

AVIS DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES PORTANT SUR :

Le projet de loi 5829 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE (ci-après le « Projet »).

Le 21 janvier 2008 le Ministre de la Justice a déposé à la Chambre des Députés le projet de loi no. 5829 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition des directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE.

Le projet de loi, qui transpose en droit luxembourgeois les directives 2005/56/CE, 2006/68/CE et 2007/63/CE, a pour objet de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux en proposant un cadre législatif simplifié et en visant à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent.

REMARQUE GENERALE

Parmi les professionnels visés par le projet de loi se trouvent les réviseurs d'entreprises. L'Institut des réviseurs d'entreprises (ci-après «IRE») n'entend pas commenter le contexte général et l'opportunité politique du projet de loi, mais limitera ses propos aux aspects concernant l'exercice de la profession de réviseur d'entreprises.

L'IRE renvoie au projet de loi 5872 relative à la profession de l'audit qui introduit une différenciation entre le réviseur d'entreprises et le réviseur d'entreprises agréé. Dans la suite de notre commentaire l'IRE ne va pas, à chaque fois, relever cette différenciation mais il est entendu que les indications dans le présent projet de loi et les commentaires de l'IRE concernent à chaque fois le réviseur d'entreprises agréé sauf indication contraire spécifiquement mentionnée.

REMARQUES SPECIFIQUES

Article 2 du Projet

A ce jour, en vertu de l'article 26-1 (3) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée (ci-après la « Loi »), la mission du réviseur d'entreprises dans le cadre d'un apport autre qu'en numéraire consiste à présenter un rapport portant sur la description de chacun des apports projetés ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et à indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie. Cet article est issu de l'article 10 de la directive 77/91/CEE.

L'article premier, alinéa 2), paragraphe 2 de la directive 2006/68/CE (ci-après la « Directive ») permet aux Etats membres de ne pas appliquer l'équivalent national de l'article 10 de la directive 77/91/CEE, lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés au paragraphe 1 [de l'article premier, 2^e alinéa de la Directive] qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un expert indépendant et que les conditions suivantes sont remplies :

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport ;
- b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus dans l'Etat membre pour le type d'élément d'actif constituant l'apport.

Cet article est transposé à l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet¹.

Cet article pose plusieurs problématiques. D'abord la définition des responsabilités des parties. L'IRE est d'avis, et ce en accord avec les missions actuelles de même nature, que l'organe d'administration ou de direction évalue, sous sa responsabilité, l'apport autre qu'en numéraire. La responsabilité du réviseur d'entreprises consiste dans le contrôle de cette évaluation et non dans son établissement.

Il incombe donc à l'organe d'administration ou de direction de procéder à la description de l'apport et à l'évaluation de celui-ci. En pratique, cependant, l'organe d'administration ou de direction pourra déléguer cette description et ces évaluations à un tiers chargé d'y procéder en son nom.

Si ce tiers peut être un réviseur d'entreprises, il ne s'agira aucunement d'une mission réservée par la loi aux réviseurs d'entreprises et le réviseur d'entreprises acceptant cette mission ne pourra, pour des raisons évidentes d'indépendance, pas effectuer le contrôle de la description et de l'évaluation des actifs apportés.

Ensuite, il doit être également noté que la référence aux principes et normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg n'est définie ni par la Directive, ni par le Projet. A ce jour, il n'existe pas de tels principes et normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg. Il est dès lors à craindre que cette référence soit de nature à poser des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre de cet article.

¹ Lorsque, sur décision de l'organe d'administration ou de direction, l'apport autre qu'en numéraire est constitué d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments du marché monétaire visés aux paragraphes (3bis) à (3quater) qui ont déjà fait l'objet d'une évaluation à la juste valeur par un réviseur d'entreprises et que les conditions suivantes sont remplies :

- a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport ;
- b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport ;

L'IRE note également que l'article premier, alinéa 2), paragraphe 2 de la Directive est une option offerte aux Etats membres par la Directive. A la connaissance de l'IRE, la Belgique n'a pas encore transposé la Directive et la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni n'ont pour l'instant transposé que les dispositions obligatoires de la Directive, sans transposer l'article premier alinéa 2) paragraphe 2 de la Directive.

L'IRE comprend que l'objectif poursuivi par les auteurs du texte par le biais de l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet est un objectif de simplification et de flexibilité. La discussion ci-avant démontre bien que le texte dans sa rédaction actuelle ne permettra pas de rencontrer les objectifs poursuivis ni même la protection de l'intérêt des parties à ce type d'opération.

Dès lors, l'IRE est d'avis que l'article 2, paragraphe 3ter, point b) du Projet devrait être retiré.

Article 4 du Projet

L'article 4 alinéa 1) point d) du Projet, portant modification de l'article 49-6 de la Loi dispose que «Lorsqu'un tiers bénéficiant de l'aide financière d'une société acquiert des actions propres à cette société au sens de l'article 49-2(1) ou souscrit des actions émises dans le cadre d'une augmentation du capital souscrit, cette acquisition ou cette souscription est effectuée à un juste prix».

L'IRE constate que la notion de « juste prix » n'est définie ni par la Directive, ni par le Projet. Il y a toutefois lieu de noter que la notion de juste prix est une notion communément utilisée en droit. Ainsi, le juste prix a pu être décrit comme la « contrepartie équitable d'un bien ou d'une prestation correspondant à sa valeur normale, raisonnable² ». Cependant, il n'existe pas de définition légale de la notion dans le cadre du présent Projet. Dès lors, il appartiendra à la pratique et à la jurisprudence de poser les critères du juste prix.

L'IRE est d'avis que les auteurs du texte devraient définir plus précisément la notion de « juste prix » dans le contexte particulier de l'article 4 du Projet et ainsi œuvrer dans le sens de l'harmonisation du traitement.

Article 13 du Projet

L'article 13 du Projet prévoit en cas de constitution d'une société européenne (SE) par voie de fusion ou en cas de fusion transfrontalière de recourir à un ou plusieurs experts indépendants agréés par une autorité d'un autre Etat dont relève l'une des sociétés qui fusionnent. Les auteurs du texte notent, avec raison, que dans le cas de sociétés étrangères impliquées dans une fusion transfrontalière l'expert indépendant amené à faire son rapport sur le projet commun de fusion n'est pas forcément un réviseur d'entreprises.

² Vocabulaire juridique, PUF, 7^e édition

Il est de la compréhension de l'IIRE que, par application de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, une personne autorisée à effectuer des activités économiques au sens du droit communautaire dans un Etat membre peut également les exercer sous forme de libre prestation de services au Luxembourg.

L'exercice de ces missions sous le couvert de la libre prestation de services est possible en raison de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, qui pose le principe de la reconnaissance par un Etat membre d'accueil de la qualification acquise dans l'Etat membre d'origine. Toutefois, lorsque la prestation du service implique un déplacement du prestataire d'un Etat membre à un autre, l'Etat membre d'accueil peut poser des conditions supplémentaires.

Puisque au moins une des sociétés qui fusionnent sera luxembourgeoise et afin de protéger l'intérêt général, l'IIRE est d'avis d'introduire certaines mesures telles que celles énoncées à l'article 7 du projet de loi 5872 relative à la profession de l'audit au moins en ce qui concerne la vérification des connaissances des matières luxembourgeoises essentielles à la bonne réalisation de ces missions.

Luxembourg, le 21 octobre 2008