

La scission transfrontalière européenne en droit luxembourgeois

Pierre-Henri CONAC

*Professeur à l'Université du Luxembourg
Max Planck Fellow, Max Planck Institute for Comparative
and International Private Law, Hambourg*

Introduction

Le Luxembourg en tant que centre financier européen, se caractérise par une grande ouverture internationale et le souci d'assurer l'attractivité et la compétitivité de son droit des sociétés. En effet, c'est dès la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, avec l'émergence de l'industrie sidérurgique, que le Grand-Duché de Luxembourg a développé des politiques favorables aux entreprises afin d'attirer les investissements étrangers. Ainsi, la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après « loi de 1915 ») est inspirée par la formule : « liberté pour les associés, sécurité pour les tiers ». En particulier, la loi de 1915 a été adaptée aux besoins de l'industrie sidérurgique en développement et à forte intensité de capital. Elle s'inspire de la loi belge sur les sociétés commerciales de 1873 et a été rédigée par un professeur de droit belge. D'ailleurs, ce sont les investisseurs belges que souhaitait attirer le Luxembourg. La loi de 1915 est restée d'inspiration libérale et a été modifiée au fil du temps pour s'inspirer de réformes dans les pays voisins (Belgique surtout, France ou Allemagne) ou pour transposer les directives européennes. Les transpositions ont donc toujours été faites dans un esprit libéral et en visant à renforcer la compétitivité du droit des sociétés luxembourgeois. Ce dernier a conservé un fort caractère contractuel. De ce fait, les tribunaux ont aussi tendance à appliquer les lois régissant les activités commerciales de manière favorable aux entreprises et aux actionnaires majoritaires. Néanmoins, en matière d'opérations transfrontalières, la situation était restée pendant longtemps restrictive avant de connaître une évolution positive sous l'effet du droit européen et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

En effet, dans les années 1990, la loi de 1915 exigeait l'unanimité pour permettre une opération transfrontalière et l'absence de, et en cas contraire, l'accord unanime, des créanciers. Cette position restrictive était directement inspirée des droits des sociétés belge et français. Certes, ces inconvénients étaient atténués par le fait que de nombreuses sociétés au Luxembourg sont des filiales à 100 % de groupes de sociétés. De ce fait, l'obstacle de l'unanimité pouvait souvent être levé. Ce n'était toutefois pas toujours le cas. De plus, il restait la question des créanciers. Les opérations transfrontalières étaient donc possibles, et pratiquées si ces conditions étaient réunies, avec des sociétés constituées dans des États disposant d'une législation libérale en la matière. Par exemple, la Suisse admet les opérations transfrontalières depuis 1987 pour le transfert international de société, et

depuis 2005 pour la fusion internationale, la scission internationale et le transfert de patrimoine international¹. Néanmoins, il fallait appliquer un régime au cas par cas au vu des spécificités de chacun des droits concernés ce qui pouvait se révéler complexe.

La situation a évolué dans les années 2000 sous l'influence de la jurisprudence européenne². En effet, l'arrêt SEVIC de 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a autorisé les fusions transfrontalières au nom de la liberté d'établissement³. Peu de temps auparavant, le législateur européen avait adopté une directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux⁴. Cette directive a permis de supprimer l'obstacle considérable de l'unanimité des associés en raison du renvoi général aux règles de chaque État membre relatives aux fusions nationales. Elle a donc constitué une avancée essentielle dans la mobilité transfrontalière intra-européenne.

La directive a été transposée au Luxembourg en 2007 et, sur un point de clarification en 2009 ce qui a permis d'élargir le champ des opérations possibles au sein de l'Union Européenne (UE)⁵. La règle de l'unanimité a donc été abandonnée. Dans une approche libérale traditionnelle, la transposition au Luxembourg contenait une validation explicite de la fusion transfrontalière hors UE et étendait le champ des fusions internes et transfrontalières à toutes les sociétés commerciales ainsi qu'au groupement d'intérêt économique (GIE). L'article 1030-1, al. 3 de la loi de 1915 disposait ainsi qu'une « société ou groupement d'intérêt économique, tels que visés au premier alinéa, peut également contracter une opération de scission avec une société ou groupement d'intérêt économique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas ». De plus, le législateur luxembourgeois a libéralisé l'ensemble des opérations transfrontalières en les étendant aux scissions, au transfert de patrimoine professionnel, aux opérations d'apport partiel d'actif, et aux branches d'activités et d'universalité. Cette extension est importante car beaucoup d'opérations transfrontalières concernent d'autres centres financiers situés en dehors de l'UE, en Europe ou ailleurs.

La situation du Luxembourg était donc favorable à la mobilité transfrontalière. Néanmoins, seules les fusions transfrontalières étaient réglementées au niveau européen ce qui limitait les possibilités d'opération. Cette situation n'était pas satisfaisante et le rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés de 2011 avait appelé le législateur européen à étendre le champ d'application des opérations transfrontalières⁶. Il avait évoqué les scissions

1. Art. 161 à 164b LDIP, Loi fédérale sur le droit international privé du 18 déc. 1987 (LDIP) telle que modifiée.

2. Sur l'ensemble de la question de la mobilité transfrontalière, V. F. BERNARD, *Les enjeux des scissions transfrontalières au sein de l'Union européenne*. À l'aube d'une nouvelle ère de mobilité transfrontalière, Larcier, 2021, p. 837.

3. Arrêt *SEVIC Systems AG c/ Amtsgericht Neuwied*, 13 déc. 2005, aff. n° C-411/03, D. 2006.451, note M. LUBY ; *Rev. crit. DIP* 2006.662, note J. HEYMANN ; *RTD eur.* 2006.717, note T. BALLARINO ; *ibid.* 2007.75, chron. C. PRIETO ; *JCP E* 2006.1272, note R. DAMMANN.

4. Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO*, L. 310, 25 nov. 2005, p. 1 à 9.

5. V. « *Fusions transfrontalières de sociétés. Droit luxembourgeois et droit comparé* », sous la direction de P.-H. CONAC, 266 p., Larcier, 2011.

6. *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654