

Projet de loi

portant réforme de la Commission des normes comptables et modification de diverses dispositions relatives à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises ainsi qu'aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés et modifiant:

- (1) le titre II du livre I^{er} du code de commerce**
- (2) le titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises**
- (3) la section XVI de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.**

Avis du Conseil d'Etat

(13 juillet 2012)

Par dépêche du 19 décembre 2011 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice. Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'une fiche d'évaluation d'impact.

L'avis de la Chambre de commerce est parvenu au Conseil d'Etat le 3 mai 2012. L'avis de l'Ordre des experts-comptables a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 25 mai 2012. Le Conseil d'Etat n'a pas encore reçu les avis de la Chambre des métiers et de l'Institut des réviseurs d'entreprises à la date de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Il ressort de l'exposé des motifs que la loi en projet poursuit trois objectifs:

Elle vise d'abord à doter la Commission des normes comptables (ci-après: la CNC) de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et d'une certaine autonomie administrative vis-à-vis du ministère de la Justice. Le Conseil d'Etat émet ses plus grandes réserves quant à l'utilité de la réforme envisagée de la CNC. Particulièrement, il s'oppose formellement à l'attribution de la personnalité juridique à l'organisme consultatif que constitue la CNC dans les termes prévus au projet de loi. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à l'examen de l'article 2, point 34.

Pour le Conseil d'Etat, une solution envisageable consisterait à intégrer la réforme de la CNC dans le cadre du projet de loi (n° 6315) portant, entre autres, réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services.

En second lieu, la loi en projet revient sur la loi du 10 décembre 2010 relative à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises, et plus particulièrement sur le concept de juste valeur introduit par cette loi en application de la directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance. L'exposé des motifs confirme l'analyse faite par le Conseil d'Etat dans son avis relatif à ce projet de loi en ce sens que l'évaluation à la juste valeur permet aux entreprises d'enregistrer des résultats non réalisés, qui sont ainsi compris dans le bénéfice de l'exercice, ce qui « peut inciter certaines entreprises à une politique de distribution de dividendes plus généreuse, alors que rien ne garantit que la société puisse le moment venu réaliser les plus-values affichées par application du principe de la juste valeur »¹. Le Conseil d'Etat marque son accord avec la démarche proposée visant à limiter la distribution de dividendes aux résultats réalisés ou quasi-réalisés que la loi ou les statuts n'empêchent pas de distribuer.

Le projet de loi comporte également une série de modifications à caractère technique.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'intitulé de l'article 1^{er} est à remplacer par le texte suivant:

« Art. 1^{er}. – Modification du titre II du livre I^{er} du Code de commerce ».

Pour des raisons légistiques, la subdivision de l'article se fait en alinéas non numérotés ou en paragraphes numérotés par un chiffre arabe placé entre parenthèses. Par contre, les subdivisions en points, caractérisés par un chiffre arabe suivi d'un point, sont appropriées à l'intérieur d'une phrase, afin de caractériser une énumération. Comme l'article 1^{er} comporte une phrase introductive suivie d'une énumération en quatre points, il convient de numéroter les dispositions modificatives sous forme de points au lieu et à la place des paragraphes projetés:

« 1. L'article 8 du Code de commerce est modifié comme suit: (...) »;

« 2. L'alinéa 1^{er} de l'article 11 du Code de commerce est modifié comme suit: (...) ».

« 3. (...) »

(...) ».

Concernant le point 4

Au niveau formel, il y a lieu d'ajouter l'acronyme « (CSSF) » derrière « Commission de surveillance du secteur financier » (qui apparaît pour la première fois dans le Code de commerce) et d'écrire « à l'exception des professionnels du secteur financier (PSF) de support ».

¹ Avis du Conseil d'Etat du 18 mai 2010 sur le projet de loi n° 5976 devenu entretemps la loi du 10 décembre 2010 relative à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises. Passage cité par l'exposé des motifs du projet de loi n° 6376.

Article 2

Pour les raisons légistiques mentionnées à l'article 1^{er}, et vu que l'article 2 se compose d'une phrase introductive suivie d'une énumération en 34 points, il convient de numérotter les dispositions modificatives sous forme de points comme suit:

« 1. Le chapitre II. – *Des comptes annuels* est renommé comme suit: (...) ».

« 2. L'article 27 est modifié comme suit: (...) ».

« 3. (...) ».

(...) ».

Concernant le point 4

Le point 4 vise à modifier le paragraphe 4 de l'article 29 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant, entre autres, les comptes annuels des entreprises, afin de donner un caractère optionnel au principe de substance. Ce principe consacre la prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique et il vise à présenter les transactions lors de leur comptabilisation en fonction de leur substance économique même si cette démarche oblige de s'écarter de la forme juridique de celles-ci.

En somme, il s'agit là d'une application du principe de l'image fidèle, inscrite dans la quatrième directive 78/660/CEE dès son adoption en 1978. Il est vrai qu'en Europe continentale, les sociétés ont été plutôt hésitantes à appliquer ce principe d'origine anglo-saxonne, préférant en cas de doute appliquer le principe de patrimonialité du bilan, conduisant à inscrire un bien au bilan de l'entreprise qui en a la propriété juridique. La directive 2003/51/CE a définitivement consacré le principe de substance, indissociable des normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*).

La loi du 10 décembre 2010 avait introduit le principe de substance sur une base obligatoire, alors que la directive afférente a laissé aux Etats membres le choix entre « permettre ou exiger que la présentation des montants repris sous les postes du compte de profits et pertes et du bilan se réfère à la substance de la transaction ou du contrat enregistré ». La loi en projet propose de revenir au texte de la directive, supprimant ainsi l'obligation légale.

Le commentaire des articles relève à juste titre que la portée optionnelle de la notion de substance ne dispense pas l'entreprise de son obligation de se conformer à l'objectif de l'image fidèle inscrit à l'article 26 de la loi. En effet, l'objectif de l'image fidèle est et reste le critère primordial d'appréciation des comptes annuels, et l'entreprise ne peut pas se soustraire à cette obligation en invoquant des incertitudes doctrinales et des problèmes d'appréciation: il est de la nature des principes comptables qu'ils fixent des règles générales et qu'ils engagent les responsables à appliquer ces principes dans le contexte spécifique de chaque entreprise individuelle en faisant appel à leur jugement, et en expliquant à l'annexe des comptes annuels les choix opérés et les méthodes d'évaluation appliquées. Dès lors, l'impact de la modification proposée devrait rester limité.

Concernant le point 10

Il y a lieu de remplacer les virgules derrière les termes à définir par des double-points.

Concernant le point 23, 3^e tiret, 7bis

A l'alinéa 2, les termes « Communauté européenne » doivent être remplacés par « Union européenne ».

Par ailleurs, il y a lieu de se référer au texte national ayant transposé l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 14 de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers. En l'occurrence, il s'agit de l'article 1^{er}, point 11 de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

Concernant le point 23, 4^e tiret

Alors qu'en principe, il y a lieu de se référer au texte national ayant transposé une directive, le Conseil d'Etat se déclare en l'occurrence d'accord avec les renvois vers les directives européennes respectives, comme les renvois en question concernent des dispositions précises relatives au Luxembourg, n'ayant pas appelé de transposition en droit national.

Cependant, il convient de mentionner la forme juridique des sociétés de droit luxembourgeois visées dans le texte de la directive 78/660/CEE, au lieu de s'y référer de manière implicite, et d'ajouter l'intitulé de la directive citée, ce qui donnera:

« les transactions effectuées par les sociétés de droit luxembourgeois, à savoir la société anonyme, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée, la société en nom collectif et la société en commandite simple visées à l'article 1^{er} de la directive 78/660/CE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (dite « quatrième directive ») ».

A l'alinéa 2, il convient également de mentionner la forme juridique des sociétés visées dans le texte de la directive 77/91/CEE, au lieu de s'y référer de manière implicite, et d'ajouter l'intitulé de la directive citée, ce qui donnera:

« (...) sauf s'il s'agit de la société anonyme visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de la directive 77/91/CEE tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (dite « deuxième directive ») ».

Comme pour le point 7bis, il y a lieu de se référer à l'alinéa 3 du texte en projet au texte national ayant transposé l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 14 de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés

d'instruments financiers. En l'occurrence, il s'agit de l'article 1^{er}, point 11 de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

Les termes « Communauté européenne » doivent être remplacés par « Union européenne ».

Concernant le point 23, 5^e tiret

Cette disposition vise à modifier le point 11 du paragraphe 1^{er} de l'article 65. Le Conseil d'Etat relève une contradiction entre le texte de la disposition et le commentaire des articles afférent.

Le commentaire note que « la référence à la classification des impôts différés « sous un poste particulier à intitulé correspondant » est – quant à elle – supprimée dans la mesure où le schéma de bilan de l'article 34 et les formulaires électroniques de collecte standardisée ne permettront pas d'ajouter des postes supplémentaires », alors que le libellé de la disposition est, sur ce point, inchangé, de sorte que la disposition en cause figure toujours dans le texte: « Ce montant peut également figurer de façon cumulée dans le bilan sous un poste particulier à intitulé correspondant ».

D'ores et déjà, le Conseil d'Etat marque son accord dans l'hypothèse où la Chambre des députés proposerait un amendement afin de retirer cette phrase du projet de loi.

Concernant le point 28, 2^e tiret

Il convient de citer la directive en question de manière complète pour écrire:

« (...) directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g) du traité et concernant les comptes consolidés (dite « septième directive »). »

Concernant le point 30

En ce qui concerne le paragraphe 2, point a), la notion « Communautés européennes » doit être remplacée par celle d'« Union européenne ».

Concernant le point 33

Aux paragraphes 1^{er} à 3, il convient de terminer l'énumération alphabétique par un point au lieu du point-virgule.

Le Conseil d'Etat rejoint la Chambre de commerce qui, dans son avis, s'étonne que le texte utilise au paragraphe 1^{er} une formule qui s'écarte de celle retenue au paragraphe 3 alors que cette différence ne semble pas justifiée. Par souci de cohérence, il propose d'écrire au paragraphe 1^{er} « les entreprises (...) ne peuvent pas distribuer ou utiliser à une autre fin » et au paragraphe 3 « les éléments suivants (...) peuvent (...) être distribués ou utilisés à une autre fin ».

La disposition proposant des modifications à l'article 72^{ter}, paragraphe 1^{er}, utilise deux fois l'expression « nets/nettes d'impôts y relatifs

» et une fois l'expression « nets de charges d'impôts ». Le Conseil d'Etat suppose que le texte n'établit pas de différence entre ces expressions et, dans l'affirmative, il demande d'utiliser une seule variante de texte. Si toutefois les auteurs accordaient une signification spécifique à ces variantes de style, le Conseil d'Etat proposerait de clarifier les définitions respectives.

Le paragraphe 2 de l'article 72^{ter} introduit l'obligation d'affecter les éléments identifiés au paragraphe 1^{er} à une réserve indisponible et il interdit d'affecter cette réserve indisponible à six utilisations énumérées limitativement. Le Conseil d'Etat propose d'ajouter à cette énumération un septième point, en relation avec la réserve spéciale que les sociétés soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités doivent constituer en cas d'option pour l'imputation de l'impôt sur la fortune sur la cote de l'impôt sur le revenu:

« g) réserve spéciale constituée conformément à l'article 174^{bis} LIR ».

Concernant le point 34 portant réforme du chapitre III relatif à la Commission des normes comptables (ci-après « CNC »)

Selon le commentaire des articles, les auteurs du projet sous examen se seraient largement inspirés de la loi du 25 juillet 2002 portant institution d'un comité luxembourgeois des droits de l'enfant, appelé « Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand » (ORK). Ce modèle aurait pour avantage « de permettre à la CNC de disposer de la personnalité civile, d'une indépendance et d'une autonomie budgétaire lui permettant de garantir le financement de ses missions tout en conservant une structure légère et flexible qui pourra faire l'objet, le cas échéant, d'adaptations ultérieures ».

Le Conseil d'Etat tient à relever que l'ORK ne dispose pas de la personnalité juridique. Il doute d'ailleurs qu'il existe un organisme consultatif public doté d'une telle personnalité. Il est à noter dans ce contexte que la Constitution ne prévoit pas l'octroi de la personnalité civile à un organisme étatique, en dehors de l'article 108^{bis}, traitant des établissements publics. Or, les articles du projet de loi concernant la CNC ne répondent d'aucune façon à la structure et à l'organisation, notamment au regard de la tutelle et du contrôle financier, exigées par l'article 108^{bis} de la Constitution pour la création d'établissements publics. Le Conseil d'Etat doit donc s'opposer formellement à ce que la CNC soit dotée d'une telle personnalité sans que le projet sous examen réponde aux prescriptions constitutionnelles en la matière. En l'état, les termes « et qui a la personnalité civile » sont donc à supprimer au point 34 (article 73).

Le Conseil d'Etat ignore les raisons qui ont poussé les auteurs à vouloir conférer la personnalité civile à la CNC. Pour le cas où ils auraient voulu marquer l'indépendance de cet organisme, ils auraient très bien pu s'inspirer du texte légal sur le Conseil de la concurrence qui ne dispose pas non plus d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, et ce alors que le critère d'indépendance de cet organisme se présente avec plus d'acuité que dans le contexte de la CNC. Pour ce qui est de l'autonomie financière, elle ne peut à elle seule constituer une raison pour recourir à la création d'un établissement public.

Concernant l'article 73bis, paragraphe 2

Le paragraphe sous avis énumère les « missions principales » de la CNC. Dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de définir les missions de manière précise, sans faire de distinction entre les missions principales et d'éventuelles missions accessoires dans le texte légal. Comme le texte ne mentionne pas de missions accessoires, et qu'il n'autorise pas la CNC à prendre des initiatives dépassant les deux missions définies par le texte, le Conseil d'Etat demande de remplacer l'expression « missions principales » par le terme « missions ».

Concernant l'article 73ter

Dans le contexte du paragraphe 1^{er}, qui énumère les activités que la CNC « peut notamment exercer », se pose la question de savoir si la liste proposée est limitative. Si tel est le cas, il convient de supprimer le terme « notamment ». Dans l'hypothèse inverse, il convient de compléter la liste des activités.

Or, comme la délimitation entre les missions et les activités de la CNC est difficile à tracer, le Conseil d'Etat demande que le paragraphe sous examen soit fusionné avec l'article 73bis, paragraphe 2 qui précède afin de définir de manière précise et sans équivoque les missions de la CNC.

Quant à la forme, il convient d'écrire aux points b) à d) et au paragraphe 2 « ministre ayant la Justice dans ses attributions » au lieu et à la place de « ministre de la Justice ». Il convient également d'ajouter « dénommé ci-après « le ministre » » pour utiliser dans la suite du texte la forme abrégée.

Concernant l'article 73quater

Quant à la forme et comme indiqué ci-dessus, il convient d'utiliser à partir de l'article sous examen la forme abrégée « le ministre » pour désigner le ministre ayant la Justice dans ses attributions.

Concernant l'article 74bis, paragraphe 1^{er}

A l'instar d'autres institutions ou organismes, il y a lieu de faire approuver ce règlement intérieur par le ministre.

Le texte en projet reste muet sur la publication du règlement interne.

Concernant l'article 74bis, paragraphe 2

Selon le Conseil d'Etat, les « règles de comportement, de neutralité et d'indépendance y inclus les dispositions portant sur la prévention et la gestion des conflits d'intérêt » n'ont pas à être adoptées dans un règlement intérieur. De toute façon, l'article 74 du projet de loi s'applique. Par conséquent, le Conseil d'Etat demande qu'il soit fait abstraction du paragraphe sous examen.

Concernant l'article 74quater

Dans l'optique de ce qui précède, la disposition selon laquelle le secrétariat de la CNC peut également être assuré par des « salariés ou autres prestataires du secteur privé » est incompatible avec la nature juridique d'un organisme consultatif rattaché à un ministère. Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'article comme suit:

« Le secrétariat de la CNC est assuré par des agents désignés par le ministre. »

Concernant l'article 74quinquies, paragraphe 4

Selon les auteurs du projet, les groupes de travail peuvent comprendre des personnes qui ne sont pas membres de la CNC. Le Conseil d'Etat conçoit que la coopération d'experts peut s'imposer lors de la discussion de certains points techniques. Il demande toutefois que le statut de ces personnes au regard de la sensibilité des données qui peuvent, le cas échéant, y être traitées soit clarifié.

Concernant l'article 74sexies

Les dispositions de l'article sous examen relatif au fonctionnement de la CNC (fréquence des réunions, convocation, ordre du jour) n'ont pas leur place dans un texte de loi mais plutôt dans le règlement d'ordre intérieur à adopter.

Concernant l'article 74septies, paragraphe 2

Selon le Conseil d'Etat, l'article sous examen est à supprimer. En effet, la législation réglant la procédure administrative non contentieuse s'applique de droit.

Concernant l'article 74octies

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte en projet dans son ensemble.

Tout d'abord, la disposition selon laquelle un règlement grand-ducal détermine le montant de la contribution visée au paragraphe 1^{er} est contraire à l'article 99 de la Constitution au sens duquel « Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. (...) », à moins qu'il ne s'agisse d'une taxe rémunératoire, ce qui est difficilement concevable en l'espèce.

Ensuite, suivant le texte proposé, la CNC est « affranchie de tous impôts et taxes au profit de l'Etat et des communes, à l'exception des taxes rémunératoires et de la taxe sur la valeur ajoutée ». Comme la CNC n'aura pas de personnalité juridique, elle ne peut être soumise à un quelconque impôt, de sorte que le texte sous examen est dépourvu de toute signification.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat se demande quel serait l'impact de cette disposition. Comme la CNC n'est pas une collectivité exerçant une activité commerciale, elle n'est pas assujettie à l'impôt sur le revenu. La CNC n'a pas pour vocation de constituer un patrimoine, et il ne semble donc pas

approprié de prévoir une exonération des impôts susceptibles d'être perçus à l'occasion de l'acquisition, ou en cours de détention de certains biens meubles ou immeubles. La CNC, en tant que comité consultatif, n'a pas comme objet de développer des entreprises de nature commerciale susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 159 de la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Concernant le point 37, 3^e tiret

Le droit de l'Union européenne ignore la pratique consistant à insérer le terme « modifié » à la suite d'un acte législatif qui a fait l'objet de modifications. Le Conseil d'Etat demande de suivre cette pratique et de remplacer l'expression « la directive modifiée 78/660/CEE » par la formule « la directive 78/660/CEE ».

Concernant le point 38, 2^e tiret

Au point a), les termes « Communautés européennes » doivent être remplacés par « Union européenne ».

Comme indiqué ci-dessus, le droit de l'Union européenne ignore la méthode consistant à insérer le terme « modifié » à la suite d'indication de l'acte initial.

Au point b), il y a lieu de citer la directive de manière complète pour écrire « directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (dite « première directive ») ».

Concernant les points 34 à 38

Pour rester en adéquation avec la loi modifiée du 19 décembre 2002 actuellement en vigueur, il y a lieu d'écrire, dans l'ensemble du projet sous examen, le « registre de commerce et des sociétés ».

Article 3

Pour les raisons indiquées ci-avant sous l'article 1^{er}, il convient de numéroté les dispositions modificatives au lieu et à la place des paragraphes projetés, ce qui donnera:

- « 1. L'article 72-4 est modifié comme suit: (...) »;
- « 2. (...) ».
- « 3. (...) ».
- (...) ».

Article 4

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 juillet 2012.

Le Secrétaire général,

Le Président ff.,

