en droits sociaux. La Chambre de Commerce suggère en

---

<sup>22</sup> LORENDEAU, F., La protection des créanciers sociaux dans les opérations de fusion, ACE, Wolters Kluwer, vol. 2021/5, pp.10-17.

conséquence de modifier l'article selon ses propositions faites au sein de son commentaire général en la matière, les formulations suivantes étant également envisageables :

« Art. 1021-11

(1) Les porteurs de titres, autres que des actions, ~~ou parts sociales~~ **ou parts d'intérêts**, 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. »

ou, alternativement,

« Art. 1021-11

(1) Les porteurs de titres, autres que des **titres ou parts représentatifs du capital social** ~~ou parts sociales~~, 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. ».

### **Concernant l'article 14 du Projet (article 1021-14 de la Loi de 1915)**

Concernant les changements proposés à l'article 1021-14, paragraphe 1<sup>er</sup>, le texte actuel de la Loi de 1915 est adapté tant à l'hypothèse d'une fusion par absorption qu'à une fusion par constitution d'une nouvelle société. Or, la proposition de texte modifié ne vise que l'hypothèse d'une fusion par absorption et les renvois faits par l'article 1022-1 de la Loi de 1915 ne semblent pas satisfaisants pour traiter du cas particulier de la date d'effet à l'égard des tiers d'une fusion par constitution d'une nouvelle société. Il conviendrait donc de prévoir une règle particulière pour ce type d'opération. A ce sujet, il serait envisageable de mentionner la date de publication de l'acte de la dernière société qui disparaît.

### **Concernant l'article 15 du Projet (article 1021-16 de la Loi de 1915)**

La Chambre de Commerce marque son accord avec les modifications proposées au premier paragraphe de l'article 1021-16 de la Loi de 1915, lesquelles favorisent la sécurité juridique en alignant la date de prise d'effet d'une fusion transfrontalière sur celle d'une fusion domestique, mais préconise aux auteurs du Projet soit de prévoir expressément dans le texte de la Loi de 1915 un renvoi à l'article 1021-13 et à l'article 1021-14, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915, soit de préciser les règles applicables. En effet, le Projet recopie, à plusieurs reprises, des dispositions de la Directive Mobilité sans en faire application alors que la Directive Mobilité invite le législateur national à prendre position sur des modalités qu'elle désigne.

Concernant les changements proposés aux paragraphes 1 et 2 de l'article, il conviendrait de supprimer les mots « membre » et « membres » dans les références à « Etat membre » ou « Etats membres » car cela peut donner l'impression de viser les Etats membres de l'Union européenne. Pour rappel, le régime général a vocation à s'appliquer aussi aux fusions transfrontalières avec les pays tiers.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce note une erreur de frappe dans les commentaires de cet article qui mentionne à un endroit l'article 1012-16 au lieu de l'article 1021-16.

Concernant le paragraphe 3 dudit article, la Chambre de Commerce reconnaît les difficultés rencontrées dans le contexte des opérations transfrontalières en l'absence d'harmonisation des *lex societatis* applicables le cas échéant, mais en même temps elle s'interroge sur la forme et le contenu de la preuve visée par l'amendement proposé ainsi que les critères sur lesquels le registre de commerce et des sociétés devrait baser son appréciation du caractère dit « concluant » de la preuve fournie. En outre, le fait d'avoir supprimé la phrase « par le registre dont relève la société absorbante » pourrait créer une plus grande difficulté pour le registre national quant à l'appréciation



du caractère concluant de la preuve fournie par la société absorbante étrangère. Par conséquent, des cas de refus ne sont pas à exclure, avec les retombées sur l'exercice de la liberté d'établissement plus généralement. Il convient ainsi de vérifier si des autorités ou organismes autres que les registres commerciaux seraient réellement visés et si tel n'est pas le cas, maintenir la référence actuellement faite au registre dont relève la société absorbante.

### **Concernant l'article 16 du Projet (article 1021-17 de la Loi de 1915)**

Il convient d'amender le point 4° du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article afin de viser également, aux côtés des actions et des parts sociales, les parts d'intérêts représentatives du capital de la société absorbée, société en commandite simple ou société en commandite spéciale.

En outre, par souci de sécurité juridique, les auteurs du Projet ont précisé que l'annulation visée au point 4° du paragraphe 1<sup>er</sup> ne concernait pas les parts bénéficiaires lesquelles seront traitées comme des titres conférant des avantages spéciaux à leurs porteurs. Or, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire général concernant la terminologie employée à modifier pour viser plus spécifiquement les titres, actions, parts sociales et autres parts d'intérêts représentatifs du capital social ou de l'avoir social de la société absorbée détenues par la société.

Néanmoins, il serait utile d'aborder la question du sort des droits de vote attachés aux parts bénéficiaires compte tenu du fait que ces droits sociaux ne sont pas qualifiés d'avantages spéciaux aux termes de l'article 1021-11 de la Loi de 1915, éventuellement dans le contexte d'une réflexion plus approfondie à mener ultérieurement sur le traitement de parts bénéficiaires portant droit de vote<sup>23</sup>.

### **Concernant l'article 17 du Projet (article 1023-1 de la Loi de 1915)**

Concernant les changements proposés à l'article 1023-1, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915, la rédaction actuelle est bien conforme aux articles 110 à 112 de la Directive Sociétés qu'elle transpose.

A titre de rappel, la Chambre de Commerce marque son accord avec l'inclusion des deux procédés de fusion, « upstream » et « sidestream », dans la définition de la « fusion par absorption » du régime général comme expliqué dans son commentaire de l'article 1020-5 de la Loi de 1915 (cf. article 6 du Projet).

Or, il convient de souligner que l'article 1023-1 ne semble pas reprendre exactement toutes les situations prévues à l'article 1020-5. En effet, elle ne semble pas viser la situation des associés détenant dans la même proportion les sociétés fusionnantes (« sidestream mergers »). Cette rédaction est identique certes à celle prévue pour le régime de fusion transfrontalière européenne. Il n'en demeure pas moins que la Directive Mobilité ne semble pas expliquer clairement pourquoi l'hypothèse des associés détenant les sociétés fusionnantes dans la même proportion n'est pas visée. Il est supposé que l'intention soit que la Directive Mobilité permette l'application d'un régime simplifié dans ce type d'hypothèse. Quand bien même il y aurait une erreur rédactionnelle dans la Directive Mobilité rien n'empêcherait d'adapter le régime général pour clairement viser l'application du régime simplifié dans l'hypothèse des associés détenant les sociétés fusionnantes dans la même proportion.

---

<sup>23</sup> Conformément à la proposition de la Chambre de Commerce faite dans le contexte de [son avis relatif au projet de loi n°8007 en date du 27 juin 2022](#), p. 9.

Il conviendrait également de changer l'intitulé de la section 3 qui n'est plus en adéquation avec le critère purement capitalistique retenu par l'article 1020-5 (ne prenant pas en compte les droits de vote au sens strict).

Aux fins d'une transposition fidèle aux dispositions de la Directive Mobilité, il convient de modifier le paragraphe 1<sup>er</sup> *in fine* pour se référer « à la société ou aux sociétés absorbée(s) ».

Une autre erreur s'est glissée dans l'article 1023-1, alinéa 1<sup>er</sup> où il convient de faire référence à l'article 1021-17, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 2°, comme suit :

*« Art. 1023-1. Lorsque conformément à l'article 1020-5, une fusion par absorption est réalisée soit par une société qui détient toutes les actions et tous les autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société ou des sociétés absorbées, soit par une personne qui détient directement ou indirectement toutes les actions dans la société et dans la ou les sociétés absorbées et que la société absorbante n'attribue aucune action dans le cadre de la fusion, l'opération est soumise aux dispositions du titre X, chapitre II, section 1ère, à l'exception de l'article 1021-1, paragraphe 2, points 2°, 3° et 4°, des articles 1021-5 et 1021-6, de l'article 1021-7, paragraphe 1er, points 4° et 5°, l'article 1021-17, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 2°, ainsi que l'article 1021-18. En outre, l'article 1021-3, paragraphe 1er ne s'applique pas à la société absorbée. ».*

Enfin, une erreur matérielle s'est glissée dans le commentaire de l'article, lequel fait actuellement référence à l'article 1027-1, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 4° au lieu de renvoyer à l'article 1021-7, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 4° (mise à disposition des associés du rapport de l'organe de gestion).

### **Concernant l'article 18 du Projet (article 1023-2 de la Loi de 1915)**

A titre liminaire, il convient de mentionner que l'abrogation du paragraphe 2 de l'article 1023-2 et l'ajout de la dernière phrase du premier alinéa de l'article précédent, lus ensemble, permettent de dissiper tout doute concernant la portée des exemptions prévues dans le contexte des opérations simplifiées.

En effet, la doctrine et les praticiens s'interrogeaient jusqu'alors sur l'interprétation qu'il convenait de donner à la non-application de l'article 1021-3, paragraphe 1<sup>er</sup>, dont fait mention l'actuel article 1023-2, paragraphe 1<sup>er</sup>. La question donc était de savoir si cet article écarte l'obligation de tenir une assemblée générale pour toutes les sociétés ou simplement pour la société absorbante, en cas d'une fusion interne. Selon l'interprétation dominante, l'article devrait être interprété comme exemptant toutes les sociétés participant à la fusion de tenir une assemblée générale d'approbation de la fusion. La modification susmentionnée clarifie définitivement la portée des exemptions et ouvre la même possibilité d'ores et déjà aux fusions transfrontalières du régime général.

### **Suggestions de modifications supplémentaires**

#### **Introduction d'un régime juridique des fusions triangulaires**

Le Pays-Bas ont mis en place un mécanisme de fusion triangulaire, par lequel les actionnaires de la société absorbée ne deviennent pas actionnaires de la société absorbante néerlandaise au terme de l'opération de fusion, mais actionnaires d'une autre société filiale de cette dernière. Ce mécanisme présente le mérite de simplifier les fusions internationales de sociétés, lesquelles demeurent souvent délicates<sup>24</sup>.

Il est proposé d'insérer une section autorisant et détaillant le régime juridique des fusions triangulaires. En effet, à l'instar des Pays-Bas qui ont récemment décidé de codifier la pratique des

<sup>24</sup> DEROUIN, P., Les fusions triangulaires de sociétés, Bulletin Joly Sociétés, décembre 2008.

fusions triangulaires « à l'américaine » dans leur Code civil<sup>25</sup>, le Luxembourg pourrait bénéficier de cette opportunité afin d'introduire cette mécanique, avec plus de flexibilité, dans la Loi de 1915.

Le Projet pourrait être ainsi étoffé afin d'introduire la possibilité de procéder à des fusions triangulaires nationales à distinguer suivant le sens de la fusion, à savoir (i) des fusions classiques ou simples (« forward triangular mergers ») dans lesquelles une société mère acquéreuse absorberait par l'intermédiaire de sa filiale préexistante détenue à 100 % et spécialement créée à cet effet, une société cible, en rémunérant les associés/actionnaires de cette dernière par des titres émis par la société mère et, (ii) des fusions inversées (« reverse triangular mergers ») dans lesquelles la société cible absorbe la filiale de la société mère, en rémunérant les associés/actionnaires de la société cible par des titres émis au niveau de la société mère du groupe des sociétés concerné.

Outre la possibilité d'étendre l'arsenal des outils juridiques mis à la disposition des praticiens, cette nouvelle opération présente l'avantage pour la société mère du groupe des sociétés concerné de limiter l'impact de la récupération d'un passif non anticipé à la suite de la transmission universelle de patrimoine opérée par l'effet de la fusion.

De plus, les Pays-Bas prévoient la possibilité de procéder à des fusions triangulaires transfrontalières classiques/simples, uniquement au sein de l'Union, et sous réserve que la société mère et sa filiale absorbante soient de droit néerlandais. Cette dernière condition se justifie par une volonté de promouvoir la juridiction des Pays-Bas. Là encore, le Luxembourg pourrait être précurseur en la matière et en ouvrant le champ de la fusion triangulaire transfrontalière dite « forward » pour l'Union et tout autre pays tiers. A cette fin, le Projet pourrait profiter de cette opportunité pour :

1. étendre le champ de la définition de la fusion absorption telle que prévue à l'article 1020-3 de la Li de 1915 en insérant un nouvel alinéa (2) comme suit : « La fusion par absorption peut également donner lieu à (i) l'attribution aux associés de la ou des sociétés absorbées d'actions ou de parts de l'associé unique de la société absorbante, ou (ii) aux associés de la ou des sociétés absorbantes d'actions ou de parts de l'associé unique de la société absorbée ; et
2. ajuster les articles 1021-1, 1021-16, 1021-17 et 1021-18 de la Loi de 1915 afin de couvrir le scénario d'une émission d'actions ou de parts au niveau de la société mère du groupe des sociétés concerné.

### **Concernant l'article 1021-7, paragraphe 4 de la Loi de 1915**

Selon cet article, les sociétés participant à l'opération de fusion sont dispensées de l'exigence de fournir des copies des documents visés au premier paragraphe dudit article sans frais et sur simple demande si leurs sites internet donnent aux associés, pendant toute la période commençant un mois au moins avant le jour fixé pour la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, la possibilité de télécharger et d'imprimer les documents en question.

Toutefois, la dernière phrase du paragraphe 4 de l'article précise que, en cas de documents téléchargeables, la société doit également mettre ces documents à disposition des associés à son siège social. Cette précision trouve son origine à la Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil, la Directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions et à la loi luxembourgeoise du 3 août 2011 la

---

<sup>25</sup> Cf. article 2:333c Code civil.

transposant. Le projet de loi n°6227 dispose que la directive en question justifiait ce mécanisme par la problématique de l'authenticité des documents électroniques ainsi que le risque de défaillances informatiques.

Ces dispositions impliquent d'un côté que la mise à disposition des documents préparatoires sur le site internet de la société concernée aura pour effet de dispenser la société de son obligation de les mettre à disposition à son siège social parce qu'il est possible d'en obtenir des copies physiques sur demande. Toutefois, d'un autre côté, si ces documents, mis à disposition sur ce site internet ainsi qu'il est permis, sont au surplus téléchargeables, dans ce cas, il faut alors qu'ils soient également déposés physiquement au siège social. Le mécanisme paraissant d'une complexité excessive, il convient de s'interroger sur sa valeur ajoutée pour la pratique des affaires<sup>26</sup>.

### 3. Le régime spécial des fusions transfrontalières européennes (article 19 du Projet)

#### Concernant l'article 1025-3 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce suggère ci-après certaines modifications à apporter au présent article, comme suit :

- la modification apportée au paragraphe 1<sup>er</sup> vise à préciser que c'est la société de droit luxembourgeois qui devra se conformer aux dispositions du chapitre 2 du titre X, facilitant ainsi la compréhension du lecteur, la rédaction actuelle de l'article ne le précisant point ; il convient en outre de rester au plus près du texte de la Directive Sociétés Modifiée<sup>27</sup> ;
- la modification apportée au paragraphe 2 vise à clarifier que la directive précitée fait explicitement référence aux droits des travailleurs fixés à son article 133 qui traite de la participation des travailleurs au sein de la société issue de la fusion transfrontalière. Il semble donc ici utile de le préciser, d'autant plus qu'il n'est fait aucun renvoi à un article du Code du travail.

La Chambre de Commerce propose en conséquence les amendements suivants :

« Art. 1025-3. Conditions applicables aux fusions transfrontalières européennes

(1) Sauf disposition contraire de la présente section, une société **de droit luxembourgeois** visée à l'article 1025-1, paragraphe 1<sup>er</sup> se conforme aux dispositions du chapitre **II2** du titre X et la société relevant du droit d'un autre État membre se conforme aux dispositions et formalités **de la législation nationale** dont elle relève, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du règlement (CE) 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

(2) Les dispositions et formalités visées au paragraphe précédent comprennent notamment celles se rapportant au processus décisionnel relatif à la fusion et à la protection des travailleurs pour ce qui est des droits autres que ceux réglant la participation des travailleurs **au sein de la société issue de la fusion transfrontalière européenne**. [...] ».

#### Concernant l'article 1025-4 de la Loi de 1915

Concernant le point 15<sup>o</sup> de ce nouvel article, il est rappelé qu'il s'agit d'un ajout inspiré des dispositions de la Directive Mobilité sur les transformations transfrontalières européennes et non pas

<sup>26</sup> BOONE D., *op.cit.*

<sup>27</sup> La Chambre de Commerce note à cet égard que la précision visant à clarifier qu'il s'agit d'une société luxembourgeoise et du droit luxembourgeois applicable, les amendements ayant pour but de rester au plus près du texte européen, sont valables pour plusieurs articles du Projet sous avis.

des fusions transfrontalières européennes. Or, l'emploi des termes Etat membre « de départ » ne paraît pas correct. La Chambre de Commerce propose de modifier ce point 15° comme suit :

« [...] reçue par la société absorbée dans l'Etat membre ~~de départ~~ dans lequel elle a son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement [...] ».

### Concernant l'article 1025-5 de la Loi de 1915

A titre préliminaire, le tableau des concordances fait référence à un paragraphe 3 dudit article transposant l'article 123, paragraphe (6) de la Directive Sociétés Modifiée, paragraphe qui est inexistant.

Le Projet est par ailleurs silencieux en ce qui concerne l'utilisation du système d'interconnexion des registres prévue par l'article 123, paragraphe (7) de la Directive Sociétés Modifiée, et renvoie simplement à un règlement grand-ducal qui fixera les modalités afin de s'assurer que ces documents soient accessibles gratuitement au public grâce au système d'interconnexion des registres. Il convient alors de s'assurer de la bonne coordination en termes de date d'entrée en vigueur des textes issus du Projet et de la publication du règlement grand-ducal précité.

De surcroît, la Chambre de Commerce note que l'article 123, paragraphe (6) de la Directive Sociétés Modifiée offre une option aux Etats membres de prévoir la publication au bulletin national. La question qui se pose à cet égard est de savoir comment cette disposition pourrait en effet être respectée au cas où un Etat membre n'exercerait pas cette option. Il pourrait être présumé que la publication officielle pourra se limiter à la publication luxembourgeoise, mais pour des raisons de sécurité juridique, il conviendrait peut-être de clarifier ce point dans la Loi de 1915 à l'occasion de cette transposition.

Enfin, il faudrait amender légèrement l'article 1025-5, paragraphe 2 afin de préciser qu'il est fait référence à l'assemblée générale de la société absorbante de droit luxembourgeois.

### Concernant l'article 1025-6 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce marque son accord avec les amendements proposés et entend en outre proposer certaines modifications de forme supplémentaires, comme suit :

« Art. 1025-6. *Rapport de l'organe d'administration ou de direction aux associés et aux travailleurs*

*[...] (10) Le présent article s'applique sans préjudice des droits et procédures d'information et de consultation des travailleurs applicables prévus au niveau national à la suite de la transposition des directives (CE) 2002/14 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne et (CE) 2009/38 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (Refonte). ».*

Il convient aussi de prévoir expressément dans la Loi de 1915 que rien ne s'oppose à ce que les sociétés participant à la fusion établissent un tel rapport commun à toutes les sociétés impliquées. En effet, les auteurs du Projet expliquent dans leur commentaire pour cet article que ceci est possible, mais il est vrai que la directive ne contient pas cette possibilité. En tout état de cause, et au vu du fait que ceci n'aurait aucune incidence négative sur les droits de parties prenantes, la Chambre de Commerce marque son accord mais estime que cette possibilité soit expressément inscrite dans le texte du Projet.

## Concernant l'article 1025-7 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce propose de modifier le paragraphe 1<sup>er</sup> du présent article et d'en créer un nouveau paragraphe 4 afin (i) de traiter séparément le sujet de la mise à disposition du rapport d'expert pour une meilleure compréhension et, (ii) de transposer fidèlement à cette occasion l'article 125, paragraphe (1) de la Directive Sociétés Modifiée. Selon le deuxième alinéa de ce dernier, si l'approbation de la fusion transfrontalière européenne par l'assemblée générale de la société absorbante n'est pas requise, le rapport est fourni un mois au moins avant la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent. Pourtant, le Projet ne reprend pas ces dispositions à l'article 1025-7 et ne traite donc pas le cas de l'absence d'assemblée générale prévue par l'article 1025-9, paragraphe 3 de la Loi de 1915, ce qui crée une importante insécurité juridique. C'est pourquoi il est proposé de compléter l'article 1025-7 par la création d'un nouveau paragraphe 4 consacré à cette situation.

Il convient en conséquence de renuméroter le paragraphe 4 actuel en paragraphe 5, à la suite de l'insertion du nouveau paragraphe 4 susmentionné.

Toujours au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article, il convient de (i) corriger une erreur matérielle et, de (ii) préciser que l'exigence de choisir l'expert ou les experts parmi les réviseurs d'entreprises s'impose uniquement à la société relevant du droit luxembourgeois.

Il convient en outre de transposer dans la Loi de 1915 l'article 133bis, paragraphe (2), lettre a) et lettre b) de la Directive Sociétés Modifiée et ce, malgré le fait que le tableau des concordances dispose qu'il ne nécessite pas de transposition spécifique en droit national.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« Art. 1025-7. Rapport de l'expert indépendant

(1) Un expert indépendant examine le projet de fusion transfrontalière européenne et rédige un rapport à l'intention des associés. **Ce rapport est mis à la disposition des associés au moins un mois avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9.** Cet expert peut être une personne physique ou morale, mais doit être choisi parmi les réviseurs d'entreprises **dès lors que la société partie à la fusion relève du droit luxembourgeois.**

(2) [...]

**Dans tous les cas, pour l'application des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, l'expert, ou la personne morale pour le compte de laquelle l'expert travaille, doit être indépendant et n'avoir aucun conflit d'intérêts avec la société demandant le certificat préalable à la fusion prévu à l'article 1025-12.**

(3) [...]

**L'avis de l'expert doit être impartial et objectif et doit être rendu dans le but d'aider l'autorité compétente conformément aux exigences d'indépendance et d'impartialité en vertu du droit et des normes professionnelles auxquelles l'expert est soumis.**

(4) **Ce rapport est mis à la disposition des associés au moins un mois avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9.**

**Toutefois, lorsque l'approbation de la fusion n'est pas requise par l'assemblée générale de la société absorbante conformément à l'article 1025-9, le rapport est fourni un mois au moins avant la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent.**

**(5)** *Ni un examen du projet de fusion transfrontalière européenne par des experts indépendants ni un rapport d'expert ne sont requis si tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion transfrontalière européenne en ont ainsi décidé. [...]».*

### **Concernant l'article 1025-8 de la Loi de 1915**

Selon les auteurs du Projet, il est toujours possible que les associés renoncent à la mise à disposition des documents préparatoires au siège social, mais selon l'avis de la Chambre de la Commerce, cette possibilité devrait être expressément inscrite dans le texte de la Loi de 1915. Une modification du texte dans ce sens permettrait de mettre ce point au clair, même si la Chambre de Commerce comprend que la Directive Mobilité ne prévoyait pas directement cette mise à disposition. De surcroît, il convient de noter que la dispense de la mise à disposition de certains de ces documents préparatoires est déjà prévue en vertu des articles 1025-7, paragraphe 5 (rapport de l'expert indépendant), 1025-6, paragraphe 5 (rapport ou section du rapport de l'organe d'administration ou de direction à l'intention des associés) et 1025-8, paragraphe 1<sup>er</sup>, dernier alinéa (état comptable intermédiaire). La lecture de tous ces articles laisse planer des doutes quant à la portée des exemptions documentaires, et en particulier :

- en ce qui concerne les documents visés par l'article 1025-8, paragraphe 1<sup>er</sup>, premier alinéa, points 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, est-ce qu'il pourrait être dérogé à l'obligation de leur mise à disposition au siège social et sur quelle base ? Comme indiqué ci-dessus, une modification du texte de la loi est nécessaire afin de clarifier ce point ;
- si les documents visés par les articles 1025-7, paragraphe 5 (rapport de l'expert indépendant) et 1025-6, paragraphe 5 (rapport ou section du rapport de l'organe d'administration ou de direction à l'intention des associés) ont été préparés et sont devenus disponibles aux associés selon les articles précités, est-ce que leur mise à disposition, cette fois au siège social, serait toujours nécessaire selon l'article 1025-8 ?

La Chambre de Commerce souhaite encore soulever la difficulté rencontrée au cas où l'assemblée générale visée au paragraphe 1<sup>er</sup> n'aurait pas lieu et renvoie à son commentaire détaillé relatif au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1025-10 de la Loi de 1915 qui suivra. En outre, comme énoncé aux articles 1025-7, paragraphe 4, alinéa 2 et 1025-6, paragraphe 5, alinéa 2, une autre date est prévue au cas où l'assemblée générale de la société absorbante ne serait pas requise. Il convient donc de modifier légèrement l'article pour préciser que c'est parfois une autre date que la date de l'assemblée générale qui devra être prise en compte.

Enfin, et tout comme pour le régime national, la question portant sur les copies et le site internet, abordée *supra*, se posent également en l'occurrence. La Chambre de Commerce renvoie donc à son commentaire de l'article 1021-7, paragraphe 4 de la Loi de 1915 qui s'applique *mutatis mutandis*.

### **Concernant l'article 1025-9 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce souhaite proposer quelques modifications à apporter au présent article afin de clarifier que :

- paragraphe 1<sup>er</sup> : à l'instar des avis des travailleurs y étant indiqués, les rapports visés aux articles 1025-6 et 1025-7 peuvent également, dans certains cas prévus, ne pas devoir être établis ; par conséquent, il convient de déplacer les termes « le cas échéant » directement après la phrase « [A]près avoir pris connaissance » ; et

- paragraphe 3 : est visée ici l'assemblée générale de la société absorbante luxembourgeoise ; il faudrait donc le préciser dans le texte.

### **Concernant l'article 1025-10 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce marque en général son accord avec l'approche adoptée par les auteurs du Projet à l'égard de la protection des associés, car elle accommode les exigences de la Directive Mobilité avec le besoin d'éviter un prolongement important des délais et une complexification procédurale qui pourrait s'avérer nuisible à la mobilité transfrontalière des sociétés.

La Chambre de Commerce souhaite en outre proposer quelques modifications aux différents paragraphes de l'article en question, comme suit :

#### Propositions d'amendements au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1025-10 :

La Chambre de Commerce propose d'apporter quelques modifications d'ordre lexical pour répondre aux besoins d'une meilleure lisibilité (cf. amendements aux premier et deuxième alinéas du paragraphe 1<sup>er</sup>).

Il convient de relever que dans certains cas la Directive Mobilité n'a pas prévu de solution alternative pour les cas où l'assemblée générale de la société absorbante ne serait pas requise, ce qui laisse nécessairement des lacunes à combler. Hélas, le Projet n'aborde pas toujours ces cas d'absence d'assemblée générale, ce qui crée une insécurité juridique à laquelle il échet de remédier.

A titre d'exemple, et par application de l'article 126 de la Directive Sociétés Modifiée, l'article 1025-10, paragraphe 1<sup>er</sup>, quatrième alinéa, prévoit que l'opposition expresse au projet commun de fusion transfrontalière européenne et l'intention des associés d'exercer leur droit de céder leurs actions ou leurs parts sociales, doivent être déclarées au notaire lors de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9. Or, selon l'article 1025-9, paragraphe 3, l'assemblée générale pourrait ne pas se réunir. Si tel est le cas, la Chambre de Commerce s'interroge sur les modalités d'exercice de ce droit de retrait : à défaut d'assemblée, à quel moment l'opposition expresse au projet commun de fusion et la déclaration de l'intention des associés d'exercer leur droit de céder leurs titres doivent-elles s'effectuer ? Il en va de même concernant l'article 1025-10, paragraphe 1<sup>er</sup>, troisième alinéa, lequel ne tient pas compte du fait que l'assemblée générale de la société absorbante pourrait ne pas s'être réunie conformément à l'article 1025-9, paragraphe 3.

Dans le but de combler ce vide et pallier, par ce biais, cette incertitude juridique sur un aspect important de la procédure de fusion, il pourrait être proposé de suivre les indications contenues dans le commentaire de l'article 4 du Projet<sup>28</sup> et partant de se référer au droit commun des fusions tel qu'il résulte des articles 1020-1 à 1024-1 de Loi de 1915, aux fins de l'inclusion dans le Projet d'un renvoi exprès à ces dispositions.

Il semble donc opportun de procéder à un renvoi au régime général applicable aux fusions transfrontalières (ne tombant pas dans le champ d'application du régime issu de la transposition de la Directive Mobilité). Selon ce régime, et auquel cas on est en présence d'une fusion transfrontalière

---

<sup>28</sup> Voir commentaire de l'article 4 du Projet : « dès qu'une fusion transfrontalière tombera dans le champ d'application des articles 1025-1 et 1025-2 de la Loi de 1915, le régime plus strict des fusions transfrontalières européennes trouvera à s'appliquer et il ne sera nécessaire de recourir au régime des articles 1020-1 à 1024-1 de la Loi de 1915 que pour les aspects d'une fusion transfrontalière européenne qui ne sont pas explicitement régis par les articles 1025-1 à 1025-20 » ; l'article 1025-1, paragraphe 4, prévoit à son tour : « (4) Tous les aspects d'une fusion transfrontalière européenne qui ne font pas l'objet d'une disposition expresse dans la présente section seront régis par le régime général applicable aux fusions internes en vertu du titre X. ».



classique (à l'opposé d'une fusion simplifiée), il est possible de se passer de l'assemblée générale de la société absorbante si les conditions de l'article 1021-14 de la Loi de 1915 sont remplies<sup>29</sup>.

Dans ce cas, et considérant que (i) uniquement l'assemblée générale de la société absorbée aura lieu et (ii) le contrôle de légalité du notaire instrumentant s'effectuera nécessairement dans le cadre du projet commun de fusion notarié suivi du certificat notarié visé par l'article 1021-14, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915, la preuve de l'adoption des modalités de la fusion transfrontalière classique du régime général par les associés des sociétés luxembourgeoises concernées résulterait du certificat notarié susvisé.

Par application de la solution proposée ci-dessus dans le contexte d'une fusion transfrontalière européenne, lorsqu'il est renvoyé à la date de l'assemblée générale, il s'agirait alors de la date du certificat notarié (si la société absorbante est de droit luxembourgeois).

Alternativement, il pourrait être considéré de créer une nouvelle règle en la matière.

Indépendamment de la solution retenue, il apparaît désormais nécessaire d'aborder ce point explicitement dans la Loi de 1915, étant donné que la date de l'assemblée générale de la société absorbante demeure importante pour l'exercice du droit de retrait des associés minoritaires (cf. article 1025-10), la mise à disposition des documents préparatoires (cf. article 1025-8), le contrôle du notaire en vue de la délivrance du certificat préalable à la fusion (cf. article 1025-12, paragraphe 2, point 4°), l'approbation du projet commun de fusion (cf. article 1025-14, paragraphe 2) et l'opposabilité de la prise d'effet de la fusion aux tiers (cf. article 1025-15, paragraphe 3), afin de proposer une solution qui fonctionnerait pour tous les cas précités. Ceci permettrait de résoudre les difficultés d'interprétation rencontrées et faciliterait la compréhension de l'application des textes.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 2 et 3 de l'article 1025-10 :

La Chambre de Commerce souhaite s'attarder à deux sujets plus particulièrement i.e., l'identité des acquéreurs des titres ayant fait l'objet du droit de retrait et ensuite, les contours du socle des bénéficiaires de la soule en espèces supplémentaire.

#### *L'identité des acheteurs en cas d'exercice du droit de retrait*

La Directive Sociétés Modifiée est muette quant à l'identité des acheteurs en cas d'exercice du droit de retrait, alors que la proposition initiale de la Commission prévoyait que le rachat de la participation des associés minoritaires sortants pouvait être effectué tant par les sociétés qui fusionnent concernées, que par les associés restants des sociétés qui fusionnent concernées ou même des tiers en accord avec les sociétés qui fusionnent concernées.

Les auteurs du Projet quant à eux ont fait le choix de revenir aux dispositions de la proposition de la Commission laquelle clarifiait l'identité des acquéreurs en cas d'exercice du droit de retrait. La Chambre de Commerce marque son accord avec ce choix et suit les explications des auteurs du Projet<sup>30</sup>, mais elle considère qu'il convient de relativiser néanmoins l'utilité de la possibilité

<sup>29</sup> Plus particulièrement, l'article 1021-13 de la Loi de 1915 dispose que : « La fusion est réalisée lorsque sont intervenues les décisions concordantes prises au sein des sociétés en cause. » et l'article 1021-4, paragraphe 1<sup>er</sup> de la même loi dispose que : (1) La fusion n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication faite conformément aux dispositions du titre Ier, chapitre Vbis de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui approuve la fusion ou, en l'absence d'une telle assemblée, de la publication faite conformément aux dispositions du titre Ier, chapitre Vbis de la loi précitée du 19 décembre 2002 d'un certificat d'un notaire établi à la requête de la société concernée, constatant que les conditions de l'article 1023-2 ou de l'article 1023-4 sont remplies. ».

<sup>30</sup> Voir Commentaire des articles, ad article 1025-10 (ainsi que commentaire des articles, ad article 1034-10 et ad article 1062-9 respectivement pour les scissions et les transformations transfrontalières européennes) : « Cette solution particulièrement flexible se justifiait notamment en raison du fait que (i) la personne de l'acquéreur est sans importance pour l'associé minoritaire exerçant son droit de retrait et (ii) en faisant acquérir les actions par un tiers ou par un autre associé, on renforce la proportionnalité du droit de retrait à l'aune de la liberté d'établissement tout en limitant l'impact de l'opération sur le gage commun des créanciers de la société qui fusionne ».

d'acquisition des titres faisant l'objet du droit de retrait par des tiers, dans le cas où les statuts de la société dont les titres sont cédés ne prévoient pas que les cessions à des associés ou des tiers sont libres. Dans ce cas, il faudrait passer par des étapes supplémentaires pour respecter les clauses statutaires (par exemple faire agréer le cessionnaire) avec le risque d'un blocage ou de délais trop importants ; il s'agit donc d'une option d'une valeur ajoutée incertaine.

Enfin, le terme « les sociétés qui fusionnent concernées » ne permet pas de savoir avec certitude s'il l'on vise les sociétés parties à l'opération dont les titres font l'objet du droit de retrait ou bien toutes les sociétés parties à l'opération. Il s'agit, selon l'avis de la Chambre de Commerce, du premier cas mais il conviendrait de le préciser dans le texte.

#### Les bénéficiaires de la soulte en espèces supplémentaire

Par son article 126 bis, paragraphe (4), la Directive Sociétés Modifiée permet aux associés de contester le montant de la soulte et d'obtenir, le cas échéant, une soulte complémentaire, et prévoit à cet effet une option laissée aux Etats membres leur permettant de « *prévoir que la décision finale relative à la soulte en espèces supplémentaire est valable pour tous les associés de la société qui fusionne concernée qui ont fait part de leur décision d'exercer leur droit de céder leurs actions.* ».

D'après le commentaire des auteurs du Projet, il a été décidé de ne pas exercer cette option<sup>31</sup>.

Alors que la Chambre de Commerce est d'accord avec le choix des auteurs, il n'en reste pas moins que, ne pas transposer cette option tend à permettre de créer une disparité entre les associés (ceux qui bénéficieront de la soulte supplémentaire car ils auront gagné leur action judiciaire et ceux qui n'en bénéficieront pas parce qu'ils n'auront pas entamé d'action judiciaire) alors que ces associés sont potentiellement dans une situation juridique identique ou similaire au sein de la société concernée. Elle s'interroge par conséquent quant à cette situation pourrait donner lieu à des contentieux ultérieurs, potentiellement défavorables à la sécurité juridique de l'opération transfrontalière.

Enfin, la Chambre de Commerce est d'accord avec le choix des auteurs qu'ils n'ont pas fait usage de la possibilité laissée par l'article 126 bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la Directive Sociétés Modifiée d'étendre le droit de retrait au-delà des seules actions assorties d'un droit de vote. Néanmoins, s'il est toujours loisible aux parties d'y déroger par une disposition statutaire ou au moyen d'un pacte extrastatutaire (selon les propos des auteurs du Projet), il conviendrait d'indiquer une telle possibilité de dérogation expressément dans l'article de la Loi de 1915 en question.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 4 et 5 de l'article 1025-10 :

Comme énoncé précédemment, il convient de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable afin de faciliter la compréhension du lecteur.

En outre, selon le commentaire du Projet, « [...] *compte tenu du fait que le 37e considérant, deuxième phrase de la Directive Mobilité prévoit que « [I]es États membres devraient être en mesure de préciser les conséquences sur la délivrance du certificat préalable à l'opération que les procédures engagées par des associés et des créanciers conformément à la présente directive pourraient avoir », il a été jugé utile de préciser que l'introduction d'une telle réclamation était dénuée d'effet suspensif et ce, afin d'éviter de donner un moyen de blocage disproportionné aux associés*

<sup>31</sup> Voir Commentaires des articles, ad article 1025-10, ad article 1034-10 et ad article 1062-9) : « il est en effet indispensable de limiter autant que possible les incertitudes que ferait planer un tel risque de contestation sur les sociétés impliquées. Ce même objectif explique également pourquoi il a été choisi de ne pas assortir la décision sur le caractère adéquat de la soulte en espèces d'un effet *erga omnes* ».

minoritaires. ». La Chambre de Commerce marque son accord avec ce choix, mais propose de le préciser aussi expressément dans le texte pour éviter tout doute.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aurait la teneur suivante :

« Art. 1025-10. Protection des associés

(1) Les associés des sociétés qui fusionnent qui ont voté contre l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière européenne **disposent d'un droit de retrait en vertu duquel ils** ont le droit de céder leurs actions ou parts sociales, à l'exclusion des actions sans droit de vote, en contrepartie d'une soulte en espèces adéquate versée dans les conditions prévues aux paragraphes 2 à 5 du présent article, à condition qu'à la suite de la fusion, ils acquièrent des actions ou des parts sociales dans la société issue de la fusion transfrontalière européenne qui seraient régies par le droit d'un autre État membre que celui de la société qui fusionne.

Une cession conformément à l'alinéa 1er devra nécessairement porter sur l'intégralité des actions ou parts sociales détenues par l'associé sortant au jour de la publication du projet de fusion transfrontalière européenne conformément à l'article 1025-5, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par une mention expresse dans le projet **commun de fusion transfrontalière européenne** visé à l'article 1025-4 ou que les actions en question ne soient détenues par un teneur de comptes, le cas échéant étranger, au sens de la loi modifiée du 1er août 2001 concernant la circulation des titres. [...]

(2) La soulte en espèces mentionnée dans le projet commun de fusion transfrontalière européenne doit être versée dans un délai de deux mois après la prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne conformément à l'article 1025-15.

La soulte en espèces pourra être versée et l'acquisition **des titres représentatifs du capital social objets du droit de retrait** effectuée par :

- 1° les sociétés qui fusionnent concernées ;
- 2° les associés restants des sociétés qui fusionnent concernées ;
- 3° les tiers en accord avec les sociétés qui fusionnent concernées.

[...]

(4) Le droit **luxembourgeois de l'État membre** auquel est subordonnée une société **luxembourgeoise** qui fusionne régit les droits visés aux paragraphes 1 à 3 et la compétence exclusive pour régler d'éventuels litiges relatifs à ces droits est attribuée **au Luxembourg à cet État membre**.

(5) Les associés des sociétés **luxembourgeoises** qui fusionnent qui n'ont pas eu ou n'ont pas exercé le droit de céder leurs actions ou leurs parts sociales mais qui considèrent que le rapport d'échange figurant dans le projet commun de fusion transfrontalière européenne est insuffisant peuvent contester ledit rapport et réclamer une soulte en espèces. Cette procédure est intentée auprès du magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société qui fusionne a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, dans un délai d'un mois à compter de la date de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9. Cette procédure **n'aura pas d'effet suspensif sur l'opération en cours et** n'empêche pas l'enregistrement de la fusion transfrontalière européenne. La décision est contraignante pour la société issue de la fusion transfrontalière européenne. [...] ».

## Concernant l'article 1025-11 de la Loi de 1915

Comme énoncé précédemment au sujet de l'article 1021-9 de la Loi de 1915, il convient de préciser que le régime de protection des créanciers en cas de fusion transfrontalière est uniquement à disposition des créanciers de la société luxembourgeoise par le fait de l'application distributive des législations nationales en cas de fusion transfrontalière. Le début du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article

pourrait donc être modifié comme suit : « (1) Les créanciers **de la société luxembourgeoise partie à la fusion transfrontalière européenne** dont les créances [...] ». Il est également proposé d'indiquer qu'il est prévu de saisir le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société **luxembourgeoise** débitrice a son siège social et que c'est la société **luxembourgeoise** débitrice qui peut écarter cette demande en payant le créancier.

Quant au paragraphe 3 dudit article, la Chambre de Commerce s'interroge sur la teneur exacte de ce paragraphe et partant sur le droit luxembourgeois applicable lorsque la société partie à la fusion est de droit luxembourgeois. Elle s'interroge à ce titre s'il ne conviendrait pas de préciser les règles applicables ou d'opérer simplement un renvoi à des règles existantes, selon ce qui le plus approprié.

La Chambre de Commerce se félicite par ailleurs de l'effet non suspensif prévu, dans le silence de la Directive Mobilité<sup>32</sup>.

### **Concernant l'article 1025-12 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce souhaite soulever une série des points qu'il conviendrait d'aborder afin de clarifier plus avant la teneur de l'article en question et de transposer de manière cohérente la Directive Mobilité.

A l'exception de ce qui sera précisé plus bas, le reste des modifications proposées tiennent à rester au plus près du texte de la Directive Mobilité et à en faire application.

#### **Propositions d'amendements aux paragraphes 1 et 2 de l'article 1025-12 :**

Comme énoncé précédemment, il convient de faire application de la Directive Mobilité et partant préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable afin de faciliter la compréhension du lecteur.

Il convient de se référer quant au point 4<sup>o</sup> du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article aux commentaires de la Chambre de Commerce relatifs à la problématique ayant trait aux conséquences de l'absence d'assemblée générale tels qu'exposés en relation avec l'article 1025-10.

Il semble en outre opportun de transposer l'article 127, paragraphe (3), lettre c) et dernier alinéa de la Directive Sociétés Modifiée, exerçant ainsi l'option laissée aux Etats membres. Au vu de la portée du contrôle en vue de la délivrance du certificat préalable à la fusion, le notaire aura très probablement recours aux attestations visées par l'article 1100-1, paragraphe 2 de la Loi de 1915 en cas de dissolution-confusion par réunion de toutes les parts en une seule main.

Les auteurs du Projet indiquent par ailleurs<sup>33</sup> :

*« Dans le cas d'une société en situation de difficultés financières, on peut également envisager que le notaire prenne contact avec (i) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale, (ii) l'Administration des contributions directes ou encore (iii) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, de manière similaire à ce qui se passe en cas de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main en vertu de l'article 1100- 1, paragraphe 2 de la Loi de 1915. ».*

<sup>32</sup> Cette précision est d'autant plus importante que dans certains pays, l'effet de la fusion est actuellement conditionné au désintéressement des créanciers ou l'obtention de garanties. Il reste à voir comment les autres Etats membres transposeront la Directive Mobilité sur ce point et quelles seront éventuellement les conséquences sur la durée globale de l'opération.

<sup>33</sup> Voir Commentaire des articles, ad article 1025-12.

La Chambre de Commerce considère qu'une telle approche serait plus conforme à la volonté du législateur européen<sup>34</sup>.

Propositions d'amendements aux paragraphes 4 et 5 de l'article 1025-12 :

La Chambre de Commerce comprend que le Projet s'est attaché aux aspects de droit des sociétés uniquement. Il est ainsi fait usage des termes « En ce qui concerne le respect des règles relatives à la participation des travailleurs prévues par le Code du travail », ou encore, « la législation applicable en droit du travail » ou « un régime de participation des travailleurs conformément au Code du travail », qui ne permettent au lecteur d'identifier précisément à quels textes ou à quelles règles il convient de se référer plus spécifiquement. Dans un souci de faciliter la lecture, il conviendrait toutefois de préciser les textes du Code du travail auxquels il est fait référence.

Propositions d'amendements aux paragraphes 6, 9 et 10 de l'article 1025-12 :

Les précisions lexicales proposées reflètent qu'il est de l'intérêt des entreprises que tous ces délais relatifs à la procédure de délivrance du certificat soient raccourcis au maximum et que toute prolongation de ceux-ci soient raisonnables. Dans le même souci de rapidité, il conviendrait le cas échéant d'envisager de faire courir le délai de trois mois lié au certificat préalable à l'opération avant la tenue de l'assemblée générale ; l'autorité compétente pourrait ainsi délivrer le certificat sous réserve de l'approbation de l'opération par l'assemblée générale dans les mêmes termes que ceux qui lui ont été présentés. Toutefois, il conviendrait de s'assurer au préalable qu'une telle transposition est compatible avec la Directive Mobilité qui prévoit expressément que le délai de trois mois court « à compter de la date de réception des documents et informations concernant l'approbation de la fusion transfrontalière par l'assemblée générale de la société qui fusionne »<sup>35</sup>.

Propositions d'amendements au paragraphe 7 de l'article 1025-12 :

A cet égard, il convient de renvoyer au commentaire général relatif au rôle du notaire (cf. « A.- Commentaires généraux »).

Propositions d'amendements aux paragraphes 11 et 13 de l'article 1025-12 :

Dans le cadre de l'émission du certificat préalable, la Directive Mobilité<sup>36</sup> prévoit qu'aux fins de l'évaluation, l'autorité compétente peut avoir recours à un expert indépendant, sans préciser qui devrait supporter les coûts de cette expertise ou dans quelles conditions ce recours pourra avoir lieu. Le Projet à son tour prévoit que le notaire pourrait unilatéralement décider d'avoir recours aux services d'un expert indépendant de son choix aux frais de la société qui fusionne.

La Chambre de Commerce suit les explications des auteurs du Projet, elle considère cependant que la disposition actuellement proposée devrait être revue et amendée.

Il est certes louable que le notaire n'hésite point à s'adjoindre les services d'un expert dans le cadre de sa mission de contrôle. Toutefois, l'article prévoit que le notaire est habilité à recourir aux services d'un ou plusieurs experts sans l'accord ou l'information de la société sur le principe de l'expertise ou même ses coûts (qui pourraient s'avérer exorbitants pour la société).

Il faudrait ainsi s'assurer que les coûts demeurent prévisibles pour les sociétés concernées et que celles-ci soient également impliquées convenablement dans la procédure, étant donné

<sup>34</sup> Cf. considérant 35e de la Directive Mobilité.

<sup>35</sup> Texte surligné par la Chambre de Commerce.

<sup>36</sup> Cf. article 127, paragraphe (12) de la Directive Sociétés Modifiée.

qu'elles en subiront les coûts. Il convient d'éviter des situations où la société se verrait imposer, sans information ou consultation préalable, des coûts qu'elle ne pourrait pas supporter.

Au vu de ce qui précède, la Chambre de Commerce propose de prévoir des modalités précises impliquant l'information préalable de la société concernée, la possibilité pour cette dernière de choisir l'expert indépendant d'un commun accord avec le notaire en fonction notamment du coût ou de valider le coût qui résultera de l'expertise, ou alternativement prévoir une procédure selon laquelle la mission de l'expert serait désignée avec précision et la société recevrait un devis concernant les coûts de la mission en question.

De surcroît, au vu de la responsabilité du notaire prévue uniquement pour faute grave en vertu du paragraphe 14, il se pose la question de savoir si la société aura le droit de se retourner contre le notaire ayant décidé unilatéralement d'engager les services d'un expert dont les coûts ne pourront pas être couverts par la société (pouvant aller même jusqu'à la renonciation par la société à son projet de fusion).

Dans ces circonstances et pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce propose de se pencher davantage sur cette disposition, le but devant demeurer un contrôle efficace sans aucune charge disproportionnée pour les sociétés impliquées. Elle considère qu'un tel but s'inscrirait parfaitement dans l'approche générale des auteurs, telle qu'exposé précédemment.

Pour le surplus, la modification vise simplement à clarifier davantage ce qui est visé (il en va de même pour les modifications au paragraphe 13 de l'article).

#### Propositions d'amendements au paragraphe 14 de l'article 1025-12 :

A ce titre, il convient de se référer au commentaire général y afférent (cf. « A.- Commentaires généraux »).

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

*« Art. 1025-12. Certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne*

*(1) Le notaire est compétent pour contrôler la légalité des fusions transfrontalières européennes pour les parties de la procédure régies par le titre X, chapitre 2, section 5 **concernant la société luxembourgeoise qui fusionne** et pour délivrer un certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne attestant du respect de toutes les conditions pertinentes et de l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités au Grand-Duché de Luxembourg **pour la société luxembourgeoise qui fusionne**.*

*(2) La demande d'obtention du certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne adressée au notaire par la société **luxembourgeoise** qui fusionne est accompagnée\_:*

*1° du projet **commun** de fusion transfrontalière européenne ;*

*2° du rapport et de l'avis qui y est éventuellement annexé, visés à l'article 1025-6, ainsi que du rapport visé à l'article 1025-7, lorsqu'ils sont disponibles ;*

*3° de tout commentaire présenté conformément à l'article 1025-5, paragraphe 1er ;*

*4° des informations sur l'approbation de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9 ;*

***5° des informations relatives au respect des engagements de la société qui fusionne envers les organismes publics ; le notaire peut demander ces informations à d'autres autorités pertinentes, si elles ne leur ont pas été communiquées par la société qui fusionne**<sup>37</sup>.*

<sup>37</sup> Il pourrait être fait référence expresse aux attestations établies par le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

[...]

(6) Le contrôle visé au paragraphe 1er doit être effectué par le notaire dans un délai de trois mois à compter de la date de réception des documents et des informations concernant l'approbation de la fusion transfrontalière européenne par l'assemblée générale de la société qui fusionne. Ce contrôle doit donner l'un des résultats suivants\_:

1° lorsqu'il est déterminé que la fusion transfrontalière européenne remplit toutes les conditions applicables et que toutes les procédures et formalités nécessaires **prévues par le droit luxembourgeois** ont été accomplies, le notaire délivre le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne ;

2° lorsqu'il est déterminé que la fusion transfrontalière européenne ne remplit pas toutes les conditions applicables ou que toutes les procédures et formalités nécessaires prévues par le droit luxembourgeois n'ont pas été accomplies, le notaire ne délivre pas le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne et informe la société des motifs de sa décision; dans ce cas, le notaire peut donner à la société la possibilité de remplir les conditions en question ou d'accomplir les procédures et formalités dans un délai **le plus bref possible approprié aux circonstances et n'excédant pas trois mois.**

(7) Le notaire ne délivre pas de certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne s'il **est déterminé constate**, conformément au droit national **luxembourgeois** et après avoir accompli les diligences normales, **que la** ~~qu'une~~ fusion transfrontalière européenne est manifestement réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles.

[...]

(9) Lorsqu'il est nécessaire, aux fins de l'évaluation visée aux paragraphes 7 et 8, de tenir compte d'informations supplémentaires ou de mener des activités d'enquête supplémentaires, le délai de trois mois visé au paragraphe 6 peut être prolongé **pour une durée raisonnable en fonction des circonstances et qui ne saurait être supérieure à de** ~~trois mois~~ **au maximum.**

(10) Si, en raison de la complexité de la procédure transfrontalière, il n'est pas possible de réaliser l'évaluation dans les délais prévus aux paragraphes 6 et 9, le demandeur est informé **par le notaire** des raisons de tout retard éventuel **dans les plus brefs délais et dans tous les cas** avant l'expiration de ces délais.

(11) S'il le juge opportun, le notaire pourra consulter d'autres autorités pertinentes qui sont qualifiées dans les différents domaines concernés par la fusion transfrontalière européenne, y compris les autorités de l'État membre de la société issue de la fusion, et obtenir de ces autorités et de la société **luxembourgeoise** qui fusionne les informations et documents nécessaires pour effectuer le contrôle de la légalité de la fusion transfrontalière européenne, dans le cadre procédural fixé par le droit national. Aux fins de l'évaluation, le notaire pourra avoir recours aux services d'un expert indépendant de son choix aux frais de la société **luxembourgeoise** qui fusionne.

[...]

(13) La société **luxembourgeoise** concernée peut former un recours contre cette décision de refus du notaire d'émettre le certificat préalable à la fusion au motif que la fusion transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles devant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société qui fusionne a son siège social, siégeant en matière commerciale dans un délai de huit jours suivant la notification **par le notaire** de la décision de refus. [...]

### Concernant l'article 1025-13 de la Loi de 1915

L'article 127 bis de la Directive Sociétés Modifiée prévoit que le certificat préalable doit être transmis à l'autorité compétente pour réaliser le contrôle de légalité et ce, via le système d'interconnexion des registres. Or, le nouvel article 1025-13 ne reflète pas cette étape. Il convient donc de remédier à cette omission en ajoutant la phrase « *afin d'être partagé avec les autorités compétentes en charge du contrôle de légalité de la fusion* » directement avant la fin de chacun des deux paragraphes de l'article en question.

### Concernant l'article 1025-14 de la Loi de 1915

Concernant le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire de l'article 1025-12 ci-avant qui s'applique ici également quant aux références au Code du travail ou au droit du travail.

Quant au paragraphe 2, il convient de prévoir dans le texte comment est prise la décision d'approuver le projet commun de fusion lorsque l'assemblée générale de la société luxembourgeoise n'est pas requise. L'article 1025-14, paragraphe 2 prévoit que cette décision sera prise « conformément au droit national » mais le Projet n'a rien précisé en la matière. A ce titre, il convient de se référer au commentaire de l'article 1025-10 ci-avant.

Les modifications proposées aux paragraphes 3, 4 et 5 ont pour but (i) de corriger une erreur matérielle et, (ii) de rester au plus près de la rédaction de l'article 128, paragraphe (4) de la Directive Sociétés Modifiée. La modification apportée au paragraphe 5 vise à cibler les sociétés auxquelles cette obligation trouve à s'appliquer, à savoir les sociétés relevant de l'Etat membre dont le certificat préalable est issu. Ainsi :

« [...] »

(3) *Toute demande aux fins du paragraphe 1er faite par l'une des sociétés qui fusionnent, y compris la communication de toute information et de tout document, peut se faire entièrement en ligne sdans qu'il ne soit nécessaire que les demandeurs se présentent en personne devant notaire, conformément aux dispositions pertinentes de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.*

(4) *Le notaire émet son certificat de légalité constate sans délai dès qu'il a déterminé que toutes les conditions applicables à la fusion transfrontalière européenne ont été remplies.*

(5) *Le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne est accepté par le notaire en tant que preuve concluante de l'accomplissement correct des procédures et formalités préalables à la fusion transfrontalière européenne applicables dans l'Etat membre dont le certificat est issu, sans lesquelles la fusion transfrontalière européenne ne peut pas être approuvée. Toutefois, en cas d'erreur manifeste, le notaire pourra refuser le certificat préalable et imposer aux sociétés qui fusionnent de l'Etat membre dont le certificat est issu de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante. ».*

### Concernant l'article 1025-15 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce propose d'apporter certains amendements aux trois premiers paragraphes de l'article qui visent à rester au plus près du texte de l'article 129 de la Directive Sociétés Modifiée que le Projet transpose en l'occurrence. Ils visent aussi à transposer les dispositions de la Directive Mobilité lorsque cela n'a pas été fait de manière complète.



A l'instar du commentaire de l'article 1025-10 concernant la problématique de la dispense de l'assemblée générale de la société absorbante et ses conséquences sur d'autres aspects de l'opération, la Chambre de Commerce souhaite réitérer qu'une solution devrait être inscrite explicitement dans la loi.

En particulier, en ce qui concerne la date à laquelle l'opération transfrontalière européenne prend effet, une rédaction très précise sur ce sujet est nécessaire d'autant plus que la Directive Mobilité laisse aux Etats membres le soin de préciser la date d'effet de l'opération transfrontalière en précisant que cette date est nécessairement postérieure au contrôle de légalité et, pour les scissions transfrontalières, également postérieure aux notifications par les registres.

Les auteurs du Projet ont certes décidé de reproduire partiellement l'article 1021-14, paragraphe 1<sup>er</sup> <sup>38</sup> pour prévoir l'opposabilité de la prise d'effet de l'opération aux tiers à compter de la publication du procès-verbal de l'absorbante, toutefois sans prévoir une solution quelconque pour le cas où cette assemblée n'aurait pas lieu. Comme analysé au sein de l'article 1025-10, il conviendrait d'indiquer précisément à partir de quel moment la date d'effet de l'opération sera opposable aux tiers.

Il conviendrait également d'indiquer très précisément que l'opération ne peut pas prendre effet avant la réalisation du contrôle de légalité.

Par conséquent, il est proposé de compléter la rédaction de cet article comme suit, pour une meilleure compréhension :

« Art. 1025-15. Date à laquelle la fusion transfrontalière européenne prend effet

(1) *La date de prise d'effet d'une fusion transfrontalière européenne est déterminée par la législation de l'Etat membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière européenne ; **elle doit être postérieure à l'exécution du contrôle de légalité.***

(2) *Entre **les parties**, la fusion transfrontalière européenne, **lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise**, est réalisée dès que le notaire **a réalisé le** constate l'opération à la suite du **de légalité** visé à l'article 1025-14 **et émis son certificat de légalité.***

(3) *La prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne, **lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise**, n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication conformément aux dispositions du titre 1er, chapitre Vbis de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises du procès-verbal de l'assemblée générale de la société **de droit luxembourgeois** issue de la fusion transfrontalière européenne. **Cette date doit être postérieure à l'accomplissement du contrôle de légalité.** ».*

#### **Concernant l'article 1025-16 de la Loi de 1915**

Le Projet étant silencieux en ce qui concerne l'utilisation du système d'interconnexion des registres prévue par l'article 130, paragraphe (3) de la Directive Sociétés Modifiée pour les besoins de la notification de la réalisation de la fusion, il est renvoyé à ce titre aux commentaires relatifs à l'article 1025-5 de la Loi de 1915 ci-avant.

<sup>38</sup> Contrairement à ce qu'indique le commentaire des auteurs du Projet, la solution ne correspond pas à l'article 1021-13 (entre parties) mais plutôt à l'article 1021-14.

### **Concernant l'article 1025-18 de la Loi de 1915**

Il est indiqué que la date de départ pour le calcul de la période d'un mois prévue pour la mise à disposition des documents préparatoires est la date de la prise de la décision de fusion conformément au droit national, si l'assemblée générale de la société absorbante n'est pas requise. Selon le commentaire du paragraphe 3, la date de la prise de la *décision de fusion conformément au droit national* correspondrait à la date de toute autre décision de fusionner. Or, il convient de rappeler que selon le régime général qui trouvera à s'appliquer en l'occurrence, faute de règles spécifiques, la solution est différente : conformément au régime modifié des articles 1023-1 et suivants applicable désormais aux fusions domestiques et transfrontalières simplifiées (lequel sera applicable aussi en l'occurrence faute de règles précises), l'assemblée générale de l'absorbée n'est pas requise et il est loisible de se passer, sous conditions, de l'assemblée générale de l'absorbante aussi. Si tel est le cas, l'article 1021-14, paragraphe 2 s'applique et le notaire dresse un certificat qui atteste de la réalisation de la fusion simplifiée. Est-ce que la disposition en question vise ce certificat, et en particulier la date de ce certificat ? Il convient de clarifier ce point dans le texte de la Loi de 1915.

De plus, il est renvoyé au commentaire ci-dessus relatif à l'article 1023-1, alinéa 1<sup>er</sup>. Bien que cela ne soit pas expressément indiqué, la Chambre de Commerce présume que l'intention de la Directive Mobilité est de permettre l'application du régime simplifié lorsque les associés détiennent dans la même proportion les sociétés fusionnantes.

### **Concernant l'article 1025-19 de la Loi de 1915**

Selon le Projet, la responsabilité des membres des organes d'administration ou de direction peut être recherchée, alors que la Directive Sociétés Modifiée ne le prévoit point. Ainsi, et dans la mesure où cette responsabilité existe déjà pour les opérations réalisées dans l'ordre interne, il semble que le Projet va au-delà de la Directive Mobilité en la matière et que ces dispositions, qui relèvent du droit commun de la responsabilité, devraient être supprimées de ces articles.

S'il est décidé de maintenir la disposition en question, et afin de dissiper tout doute, il convient d'amender l'article pour indiquer qu'il ne vise que la responsabilité des membres des organes d'administration ou de direction de la société de droit luxembourgeois et que ce sont les associés de la société absorbée de droit luxembourgeois qui peuvent initier cette action en responsabilité et ce, contre les membres des organes d'administration ou de direction de ladite société.

#### **4. Le régime général des scissions domestiques et transfrontalières (articles 20 à 29 du Projet)**

A titre liminaire, la Chambre de Commerce tient à réitérer son commentaire concernant l'article 1031-16, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915 qu'elle avait inclus dans son avis en date du 27 juin 2022 relatif au projet de loi n°8007<sup>39</sup>.

#### **5. Le régime spécial des scissions transfrontalières européennes (article 30 du Projet)**

##### **Concernant l'article 1034-1 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce souhaite proposer quelques modifications aux paragraphes 1, 2 et 3 de ce nouvel article, comme suit :

Quant au paragraphe 1<sup>er</sup>, la Chambre de Commerce propose les modifications ci-après :

---

<sup>39</sup> [Lien vers le texte de l'avis de la Chambre de Commerce en date du 27 juin 2022.](#)

« La présente section s'applique aux scissions impliquant une société anonyme, une société à responsabilité limitée ou une société en commandite par actions de droit luxembourgeois et au moins une société visée à l'annexe II de la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, constituée en conformité avec la législation ~~d'un autre État membre~~ et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement au sein d'un autre État membre. Ces scissions sont dénommées ci-après « scissions transfrontalières européennes ».

En effet, la Directive Sociétés Modifiée ne requiert *a minima* l'implication que de deux sociétés soumises au droit d'Etat membre différent alors que la rédaction actuelle peut suggérer l'implication de trois Etats membres différents. Une alternative serait de remplacer la phrase « au sein d'un autre État membre » surlignée ci-dessus par la phrase « à l'intérieur de l'Union ».

Quant au paragraphe 2, point 3° de l'article, il convient également de reprendre les définitions de la Directive Sociétés Modifiée (cf. article 60 ter), et plus particulièrement la définition du terme de « société bénéficiaire », et l'employer en l'occurrence pour plus de sécurité juridique, comme suit : « 3° aux scissions transfrontalières européennes par séparation lors desquelles une société scindée transfère une partie de son patrimoine, actif et passif, à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires **nouvellement constituées au cours de l'opération** moyennant l'attribution à la société scindée de titres ou de parts sociales dans les sociétés bénéficiaires. ».

Enfin, il convient de relever que le commentaire de l'article fait référence à deux reprises à l'article 160 ter, point 4), lettre a) de la Directive Sociétés Modifiée, alors qu'il s'agit plutôt de la lettre b) dudit article concernant la scission partielle.

### **Concernant l'article 1034-2, paragraphe (1) de la Loi de 1915**

Selon les précisions contenues dans cet article, les sociétés européennes (SE) devraient être exclues du champ d'application du régime des scissions transfrontalières européennes issu de la Directive Sociétés Modifiée. La Chambre de Commerce comprend que le but de cette exclusion n'est pas de priver la SE de la possibilité de participer à une opération transfrontalière mais plutôt de cantonner le régime juridique issue de la transposition de la Directive Sociétés Modifiée aux seules formes sociétaires visées à l'annexe II. Or, il convient de relever que la SE n'est pas actuellement exclue de l'application du régime des fusions transfrontalières européennes.

En effet, le Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) (le « **Règlement SE** ») régit :

- les opérations de fusions intracommunautaires donnant lieu à la création d'une société européenne (SE), et
- les transferts de siège intracommunautaires d'une société européenne (SE),

ces deux opérations devant donc être exclues du champ d'application du Projet.

Quant aux matières qui ne sont pas réglées par le Règlement SE, ce dernier assimile la société européenne (SE) à une société anonyme<sup>40</sup>. En l'occurrence, il convient de noter que le

<sup>40</sup> Voir article 9 du Règlement SE : 1. La SE est régie:

a) par les dispositions du présent règlement;

b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE, ou

c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par:

i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE;

ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire;

Règlement SE ne contient aucune disposition spécifique sur la réalisation d'une fusion transfrontalière par une société européenne (SE), ou même la réalisation d'une scission transfrontalière par une société européenne (SE).

Par conséquent, une société européenne (SE) immatriculée au Grand-Duché de Luxembourg doit pouvoir, en cours de vie sociale,

- (i) être partie à une scission transfrontalière ou à une fusion transfrontalière sans création de société européenne (SE) et ce,
- (ii) soit, dans les mêmes conditions que celles applicables à une société anonyme (à savoir, une scission ou une fusion transfrontalière européenne) soit, selon le régime général applicable aux opérations transfrontalières.

Il conviendrait donc d'amender le Projet afin d'appliquer la même solution législative tant pour les fusions sans création de société européenne (SE) que pour les scissions impliquant une société européenne (SE) immatriculée au Grand-Duché de Luxembourg.

### **Concernant l'article 1034-3, paragraphe 2 de la Loi de 1915**

Il convient d'apporter une précision mineure en reprenant les définitions de la Directive Mobilité (cf. article 160 ter de la Directive Sociétés Modifiée), et plus particulièrement la définition du terme de « société bénéficiaire », et l'employer en l'occurrence pour faciliter le travail de lecture et pour plus de sécurité juridique, comme suit : « (2) *Lorsqu'une société **bénéficiaire** nouvellement constituée au cours de la scission transfrontalière européenne est soumise au droit luxembourgeois et doit être gérée selon un régime de participation des travailleurs conformément au Code du travail, cette dernière prend obligatoirement la forme d'une société anonyme.* ».

En outre, quant à la référence aux dispositions du Code du travail, il conviendrait de viser précisément les articles du Code du travail luxembourgeois concernés.

### **Concernant l'article 1034-4 de la Loi de 1915**

Concernant la forme du projet de scission transfrontalière européenne, face au silence de l'article 160 quinquies de la Directive, il a été jugé opportun de préciser que la seule exigence en la matière est que le projet soit rédigé par écrit ; comme indiqué par les auteurs du Projet dans leur commentaire pour le présent article, il s'ensuit que les parties pourront ainsi librement choisir entre un acte sous seing privé ou un acte notarié. Il est recommandé à ce titre d'inscrire cet élément expressément dans le texte du Projet, afin de dissiper tout doute en la matière car autrement, et selon l'article 1034-1, paragraphe (4) cet aspect devra être *a priori* régi par le droit commun, dont l'article 1031-13, paragraphe 1<sup>er</sup> selon lequel les procès-verbaux des assemblées générales qui décident la scission sont établis par acte notarié ; il en est de même du projet de scission lorsque la scission ne doit pas être approuvée par les assemblées générales de toutes les sociétés participant à la scission.

Du reste, il convient de préciser au premier alinéa qu'il est question ici du projet commun de scission établi par l'organe de direction ou d'administration de la société scindée **luxembourgeoise**.

Enfin, quant au point 18°, il est proposé – à l'instar du commentaire ci-dessus concernant le nouvel article 1025-4, point 15° – de retirer la référence à Etat membre « de départ » et modifier

---

iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire.  
2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I.  
3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. ».

l'article comme suit : « [...] reçue par la société scindée dans l'Etat membre **de départ dans lequel elle a son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement** [...] ».

#### Concernant l'article 1034-5 de la Loi de 1915

Il convient ici de clarifier qu'il s'agit de la société scindée de droit luxembourgeois, pour une meilleure compréhension du lecteur.

#### Concernant l'article 1034-6 de la Loi de 1915

Les modifications proposées ci-après visent simplement à rester au plus près du texte de la Directive. Ainsi :

« Art. 1034-6. Rapport de l'organe d'administration ou de direction aux associés et aux travailleurs  
(1) En cas de scission transfrontalière européenne, l'organe d'administration ou de direction de la société scindée établit un rapport à l'intention des associés et des travailleurs expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la scission transfrontalière européenne et expliquant les **conséquences implications** de cette scission transfrontalière européenne pour les travailleurs.

[...]

(10) Le présent article s'applique sans préjudice des droits et procédures d'information et de consultation **des travailleurs** applicables prévus au niveau national à la suite de la transposition des directives (CE) 2002/14 **du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne** et (CE) 2009/38 **du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (Refonte)**. ».

#### Concernant l'article 1034-7 de la Loi de 1915

Quant au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article, il convient de (i) corriger une erreur matérielle qui s'y était glissée et, (ii) préciser que l'exigence de choisir l'expert ou les experts parmi les réviseurs d'entreprises existe uniquement dès lors que la société relève du droit luxembourgeois.

Les nouveaux alinéas qu'il est proposé d'ajouter aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 ci-dessous visent à transposer l'article 160 univocies, §2 de la Directive, malgré le fait que le tableau des concordances dispose qu'il ne nécessite pas de transposition spécifique en droit national.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« Art. 1034-7. Rapport de l'expert indépendant  
(1) Un expert indépendant examine le projet de scission transfrontalière européenne et rédige un rapport à l'intention des associés. Ce rapport est mis à la disposition des associés au moins un mois avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 1034-9. Cet expert peut être une personne **physique ou morale, mais doit être choisi parmi les réviseurs d'entreprises dès lors que la société scindée est soumise au droit luxembourgeois**.

**L'expert, ou la personne morale pour le compte de laquelle l'expert travaille, doit être indépendant et n'avoir aucun conflit d'intérêts avec la société demandant le certificat préalable à la scission prévu à l'article 1034-12.**

(2) [...]

**L'avis de l'expert doit être impartial et objectif et doit être rendu dans le but d'aider le notaire conformément aux exigences d'indépendance et d'impartialité en vertu du droit et des normes professionnelles auxquelles l'expert est soumis. [...]** ».

### **Concernant l'article 1034-8 de la Loi de 1915**

Selon les auteurs du Projet, il est toujours possible que les associés renoncent à la mise à disposition des documents préparatoires au siège social, mais selon l'avis de la Chambre de Commerce, cette possibilité devrait être inscrite explicitement dans le texte de la Loi de 1915. Une modification du texte dans ce sens permettrait de mettre ce point au clair, même si la Directive Mobilité ne prévoyait pas cette mise à disposition car, à présent, seule la possibilité de renonciation à la préparation d'un état comptable intérimaire est prévue par cet article. De surcroît, il convient de considérer que la dispense de la mise à disposition de certains des documents préparatoires est déjà prévue en vertu des articles 1034-7, paragraphe 4 (rapport de l'expert indépendant) et 1034-6, paragraphe 7 (rapport ou section du rapport de l'organe d'administration ou de direction à l'intention des associés), et il ne ressort pas clairement qu'il pourrait être dérogé à l'obligation de la mise à disposition des autres documents cités dans le présent article (cf. les comptes annuels) ou si l'exonération de la mise à disposition spécialement au siège social vaut également pour les documents qui ont été préparés et sont devenus disponibles aux associés selon les articles précités.

Enfin, et tout comme pour le régime général, la question sur les copies et le site internet se posent également en l'occurrence. La Chambre de Commerce renvoie donc à son commentaire de l'article 1021-7, paragraphe 4 de la Loi de 1915 qui reste valable ici *mutatis mutandis*.

### **Concernant l'article 1034-9 de la Loi de 1915**

Quant au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient de préciser que les rapports visés aux articles 1034-6 et 1034-7 peuvent également, dans certains cas prévus, ne pas devoir être établis ; par conséquent, il convient de déplacer les termes « le cas échéant » directement après la phrase « Après avoir pris connaissance ».

Quant au paragraphe 2 de l'article, un renvoi aux textes applicables du Code du travail serait approprié<sup>41</sup>.

### **Concernant l'article 1034-10 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce marque en général son accord avec l'approche sur la protection des associés, telle que retenue par le Projet, car elle accommode les exigences de la Directive Mobilité avec le besoin d'éviter un prolongement important des délais et une complexification procédurale qui pourrait s'avérer nuisible à la mobilité transfrontalière des sociétés.

La Chambre de Commerce souhaite en outre proposer quelques modifications aux différents paragraphes de l'article sous avis.

La Chambre de Commerce propose tout d'abord d'apporter quelques modifications d'ordre lexical pour répondre aux besoins d'une meilleure lisibilité (cf. amendements aux premier et deuxième paragraphes de l'article 1025-10 qui s'appliquent également ici). Il conviendrait aussi de compléter la rédaction du premier paragraphe, deuxième alinéa avec le terme « commun » se rapportant au projet « commun » de scission.

---

<sup>41</sup> Il s'agit des textes de transposition de l'article 160 terdecies de la Directive Sociétés Modifiée (article 160 nonies § 2).

Comme énoncé précédemment, il convient de préciser au sein du paragraphe 5 qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable afin de faciliter la compréhension du lecteur.

En outre, selon le commentaire du Projet, « [...] compte tenu du fait que le 37e considérant, deuxième phrase de la Directive Mobilité prévoit que « [I]es États membres devraient être en mesure de préciser les conséquences sur la délivrance du certificat préalable à l'opération que les procédures engagées par des associés et des créanciers conformément à la présente directive pourraient avoir », il a été jugé utile de préciser que l'introduction d'une telle réclamation était dénuée d'effet suspensif et ce, afin d'éviter de donner un moyen de blocage disproportionné aux associés minoritaires. La Chambre de Commerce marque son accord avec ce choix, mais propose de le préciser aussi directement dans le texte pour éviter tout doute.

La Chambre de Commerce souhaite s'attarder à deux sujets plus particulièrement i.e., l'identité des acquéreurs des titres ayant fait l'objet du droit de retrait et ensuite, les contours du socle des bénéficiaires de la soulte en espèces supplémentaire. Il est renvoyé à cet effet aux commentaires de l'article 1025-10 qui s'appliquent *mutatis mutandis*.

#### **Concernant l'article 1034-11 de la Loi de 1915**

Comme énoncé précédemment au sujet de l'article 1021-9 de la Loi de 1915, et puis l'article 1025-11 de la même loi, il convient de préciser que ce régime de protection est uniquement à la disposition des créanciers de la société luxembourgeoise par le fait de l'application distributive des législations nationales en cas de scission transfrontalière. Par conséquent, il est renvoyé à la suggestion faite au sujet de l'article 1025-11, à adapter au contexte de la scission transfrontalière européenne.

Quant au reste, il est fait renvoi aux commentaires et propositions de la Chambre de Commerce au sujet de l'article 1025-11 qui trouvent à s'appliquer ici *mutatis mutandis*.

#### **Concernant l'article 1034-12 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce souhaite soulever une série des points qu'il conviendrait d'aborder afin de clarifier plus avant la teneur de l'article en question et de transposer de manière cohérente la Directive Mobilité.

A l'exception de ce qui sera précisé plus bas, le reste des modifications proposées tiennent à rester au plus près du texte de la Directive Mobilité et à en faire application.

#### **Propositions d'amendements aux paragraphes 1 et 2 de l'article 1034-12 :**

Comme énoncé précédemment, il convient de faire application de la Directive Mobilité et partant préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable afin de faciliter la compréhension du lecteur. Concernant le projet du nouvel article 1034-12, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Loi de 1915, la Chambre de Commerce propose les modifications suivantes : « *Le notaire est compétent pour contrôler la légalité des scissions transfrontalières européennes pour les parties de la procédure régies par le titre X, chapitre 3, section 4 et pour délivrer un certificat préalable à la scission transfrontalière européenne attestant du respect de toutes les conditions pertinentes et de l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités au Grand-Duché de Luxembourg si la société scindée est régie par le droit du Grand-Duché de Luxembourg.* ».

En effet, la Directive Mobilité ne requiert ce certificat préalable que de l'autorité compétente de l'Etat membre de la société scindée. Les modifications proposées à ce titre par la Chambre de Commerce ont vocation à préciser l'application de la règle à ce cas d'espèce uniquement.

Il semble en outre opportun de transposer l'article 160, paragraphe (3), lettre c) et dernier alinéa de la Directive, exerçant ainsi l'option laissée aux Etats membres. Au vu de la portée du contrôle en vue de la délivrance du certificat préalable à la scission, le notaire aura très probablement recours aux attestations visées par l'article 1100-1, paragraphe 2, de la Loi de 1915 en cas de dissolution-confusion par réunion de toutes les parts en une seule main.

Les auteurs du Projet indiquent par ailleurs<sup>42</sup> :

*« Dans le cas d'une société en situation de difficultés financières, on peut également envisager que le notaire prenne contact avec (i) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale, (ii) l'Administration des contributions directes ou encore (iii) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, de manière similaire à ce qui se passe en cas de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main en vertu de l'article 1100-1, paragraphe 2 de la Loi de 1915. ».*

La Chambre de Commerce considère qu'une telle approche serait davantage conforme à la volonté du législateur européen<sup>43</sup>.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 4 et 5 de l'article 1034-12 :

La Chambre de Commerce comprend que le Projet s'est attaché aux aspects de droit des sociétés uniquement, mais elle souhaite renvoyer à ce titre à son commentaire fait au sujet des paragraphes 4 et 5 de l'article 1025-12.

Quant au point 5° du paragraphe 5, cette rédaction est résolument trop large. La Directive Sociétés Modifiée ne vise que la participation des travailleurs dans les sociétés issues de la scission ; il faut donc viser ici les articles du droit du travail en lien avec la transposition de l'article 160 terdecies, paragraphes (3) et (4) de la Directive Sociétés Modifiée (cf. article 160 quaterdecies, paragraphe (6) b)).

La Directive Mobilité est plus précise en ce qu'elle vise l'article de la Directive Mobilité auquel il est renvoyé. Il convient de faire de même dans le cadre de la transposition.

Il conviendrait donc de viser précisément les articles du Code du travail luxembourgeois concernés.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 6,10, 11 et 13 de l'article 1034-12 :

Les amendements proposés visent simplement à clarifier qu'il s'agit à chaque instance d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois qui trouvera à s'appliquer.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 6 point 2° et 9 de l'article 1034-12 :

Pour les précisions lexicales proposées et la proposition de faire courir le délai de trois mois lié au certificat préalable à l'opération avant la tenue de l'assemblée générale, il convient de se référer aux propositions d'amendements aux paragraphes 6, 9 et 10 de l'article 1025-12.

<sup>42</sup> Voir Commentaires des articles, ad article 1034-12.

<sup>43</sup> Cf. le considérant 35 de la Directive Mobilité.



Propositions d'amendements au paragraphe 7 de l'article 1034-12 :

Il convient de se référer aux propositions d'amendements au paragraphe 7 de l'article 1025-12.

Propositions d'amendements au paragraphe 11 de l'article 1034-12 :

Dans le cadre de l'émission du certificat préalable, la Directive Mobilité<sup>44</sup> prévoit qu'aux fins de l'évaluation, l'autorité compétente peut avoir recours à un expert indépendant. Il n'est pas précisé qui supporte le coût de cet expert indépendant. Il convient de se référer aux propositions d'amendements au paragraphe 11 de l'article 1025-12.

Propositions d'amendements au paragraphe 14 de l'article 1034-12 :

A ce titre, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire général y afférent (cf. « A.-Commentaires généraux »).

*« Art. 1034-12. Certificat préalable à la scission transfrontalière européenne*

*(1) Le notaire est compétent pour contrôler la légalité des scissions transfrontalières européennes pour les parties de la procédure régies par le titre X, chapitre 3, section 4 et pour délivrer un certificat préalable à la scission transfrontalière européenne attestant du respect de toutes les conditions pertinentes et de l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités au Grand-Duché de Luxembourg **si la société scindée est régie par le droit du Grand-Duché de Luxembourg.***

*(2) La demande d'obtention du certificat préalable à la scission adressée au notaire par la société **luxembourgeoise** scindée est accompagnée :*

*1° du projet **commun** de scission transfrontalière européenne ;*

*2° du rapport et de l'avis qui y est éventuellement annexé, visés à l'article 1034-6, ainsi que du rapport visé à l'article 1034-7, lorsqu'ils sont disponibles ;*

*3° de tout commentaire présenté conformément à l'article 1034-5, paragraphe 1er ; 4° des informations sur l'approbation de l'assemblée générale visée à l'article 1034-9.*

***5° des informations relatives au respect des engagements de la société scindée envers les organismes publics ; le notaire peut demander ces informations à d'autres autorités pertinentes, si elles ne leur ont pas été communiquées par la société scindée<sup>45</sup>.***

*[...]*

*(6) Le contrôle visé au paragraphe 1er doit être effectué par le notaire dans un délai de trois mois à compter de la date de réception des documents et des informations concernant l'approbation de la scission transfrontalière européenne par l'assemblée générale de la société **luxembourgeoise** scindée. Ce contrôle doit donner l'un des résultats suivants\_:*

*1° lorsqu'il est déterminé que la scission transfrontalière européenne remplit toutes les conditions applicables et que toutes les procédures et formalités nécessaires **prévues par le droit luxembourgeois** ont été accomplies, le notaire délivre le certificat préalable à la scission transfrontalière européenne ;*

*2° lorsqu'il est déterminé que la scission transfrontalière européenne ne remplit pas toutes les conditions applicables ou que toutes les procédures et formalités **nécessaires prévues par le droit luxembourgeois** n'ont pas été accomplies, le notaire ne délivre pas le certificat préalable à la*

<sup>44</sup> Cf. article 160 quaterdecies, paragraphe (12) de la Directive.

<sup>45</sup> Il pourrait être fait référence expresse aux attestations établies par le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

scission et informe la société des motifs de sa décision; dans ce cas, le notaire peut donner à la société la possibilité de remplir les conditions en question ou d'accomplir les procédures et formalités dans un délai **le plus bref possible approprié aux circonstances et** n'excédant pas trois mois.

(7) Le notaire ne délivre pas de certificat préalable à la scission s'il **est déterminé constate**, conformément au droit national **luxembourgeois** et après avoir accompli les diligences normales, **que la qu'une** scission transfrontalière européenne est manifestement réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles.  
[...]

(9) Lorsqu'il est nécessaire, aux fins de l'évaluation visée aux paragraphes 7 et 8, de tenir compte d'informations supplémentaires ou de mener des activités d'enquête supplémentaires, le délai de trois mois visé au paragraphe 6 peut être prolongé **pour une durée raisonnable en fonction des circonstances et qui ne saurait être supérieure à de trois mois au maximum.**

(10) Si, en raison de la complexité de la procédure transfrontalière, il n'est pas possible de réaliser l'évaluation dans les délais prévus aux paragraphes 6 et 9, le demandeur est informé **par le notaire** des raisons de tout retard éventuel avant l'expiration de ces délais.

(11) S'il le juge opportun, le notaire pourra consulter d'autres autorités pertinentes qui sont qualifiées dans les différents domaines concernés par la scission transfrontalière européenne, y compris les autorités de l'État membre des sociétés bénéficiaires, et obtenir de ces autorités et de la société **luxembourgeoise** scindée, les informations et documents nécessaires pour effectuer le contrôle de la légalité de la scission transfrontalière européenne, dans le cadre procédural fixé par le droit national. Aux fins de l'évaluation, le notaire pourra avoir recours aux services d'un expert indépendant de son choix aux frais de la société **luxembourgeoise** scindée.  
[...]

(13) La société **luxembourgeoise** concernée peut former un recours contre cette décision de refus du notaire d'émettre le certificat préalable à la scission au motif que la scission transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société scindée a son siège social, siégeant en matière commerciale dans un délai de huit jours suivant la notification **par le notaire** de la décision de refus. [...].»

### **Concernant l'article 1034-13 de la Loi de 1915**

Le paragraphe 2 étant déjà mentionné au paragraphe 1<sup>e</sup> de l'article sous avis, il convient de le supprimer et par corollaire, rendre l'actuel paragraphe 1<sup>er</sup> le paragraphe unique de cet article.

L'article 160 quinquies de la Directive Sociétés Modifiée prévoit que le certificat préalable doit être transmis à l'autorité compétente pour réaliser le contrôle de légalité et ce, via le système d'interconnexion des registres. Or, le nouvel article 1034-13 ne reflète pas cette étape. Il convient donc de remédier à cette omission en ajoutant la phrase « afin d'être partagé avec les autorités compétentes en charge du contrôle de légalité de la scission » directement avant la phrase « selon les modalités prévues par règlement grand-ducal ».

### **Concernant l'article 1034-14 de la Loi de 1915**

Concernant le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire de l'article 1025-12 ci-avant qui s'applique ici également quant aux références au Code

du travail ou au droit du travail. En plus, la Directive Mobilité ne requiert ce certificat que de l'autorité compétente des Etats membres des sociétés bénéficiaires. Les modifications ci-après ont vocation à préciser l'application de la règle à ce cas d'espèce uniquement.

Les modifications proposées aux paragraphes 2, 4 et 5 ci-dessous ont pour but (i) de compléter le texte tel que transposé pour peu que la Directive Sociétés Modifiée ne contienne le terme « commun » après le terme « projet », (ii) de rester au plus près de la rédaction de l'article 160 sexdecies, paragraphe (4) de la Directive Sociétés Modifiée. La modification apportée au paragraphe 5 vise à cibler les sociétés auxquelles cette obligation trouve à s'appliquer, à savoir les sociétés relevant de l'Etat membre dont le certificat préalable est issu.

A l'exception de ce qui sera précisé ci-après, le reste des modifications que la Chambre de Commerce souhaite proposer tiennent à rester au plus près du texte de la Directive Mobilité et à en faire application.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aurait la teneur suivante :

« Art. 1034-14. *Contrôle de la légalité*

(1) *Le notaire est compétent pour contrôler la légalité de la scission transfrontalière européenne pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la scission transfrontalière européenne régie par le droit luxembourgeois et pour approuver la scission transfrontalière européenne si la ou l'une des sociétés bénéficiaires est régie par le droit du Grand-Duché de Luxembourg. Le notaire contrôle en particulier que la ou les sociétés bénéficiaires respectent les dispositions de droit luxembourgeois sur la constitution et l'immatriculation des sociétés et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément à la législation applicable en droit du travail.*

(2) *Aux fins du paragraphe 1er du présent article, la société scindée remet au notaire ainsi qu'à chaque autorité nationale compétente pour effectuer le contrôle de légalité le projet commun de scission transfrontalière européenne approuvé par l'assemblée générale visée à l'article 1034-9.*

(3) *Toute demande aux fins du paragraphe 1er faite par la société scindée, y compris la communication de toute information et de tout document, peut se faire entièrement en ligne ~~dsans~~ qu'il ne soit nécessaire que les demandeurs se présentent en personne devant notaire, conformément aux dispositions pertinentes de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.*

(4) *Le notaire émet le certificat de légalité constate sans délai de la scission transfrontalière européenne sans délai dès qu'il a déterminé que toutes les conditions applicables ont été remplies et que toutes les formalités ont été correctement accomplies.*

(5) *Le certificat préalable à la scission est accepté par le notaire en tant que preuve concluante de l'accomplissement correct des procédures et formalités préalables à la scission applicables dans l'Etat membre de la société scindée, sans lesquelles la scission transfrontalière européenne ne peut pas être approuvée. Toutefois, en cas d'erreur manifeste, le notaire pourra refuser le certificat préalable et imposer à la société scindée de l'Etat membre dont le certificat est issu de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante. ».*

### Concernant l'article 1034-15 de la Loi de 1915

Selon la chronologie des étapes de la scission transfrontalière européenne telle qu'elle figura dans la Directive Sociétés Modifiée, cet article devrait se trouver placé après l'article sur l'immatriculation (cf. article 1034-16 de la Loi de 1915).

En tout état de cause, la date de prise d'effet devra être postérieure à l'exécution du contrôle de légalité et à la réception de l'ensemble des notifications par les registres selon les termes de l'article 160 octodécies de la Directive Sociétés Modifiée. Or, il est encore nécessaire que le droit luxembourgeois détermine la date à laquelle la scission prend effet, comme ceci est exigé par l'article 160 octodécies de la Directive Sociétés Modifiée (et à l'instar de l'article 1025-15 de la Loi de 1915 examiné ci-avant). Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

*« Art. 1034-15. Date à laquelle la scission transfrontalière européenne prend effet*

*(1) La date de prise d'effet d'une scission transfrontalière européenne est déterminée par la législation de l'État membre de la société scindée ; **elle doit être postérieure à l'exécution du contrôle de légalité et à la réception de l'ensemble des notifications par les registres.***

*(2) **Entre les parties, la scission transfrontalière européenne, lorsque la société scindée relève de la législation luxembourgeoise, est réalisée dès que le notaire a réalisé le contrôle de légalité visé à l'article 1034-14 et émis son certificat de légalité et que les notifications visées par l'article 1034-16 ont été reçues par les registres.***

***La prise d'effet de la** scission transfrontalière européenne **est réalisée, lorsque la société scindée relève de la législation luxembourgeoise, n'est opposable aux tiers qu'à compter de** à la date de la publication de la réalisation de la scission transfrontalière européenne conformément aux dispositions du titre Ier, chapitre Vbis de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. ».*

### Concernant l'article 1034-16 de la Loi de 1915

Quant au paragraphe 4, il convient ici de renvoyer à l'article 1034-15 de la Loi de 1915, tel qu'il sera modifié, comme suit :

*« (4) Lorsque la société scindée est soumise au droit luxembourgeois, le registre de commerce et des sociétés notifie aux registres des États membres des sociétés bénéficiaires que la scission transfrontalière européenne a pris effet **conformément à l'article 1034-15.** ».*

### Concernant l'article 1034-17 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce propose d'apporter quelques modifications mineures au présent article afin de rester au plus près de la rédaction de la Directive Sociétés Modifiée. En particulier :

- quant au paragraphe 3, il convient de faire référence à « [U]ne scission **transfrontalière européenne** » ;
- quant au paragraphe 4, il convient d'ajouter le terme « commun » après le terme « projet », afin de se référer au projet commun de scission (correspondant à la terminologie employée par la Directive).

### **Concernant l'article 1034-19 de la Loi de 1915**

Les commentaires de la Chambre de Commerce faits dans le contexte du commentaire sur les fusions transfrontalières européennes<sup>46</sup> sont valables ici *mutatis mutandis*.

### **Concernant l'article 1034-20 de la Loi de 1915**

Il convient ici de corriger une erreur matérielle qui s'est glissée dans la rédaction de l'article.

« Art. 1034-20. Validité

*La nullité d'une scission transfrontalière européenne ayant pris effet conformément aux dispositions de la présente section 4 ne peut être prononcée. ».*

## **6. Le régime des transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalité dans un contexte transfrontalier (articles 31 à 34 du Projet)**

### **Concernant l'article 31 du Projet**

Concernant l'article 1040-1 et la modification y ayant été apportée, il convient simplement de mettre le terme « société » au pluriel, i.e. « aux sociétés s en commandite spéciales ».

### **Concernant l'article 34 du Projet**

La Chambre de Commerce s'interroge ici sur l'éventuel contresens entre le procédé de scission par séparation où une société scindée transfère une partie de ses éléments d'actif et de passif à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires moyennant l'attribution à la société scindée de titres ou d'actions dans les sociétés bénéficiaires et le transfert de l'intégralité du patrimoine, activement et passivement, par une société luxembourgeoise ; quand est-ce qu'un apport d'universalité pourrait en effet qualifier de scission par séparation ?

## **7. Le régime des « transformations transfrontalières » (article 37 du Projet)**

A titre liminaire, la Chambre de Commerce se propose d'exposer ses interrogations concernant l'usage des termes « transformations transfrontalières » dans le contexte du nouveau chapitre VI, avant de présenter ses commentaires et faire quelques suggestions à destination des auteurs du Projet, se rapportant aux articles de la Loi de 1915 que l'article 37 du Projet propose d'introduire.

### **a. Le régime général (articles 1061-1 à 1061-3 de la Loi de 1915)**

#### **L'usage du terme « transformations transfrontalières » au sein du régime général et du régime spécifique des transformations européennes issu de la transposition de la Directive**

Sur la base des enseignements des arrêts de la CJUE, le législateur européen a introduit par le biais de la Directive Mobilité, un régime juridique relatif aux transformations transfrontalières au sein de l'EEE, portant ainsi harmonisation des différentes règles nationales applicables jusqu'alors à ce procédé. Dans ce contexte, le législateur européen a opté pour le terme de « transformation transfrontalière » tel que précédemment utilisé par la CJUE pour viser les transferts intracommunautaires de siège.

---

<sup>46</sup> Cf. commentaire de l'article 1025-19.

Les auteurs du Projet ont quant à eux fait le choix d'utiliser le terme de « transformation transfrontalière » pour viser également les transferts transfrontaliers de siège ne tombant pas dans le champ d'application de la Directive Mobilité. En effet, le nouveau chapitre VI a été scindé en deux sections distinctes : la première section traite du régime général des transformations transfrontalières alors que la deuxième section traite du régime spécifique des transformations transfrontalières européennes<sup>47</sup>.

Ce choix législatif ayant certainement le grand mérite de simplification, il semble pourtant potentiellement susceptible de créer des difficultés juridiques dans le cadre de la réalisation de ces opérations transfrontalières, et plus particulièrement en relation avec les transferts transfrontaliers de siège hors de l'EEE visés par la première section du chapitre VI (cf. « Section 1<sup>ère</sup> – Régime général des transformations transfrontalières »).

En effet, la notion de « transformation transfrontalière » étant le fruit de la jurisprudence européenne et se cantonnant aux transformations transfrontalières au sein de l'Union, il conviendrait de continuer d'en faire usage uniquement dans le contexte de ce type d'opération. Cette jurisprudence se base justement sur le système juridique du droit des sociétés faisant l'objet de la réglementation européenne, auquel le principe de la liberté d'établissement consacrée aux articles 49 et 54 du TFUE trouve à s'appliquer. Par conséquent, la transformation transfrontalière de forme renvoie à la notion de transformation telle que comprise par le droit européen. Il n'est point certain que la législation d'un pays tiers connaisse ce terme juridique ou attache à l'opération de transfert de siège les mêmes conditions et conséquences que le Luxembourg.

Afin d'éviter toute confusion ou difficulté, et surtout pour bien distinguer les différents procédés de la manière la plus précise possible, la Chambre de Commerce serait d'avis de considérer la possibilité d'utiliser la terminologie de « transferts transfrontaliers de siège » pour viser les opérations transfrontalières avec des pays tiers régies par la première section du nouveau chapitre VI de la Loi de 1915.

### **Concernant l'article 1061-1, paragraphes 1 et 2 de la Loi de 1915**

Le nouvel article 1061-1, paragraphe 1<sup>er</sup> ne vise expressément que l'hypothèse d'une société ou groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois qui souhaite migrer à l'étranger et non l'inverse alors que la situation inverse est bien couverte par l'article 1061-3. Cette rédaction semble être un choix délibéré mais la lecture du commentaire ne semble pas donner de précision sur les raisons. La Chambre de Commerce propose que l'article soit bilatéralisé pour couvrir les deux hypothèses afin notamment d'être plus précis sur les conséquences en droit luxembourgeois d'une société luxembourgeoise qui migre à l'étranger (pas de dissolution ou mise en liquidation et, le cas échéant, non interruption de la personnalité juridique si l'Etat étranger de départ le prévoit également). A cet effet, il est proposé d'insérer un nouveau paragraphe 2 qui pourrait être rédigé comme suit :

**« Une société ou un groupement d'intérêt économique de droit étranger peut se transformer en société ou un groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois sans être dissout(e) ou mis(e) en liquidation et, le cas échéant, sans interruption de sa personnalité juridique, pour autant que le droit étranger de l'Etat de départ ne s'y oppose pas. »**

<sup>47</sup> Voir Commentaires des articles, ad article 2 du Projet : « compte tenu du fait que le chapitre Ier du Titre X contient des dispositions dédiées aux transformations visées à l'article 100-3 de la Loi de 1915, mais que la Directive Mobilité introduit sous le vocable de « transformation transfrontalière » des dispositions applicables à ce que le droit des sociétés luxembourgeois qualifiait traditionnellement de transfert de siège transfrontalier, il s'est avéré nécessaire d'introduire un nouveau chapitre VI intitulé « Des transformations transfrontalières » traitant des différentes hypothèses de transferts de siège transfrontaliers volontaires tombant à la fois hors du champ d'application de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité (section 1) et dans son champ d'application restreint (section 2). ».

Si une telle proposition était retenue, l'article 1061-3, paragraphe 2 pourrait faire référence à l'article 1061-1 deuxième paragraphe à l'instar de l'article 1061-3, paragraphe 1<sup>er</sup> qui fait référence à l'article 1061-1, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Il est également envisageable de préciser que si la société luxembourgeoise qui migre à l'étranger n'a pas la personnalité juridique, le consentement unanime de tous les associés ou du moins ceux qui sont tenus indéfiniment et solidairement est requis.

Considérant que le Règlement SE emploie le terme de « transfert (intracommunautaire) de siège » de la SE, la Chambre de Commerce propose de maintenir ladite terminologie et ainsi adapter la rédaction comme suit :

*« Art. 1061-1. Dispositions générales*

*[...] (2) La présente section ne s'applique pas aux **transferts intracommunautaires de siège transformations transfrontalière** tombant dans le champ d'application du Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE). ».*

#### **Concernant l'article 1061-2 de la Loi de 1915**

Il est proposé de modifier le projet de nouvel article 1061-2 afin de retirer le mot « membre » dans « Etat membre de départ » et « Etat membre de destination » car autrement l'expression « Etat membre » pourrait viser un Etat membre de l'Union alors que les transformations transfrontalières européennes font l'objet d'une section à part.

Par souci de sécurité juridique, il serait utile de compléter la rédaction de l'article en question afin de préciser que le droit de l'Etat membre de destination régit les parties des procédures et des formalités à remplir dans l'Etat membre de destination, comme suit :

*« Art. 1061-2. Droit international privé*

*Le droit de l'Etat ~~membre~~-de départ régit les parties des procédures et formalités à respecter dans le cadre de la transformation transfrontalière en vue de l'obtention de la preuve du respect de toutes les conditions pertinentes et de l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités préalables à la transformation transfrontalière dans l'Etat ~~membre~~-de départ et le droit de l'Etat ~~membre~~-de destination régit les parties des procédures et des formalités à remplir **dans l'Etat membre de destination** après la réception de cette preuve. ».*

#### **Concernant l'article 1061-3 de la Loi de 1915**

A l'instar de ce qui a été exposé précédemment, il conviendrait de préciser qu'il s'agit de la transformation transfrontalière d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique de droit étranger en une société ou un groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois à laquelle le droit luxembourgeois sera applicable et ce, afin de faciliter la compréhension du lecteur, comme suit :

*« (2) Une transformation transfrontalière d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique de droit étranger en une société ou un groupement d'intérêt économique **de droit luxembourgeois** ne pourra se faire qu'aux conditions du droit luxembourgeois applicables à la constitution d'une telle société ou d'un tel groupement d'intérêt économique. »*

Par ailleurs, la Chambre de Commerce propose, par souci de sécurité juridique, de préciser l'effet en droit luxembourgeois de la transformation en s'inspirant de la rédaction prévue pour la

transformation transfrontalière européenne (sous réserve de l'exclusion de certaines dispositions restrictives qui ne devraient s'appliquer qu'aux transformations transfrontalières européennes).

**b. Le régime spécial des transformations transfrontalières européennes (articles 1062-1 à 1062-18 de la Loi de 1915)**

**Concernant l'article 1062-1 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce considère que le présent article ne transpose que partiellement la Directive Mobilité en ce qui concerne les transformations transfrontalières y étant visées. En effet, le premier paragraphe de l'article sous avis ne vise que les cas des transformations transfrontalières où le Luxembourg serait l'Etat membre de départ. Or, la section 2 du chapitre VI de la Loi de 1915 vise aussi le cas où le Luxembourg serait l'Etat membre de destination (cf. article 1062-13). Il est donc nécessaire de compléter cet article pour bien couvrir les deux cas précités, à savoir les transformations intercommunautaires visées par la Directive depuis le Luxembourg et vers le Luxembourg.

De surcroît, des modifications supplémentaires au premier paragraphe s'imposent afin de respecter la terminologie et les définitions employées par la Directive Sociétés Modifiée dans son article 86 ter, comme ceci est indiqué ci-après.

Enfin, quant au paragraphe 2 de l'article, la Chambre de Commerce renvoie à son commentaire relatif à l'article 1061-1, paragraphe 2 de la Loi de 1915 en guise d'explication de la proposition d'amendement qui suit.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« *Section 2 - Des transformations transfrontalières européennes*

*Art. 1062-1. Dispositions générales*

*(1) La présente section s'applique aux transformations transfrontalières de sociétés de droit luxembourgeois ayant l'une des formes visées à l'annexe II de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés par lesquelles une telle société, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée au Grand-Duché de Luxembourg **en tant qu'Etat membre de départ** en une des formes d'un autre Etat membre visées à l'annexe II de la même directive et transfère au moins son siège statutaire dans cet Etat membre de destination **où la société transformée sera immatriculée à la suite de la transformation**, tout en conservant sa personnalité juridique.*

**Elle s'applique également aux transformations transfrontalières de sociétés de droit d'un Etat membre ayant l'une des formes visées à l'annexe II de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés par lesquelles une telle société, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans son Etat membre de départ en une des formes de sociétés visées à l'annexe II de la même directive au Grand-Duché de Luxembourg en tant d'un autre Etat de destination et transfère au moins son siège statutaire au Grand-Duché de Luxembourg où la société transformée sera immatriculée à la suite de la transformation, tout en conservant sa personnalité juridique.**

Ces transformations sont dénommées ci-après « transformations transfrontalières européennes ».



(2) *La présente section ne s'applique pas aux ~~transformations transfrontalières~~ **transferts intracommunautaires de siège** tombant dans le champ d'application du Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE). ».*

#### **Concernant l'article 1062-3 de la Loi de 1915**

Comme indiqué précédemment, il serait utile de compléter la rédaction de l'article en question afin de préciser que le droit de l'État membre de destination régit les parties des procédures et des formalités à remplir dans l'État membre de destination et, pour une meilleure sécurité juridique.

Quant à la référence aux dispositions pertinentes du Code du travail au sein du paragraphe 2 de cet article, il conviendrait de viser précisément les articles du Code du travail luxembourgeois concernés.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

*« Art. 1062-3. Droit international privé*

*(1) Le droit de l'État membre de départ régit les parties des procédures et formalités à respecter dans le cadre de la transformation transfrontalière européenne en vue de l'obtention du certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne et le droit de l'État membre de destination régit les parties des procédures et des formalités à remplir **dans l'Etat membre de destination** après la réception du certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne. [...] ».*

#### **Concernant l'article 1062-4 de la Loi de 1915**

Il convient de compléter la rédaction du présent article afin de préciser que c'est l'organe de direction ou d'administration de la société de droit luxembourgeois qui se transforme qui élabore le projet de transformation transfrontalière et ce, pour plus de précision et partant, une meilleure sécurité juridique :

*« L'organe de direction ou d'administration de la société **de droit luxembourgeois qui se transforme** élabore par écrit un projet de transformation transfrontalière qui comprend au moins [...] ».*

#### **Concernant l'article 1062-6 de la Loi de 1915**

Quant au paragraphe 5, il convient de supprimer le terme « commun » qui se réfère au projet de transformation transfrontalière européenne, étant donné qu'une seule société est impliquée au procédé en question.

Quant au paragraphe 10 dudit article, il conviendrait de compléter la rédaction afin de bien viser la consultation à laquelle l'article fait référence ainsi que les textes servant de base légale pour cette procédure de consultation.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

*« (5) Le ou les rapports, le cas échéant, accompagnés du projet ~~commun~~ de transformation transfrontalière européenne, sont au moins mis à la disposition, par voie électronique, des associés et des représentants des travailleurs de la société ou, en l'absence de tels représentants, des travailleurs eux-mêmes, six semaines au moins avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 1062-8.  
[...]*

(10) Le présent article s'applique sans préjudice des droits et procédures d'information et de consultation des travailleurs applicables prévus au niveau national à la suite de la transposition des directives (CE) 2002/14 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne et (CE) 2009/38 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (Refonte). ».

### Concernant l'article 1062-7 de la Loi de 1915

Le projet de nouvel article 1062-7 de la Loi de 1915 prévoit que l'expert indépendant qui intervient afin d'établir le rapport pour la société qui se transforme, doit être choisi parmi les réviseurs d'entreprises. Il conviendrait de distinguer selon que le Grand-Duché de Luxembourg est l'Etat membre de départ ou de destination. S'il est l'Etat membre de départ, il est justifié que l'expert soit choisi parmi les réviseurs d'entreprises. Si le Grand-Duché de Luxembourg est l'Etat membre de destination, il serait justifié que l'expert indépendant soit choisi parmi la catégorie de professionnel autorisée par l'Etat membre étranger de départ. Dans cette dernière hypothèse, une alternative serait d'offrir un choix, soit parmi la catégorie de professionnel autorisée par l'Etat membre étranger de départ soit parmi les réviseurs d'entreprises selon le droit luxembourgeois.

Quant au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article, il convient de (i) corriger une erreur matérielle qui s'y était glissée et, (ii) préciser que l'exigence de choisir l'expert ou les experts parmi les réviseurs d'entreprises concerne uniquement la société qui relève du droit luxembourgeois.

Il convient en outre de transposer dans la Loi de 1915 l'article 86 viciés, paragraphe (2), lettre a) et lettre b) de la Directive et ce, malgré le fait que le tableau des concordances dispose qu'il ne nécessite pas de transposition spécifique en droit national.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« (1) Un rapport d'expert indépendant destiné aux associés et disponible un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale visée à l'article 1062-8 est établi pour la société qui se transforme. Cet expert peut être une personne u physique ou morale, mais doit être choisi parmi les réviseurs d'entreprises.

**L'expert, ou la personne morale pour le compte de laquelle l'expert travaille, doit être indépendant et n'avoir aucun conflit d'intérêts avec la société demandant le certificat préalable à la transformation prévu à l'article 1062-11. [...] ».**

### Concernant l'article 1062-8 de la Loi de 1915

Quant au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient de préciser que ces rapports peuvent, dans certains cas prévus, ne pas devoir être établis. Il faut donc ajouter les mots « le cas échéant » déjà en début de phrase.

Quant au paragraphe 2, un renvoi aux textes applicables du Code du travail<sup>48</sup> serait approprié comme suggéré précédemment.

<sup>48</sup> Il s'agit des textes de transposition de l'article 86 terdecies de la Directive Sociétés Modifiée, comme prévu par l'article 86 nonies § 2 de ladite directive.

### Concernant l'article 1062-9 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce propose d'apporter quelques modifications d'ordre lexical pour répondre aux besoins d'une meilleure lisibilité de la Loi de 1915 (cf. amendements aux premier et deuxième paragraphes de l'article en question ci-après).

Les commentaires faits concernant l'article 1025-10 de la Loi de 1915 et portant sur l'identité des acheteurs en cas d'exercice du droit de retrait et les bénéficiaires de la soulte en espèces supplémentaire s'appliquent quant à cet article *mutatis mutandis*. Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« [...]

*La soulte en espèces pourra être versée et l'acquisition **des titres représentatifs du capital social** **objets du droit de retrait** effectuée par :*

*1° la société procédant à la transformation transfrontalière européenne ;*

*2° les associés restants de cette société ;*

*3° les tiers en accord avec cette société.*

[...]

*(4) Le droit luxembourgeois **en tant que droit** de l'État membre de départ régit les droits visés aux paragraphes 1 à 3 et la compétence exclusive pour régler d'éventuels litiges relatifs à ces droits est attribuée à cet État membre. ».*

### Concernant l'article 1062-10 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce propose d'apporter quelques modifications d'ordre lexical pour répondre aux besoins d'une meilleure lisibilité. Il convient ainsi de préciser (cf. premier paragraphe de l'article) que ce régime de protection est destiné aux créanciers de la société luxembourgeoise qui se transforme et que la société débitrice est la société luxembourgeoise. Par conséquent, la notification préalable y étant citée est une notification à faire à la société luxembourgeoise débitrice.

Quant au paragraphe 4 dudit article, la Chambre de Commerce s'interroge sur la teneur exacte de ce paragraphe et partant sur le droit luxembourgeois applicable lorsque la société qui se transforme est de droit luxembourgeois. Elle s'interroge à ce titre s'il ne conviendrait pas de préciser les règles applicables ou d'opérer simplement un renvoi à des règles existantes, selon ce qui le plus approprié.

### Concernant l'article 1062-11 de la Loi de 1915

La Chambre de Commerce souhaite soulever une série de points qu'il conviendrait d'aborder afin de clarifier plus avant la teneur de l'article en question et de transposer de manière cohérente la Directive Mobilité.

A l'exception de ce qui sera précisé ci-après, le reste des modifications proposées tiennent à permettre de rester au plus près du texte de la Directive Mobilité et à en faire application.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 1 et 2 de l'article 1062-11 :

Comme énoncé précédemment, il convient de faire application de la Directive Mobilité et partant préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et du droit luxembourgeois applicable afin de faciliter la compréhension du lecteur. Il convient de préciser également qu'un tel certificat n'est pas nécessaire si le Grand-Duché de Luxembourg est l'Etat membre de destination en ligne avec la Directive Mobilité, étant donné que dans cette hypothèse le notaire luxembourgeois sera uniquement en charge du contrôle de la légalité en vertu de l'article 1062-13 de la Loi de 1915.

Il semble en outre opportun de transposer l'article 86 quaterdecies, paragraphe (3), lettre c) et dernier alinéa de la Directive Sociétés Modifiée, exerçant ainsi l'option laissée aux Etats membres. Au vu de la portée du contrôle en vue de la délivrance du certificat préalable à la transformation, le notaire aura très probablement recours aux attestations visées par l'article 1100-1, paragraphe 2, de la Loi de 1915 en cas de dissolution-confusion par réunion de toutes les parts en une seule main.

Les auteurs du Projet indiquent par ailleurs<sup>49</sup> :

*« Dans le cas d'une société en situation de difficultés financières, on peut également envisager que le notaire prenne contact avec (i) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale, (ii) l'Administration des contributions directes ou encore (iii) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, de manière similaire à ce qui se passe en cas de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main en vertu de l'article 1100- 1, paragraphe 2 de la Loi de 1915. ».*

La Chambre de Commerce considère qu'une telle approche serait plus conforme à la volonté du législateur européen<sup>50</sup>.

#### Propositions d'amendements aux paragraphes 4 et 5 de l'article 1062-11 :

La Chambre de Commerce comprend que le Projet s'est attaché aux aspects de droit des sociétés uniquement, mais elle renvoie à ce titre à son commentaire fait au sujet des paragraphes 4 et 5 de l'article 1025-12.

Dans un souci de faciliter la lecture, il conviendrait de préciser les textes du Code du travail auxquels il est fait référence.

Quant à la phrase du paragraphe 4, la Directive Sociétés Modifiée vise les modalités de l'article 86 quaterdecies paragraphe (5) de la Directive Sociétés Modifiée.

Quant à la deuxième phrase, cette rédaction est résolument trop large. La Directive ne vise que la participation des travailleurs dans les sociétés issues de la transformation ; il faut donc viser ici les articles du droit du travail en lien avec la transposition de l'article 86 terdecies paragraphes (3) et (4) de la Directive Sociétés Modifiée (cf. Directive Sociétés Modifiée, article 86 quaterdecies paragraphe (6) b)).

La Directive Mobilité est plus précise en ce qu'elle vise l'article de la Directive Mobilité auquel il est renvoyé. Il convient de faire de même dans le cadre de la transposition.

Il conviendrait donc de viser précisément les articles du Code du travail luxembourgeois concernés.

#### Propositions d'amendements au paragraphe 7 de l'article 1062-11 :

Il convient de se référer aux propositions d'amendements au paragraphe 7 de l'article 1025-12.

#### Propositions d'amendements au paragraphe 11 de l'article 1062-11 :

Dans le cadre de l'émission du certificat préalable, la Directive Mobilité<sup>51</sup> prévoit qu'aux fins de l'évaluation, l'autorité compétente peut avoir recours à un expert indépendant. Il n'est pas précisé

<sup>49</sup> Voir Commentaires des articles, ad article 1062-11.

<sup>50</sup> Cf. le considérant 35 de la Directive Mobilité.

<sup>51</sup> Cf. article 86 quaterdecies (12) de la Directive Sociétés Modifiée.

qui supporte le coût de cet expert indépendant. A ce titre, il convient de se référer aux propositions d'amendements au paragraphe 11 de l'article 1025-12.

Propositions d'amendements aux paragraphes 6 point 2° et 9 de l'article 1062-11 :

Pour les précisions lexicales proposées et la proposition de faire courir le délai de trois mois lié au certificat préalable à l'opération avant la tenue de l'assemblée générale, il est fait renvoi aux propositions d'amendements aux paragraphes 6, 9 et 10 de l'article 1025-12.

Propositions d'amendements au paragraphe 12 de l'article 1062-11 :

Il convient de se référer aux propositions d'amendements au paragraphe 12 de l'article 1025-12.

Propositions d'amendements au paragraphe 14 de l'article 1062-11 :

A ce titre, il convient de se référer au commentaire général y afférent (cf. « A.- Commentaires généraux »).

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

*« Art. 1062-11. Certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne*

*(1) Le notaire est compétent pour contrôler la légalité de la transformation transfrontalière européenne pour les parties de la procédure régies par le titre X, chapitre VI, section 2 **concernant la société luxembourgeoise qui se transforme** et pour délivrer un certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne attestant du respect de toutes les conditions pertinentes et de l'accomplissement correct de toutes les procédures et formalités au Grand-Duché de Luxembourg **en tant qu'Etat membre de départ**.*

*(2) La demande d'obtention du certificat préalable à la transformation adressée au notaire par la société **luxembourgeoise qui se transforme** est accompagnée:*

*1° du projet de transformation transfrontalière européenne ;*

*2° du rapport et de l'avis qui y est éventuellement annexé, visés à l'article 1062-6, ainsi que du rapport visé à l'article 1062-7, lorsqu'ils sont disponibles ;*

*3° de tout commentaire présenté conformément à l'article 1062-5, paragraphe 1er ; 4° des informations sur l'approbation de l'assemblée générale visée à l'article 1062-8<sub>2</sub> ;*

***5° des informations relatives au respect des engagements de la société envers les organismes publics ; le notaire peut demander ces informations à d'autres autorités pertinentes, si elles ne leur ont pas été communiquées par la société**<sup>52</sup>.*

*[...]*

*(6) Le contrôle visé au paragraphe 1er doit être effectué par le notaire dans un délai de trois mois à compter de la date de réception des documents et des informations concernant l'approbation de la transformation transfrontalière européenne par l'assemblée générale de la société. Ce contrôle doit donner l'un des résultats suivants :*

*1° lorsqu'il est déterminé que la transformation transfrontalière européenne remplit toutes les conditions applicables et que toutes les procédures et formalités nécessaires ont été accomplies, le notaire délivre le certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne ;*

*2° lorsqu'il est déterminé que la transformation transfrontalière européenne ne remplit pas toutes les conditions applicables ou que toutes les procédures et formalités nécessaires n'ont pas été*

<sup>52</sup> Il pourrait être fait référence expresse aux attestations établies par le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

accomplies, le notaire ne délivre pas le certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne et informe la société des motifs de sa décision ; dans ce cas, le notaire peut donner à la société la possibilité de remplir les conditions en question ou d'accomplir les procédures et formalités dans un délai **le plus bref possible approprié aux circonstances et** n'excédant pas trois mois.

(7) Le notaire ne délivre pas de certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne s'il **est déterminé** constate, conformément au droit national **luxembourgeois** et après avoir accompli les diligences normales, que la transformation transfrontalière européenne est manifestement réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles.

[...]

(9) Lorsqu'il est nécessaire, aux fins de l'évaluation visée aux paragraphes 7 et 8, de tenir compte d'informations supplémentaires ou de mener des activités d'enquête supplémentaires, le délai de trois mois visé au paragraphe 6 peut être prolongé **pour une durée raisonnable en fonction des circonstances et qui ne saurait être supérieure à de trois mois au maximum.**

(10) Si, en raison de la complexité de la procédure transfrontalière, il n'est pas possible de réaliser l'évaluation dans les délais prévus aux paragraphes 6 et 9, le demandeur est informé **par le notaire** des raisons de tout retard éventuel avant l'expiration de ces délais.

(11) S'il le juge opportun, le notaire pourra consulter d'autres autorités pertinentes qui sont qualifiées dans les différents domaines concernés par la transformation transfrontalière européenne, y compris les autorités de l'État membre de destination, et obtenir de ces autorités et de la société **qui se transforme** les informations et documents nécessaires pour effectuer le contrôle de la légalité de la transformation transfrontalière européenne, dans le cadre procédural fixé par le droit national. Aux fins de l'évaluation, le notaire pourra avoir recours aux services d'un expert indépendant de son choix aux frais de la société qui se transforme.

[...]

(13) La société concernée peut former un recours contre cette décision de refus du notaire d'émettre le certificat préalable à la transformation au motif que la transformation transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles devant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société a son siège social, siégeant en matière commerciale dans un délai de huit jours suivant la notification **par le notaire** de la décision de refus.

[...] ».

### **Concernant l'article 1062-12 de la Loi de 1915**

La Chambre de Commerce souhaite renvoyer à son commentaire concernant l'article 1034-13 ci-avant.

### **Concernant l'article 1062-13 de la Loi de 1915**

A l'exception de ce qui sera précisé ci-après, le reste des modifications proposées tiennent à rester au plus près du texte de la Directive Mobilité et à en faire application.

En ce qui concerne le libellé de l'article et son premier paragraphe, afin de bien préciser le champ d'application aux termes de l'article 86 sexdecies de la Directive, il serait utile d'indiquer que le notaire est compétent pour le contrôle la légalité de la transformation transfrontalière européenne de la transformation transfrontalière européenne pour la partie régie par le droit luxembourgeois lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est l'Etat membre de destination.

Quant au paragraphe 4, il convient de relever que selon la Directive (cf. article 86 sexdecies), les modalités relatives à la participation des travailleurs doivent être obligatoirement accomplies si elles existent. Ainsi, le terme « le cas échéant » évoque simplement la possibilité qu'il n'y ait pas de modalités relatives à la participation des travailleurs qui s'appliquent. Par conséquent, il s'agit d'une obligation et non pas d'une option.

L'article devrait être légèrement modifié pour refléter cela, ensemble avec quelques amendements mineurs pour rester au plus près du texte européen à transposer, comme suit :

« Art. 1062-13. Contrôle de la légalité **de la transformation transfrontalière par l'Etat membre de destination**

(1) Le notaire est compétent pour contrôler la légalité de la transformation transfrontalière européenne pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la transformation transfrontalière européenne **au Grand-Duché de Luxembourg en qualité d'Etat membre de destination** et pour approuver la transformation transfrontalière européenne. Le notaire veille en particulier à ce que la société transformée respecte les dispositions du droit national sur la constitution et l'immatriculation des sociétés et, le cas échéant, à ce que les modalités relatives à la participation des travailleurs aient été fixées conformément à la législation applicable en droit du travail.

(2) Aux fins du paragraphe 1er du présent article, la société remet au notaire le projet de transformation transfrontalière européenne approuvé par l'assemblée générale visée à l'article 1062-8.

(3) Toute demande aux fins du paragraphe 1er faite par la société, y compris la communication de toute information et de tout document, peut se faire entièrement en ligne dans qu'il ne soit nécessaire que les demandeurs se présentent en personne devant notaire, conformément aux dispositions pertinentes de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

(4) A la requête de l'organe de direction ou d'administration de la société, le notaire constate par un acte notarié que toutes les conditions applicables **pour la constitution et l'immatriculation de la société au Grand-Duché de Luxembourg** ont été correctement remplies, **le cas échéant que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément au droit du travail** et que toutes les formalités **au Grand-Duché de Luxembourg en qualité de l'Etat membre de destination** ont été correctement accomplies et constatera la réalisation de **la transformation transfrontalière européenne** celle-ci par un acte notarié.

(5) Le certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne **émis par l'autorité compétente de l'Etat membre de départ** est accepté par le notaire en tant que preuve concluante de l'accomplissement correct des procédures et formalités préalables à la transformation applicables dans l'Etat membre de départ, sans lesquelles la transformation transfrontalière européenne ne peut pas être approuvée. Toutefois, en cas d'erreur manifeste, le notaire pourra refuser le certificat préalable et imposer à la société concernée de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante. ».

#### **Concernant l'article 1062-14 de la Loi de 1915**

Eu égard à la chronologie des opérations telle qu'imposée par la Directive, cet article devrait être placé après celui relatif à l'immatriculation de la société transformée.

Quant au paragraphe 2, il convient de supprimer la phrase « Entre parties » et remplacer par la phrase « Entre associés », sachant qu'il y a une seule société partie à l'opération de transformation.

Au vu des modifications proposées ci-avant, l'article aura la teneur suivante :

« Art. 1062-14. Date à laquelle la transformation transfrontalière européenne prend effet

(1) La date de prise d'effet d'une transformation transfrontalière européenne est déterminée par la législation de l'État membre de destination. **Cette date est nécessairement postérieure à l'exécution du contrôle de légalité.**

(2) Entre parties, **lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est l'Etat membre de destination**, la transformation transfrontalière européenne est réalisée dès que le notaire constate **la réalisation de l'opération à la suite du contrôle de légalité** visé à l'article 1062-13. ».

### **Concernant l'article 1062-17 de la Loi de 1915**

Il convient de renvoyer aux commentaires de la Chambre de Commerce faits dans le contexte du commentaire sur les fusions transfrontalières européennes<sup>53</sup>, lesquels sont valables *mutatis mutandis* en l'occurrence.

\* \* \*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis, sous la réserve de la prise en compte de ses remarques.

KEV/DJI

---

<sup>53</sup> Cf. commentaire de l'article 1025-19.