

Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi n°8053 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

(10.05.2023)

1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg (le « **Conseil de l'Ordre** ») a pris connaissance du projet de loi n°8053 déposé par Madame Sam Tanson, Ministre de la Justice, en date du 26 juillet 2022 (le « **Projet de Loi** »).

Le Projet de Loi vise à modifier (1) la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (la « **LSC** ») et (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 (la « **Directive Mobilité** ») modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (la « **Directive Sociétés** »).

Le présent avis a pour objet de communiquer les commentaires et observations du Conseil de l'Ordre concernant le Projet de Loi. Le Conseil de l'Ordre entend ajouter également des points complémentaires qu'il juge d'une importance significative dans le cadre de la mobilité des sociétés commerciales, à savoir le régime de transformation applicable à la société en commandite spéciale, en particulier par voie de changement de siège et la fusion dite « triangulaire », mécanisme essentiel dans des opérations de fusions et acquisitions internationales.

Le Conseil de l'Ordre approuve la démarche générale des auteurs du Projet de Loi tendant à transposer la Directive Mobilité selon le principe et la tradition juridique luxembourgeoise « toute la directive, rien que la directive », permettant ainsi de restreindre le champ d'application contraignant des nouveaux régimes de la Directive Mobilité au strict nécessaire.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre apprécie les efforts des auteurs du Projet de Loi consistant à faire usage de l'ensemble des options possibles laissées au Grand-Duché de Luxembourg par la Directive Mobilité afin de mettre en place un régime aussi flexible et favorable à la mobilité transfrontalière que possible.

Le Conseil de l'Ordre salue également la distinction opérée par les auteurs du Projet de Loi, en ce qui concerne les fusions et les scissions, entre le régime général applicable aux



opérations nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité, d'une part, et le régime spécial applicable aux opérations transfrontalières européennes, d'autre part, facilitant ainsi la lecture d'un chapitre de la LSC particulièrement technique. Le Conseil de l'Ordre regrette à cet égard qu'une distinction du même ordre n'ait pas été effectuée entre les transformations transfrontalières européennes, transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité et transformations sans changement de nationalité.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge également quant à l'impact de la transposition de la Directive Mobilité sur l'attractivité et la compétitivité du droit des sociétés luxembourgeois. Les nouvelles procédures de fusions, scissions et transformations transfrontalières européennes viennent en effet largement limiter l'exercice de la liberté d'établissement, en imposant d'une part un contrôle anti-abus poussé aux notaires, et en créant d'autre part un droit de retrait pour les associés minoritaires opposés au projet de fusion, scission ou transformation transfrontalière européenne. Le Conseil de l'Ordre concède que la marge de manœuvre du législateur luxembourgeois est à cet égard limitée. Certains de ses commentaires viseront à tirer parti de toute la flexibilité que peut néanmoins offrir la Directive Mobilité.

Le Conseil de l'Ordre craint en outre que les opérations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité soient préférées aux opérations transfrontalières intra-européennes dans la mesure où le régime de ces dernières est, d'une manière générale, nettement plus restrictif que le régime général des opérations transfrontalières impliquant au moins une société relevant du droit d'un État tiers. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette rigidité qui semble avoir été voulue par le législateur européen mais accepte ici aussi, dans le cadre du Projet de Loi, que le manque de latitude offert au législateur national ne lui permet pas de prévoir un cadre plus flexible.

Le Conseil de l'Ordre regrette enfin certaines approximations et incohérences dans l'exercice de transposition de la Directive Mobilité en droit luxembourgeois, conduisant malheureusement à des difficultés d'interprétation du texte légal mais aussi à des insécurités et vides juridiques que les commentaires du Conseil de l'Ordre s'efforceront de combler dans la mesure du possible.

2. COMMENTAIRES DES ARTICLES DU PROJET DE LOI

Avant de passer à une analyse article par article du Projet de Loi, le Conseil de l'Ordre entend partager quelques commentaires d'ordre général ayant chacun trait à une série d'articles du Projet de Loi. D'autres commentaires d'ordre général mais ne concernant qu'un seul des régimes de fusion, scission et transformation transfrontalières européennes, et donc un nombre de dispositions du Projet de Loi plus limité, seront également formulés dans la partie spécifique du régime concerné.

Il est précisé que dans les développements ci-après, lorsqu'il est fait référence à « *la Directive Sociétés* », est visée « *la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité* » ; lorsqu'il est fait référence aux « *articles de la LSC* », sont visés « *les articles de la LSC tels que modifiés par le Projet de Loi* » ; et lorsqu'il est fait référence à « *la LSC* », est visée « *la LSC telle que modifiée par le Projet de Loi* ».

2/81



Par ailleurs, lorsqu'il est fait référence au régime général des fusions applicable aux fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité, sont visées les fusions ne tombant pas dans le champ d'application de la Directive Mobilité et définies à l'article 1020-0, paragraphe 1 de la LSC (*i.e.* les fusions nationales et transfrontalières autres que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2 de la LSC). À titre d'exemple, sont visées les fusions entre deux entités luxembourgeoises, ou celles entre une entité luxembourgeoise et une entité d'un État membre de l'Union européenne mais qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la Directive Mobilité ou encore les fusions entre une entité luxembourgeoise et une entité d'un État tiers. A l'inverse, lorsqu'il est fait référence au régime spécial des fusions applicable aux fusions transfrontalières européennes sont visées les fusions tombant dans le champ d'application de la Directive Mobilité et définies à l'article 1020-0, paragraphe 2 de la LSC (*i.e.* les fusions transfrontalières européennes telles que définies aux articles 1025-1 et 1025-2 de la LSC).

Le même raisonnement s'applique pour le régime général des scissions applicable aux scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité (*i.e.* les scissions nationales et transfrontalières autres que celles définies aux articles 1034-1 et 1034-2 de la LSC - article 1030-0, paragraphe 1 de la LSC) et le régime spécial des scissions applicable aux scissions transfrontalières européennes (*i.e.* les scissions transfrontalières européennes telles que définies aux articles 1034-1 et 1034-2 de la LSC - article 1030-0, paragraphe 2 de la LSC).

Bien que les auteurs du Projet de Loi n'aient pas opéré une distinction similaire aussi claire pour les transformations transfrontalières, il convient de préciser que lorsqu'il est fait référence dans le présent avis au régime général des transformations transfrontalières, sont visées les transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité. A l'inverse, lorsqu'il est fait référence au régime spécial des transformations transfrontalières européennes, sont visées les transformations transfrontalières européennes tombant dans le champ d'application de la Directive Mobilité et définies à l'article 1062-1, paragraphe 1 de la LSC.

2.1 Commentaires d'ordre général

2.1.1 Le cas de l'absence de tenue d'assemblée générale

Le Conseil de l'Ordre constate que l'assemblée générale statuant sur l'opération¹ envisagée est très régulièrement utilisée comme date de référence pour les différentes étapes de ladite opération, voire de son effectivité. Or la Directive Sociétés et le Projet de Loi omettent çà et là l'hypothèse, pourtant prévue par le législateur européen, selon laquelle l'assemblée générale pourrait ne pas devoir être réunie aux fins d'approuver l'opération en question, par exemple lorsque cette formalité est simplement optionnelle et que les parties à l'opération choisissent de ne pas y avoir recours. Le Conseil de l'Ordre recommande vivement de prévoir expressément ce point dans la LSC afin de combler ce vide juridique. Sont plus particulièrement concernés la présentation des observations des associés, créanciers et représentants des travailleurs concernant le projet de fusion ou scission transfrontalière (articles 1025-5 et 1034-5 de la LSC), la mise à disposition des documents préparatoires à l'opération (articles 1025-7, 1025-8, 1034-7 et 1034-8 de la LSC), l'exercice du droit de retrait

¹ Sont ici visées les fusions nationales, transfrontalières européennes et hors champ d'application de la Directive Mobilité et les scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité.



des associés minoritaires (articles 1025-10 et 1034-10 de la LSC), le contrôle du notaire en vue de la délivrance du certificat préalable (articles 1025-12, paragraphe 2, point 4° et 1034-12, paragraphe 2, point 4° de la LSC), l'approbation du projet commun (articles 1025-14, paragraphe 2 et 1034-14, paragraphe 2 de la LSC) et l'opposabilité de la prise d'effet aux tiers (articles 1025-15, paragraphe 3 et 1034-15, paragraphe 3 de la LSC).

Une proposition serait de prendre en considération la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent, comme cela a été prévu aux articles 1021-6, paragraphe 1, 1025-5, paragraphe 2, et 1025-6, paragraphe 5 de la LSC. Le Conseil de l'Ordre note que les auteurs du Projet de Loi ainsi que la Directive Sociétés ne prévoient par contre pas, à juste titre, l'hypothèse d'une absence d'assemblée générale dans le cadre du régime spécial des scissions transfrontalières européennes et des régimes des transformations transfrontalières.

2.1.2 Adaptation du texte de la Directive Mobilité au droit luxembourgeois

Le Conseil de l'Ordre remarque que le Projet de Loi se contente çà et là de transposer la Directive Sociétés telle quelle, en visant par exemple les termes « *État membre* » ou « *droit de l'État membre* », sans faire mention du droit luxembourgeois. Or il est nécessaire, pour éviter toute difficulté d'interprétation, de préciser s'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et si le droit luxembourgeois est applicable. Le Conseil de l'Ordre préconise donc des précisions en ce sens. Sont ici concernés les conditions applicables aux fusions transfrontalières européennes (article 1025-3 de la LSC), la publicité en matière de fusion et scission transfrontalière européenne (articles 1025-5 et 1034-5 de la LSC), l'expert indépendant (articles 1025-7 et 1034-7 de la LSC), l'approbation de la fusion transfrontalière européenne (article 1025-9 de la LSC), la protection des créanciers (articles 1025-11 et 1034-11 de la LSC), le certificat préalable (articles 1025-12 et 1034-12 de la LSC), l'action en responsabilité (articles 1025-19 et 1034-19), le projet de scission transfrontalière européenne (article 1034-4 de la LSC) et le contrôle de la légalité de la scission transfrontalière européenne (article 1034-14 de la LSC).

2.1.3 Le rôle du notaire

D'une manière générale, le Conseil de l'Ordre comprend que le rôle du notaire lors du contrôle de la légalité de l'opération (articles 1025-14, 1034-14, 1062-13 de la LSC) doit nécessairement se cantonner au constat de la réalisation de l'opération en question, sans que d'autres contrôles ne soient exigés de sa part (approche « *no gold plating* »). Le Conseil de l'Ordre laisse le soin à la Chambre des notaires de commenter davantage le nouveau rôle dévolu au notaire.

Le Conseil de l'Ordre a également mis en avant, dans son argumentaire ci-après, quelques observations concernant des dispositions du Projet de Loi relatives au nouveau rôle du notaire mais il laisse le soin à la Chambre des notaires de prendre position en la matière (*i.e.* demande d'obtention du certificat préalable et mission du notaire lors de la délivrance dudit certificat – articles 1025-12 et 1034-12 de la LSC).

2.1.4 Clarifications d'ordre terminologique

Le Conseil de l'Ordre recommande également plusieurs clarifications terminologiques afin de faciliter la lecture de la LSC.

(a) Régimes généraux des fusions et scissions

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 4 du Projet de Loi prévoit un régime général des fusions (articles 1020-1 à 1024-1 de la LSC) s'appliquant indistinctement aux fusions nationales et aux fusions transfrontalières autres que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2 de la LSC ; ces derniers régissant les fusions transfrontalières européennes.

Parallèlement, l'article 20 du Projet de Loi prévoit un régime général des scissions (articles 1030-1 à 1033-1 de la LSC) qui s'applique indistinctement aux scissions nationales et aux scissions transfrontalières autres que celles définies aux articles 1034-1 et 1034-2 de la LSC ; ces derniers régissant les scissions transfrontalières européennes.

Or, le Conseil de l'Ordre constate que les articles 1020-1 à 1024-1 et 1030-1 à 1033-1 de la LSC font référence çà et là aux termes « *fusion(s) transfrontalière(s)* » et « *scission(s) transfrontalière(s)* », sans pour autant préciser qu'il s'agit de fusions et scissions transfrontalières autres que celles définies respectivement aux articles 1025-1 et 1025-2 et 1034-1 et 1034-2 de la LSC.

Ainsi, le Conseil de l'Ordre propose, par souci de clarté et pour davantage de lisibilité du texte légal, d'ajouter (i) aux articles 1020-1 à 1024-1 de la LSC, les termes « *autre(s) que celle(s) définie(s) aux articles 1025-1 et 1025-2* » après les termes « *fusion(s) transfrontalière(s)* », et (ii) aux articles 1030-1 à 1033-1 de la LSC, les termes « *autre(s) que celle(s) définie(s) aux articles 1034-1 et 1034-2* » après les termes « *scission(s) transfrontalière(s)* ».

(b) Régimes général et spécial des scissions

Le Conseil de l'Ordre recommande une clarification terminologique dans les régimes général et spécial des scissions, quant à la société visée (*i.e.* société scindée, société(s) bénéficiaire(s), ou sociétés participant à la scission). En effet, à titre d'exemple, sous le régime général, l'obligation de publier le projet commun de scission (article 1031-2 LSC) et l'approbation de l'assemblée générale (article 1031-3 de la LSC) sont à la charge des sociétés participant à la scission ; alors que sous le régime spécial, elles sont à la charge de la société scindée (respectivement les articles 1034-5 et 1034-9 de la LSC).

Une telle distinction entre régime général et spécial n'a pas lieu d'être et devrait plutôt être faite selon qu'il s'agisse d'une scission complète ou d'une scission partielle. Afin de renforcer la lisibilité de la LSC et d'éviter toute difficulté d'interprétation, le Conseil de l'Ordre préconise une clarification terminologique en ce sens au sein des articles 1030-0 à 1034-20 de la LSC.



(c) Harmonisation des termes « actions » et « parts sociales »

Le Conseil de l'Ordre note que la référence aux actions, parts, parts sociales, ou titres conférant un droit de vote s'agissant des sociétés qui fusionnent ou scissionnent varie au fil du Projet de Loi. Dans un souci de clarté, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il serait opportun d'harmoniser ces termes dans les articles relatifs aux fusions et aux scissions, de sorte qu'il soit fait référence au moins aux « actions » ou « parts sociales », à l'instar des modifications proposées par les rédacteurs du Projet de Loi aux articles 13 et 16 dudit Projet concernant respectivement les articles 1021-11 et 1021-17 de la LSC.

Le terme « *sociales* » doit être ainsi ajouté après le terme « *parts* » aux articles suivants : (i) 1020-3, paragraphe 1, (ii) 1020-4, paragraphe 2, (iii) 1020-5, 1°, (iv) 1021-1, paragraphe 2, 2°, 3° et 4°, (v) 1021-3, paragraphes 1 et 5, (vi) 1023-3, (vii) 1023-4, paragraphes 1 et 2, (viii) 1023-5, 1° et 2°, (ix) 1023-6, (x) 1024-1, (xi) 1030-3, (xii) 1030-4, (xiv) 1031-1, 2°, 3°, 4°, 6° et 9°, (xv) 1031-3, paragraphe 1, (xvi) 1031-4, 3°, (xvii) 1031-5, paragraphe 1, (xviii) 1031-16, paragraphe 1, (xix) 1032-1, paragraphe 5, (xx) 1040-3, paragraphe 1 et (xxi) 1040-4, paragraphe 1.

Les termes « *ou parts sociales* » doivent également être ajoutés après les termes « *les actions* » aux articles suivants : (i) 1020-5, 2°, (ii) 1023-1 et (iii) 1025-1, paragraphe 2, 4°.

Enfin, les termes « *, actions* » ou « *, d'actions* » ou « *, des actions* » doivent être insérés après les termes « *des titres* » aux articles suivants : (i) 1020-5, 1°, (ii) 1025-1, paragraphe 2, 1°, 2°, 3° et (iii) 1034-1, paragraphe 2, 1°, 2° et 3° et paragraphe 3.

2.2 Examen article par article

Article 1^{er} du Projet de Loi / Article 500-1 de la LSC

L'article 1^{er} du Projet de Loi entend modifier l'article 500-1 de la LSC qui précise les règles concernant la société anonyme applicables à la société par actions simplifiée, et celles qui ne le sont pas. Le Conseil de l'Ordre comprend que l'intention du législateur européen est d'appliquer le régime des fusions transfrontalières européennes (section 5 du chapitre 2 du titre X de la LSC), des scissions transfrontalières européennes (section 4 chapitre III du titre X de la LSC) et des transformations transfrontalières européennes (section 2 du chapitre VI du titre X de la LSC) uniquement aux sociétés visées à l'Annexe II de la Directive Sociétés. Sont donc visées pour le droit luxembourgeois, en l'état actuel, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée.

Le Conseil de l'Ordre en déduit donc que les sociétés par actions simplifiées et les sociétés de personnes sont exclues du régime des fusions transfrontalières européennes, des scissions transfrontalières européennes et des transformations transfrontalières européennes.

Le Conseil de l'Ordre constate que l'article 1^{er} du Projet de Loi, qui devrait refléter l'exclusion des sociétés par actions simplifiées du nouveau régime des opérations transfrontalières

6/81



européennes, comporte une erreur de référence : est visée la section 2 du chapitre Ier du titre X – section qui n'existe pas – alors qu'il aurait dû être fait référence à la section 2 du chapitre VI du titre X de la LSC (section régissant les transformations transfrontalières européennes).

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 1^{er} du Projet de Loi comme suit :

« À l'article 500-1, alinéa 3, 1^{ère} phrase, de la loi modifiée au 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, les termes « ~~de la section 2 du chapitre Ier du titre X,~~ de la section 5 du chapitre II 2 du titre X, ~~et de la section 4 du chapitre III du titre X~~ et de la section 2 du chapitre VI du titre X, » sont ajoutés entre le nombre « 450-10, » et les termes « sont applicables » ; »

Articles 2 et 3 du Projet de Loi / Nouvel article 1000, paragraphe 1^{er} de la LSC

L'article 2 du Projet de Loi prévoit d'insérer un nouvel article 1000 afin de clarifier la structure du titre X « *Des restructurations* » de la LSC. En son paragraphe premier, le nouvel article 1000 prévoit, entre autres, que « *Les transformations de forme sont régies par les dispositions du chapitre 1^{er} (...)* ».

Le Conseil de l'Ordre note que l'intitulé du chapitre 1^{er} du titre X est renommé comme suit par l'article 3 du Projet de Loi : « *De la transformation interne* », ce qui n'est pas en ligne avec le nouvel article 1000.

En outre, dans la mesure où l'adjectif « *national* » est utilisé dans le cadre des régimes généraux pour les opérations de fusions et scissions, le Conseil de l'Ordre préconise l'emploi également de cet adjectif pour les opérations de transformations.

Ainsi, le Conseil de l'Ordre suggère, par souci de clarté et d'harmonisation entre les régimes, de remplacer, (i) au nouvel article 1000, paragraphe 1^{er} de la LSC, les termes « *de forme* » par l'adjectif « *nationales* », et (ii) à l'intitulé du chapitre 1^{er} du titre X, l'adjectif « *interne* » par « *nationale* ».

2.2.1 Régime général des fusions

Article 5 du Projet de Loi / Article 1020-1 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note la volonté des auteurs du Projet de Loi d'étendre le régime général applicable aux fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité aux sociétés en commandite spéciale et s'interroge sur la pertinence de cette extension. La société en commandite spéciale est une forme de société sans personnalité juridique qui dispose de son propre régime de réorganisation avec des règles spécifiques.

L'absence de personnalité juridique est une caractéristique essentielle de la société en commandite spéciale. Étendre le régime général des fusions à la société en commandite spéciale pourrait conduire d'aucuns (par exemple une autorité fiscale étrangère) à assimiler celle-ci à une société effectivement dotée de la personnalité juridique. Ceci pourrait engendrer des conséquences négatives tant pour la société que pour ses associés. D'autre part, l'on pourrait soulever que cette extension permettrait de contourner les règles spécifiques de la société en commandite spéciale. En effet, des mécanismes existent déjà en droit des sociétés

7/81



luxembourgeois pour permettre à une société en commandite spéciale de se transformer et de transférer son patrimoine.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la volonté d'étendre ce régime général des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité uniquement à la société en commandite spéciale et non pas à d'autres formes de société sans personnalité juridique.

Le Conseil de l'Ordre renvoie à sa proposition de texte pour un régime *sui generis* des transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité des sociétés en commandite spéciale visant à modifier l'actuel article 320-9 de la LSC (voir ci-après 2.2.8).

Si l'application du régime général des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité aux sociétés en commandite spéciale devait néanmoins être maintenue, le Conseil de l'Ordre souhaite préciser que le texte légal proposé par le Projet de Loi n'est malheureusement pas adapté aux sociétés en commandite simple et spéciale et devra en conséquence être modifié afin de prendre en compte les spécificités de ces sociétés.

Article 6 du Projet de Loi / Article 1020-5 de la LSC

L'article 6 du Projet de Loi entend inclure dans la définition de fusion par absorption « l'opération par laquelle une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, actif et passif, à la société qui détient la totalité des titres ou des parts représentatifs de son capital social ». Or cette définition pourrait être interprétée comme visant non seulement la fusion dite simplifiée (articles 1023-1 à 1023-6 de la LSC) mais aussi la procédure de dissolution sans liquidation du Code civil luxembourgeois (article 1865 *bis*). Le Conseil de l'Ordre est d'avis que cette dernière opération est de nature différente de celle de la fusion par absorption, qui échappe au régime actuel des fusions et bénéficie de son propre régime prévu par le Code civil luxembourgeois. Le Conseil de l'Ordre préconise d'exclure expressément la procédure de dissolution sans liquidation de cette définition afin de maintenir le *statu quo ante*.

Le Conseil de l'Ordre note également que le point 2° de l'article 1020-5 de la LSC élargit la notion de fusion simplifiée telle que définie par le législateur européen à l'article 119 de la Directive Sociétés également aux fusions dites « inversées » ou « *downstream* » (lorsque la filiale absorbe sa société mère) en énonçant expressément la détention indirecte « à condition qu'une personne détienne directement ou indirectement toutes les actions des sociétés qui fusionnent ». Le Conseil de l'Ordre salue l'initiative des rédacteurs du Projet de Loi à cet égard.

Enfin et par souci de lisibilité du texte légal, le Conseil de l'Ordre recommande de fusionner l'article 1020-5 de la LSC avec l'article 1020-3 de la LSC, ce dernier visant déjà les opérations de fusion par absorption.

Article 9 du Projet de Loi / Article 1021-3 de la LSC

L'article 9, paragraphe 1 du Projet de Loi prévoit, entre autres, d'ajouter les termes « *ou la modification du projet commun* » à la première phrase de l'article 1021-3, paragraphe 1 de la LSC.

Le Conseil de l'Ordre suggère de préciser qu'est visée ici la modification du projet commun de fusion, et propose ainsi d'ajouter les termes « *de fusion* » après l'ajout proposé par l'article 9, paragraphe 1 du Projet de Loi.

Article 10 du Projet de Loi / Article 1021-5 de la LSC

Si le Conseil de l'Ordre valide les modifications opérées à l'article 1021-5 de la LSC, il constate néanmoins que la dispense quant à l'obligation d'établir un rapport de l'organe d'administration ou de direction à l'intention des associés accordée aux sociétés unipersonnelles dans le cadre du régime spécial des fusions transfrontalières européennes (article 1025-6 de la LSC) n'existe pas pour le régime général des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette distinction et recommande d'aligner les deux régimes afin de ne pas pénaliser les sociétés unipersonnelles opérant une fusion nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité.

Article 12 du Projet de Loi / Article 1021-9 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la disparité des régimes de protection des créanciers. En effet, le Conseil de l'Ordre constate que les créanciers sous le régime général des fusions (article 1021-9 de la LSC) ne bénéficient pas expressément des autres mécanismes de protection des intérêts des créanciers existant en vertu du droit commun ou du droit de la faillite et des autres procédures d'insolvabilité ; alors qu'une telle disposition est prévue pour le régime spécial des fusions transfrontalières européennes à l'article 1025-11, paragraphe 2 de la LSC. Bien que, de l'avis du Conseil de l'Ordre, cette protection s'applique en l'absence de disposition contraire, le Conseil de l'Ordre recommande néanmoins un alignement formel des régimes en cause à des fins de sécurité juridique.

Article 14 du Projet de Loi / Article 1021-14 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre prend note des modifications apportées à l'article 1021-14 de la LSC concernant la date de prise d'effet à l'égard des tiers d'une fusion nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité (*i.e.* après la publication du procès-verbal de l'assemblée générale de la société absorbante qui approuve la fusion). Le Conseil de l'Ordre s'interroge ici sur les éventuels effets secondaires de ces changements. En effet, dans sa nouvelle rédaction, les auteurs du Projet de Loi laissent à penser qu'une fusion nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité pourrait prendre effet à l'égard des tiers de manière rétroactive. Le Conseil de l'Ordre souhaiterait s'assurer que cela était l'intention des auteurs du Projet de Loi.

Article 15 du Projet de Loi / Article 1021-16 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre recommande la suppression des mots « *membre* » et « *membres* » dans les références à « *État membre* » ou « *États membres* », dans la mesure où l'article 1021-16 de la LSC vise les fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité.

2.2.2 Régime spécial des fusions

Articles 19 et 30 du Projet de Loi / Article 1025-1 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 1025-1 de la LSC énumère les sociétés de droit luxembourgeois auxquels s'applique le régime des fusions transfrontalières européennes (*i.e.* société anonyme, société à responsabilité limitée et société en commandite par actions). Comme expliqué ci-avant, le Conseil de l'Ordre comprend que l'intention du législateur européen est de cantonner ce régime des fusions transfrontalières européennes aux sociétés visées à l'Annexe II de la Directive Sociétés. Dès lors, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'absence de renvoi exprès à cette Annexe II, comme cela a été opéré à l'article 37 du Projet de Loi / article 1062-1 de la LSC pour les transformations transfrontalières européennes, ce qui faciliterait grandement la lecture de la LSC. En effet, le contenu de l'Annexe II étant dynamique par nature, il se pourrait que la société par actions simplifiée soit à l'avenir incluse dans cette Annexe II et il semble utile au Conseil de l'Ordre, si l'hypothèse venait à se présenter, d'éviter une nouvelle modification de la LSC pour cette seule raison.

Par ailleurs, l'article 19 du Projet de Loi instaure, entre autres, un nouvel article 1025-1 qui dispose en son alinéa 4 que « *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* ».

À l'instar de ce qui est prévu pour les fusions, l'article 30 du Projet de Loi instaure quant à lui un nouvel article 1034-1 qui prévoit en son alinéa 4 que « *Tous les aspects d'une scission transfrontalière européenne qui ne font pas l'objet d'une disposition expresse dans la présente section seront régis par le régime général applicable aux scissions internes en vertu du chapitre III du titre X* ».

Le Conseil de l'Ordre constate une discordance entre l'article 19 du Projet de Loi, qui ne vise que le titre concerné, et l'article 30 du Projet de Loi qui vise le chapitre et le titre concernés.

Afin d'harmoniser les articles 19 et 30 du Projet de Loi, le Conseil de l'Ordre propose de préciser le chapitre concerné à l'article 1025-1, paragraphe 4, et ainsi ajouter les termes « *du chapitre II* » entre les termes « *en vertu* » et « *du titre X* ».

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-2 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note que les sociétés européennes sont exclues du champ d'application du régime spécial des fusions applicable aux fusions transfrontalières européennes. Le Conseil de l'Ordre comprend que cette exclusion est justifiée par le fait que les constitutions de sociétés européennes par voie de fusion transfrontalière sont déjà régies par un régime spécial prévu aux articles 17 à 31 du règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre

10/81



2001 relatif au statut de la société européenne, et que l'article 18 dudit règlement renvoie pour le surplus au régime applicable aux fusions internes de sociétés anonymes (comme l'expliquent les rédacteurs du Projet de Loi dans leurs commentaires).

Le Conseil de l'Ordre déduit de cette exclusion que l'opération par laquelle une société européenne fusionne dans ou se transforme en une société d'un État membre de l'Union européenne est hors champ d'application de la Directive Mobilité.

En outre, et puisque les sociétés européennes bénéficient d'un régime spécifique prévu par le législateur européen en matière de fusion, il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que c'est au législateur européen de prendre l'initiative d'adapter, le cas échéant, le règlement précité afin qu'il soit en conformité avec la Directive Mobilité.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-3 de la LSC

En application de son commentaire général présenté ci-avant relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable, le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 1025-3 de la LSC comme suit : « *Sauf disposition contraire de la présente section, une société **de droit luxembourgeois** visée à l'article 1025-1, paragraphe 1er se conforme aux dispositions du chapitre 2 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.* ».

Dans la même lignée, les termes « *au sein de la société issue de la fusion transfrontalière européenne* » à la fin du paragraphe 2 devraient également être insérés.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-5 de la LSC

Conforme à son commentaire général expliqué ci-avant, le Conseil de l'Ordre juge opportun de préciser qu'est visée ici l'assemblée générale de la société absorbante de droit luxembourgeois et propose ainsi d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois* » entre les termes « *absorbante* » et « *conformément* » à l'article 1025-5, paragraphe 2 de la LSC.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre prend acte de l'avis à communiquer aux associés, créanciers et représentants des travailleurs de la société qui fusionne, ou en l'absence de tels représentants, les travailleurs eux-mêmes, les informant qu'ils peuvent présenter à la société des observations concernant le projet de fusion transfrontalière européenne. Or le délai prévu pour exposer ces observations est fonction de la date de l'assemblée générale. Si l'article 1025-5 de la LSC a le mérite de couvrir en son paragraphe 2 l'hypothèse où une telle assemblée générale n'est pas requise, il n'en demeure pas moins que le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la connaissance par les créanciers et les travailleurs de la date de l'assemblée générale si la convocation ne fait pas l'objet d'une publication au Recueil Electronique des Sociétés et Associations. Comment ces derniers ont-ils connaissance de la date de l'assemblée générale ? Il conviendrait de clarifier ceci expressément dans la LSC.



Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-6 de la LSC

L'article 1025-6 de la LSC relatif au rapport de l'organe d'administration ou de direction aux associés et aux travailleurs soulève plusieurs commentaires en ses paragraphes 7, 9 et 10 :

- Le Conseil de l'Ordre constate tout d'abord que la dispense offerte aux sociétés unipersonnelles pour l'établissement du rapport de l'organe d'administration ou de direction figure uniquement dans le régime spécial applicable aux fusions transfrontalières européennes. Dès lors, les sociétés unipersonnelles impliquées dans une fusion nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité doivent fournir un tel rapport. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette distinction qui rend le régime général plus restrictif que le régime spécial, et ce d'autant plus qu'une dispense pour le rapport de l'expert indépendant a été étendue pour les sociétés unipersonnelles au régime général.
- En outre, le Conseil de l'Ordre note que les paragraphes 7 et 9 dudit article vise respectivement « *le rapport ou la section du rapport* » et « *la section* ». Or les paragraphes précédents de cette disposition font mention de « *la section du rapport ou le rapport* » et « *la section du rapport* ».

Ainsi, le Conseil de l'Ordre propose, pour uniformiser la rédaction et par souci de cohérence, de modifier les paragraphes 7 et 9 de l'article 1025-6 de la LSC comme suit :

*« (7) Toutefois, ~~le rapport ou la section du rapport~~ **ou le rapport** à l'intention des associés n'est pas obligatoire lorsque tous les associés de la société ont accepté de renoncer à cette exigence. En outre, les sociétés unipersonnelles sont dispensées de l'obligation d'établir ~~un rapport ou une la section du rapport~~ **ou le rapport** à l'intention des associés. »*

*« (9) Lorsque, conformément au paragraphe 7, il est renoncé à la section du rapport à l'intention des associés visée au paragraphe 3 et que la section **du rapport** à l'intention des travailleurs visée au paragraphe 4 n'est pas obligatoire en vertu du paragraphe 8, le rapport n'est pas obligatoire. »*

- Par ailleurs, le paragraphe 10 de l'article 1025-6 de la LSC transpose l'article 124, paragraphe 10 de la Directive Sociétés. Ce dernier fait mention de la directive 2002/14/CE 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 de la directive 2009/38/CE 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).

Le Conseil de l'Ordre comprend que l'intention du législateur européen est de viser la consultation des travailleurs. Or ledit article ne se réfère qu'à « *la consultation* ». Le Conseil de l'Ordre juge ainsi opportun d'ajouter les termes « *des travailleurs* » après le terme « *consultation* » audit article.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-7 de la LSC

Cette disposition relative au rapport de l'expert indépendant soulève plusieurs commentaires :

- Le Conseil de l'Ordre note qu'une fois de plus l'hypothèse de l'absence de tenue d'une assemblée générale n'a pas été prévue pour la mise à disposition du rapport de l'expert indépendant. En effet, selon l'article 1025-7 de la LSC, ce rapport doit être mis à la disposition des associés au moins un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. Le Conseil de l'Ordre renvoie ainsi à son commentaire général en la matière.
- Le paragraphe 1 de l'article 1025-7 de la LSC prévoit par ailleurs que l'expert peut être une personne physique ou morale, mais doit être choisi parmi les réviseurs d'entreprises. Le Conseil de l'Ordre comprend que ledit article fait usage de l'option laissée par le législateur européen à l'article 1^{er}, point 5 de la Directive Mobilité et permet ainsi que l'expert soit une personne physique ou morale. Toutefois, le Conseil de l'Ordre note que l'obligation pour l'expert indépendant d'être choisi parmi les réviseurs d'entreprises a été instaurée par le législateur luxembourgeois, la Directive Mobilité ne prévoyant pas cette spécificité. Aussi, le Conseil de l'Ordre propose de préciser ceci et d'ajouter les termes « *dès lors que la société partie à la fusion relève du droit luxembourgeois* » après les termes « *réviseurs d'entreprises* ».
- Le Conseil de l'Ordre note une différence de terminologie entre le régime général et le régime spécial à même de mener à des interprétations divergentes quant à la nature de la vérification par l'expert de la soultte en espèce et/ou du rapport d'échange. En effet, pour les fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité, l'expert doit vérifier le caractère pertinent et raisonnable alors que pour les fusions transfrontalières européennes, c'est le caractère adéquat qui doit être vérifié par l'expert. Bien que cette distinction terminologique soit issue des textes européens, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur ses conséquences pratiques et se demande si davantage de précisions pourraient être apportées quant au sens du texte légal.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-8 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre renvoie ici à son commentaire général quant à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale. En effet, le paragraphe 4 de ladite disposition prévoit une exception à l'obligation de mettre à disposition les documents préparatoires au siège social si pendant une certaine période la société les met à disposition sur son site internet. Or cette période est fondée sur la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la mise en application de cette dispense dans le cas où une telle assemblée n'est pas requise. Il est donc nécessaire de clarifier ce point.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-9 de la LSC

Cette disposition soulève également plusieurs commentaires :



- S'agissant du paragraphe 1 de l'article 1025-9 de la LSC, dans la mesure où les rapports de l'organe d'administration ou de direction et de l'expert indépendant peuvent dans certains cas ne pas devoir être établis, le Conseil de l'Ordre propose (i) de supprimer les termes « *le cas échéant* » après les termes « *aux articles 1025-6 et 1025-7* » et (ii) d'insérer les termes « *le cas échéant* » en début de phrase, entre les termes « *après avoir pris connaissance* » et « *des rapports* ».
- S'agissant du paragraphe 2 de l'article 1025-9 de la LSC, le Conseil de l'Ordre constate qu'il prévoit la subordination de la réalisation de la fusion transfrontalière européenne à la seule condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière européenne. L'article 1021-3, paragraphe 7 de la LSC prévoit trois hypothèses² pouvant conditionner la réalisation de la fusion nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la distinction opérée ici entre le régime des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité d'une part et le régime des fusions transfrontalières européennes d'autre part. L'on pourrait penser que la réalisation d'une fusion transfrontalière européenne puisse être conditionnée par d'autres conditions que celle énumérée par l'article 1025-10 de la LSC puisque cela n'est pas expressément interdit par la Directive Mobilité. Le Conseil de l'Ordre recommande fortement d'inscrire expressément ces possibilités à ladite disposition et d'aligner les deux régimes en la matière afin de ne pas créer de doute quant à la validité d'une opération de fusion transfrontalière européenne sous condition suspensive.
- S'agissant du paragraphe 3 de l'article 1025-9 de la LSC, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-10 de la LSC

Si le Conseil de l'Ordre salue la transposition stricte des mécanismes de protection des associés minoritaires, et notamment du droit de retrait afin de favoriser les opérations transfrontalières européennes, il n'en demeure pas moins que celle-ci appelle plusieurs observations et commentaires :

- Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre regrette l'utilisation du terme « *soulte en espèces* » à l'article 1025-10 de la LSC pour viser la contrepartie pécuniaire offerte aux associés minoritaires faisant usage de leur droit de retrait, alors même que ce terme « *soulte en espèces* » est également repris à l'article 1025-1 de la LSC pour résoudre la problématique des rompus dans le cadre de l'établissement du rapport d'échange. Le Conseil de l'Ordre recommande l'utilisation d'un autre vocable à

² Article 1021-3, paragraphe 7 de la LSC : « *L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion nationale ou transfrontalière :*

1° le cas échéant, à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation de travailleurs dans la société issue de la fusion ;

2° à toute autre condition qu'elle pourrait juger appropriée en l'occurrence ;

3° à la survenance de tout terme qu'elle pourrait juger approprié en l'occurrence. »



l'article 1025-10 de la LSC afin d'éviter toute confusion entre ces deux réalités distinctes.

- En outre, le Conseil de l'Ordre note que le nouvel article 1025-10, paragraphe 1 de la LSC reprend tel quel l'article 126 *bis* de la Directive Mobilité. L'interprétation de cette disposition n'est pas forcément évidente. Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que ce texte doit se lire comme suit : si les associés n'avaient pas exercé leur droit de retrait, alors à la suite de la fusion, ils auraient acquis des actions ou parts sociales. Le Conseil de l'Ordre comprend que ceux qui bénéficient du droit de retrait sont les associés qui (i) ont voté contre l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière européenne et (ii) auraient acquis des actions ou parts sociales s'ils n'avaient pas exercé ce droit de retrait.
- L'alinéa second du paragraphe 1^{er} de l'article 1025-10 de la LSC vise simplement « *le projet* ». Pour faciliter la lecture, il convient d'ajouter les termes « *commun de fusion transfrontalière européenne* » après les termes « *le projet* ».
- Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre note que le Projet de Loi exclut expressément du droit de retrait, en son paragraphe 1, alinéa 3, les actions ou parts sociales cédées entre vifs entre la date de publication du projet de fusion transfrontalière européenne et la date de l'assemblée générale se prononçant sur l'opération envisagée. Cette exclusion ne figurant pas dans la Directive Mobilité, le Conseil de l'Ordre ne peut valider son insertion dans le Projet de Loi et recommande ainsi de la supprimer afin de se conformer à la législation européenne.
- L'alinéa 4 du paragraphe 1^{er} de l'article 1025-10 de la LSC prévoit que l'opposition 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 lors de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9. D'une part, il semble opportun de prévoir que la date à laquelle se tient l'assemblée générale soit la date butoir pour effectuer la déclaration d'opposition et de l'intention d'exercer le droit de céder. Le Conseil de l'Ordre préconise alors d'insérer les termes « *au plus tard* » entre les termes « *doivent être déclarées* » et « *au notaire* », ce qui est d'ailleurs proposé par l'article 86 *decies*, paragraphe 1, alinéa 3 de la Directive Mobilité.

D'autre part, le Conseil de l'Ordre constate ici également que le Projet de Loi ne tient pas compte du fait que l'assemblée générale pourrait ne pas être réunie conformément à l'article 1025-9 de la LSC. Le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général quant à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale.

- Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre note, tout comme la Chambre de Commerce, que les rédacteurs du Projet de loi ont choisi de reprendre la flexibilité offerte par la proposition de la Commission quant à l'identité des acheteurs en cas d'exercice du droit de retrait (*i.e.* « *L'article 126 bis de la Directive Sociétés tel que modifié par la Directive Mobilité est muet à ce sujet, mais la Proposition de la Commission prévoyait à l'origine que le rachat des participations de l'associé minoritaire sortant 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*

15/81



accord avec les sociétés qui fusionnent concernées »). Or, ceci est toutefois discutable dans le cas où les statuts de la société dont les titres sont cédés ne permettent pas une cession libre de ceux-ci à des associés ou des tiers. Seule une acquisition par la société elle-même serait réalisable sans contestation possible.

- Le Conseil de l'Ordre partage l'avis de la Chambre de Commerce sur le point suivant : le législateur n'a pas exercé l'option prévue à l'article 126 *bis*, paragraphe (4) de la Directive Sociétés prévoyant qu'en cas de contestation du montant de la soulte en espèces supplémentaire, la décision finale y relative serait valable pour tous les associés de la société qui fusionne concernée qui ont fait part de leur décision d'exercer leur droit de céder les actions. En effet, ne pas transposer cette option pourrait créer une différence de traitement entre les associés (d'une part ceux qui bénéficieront de la soulte supplémentaire car ils auront gagné leur action judiciaire et d'autre part, ceux qui n'en bénéficieront pas car ils n'auront pas entamé d'action judiciaire) qui paraît difficilement justifiable. Le Conseil de l'Ordre préconise donc d'inclure cette option dans la LSC et, par souci de clarté, de préciser qu'il s'agit de « *la décision de justice ayant force de chose jugée* ».
- L'article 1025-10 paragraphe 4 de la LSC régit le conflit de lois et le conflit de compétence en cas de fusion transfrontalière européenne à l'égard du droit de retrait. Cette disposition a le mérite de transposer expressément l'article 126 *bis*, paragraphe 5 de la Directive Sociétés, et ne fait donc pas référence au droit luxembourgeois mais « *au droit de l'État membre* » et « *à cet État membre* ». C'est ainsi que le Conseil de l'Ordre suggère de faire mention expresse au droit luxembourgeois en modifiant l'article 1025-10 paragraphe 4 de la LSC comme suit :

« Le droit de l'État membre luxembourgeois auquel est subordonnée une société luxembourgeoise qui fusionne régit les droits visés aux paragraphes 1 à 3 en ce qui concerne la société luxembourgeoise partie à la fusion et la compétence exclusive. Les tribunaux luxembourgeois sont compétents pour régler d'éventuels litiges relatifs à ces droits est attribuée à cet État membre. »

- Le Conseil de l'Ordre préconise enfin de modifier le paragraphe 5 de l'article 1025-10 de la LSC afin d'apporter quelques précisions quant à la procédure permettant aux associés minoritaires, qui n'ont pas eu ou n'ont pas exercé leur droit de retrait mais qui considèrent que les conditions de la fusion ne sont pas équitables, de contester le rapport d'échange et de réclamer une soulte en espèces supplémentaire. D'une part, pour plus de clarté, le Conseil de l'Ordre propose d'ajouter l'adjectif « *luxembourgeoises* » après les termes « *Les associés des sociétés* ».

D'autre part, il conviendrait de préciser que ladite procédure n'a pas d'effet suspensif sur l'opération en cours, en ajoutant les termes « *n'aura pas d'effet suspensif sur l'opération en cours et* » entre les termes « *Cette procédure* » et « *n'empêche pas* ».



Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-11 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre préconise de modifier les paragraphes 1 et 3 de l'article 1025-11 de la LSC relatif à la protection des créanciers.

Sur le fond, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la disparité des régimes de protection des créanciers, quant à la possibilité offerte à ces derniers pour obtenir des garanties adéquates, et plus particulièrement quant à la nature des créances visées dans le cadre de cette demande. En effet, dans le cadre du régime général applicable aux fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité, les créances échues et non échues sont couvertes par le mécanisme de protection des créanciers ; alors que dans le cadre du régime spécial applicable aux fusions transfrontalières européennes, seules les créances non échues sont couvertes. Il est ainsi dommageable que le nouveau régime spécial des fusions transfrontalières européennes soit plus strict que le régime général des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité. Dans un souci de flexibilité, le Conseil de l'Ordre préconise une harmonisation du régime spécial avec le régime général.

Sur la forme, des ajustements se justifient par la volonté du Conseil de l'Ordre de faciliter la lecture du Projet de Loi. Le Conseil de l'Ordre renvoie ici à son commentaire général quant à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable. Au paragraphe 1^{er} de ladite disposition, il serait pertinent d'ajouter :

- à la première phrase, les termes « *de la société luxembourgeoise partie à la fusion transfrontalière européenne* » entre les termes « *Les créanciers* » et « *dont les créances* » ;
- à la première phrase, l'adjectif « *luxembourgeoise* » entre les termes « *la société* » et l'adjectif « *débitrice* » ; et
- à la dernière phrase, l'adjectif « *luxembourgeoise* » entre les termes « *La société* » et l'adjectif « *débitrice* ».

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-12 de la LSC

Cette disposition régissant les règles applicables au certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne soulève plusieurs commentaires et observations de la part du Conseil de l'Ordre.

- Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général quant à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et propose les ajouts ci-après :
 - au paragraphe 1^{er}, les termes « *concernant la société luxembourgeoise qui fusionne* » devraient être insérés entre les termes « *section 5* » et « *et pour délivrer* » ;



- au second paragraphe, le terme « *luxembourgeoise* » devrait être ajouté entre les termes « *la société* » et « *qui fusionne* » ;
 - au 1° du second paragraphe, l'adjectif « *commun* » devrait être inséré après le mot « *projet* » ;
 - au 1° du paragraphe 6, les termes « *prévues par le droit luxembourgeois* » devraient être ajoutés entre les termes « *formalités nécessaires* » et « *ont été accomplies* » ;
 - au 2° du paragraphe 6, les termes « *prévues par le droit luxembourgeois* » devraient être insérés entre les termes « *formalités nécessaires* » et « *n'ont pas été accomplies* » ;
 - au paragraphe 7, l'adjectif « *luxembourgeois* » devrait être ajouté après les termes « *droit national* » ;
 - au paragraphe 11, l'adjectif « *luxembourgeois* » devrait être inséré (i) entre les termes « *ces autorités et de la société* » et « *qui fusionne* », et (ii) entre les termes « *aux frais de la société* » et « *qui fusionne* » ; et
 - au paragraphe 13, l'adjectif « *luxembourgeois* » devrait être ajouté en début de phrase entre les termes « *La société* » et « *concernée* ».
- Le Conseil de l'Ordre renvoie également à son commentaire général relatif à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale, pour l'application du point 4°, paragraphe 2 de l'article 1025-12 de la LSC.
 - Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la mise en pratique du paragraphe 3 de l'article 1025-12 de la LSC, et notamment la signification de « *entièrement en ligne* » mais laisse le soin à la Chambre des notaires de statuer sur cette disposition.
 - Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre constate, au paragraphe 7 de l'article 1025-12 de la LSC, que le Projet de Loi a d'une part, (i) ajouté les termes « *et après avoir accompli les diligences normales* » et « *manifestement* » par rapport au texte européen, et d'autre part (ii) remplacé le terme « *détermine* » par « *constate* ». Si le Conseil de l'Ordre est d'avis que ces modifications alourdissent les diligences et devoirs du notaire alors même que la Directive Sociétés ne l'exige pas, il laisse le soin à la Chambre des notaires de prendre position tout en préférant néanmoins une transposition au plus près la Directive Sociétés.
 - Le Conseil de l'Ordre recommande d'insérer une précision au paragraphe 13 de l'article 1025-12 de la LSC, selon laquelle le certificat devra être émis par le notaire si le recours en question aboutit. Ceci a également été soulevé par les auteurs du Projet de Loi.
 - Enfin, tout comme la Chambre de Commerce, le Conseil de l'Ordre note que le Projet de Loi prévoit expressément que la responsabilité du notaire ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. Or la Directive Sociétés ne prévoit rien en la



matière. Le Conseil de l'Ordre s'interroge alors sur (i) la conformité de cette disposition avec le texte européen et (ii) son insertion dans la LSC, un déplacement de cette disposition vers la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat pourrait être envisageable.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-14 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre renvoie une nouvelle fois à son commentaire général relatif à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale. En effet, l'article 1025-14, paragraphe 2 de la LSC prévoit la remise au notaire, par chaque société qui fusionne, du projet commun de fusion transfrontalière européenne approuvé par l'assemblée générale. Or, se pose la question de savoir comment est prise la décision d'approuver le projet commun de fusion transfrontalière européenne au Grand-Duché de Luxembourg lorsque l'assemblée générale de la société luxembourgeoise n'est pas requise ? Ce cas de figure n'a pas été prévu par le législateur européen, ni par les rédacteurs du Projet de Loi, ce qui crée un vide juridique en la matière. Le Conseil de l'Ordre propose donc de prévoir expressément dans la LSC les conditions d'approbation du projet commun de fusion transfrontalière européenne au Grand-Duché de Luxembourg lorsque l'assemblée générale de la société luxembourgeoise n'est pas requise.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre constate que le Projet de Loi a, comme à l'article 1025-12 de la LSC, remplacé le terme « *détermine* » par « *constate* ». Il convient de s'en tenir au texte européen.

Le Conseil de l'Ordre suggère, enfin, d'ajouter une précision à la dernière phrase du paragraphe 5 de l'article 1025-14 de la LSC, relatif au contrôle de la légalité. En effet, ladite disposition prévoit que le notaire pourra refuser le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne en cas d'erreur manifeste et imposer aux sociétés qui fusionnent de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante. Le Conseil de l'Ordre comprend que sont ici visées seulement les sociétés qui fusionnent de l'État membre dont le certificat est issu, et non pas les autres sociétés parties à la fusion. Ainsi, le Conseil de l'Ordre recommande de préciser expressément les sociétés visées par cette contrainte en ajoutant les termes « *de l'État membre dont le certificat est issu* » après les termes « *aux sociétés qui fusionnent* ».

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-15 de la LSC

Cette disposition relative à la date à laquelle la fusion transfrontalière européenne prend effet soulève plusieurs commentaires :

- Le Conseil de l'Ordre propose d'ajouter les précisions suivantes au second paragraphe pour le rendre plus lisible et bien distinguer la date d'effet des fusions nationales d'une part et des fusions transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité d'autre part : (i) l'article « *les* » doit être ajouté entre le terme « *Entre* » et « *parties* », et (ii) les termes « *, lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise,* » doit être inséré après les termes « *la fusion transfrontalière européenne* ».



- Le Conseil de l'Ordre s'interroge également sur la règle instaurée par le Projet de Loi quant à la date d'opposabilité d'une fusion transfrontalière européenne aux tiers et renvoie à son commentaire général relatif à l'hypothèse de l'absence d'assemblée générale. En effet, la fusion transfrontalière européenne n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication du procès-verbal de l'assemblée générale de la société issue de ladite fusion. Or le Projet de Loi ne prévoit pas (i) le cas où le procès-verbal de l'assemblée générale n'est pas encore disponible car l'assemblée générale aurait conditionné la réalisation de la fusion, ni (ii) le cas où il n'y aurait pas de procès-verbal car l'assemblée générale n'aurait pas été requise. Le Conseil de l'Ordre préconise de prévoir expressément ces deux cas dans le texte de la LSC afin d'assurer une certaine sécurité juridique.

- Enfin, le Conseil de l'Ordre est d'avis que les ajustements suivants doivent être effectués au troisième paragraphe de ladite disposition pour plus de clarté et transposer l'article 129 de la Directive Sociétés :
 - Les termes « *, lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise,* » doivent être ajoutés entre les termes « *La prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne* » et « *n'est opposable* » ;

 - Les termes « *de droit luxembourgeois* » doivent être insérés entre les termes « *de la société* » et « *issue de la fusion* ».

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-17 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note que les auteurs du Projet de Loi ont opéré une distinction entre les effets d'une fusion transfrontalière européenne par absorption d'une part et une fusion transfrontalière européenne par constitution de nouvelle société d'autre part. Le point 4° (l'annulation des actions ou parts sociales de la société absorbée détenues par la société absorbante ou par la société absorbée ou encore par une personne agissant en son nom mais pour le compte de l'une de ces sociétés) n'est pas prévu pour le premier type de fusion. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette distinction qui n'a pas lieu d'être et qui n'existe pas pour le régime général des fusions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité. Le Conseil de l'Ordre recommande donc d'aligner les régimes et d'étendre cet effet aux fusions transfrontalières européennes par absorption.

Article 19 du Projet de Loi / Article 1025-19 de la LSC

Les rédacteurs du Projet de Loi ont consacré en cette disposition une responsabilité solidaire des membres des organes d'administration ou de direction et des experts envers les associés de la société absorbée. Or l'article 133 *bis* de la Directive Sociétés ne vise que la responsabilité des experts indépendants. Le Conseil de l'Ordre s'interroge alors sur la pertinence d'étendre cette responsabilité aux membres des organes d'administration ou de direction de la société absorbée alors même que cette extension n'est pas exigée par le législateur européen pour le régime spécial des fusions. En outre, l'article 106 de la Directive Sociétés et l'article 441-9 de la LSC dans sa rédaction actuelle régissent déjà le régime général de la responsabilité des organes d'administration ou de direction. Il n'y a donc pas de nécessité ni d'intérêt à régler la question de la responsabilité des membres des organes

20/81



d'administration dans le nouveau régime spécial des fusions transfrontalières européennes. Le Conseil de l'Ordre recommande ainsi de se cantonner à l'article 133 *bis* de la Directive Sociétés et d'exclure de l'article 1025-19 de la LSC la responsabilité des membres des organes d'administration ou de direction.

S'il advenait que cette proposition ne soit pas retenue, le Conseil de l'Ordre souhaite néanmoins suggérer les ajouts ci-après en application de son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable :

- à la première phrase, il convient d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois* » après les termes « *Les associés de la société absorbée* » ;
- également à la première phrase, les termes « *de ladite société* » devraient être insérés entre les termes « *des organes d'administration ou de direction* » et les termes « *et les experts prévus par l'article 1025-7* » ; et
- à la seconde phrase, il serait pertinent d'ajouter les termes « *de la société de droit luxembourgeois* » entre les termes « *des organes d'administration ou de direction* » et les termes « *ou les experts de la société absorbée* ».

2.2.3 Proposition d'ajustement des régimes général et spécial des fusions pour y inclure les fusions triangulaires

Le Conseil de l'Ordre note que le Projet de Loi n'envisage pas de réglementer l'opération selon laquelle une société fille détenue à 100 pour cent par sa société mère entend absorber une société cible, de sorte que les actifs et passifs de cette dernière sont entièrement transférés à la société fille, alors que les actionnaires/associés de la société cible deviennent actionnaires/associés de la société mère qui leur émet ainsi des actions/parts sociales.

Cette opération que l'on peut qualifier de fusion triangulaire existe déjà aux Pays-Bas (introduit en 2008 dans le cadre de la transposition de la Directive 2005/56/EC dans le cadre de la directive sur les fusions transfrontalières) et aux Etats-Unis (connu comme « *reverse triangular merger* »). Le Haut comité juridique de la place financière de Paris (HCJP) a par ailleurs également introduit des propositions pour introduire un tel mécanisme en droit français (voir rapport du 17 décembre 2017).

Bien que la Directive Mobilité ne prévoie pas expressément un tel mécanisme, elle ne l'interdit pas pour autant, alors qu'il revêt une importance significative dans des opérations de fusions et acquisitions internationales. L'introduction de ce mécanisme permettrait ainsi au Luxembourg d'augmenter son attractivité comme juridiction de structuration de transactions internationales stratégiques.

Le Conseil de l'Ordre propose d'inclure ces opérations de fusions triangulaires dans la LSC, en ajustant le régime général des fusions ainsi que le régime particulier des fusions européennes transfrontalières et en tenant compte des deux exigences suivantes : (i) au moins l'une des trois sociétés impliquées dans la fusion triangulaire est soumise au droit luxembourgeois et (ii) la société fille absorbante est détenue à 100 pour cent par sa société mère émettrice.



L'objectif des changements proposés est d'appliquer *mutatis mutandis* l'ensemble des dispositions des fusions classiques aux fusions triangulaires de sorte qu'il n'y a aucun impact négatif ni sur les actionnaires, ni sur les créanciers à travers l'introduction de ce régime.

En ce qui concerne les fusions triangulaires impliquant des sociétés de droit étranger, comme pour les fusions classiques, le régime luxembourgeois s'appliquerait seulement pour la partie luxembourgeoise de l'opération luxembourgeoise selon le principe de l'application distributive des lois avec pleine reconnaissance des mécanismes équivalents de droit étranger.

En ce qui concerne la reconnaissance de la fusion triangulaire luxembourgeoise à l'étranger, elle est sujette à l'interprétation des lois étrangères applicables.

Au vu de l'introduction du régime des fusions triangulaires dans la LSC, il convient aussi de prévoir des changements équivalents pour assimiler le traitement fiscal des fusions triangulaires aux fusions classiques.

Le Conseil de l'Ordre entend ainsi assimiler les opérations de fusions triangulaires aux opérations de fusions classiques et propose de modifier le texte actuel du Projet de Loi, mais aussi la loi sur l'impôt sur le revenu du 4 décembre 1967, telle que modifiée (la « LIR ») et la loi du 19 décembre 2008 portant révision du régime applicable à certains actes en matière de droits d'enregistrement.

(a) Modification de la LSC afin d'y inclure les fusions triangulaires

Pour faciliter la lecture, est reproduit l'ensemble du chapitre sur les fusions tel qu'envisagé par le Projet de Loi, y incluant les commentaires proposés par le Conseil de l'Ordre.

Les articles 1020-1 et 1020-2 de la LSC restent inchangés :

« Art. 1020-1. Le présent chapitre, à l'exception de la section 5, s'applique à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et aux groupements d'intérêt économique.

Une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés ou groupements d'intérêt économique qui sont absorbés ou qui disparaissent font l'objet d'une procédure de faillite, de concordat ou d'une autre procédure analogue tels que le sursis de paiement, la gestion contrôlée ou une procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale d'un ou de plusieurs de ces sociétés ou groupements d'intérêt économique.

Une société ou un groupement d'intérêt économique, tels que visés au premier alinéa, peut également contracter une opération de fusion avec une société ou un groupement d'intérêt économique de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas et que cette dernière ou ce dernier se conforme aux dispositions et aux formalités du droit national dont elle ou il relève, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier

22/81



2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ces fusions sont dénommées ci-après « fusions transfrontalières ».

Les dispositions et formalités de droit étranger visées à l'alinéa précédent concernent en particulier le processus décisionnel relatif à la fusion et la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs pour ce qui est des droits autres que ceux réglant la participation des travailleurs.

Lorsqu'une des sociétés qui fusionnent est gérée selon un régime de participation des travailleurs et que la société absorbante résultant de la fusion est une société de droit luxembourgeois régie par un tel système conformément aux règles visées aux articles L. 426-13 et L. 426-14 du Code du travail, cette dernière prend obligatoirement la forme d'une société anonyme.

Lorsque, dans les dispositions qui suivent, il est fait référence à la ou aux « sociétés », ce terme doit être entendu, sauf indication particulière, comme visant également le ou les « groupements d'intérêt économique ».

Art. 1020-2. La fusion s'opère par absorption d'une ou de plusieurs sociétés par une autre ou bien par constitution d'une nouvelle société. ».

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 1020-3, paragraphe 1 de la LSC afin d'introduire la notion de fusion triangulaire et d'en fournir la définition. Le Conseil de l'Ordre précise que la fusion triangulaire est seulement envisageable dans le cas d'une société émettrice qui possède 100 pour cent de la société absorbante. Comme pour les fusions classiques, le régime luxembourgeois de fusion triangulaire a vocation à s'appliquer dès qu'une seule des sociétés fusionnantes est luxembourgeoise. Dans ce cas le droit luxembourgeois s'applique de manière distributive en parallèle au(x) droit(s) étranger(s) applicables (sous réserve de reconnaissance de la fusion triangulaire par le droit étranger).

« Art. 1020-3. (1) La fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société préexistante, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux associés de la ou des sociétés absorbées d'actions ou de parts de la société absorbante ou, le cas échéant, de la société émettrice, et, éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 pour cent de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

Pour l'application du présent chapitre on entend par « société émettrice », la société qui possède 100 pour cent des actions, parts et titres représentant le capital social de la société absorbante.

En cas d'émission de titres par la société émettrice dans le cadre de la fusion par absorption, l'opération est qualifiée de « fusion triangulaire » et la référence dans le présent chapitre dans le contexte

23/81



des fusions par absorption aux « sociétés qui fusionnent » ou aux « sociétés participantes » doit dans ce cas s'entendre comme visant collectivement la société absorbée, la société absorbante et la société émettrice.

(2) La fusion par absorption peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés absorbées sont en liquidation, pourvu qu'elles n'aient pas encore commencé la répartition de leurs actifs entre leurs associés.

(3) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion par absorption, la société absorbante prend la forme de société européenne (SE) simultanément à la fusion. ».

Les articles 1020-4 et 1025-5 de la LSC restent inchangés :

« Art. 1020-4. (1) La fusion par constitution d'une nouvelle société est l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la nouvelle société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 pour cent de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

(2) La fusion par constitution d'une nouvelle société peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés qui disparaissent sont en liquidation, pourvu que ces sociétés n'aient pas encore commencé la répartition de leurs actifs entre leurs associés.

(3) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion par constitution d'une nouvelle société, la société européenne (SE) est la nouvelle société.

Art. 1020-5. Constituent également une fusion par absorption :

l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif, à une autre société préexistante, la société absorbante, sans émission de nouvelles actions par la société absorbante, à condition qu'une personne détienne directement ou indirectement toutes les actions des sociétés qui fusionnent ou que les associés des sociétés qui fusionnent détiennent leurs titres et actions dans la même proportion dans toutes les sociétés qui fusionnent. ».

Le Conseil de l'Ordre note que des ajustements purement formels sont nécessaires à l'article 1021-1 de la LSC afin de refléter les ajouts supplémentaires requis dans le projet de fusion en cas de fusion triangulaire.

24/81

« Section 1re – Fusion par absorption

Art. 1021-1. (1) Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet commun de fusion.

(2) Le projet commun de fusion mentionne :

1° la forme, la dénomination et le siège social des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion ;

2° le rapport d'échange des actions ou parts et, le cas échéant, le montant de toute soulte en espèces ;

3° les modalités de remise des actions ou parts de la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice :**

4° la date à partir de laquelle ces actions ou parts donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit ;

5° quelle que soit la date d'effet de la fusion suivant les articles 1021-13, 1021-14, 1021-15 et 1021-16, la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société absorbante;

6° les droits assurés par la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, par la société émettrice** aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou parts ou les mesures proposées à leur égard ;

7° tous avantages particuliers attribués aux experts au sens de l'article 1021-6, aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent.

(3) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion, le projet comprend en outre :

1° les statuts de la société européenne (SE) ;

2° des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées en transposition de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. ».

Le Conseil de l'Ordre précise que l'article 1021-2 de la LSC ne nécessite pas d'être modifié :



« **Art. 1021-2.** Le projet commun de fusion est publié 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 et dans les bulletins nationaux des autres Etats membres concernés, pour chacune des sociétés qui fusionnent un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion. ».

Tout comme l'article 1021-1 de la LSC, des ajustements purement formels sont nécessaires aux articles 1021-3 et 1021-4 pour refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« **Art. 1021-3.** (1) La fusion ou la modification du projet commun de fusion requiert l'approbation des assemblées générales de chacune des sociétés qui fusionnent et, le cas échéant, des porteurs de titres autres que des actions ou des parts, après examen des rapports visés aux articles 1021-5 et 1021-6. Ces décisions requièrent les conditions de quorum de présence et de majorité prévues pour les modifications des statuts.

(2) Dans les sociétés en commandite simple, et les sociétés coopératives, le droit de vote des associés est proportionnel à leur part dans l'avoir social et le quorum de présence se calcule par rapport à l'avoir social.

(3) L'accord de tous les associés est requis :

1° dans les sociétés absorbantes ou à absorber qui fusionnent qui sont des sociétés en nom collectif, des sociétés coopératives dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, des sociétés civiles ou des groupements d'intérêt économique ;

2° dans les sociétés à absorber lorsque la société absorbante ou, en cas de fusion triangulaire, la société émettrice est :

- a) une société en nom collectif ;
- b) une société en commandite simple ;
- c) une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement ;
- d) une société civile ;
- e) un groupement d'intérêt économique.

Dans les cas visés au premier alinéa, point 1° et point 2°, lettres a), b) et c), l'accord unanime des titulaires de parts non représentatives du capital est requis.



(4) Dans les sociétés en commandite simple, et dans les sociétés en commandite par actions, l'accord de tous les associés commandités est en outre requis.

(5) S'il existe plusieurs catégories d'actions, titres ou parts, représentatifs ou non du capital, et que la fusion entraîne une modification de leurs droits respectifs, l'article 450-4 est applicable.

(6) Lorsqu'une société européenne (SE) est constituée par la voie d'une fusion, l'implication des travailleurs dans la société européenne (SE) est décidée conformément aux dispositions transposant la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner le droit à l'immatriculation de la société européenne (SE) à la condition qu'elle entérine expressément les modalités ainsi décidées.

(7) L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion nationale ou transfrontalière :

1° le cas échéant, à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation de travailleurs dans la société issue de la fusion ;

2° à toute autre condition qu'elle pourrait juger appropriée en l'occurrence ;

3° à la survenance de tout terme qu'elle pourrait juger approprié en l'occurrence.

La décision d'entériner ou de refuser d'entériner les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion visée au point 1° ou de constater la réalisation ou l'absence de réalisation de la condition visée au point 2° ou de constater la survenance du terme visé au point 3° par l'assemblée générale se fait à la majorité simple des voix exprimées, sauf si celle-ci requiert une modification statutaire. Cette décision pourra être déléguée par l'assemblée générale à l'organe de gestion, de direction ou d'administration de la société concernée.

La décision visée à l'alinéa précédent est soumise aux mêmes conditions de forme et de publicité que la décision de l'assemblée générale visée au paragraphe 1er.

Art. 1021-4. Sauf dans les cas précisés à l'article 1021-3, paragraphes 2 à 4, l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante **et, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** n'est pas nécessaire si les conditions suivantes sont remplies :

1° la publicité prescrite à l'article 1021-2 est faite, pour la société absorbante, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la ou des sociétés absorbées appelées à se prononcer sur le projet commun de fusion ;

2° tous les associés de la société absorbante **et, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** ont le droit, un mois au moins avant la date indiquée au point 1°, de prendre connaissance, au siège social de cette société, des documents indiqués à l'article 1021-7, paragraphe 1er ;

3° un ou plusieurs associés de la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** disposant d'au moins 5 pour cent des actions ou parts du capital souscrit ont le droit de requérir jusqu'au lendemain de la tenue de l'assemblée générale de la société absorbée la convocation d'une assemblée générale de la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** appelée à se prononcer sur l'approbation de la fusion. L'assemblée doit être convoquée de façon à être tenue dans le mois de la réquisition.

Aux fins du premier alinéa, point 2°, l'article 1021-7, paragraphes 2, 3 et 4, est applicable. ».

Le Conseil de l'Ordre note qu'aucune modification n'est nécessaire à l'article 1021-5 de la LSC :

« **Art. 1021-5.** (1) Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent un rapport écrit détaillé à l'intention des associés expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet commun de fusion et en particulier le rapport d'échange des actions ou parts.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

(2) Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés concernées informent leur assemblée générale respective, ainsi que les organes d'administration ou de direction des autres sociétés concernées pour qu'ils puissent informer leur assemblée générale respective, de toute modification importante de l'actif et du passif qui a eu lieu entre la date de l'établissement du projet commun de fusion et la date de réunion des assemblées générales appelées à se prononcer sur le projet commun de fusion.

(3) Toutefois, le rapport visé au paragraphe 1^{er} et les informations visées au paragraphe 2, ne sont pas requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en ont décidé ainsi. En outre, les sociétés unipersonnelles sont dispensées de l'obligation d'établir un rapport ou une section du rapport à l'intention des associés. ».

28/81



Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que l'article 1021-6 de la LSC nécessite quant à lui quelques ajustements. Dans la mesure où la société absorbante est indirectement contrôlée par les mêmes actionnaires que la société émettrice, il est logique, selon le Conseil de l'Ordre, que le rapport d'expert requis pour les besoins de la fusion relativement à la société absorbante et la société émettrice puisse être émis par un seul expert nommé conjointement afin de faciliter le processus administratif et réduire les coûts. Ceci est reflété par un ajout au paragraphe 1 de l'article 1021-6 de la LSC.

Le Conseil de l'Ordre précise que le changement opéré au paragraphe 3 dudit article est purement formel pour refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire.

« Art. 1021-6. (1) Le projet de fusion doit faire l'objet d'un examen et d'un rapport écrit destiné aux associés. Cet examen sera fait et ce rapport sera établi pour chacune des sociétés qui fusionnent par un ou plusieurs experts indépendants à désigner par l'organe de gestion de chacune des sociétés qui fusionnent. Ces experts doivent être choisis parmi les réviseurs d'entreprises. Par dérogation à ce qui précède, en cas de fusion triangulaire, un seul expert peut être nommé conjointement par la société absorbante et la société émettrice et ce, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative. Toutefois il est possible de faire établir le rapport par un ou plusieurs experts indépendants pour toutes les sociétés qui fusionnent. Dans ce cas la désignation est faite, sur requête conjointe des sociétés qui fusionnent par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société absorbante a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

En cas de fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2, le rapport susdit doit être disponible un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion.

En cas de la constitution d'une société européenne (SE) par la voie de fusion ou en cas de fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2, les sociétés qui fusionnent peuvent demander conjointement la désignation d'un ou de plusieurs experts indépendants au magistrat président une chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel une des sociétés a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé ou à l'autorité judiciaire ou administrative d'un autre Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou recourir à un ou plusieurs experts indépendants agréés par une telle autorité. Toutefois, lorsque l'approbation de la fusion n'est pas requise par l'assemblée générale de la société absorbante conformément à l'article 1021-4, 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.



(2) Dans le rapport mentionné au paragraphe 1er, les experts doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable. Cette déclaration doit :

1° indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ;

2° indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue.

Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

(3) Les règles prévues à l'article 420-10, paragraphes 2 à 9, ne s'appliquent **ni à la société absorbante, ni à la société émettrice pas** lorsqu'un rapport d'expert sur le projet commun de fusion est établi ou lorsque les conditions de l'article 420-10, paragraphes 2 à 9, ne sont pas remplies.

(4) Chaque expert a le droit d'obtenir auprès des sociétés qui fusionnent tous les renseignements et documents utiles et de procéder à toutes les vérifications nécessaires.

(5) Ni un examen du projet commun de fusion par des experts indépendants ni un rapport d'expert ne sont requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en ont ainsi décidé.

Les sociétés unipersonnelles sont dispensées de l'application du présent article. ».

Le Conseil de l'Ordre note que les articles 1021-7 et 1021-8 de la LSC ne nécessitent pas d'être modifiés :

« **Art. 1021-7.** (1) Tout associé a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion, de prendre connaissance, au siège social, des documents suivants :

1° le projet commun de fusion ;

2° les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent ;

3° le cas échéant, un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet

30/81

commun de fusion au cas où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date ;

4° le cas échéant, les rapports des organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent mentionnés à l'article 1021-5 ;

5° le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 1021-6.

Aux fins du paragraphe 1er, point 3°, un état comptable n'est pas requis si la société publie un rapport financier semestriel conformément à l'article 4 de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières, et le met à la disposition des associés conformément au présent paragraphe, ou si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion en sont ainsi convenus.

(2) L'état comptable prévu au paragraphe 1er, point 3°, est établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel.

Il n'est toutefois pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire réel.

Par ailleurs, les évaluations figurant au dernier bilan ne sont modifiées qu'en fonction des mouvements d'écriture ; cependant, il sera tenu compte :

1° des amortissements et provisions intérimaires ;

2° des changements importants de valeur réelle n'apparaissant pas dans les écritures.

(3) Copie intégrale ou, s'il le désire, partielle des documents visés au paragraphe 1er peut être obtenue par tout associé sans frais et sur simple demande.

Lorsqu'un associé a consenti à l'utilisation, par la société, de moyens électroniques pour la communication des informations, les copies peuvent être fournies par courrier électronique.

(4) Une société est dispensée de l'obligation de mettre à disposition les documents visés au paragraphe 1er à son siège social si, pendant une période continue 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, elle les met à disposition sur son site internet.

Le paragraphe 3 ne s'applique pas si le site internet donne aux associés, pendant toute la période visée au premier alinéa du présent paragraphe, la possibilité de télécharger et d'imprimer les documents visés au paragraphe

31/81

1er. Toutefois, dans ce cas, la société doit mettre à disposition ces documents à son siège social, où ils pourront être consultés par les associés.

Art. 1021-8. (1) *Une société à responsabilité limitée, une société coopérative ou un groupement d'intérêt économique ne peut absorber une autre société ou groupement d'intérêt économique que si les associés ou membres de cette autre société ou groupement d'intérêt économique remplissent les conditions requises pour acquérir la qualité d'associé ou de membre de la société ou groupement d'intérêt économique absorbant.*

(2) *Dans les sociétés coopératives, chaque associé a la faculté, nonobstant toute disposition contraire des statuts, de démissionner à tout moment et sans avoir à satisfaire à aucune autre condition, dès la convocation de l'assemblée générale appelée à décider la fusion de la société avec une société absorbante d'une autre forme. ».*

La démission doit être notifiée à la société par lettre recommandée à la poste déposée cinq jours au moins avant la date de l'assemblée. Elle n'aura d'effet que si la fusion est décidée.

Les convocations à l'assemblée reproduisent le texte des alinéas 1er et 2 du présent paragraphe. ».

Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que des ajustements purement formels sont requis à l'article 1021-9 de la LSC afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« Art. 1021-9. (1) *Les créanciers des sociétés qui fusionnent, dont la créance est antérieure à la date de la publication des actes constatant la fusion prévue à l'article 1021-14 peuvent, nonobstant toute convention contraire, dans les deux mois de cette publication, demander au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société débitrice a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, la constitution de sûretés pour des créances échues ou non échues, au cas où ils peuvent démontrer, de manière crédible, que la fusion constitue un risque pour l'exercice de leurs droits et que la société ne leur a pas fourni de garanties adéquates. Le président rejette cette demande, si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires, compte tenu de la situation financière de la société après la fusion. La société débitrice peut écarter cette demande en payant le créancier même si la créance est à terme.*

Si la sûreté n'est pas fournie dans le délai fixé, la créance devient immédiatement exigible.

(2) *Si la société absorbée est une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société en commandite par actions, une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, une*

32/81

société civile ou un groupement d'intérêt économique, les associés en nom collectif, les associés commandités, les associés de la société coopérative, les associés de la société civile ou les membres du groupement d'intérêt économique restent tenus, conjointement ou solidairement selon le cas, à l'égard des tiers, des engagements de la société dissoute antérieurs à l'opposabilité aux tiers de l'acte de fusion conformément à l'article 1021-14.

(3) Si la société absorbante, ou en cas de fusion triangulaire, la société émettrice, est une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société en commandite par actions, une société coopérative dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, une société civile ou un groupement d'intérêt économique, les associés en nom collectif, les associés commandités, les associés de la société coopérative, les associés de la société civile ou les membres du groupement d'intérêt économique répondent, conjointement ou solidairement selon le cas, à l'égard des tiers, des engagements de la société dissoute antérieurs à la fusion. Ils peuvent cependant être exonérés de cette responsabilité par une clause expresse insérée dans le projet et l'acte de fusion, opposable aux tiers conformément à l'article 1021-14.

Les paragraphes 1^{er}, 2 et 3 sont 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 autres procédures d'insolvabilité. ».

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 1021-10 de la LSC ne nécessite pas d'être modifié.

« **Art. 1021-10.** Sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif de leurs droits, il est fait application de l'article 1021-9 aux obligataires des sociétés qui fusionnent, sauf si la fusion a été approuvée par une assemblée des obligataires ou par les obligataires individuellement. ».

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 1021-11 de la LSC comme suit afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« **Art. 1021-11.** (1) Les porteurs de titres, autres que des actions ou parts sociales, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissent dans la société absorbée.

(2) Le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable si la modification des droits en cause a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres statuant aux conditions de présence et de majorité telles que prévues à l'article 1021-3.

(3) A défaut de convocation de l'assemblée prévue au paragraphe précédent ou, en cas de refus d'acceptation par celle-ci de la modification proposée, les titres en cause sont rachetés au prix correspondant à leur

33/81



évaluation faite dans le projet commun de fusion et vérifiée par les experts indépendants prévus à l'article 1021-6. ».

Le Conseil de l'Ordre précise que les articles 1021-12 et 1021-13 de la LSC restent inchangés :

« Art. 1021-12. (1) Les procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion sont établis par acte notarié ; il en est de même du projet commun de fusion lorsque la fusion ne doit pas être approuvée par les assemblées générales de toutes les sociétés qui fusionnent.

(2) Le notaire doit vérifier et attester l'existence et la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet commun de fusion.

En cas de constitution d'une société européenne (SE) par la voie d'une fusion ou en cas de fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2, le notaire délivre sans délai un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion pour la partie de la procédure relative à la société de droit luxembourgeois.

Lorsqu'une société européenne (SE), constituée par voie de fusion, est appelée à établir son siège statutaire au Luxembourg, ou lorsque la fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2se réalise par l'absorption par une société de droit luxembourgeois d'une société de droit étranger, le notaire, en vue d'effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe, reçoit de chaque société qui fusionne, dans un délai de six mois à compter de sa délivrance, le certificat visé à l'alinéa précédent, établi par un notaire ou toute autorité compétente selon la législation nationale de chaque société qui fusionne ainsi qu'une copie du projet commun de fusion approuvé par chaque société. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions légales arrêtées en application de la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs à l'article 133 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

(3) En cas de fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2, si le droit d'un Etat dont relève une société qui fusionne prévoit une procédure permettant d'analyser et de modifier le rapport d'échange des titres ou des parts, ou une procédure visant à indemniser les associés minoritaires, sans empêcher l'immatriculation de la fusion transfrontalière, cette procédure ne s'applique que si les autres sociétés qui fusionnent et qui sont situées dans un Etat ne prévoyant pas ce type de procédure acceptent explicitement, lorsqu'elles approuvent le projet de

34/81



fusion transfrontalière, la possibilité offerte aux associés de cette société qui fusionne d'avoir recours auxdites procédures à engager auprès de l'autorité compétente pour cette société qui fusionne. Dans ce cas, le notaire ou l'autorité compétente visée à l'alinéa précédent peut délivrer le certificat y visé, même si une procédure de ce type est engagée. Le certificat doit cependant indiquer que la procédure est en cours. La décision prise à l'issue de la procédure lie la société issue de la fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2 et l'ensemble de ses associés.

Art. 1021-13. *La fusion est réalisée lorsque sont intervenues les décisions concordantes prises au sein des sociétés en cause. ».*

Le Conseil de l'Ordre note qu'un ajustement purement formel est requis à l'article 1021-14 de la LSC afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« Art. 1021-14. (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.

*(2) La société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, la société émettrice** peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la ou les sociétés absorbées. ».*

Aucune modification n'est requise aux articles 1021-15 et 1021-16 de la LSC qui restent donc inchangés :

« Art. 1021-15. (1) Par dérogation aux articles 1021-13 et 1021-14, la fusion et la constitution simultanée de la société européenne (SE) prennent effet à la date à laquelle la société européenne (SE) est immatriculée au registre de commerce et des sociétés.

(2) La société européenne (SE) ne peut être immatriculée qu'après l'accomplissement de toutes les formalités prévues à l'article 1021-12.

Art. 1021-16. *La date de prise d'effet d'une fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2 est déterminée par la législation de l'Etat dont relève la société issue de la fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2.*

(2) Les droits des Etats dont relèvent les sociétés qui fusionnent et la société issue de la fusion s'appliquent distributivement à l'égard des

35/81

modalités de la publicité de la réalisation de la fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2 dans leurs registres respectifs.

(3) En cas d'absorption d'une société de droit luxembourgeois par une société de droit étranger, la radiation de la société absorbée s'effectue dès réception par le registre de commerce et des sociétés de la preuve concluante de la prise d'effet de la fusion, mais pas avant. ».

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 1021-17, paragraphe 1, point 1° de la LSC afin de confirmer que la fusion résulte en un apport, en cas de fusion classique, à la société absorbante et, en cas de fusion triangulaire, à la société émettrice permettant de justifier l'attribution de nouveaux titres aux associés de la ou des sociétés absorbées. Dans l'hypothèse d'une fusion triangulaire, le nouveau texte proposé ci-après résulte dans la reconnaissance légale d'un apport indirect par accroissement de la valeur de la filiale-société absorbante dans les comptes sociaux de la mère-société émettrice et création d'une allocation en compte 115 (« apport en capitaux propres non rémunéré par des titres » du plan comptable normalisé luxembourgeois) correspondante dans les comptes sociaux de la filiale-société absorbante. Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que les notaires intervenant dans le cadre des fusions triangulaires pourront dès lors faire référence à ce texte dans leurs actes pour constater l'émission de nouveaux titres dans le cadre d'une fusion triangulaire.

Le Conseil de l'Ordre note également que des ajustements purement formels sont nécessaires au point 2° du paragraphe 1 dudit article afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire.

« Art. 1021-17. (1) La fusion entraîne de plein droit et simultanément les effets suivants :

*1° la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée, y compris tous les contrats, crédits, droits et obligations, à la société absorbante. Le patrimoine ainsi transféré **constitue un apport permettant l'attribution d'actions ou parts par la société absorbante ou, en cas de fusion triangulaire, par la société émettrice aux associés de la ou des sociétés absorbées visée sous 2°** ;*

*2° les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** ;*

3° la société absorbée cesse d'exister ;

4° l'annulation des actions ou parts sociales de la société absorbée détenues par la société absorbante ou par la société absorbée ou encore par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de l'une de ces sociétés.

36/81



(2) *Par dérogation au paragraphe 1er, point 1°, le transfert des droits de propriétés industrielle et intellectuelle ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. Ces formalités peuvent encore être accomplies durant une période de six mois à compter de la date à laquelle la fusion prend effet.*

(3) *Les droits et obligations des sociétés participantes en matière de conditions d'emploi résultant de la législation, de la pratique et de contrats de travail individuels ou des relations de travail au niveau national et existant à la date de l'immatriculation sont transférés à la société européenne (SE) au moment de l'immatriculation du fait même de celle-ci.*

(4) *En cas d'opérations de fusion transfrontalière autre que celles définies aux articles 1025-1 et 1025-2, les droits et obligations des sociétés participantes résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet conformément aux dispositions de l'article 1021-16, paragraphe 1er, sont transférés à la société absorbante à la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière. ».*

Les articles 1021-18 et 1021-19 de la LSC restent inchangés :

« Art. 1021-18. Les associés de la société absorbée peuvent poursuivre individuellement et exercer contre les membres des organes d'administration ou de direction et les experts prévus par l'article 1021-6 une action en responsabilité pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient subi par suite d'une faute commise par les membres des organes d'administration ou de direction lors de la préparation et de la réalisation de la fusion ou par les experts lors de l'accomplissement de leur mission. La responsabilité pèse solidairement sur les membres des organes d'administration ou de direction ou les experts de la société absorbée ou, le cas échéant, sur les uns et les autres. Toutefois, chacun de ceux-ci peut s'en décharger s'il démontre qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable. ».

Art. 1021-19. (1) *La nullité de la fusion ne peut intervenir que dans les conditions suivantes : 1° la nullité doit être prononcée par décision judiciaire ;*

2° lorsque la fusion est réalisée conformément à l'article 1021-13, elle ne peut être prononcée que pour défaut d'acte notarié ou, le cas échéant, sous seing privé, ou bien s'il est établi que la décision de l'assemblée générale de l'une ou de l'autre des sociétés participant à la fusion est nulle ;

3° l'action en nullité ne peut plus être intentée après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée ;



4° lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de la fusion, le tribunal compétent accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation ;

5° la décision prononçant la nullité de la fusion fait l'objet d'une publicité selon les modes prévus au 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 ;

6° la tierce opposition contre la décision prononçant la nullité de la fusion n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publicité de la décision effectuée selon le titre 1er, chapitre Vbis de la loi précitée du 19 décembre 2002 ;

7° la décision prononçant la nullité de la fusion ne porte atteinte par elle-même à la validité des obligations nées à la charge ou au profit de la société absorbante, antérieurement à la publicité de la décision et postérieurement à la date visée à l'article 1021-13 ;

8° les sociétés ayant participé à la fusion répondent solidairement des obligations de la société absorbante visées au point 7°.

(2) Par dérogation au paragraphe 1er, point 2°, la nullité d'une fusion destinée à constituer une société européenne (SE) ne peut pas être prononcée lorsque la société européenne (SE) est immatriculée au registre de commerce et des sociétés.

La société européenne (SE) pourra être dissoute lorsque le contrôle de la légalité de la fusion n'aura pas été effectué conformément à l'article 1021-12, paragraphe 2.

(3) Par dérogation au paragraphe 1er, point 3°, la nullité d'une fusion par absorption d'une société de droit étranger ayant pris effet conformément à l'article 1021-16 ne peut pas être prononcée. ».

Le Conseil de l'Ordre précise que les articles 1022-1 à 1024-1 de la LSC restent inchangés et ne sont pas reproduits ci-après.

La Section 5 relative aux fusions transfrontalières européennes nécessite également des ajustements afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire.

« Section 5 – Des fusions transfrontalières européennes

Art. 1025-1. Dispositions générales

(1) La présente section s'applique aux fusions 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'article 119, paragraphe 1er de la directive (UE) 2017/1132 du

38/81



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 de cet autre État membre. Ces fusions sont dénommées ci-après « fusions transfrontalières européennes ».

(2) La présente section s'applique aux fusions transfrontalières européennes lors desquelles :

*1° une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, actif et passif, à une autre société préexistante, la société absorbante, moyennant l'attribution à leurs associés de titres ou de parts sociales représentatifs du capital social de l'autre société **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice**, et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 pour cent de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres ou parts sociales ;*

2° deux ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, actif et passif, à une société qu'elles constituent, la nouvelle société, moyennant l'attribution à leurs associés de titres ou de parts sociales représentatifs du capital social de cette nouvelle société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 pour cent de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres ou parts sociales;

3° une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, actif et passif, à la société qui détient la totalité des titres ou des parts sociales représentatifs de son capital social ;

4° une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif, à une autre société préexistante, la société absorbante, sans émission de nouvelles actions par la société absorbante, à condition qu'une personne détienne directement ou indirectement toutes les actions des sociétés qui fusionnent ou que les associés des sociétés qui fusionnent détiennent leurs titres et actions dans la même proportion dans toutes les sociétés qui fusionnent.

(3) Nonobstant ce qui précède, la présente section s'applique également aux fusions transfrontalières européennes lors desquelles le versement de la soulte en espèces dépasse 10 pour cent de la valeur nominale, ou à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces actions ou parts sociales représentant le capital de la société issue de la fusion transfrontalière européenne.

(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 chapitre II du titre X. ».

Les articles 1025-2 et 1025-3 de la LSC restent inchangés :

« Art. 1025-2. Autres dispositions concernant le champ d'application

(1) La présente section ne s'applique pas aux sociétés coopératives, quand bien même ces dernières seraient organisées comme des sociétés anonymes conformément au prescrit de l'article 820-1.

(2) La présente section ne s'applique pas davantage aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société dont l'objet est le placement collectif des capitaux recueillis auprès du public, dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de cette société. Est assimilé à de tels rachats ou remboursements le fait pour une société d'agir afin que la valeur de ses parts en bourse ne s'écarte pas sensiblement de leur valeur d'inventaire nette.

(3) La présente section ne s'applique pas non plus aux sociétés se trouvant dans l'une des situations suivantes :

1° la société est en liquidation et a commencé à répartir des actifs entre ses associés ;

2° la société est soumise aux instruments, pouvoirs et mécanismes de résolution prévus au titre IV de la directive (UE) 2014/59 ou au titre V du règlement (UE) 2021/23 ;

3° la société est soumise à des mesures de prévention de crise au sens de l'article 2, para- graphe 1er, point 101) de la directive (UE) 2014/59 ou de l'article 2, point 48), du règlement (UE) 2021/23.

(4) La présente section ne s'applique pas aux fusions transfrontalières 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).

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 1er se conforme aux dispositions du chapitre 2 du titre X et la société relevant du droit d'un autre État membre se conforme aux dispositions et formalités dont elle relève de la législation nationale, sans préjudice des dispositions de l'article 21 du

40/81



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.

(3) Lorsqu'une des sociétés qui fusionnent est gérée selon un régime de participation des travailleurs et que la société absorbante résultant de la fusion est une société de droit luxembourgeois régie par un tel système conformément aux règles visées aux articles L. 426-13 et L. 426-14 du Code du travail, cette dernière prend obligatoirement la forme d'une société anonyme. ».

Le Conseil de l'Ordre note que des ajustements purement formels sont nécessaires aux articles 1025-4 et 1025-5 de la LSC afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« Art. 1025-4. Projet commun de fusion transfrontalière européenne

Les organes de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet commun de fusion transfrontalière européenne qui comprend au moins :

1° pour chacune des sociétés qui fusionnent, sa forme juridique, sa dénomination et le lieu de son siège statutaire et la forme juridique et la dénomination envisagées pour la société issue de la fusion transfrontalière européenne et le lieu envisagé pour son siège statutaire ;

2° le rapport d'échange des titres, des actions ou des parts sociales représentatifs du capital social de la société et, le cas échéant, le montant de toute soule en espèces ;

3° les modalités d'attribution des titres, des actions ou des parts sociales représentatifs du capital social de la société issue de la fusion transfrontalière européenne ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice ;

4° une description des effets probables de la fusion transfrontalière européenne sur l'emploi ;

5° la date à partir de laquelle ces titres, actions ou parts sociales représentatifs du capital social donnent le droit de participer aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit ;

6° la date à partir de laquelle les opérations des sociétés qui fusionnent sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société issue de la fusion transfrontalière européenne ;

41/81

7° les droits assurés par la société issue de la fusion transfrontalière européenne ou, en cas de fusion triangulaire, par la société émettrice aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou des parts sociales représentatifs du capital social ou les mesures proposées à leur égard ;

8° tous avantages particuliers attribués aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent ;

9° l'acte constitutif de la société issue de la fusion transfrontalière européenne, le cas échéant, et les statuts, s'ils font l'objet d'un acte distinct ;

10° le cas échéant, des informations sur les procédures selon lesquelles sont fixées les modalités relatives à l'implication des travailleurs dans la définition de leurs droits de participation dans la société issue de la fusion transfrontalière européenne ;

11° des informations concernant l'évaluation du patrimoine actif et passif transféré à la société issue de la fusion transfrontalière européenne ;

12° les dates des comptes des sociétés qui fusionnent utilisés pour définir les conditions de la fusion transfrontalière européenne ;

13° le montant et les modalités d'attribution aux associés d'une soulte en espèces conformément à l'article 1025-10 tels que fixés par les organes de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent ;

14° les garanties offertes aux créanciers, telles que les cautionnements et les gages ;

15° si une mesure d'incitation ou une subvention a été reçue par la société absorbée dans l'État membre de départ au cours des cinq dernières années.

Art. 1025-5. Publicité

(1) Les documents suivants sont publiés 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, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9:

1° le projet commun de fusion transfrontalière européenne ;

2° un avis informant les associés, les créanciers et les représentants des travailleurs de la société qui fusionne ou, en l'absence de tels représentants, les travailleurs eux-mêmes qu'ils peuvent présenter à la

42/81

société, au moins cinq jours ouvrables avant la date de l'assemblée générale, des observations concernant le projet de fusion transfrontalière européenne.

(2) Lorsque l'approbation de la fusion n'est pas requise par l'assemblée générale de la société absorbante de droit luxembourgeois **et, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice** conformément à l'article 1025-9, paragraphe 3, les informations visées aux paragraphes 1er du présent article sont publiées au moins un mois avant la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent. ».

Le Conseil de l'Ordre précise que l'article 1015-6 de la LSC ne requiert aucune modification :

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

(1) En cas de fusion transfrontalière européenne, l'organe d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport à l'intention des associés et des travailleurs expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière européenne et expliquant les implications de cette fusion transfrontalière européenne pour les travailleurs.

Il explique notamment les implications de la fusion transfrontalière européenne sur les activités futures de la société.

(2) Le rapport comprend également une section à l'intention des associés et une section à l'intention des travailleurs.

La société peut décider de rédiger un seul rapport contenant ces deux sections ou deux rapports distincts, respectivement à l'intention des associés et des travailleurs, contenant la section pertinente.

(3) La section du rapport ou le rapport à l'intention des associés explique, en particulier, ce qui suit:

1° la soulte en espèces et la méthode utilisée pour la déterminer ;

2° le rapport d'échange des actions ou des parts sociales et la ou les méthodes utilisées pour le déterminer, le cas échéant ;

3° les implications de la fusion transfrontalière européenne pour les associés ;

4° les droits et recours dont disposent les associés, conformément à l'article 1025-10.



(4) La section du rapport ou le rapport à l'intention des travailleurs explique, en particulier, ce qui suit:

1° les implications de la fusion transfrontalière européenne sur les relations de travail ainsi que, le cas échéant, les mesures à prendre pour préserver ces relations ;

2° tout changement significatif dans les conditions d'emploi applicables ou dans les lieux d'implantation de la société ;

3° la manière dont les facteurs énoncés aux points 1° et 2° ont un effet sur des filiales de la société.

(5) Le ou les rapports, le cas échéant, accompagnés du projet commun de fusion transfrontalière européenne, sont au moins mis à la disposition, par voie électronique, des associés et des représentants des travailleurs de chacune des sociétés qui fusionnent 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 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, paragraphe 3, le rapport est fourni six semaines au moins avant la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent.

(6) Si l'organe d'administration ou de direction de la société qui fusionne reçoit, en temps utile, un avis sur les informations visées aux paragraphes 1er et 4 de la part des représentants des travailleurs ou, en l'absence de tels représentants, des travailleurs eux-mêmes, les associés en sont informés et cet avis est annexé au rapport.

(7) Toutefois, la section du rapport ou le rapport à l'intention des associés n'est pas obligatoire lorsque tous les associés de la société ont accepté de renoncer à cette exigence. En outre, les sociétés unipersonnelles sont dispensées de l'obligation d'établir la section du rapport ou le rapport à l'intention des associés.

(8) Toutefois, la section du rapport à l'intention des travailleurs n'est pas obligatoire si la société et ses éventuelles filiales n'ont pas d'autres travailleurs que ceux qui appartiennent à l'organe d'administration ou de direction.

(9) Lorsque, conformément au paragraphe 7, il est renoncé à la section du rapport à l'intention des associés visée au paragraphe 3 et que la section à l'intention des travailleurs visée au paragraphe 4 n'est pas obligatoire en vertu du paragraphe 8, le rapport n'est pas obligatoire.



(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 et (CE) 2009/38. ».

S'agissant de l'article 1025-7 de la LSC, le Conseil de l'Ordre renvoie ici à son commentaire de l'article 1021-6. En effet, dans la mesure où la société absorbante est indirectement contrôlée par les mêmes actionnaires que la société émettrice, il lui semble logique que le rapport d'expert requis pour les besoins de la fusion relativement à la société absorbante et la société émettrice puisse être émis par un seul expert nommé conjointement afin de faciliter le processus administratif et réduire les coûts. Cet ajustement est reflété au paragraphe 1 de l'article 1025-7 de la LSC comme suit :

« 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) En lieu et place des experts agissant pour le compte de chacune des sociétés qui fusionnent, un ou plusieurs experts indépendants, désignés à cet effet sur demande conjointe de ces sociétés par une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la société issue de la fusion transfrontalière européenne, ou agréés par une telle autorité, peuvent examiner le projet de fusion transfrontalière européenne et établir un rapport écrit unique destiné à l'ensemble des associés. **Par dérogation à ce qui précède, en cas de fusion triangulaire, un seul expert peut être nommé conjointement par la société absorbante et la société émettrice, et ce, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative.***

(3) Le rapport visé au paragraphe 1er comprend en tout état de cause l'avis de l'expert sur le caractère adéquat de la soulte en espèces et du rapport d'échange des actions ou parts sociales.

Lorsqu'il évalue la soulte en espèces, l'expert prend en considération le prix de marché des actions ou parts sociales dans les sociétés qui fusionnent avant l'annonce du projet de fusion ou la valeur des sociétés sans tenir compte de l'effet de la fusion envisagée, déterminée selon les méthodes d'évaluation généralement acceptées. Le rapport contient au moins:

1° la mention de la ou des méthodes utilisées pour déterminer la soulte en espèces envisagée ;

45/81



2° la mention de la ou des méthodes suivies pour déterminer le rapport d'échange des actions ou parts sociales envisagé ;

3° une appréciation du caractère adéquat de la ou des méthodes utilisées pour l'évaluation de la soultte en espèces et du rapport d'échange des actions ou parts sociales, une indication des valeurs obtenues à l'aide de ces méthodes et un avis sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination des valeurs retenues et, si différentes méthodes sont utilisées dans les sociétés qui fusionnent, une indication sur la justification de l'utilisation de méthodes différentes ;

4° une description des éventuelles difficultés particulières d'évaluation rencontrées.

L'expert est habilité à obtenir des sociétés qui fusionnent toutes les informations qu'il juge nécessaires pour l'exécution des fonctions d'expert.

(4) 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.

Les sociétés unipersonnelles sont dispensées de l'application du présent article. ».

L'article 1025-8 de la LSC ne nécessite pas d'être modifié :

« **Art. 1025-8.** Mise à disposition des documents préparatoires

(1) Tout associé a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet commun de fusion transfrontalière européenne, de prendre connaissance, au siège social, des documents suivants :

1° le projet commun de fusion transfrontalière européenne ;

2° les comptes annuels ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent ;

3° le cas échéant, un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet commun de fusion transfrontalière européenne au cas où les derniers comptes annuels se rapportent un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date ;

4° le cas échéant, les rapports des organes d'administration ou de direction des sociétés qui fusionnent mentionnés à l'article 1025-6 ;

5° le cas échéant, les rapports mentionnés à l'article 1025-7.

46/81



Aux fins du paragraphe 1er, point 3°, un état comptable n'est pas requis si la société publie un rapport financier semestriel conformément à l'article 4 de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières, et le met à la disposition des associés conformément au présent paragraphe, ou si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion transfrontalière européenne en sont ainsi convenus.

(2) L'état comptable prévu au paragraphe 1er, point 3°, est établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel.

Il n'est toutefois pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire réel.

Par ailleurs, les évaluations figurant au dernier bilan ne sont modifiées qu'en fonction des mouvements d'écriture ; cependant, il sera tenu compte :

1° des amortissements et provisions intérimaires ;

2° des changements importants de valeur réelle n'apparaissant pas dans les écritures.

(3) Copie intégrale ou, s'il le désire, partielle des documents visés au paragraphe 1er peut être obtenue par tout associé sans frais et sur simple demande.

Lorsqu'un associé a consenti à l'utilisation, par la société, de moyens électroniques pour la communication des informations, les copies peuvent être fournies par courrier électronique.

(4) Une société est dispensée de l'obligation de mettre à disposition les documents visés au paragraphe 1er à son siège social si, pendant une période continue 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 transfrontalière européenne visée à l'article 1025-9 et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, elle les met à disposition sur son site internet.

Le paragraphe 3 ne s'applique pas si le site internet donne aux associés, pendant toute la période visée au premier alinéa du présent paragraphe, la possibilité de télécharger et d'imprimer les documents visés au paragraphe 1er. Toutefois, dans ce cas, la société doit mettre à disposition ses documents à son siège social, où ils pourront être consultés par les associés. ».

Des ajustements purement formels sont nécessaires aux articles 1025-9 et 1025-10 de la LSC afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

47/81

« Art. 1025-9. Approbation par l'assemblée générale

(1) *Après avoir pris connaissance, le cas échéant, des rapports visés aux articles 1025-6 et 1025-7, des avis des travailleurs soumis conformément à l'article 1025-6 et des observations formulées conformément à l'article 1025-5, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent décide, par voie de résolution, d'approuver, de modifier ou de rejeter le projet commun de fusion transfrontalière européenne et d'adapter ou non l'acte constitutif, ainsi que les statuts s'ils sont contenus dans un acte distinct.*

(2) *L'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent peut subordonner la réalisation de la fusion transfrontalière européenne :*

1° *le cas échéant, à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion transfrontalière européenne ;*

2° *à toute autre condition qu'elle pourrait juger appropriée en l'occurrence ;*

3° *à la survenance de tout terme qu'elle pourrait juger approprié en l'occurrence.*

(3) *L'approbation de la fusion transfrontalière européenne par l'assemblée générale de la société absorbante de droit luxembourgeois, **et en cas de fusion triangulaire, par la société émettrice**, n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'article 1021-4 sont remplies.*

(4) *La validité de la décision de l'assemblée générale approuvant la fusion transfrontalière européenne préalablement à sa prise d'effet conformément à l'article 1025-15 ne pourra pas être contestée conformément à l'article 100-22 uniquement sur la base des motifs suivants :*

1° *le rapport d'échange visé à l'article 1025-4, point 2° n'a pas été fixé correctement ;*

2° *la soulte en espèces visée à l'article 1025-4, point 13° n'a pas été fixée correctement ;*

3° *les informations mentionnées en ce qui concerne le rapport d'échange visé au point 1° ou la soulte en espèces visée au point 2° n'étaient pas conformes aux exigences légales.*

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 ont le droit de céder leurs actions ou parts sociales, à l'exclusion des actions*

48/81

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. Dans ce dernier cas, la cession conformément à l'alinéa 1er devra nécessairement porter sur l'intégralité des actions de la société absorbée inscrites sur le compte-titres du titulaire de compte ayant instruit le teneur de comptes, le cas échéant étranger, d'exercer le droit de retrait.

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 plus tard, au notaire lors de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9.

(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 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.

(3) Tout associé ayant fait part de sa décision d'exercer son droit de céder ses actions ou ses parts sociales, mais qui estime que la soulte en espèces proposée par la société qui fusionne concernée n'a pas été fixée correctement, a le droit de réclamer une soulte en espèces supplémentaire 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. La date limite pour la réclamation d'une soulte en espèces supplémentaire est fixée à un mois à compter de l'assemblée générale visée à l'article 1025-9 et l'introduction d'une telle réclamation n'aura pas d'effet suspensif sur l'opération en cours.



La décision de justice ayant force de chose jugée 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 conformément au paragraphe 1.

(4) Le droit luxembourgeois régit les droits visés aux paragraphes 1 à 3 en ce qui concerne la société luxembourgeoise partie à la fusion. Les tribunaux luxembourgeois sont compétents pour régler d'éventuels litiges relatifs à ces droits est attribuée 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.

*(6) La société issue de la fusion transfrontalière européenne **ou, en cas de fusion triangulaire, la société émettrice** peut offrir des actions, des parts sociales ou une autre compensation au lieu d'une soulte en espèces. ».*

Le Conseil de l'Ordre note que les articles 1025-11 à 1025-16 de la LSC restent inchangés :

« Art 1025-11. Protection des créanciers

(1) Les créanciers de la société luxembourgeoise partie à la fusion transfrontalière européenne dont les créances sont nées antérieurement à la publication du projet commun de fusion transfrontalière européenne qui ne sont pas satisfaits des garanties offertes dans le projet commun de fusion transfrontalière européenne, visées à l'article 1025-4, point 14°, peuvent, après notification préalable à la société luxembourgeoise débitrice et dans les trois mois qui suivent la publication du projet commun de fusion transfrontalière européenne visée à l'article 1025-5, saisir le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société débitrice a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé pour obtenir des garanties adéquates, à la condition que ces créanciers puissent démontrer, de manière crédible, que la fusion transfrontalière européenne compromet le recouvrement de leurs

50/81



créances et qu'ils n'ont pas obtenu des sociétés qui fusionnent des garanties satisfaisantes. L'introduction d'une telle demande n'aura toutefois pas d'effet suspensif sur l'opération en cours. La société luxembourgeoise débitrice peut écarter cette demande en payant le créancier, même si la créance est à terme.

Les garanties octroyées en vertu du présent article sont conditionnées à la prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne conformément à l'article 1025-15.

(2) Le paragraphe 1er 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 autres procédures d'insolvabilité.

(3) Le paragraphe 1er est sans préjudice de l'application du droit des États membres des sociétés qui fusionnent en ce qui concerne la satisfaction ou la garantie des engagements pécuniaires ou non pécuniaires dus aux organismes publics.

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.

(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.

(3) La demande visée au paragraphe 2, y compris la communication de toute information et de tout document, peut se faire entièrement en ligne sans qu'il ne soit nécessaire que les demandeurs se présentent en personne devant le notaire conformément aux dispositions pertinentes de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.



(4) *En ce qui concerne le respect des règles relatives à la participation des travailleurs prévues par le Code du travail, le notaire vérifie que le projet commun de fusion transfrontalière européenne contient des informations sur les procédures permettant de déterminer les modalités pertinentes et sur les options possibles pour de telles modalités.*

(5) *Dans le cadre du contrôle visé au paragraphe 1er, le notaire examine :*

1° tous les documents et informations soumis au notaire conformément au paragraphe 2 ;

2° une indication des sociétés qui fusionnent selon laquelle la procédure visée par la législation applicable en droit du travail, a débuté, le cas échéant.

(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 n'excédant pas trois mois.

(7) *Le notaire ne délivre pas de certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne s'il constate, conformément au droit national et après avoir accompli les diligences normales, 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.*

(8) *Lorsque le notaire, lors du contrôle de légalité visé au paragraphe 1er, soupçonne sérieusement 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, il tient compte des faits et circonstances pertinents, tels*



que, le cas échéant et sans les considérer isolément, les facteurs indicatifs dont le notaire a pris connaissance au cours du contrôle visé au paragraphe 1er. L'appréciation aux fins du présent paragraphe est menée au cas par cas, en conformité avec la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

(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 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 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 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.

(12) En cas d'absence de réponse des autorités pertinentes consultées par le notaire conformément au paragraphe 11 dans le délai imparti pour réaliser le contrôle visé au présent article, le notaire ne devra s'abstenir de délivrer le certificat préalable qu'en présence de circonstances exceptionnelles.

(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 de la décision de refus.

Si le recours mentionné à l'alinéa précédent aboutit, le certificat préalable à la fusion devra être remis au notaire par la société luxembourgeoise ayant formé ledit recours.

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du nouveau Code de procédure civile.



L'assignation et l'acte d'appel sont signifiés respectivement au procureur d'État et au procureur général d'État.

Art. 1025-13. Transmission du certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne

(1) Le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne délivré par le notaire est déposé au registre de commerce et des sociétés et est transmis par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés au registre auprès duquel les sociétés qui participent à l'opération sont immatriculées, selon les modalités prévues par règlement grand-ducal.

(2) En cas d'absorption d'une société de droit luxembourgeois, le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés transmet le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne au registre auprès duquel les sociétés qui participent à l'opération sont immatriculées, selon les modalités prévues par règlement grand-ducal.

Art. 1025-14. Contrôle de la légalité

(1) Le notaire est compétent pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière européenne pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière européenne, et le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière européenne lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion transfrontalière européenne dans les mêmes termes 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, chaque société qui fusionne remet au notaire le projet commun de fusion transfrontalière européenne approuvé par l'assemblée générale visée à l'article 1025-9 ou, lorsque l'approbation de l'assemblée générale n'est pas requise en vertu de l'article 1025-18, paragraphe 3, le projet commun de fusion transfrontalière européenne approuvé par chacune des sociétés qui fusionnent conformément au droit national.

(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 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) Le notaire constate sans délai 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'État 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'État membre dont le certificat est issu de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante.

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'État membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière européenne, lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise.

(2) Entre les parties, la fusion transfrontalière européenne est réalisée dès que le notaire constate l'opération à la suite du contrôle visé à l'article 1025-14.

(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 issue de la fusion transfrontalière européenne qui décide de la fusion transfrontalière européenne.

Art. 1025-16. Immatriculation

(1) Les droits des États membres dont relèvent les sociétés qui fusionnent et la société issue de la fusion transfrontalière européenne s'appliquent distributivement à l'égard des modalités de la publicité de la réalisation de la fusion transfrontalière européenne dans leurs registres respectifs.

(2) Lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne est soumise au droit luxembourgeois, le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés notifie sans délai au registre de l'État membre de chacune des sociétés qui fusionnent, que la fusion transfrontalière européenne a pris effet.

(3) Lorsque la société de droit luxembourgeois a vocation à être dissoute sans liquidation à la suite de la prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne conformément à l'article 1025-15, paragraphe 1er, la radiation

de la société de droit luxembourgeois intervient dès réception de la notification de la prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne par le registre de l'État membre de la société issue de la fusion transfrontalière européenne. ».

L'article 1025-17 de la LSC nécessite des ajustements purement formels afin de refléter l'hypothèse de la fusion triangulaire :

« Art. 1025-17. Effets d'une fusion transfrontalière européenne

(1) La fusion transfrontalière européenne par absorption réalisée conformément à l'article 1025-1, paragraphe 2, points 1°, 2° et 4° entraîne, à partir de la date visée à l'article 1025-15, les effets suivants :

1° la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée, en ce compris tous les contrats, crédits, droits et obligations, à la société absorbante ;

*2° les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante **ou, en cas de fusion triangulaire, de la société émettrice**, à moins qu'ils n'aient cédé leurs actions ou leurs parts sociales comme visé à l'article 1025-10, paragraphe 1er ;*

3° la société absorbée cesse d'exister ;

4° l'annulation des actions ou parts sociales de la société absorbée détenues par la société absorbante ou par la société absorbée ou encore par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de l'une de ces sociétés.

(2) La fusion transfrontalière européenne par constitution de nouvelle société réalisée conformément à l'article 1025-1, paragraphe 2, points 3° entraîne, à partir de la date visée à l'article 1025-15, les effets suivants :

1° la transmission universelle, tant à l'égard de la nouvelle société qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés qui fusionnent, en ce compris tous les contrats, crédits, droits et obligations, à la nouvelle société ;

2° les associés des sociétés qui fusionnent deviennent associés de la nouvelle société, à moins qu'ils n'aient cédé leurs actions ou leurs parts sociales comme visé à l'article 1025-10, paragraphe 1er ;

3° les sociétés qui fusionnent cessent d'exister ;

4° l'annulation des actions ou parts sociales de la société absorbée détenues par la société absorbante ou par la société absorbée ou encore par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de l'une de ces sociétés.

56/81



(3) Par dérogation au paragraphe 1er, point 1°, le transfert des droits de propriétés industrielle et intellectuelle ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. Ces formalités peuvent encore être accomplies durant une période de six mois à compter de la date à laquelle la fusion transfrontalière européenne prend effet.

(4) En cas d'opérations de fusion transfrontalière européenne, les droits et obligations des sociétés qui fusionnent résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à la date à laquelle la fusion transfrontalière européenne prend effet conformément aux dispositions de l'article 1025-15, paragraphe 1er, sont transférés à la société issue de la fusion transfrontalière européenne à la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière européenne. ».

Enfin, le Conseil de l'Ordre note que les articles 1025-18 à 1025-20 de la LSC ne nécessitent pas d'être modifiés :

« Art. 1025-18. Formalités simplifiées

(1) Lorsqu'une fusion transfrontalière européenne 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 absorbante et dans la ou les sociétés absorbées et que la société absorbante n'attribue aucune action dans le cadre de la fusion transfrontalière européenne :

1° l'article 1025-4, points 2°, 3°, 5° et 13°, l'article 1025-7 et l'article 1025-17, paragraphe 1er, point 2°, ne s'appliquent pas ;

2° l'article 1025-6 et l'article 1025-9, paragraphe 1er, ne s'appliquent pas à la société ou aux sociétés absorbées.

(2) Lorsqu'une fusion transfrontalière européenne par absorption est réalisée par une société qui détient 90 pour cent ou plus, mais non la totalité, des actions, parts sociales ou autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales de la société ou des sociétés absorbées, les rapports d'un ou des experts indépendants et les documents nécessaires pour le contrôle sont exigés uniquement dans la mesure où ils sont requis par la législation nationale dont relèvent la société absorbante ou la ou les sociétés absorbées.

(3) Lorsque les droits des États membres de toutes les sociétés qui fusionnent prévoient l'exemption de l'approbation par l'assemblée générale conformément à l'article 1025-9, paragraphe 3, et au paragraphe 1er du présent article, le projet commun de fusion transfrontalière européenne ou les informations visées à l'article 1025-5, paragraphe 1er, respectivement

57/81

et les rapports visés aux articles 1025-6 et 1025-7 sont mis à disposition un mois au moins avant que la décision de fusion ne soit prise par la société conformément au droit national.

Art. 1025-19. Action en responsabilité

Les associés de la société absorbée de droit luxembourgeois peuvent poursuivre individuellement et exercer contre les membres des organes d'administration ou de direction de ladite société et les experts prévus par l'article 1025-7 une action en responsabilité pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils auraient subi par suite d'une faute commise par les membres des organes d'administration ou de direction lors de la préparation et de la réalisation de la fusion transfrontalière européenne ou par les experts lors de l'accomplissement de leur mission. La responsabilité pèse solidairement sur les membres des organes d'administration ou de direction de la société de droit luxembourgeois ou les experts de la société absorbée ou, le cas échéant, sur les uns et les autres. Toutefois, chacun de ceux-ci peut s'en décharger s'il démontre qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable.

Art. 1025-20. Validité

La nullité d'une fusion transfrontalière européenne ayant pris effet conformément à l'article 1025-15 ne peut être prononcée. ».

(b) **Modification de la LIR afin d'y inclure les fusions triangulaires**

Le Conseil de l'Ordre note qu'au-delà du texte de la LSC, l'introduction de la fusion triangulaire nécessite aussi une modification de la LIR en ses articles 22bis, 170, 170ter et 171.

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 22bis de la LIR comme suit :

« Art. 22bis.

(1) Au sens de la présente loi, on entend par :

– société d'un État membre : toute société visée à l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, et toute société de capitaux ou société coopérative qui est un résident d'un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) autre qu'un État membre de l'Union européenne, pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités;

– société acquise : la société dans laquelle une autre société acquiert une participation, moyennant un échange de titres ;

– société acquérante : la société qui acquiert une participation, moyennant un échange de titres ;

– société émettrice : la société qui possède 100% des actions, parts et titres représentatifs du capital social détenus dans la société bénéficiaire de la transmission dans le cadre d'une fusion triangulaire. »

L'alinéa (2) points 1, 2, et 4 de l'article 22bis de la LIR restent inchangés.

L'alinéa (2) point 3 dudit article est modifié comme suit :

*« 3. lors d'une fusion ou d'une scission de sociétés de capitaux ou de sociétés résidentes d'un État membre : l'attribution à l'associé de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou des sociétés bénéficiaires de la transmission, **dans le cas d'une fusion triangulaire, de la société émettrice** en échange des titres représentatifs du capital social détenus dans la société apporteuse ; ».*

Les alinéas (3), (4) et (5) de l'article 22bis de la LIR restent inchangés.

En outre, le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 170 (2) de la LIR, comme suit, laissant les alinéas (1), (3), (4) et (5) dudit article inchangés :

« Art. 170.

(2) Toutefois, lorsque l'actif social d'un organisme à caractère collectif résident est transmis en bloc à un autre organisme à caractère collectif résident pleinement imposable, notamment dans le cadre d'une fusion ou d'une transformation de société, le bénéfice réalisé à l'occasion de la transmission est exonéré dans la mesure où les conditions suivantes sont remplies :

*1. la transmission doit être opérée soit moyennant attribution aux associés de l'organisme apporteur de titres représentatifs du capital social de l'organisme bénéficiaire **ou, en cas de fusion triangulaire, de l'organisme émetteur** et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres, soit contre annulation d'une participation détenue par l'organisme bénéficiaire de la transmission dans l'organisme apporteur ;*

2. [inchangé]

3. On entend par organisme émetteur l'organisme à caractère collectif résident ou non qui possède 100% des

59/81



actions, parts et titres représentant le capital social de l'organisme bénéficiaire de la transmission dans le cadre d'une fusion triangulaire. ».

Le Conseil de l'Ordre propose également de modifier l'article 170ter (1) de la LIR, comme suit :

« Art. 170ter.

*« (1) Lorsque dans le cadre d'une fusion d'organismes à caractère collectif, l'actif social d'une société d'un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) autre que le Luxembourg est transmis en bloc, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, à un organisme à caractère collectif résident pleinement imposable ce dernier peut évaluer l'actif net transmis soit à la valeur comptable alignée au bilan de l'organisme apporteur, soit à une valeur comprise entre la valeur comptable et la valeur d'exploitation. La transmission doit être opérée soit moyennant attribution aux associés de l'organisme apporteur de titres représentatifs du capital social de l'organisme bénéficiaire **ou de l'organisme émetteur** et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres, soit contre annulation d'une participation détenue par l'organisme bénéficiaire de la transmission dans l'organisme apporteur.*

On entend par organisme émetteur l'organisme à caractère collectif résident ou non qui possède 100% des actions, parts et titres représentant le capital social de l'organisme bénéficiaire de la transmission dans le cadre d'une fusion triangulaire. ».

Les alinéas (2), (3) et (4) de l'article 170ter de la LIR restent inchangés.

Enfin, le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 171 de la LIR comme suit, dans un souci de cohérence et afin de couvrir l'hypothèse de la société mère qui détiendrait également une participation dans la société absorbée :

« (1) En cas d'application des articles 170, alinéa 2 ou 170ter, alinéa 1er, le bénéfice de l'organisme bénéficiaire, qui a détenu une participation dans l'organisme apporteur, est calculé comme si la participation avait été réalisée à la valeur d'exploitation, indépendamment de l'évaluation des biens repris. ».

Les alinéas (2) et (3) de l'article 171 de la LIR restent inchangés.

- (c) Modification de la loi du 19 décembre 2008 portant révision du régime applicable à certains actes en matière de droits d'enregistrement afin d'y inclure les fusions triangulaires

La loi du 19 décembre 2008 portant révision du régime applicable à certains actes en matière de droits d'enregistrement doit également être modifiée afin de refléter l'insertion des fusions triangulaires dans le régime général des fusions de la LSC.

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier l'article 6 de ladite loi comme suit :

« **Art. 6. - Opération de restructuration**

*Par dérogation aux articles 4, ~~et 5~~ **et 7** de la présente loi, l'apport à une société civile ou commerciale de biens meubles et immeubles, rémunéré ou non par l'attribution de droits sociaux, ne donne pas ouverture aux droits d'enregistrement proportionnels sur les transmissions à titre onéreux dans le cadre d'une opération de restructuration.*

*Au sens du présent article, la notion d'opération de restructuration vise l'apport, par une ou plusieurs sociétés, de la totalité de leur patrimoine ou d'une ou de plusieurs branches de leur activité (**y compris notamment les fusions, scissions, transformations**) à une ou plusieurs sociétés en voie de création ou préexistantes, pour autant que cet apport soit majoritairement rémunéré par des titres représentatifs du capital de la société acquérante **ou, dans le cadre d'une fusion triangulaire, de la société émettrice qui possède 100% des actions, parts et titres représentant le capital social de la société bénéficiaire de la transmission.***

Au sens du présent article, la notion d'opération de restructuration vise également l'apport à une société civile ou commerciale de la totalité du patrimoine d'une autre société civile ou commerciale entièrement détenue par la première société. ».

2.2.4 Régime général des scissions

Article 21 du Projet de Loi / Article 1030-1 de la LSC

À l'instar du régime des fusions, le Conseil de l'Ordre note la volonté des auteurs du Projet de Loi d'étendre le régime général des scissions applicable aux scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité aux sociétés en commandite spéciale. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence de cette extension et renvoie à son commentaire exposé ci-avant à l'article 5 du Projet de Loi / article 1020-1 de la LSC.

Article 1031-1 de la LSC

Bien que le Conseil de l'Ordre prenne note que le Projet de Loi ne tend pas à modifier cet article, il souhaite néanmoins soulever une observation quant au paragraphe 3 dudit article. Ce dernier vise le cas où un élément du patrimoine actif ou passif de la société scindée n'est pas explicitement attribué dans le projet de scission nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité. Si cette disposition a le mérite de prévoir le régime de responsabilité en ce cas (contrairement à son homologue dans le régime spécial des scissions – article 1034-17, paragraphe 4 de la LSC), il semble opportun de clarifier ce régime général

61/81

qui ne distingue pas entre les scissions partielles et complètes. S'il est en effet clair qu'en cas de scissions complètes ce sont les sociétés bénéficiaires qui sont solidairement responsables, la question se pose de savoir quelles sont les entités responsables en cas de scissions partielles. La lecture du Conseil de l'Ordre est qu'en cas de scission partielle, les « bénéficiaires » sont non seulement la ou les sociétés qui se voient transférer des éléments de patrimoine mais également la société scindée qui par hypothèse survit à la scission. Une clarification de l'article 1031-1 dans le cadre d'une version ultérieure du Projet de Loi serait à cet égard la bienvenue.

Article 22 du Projet de Loi / Article 1031-3 de la LSC

L'article 22, paragraphe 1 du Projet de Loi prévoit, entre autres, d'ajouter les termes « *ou la modification du projet commun* » à la première phrase de l'article 1031-3, paragraphe 1.

Le Conseil de l'Ordre renvoie à ses observations sur l'article 9 du Projet de Loi et suggère ainsi de préciser qu'est visée ici la modification du projet commun de scission. Le Conseil de l'Ordre propose donc d'ajouter les termes « *de scission* » après l'ajout proposé par l'article 22, paragraphe 1 du Projet de Loi.

Article 24 du Projet de Loi / Article 1031-10 de la LSC

A l'instar du régime des fusions (articles 12 et 19 du Projet de Loi / articles 1021-19 et 1025-11 de la LSC), le Conseil de l'Ordre recommande de préciser, pour dissiper tout doute, que le mécanisme de protection mis à disposition des créanciers au paragraphe 1^{er} de l'article 1031-10 de la LSC 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.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre souhaite clarifier l'application du paragraphe 2 de l'article 1031-10 de la LSC (qui impose une responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires) aux opérations de transfert d'actifs et notamment aux cessions de branche d'activité, bien que le Projet de Loi n'entende pas modifier cet article. Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que la technique des cessions de branche d'activité est un régime purement luxembourgeois non prévu par une directive européenne, et qui n'entre donc dans le champ d'application de la Directive Mobilité.

Dès lors, le Conseil de l'Ordre propose d'exclure la responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires pour les opérations de transfert d'actifs, de branche d'activité et d'universalité, afin de laisser aux parties la liberté contractuelle de régler les questions de la responsabilité entre elles. Le Conseil de l'Ordre suggère ainsi de modifier les articles 1040-2, paragraphe 1, 1040-3, paragraphe 2, 1040-4, paragraphe 2 et 1040-5, paragraphe 1 de la LSC en excluant expressément l'article 1031-10, paragraphe 2 comme suit : « (...) *hormis les articles 1031-10, paragraphe 2 et 1031-16 et la section 4.* (...) ». ».

Article 28 du Projet de Loi / Article 1031-16 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre valide les modifications mineures proposées à l'article 1031-16 de la LSC et souhaite en outre corriger une erreur matérielle au paragraphe 1 dudit article. En effet, ce dernier prévoit les effets de plein droit et simultanés de la scission, parmi lesquels figure

62/81

au point 3° du paragraphe 1, le fait que la société scindée cesse d'exister. Or dans le cas d'une scission partielle, la société scindée continue d'exister. Le Conseil de l'Ordre préconise ainsi de supprimer purement et simplement le point 3° du paragraphe 1 de l'article 1031-16 de la LSC afin d'éviter toute difficulté d'interprétation.

2.2.5 Régime spécial des scissions

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-1 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre prend note, comme pour le régime spécial des fusions, de la volonté des auteurs du Projet de Loi d'exclure les sociétés par actions simplifiées du régime spécial des scissions transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité et renvoie ainsi à son commentaire à l'article 9 du Projet de Loi / article 1025-1 de la LSC quant à l'absence de référence expresse à l'Annexe II de la Directive Sociétés.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre est d'avis que des clarifications doivent être opérées à l'article 1034-1 de la LSC afin de le rendre plus compréhensible et lisible.

D'une part, la Directive Sociétés requiert *a minima* l'implication dans la scission transfrontalière européenne de deux sociétés régies par le droit d'États membres différents. La rédaction actuelle du paragraphe 1 de l'article 1034-1 de la LSC peut porter à confusion et s'écarte légèrement du texte européen, en ce qu'elle utilise deux fois les termes « *d'un autre État membre* ». Le Conseil de l'Ordre préconise de modifier ces termes et de rester au plus près du texte de la Directive Sociétés pour clarifier ce point.

D'autre part, afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, il convient de reprendre les définitions de la Directive Sociétés et plus particulièrement la définition de « *sociétés bénéficiaires* » au paragraphe 2, point 3° de l'article 1034-1 LSC, qui devrait être lu comme suit : « *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 constituée au cours de l'opération** moyennant l'attribution à la société scindée de titres ou de parts sociales dans les sociétés bénéficiaires.* ».

Enfin, le Conseil de l'Ordre marque son accord à l'assimilation des opérations de scissions transfrontalières européennes par séparation telles que décrites à l'article 1034-1, paragraphe 2, point 3° de la LSC, aux apports partiels d'actifs, comme le prévoit l'article 1040-2, paragraphe 2 de la LSC.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-2 de la LSC

Comme pour le régime spécial des fusions, le Conseil de l'Ordre note que les auteurs du Projet de Loi ont expressément exclu les sociétés européennes du champ d'application du régime spécial des scissions transfrontalières européennes. Le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire ci-dessus à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-2 de la LSC et s'interroge sur la pertinence et surtout la validité juridique de cette exclusion.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-3 de la LSC

A l'instar de son commentaire ci-avant, le Conseil de l'Ordre préconise, afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, de reprendre les définitions de la Directive Sociétés et plus particulièrement la définition de « sociétés bénéficiaires » au paragraphe 2, de l'article 1034-2 LSC, qui devrait être lu comme suit : « *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.* ».

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-4 de la LSC

Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre constate que l'adjectif « *commun* » est absent du libellé de l'article 1034-4 de la LSC (*i.e.* « *projet de scission transfrontalière européenne* »). Afin d'aligner ce dernier avec le libellé de l'article 1025-4 de la LSC relatif au projet commun de fusion transfrontalière, le Conseil de l'Ordre préconise d'ajouter l'adjectif « *commun* » entre le terme nom « *projet* » et les termes « *de scission transfrontalière européenne* ».

Ensuite, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et ce afin de renforcer la clarté et la lisibilité de la LSC. Il devrait ainsi être précisé que la société scindée visée à ladite disposition est « *luxembourgeoise* ».

Enfin, le Conseil de l'Ordre note qu'une faute d'orthographe s'est glissée au point 14° de cette disposition et devrait être corrigée.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-5 de la LSC

Pour cette disposition, le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires ci-dessus à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-5 de la LSC.

D'une part, référence est faite à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable. Le Conseil de l'Ordre préconise ainsi d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois* » après les termes « *la société scindée* ».

D'autre part, il convient de préciser comment les créanciers et les travailleurs ont/auront connaissance de la date de l'assemblée générale se prononçant sur la scission transfrontalière européenne, si la convocation ne fait pas l'objet d'une publication au Recueil Electronique des Sociétés et Associations, dans la mesure où ils bénéficient de la possibilité de présenter des observations sur le projet de scission transfrontalière européenne, au moins cinq jours ouvrables avant cette date.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-6 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note une différence terminologique entre le régime spécial des fusions et le régime spécial des scissions. Dans le cadre du premier, le rapport de l'organe d'administration ou de direction doit expliquer les « *implications* » de la fusion transfrontalière

64/81

européenne pour les travailleurs ; alors que dans le cadre du second, ce même rapport doit expliquer les « conséquences » de la scission transfrontalière européenne. Bien qu'elle soit issue du texte européen, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette différence qui ne semble pas être justifiée.

Le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires ci-dessus à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-6 de la LSC relatifs à (i) la nécessité d'uniformiser les termes « rapports » et « sections » et (ii) la clarification de la consultation « des travailleurs ».

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-7 de la LSC

Référence est ici faite aux commentaires du Conseil de l'Ordre pour l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-7 de la LSC :

- Tout d'abord, il est pertinent de prévoir expressément dans la LSC le cas de la mise à disposition du rapport de l'expert indépendant en l'absence de tenue d'une assemblée générale. En effet, selon l'article 1034-7 de la LSC, cette mise à disposition doit être réalisée un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission transfrontalière européenne.
- Par ailleurs, conforme à son commentaire général et à l'instar de ce qu'il recommande pour le régime des fusions, le Conseil de l'Ordre préconise d'ajouter au paragraphe 1 de l'article 1034-7 de la LSC, les termes « *dès lors que la société scindée est soumise au droit luxembourgeois* » après les termes « *réviseurs d'entreprises* ».
- Enfin, tout comme pour le régime des fusions, la différence de terminologie entre le régime spécial des scissions transfrontalières européennes et le régime général des scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité, à même de mener à des interprétations divergentes quant à la nature de la vérification par l'expert de la soulte en espèce et/ou du rapport d'échange, doit être clarifiée.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-8 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre renvoie une nouvelle fois à son commentaire général quant à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale et se réfère à son commentaire ci-avant pour le régime des fusions transfrontalières européennes à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-8 de la LSC.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-9 de la LSC

Les deux premiers commentaires soulevés par le Conseil de l'Ordre à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-9 de la LSC relatif à l'approbation par l'assemblée générale, pour le régime spécial des fusions transfrontalières européennes sont également valables pour le régime spécial des scissions transfrontalières européennes.



Ainsi, le Conseil de l'Ordre préconise de (i) supprimer les termes « *le cas échéant* » après les termes « *aux articles 1034-6 et 1034-7* » et (ii) d'insérer les termes « *le cas échéant* » en début de phrase, entre les termes « *après avoir pris connaissance* » et « *des rapports* ».

En outre, le Conseil de l'Ordre constate que la subordination de la réalisation de la scission transfrontalière européenne n'est possible qu'à la seule condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la scission transfrontalière européenne. Si le Projet de Loi a le mérite d'aligner les régimes spéciaux des fusions et scissions transfrontalières européennes, le Conseil de l'Ordre s'interroge toujours sur la distinction opérée entre les régimes spéciaux et les régimes généraux. En effet, dans le cadre d'une scission nationale ou transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité, la subordination de la réalisation de ladite scission peut être conditionnée à trois hypothèses³, contre une seule pour le régime spécial. Une clarification expresse dans la LSC permettant de conditionner la réalisation d'une scission transfrontalière européenne à d'autres conditions que celle énumérée à l'article 1034-9 de la LSC est nécessaire afin de ne pas créer de doute quant à la validité d'une telle opération sous condition suspensive.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-10 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre renvoie pour cette disposition aux commentaires énoncés ci-avant à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-10 de la LSC qui s'appliquent *mutatis mutandis*.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-11 de la LSC

L'article 1034-11 de la LSC relatif à la protection des créanciers dans l'hypothèse d'une scission transfrontalière européenne devrait être modifié de la même manière que pour le régime spécial des fusions. Le Conseil de l'Ordre juge en effet nécessaire (i) de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et (ii) d'harmoniser le régime spécial des scissions transfrontalières européennes avec le régime général des scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité quant à la nature des créances couvertes par cette protection.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-12 de la LSC

Comme pour le régime des fusions, l'article 1034-12 de la LSC relatif au certificat préalable à la scission transfrontalière européenne soulève plusieurs observations et commentaires de la part du Conseil de l'Ordre :

- Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général quant à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et propose les ajouts ci-après :

³ Article 1031-3 de la LSC : « *L'assemblée générale de chacune des sociétés participant à la scission peut subordonner la réalisation de la scission nationale ou transfrontalière :*

1° le cas échéant, à la condition qu'elle entérine expressément les modalités décidées pour la participation de travailleurs dans les sociétés issues de la scission ;

2° à toute autre condition qu'elle pourrait juger appropriée en l'occurrence ;

3° à la survenance de tout terme qu'elle pourrait juger approprié en l'occurrence. ».

- au paragraphe 1^{er}, les termes « *concernant la société luxembourgeoise partie à la scission* » devraient être insérés entre les termes « *section 4* » et « *et pour délivrer* » ; et les termes « *pour la société luxembourgeoise partie à la scission* » à la fin dudit paragraphe ;
 - au second paragraphe, le terme « *luxembourgeois* » devrait être ajouté entre les termes « *la société* » et « *scindée* » ;
 - au 1^o du second paragraphe, l'adjectif « *commun* » devrait être inséré après le mot « *projet* » ;
 - au paragraphe 6, l'adjectif « *luxembourgeoise* » devrait être ajouté entre le mot « *société* » et « *scindée* » ;
 - au 1^o du paragraphe 6, les termes « *prévues par le droit luxembourgeois* » devraient être ajoutés entre les termes « *formalités nécessaires* » et « *ont été accomplies* » ;
 - au 2^o du paragraphe 6, les termes « *prévues par le droit luxembourgeois* » devraient être insérés entre les termes « *formalités nécessaires* » et « *n'ont pas été accomplies* » ;
 - au paragraphe 7, l'adjectif « *luxembourgeois* » devrait être ajouté après les termes « *droit national* » ;
 - au paragraphe 11, l'adjectif « *luxembourgeoise* » devrait être inséré (i) entre les termes « *ces autorités et de la société* » et « *scindée* », et (ii) entre les termes « *aux frais de la société* » et « *scindée* » ; et
 - au paragraphe 13, l'adjectif « *luxembourgeoise* » devrait être ajouté en début de phrase entre les termes « *La société* » et « *concernée* ».
- Le Conseil de l'Ordre renvoie également à son commentaire général relatif à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale, pour l'application du point 4^o, paragraphe 2 de l'article 1034-12.
 - Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la mise en pratique du paragraphe 3 de l'article 1034-12 de la LSC, et notamment la signification de « *entièrement en ligne* » mais laisse le soin à la Chambre des notaires de statuer sur cette disposition.
 - Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre constate au paragraphe 7 de l'article 1034-12 de la LSC, que le Projet de Loi a d'une part, (i) ajouté les termes « *et après avoir accompli les diligences normales* » et « *manifestement* » par rapport au texte européen, d'autre part (ii) remplacé le terme « *détermine* » par « *constate* ». Si le Conseil de l'Ordre est d'avis que ces modifications alourdissent les diligences et devoirs du notaire alors même que la Directive Sociétés ne l'exige pas, il laisse le soin à la Chambre des notaires de prendre position. Le Conseil de l'Ordre suggère néanmoins de transposer au plus près la Directive Sociétés.

- Le Conseil de l'Ordre préconise, comme cela a été soulevé pour le régime spécial des fusions et par les auteurs du Projet de Loi, d'insérer une précision au paragraphe 13 de l'article 1034-12 de la LSC, selon laquelle le certificat devra être émis par le notaire si le recours en question aboutit.
- Enfin, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire expliqué ci-avant relatif à l'insertion dans la LSC de la responsabilité du notaire en cas de faute lourde, alors même que la Directive Sociétés ne le prévoit pas expressément.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-13 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note que le second paragraphe de cette disposition est déjà mentionné en son premier paragraphe, de sorte qu'il convient de le supprimer.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-14 de la LSC

Pour le paragraphe 1^{er} de cette disposition, le Conseil de l'Ordre fait référence à son commentaire général quant à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable. Le Conseil de l'Ordre entend donc proposer une clarification en ajoutant les termes suivants à la fin de la première phrase dudit paragraphe : « *si la ou l'une des sociétés bénéficiaires nouvellement constituées est régie par le droit du Grand-Duché de Luxembourg* ». Les termes « *nouvellement constituées* » devraient également être ajoutés à la deuxième phrase dudit paragraphe entre les termes « *les sociétés bénéficiaires* » et les termes « *respectent les dispositions.* ».

Concernant le second paragraphe de l'article 1034-14 de la LSC, le Conseil de l'Ordre préconise, pour harmoniser les régimes, de compléter les termes « *projet de scission* » par l'adjectif « *commun* ».

Le Conseil de l'Ordre note également qu'une faute de frappe s'est glissée au paragraphe 3 de la disposition : le mot « *dans* » doit être remplacé par « *sans* ».

S'agissant des paragraphes 2, 4 et 5, le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires à l'article 19 du Projet de Loi / article 1025-14 de la LSC, à savoir :

- au paragraphe 2 doivent être expressément prévues les conditions d'approbation du projet commun de scission transfrontalière européenne au Luxembourg lorsque l'assemblée générale de la société luxembourgeoise n'est pas requises ;
- au paragraphe 4, le terme « *constate* » doit être remplacé par le terme « *détermine* » afin de transposer au plus près la Directive Sociétés ; et
- au paragraphe 5, les termes « *de l'État membre dont le certificat est issu* » doivent être ajoutés après les termes « *à la société scindée* », afin de clarifier les sociétés concernées par l'obligation prévue audit article.



Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-15 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note que le droit luxembourgeois doit déterminer la date à laquelle la scission européenne transfrontalière prend effet, comme ceci est exigé par l'article 160 *octodecies* de la Directive Sociétés et comme cela a été prévu pour les fusions transfrontalières européennes (article 1025-15 de la LSC). Aussi, le Conseil de l'Ordre suggère de modifier l'article 1034-15 de la LSC comme suit :

« (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.

(2) Entre les parties, la scission transfrontalière européenne, lorsque la société scindée relève de la législation luxembourgeoise, est réalisée dès que le notaire constate l'opération à la suite du contrôle visé à l'article 1025-14.

(3) La prise d'effet de la scission transfrontalière européenne, lorsque la société scindée relève de la législation luxembourgeoise, n'est opposable aux tiers qu'à compter 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. »

Par ailleurs, et comme pour le paragraphe 3 de l'article 1025-15 de la LSC (régime général des fusions), le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général quant à la nécessité de prévoir l'hypothèse de l'absence de tenue d'assemblée générale. En effet, puisque la scission transfrontalière européenne n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication du procès-verbal de l'assemblée générale de la société issue de ladite scission, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la date d'opposabilité aux tiers (i) dans le cas où le procès-verbal de l'assemblée générale n'est pas encore disponible car l'assemblée générale aurait conditionné la réalisation de la scission, et (ii) dans le cas où il n'y aurait pas de procès-verbal car l'assemblée générale n'aurait pas été requise. Le Conseil de l'Ordre préconise de prévoir expressément ces deux cas dans le texte de la LSC afin d'assurer une certaine sécurité juridique.

Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-17 de la LSC

Cette disposition régit les effets des scissions transfrontalières européennes, selon qu'elles sont complètes, partielles ou par séparation. Le paragraphe 4 dudit article vise le cas où un élément du patrimoine actif ou passif de la société scindée n'est pas explicitement attribué dans le projet de scission transfrontalière européenne. Le Conseil de l'Ordre note que cet article, contrairement à son homologue dans le régime général des scissions (article 1031-1 de la LSC, paragraphe 4 de la LSC), ne prévoit pas le régime de responsabilité en ce cas. Bien que cela soit conforme au texte européen, il est regrettable de laisser un vide juridique en la matière.

Le Conseil de l'Ordre préconise également par souci de clarté et lisibilité d'ajouter, à deux reprises, au paragraphe 4 de l'article 1034-17 de la LSC, l'adjectif « *commun* » après le terme « *projet* ».



Article 30 du Projet de Loi / Article 1034-19 de la LSC

A l'instar de son commentaire pour le régime spécial des fusions, le Conseil de l'Ordre note que les rédacteurs du Projet de Loi ont consacré en l'article 1034-19 une responsabilité solidaire des membres des organes d'administration ou de direction et des experts envers les associés de la société scindée. Or l'article 160 *unvicies* de la Directive Sociétés ne vise que la responsabilité des experts indépendants. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence de cette extension alors même qu'elle n'est pas exigée par le législateur européen et que l'article 106 de la Directive Sociétés et l'article 441-9 de la LSC dans sa rédaction actuelle régissent déjà le régime général de la responsabilité des organes d'administration ou de direction. Le Conseil de l'Ordre réitère donc l'absence de nécessité et d'intérêt à régler la question de la responsabilité des membres des organes d'administration dans le nouveau régime spécial des scissions et recommande ainsi de se cantonner à l'article 160 *unvicies* de la Directive Sociétés et d'exclure de l'article 1034-19 de la LSC la responsabilité des membres des organes d'administration ou de direction.

Par ailleurs, en application de son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable, le Conseil de l'Ordre recommande de procéder aux ajouts ci-après :

- à la première phrase, il convient d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois* » après les termes « *Les associés de la société scindée* » ;
- également à la première phrase, les termes « *de ladite société* » devraient être insérés entre les termes « *des organes d'administration ou de direction* » et les termes et les experts prévus par l'article 1034-7 » ; et
- à la seconde phrase, il serait pertinent d'ajouter les termes « *de la société de droit luxembourgeois* » entre les termes « *des organes d'administration ou de direction* » et les termes « *ou les experts de la société scindée* ».

2.2.6 Régime des transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalité

Article 31 du Projet de Loi / Article 1040-1 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre note l'ouverture du régime des transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalité aux sociétés en commandite spéciale et s'interroge sur sa pertinence. Il est ici fait un renvoi au commentaire du Conseil de l'Ordre aux articles 5 et 21 du Projet de Loi et 1020-1 et 1030-1 de la LSC.

Article 32 du Projet de Loi / Article 1040-2 de la LSC

Comme indiqué ci-avant, le Conseil de l'Ordre se réjouit de l'assimilation des opérations de scissions transfrontalières européennes par séparation telles que décrites à l'article 1034-1, paragraphe 2, point 3° de la LSC, aux apports partiels d'actifs, comme le prévoit l'article 1040-2, paragraphe 2 de la LSC.

Toutefois, il serait opportun d'apporter les précisions suivantes au paragraphe 2 de l'article 1040-2 de la LSC afin de faciliter la lecture du texte :

70/81



- les termes « *partiel d'actif* » devraient être ajoutés entre les termes « *lorsque l'apport* » et les termes « *peut être qualifié* » afin de préciser qu'il s'agit d'un apport partiel d'actif ; et
- les termes « *ses actifs* » devraient remplacer les termes « *son patrimoine* » comme suit : « (...) *la société qui apporte une partie de ~~son patrimoine~~ ses actifs à l'obligation (...)* ».

Article 33 du Projet de Loi / Article 1040-3 de la LSC

A l'instar de son commentaire à l'article 1040-2, paragraphe 2 de la LSC, le Conseil de l'Ordre recommande d'effectuer les précisions suivantes au paragraphe 3 de l'article 1040-3 de la LSC :

- les termes « *une branche d'activités* » devraient être ajoutés entre les termes « *lorsque l'apport* » et les termes « *peut être qualifié* » ; et
- les termes « *une branche d'activités* » devraient remplacer les termes « *une partie de son patrimoine* » comme suit : « (...) *la société qui apporte ~~une partie de son patrimoine~~ une branche d'activités à l'obligation (...)* ».

Article 34 du Projet de Loi / Article 1040-4 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'insertion du paragraphe 3 à l'article 1040-4 et notamment sur la possibilité qu'un apport d'universalité puisse être qualifié de scission transfrontalière européenne par séparation au sens de l'article 1034-1, paragraphe 2, point 3° de la LSC. En effet, l'apport d'universalité suppose le transfert de l'intégralité du patrimoine, alors que la scission transfrontalière européenne par séparation se caractérise par le transfert partiel du patrimoine. Il y a ici un contresens menant à une insécurité juridique, ce paragraphe 3 devrait donc être supprimé de l'article 1040-4 de la LSC.

2.2.7 Régime des transferts du patrimoine professionnel

Article 36 du Projet de Loi / Article 1050-1 de la LSC

Afin de faciliter la lecture du paragraphe 4 de l'article 1050-1 de la LSC, le Conseil de l'Ordre recommande d'ajouter l'adjectif « *professionnel* » entre les termes « *une partie de son patrimoine* » et « *à l'obligation* ».

2.2.8 Régime général des transformations transfrontalières

Avant d'analyser les articles de ce nouveau régime, le Conseil de l'Ordre entend formuler des observations et commentaires généraux en la matière.

Le Conseil de l'Ordre se réjouit de la création d'un régime à part entière pour les transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité qui n'étaient jusqu'ici pas couvertes par un régime spécifique. Le Conseil de l'Ordre comprend que ce régime exclut les transferts de siège sans changement de nationalité mais vise plutôt les

transformations volontaires avec déplacement de siège et changement de nationalité en dehors de l'Union Européenne.

Le Conseil de l'Ordre constate que ce nouveau régime est malheureusement incomplet et laisse ainsi des vides juridiques sur certains sujets majeurs comme notamment le moment auquel une transformation transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité devient effective et les formalités en la matière. Le Conseil de l'Ordre recommande vivement de remédier à ces insécurités juridiques. Pour ce faire, un alignement du régime national des transformations avec le régime général des transformations transfrontalières peut être envisagé à l'instar de ce qui a été prévu pour les fusions et les scissions. En ce sens, pourrait être opéré un renvoi aux articles 1010-2 (état comptable), 1010-3 (rapport du réviseur d'entreprises), 1010-4 (rapport de l'organe de gestion), 1010-5 (mise à disposition des documents préparatoires), 1010-6 de la LSC (nullité en cas d'absence des rapports des articles 1010-3 et 1010-4) que le Grand-Duché de Luxembourg soit l'État de départ ou de destination, et aux articles 1010-7 à 1010-12 de la LSC lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est l'État de destination.

Quant à l'effectivité d'une transformation transfrontalière hors champ d'application de la Directive Mobilité, le Conseil de l'Ordre recommande de créer un nouvel article 1061-4, intitulé « *Date à laquelle la transformation transfrontalière prend effet* », qui pourrait avoir la teneur suivante : « *La date de prise d'effet d'une transformation transfrontalière est déterminée par la législation de l'État de destination* ».

Article 320-9 de la LSC

Si le Conseil de l'Ordre ne valide pas l'ouverture des régimes généraux des fusions et scissions transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité aux sociétés en commandite spéciale, il est néanmoins de son avis que la création d'un régime de transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité des sociétés en commandite spéciale serait pertinente compte tenu du marché actuel. Le régime proposé par le Conseil de l'Ordre est *sui generis* et largement inspiré de la transmission universelle de patrimoine telle que prévue par le Code civil luxembourgeois afin d'obtenir une procédure courte opérant transfert universel du patrimoine sans dissolution.

Le Conseil de l'Ordre entend formuler les précisions suivantes pour les besoins de sa proposition ci-après :

- lorsqu'il est fait référence aux sociétés sans personnalité juridique, sont visées les sociétés au sens le plus large y inclus les sociétés de type *partnerships* ; et
- l'alinéa 4 est régit par le droit de l'État de départ, de sorte que l'alinéa 3 ne lui est pas applicable.

Le Conseil de l'Ordre propose ainsi de modifier l'actuel article 320-9 de la LSC comme suit :

« La transformation d'une société en commandite spéciale en une société de l'un des autres types prévus par l'article 100-2, alinéa 1^{er}, donne lieu à la création d'une personnalité juridique nouvelle. Outre les conditions prévues au contrat social, les exigences de fond et de forme relatives à la constitution d'une société relevant de

72/81



*la forme sociale en laquelle la société en commandite spéciale se transforme sont applicables. **Cette transformation entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société en commandite spéciale à la société résultant de la transformation, sans qu'il y ait lieu à dissolution ou liquidation.***

Une société en commandite spéciale peut également être transformée en une société ayant ou non la personnalité juridique en vertu d'un droit étranger pour autant que ce droit ne s'y oppose pas et que cette transformation se conforme également aux dispositions et formalités de ce droit national applicable en la matière.

Dans les cas visés aux premier et second alinéas, les créanciers de la société en commandite spéciale qui se transforme peuvent, dans les 30 jours à compter de la publication d'une transformation visée par cet article, demander au président du tribunal d'arrondissement statuant comme en matière de référés la constitution de sûretés. Le président ne peut écarter cette demande que si les créanciers disposent de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires compte tenu du patrimoine de la société.

Une société sans personnalité juridique de droit étranger peut être transformée en une société en commandite spéciale, avec transmission universelle du patrimoine, pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas et que cette dernière se conforme aux dispositions et formalités du droit national applicable en la matière, ainsi qu'aux exigences de fond et de forme relatives à la constitution d'une société en commandite spéciale en vertu de la présente loi. ».

S'il advenait que la proposition ci-avant ne soit pas retenue, le Conseil de l'Ordre souhaite néanmoins souligner le fait que le texte légal proposé par le Projet de Loi n'est malheureusement pas adapté aux sociétés en commandite simple et spéciale et devra en conséquence être modifié afin de prendre en compte les spécificités de ces sociétés.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1061-2 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre partage le commentaire de l'avis de la Chambre de Commerce pour cette disposition. En effet, l'article 1061-2, paragraphe 1^{er} de la LSC ne vise que l'hypothèse d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique de droit luxembourgeois qui migre à l'étranger et non l'inverse, alors même que cette situation est couverte par l'article 1061-3, paragraphe 2 de la LSC. Dans un souci de combler les vides juridiques, le Conseil de l'Ordre recommande fortement de créer un nouveau paragraphe 2 qui aurait la teneur suivante :

« 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. »

Par ailleurs et à l'instar de son commentaire à l'article 15 du Projet de Loi / article 1021-16 de la LSC, le Conseil de l'Ordre recommande la suppression des mots « *membre* » dans les trois

73/81



références à « *État membre* », dans la mesure où l'article 1061-1 de la LSC vise les transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité.

Si l'article 1061-3, paragraphe 2 de la LSC a le mérite de couvrir l'hypothèse d'une migration d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique de droit étranger vers le Grand-Duché de Luxembourg, il n'en demeure pas moins que soumettre une telle transformation aux « *conditions applicables à la constitution d'une telle société ou d'un tel groupement d'intérêt économique* » peut prêter à confusion.

En effet, lors d'une telle opération, il n'y a pas à proprement parler de « constitution » de société ou de groupement d'intérêt économique, mais une continuité de la personnalité juridique de cette société ou une continuité de ce groupement d'intérêt économique et cette société ou ce groupement d'intérêt économique doivent se conformer aux règles statutaires applicables à la forme de la société choisie en droit luxembourgeois, par exemple au capital social minimum. Aucun nouveau contrôle d'apport ne doit être effectué lors d'une transformation d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique de droit étranger vers le Grand-Duché de Luxembourg.

Le Conseil de l'Ordre recommande ainsi de modifier l'article 1061-3, paragraphe 2 comme suit :

« 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, telle que visée à l'article 1061-1, paragraphe 2, ne pourra se faire qu'aux conditions applicables à la constitution d'une telle société ou d'un tel groupement d'intérêt économique, que si la société ou le groupement d'intérêt économique de droit étranger qui se transforme se conforme aux règles impératives de droit luxembourgeois applicables à la forme de la société choisie en droit luxembourgeois. ».

2.2.9 Régime spécial des transformations transfrontalières européennes

D'une manière générale, le Conseil de l'Ordre note que le Projet de Loi ne distingue pas suffisamment dans le régime spécial des transformations transfrontalières européennes selon que le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de départ ou de destination. Afin de rendre ce régime plus clair et lisible, le Conseil de l'Ordre recommande d'opérer des précisions en ce sens qui seront énumérées dans son analyse article par article ci-après.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-1 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre comprend de l'article 1062-1 de la LSC que les sociétés en commandite spéciale sont exclues du champ d'application du régime spécial des transformations transfrontalières européennes. Il note également l'exclusion expresse des sociétés européennes, celles-ci bénéficiant déjà d'un régime en la matière.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général nécessitant de préciser lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de départ ou de destination. Les termes « *en tant qu'État membre de départ* » doivent être insérés entre les termes « *au Grand-Duché de Luxembourg* » et « *en une des formes* ».

74/81



Afin de faciliter la lecture de l'article 1062-1 de la LSC et de respecter les termes et définitions donnés par la Directive Sociétés à l'article 86 *ter*, le Conseil de l'Ordre propose d'ajouter les termes « où la société transformée sera immatriculée à la suite de la transformation » entre les termes « État membre de destination » et « tout en conservant sa personnalité juridique ».

Enfin, le Conseil de l'Ordre note que l'article 1062-1 reprend la définition de la transformation transfrontalière de la Directive Sociétés dans son article 86 *ter* 2) impliquant qu'une société d'un État membre « transfère au moins son siège statutaire dans l'État membre de destination, tout en conservant sa personnalité juridique ». La question de la liberté d'établissement est ici posée. Il est de l'avis du Conseil de l'Ordre que le présent Projet de Loi est conforme aux dispositions des articles 49 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et à celles nationales en la matière (elles-mêmes étant conformes aux dispositions des articles 49 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne). Par conséquent, la Directive Mobilité et le Projet de Loi transposant celle-ci ne sauraient interdire à une société de transférer son siège réel, ou statutaire, ou les deux, dans les cas qui ne sont pas expressément visées par la Directive Mobilité (*i.e.* les transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité).

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-4 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre fait référence à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et recommande ainsi d'ajouter les termes « de droit luxembourgeois qui se transforme » entre les termes « de la société » et « élabore par écrit ».

En outre, le Conseil de l'Ordre note une erreur de référence au point 9° : devrait être visé l'article 1062-9 et non l'article 1011-9.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-5 de la LSC

A l'instar des articles 1025-5 et 1034-5 de la LSC pour le régime spécial des fusions et des scissions transfrontalières européennes, le Conseil de l'Ordre recommande de préciser comment les créanciers et les travailleurs ont/auront connaissance de la date de l'assemblée générale se prononçant sur la transformation transfrontalière européenne, si la convocation ne fait pas l'objet d'une publication au Recueil Electronique des Sociétés et Associations, dans la mesure où ils bénéficient de la possibilité de présenter des observations sur le projet de transformation transfrontalière européenne, au moins cinq jours ouvrables avant cette date.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-6 de la LSC

Pour le paragraphe 1^{er} de cette disposition, le Conseil de l'Ordre renvoie une nouvelle fois à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et recommande ainsi d'ajouter les termes « de droit luxembourgeois qui se transforme » entre les termes « de la société » et « établit un rapport ».

Le Conseil de l'Ordre note également que l'adjectif « commun » au paragraphe 5 doit être supprimé.



Pour le paragraphe 7, le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires ci-dessus aux articles 19 et 30 du Projet de Loi / 1025-6 et 1034-6 de la LSC relatifs à (i) la nécessité d'uniformiser les termes « *rappports* » et « *sections* » et (ii) la clarification de la consultation « *des travailleurs* ».

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-7 de la LSC

Au paragraphe second de cette disposition, devraient être visées les actions « *et les parts sociales* » à l'instar de ce qui a été prévu pour le régime des fusions et des scissions, afin d'inclure les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-8 de la LSC

Les deux premiers commentaires soulevés par le Conseil de l'Ordre aux articles 19 et 30 du Projet de Loi / articles 1025-9 et 1034-9 de la LSC relatif à l'approbation par l'assemblée générale, pour le régime spécial des fusions et scissions transfrontalières européennes sont également valables pour le régime spécial des transformations transfrontalières européennes.

Ainsi, le Conseil de l'Ordre préconise de (i) supprimer les termes « *le cas échéant* » après les termes « *aux articles 1062-6 et 1062-7* » et (ii) d'insérer les termes « *le cas échéant* » en début de phrase, entre les termes « *après avoir pris connaissance* » et « *des rapports* ».

En outre, le Conseil de l'Ordre se réjouit que la réalisation de la transformation transfrontalière européenne puisse être conditionnée aux trois hypothèses prévues pour les régimes généraux des fusions et scissions.

Le Conseil de l'Ordre note également qu'une erreur de référence s'est glissée au point 1° du paragraphe 4 de l'article 1062-8 de la LSC : doit être visé « *l'article 1062-4, point 9°* » (et non « *point, i°* »).

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-9 de la LSC

Les commentaires énoncés pour le régime des fusions et des scissions (articles 19 et 30 du Projet de Loi / articles 1025-10 et 1034-10 de la LSC) s'appliquent *mutatis mutandis*, excepté le second commentaire du régime des fusions.

Par ailleurs, l'article 1062-9 paragraphe 4 de la LSC régit le conflit de lois et le conflit de compétence en cas de fusion transfrontalière européenne à l'égard du droit de retrait. Cette disposition a le mérite de transposer expressément l'article 86 *decies*, paragraphe 5 de la Directive Sociétés, mais ne fait donc pas référence au droit luxembourgeois mais « *au droit de l'État membre* » et « *à cet État membre* ». C'est ainsi que le Conseil de l'Ordre suggère de faire mention expresse au droit luxembourgeois en modifiant l'article 1062-9 paragraphe 4 de la LSC comme suit :

« Le droit luxembourgeois en tant que droit de l'État membre de départ régit les droits visés aux paragraphes 1 à 3 en ce qui concerne la société luxembourgeoise qui se transforme. Les tribunaux luxembourgeois sont compétents et la compétence exclusive pour régler d'éventuels litiges relatifs à ces droits est attribuée à cet État membre. ».

76/81

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-10 de la LSC

L'article 1062-10 de la LSC relatif à la protection des créanciers dans l'hypothèse d'une transformation transfrontalière européenne devrait être modifié de la même manière que pour le régime spécial des fusions et des scissions. Le Conseil de l'Ordre juge en effet nécessaire (i) d'harmoniser le régime spécial des transformations transfrontalières européennes avec le régime général des fusions et scissions nationales et transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité quant à la nature des créances couvertes par cette protection et (ii) de préciser au paragraphe 1 qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois comme suit :

*« (1) Les créanciers **de la société luxembourgeoise qui se transforme** dont les créances sont nées antérieurement à la publication du projet de transformation transfrontalière européenne et ne sont pas encore échues au moment de cette publication et qui ne sont pas satisfaits des garanties offertes dans le projet de transformation transfrontalière européenne, visées à l'article 1062-4, point 6°, peuvent, après notification préalable à la société **luxembourgeoise** débitrice et dans les trois mois qui suivent la publication du projet de transformation transfrontalière européenne visée à l'article 1062-5, saisir le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société débitrice a son siège social, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé pour obtenir des garanties adéquates, à la condition que ces créanciers puissent démontrer, de manière crédible, que la transformation transfrontalière européenne compromet le recouvrement de leurs créances et qu'ils n'ont pas obtenu de la société des garanties satisfaisantes. L'introduction d'une telle demande n'aura toutefois pas d'effet suspensif sur l'opération en cours. La société **luxembourgeoise** débitrice peut écarter cette demande en payant le créancier, même si la créance est à terme. »*

Le Conseil de l'Ordre recommande également de rectifier une erreur matérielle qui s'est glissée au paragraphe 3 de l'article 1062-10 de la LSC. Il est en effet fait référence au « magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société qui **fusionne** a son siège social », alors que cet article est relatif aux transformations transfrontalières européennes.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-11 de la LSC

Comme pour le régime des fusions et des scissions, l'article 1032-11 de la LSC relatif au certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne soulève plusieurs observations et commentaires de la part du Conseil de l'Ordre :

- Tout d'abord, le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général quant à la nécessité de préciser qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et propose les ajouts ci-après :
 - au paragraphe 1^{er}, les termes « *concernant la société luxembourgeoise qui se transforme* » devraient être insérés entre les termes « *section 2* » et « *et pour délivrer* » ; et les termes « *en tant qu'État membre de départ* » à la fin dudit paragraphe ;

77/81



- au second paragraphe, les termes « *luxembourgeoise qui se transforme* » devraient être ajoutés entre les termes « *la société* » et « *est accompagnée* » ;
 - au paragraphe 7, l'adjectif « *luxembourgeois* » devrait être ajouté après les termes « *droit national* » ; et
 - au paragraphe 11, les termes « *qui se transforme* » devraient être insérés entre les termes « *ces autorités et de la société* » et « *les informations et documents* ».
- Les autres commentaires énoncés à l'article 30 du Projet de Loi / article 1034-12 de la LSC pour le régime des scissions transfrontalières européennes s'appliquent *mutatis mutandis*, excepté le second commentaire.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-12 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre recommande de supprimer le second paragraphe de l'article 1062-12 de la LSC dans la mesure où celui-ci est déjà mentionné au paragraphe premier de cette disposition.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-13 de la LSC

Conforme à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser selon que le Grand-Duché est État membre de départ ou de destination, le Conseil de l'Ordre recommande les modifications suivantes :

- le libellé de l'article 1062-13 de la LSC pourrait être modifié comme suit : « *Contrôle de la légalité **de la transformation transfrontalière par l'État membre de destination*** » ;
- les termes « *au Grand-Duché de Luxembourg en qualité d'État membre de destination* » entre les termes « *transformation transfrontalière européenne* » et « *et pour approuver* » devraient être ajoutés au paragraphe 1 ; et
- les termes « *émis par l'autorité compétente de l'État membre de départ* » entre les termes « *transformation transfrontalière européenne* » et « *est acceptée* » devraient être insérés au paragraphe 5.

Par ailleurs, à l'instar de son commentaire à l'article 37 du Projet de Loi / article 1061-3 de la LSC, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur le contrôle par le notaire du respect par la société transformée des « *dispositions du droit national sur la constitution et l'immatriculation des sociétés* ». En effet, comme expliqué précédemment, lors d'une transformation, il n'y a pas à proprement parler de « *constitution* » de société, mais une continuité de la personnalité juridique de cette société et celle-ci doit se conformer aux règles statutaires applicables à la forme de la société choisie en droit luxembourgeois, par exemple au capital social minimum. Aucun nouveau contrôle d'apport ne doit être effectué lors d'une transformation d'une société de droit étranger vers le Grand-Duché de Luxembourg.



Le Conseil de l'Ordre recommande ainsi de modifier la seconde phrase de l'article 1062-13 de la LSC, comme suit :

« Le notaire veille en particulier à ce que la société transformée respecte les règles impératives de droit luxembourgeois applicables à la forme de la société choisie en droit luxembourgeois ~~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. »

Enfin, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la rédaction du paragraphe 4 de l'article 1062-13 de la LSC. D'une part, l'ajout des termes « *A la requête de l'organe de direction ou d'administration de la société* » complique la procédure et n'est pas pertinent, de sorte qu'il est de l'avis du Conseil de l'Ordre de le supprimer. D'autre part, le terme « *détermine* » utilisé par le législateur européen a été remplacé par le terme « *constate* », ce qui alourdit les diligences du notaire. Le Conseil de l'Ordre invite la Chambre des notaires à se prononcer sur cette disposition. Enfin, des précisions selon que le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de départ ou de destination devraient être apportées pour plus de lisibilité du texte légal. Sous réserve des commentaires de la Chambre des notaires, le Conseil de l'Ordre propose les modifications suivantes au paragraphe 4 :

« (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 ont été correctement remplies et que toutes les formalités au Grand-Duché de Luxembourg en qualité dans l'État ~~l'État~~ membre de destination ont été correctement accomplies et constatera la réalisation de la transformation transfrontalière européenne celle-ci par un acte notarié. »

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-14 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire général relatif à la nécessité de préciser selon que le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de départ ou de destination. Les termes « *lorsque le Grand-Duché de Luxembourg est l'État membre de destination,* » doivent être insérés (i) au paragraphe 2 avant les termes « *la transformation transfrontalière européenne* » et (ii) au paragraphe 3 entre les termes « *La transformation transfrontalière européenne* » et les termes « *n'est opposable aux tiers* ».

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre recommande de supprimer les termes « *Entre les parties* » au début du paragraphe 2 dans la mesure où il n'y a qu'une seule société partie à l'opération de transformation.

Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-16 de la LSC

Le Conseil de l'Ordre propose de modifier le point 2° de l'article 1062-16 de la LSC afin de distinguer selon que le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de départ ou de destination. Pour ce faire, la phrase suivante devrait être insérée après le point 2° : « *si le Grand-Duché de Luxembourg est l'État membre de départ, ou dans le cas où le Grand-Duché de Luxembourg n'est pas l'État membre de départ, selon la procédure prévue par l'État membre de départ ;* ».

79/81



Article 37 du Projet de Loi / Article 1062-17 de la LSC

Le commentaire énoncé pour le régime spécial des fusions et des scissions (articles 19 et 30 du Projet de Loi : article 1025-19 et 1034-19 de la LSC) relatif à la responsabilité solidaire des membres des organes d'administration ou de direction s'applique ici *mutatis mutandis*.

Par ailleurs, en application de ses commentaires généraux relatifs à la nécessité de préciser (i) qu'il s'agit d'une société de droit luxembourgeois et que le droit luxembourgeois est applicable et (ii) selon que le Grand-Duché de Luxembourg est État membre de destination ou de départ, le Conseil de l'Ordre recommande de procéder aux ajouts ci-après :

- il convient d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois issue de la transformation transfrontalière européenne* » après les termes « *Les associés de la société transformée* » ;
- les termes « *de ladite société* » devraient être insérés entre les termes « *des organes d'administration ou de direction* » et les termes et les experts prévus par l'article 1062-7 » ; et
- il serait pertinent d'ajouter les termes « *de droit luxembourgeois* » entre les termes « *de la société transformée* » et les termes « *ou, le cas échéant* ».

Article 39 du Projet de Loi / Article 6 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

Le Conseil de l'Ordre recommande d'insérer les termes « *, le cas échéant,* » entre les termes « *les sociétés commerciales* » et « *, le fait que l'immatriculation* ». En effet, toutes les fusions transfrontalières européennes ne donnent pas lieu à immatriculation au Grand-Duché de Luxembourg (par exemple, une fusion où l'entité absorbante est une entité préexistante)⁴.

Le Conseil de l'Ordre suggère également d'ajouter l'adjectif « *européenne* » après les termes « *fusion transfrontalière* » et « *scission transfrontalière* » au point 1°, b) de l'article susmentionné afin de dissiper tout doute.

Par ailleurs, le point 3° de l'article 40 du Projet de Loi semble viser aussi bien les transformations transfrontalières européennes que les transformations nationales et les transformations transfrontalières hors champ d'application de la Directive Mobilité. Or le point 1° dudit article ne vise que les fusions et scissions transfrontalières européennes. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur cette distinction menant à une difficulté d'interprétation et préconise une clarification du texte légal en la matière.

⁴ D'après la définition de l'article 160 *ter* de la Directive Sociétés, toutes les sociétés bénéficiaires issues d'une scission transfrontalière européenne sont nécessairement des entités nouvellement constituées. C'est la raison pour laquelle l'ajout des termes « *le cas échéant* » n'est pas nécessaire pour les immatriculations des sociétés bénéficiaires issues des opérations de transformations transfrontalières européennes visées aux le paragraphe 2 du point b), point 1° de l'article 39 du Projet de Loi (contrairement aux opérations de fusions transfrontalières européennes).



Article 40 du Projet de Loi

Le Conseil de l'Ordre note une mauvaise rédaction de cette disposition conduisant à une insécurité juridique quant à la date d'entrée en vigueur du Projet de Loi. En effet, il conviendrait de lire l'article 40 du Projet de Loi comme suit : « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion, de scission et de transformation pour laquelle le projet de fusion, le projet de scission ou le projet de transformation, le cas échéant, est publié à partir du premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.* ».

Luxembourg, le 10 mai 2023

Pit RECKINGER
Bâtonnier