

N° 5624²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**abrogeant:**

- la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies),
- l'arrêté grand-ducal modifié du 17 décembre 1938 concernant les sociétés holding, pris en exécution de l'art. 1er, 7° alinéas 1 et 2 de la loi du 27 décembre 1937,
- l'arrêté grand-ducal modifié du 17 décembre 1938 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à 24.000.000 euros au moins,
- la loi modifiée du 12 juillet 1977 modifiant et complétant
 - a) la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies) modifiée par l'article 21 de la loi du 29 décembre 1971 et
 - b) l'arrêté grand-ducal du 17 décembre 1938, sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à un milliard au moins, modifié par l'article 22 de la loi du 29 décembre 1971,
- le règlement grand-ducal du 29 juillet 1977 fixant le minimum du capital social libéré dont doit disposer une société holding pour être admise au bénéfice des dispositions fiscales de l'article premier de la loi du 31 juillet 1929,
- la loi du 21 juin 2005 portant modification de l'article 1er de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding Companies) et fixant une période transitoire jusqu'au 31 décembre 2010 pour le maintien temporaire de ces régimes

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(28.11.2006)

Par dépêche du 26 octobre 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Le texte du projet, élaboré par le ministre du Trésor et du Budget, était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Par dépêche du 10 novembre 2006, la Commission des Finances et du Budget de la Chambre des députés a soumis au Conseil d'Etat deux amendements, de sorte que l'avis du Conseil d'Etat porte sur le texte du projet en tenant compte desdits amendements.

Les avis des chambres professionnelles n'ont pas encore été communiqués au Conseil d'Etat à ce jour.

Au vu de la médiatisation de la décision de la Commission européenne du 19 juillet 2006, qualifiant le régime fiscal des sociétés holding comme étant une aide étatique incompatible avec le marché commun au sens du Traité, et étant donné que l'exposé des motifs du projet sous avis retrace les péripéties ayant abouti à la décision susdite de la Commission, il n'est nul besoin de commenter plus amplement les raisons d'être du projet, sous peine de verser dans l'appréciation politique. Le Conseil d'Etat se permet néanmoins de soulever la question si, eu égard aux principes de subsidiarité et de respect des régimes juridiques et fiscaux nationaux ayant préexisté à la création initiale des Communautés européennes, la Commission, en statuant péremptoirement, a respecté les limites de ses compétences. Voilà pourquoi le Conseil d'Etat salue l'approche constructive sinon téléologique du projet sous avis, qui maintient expressément ce que la Commission n'a pas pu vouloir prohiber, sous peine d'enfreindre le principe de la confiance légitime, principe fondamental du droit communautaire.

*

INTITULE DU PROJET

En renvoyant à ses observations qu'il formulera à l'endroit de l'article 1er du projet de loi sous avis, le Conseil d'Etat recommande de conférer à l'intitulé le libellé suivant:

„Projet de loi abrogeant la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies) et fixant une période transitoire jusqu'au 31 décembre 2010 pour le maintien temporaire de ce régime.“

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Les auteurs du projet ont opté pour la voie „radicale“, consistant à faire table rase de l'ensemble des textes constituant le régime des sociétés holding. Une autre approche aurait consisté à modifier les textes existants pour les rendre compatibles avec l'article 87 du Traité. Il est vrai que la solution choisie est plus propre d'un point de vue optique et sans doute plus aisée d'un point de vue juridique. Le Conseil d'Etat peut donc souscrire à la démarche choisie. L'article 1er vise ainsi à abroger l'ensemble de l'arsenal juridique „holding“.

Le Conseil d'Etat recommande cependant de modifier légèrement le libellé du présent article, afin d'annoncer d'emblée l'existence d'un régime transitoire pour les sociétés soumises au régime de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (Holding companies).

Il attire également l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que le principe de la hiérarchie des normes, imposant le parallélisme des formes, s'oppose à ce qu'un acte procède à l'abrogation explicite de normes d'une hiérarchie normative inférieure. Ainsi, une loi ne saurait abroger un arrêté ou un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat insiste dès lors à ce que l'article 1er ne fasse mention que de la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières que le présent projet tend à abroger. Il conviendra d'en tenir compte également à l'intitulé du projet et de prendre un règlement grand-ducal abrogatoire pour les autres textes en question.

Par ailleurs, la référence aux lois du 12 juillet 1977 et du 21 juin 2005, dont il est fait mention dans la version de l'article 1er soumise pour avis au Conseil d'Etat, est superflue alors que ces lois sont purement modificatives et n'existent que par rapport au texte de base qu'elles ont pour objet de modifier, à savoir la prédite loi modifiée de 1929.

L'article 1er du projet de loi sous avis pourrait dès lors se lire comme suit:

„Art. 1er. Sans préjudice des dispositions ci-après, la loi modifiée du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participation financière (Holding companies) est abrogée à partir du 1er janvier 2007.“

Article 2

La date du 20 juillet 2006 est choisie comme date „effective“ d’abolition du régime, alors que conformément à l’article 1er, la date d’abrogation juridique des textes est le 1er janvier 2007. La rétroactivité qui semble en résulter n’est qu’apparente. En effet, les décisions de la Commission ayant en principe un effet direct, c’est bien à partir de la date de la notification de la décision de la Commission que le régime fiscal „holding“ ne peut plus être invoqué, c’est-à-dire à partir du 20 juillet 2006.

Compte tenu de la large publicité faite autour de la décision dès le 20 juillet 2006, les opérateurs ne pouvaient plus vraiment arguer de leur bonne foi en se précipitant pour constituer encore des holdings, espérant qu’une clause de grand-père leur serait applicable ultérieurement. En effet, la décision de la Commission ne prévoit aucun *grand-fathering* pour les sociétés holding constituées après la date de notification, et espérer que le législateur national en introduirait une en violation de la décision de la Commission ne relève pas de la confiance légitime, mais de la spéculation. Cette dernière ne saurait être cautionnée par le législateur. La loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l’Etat et des collectivités publiques ne saurait partant trouver application. Il ne peut pas s’agir en l’espèce de créer une source potentielle de responsabilité de l’Etat du fait de ses lois.

Force est donc de constater que les sociétés holding constituées jusqu’au 20 juillet 2006 à minuit bénéficient de l’article 3, et que celles constituées après et jusqu’au 31 décembre 2006 n’en profitent pas.

Par ailleurs, le libellé de l’article 2, tout comme celui de l’article 3, devra prendre en compte celui apporté à l’intitulé du projet et à l’article 1er en matière de références de textes.

Article 3

L’article 3 institue la période transitoire dérogatoire autorisée par la décision de la Commission. Il n’appelle pas d’observations particulières, sauf que son libellé sera à reformuler en tenant compte des observations émises à l’article 1er quant à la suppression des références aux actes réglementaires.

Article 4

D’après la décision de la Commission, les sociétés qui continuent jusqu’au 31 décembre 2010 à bénéficier du régime fiscal applicable en faveur des sociétés holding exonérées sur la base de la loi du 31 juillet 1929 ne pourront faire l’objet d’aucune cession totale ou partielle de leur capital pendant toute la durée de ce régime transitoire d’exonération. Le paragraphe 1er de l’article 4 reprend ce principe.

Or, comme exposé dans l’introduction, si l’interdiction de transfert était totale, le principe fondamental du droit communautaire du respect de la confiance légitime serait violé. La Commission a donc nécessairement dû sous-entendre les dérogations rendues explicites par l’article 4 du projet. Sans doute n’a-t-elle pas estimé nécessaire de les énoncer *expressis verbis* dans sa décision, alors qu’elles découlent implicitement du droit communautaire, hiérarchiquement supérieur au droit national. Il appartient donc au législateur national de traduire en termes clairs et non équivoques ce qui est implicitement contenu dans la décision.

Partant de ces prémisses, les dérogations à l’interdiction de cession d’actions ou de parts, énoncées au paragraphe 2, visent les hypothèses suivantes:

- cessions d’actions de sociétés holding cotées en bourse;
- cessions intra-groupe;
- cessions pour cause de succession, de libéralité ou de régime matrimonial, en d’autres termes, dans le cadre de régimes prévus par le droit civil.

Le premier amendement apporté au texte consiste en la suppression du quatrième tiret du paragraphe 2, en le remplaçant par un paragraphe 3, qui, de l’avis du Conseil d’Etat, ouvre la porte à des dérogations supplémentaires très étendues.

Si déjà le quatrième tiret du projet initial soulevait, de l’avis du Conseil d’Etat, la question de la compatibilité de cette disposition avec l’esprit de la décision précitée de la Commission, le nouveau texte le fait *a fortiori*, même si, d’un point de vue procédural, une majorité renforcée est requise au niveau de l’assemblée générale des actionnaires.

Le Conseil d’Etat est d’avis que l’interdiction par la Commission de toute cession totale ou partielle du capital pendant toute la durée du régime transitoire ne permet pas le genre de cession envisagée, car elle constitue un contournement de l’interdiction.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent la suppression de cet amendement.

Article 5

L'article 5 instaure un système de preuve permettant d'établir que les sociétés invoquent le bénéfice des articles 3 ou 4. Il appelle deux observations: en premier lieu, le Conseil d'Etat recommande d'écrire, au paragraphe 1er, „... par les articles 3 ou 4 ...“. En effet, il est tout à fait possible d'invoquer seulement le bénéfice de l'article 3 (régime fiscal favorable) sans pour autant entendre procéder à des cessions (article 4). Le Conseil d'Etat se demande cependant si, en cas de bénéfice du seul article 3, la date de constitution n'est pas une preuve suffisante, de sorte que le recours à une certification supplémentaire serait superfétatoire. Dans ce cas, seul l'article 4 serait à citer comme référence au paragraphe 1er.

En second lieu, force est de constater que les émetteurs autorisés de certificats agiront sous leur responsabilité professionnelle en procédant de la sorte. Tout recours d'opérateurs non satisfaits devrait donc se tourner contre eux. Se pose cependant la question de la nature juridique des certificats établis: sont-ils déclaratifs ou constitutifs du bénéfice de la dérogation? De l'avis du Conseil d'Etat, ils ne devraient être que déclaratifs, le siège du droit ainsi conféré se trouvant aux articles 3 et 4 du projet, et non à l'article 5. Cette lecture permettrait aux opérateurs, si besoin, de prouver leur droit par d'autres moyens de preuve, et cela même *a posteriori*, le cas échéant après un litige avec un certificateur négligent.

Le second amendement de la Chambre des députés, visant l'article 5, n'appelle pas d'observation, sauf qu'il y a lieu d'écrire „certificat de non-objection“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 novembre 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES