

N° 4992⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**modifiant la loi modifiée du 10 août 1915
concernant les sociétés commerciales**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(4.7.2006)

Par dépêche en date du 1er juin 2006, le Président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'Etat une série d'amendements au projet de loi sous rubrique que la Commission juridique a adoptés dans ses réunions du 29 mars et des 3 et 10 mai 2006.

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS*Amendement 1*

Sans observation, puisque la Commission parlementaire a suivi l'avis du Conseil d'Etat.

*Amendement 2**a) Article 263*

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement qui tient compte de ses observations.

Il maintient toutefois ses critiques antérieures quant aux paragraphes 3 et 4. Les explications des auteurs ne sont pas convaincantes, car le principe de l'unanimité se trouve inscrit en début de l'article:

„L'accord de tous les associés est requis:“

Quant au paragraphe 5 qui ne concerne que les sociétés qui sont énumérées plus haut dans l'article, il ne sert à rien de se référer aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée qui ne sont pas concernées par ce paragraphe.

b) Article 291

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations ci-avant à l'endroit de l'article 263.

Amendement 3

Sans observation, le Conseil d'Etat ayant été suivi dans son avis.

Amendement 4

Le Conseil d'Etat constate que l'amendement proposé rend les intentions des auteurs plus compréhensibles.

Les développements ne convainquent cependant pas le Conseil d'Etat. Les auteurs utilisent des notions de droit fiscal pour expliquer des opérations qui sont effectivement du domaine du droit civil ou du droit commercial. Or, le droit civil et le droit commercial relèvent du système juridique français avec le Code civil comme pierre angulaire. Le droit fiscal luxembourgeois se base essentiellement sur

des notions juridiques allemandes. Il faudra donc à l'avenir raisonner tant avec des concepts juridiques français qu'avec des concepts fiscaux allemands.

D'après Alain Steichen dans son Manuel de Droit fiscal, Le droit fiscal général, tome 1, 2e édition 2000, No 98, „le droit fiscal n'est pas seulement un droit spécial. Il s'applique à des situations qui relèvent du droit civil (relations de famille, de travail, etc.). Il recourt, afin de collecter la créance du Trésor, aux institutions de droit public, principalement la décision administrative individuelle. Sous peine de bouleverser en permanence l'ordre juridique, les normes du droit fiscal ne peuvent être fondamentalement différentes de celles qui régissent ces situations. Il est donc largement tributaire non seulement du droit public (droit constitutionnel, droit administratif), mais aussi du droit privé (droit civil, droit commercial, droit des sociétés, droit de la comptabilité, droit du travail etc.).

C'est en ce sens qu'il faut parler de droit de renvoi. La plupart du temps, la législation fiscale se borne à se référer à des notions, à des normes, des institutions de droit privé ou public. La seule question qui se pose alors consiste à déterminer si le droit fiscal fait un simple renvoi aux catégories et aux règles de droit privé et public ou si le droit fiscal ne leur fait pas subir certaines transformations en les utilisant.

En somme, l'ossature du droit fiscal est faite de règles spéciales relevant du droit public. En revanche, le contenu du droit fiscal est principalement fait de règles du droit civil et du droit commercial, de sorte que le droit fiscal appartient autant aux publicistes qu'aux privatistes“.

Ainsi, on constate que la règle générale est que le droit fiscal s'applique aux situations découlant du droit civil et du droit commercial. Les institutions juridiques ne sont pas construites sur des notions fiscales, mais le droit fiscal s'adapte aux institutions civiles et commerciales.

Ici les auteurs construisent la circulation des biens à partir de notions fiscales, alors que la circulation des biens relève essentiellement du droit civil et du droit commercial.

Si l'on ajoute à cela encore l'autonomie du droit fiscal par rapport au droit civil et au droit commercial ainsi que les principes d'interprétation qui sont différents en droit civil et en droit fiscal (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) et où l'un s'attache surtout aux textes et l'autre à la réalité économique, des situations conflictuelles devront être tranchées à l'avenir sur la base de concepts très différents.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat ne comprend pas comment les auteurs peuvent comparer le mécénat ou d'autres activités de parrainage (*sponsoring*) à l'apport gratuit d'actifs, à l'apport gratuit de branches d'activités et à l'apport gratuit d'universalité. Ces activités de mécénat et de *sponsoring* ne sont en fait jamais gratuites puisqu'elles sont faites soit dans un but publicitaire soit dans un but fiscal ou même les deux. De plus, elles ne sont pas faites avec la cession d'une partie de l'activité, mais avec un surplus du produit de l'activité. Une telle comparaison n'est pas plus convaincante que l'explication sur base de l'article 26-1 concernant l'évaluation d'un apport en nature où les créanciers et les tiers n'ont certainement pas à se plaindre de la sous-évaluation d'un apport en nature par un associé.

La comparaison entre les personnes physiques et les personnes morales à associé unique ne tient pas davantage, car la société est une construction de droit civil ou commercial et trouve ses solutions dans ces branches de droit sans devoir recourir à une législation d'essence différente.

En ce qui concerne l'opposition formelle annoncée dans la Section *XVbis*, le Conseil d'Etat doit la maintenir, pour autant que le transfert de patrimoine professionnel concerne les personnes physiques.

Tout d'abord, une telle disposition n'a pas sa place dans un projet de loi concernant les sociétés commerciales.

Du fait de l'abandon par la commission parlementaire de l'article I et de l'annonce d'un nouveau projet de loi pour introduire des sociétés professionnelles, le Conseil d'Etat propose de résoudre ce problème, qui, d'après les auteurs, concerne essentiellement les professions libérales, dans le cadre de ce projet de loi.

La disposition critiquée risque de poser des problèmes insolubles en cas de faillite, car elle entraîne une division du patrimoine qui constitue toujours une universalité ainsi que le gage général des créanciers.

L'introduction d'une scission du patrimoine professionnel pour les personnes physiques entraînera certainement de la part des grands prêteurs toutes sortes de mesures de précaution pour contrecarrer un tel transfert. En plus, il y a le risque que certains créanciers utilisent un tel transfert à titre de garantie, ce qui aura pour conséquence de vider la masse de toute sa consistance en cas de faillite.

Le Conseil d'Etat ne peut pas suivre les auteurs dans leur raisonnement sur base du droit fiscal qui n'est nullement précurseur notamment pour les raisons développées plus haut. L'approche fiscale est différente de celle du droit civil ou du droit commercial et une application directe des règles fiscales en droit civil ou commercial rend les institutions civiles et commerciales incohérentes.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 juillet 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

