

**N° 4992<sup>3</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

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

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(7.3.2006)

Par dépêche en date du 25 juin 2002, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Le projet a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles, ainsi qu'un tableau comparatif des dispositions actuelles et des règles proposées.

L'avis de la Chambre des métiers fut transmis en date du 31 mars 2004, celui de la Chambre de commerce en date du 6 avril 2004.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

L'objectif déclaré du projet sous avis est celui d'ouvrir au maximum les opérations de restructuration à l'ensemble des entreprises économiques, c'est-à-dire pour toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la loi modifiée du 10 août 1915 et aux groupements d'intérêt économique. Ne sont donc pas visées les associations agricoles et les associations sans but lucratif.

Le projet ouvre aussi expressément la voie des opérations de fusions, scissions et autres opérations assimilées lorsqu'une ou plusieurs sociétés ou groupements qui sont absorbés ou qui disparaissent font l'objet d'une procédure de règlement collectif, telle que la faillite, le concordat ou une procédure analogue.

La section *XVbis* du projet innove en introduisant en droit luxembourgeois les transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalités. La Chambre de commerce soulève à juste titre un certain nombre de problèmes que comporte ce volet du projet de loi notamment au regard de la théorie de l'indivisibilité du patrimoine. Elle invoque des problèmes relatifs à la délégation et à la novation (art. 1271 à 1281 C.civ.) et relatifs aux règles de forme en matière de transport des créances (art. 1690 C.civ.). S'il est de pratique courante et admis depuis longtemps de s'inspirer dans la législation de nos voisins, une adaptation harmonieuse avec nos textes existants doit être le souci constant du législateur. Ainsi, il n'est pas admissible d'introduire seulement une partie d'une législation qui constituait à l'origine un tout indissociable. Ceci n'est pas sans créer d'énormes difficultés d'application et d'interprétation des textes notamment par les juridictions qui ne pourront plus avoir recours à une doctrine qui pourra donner une cohérence à tous ces textes. Contrairement au droit belge, le projet n'organise le transfert d'actifs, de branche d'activités et d'universalités que dans l'hypothèse de la disparition de la société qui fait l'apport. En effet, les auteurs du projet ouvrent à cette société la faculté de soumettre le transfert aux nouvelles dispositions des articles 285 à 308 de la loi de 1915 pour le transfert d'une partie de son actif, d'une branche d'activités ou d'une universalité. Or, l'article 303 du projet s'applique, ce qui comporte obligatoirement la fin de la société (point c) de l'article 303). Ceci est contraire notamment aux textes des articles *308bis-3* et *308bis-4* qui prévoient expressément des hypothèses d'apport sans dissolution.

Le Conseil d'Etat est d'avis que le législateur devra prescrire dans cette matière complexe une procédure minimale qui devra être respectée, d'un côté pour faciliter l'opération et d'un autre côté pour

donner toutes les garanties de sécurité juridique nécessaires aux parties qui y participent ainsi qu'aux tiers.

Il y a donc impérativement lieu de parfaire le texte en vue d'une organisation complète de toutes les facettes d'un tel transfert. Faute d'un tel texte, le Conseil d'Etat ne voit pas la plus-value de ce projet.

La section *XVter* introduit une autre innovation en droit luxembourgeois qui est le transfert du patrimoine professionnel. Un tel transfert serait possible tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

Ici la question de l'indivisibilité du patrimoine se présente d'une façon encore beaucoup plus accentuée.

Non seulement, il n'y a pas de définition du patrimoine professionnel, mais ce transfert n'est pas non plus organisé complètement. Certes, il y a de nouveau la possibilité de recourir aux nouvelles dispositions des articles 285 à 308, mais celles-ci ne s'appliquent qu'aux personnes morales. Pour les personnes physiques restent toujours les questions soulevées dans le cadre de la section *XVbis*.

Il se pose aussi la question de la portée de cette innovation. D'après les auteurs, elle est ouverte tant aux sociétés et groupements qu'aux entreprises individuelles, qu'elles soient de nature civile ou commerciale.

Pour les commerçants et les sociétés commerciales, il existe déjà d'autres techniques de transfert de tout ou partie du patrimoine professionnel telles que l'apport en nature dans le cadre des dispositions de la section *XVbis* du projet et l'article 148*bis* de la loi du 10 août 1915 et la cession du fonds de commerce.

Pour les sociétés à objet civil et les personnes physiques exerçant une activité civile, se pose avec plus d'acuité la question du patrimoine d'affectation. Le patrimoine d'une personne physique est le gage général de ses créanciers. Permettre une scission entre patrimoine privé et patrimoine professionnel constitue une coupure nette dans cette théorie qui présente toutes les garanties de sécurité juridique pour les créanciers et les tiers.

Serait-ce l'abandon des règles applicables en matière de délégation et de novation tout comme de celles en matière de transport des créances?

Le Conseil d'Etat peut rejoindre l'avis de la Chambre de commerce qui se pose des questions sur l'utilité des dispositions de cette section tout comme sur la cohérence du projet.

Faute de précisions quant aux questions soulevées quant à l'unicité du patrimoine, le Conseil d'Etat est d'avis que ce projet créera de graves problèmes juridiques et il conseille fortement l'abandon des dispositions de cette section.

Le troisième volet du projet de loi consiste en l'abandon du principe de la commercialité par la forme des sociétés afin de permettre à des sociétés civiles d'adopter la forme d'une société commerciale sans pour autant perdre leur nature civile. La nature de la société se déterminerait dorénavant par son objet social.

Le législateur devrait ainsi jeter par-dessus bord des principes qui ont valu plus de 90 ans en droit luxembourgeois pour s'aligner sur l'orientation retenue par le Code belge des sociétés.

Les auteurs suscitent ainsi les questions qui ont déjà été débattues lors de l'adoption de la première version de la loi de 1915 concernant les sociétés commerciales. Les auteurs qui basaient à l'époque leur projet sur deux avis élaborés par les professeurs Corbiau et Nyssens de l'Université de Louvain étaient tous d'accord pour ouvrir aux sociétés civiles la possibilité d'adopter une des formes des sociétés commerciales. Il y avait à l'époque déjà un véritable débat sur la possibilité d'une société à objet civil d'adopter l'une de ces cinq formes de sociétés ainsi que sur la commercialité par la forme pour ces sociétés. Un des arguments contre le maintien de la nature civile des sociétés à forme commerciale mais à objet civil était le problème de la compétence des juridictions et de la possibilité d'être déclarée en faillite. La discussion tournait autour de l'induction en erreur des tiers qui avaient traité avec une telle société et fait des poursuites sur la foi des apparences commerciales. Ils pouvaient en finalité tomber sur une incompétence des tribunaux de commerce et une fin de non-recevoir contre une demande en déclaration de faillite, sans parler encore de la forme des actes et des moyens de preuve qui sont plus rigoureux en matière civile qu'en matière commerciale. Même si le législateur luxembourgeois a introduit par la loi du 11 août 1996 la possibilité pour la partie demanderesse d'introduire une action commerciale par la procédure applicable en matière civile, le problème procédural continue

d'exister et il aura comme conséquence que les plaideurs choisiront dorénavant systématiquement la procédure civile afin d'éviter une éventuelle irrecevabilité de leurs demandes. Ceci ne fera que surcharger les juridictions civiles de procédures qui sont actuellement de la compétence indiscutable des juridictions siégeant en matière commerciale. Les plaideurs se verront ainsi enlever *de facto* la possibilité de comparaître en personne, ce droit leur étant réservé uniquement devant les juridictions commerciales en première instance.

Si la législation belge est restée finalement attachée à la définition de la nature de la société suivant son objet social, les auteurs luxembourgeois, sur proposition du Conseil d'Etat, ont pris la voie adoptée déjà en 1893 par le législateur français qui a confirmé ce choix délibéré par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, c'est-à-dire celle de la commercialité par la forme. A l'époque déjà, la Belgique avait fait un peu cavalier seul. La Cour supérieure de Justice s'était aussi prononcée clairement dans le sens proposé par le Conseil d'Etat, précisé par la proposition d'un amendement à l'article 3: *„Pourront toutefois les sociétés dont l'objet est civil, se constituer dans les formes de l'une des cinq sociétés commerciales énumérées à l'article précédent. Mais, dans ce cas, ces sociétés seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce“*.

Il faudra qu'une jurisprudence s'établisse en la matière au Luxembourg afin de fixer les critères suivant lesquels les juridictions devront analyser la véritable nature des sociétés commerciales, car le seul critère de l'objet social peut être trompeur. Il arrive que la société désigne son objet de façon très générale ou qu'elle ait plusieurs objets. Quelle en sera la conséquence? Faudra-t-il analyser chaque acte ou l'activité prise dans sa généralité? Est-ce que le caractère civil l'emportera sur le caractère commercial ou vice versa?

En France et en Belgique, le caractère commercial d'une activité permanente ou d'une succession d'actes l'emporterait sur le caractère civil. Le tiers devrait donc analyser d'abord la situation réelle de chaque société avant de faire le choix judicieux de la procédure judiciaire à suivre. La modification législative proposée créera ainsi une multiplication des litiges sans que pour autant les avantages de l'abandon du principe de la commercialité par la forme soient réels.

Les auteurs justifient cette modification pour conférer à ces sociétés commerciales à objet civil ainsi la possibilité des techniques de restructuration et permettre d'assurer la protection des intérêts des tiers. La Chambre de commerce a relevé à juste titre que le projet ouvre déjà cette possibilité avec toutes les garanties pour les tiers aux sociétés civiles, puisque les articles 257, 285, 308*bis-1* et 308*bis-6* précisent que les dispositions qui suivent s'appliquent à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi. Comme au Luxembourg les sociétés civiles sont dotées aussi de la personnalité juridique, l'argument avancé par les auteurs ne vaut pas.

Si les auteurs veulent ouvrir par cette voie une possibilité à toutes les professions libérales réglementées d'exercer leur profession sous forme de société, il faut remarquer que certaines professions n'ont pas attendu un changement législatif pour ce faire. Ainsi, des experts-comptables, des réviseurs d'entreprises et des architectes notamment exercent leur profession depuis longtemps sous la forme de sociétés commerciales. Il ne reste que certaines professions comme celles des avocats et des médecins qui ne peuvent, pour des raisons qui sont à rechercher plutôt dans leurs codes de déontologie, exercer leur profession sous une telle forme. La modification législative n'y changera rien. Il restera de toute façon au moins la question de la responsabilité professionnelle qui ne pourra être limitée dans le cadre de l'exercice sous forme de société. Ici, il faudra de toute façon à l'instar de nos voisins français introduire une nouvelle législation en vue de l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales réglementées (cf. Loi française No 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous la forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé).

Quant au volet fiscal de la modification proposée, le Conseil d'Etat estime qu'il est inadmissible que les auteurs passent ce volet par la remarque lapidaire „Par ailleurs, certaines adaptations de la législation fiscale pourront s'avérer nécessaires“. Le Conseil d'Etat estime qu'il est inconcevable de proposer des modifications qui n'ont pas été analysées jusque dans toutes leurs conséquences connues.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent l'abandon pur et simple de ce volet du projet.

## EXAMEN DES ARTICLES

Le projet de loi sous examen comprend six articles, numérotés en chiffres romains, qui visent à remplacer ou abroger des articles de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ou à compléter cette loi.

Le Conseil d'Etat ne passe en revue que les articles qui donnent lieu à des observations de sa part.

### *Article I*

#### *Article 3*

Conformément aux considérations générales ci-avant, le Conseil d'Etat propose la suppression de la première phrase de cet article.

Le troisième alinéa est à supprimer pour la même raison. Il est de toute façon superfétatoire, car il constitue une périphrase. En effet, la première et la deuxième phrase ne sont qu'une répétition du nouveau principe institué dans la première phrase du premier alinéa, tandis que la troisième phrase est une évidence, puisque l'article 1er de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises prescrit l'inscription notamment des sociétés civiles proprement dites.

Le quatrième alinéa reprend dans des termes plus généraux les anciens alinéas 4 et 5 de façon à englober toutes les formes de sociétés dotées de la personnalité juridique.

Le cinquième alinéa ouvre au groupement d'intérêt économique, ci-après „GIE“, la possibilité de se transformer en une autre forme de société dotée de la personnalité juridique. Comme il est ainsi soumis à révision, le Conseil d'Etat propose la suppression du mot „enfin“ qui n'ajoute rien au caractère normatif de la phrase.

De même, il est proposé dans le sixième alinéa de supprimer le mot „visés“. En effet, cet alinéa souligne la continuité de la personnalité juridique d'une société après transformation. Ainsi, le mécanisme de la personnalité continuée existe dans tous les cas de transformation sans devoir les réduire à ceux visés dans l'article sous revue.

Le commentaire des articles du projet de loi énumère un huitième alinéa qui ne se retrouve cependant pas dans le projet lui-même tel que publié dans les documents parlementaires.

### *Article II*

#### *Article 257*

Cet article ouvre la possibilité de fusion à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la loi de 1915 ainsi qu'aux GIE. Le texte de la loi réduit donc cette possibilité aux seules sociétés énumérées dans cette loi ainsi qu'aux GIE.

Dans le troisième alinéa, un article devra précéder l'indication du GIE de la façon suivante: „Une société ou un groupement ...“. L'adjectif „étranger“ est à mettre au pluriel, puisqu'il se réfère tant aux sociétés qu'aux GIE.

Cet alinéa ouvre la possibilité d'impliquer une société étrangère quelle que soit son origine et donne donc un champ d'application plus vaste que le projet de loi concernant la société européenne qui exige pour la création d'une société européenne par voie de fusion que les sociétés soient constituées sous la forme de sociétés anonymes constituées selon le droit d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté, à condition que deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'Etats membres différents. Une société n'ayant pas son administration centrale dans la Communauté européenne ne peut participer à une telle formation que si elle est constituée selon le droit d'un Etat membre, a son siège statutaire dans ce même Etat membre et a un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre.

Une autre solution quant aux difficultés grammaticales ci-avant serait d'avancer le dernier alinéa à la deuxième position et d'utiliser par la suite la seule indication de société.

#### *Article 263*

Le projet de loi organise la prise de décisions dans les sociétés autres que les sociétés anonymes.

Le deuxième paragraphe fixe les droits des différents associés de la société en commandite simple et modifie ceux par défaut de la société coopérative en disposant que le droit de vote des associés est

proportionnel à leur part dans l'avoir social et que le quorum de présence se calcule par rapport à l'avoir social. Il n'est pas autrement dérogé à la législation y afférente.

Le troisième paragraphe fixe la règle de l'unanimité pour la prise de décision dans les formes de sociétés y énumérées.

Pour le reste de ce paragraphe, le Conseil d'Etat doit constater une certaine confusion.

Il est fait mention d'une société coopérative à responsabilité illimitée, or une société portant une telle dénomination n'existe pas et il est inadmissible d'anticiper une éventuelle future législation en droit positif. Si les auteurs visent la société coopérative dont les associés n'ont pas pris l'option leur réservée par l'article 116, point 6 de la loi de 1915 avec comme conséquence l'application de l'article 117, point 6 suivant, il faudra le préciser ainsi par rapport aux textes existants. La dénomination employée n'est en tout cas pas admise.

Ensuite, le troisième paragraphe exige dès son début l'unanimité de tous les associés. Le Conseil d'Etat ne voit donc pas l'utilité du point 2 ni de l'alinéa qui suit, car ils ne constituent qu'une redite du principe énoncé dès le début.

Il en est de même du quatrième paragraphe qui répète partiellement le point 1 en ajoutant la société en commandite par actions.

Tout cet article est à revoir et il n'y a pas lieu de faire une différence entre les sociétés coopératives ayant pris l'option du point 6 de l'article 116 précité et les autres, car ceci ne semble faire aucune différence, si le Conseil d'Etat interprète bien les intentions des auteurs exprimées au deuxième paragraphe concernant la société en commandite simple en relation avec ce qui est dit au quatrième paragraphe suivant.

D'ailleurs, il n'y a pas lieu, en ce cas, d'apporter ces précisions au niveau du deuxième paragraphe, car l'unanimité ne fait pas de différence, que l'associé soit compté à l'unité physique ou suivant sa participation dans le capital.

Dans le deuxième alinéa du troisième paragraphe, il est renvoyé au premier alinéa. Le Conseil d'Etat a des difficultés pour saisir ce renvoi. S'agirait-il éventuellement d'un renvoi au premier paragraphe?

Le quatrième paragraphe impose l'accord de tous les associés commandités dans les sociétés à commandite simple et les sociétés à commandite par actions et ceci même si les statuts ne le prévoient pas. Le premier point du paragraphe le prévoit de toute façon déjà pour les associés à commandite simple. De la lecture du texte on peut conclure ici aussi à l'accord unanime de tous les associés.

Le cinquième paragraphe implique obligatoirement tous les porteurs d'actions et de titres ou de parts, qu'ils soient représentatifs ou non du capital, dans la prise de décision. Il est renvoyé pour cette prise de décision à l'article 68 de la loi de 1915. Cet article renvoie pour sa part à l'article 67-1 de la même loi qui fixe des conditions de quorum et de majorité différentes de l'article sous examen. Le texte semble être confus, car il est évident que pour les associés au capital des sociétés énumérées aux points 1 et 2 l'unanimité est requise. Cette catégorie d'associés ne peut donc pas être visée par ce paragraphe qui inclut néanmoins indistinctement dans la terminologie tous les associés et porteurs de titres ou de parts par son ajout „représentatifs ou non du capital“.

#### *Article 264*

Les auteurs exposent que l'article 264 ne devrait s'appliquer qu'aux sociétés anonymes, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives à responsabilité limitée et éventuellement à la société coopérative organisée comme une société anonyme ayant adopté un tel régime de limitation de responsabilité.

Le texte proposé ne reflète cependant pas cette intention. Le paragraphe 2 ne vise pas l'assemblée générale des sociétés en commandite et des sociétés coopératives, mais le droit de vote des associés et le calcul du quorum et le point 1 du paragraphe 3 inclut expressément l'accord unanime des associés des sociétés coopératives à responsabilité illimitée.

Le Conseil d'Etat propose de procéder par énumération des formes de sociétés qui sont exclues par cet article plutôt que par renvoi claudiquant.

Il renvoie aussi à son commentaire relatif à l'article 263 qui aura une influence directe sur le bout de phrase que les auteurs proposent d'ajouter au texte existant.

*Article 266*

Le Conseil d'Etat tient à rendre attentif au fait qu'à la première phrase du paragraphe 1er le terme „associes“ est à remplacer par „associés“.

*Article 268*

Le texte du premier paragraphe est à redresser quant à la désignation du magistrat. Ce bout de phrase devrait se lire „... magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement ...“.

La rédaction du troisième paragraphe qui contient la même énumération de sociétés et d'associés et membres que le paragraphe précédent pourrait être simplifiée par un renvoi à ce paragraphe.

*Article 271*

Dans le troisième paragraphe, la référence (1) est à compléter par l'adjonction du mot „paragraphe“.

*Article 285*

Cet article ouvre la possibilité de scission à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la loi de 1915 ainsi qu'aux GIE. Le texte de la loi réduit donc cette possibilité aux seules sociétés énumérées dans cette loi ainsi qu'aux GIE.

Comme il l'a déjà fait à l'endroit de l'article 257, le Conseil d'Etat propose d'avancer le dernier alinéa à la seconde place afin de faciliter la lecture des deux autres alinéas.

Dans l'actuel alinéa 2 qui devient l'alinéa 3 suivant le Conseil d'Etat, l'indication du GIE est à supprimer aux deux endroits.

La même observation vaut à l'endroit de l'actuel alinéa 3 qui deviendra l'alinéa 4 suivant le Conseil d'Etat.

*Article 291*

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations concernant l'article 263 ci-avant qui valent *mutatis mutandis* pour l'article sous revue.

*Article 292*

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations concernant l'article 264 ci-avant qui valent *mutatis mutandis* pour l'article sous revue.

*Article 297*

La rédaction du quatrième paragraphe qui contient la même énumération de sociétés et d'associés et membres que le paragraphe précédent pourrait être simplifiée par un renvoi à ce paragraphe.

*Article III*

Le liminaire de cet article se lira comme suit:

„**Art. III.**– Sont insérés dans la Section ... les articles nouveaux suivants:

„...“

*Articles 267bis et 296bis*

Les deux nouveaux articles ont pour objet de faciliter les fusions et scissions en garantissant aux associés et membres des sociétés et GIE absorbés ou scindés l'entrée dans les nouvelles entités.

*Article IV*

La modification de l'intitulé de la sous-section III de la section XIV constitue une adaptation au fait que les textes s'appliquent à toutes les formes de sociétés énumérées dans la loi de 1915.

*Article V*

Dans le cadre de la réforme proposée, les deux articles dont l'abrogation est proposée sont devenus obsolètes.



## Article VI

Cet article s'introduira comme suit:

„**Art. VI.**– Les sections *XVbis* et *XVter* suivantes sont insérées dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales:“

### *Section XVbis*

#### *Article 308bis-1 à Article 308bis-5*

Le Conseil d'Etat voudrait encore une fois attirer l'attention sur le fait qu'il voit mal l'intérêt de cette technique de transfert par rapport aux autres possibilités offertes notamment par la scission. En effet, par le défaut d'organisation autre que par le renvoi aux articles 285 à 308 nouveaux, qui entraînera obligatoirement par l'effet du point c) du premier paragraphe du nouvel article 303 la fin de la société, cette technique présente une foule de problèmes non résolus, tels que la division du patrimoine, gage universel des créanciers.

L'article 308bis-2 permettrait ainsi l'apport par une société d'une partie de son actif à une autre société sans que le projet ne se prononce sur les droits des tiers et les garanties à accorder aux créanciers.

L'article 308bis-3 permettrait l'apport d'une branche d'activités avec les passifs et les actifs qui s'y rattachent. Il s'agit ici plutôt d'une notion économique qui n'est pas définie quant à sa consistance réelle. Une comptabilité normale ne fait guère de différence quant aux branches d'activités et aux passifs et actifs qui s'y rattachent. La rémunération n'est pas en numéraire pour aider éventuellement un redressement d'une société en difficultés, mais une rémunération en actions et parts de la société bénéficiaire.

Il est de nouveau prévu qu'une telle opération pourrait se faire conformément aux dispositions des articles 285 à 308 nouveaux, mais cette opération entraînera obligatoirement la fin de la société qui fait l'apport. Il se posera donc inexorablement la question du sort de l'autre ou des autres branches d'activités.

Enfin, la question cruciale des droits des tiers et des créanciers n'est nullement organisée. Or, le risque de ces personnes est énorme notamment en cas de disparition de la société par l'effet de l'article 303 nouveau.

L'article 308bis-4 permettrait même l'apport de l'universalité à une autre société. Quel est l'intérêt de cette technique par rapport à une fusion?

L'article 308bis-5 traite même de cession gratuite d'actifs. Le but d'une société commerciale est de faire du commerce et du bénéfice. Qu'est-ce qu'une libéralité vient faire dans le droit des sociétés?

Cette section constitue une série de dispositions mal réfléchies qui posent plus de problèmes qu'elles ne peuvent constituer d'avantages.

Faute de précisions quant à la nécessité économique de ces dispositions et d'une réponse aux questions concernant la mise en cause du principe de l'universalité du patrimoine, de la procédure à suivre ainsi que de la garantie des droits des tiers et des créanciers, le Conseil d'Etat devra s'opposer formellement à la section sous avis.

### *Section XVter*

#### *Article 308bis-6*

La présente section va encore beaucoup plus loin en autorisant le transfert de tout ou partie du patrimoine professionnel non seulement de sociétés et de GIE, mais aussi de personnes physiques.

Le droit luxembourgeois ne connaît pas la notion de patrimoine d'affectation que constituerait le patrimoine professionnel d'une personne physique.

Le transfert de tout ou partie de ce patrimoine constituerait un transport d'actif et de passif. La cession de créance est une technique organisée par le Code civil. La cession simultanée ou la reprise de dette par un tiers n'est pas organisée et n'est en principe pas opposable au créancier. Le texte sous revue autoriserait un tel transport de dette sans l'accord préalable du créancier qui se verra bien attribuer un deuxième débiteur solidaire, mais cette solidarité sera dans ce cas limitée à trois années. Ainsi le nouveau texte n'imposerait pas seulement au créancier un nouveau débiteur, dont il ne doit pas néces-

sairement vouloir, mais il limiterait aussi dans le temps la solidarité de l'ancien débiteur, qui d'après les règles du Code civil ne prendrait fin que par l'extinction de l'obligation.

En matière de cession de fonds de commerce, les droits personnels appartenant au propriétaire du fonds ne sont pas compris pas plus d'ailleurs que les obligations lui incombant.

Une application des techniques du projet sous avis aux personnes physiques constituerait une aberration juridique et le Conseil d'Etat doit s'y opposer de la façon la plus formelle.

En ce qui concerne le but visé par les auteurs, le Conseil d'Etat a de grandes difficultés pour en saisir les probables subtiles différences qui pourraient exister entre l'apport d'une partie d'actif ou d'une branche d'activités ou même de l'universalité avec le transfert de tout ou partie du patrimoine professionnel.

Le Conseil d'Etat ne comprend pas non plus la réserve faite quant aux dispositions légales concernant la protection du capital.

D'un point de vue purement formel, l'abréviation „art.“ est à remplacer chaque fois par „article“.

#### *Article 308bis-7*

Cet article fait référence à l'article 300 nouveau. A la lecture de ce texte, on doit constater que les sociétés en nom collectif, les sociétés à commandite simple, les sociétés coopératives, les sociétés civiles et les GIE ne doivent pas nécessairement recourir à la forme notariée du contrat de transfert tandis que les personnes physiques devront avoir recours à un notaire en application du principe des paragraphes 1 et 2 de l'article 300. En effet, les personnes physiques ne font pas partie des exceptions énumérées limitativement par le paragraphe 3 du même article.

#### *Articles 308bis-8 à 308bis-10*

Ces articles organisent les opérations de transfert. A la lecture de ces dispositions, on doit constater qu'elles ne sont guère adaptées à un transfert de patrimoine d'une personne physique, puisque les articles 308bis-8 et 308bis-10 du projet indiquent les organes de gestion des sujets participant au transfert.

D'après l'article 308bis-9, le projet de transfert devra être publié conformément à l'article 9 de la loi de 1915, c'est-à-dire par dépôt au registre de commerce et des sociétés avec publication au Mémorial, Recueil des sociétés et associations.

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette publicité n'est pas suffisante et qu'elle devra être faite conformément aux dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 70 de la loi de 1915 tant au Mémorial C que par des lettres missives qui devront être envoyées notamment aux créanciers cédés.

#### *Article 308bis-11*

Cet article modifie les règles de prescription des actions et des garanties bien que l'article 308bis-12 dispose que le transfert de patrimoine est réalisé lorsque sont intervenues les décisions concordantes prises en sein des sujets en cause.

Le Conseil d'Etat doit réserver son attitude suivant les réponses que les auteurs devront fournir aux questions soulevées ci-avant.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 mars 2006.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES