

L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE AU LUXEMBOURG

PAR

David HIEZ

PROFESSEUR DE DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG(*)

Sommaire

I. Des contours originaux de l'économie sociale et solidaire.....	201
A. Économie sociale et solidaire et entreprise sociale	201
B. Les acteurs de l'économie sociale et solidaire	206
II. Le régime juridique de l'économie sociale et solidaire.....	214
A. La fiscalité.....	214
B. La gouvernance	216
C. Le sort des excédents	218
D. La dissolution.....	219
E. La protection de l'entreprise d'économie sociale et solidaire	222
F. Les marchés publics	223
III. Le droit des coopératives en question.....	224
A. Le régime juridique des coopératives confronté à l'économie sociale et solidaire.....	225
B. Focus sur la pratique juridique des coopératives	233
C. Esquisse de réflexion autour d'une éventuelle réforme...	239

(*) David.hiez@uni.lu

Si le Luxembourg ne présente pas toujours d'originalité juridique marquée, tel n'est pas le cas à propos de l'économie sociale et solidaire. Non seulement dès 2009 un ministre fut explicitement délégué à l'économie solidaire¹, mais en outre une loi sur l'économie sociale et solidaire a été adoptée, en 2016². Il ne s'agit toutefois là encore que de l'intégration du Luxembourg au cercle pas si large des États s'impliquant explicitement en faveur de l'économie sociale et solidaire, mais le Luxembourg présente par ailleurs la double originalité de promouvoir une conception innovante de cette économie sociale et solidaire, que vient éclairer le régime juridique applicable aux diverses entreprises qui y sont rattachées.

Il convient toutefois préalablement d'expliquer le passage qui s'est opéré d'économie solidaire à économie sociale et solidaire. Quoique le terme aujourd'hui choisi soit similaire à celui retenu par la France, le cheminement qui y a conduit en diffère totalement et éclaire beaucoup sur la signification et la tradition luxembourgeoise du secteur.

En France, dans les années 80-90, une controverse, voire un conflit, s'affirme entre la traditionnelle économie sociale et une plus jeune économie solidaire. Le point de discorde central entre les deux courants porte sur ce qu'il est convenu d'appeler les statuts³ : L'économie sociale se définissait en effet comme un ensemble d'entreprises ayant adopté des statuts juridiques précis : coopératives, mutuelles et associations⁴. Or les tenants de l'économie solidaire arguent que ces statuts n'avaient pas empêché certaines des entreprises concernées de s'écarter radicalement des principes et valeurs qu'elles continuaient d'afficher. À l'inverse, les mêmes auteurs font remarquer que certaines entreprises très alternatives revêtent la forme de société commerciale. Ils ont donc revendiqué l'abandon du critère statutaire. L'opposition n'a jamais totalement disparu mais une conciliation a

¹ Arrêté grand-ducal du 5 décembre 2018 portant énumération des Ministères, art. 1, 24. Arrêté grand-ducal du 5 décembre 2018 portant attribution des compétences ministérielles aux membres du Gouvernement, art 1^{er}. <http://www.legilux.public.lu>.

² Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal (Mémorial A, n° 255 du 15 décembre 2016). <http://www.legilux.public.lu>.

³ D. HIEZ, « La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire », D. HIEZ et E. LAVILLUNIÈRE (dir.), *Vers une théorie générale de l'économie sociale et solidaire*, Larcier, 2013, pp. 311-332.

⁴ Décret n° 81-1125 du 15 décembre 1981 CRÉATION D'UNE DÉLÉGATION A L'ÉCONOMIE SOCIALE.

été trouvée dans la notion d'économie sociale et solidaire qui marie les deux courants et s'est progressivement imposée dans les années 2000 et s'est finalement traduite dans la loi du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire.

Au Luxembourg, la construction a été toute autre. La notion d'économie sociale n'a jamais eu d'importance au Grand-Duché, qui n'a commencé à chercher à rapprocher les divers acteurs que dans les années 2000. C'est l'économie solidaire qui a cristallisé les débats. L'entente des groupements des centres d'accueil (EGCA)⁵, plutôt marquée par la tradition philanthropique et sociale, et Objectif plein emploi (OPE)⁶, plutôt inscrit dans une tradition syndicale de réflexion sur la nouvelle relation au travail, se sont longtemps opposés sur la question. Les premiers se revendiquaient de l'utilisation de la notion par le ministère de la famille dès la fin des années 90, les seconds se réclamaient de l'influence de travaux français sur la troisième voie⁷.

Or OPE a bien tenu la plume pour l'élaboration de la plateforme gouvernementale de 2009 qui a introduit l'économie solidaire⁸. Mais des fragilités internes à l'organisation ont rendu son discours progressivement inaudible et sa disparition en 2013⁹ a clairement marqué le glas de la dimension alternative de l'économie solidaire au Grand-Duché. Ce sont donc les entreprises du secteur social qui ont durablement pris la tête de la construction du secteur. La nouvelle coalition gouvernementale de 2013 a introduit la notion d'économie sociale et solidaire en créant un ministère délégué¹⁰. Elle avait été précédée par la création de l'union luxembourgeoise de l'économie sociale et soli-

⁵ <http://www.egca.lu>.

⁶ La liquidation de l'A.S.B.L. ne permet pas de renvoyer à son site Web. On trouvera quelques informations sur : <http://www.ess-europe.eu/fr/page/acteurs-et-reseaux-au-luxembourg>; www.pactes-locaux.org/bdf/docs/objectif_plein_emploi_27.12.07.doc.

⁷ J.-L. LAVILLE, 2007, *L'économie solidaire : une perspective internationale*, Desclée de Brouwer, Paris, 1994 ; *Économie sociale et solidaire. Capitalisme et changement démocratique*, Xe Rencontres du RIUESS - Luxembourg - 2 au 4 juin 2010, Luxembourg, 2010 ; *Le mariage de l'innovation sociale et de l'économie solidaire : pour le meilleur et pour le pire*, Conférence de l'INEES et du projet FASAGES du 16 octobre 2012, Luxembourg, 2012.

⁸ C'est notamment le cas avec l'inscription dans la plateforme de gouvernement : l'élaboration d'un projet de loi sur l'association d'intérêt collectif ; http://www.euro-paforum.public.lu/fr/actualites/2008/10/ope/1896_OPE_FSE_AIC_INTERNET.pdf.

⁹ L'essentiel en ligne du 26 novembre 2013.

¹⁰ Arrêté grand-ducal du 23 décembre 2013 portant constitution des Ministères, art. 1^{er} 20.

daire (ULESS) en juillet 2013¹¹ qui avait déjà abandonné la notion d'économie sociale et solidaire. Nous ne parlerons donc pas d'économie solidaire, terme qui n'est plus courant au Luxembourg, mais bien d'économie sociale et solidaire.

Si on cherche à fournir une image du secteur, force est de constater que les statistiques sont relativement pauvres, quoiqu'il existe une étude officielle réalisée par l'office des statistiques en 2014¹². Ces statistiques sont en effet difficiles à appréhender, dans la mesure où elles apparaissent en décalage avec la définition non statutaire retenue par la loi de 2016. La méthodologie utilisée par le STATEC a en effet consisté à partir des statuts juridiques, au moins pour partie, et dans une mesure difficile à évaluer, en la complétant par une approche sectorielle tirée du caractère social de l'activité. On peut toutefois tirer quelques conclusions de cette étude ainsi que de la composition de l'union pour l'économie sociale et solidaire (ULESS)¹³. Il en ressort que la prééminence du critère de l'objet social rejaillit sur l'ancrage principal de ces entreprises. Elles sont très majoritairement issues du secteur social : associations caritatives, entreprises pour travailleurs handicapés, entreprises d'insertion... L'énumération n'est pas exhaustive. Selon certains acteurs, les associations de nature militantes, par exemple d'aide à l'accueil des immigrés, ne feraient pas partie de l'économie sociale et solidaire, faute que leur objet soit principalement social ou qu'elles aient une activité de production. La question se pose aussi pour des entreprises émergentes dans le domaine de l'environnement, surtout pour les entreprises dites de la transition, qui s'appuient davantage sur l'engagement bénévole pour réaliser leurs activités économiques.

Ce cadre planté, il est possible de mettre en évidence la dualité de l'économie sociale et solidaire au Luxembourg. D'un côté, elle esquisse une nouvelle façon de déterminer les contours de l'économie sociale et solidaire (I). D'autre part, elle conserve finalement une approche traditionnelle du régime juridique des entreprises concernées (II). Mais une attention particulière nous semble nécessaire à la mal-aimée

¹¹ <http://www.uless.lu>.

¹² Institut national de la statistique et des études économiques (STATEC), Communiqué de presse no. 13-2014 du 8 avril 2014, disponible sur : <https://statistiques.public.lu/fr/actualites/entreprises/entreprises/2014/04/20140408/20140408.pdf>.

¹³ Page officielle disponible sur : www.uless.lu.

de l'économie sociale et solidaire luxembourgeoise : la coopérative (III). Sa place habituelle mérite en effet d'être explicitée, voire son régime juridique questionné.

I. DES CONTOURS ORIGINAUX DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Par culture, le Luxembourg n'est pas un pays du conflit mais du compromis ou du pragmatisme¹⁴. Il n'a donc pas eu de mal à accueillir la notion d'économie sociale et solidaire. Toutefois, il a aussi été fortement marqué par l'approche européenne des années 2010, représentée notamment par la communication de 2011 de la Commission qui a consacré l'entreprise sociale¹⁵. Il en résulte un relatif syncrétisme, à la fois original mais aussi quelque peu confus ou insaisissable. (A). En pratique, ceci rend difficile un repérage certain des entreprises concernées (B).

A. Économie sociale et solidaire et entreprise sociale

La définition de l'économie sociale et solidaire est fournie par l'article 1^{er} de la loi du 12 décembre 2016 :

« L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent cumulativement les conditions suivantes :

- 1. Poursuivre une activité continue de production, de distribution ou d'échange de biens ou de services.*
- 2. Répondre à titre principal à l'une au moins des deux conditions suivantes :*
 - a. Elles ont pour but d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité, soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des clients, des membres, des adhérents ou des bénéficiaires de l'entreprise ;*

¹⁴ P. KINSCH, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », *Annales de droit luxembourgeois 2017-2018*, vol. 27-28, p. 9 et s., n^{os} 24 et s., p. 37 et s.

¹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions ; Initiative pour l'entrepreneuriat social. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0682:FIN:fr:PDF>.

- b. Elles ont pour but de contribuer à la préservation et au développement du lien social, à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, culturelles et économiques, à la parité hommes-femmes, au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale, à la protection de l'environnement, au développement d'activités culturelles ou créatives et au développement d'activités de formation initiale ou continue.
3. Disposer d'une gestion autonome au sens où elles sont pleinement capables de choisir et de révoquer leurs organes directeurs ainsi que de contrôler et d'organiser l'ensemble de leurs activités.
4. Appliquer le principe selon lequel au moins la moitié des bénéfices réalisés sont réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise. »

La définition est celle de l'économie sociale et solidaire proprement dite (art. 1), mais elle est un « mode d'entreprendre », ce qui renvoie immédiatement aux entreprises y correspondant. Or il s'agit, en reprenant la lettre de la loi, des personnes morales de droit privé qui présentent quatre caractéristiques cumulatives. L'énumération des quatre conditions fait inmanquablement penser à la définition française de l'économie sociale et solidaire, telle qu'elle résulte de la loi éponyme.¹⁶ Toutefois, elle s'en distingue de façon radicale sur un point : la loi française contient d'abord une liste d'entreprises dont le statut juridique entraîne *ipso jure* l'inclusion dans l'ESS : *grosso modo* associations, coopératives, fondations et mutuelles. Rien de tel au Grand-Duché, et ceci doit être élucidé, car c'est une particularité au regard d'autres législations européennes¹⁷. En effet, sans compter la France, au moins l'Espagne¹⁸, la Grèce¹⁹, le Portugal²⁰ ont égale-

¹⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n° 0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666, art. 1 et 2.

¹⁷ G. CAIRE et W. TADJUDJE, « Vers une culture juridique mondiale de l'entreprise d'ESS ? Une approche comparative internationale des législations ESS », *RECMA*, 2019, n° 353. <http://recma.org/article/vers-une-culture-juridique-mondiale-de-lentreprise-dess-une-approche-comparative>.

¹⁸ Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, *Boletín oficial del Estado*, mercredi 30 mars 2011, n° 76, sec. I. p. 33023.

¹⁹ Loi n° 4430/2016 sur l'économie sociale et solidaire. Voy. également I. Nasioulas, *The Greek Law 4430/2016 on Social and Solidarity Economy : Breakthroughs and Backdrops* (disponible sur : https://www.social-economy.com/uploads/5/9/2/3/59238017/policy_briefs_2_-_ioannis_nasioulas.pdf).

²⁰ Lei de Bases da Economia Social Portugal n° 68/XII-1.ª Diário da República, 1.ª série — N.º 88 — 8 de maio de 2013 Diário da República, 1.ª série — N.º 88 — 8 de maio de 2013.

ment récemment adopté une loi relative à l'économie sociale ; or elles comportent toutes une délimitation statutaire de l'ESS.

La législation française a abandonné la référence unique aux statuts, par sa loi ESS, et consacré la possibilité pour une société commerciale de se faire immatriculer comme entreprise d'économie sociale et solidaire.²¹ La loi luxembourgeoise va plus loin puisqu'elle abandonne purement et simplement la référence aux statuts. Elle y substitue quatre conditions cumulatives, dont il faut dire quelques mots analytiques. Nous le ferons dans le désordre, réservant pour la fin les conditions les plus controversées.

1) **Première condition (art. 1 (1)) : « poursuivre une activité continue de production, de distribution ou d'échange de biens ou de services. »** Autrement dit, la personne doit avoir une activité économique, et le caractère continu de cette activité montre qu'il s'agit bien d'une entreprise. Cette condition écarte principalement les associations qui développent une activité non économique, comme par exemple des organismes très militants mais qui ne recourent qu'au bénévolat et n'accomplissent pas d'opérations économiques. Ces critères ne sont pas parfaitement limpides ; qu'on songe par exemple à la structure qui encadre un système d'échange local, au sein duquel des opérations d'échange ou de production interviennent régulièrement, mais avec l'objectif affiché d'échapper au cadre économique traditionnel. Ces cas-limites sont intéressants mais ne sont pas propres au Luxembourg.

2) **Deuxième condition (art. 1 (4)) : « Appliquer le principe selon lequel au moins la moitié des bénéfices réalisés sont réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise. »** Nouvelle en tant que telle, cette condition est l'héritière, renouvelée, de la dimension de propriété collective attachée aux entreprises de l'économie sociale et solidaire. Le fondement de cette condition est d'interdire l'accaparement des produits de l'activité de l'entreprise par ses membres, puisqu'au moins la moitié des bénéfices leur échappe, ce qui se rattache peu ou prou à l'idée de caractère non lucratif. La diffé-

²¹ Loi n° 2014-856, 10 juillet 2014, art. 2 ; J. MONNET, « L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales, Dr. Sociétés », 2014, étude 22.

rence tient à ce que, là où une certaine affectation des bénéfices était exclue ou encadrée, c'est aujourd'hui une affectation positive qui est requise. C'est une même idée qu'on retrouve dans le règlement européen sur le fonds européen pour l'entrepreneuriat social.²²

3) Troisième condition (art. 1 (3)) : « Disposer d'une gestion autonome au sens où elles sont pleinement capables de choisir et de révoquer leurs organes directeurs ainsi que de contrôler et d'organiser l'ensemble de leurs activités. »

Il est difficile de trouver un équivalent exact à cette condition dans les législations voisines. La condition qui se rapproche le plus est celle de l'exigence démocratique²³, mais c'est vraiment fautive de mieux. En effet, si le contrôle et l'organisation des activités peuvent y faire songer, il ne faut pas perdre de vue que le sujet de la phrase demeure ici « les personnes morales de droit privé », autrement dit l'entreprise elle-même. La condition ne préjuge donc en rien des personnes ou des organes qui, au sein de l'entreprise, doivent nommer et révoquer les organes dirigeants ou contrôler et organiser les activités. Aucun rapprochement ne peut être fait avec le droit belge et sa société à finalité sociale, quoiqu'elle ait pour partie servi de modèle, dans la mesure où celle-ci requiert une limitation des droits de vote de chaque associé²⁴. Même le droit européen, pourtant soupçonné de trop de souplesse, fournit un guide plus sûr dans sa définition de l'entreprise sociale susceptible d'être prise en compte par le fonds européen pour l'entrepreneuriat social²⁵. Quoiqu'aucune filiation directe ne puisse être établie, un rapprochement inattendu pourrait être établi avec les organismes sans but lucratif de la tradition anglo-saxonne, qui connaissent aussi cette exigence d'autonomie.²⁶

²² Règlement CE/346-2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, art. 3, 1. (e).

²³ Notons que le Conseil d'État proposait d'abandonner la condition d'autonomie, garantie par la forme sociale, pour intégrer des considérations de gouvernance démocratique : dossier parlementaire n° 6831, avis du Conseil d'État.

²⁴ Code des sociétés belge, art. 661 4°.

²⁵ Règlement 2013, art. 3 1(d) (iv).

²⁶ Cité par M. MCGREGOR-LOWNDES, « An overview of the not-for-profit sector », in M. HARDING (Ed.), *Handbook on Not-For-Profit Law*, 2018, Edward Elgar publishing, p. 135.

4) **La quatrième condition** renvoie à la dimension sociale de l'entreprise. Et là où la définition semi-statutaire de la législation française recourt à une sorte de présomption irréfragable d'utilité sociale des entreprises statutairement délimitées²⁷, le Luxembourg s'en écarte²⁸, rendant plus problématique la délimitation de l'économie sociale et solidaire. Cette approche présente d'indéniables avantages puisqu'elle colle au plus près à la réalité et évite les qualifications abusives d'économie sociale et solidaire. Il ne faut toutefois pas se cacher qu'elle constitue une originalité dans le paysage européen et se démarque de l'approche des institutions européennes. Elle conduit naturellement à exclure de l'économie sociale et solidaire certaines entreprises qui, par leurs statuts, y seraient ailleurs intégrées, dès lors qu'elles ne remplissent pas les conditions posées par la loi.

Au final, l'économie sociale luxembourgeoise présente plusieurs originalités : non seulement elle abandonne toute référence statutaire, mais en outre elle ne contient aucun élément relatif à la gouvernance. Elle se démarque donc sensiblement de la définition française, en dépit d'une même terminologie. Le même constat vaut si on compare cette approche avec celle qui vaut au Québec²⁹, quand bien même le Luxembourg et le Québec semblent se rapprocher sur ce terrain comme en atteste une déclaration de collaboration signée par les deux ministres compétents.³⁰ Elle se rapproche au contraire de l'entreprise sociale promue par la Commission européenne avec sa prépondérance accordée à l'objet de l'entreprise et à sa lucrativité limitée. La détermination des acteurs du secteur ne confirme pas cette proximité, et le Luxembourg se situe même aux avant-gardes des États membres qui cherchent à stimuler sur le plan intergouvernemental le dévelop-

²⁷ Associations, coopératives, mutuelles, fondations.

²⁸ Il faut toutefois relever que le gouvernement luxembourgeois citait déjà ces quatre organisations comme « entreprises sociales et solidaires dans leur forme juridique actuelle » lors de la présentation du projet de loi sur la société d'impact sociétal : Doc. parl. n° 6831/00, Projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal, p. 3.

²⁹ Loi sur l'économie sociale, art. 3 et 4. <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca>

³⁰ https://mteess.gouvernement.lu/fr/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes_actualites%2Bcommuniques%2B2018%2B05-mai%2B28-signature-luxembourg-quebec.html.

pement de l'économie sociale et solidaire,³¹ face à une Commission supposée en retrait sur ce dossier.

B. Les acteurs de l'économie sociale et solidaire

La loi luxembourgeoise n'envisage que deux acteurs de l'économie sociale et solidaire : son représentant, dans un souci de structuration institutionnelle, et la société d'impact sociétal, qui constitue même l'objet principal de la loi. Il convient toutefois de donner un aperçu sommaire des composantes traditionnelles du secteur, y compris pour discuter de leur appartenance en droit luxembourgeois.

- Le représentant du secteur

La loi ne fait que se référer aux « représentants du secteur de l'économie sociale et solidaire »³². Ceci ne présage pas de grand-chose, dans la mesure où l'expression est assez neutre pour laisser aux entreprises du secteur la détermination de leurs représentants et des modalités de cette représentation. L'utilisation du pluriel « représentants » laisse supposer qu'il y a, ou peut avoir, une pluralité de représentants. Aujourd'hui, il n'existe qu'un seul représentant du secteur : l'union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS). En tout état de cause, et le commentaire des articles le rappelle avec vigueur, il n'y a pas création d'une chambre professionnelle spécifique, les sociétés relevant tout au contraire de la chambre de commerce.³³ Naturellement, le représentant du secteur n'a pas de pouvoir normatif.

Le ministre a deux types de relations avec le représentant du secteur. D'abord, il signe une ou plusieurs conventions annuelles, « afin d'assurer la représentation du secteur auprès des pouvoirs publics ». Celle-ci définit « les objectifs que les représentants du secteur se fixent dans le cadre de la collaboration avec le ministère compétent ». Autrement dit, le ministre ne s'immisce pas dans le fonctionnement de l'ULESS, ne définit pas son agenda, mais se contente de lui fournir des moyens de fonctionnement sous forme contractuelle. Cet aspect se double de la consultation du secteur sur « tous les projets ou propositions de dispositions législatives ou réglementaires ».

³¹ Déclaration de Luxembourg du 4 décembre 2015 disponible en ligne : <http://www.eu2015lu.eu/fr/actualites/communiqués/2015/12/04-declaration-luxembourg/>.

³² L. 2016, art. 12.

³³ Dossier parlementaire n° 6831, projet de loi, commentaire des articles, page 18.

- Les associations sans but lucratif

Les associations ne sont personnifiées au Luxembourg, tout comme en Belgique, qu'autant qu'elles sont à but non lucratif d'où elles tirent leur dénomination : ASBL. Elles sont réglementées par la loi du 21 avril 1928³⁴, copier-coller à l'origine de la loi belge de 1921. Son article premier les définit ainsi : « L'association sans but lucratif est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, ou qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel ». Leur organisation interne est structurée autour de l'assemblée générale et des administrateurs, avec exigence d'un fonctionnement transparent³⁵ et démocratique³⁶. La non-lucrativité est appréciée strictement et la dévolution désintéressée est garantie³⁷. Relevons par ailleurs qu'il n'existe pas de titres financiers spéciaux qui leur soient réservés, de sorte qu'elles ne peuvent pas non plus émettre d'obligations. Un certain contrôle est mis en place, que ce soit par l'obligation de publier annuellement la liste des membres³⁸, ou par l'exigence d'une autorisation du ministre de la justice pour toute libéralité supérieure à 30 000 euros³⁹.

Mais la discussion principale autour de l'ASBL consiste dans l'interprétation de son article 1^{er}, pour déterminer si l'exigence de non-lucrativité et la prohibition d'activités industrielles ou commerciales sont cumulatives ou alternatives ; et le choix semble se faire en faveur de la condition cumulative, ce qui restreint considérablement le champ d'intervention des associations. Il n'y a pas de décision explicite de la jurisprudence mais une réticence qui s'est exprimée en matière de marchés publics (infra), et une position doctrinale marquée par la tradition belge majoritaire⁴⁰. Naturellement, un nombre croissant d'associations exerce une activité économique qui se trouve ainsi

³⁴ Loi du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique. <http://www.legilux.public.lu>.

³⁵ L. 1928, art. 6.

³⁶ L. 1928, art. 7 ; vote par tête.

³⁷ *Ibid.*, art. 19 et 22.

³⁸ *Ibid.*, art. 10.

³⁹ *Ibid.*, art. 15.

⁴⁰ L. METZLER, « Le régime légal des sociétés et des associations en droit luxembourgeois », *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, n° 3072, Louvain, Imprimerie Van Linthout, 1930, pp. 242-256 ; M. DAVAGLE, *L'A.S.B.L. dans tous ses états*, O. Christeels éditeur, Diegem (Belgique), n° 127 et s.

fragilisée ; ceci est d'ailleurs un élément important du contexte dans lequel toute innovation législative intervient dans le secteur.

- Les mutuelles

Les mutuelles, sous le nom de société de secours mutuel, sont régies par la loi du 7 juillet 1961⁴¹, mais cette loi est en cours d'abrogation⁴², qui prend effet au 1^{er} janvier 2020⁴³. La loi de 1961 se caractérise par un objet limitativement énuméré par la loi et par un contrôle étatique, puisque toute mutuelle fait l'objet d'un arrêté d'autorisation. L'appellation sera dorénavant plus simplement mutuelle, la loi nouvelle ayant pour objet principal de rénover une loi un peu vieillotte. Outre cela, elle présente deux caractéristiques majeures : restriction de l'objet, précision du régime juridique.

L'objet des mutuelles défini par la loi de 2019 est limité à 4 catégories : indemnité pour maladie vieillesse décès, frais de santé non couverts par la sécurité sociale, indemnité en cas de naissance, allocation pour frais d'éducation ou de famille⁴⁴. Il se trouve donc restreint par rapport aux objets prévus par la loi de 1961 ; ont principalement disparu : la couverture chômage, le fait de favoriser l'épargne, les pensions de retraite, la responsabilité civile⁴⁵. La restriction n'aura pas d'incidence directe dans la mesure où les objets disparus n'étaient pas poursuivis en pratique, mais ils constituent un frein à un potentiel développement des mutuelles.

Quant au régime juridique, on y trouve aujourd'hui explicitement affirmé le caractère non-lucratif de la mutuelle, et la gouvernance des mutuelles est très largement développée, sur le modèle de l'ASBL, avec notamment la consécration du vote par tête⁴⁶. Le contrôle ministériel demeure.

⁴¹ Loi du 7 juillet 1961 concernant les sociétés de secours mutuels, (Mémorial A n° 28 de 1961).

⁴² Loi du 1^{er} août 2019 concernant les mutuelles et modifiant la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la compatibilité et les comptes annuels des entreprises, (Mémorial A n° 530 de 2019).

⁴³ L. 2019, art. 12. Disposition abrogatoire.

⁴⁴ L. 2019, art. 1^{er}. Champ d'application.

⁴⁵ L. 1951, art. 1.

⁴⁶ L. 1928, art. 7.

- Les fondations

Les fondations sont régies par la loi de 1928 sur les ASBL⁴⁷. Contrairement aux ASBL et plus généralement aux personnes morales, leur réglementation n'est pas inspirée du droit belge mais français. Sont seuls considérés comme des fondations, les établissements qui, essentiellement à l'aide des revenus des capitaux affectés à leur création ou recueillis depuis et à l'exclusion de la poursuite d'un gain matériel, tendent à la réalisation d'une œuvre d'un caractère philanthropique, social, religieux, scientifique, artistique, pédagogique, sportif ou touristique. Le fonctionnement de la fondation est largement laissé à l'appréciation du ou des fondateurs, sous le contrôle ministériel puisqu'un arrêté grand-ducal est nécessaire à la personnification⁴⁸. La fondation est non-lucrative, mais ses activités économiques ne sont pas limitées.

- Les sociétés d'impact sociétal

À la différence des organismes précédemment évoqués, la société d'impact sociétal⁴⁹ (SIS) a été expressément conçue comme une entreprise de l'économie sociale et solidaire. Par contraste également, la SIS est nécessairement une société, ce qui la situe d'emblée du côté des organismes lucratifs. Pourtant, elle en diffère sur bien des aspects, et entre en conflit avec la définition de l'article 1832 du Code civil ; plutôt que de le modifier, la loi de 2016 présente donc la SIS comme explicitement dérogatoire⁵⁰. À proprement parler, la SIS n'est pas définie dans la loi, mais celle-ci en fournit les contours principaux. Elle exige en effet⁵¹ que les statuts répondent aux exigences suivantes :

« 1. Définir de façon précise l'objet social qu'elle poursuit conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, point 2 ;

2. Prévoir des indicateurs de performance permettant de vérifier de façon effective et fiable la réalisation de l'objet social poursuivi. »

Deux précisions doivent être faites avant d'analyser brièvement les deux conditions légales. Tout d'abord, cette société d'impact sociétal n'est pas une forme autonome de société mais une modalité qui vient

⁴⁷ L. 1928, art. 27 et s.

⁴⁸ L. 1928, art. 30.

⁴⁹ L. 2016, préc., art. 2 et s.

⁵⁰ L. 2016, art. 2.

⁵¹ *Ibid.*, art. 3.

se surajouter à la société de base, comme la société à finalité sociale belge qui a constitué le modèle de référence à l'origine du projet de loi luxembourgeois. Cette modalité ne peut se superposer à toute forme de société, seules trois formes spécialement nommées par la loi sont concernées : société à responsabilité limitée, société anonyme, et société coopérative. La seconde observation concerne l'appartenance de la SIS à l'économie sociale et solidaire. Il ne s'agit pas d'une appartenance légalement mais logiquement automatique : d'une part la SIS doit impérativement respecter les principes posés pour les entreprises d'économie sociale et solidaire⁵², d'autre part la réunion des diverses conditions requises est garantie par un agrément ministériel⁵³, qui peut toujours être retiré⁵⁴. La SIS est par ailleurs la seule organisation pour laquelle la loi fixe des limites en matière salariale⁵⁵ : rémunération maximum au plus de six fois le montant du salaire social minimum.

Le capital et les parts sociales ou actions des SIS présentent une importante originalité. À première vue, ils sont essentiellement soumis au régime applicable à la forme sociale choisie⁵⁶. Toutefois, elles sont impérativement nominatives et elles sont émises avec une valeur nominale⁵⁷. Mais, surtout, le capital social peut se composer de deux catégories différentes de parts sociales : les parts d'impact et les parts de rendement ; seules les secondes peuvent profiter des bénéfices réalisés par la société, à la condition que l'objet de société, mesuré par les indicateurs de performance, ait été atteint⁵⁸. La suprématie des parts d'impact est toutefois garantie, non seulement parce que la convertibilité des parts d'une catégorie à l'autre ne vaut que de part de rendement à part d'impact⁵⁹, mais surtout parce que les parts d'impact doivent représenter au moins 50 % du capital⁶⁰.

La SIS peut être créée ex nihilo, mais toute société qui remplit les conditions requises peut solliciter la reconnaissance ministérielle

⁵² *Ibid.*, art. 1.

⁵³ *Ibid.*, art. 3 (2).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 9 (3).

⁵⁵ L. 2016, art. 5.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 4.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 4 (2).

⁵⁸ Art. 4§1.

⁵⁹ Art. 4 § 2.

⁶⁰ Art. 4 § 3.

de cette modalité⁶¹. Dans ce dernier cas, la loi ne fournit aucune précision sur les modalités des décisions qui doivent être prises pour adapter les statuts à cette modalité. La modification statutaire obéit aux règles suivantes. Pour les sociétés anonymes, le quorum est de 50 % et les délibérations ne sont adoptées qu'aux deux tiers des voix exprimées⁶². La règle des trois quarts vaut également pour la SARL, mais s'applique aux parts sociales et non aux voix exprimées, réintégrant différemment une exigence de quorum⁶³. Quant aux sociétés coopératives, une disposition supplétive prévoit l'application des règles valant pour les sociétés anonymes, à la différence que le vote des associés est égal⁶⁴.

Une dernière question se pose toutefois, de savoir si la réduction des droits des associés peut s'analyser en une augmentation de leurs engagements et requérir un vote unanime. En effet, l'adoption de la modalité de la société à impact sociétal pose deux limites aux droits des associés de percevoir un bénéfice. D'un côté, si la SIS émet des parts de rendement, leurs titulaires ne percevront de bénéfices qu'autant que les critères sociaux seront satisfaits ; d'un autre côté, si le capital de la SIS ne se compose que de parts d'impact, il n'y aura aucune rémunération pour les associés. Il y a donc incontestablement diminution des droits des associés. Pourtant, traditionnellement on n'assimile pas cette diminution des droits à une augmentation des engagements des associés, et l'unanimité n'est donc pas requise.

Bien sûr, il n'est pas possible pour les dirigeants de modifier les statuts, en revanche il serait envisageable qu'ils cherchent à imposer le respect des principes de l'économie sociale et solidaire sans passer par une reconnaissance formelle. La question serait dans cette hypothèse de savoir s'ils seraient susceptibles d'engager leur responsabilité. La règle de base est simple : « les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises »⁶⁵.

⁶¹ Art. 3 § 2.

⁶² L. 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dans sa version coordonnée par le règlement du 5 décembre 2017 préc., art. 450-2.

⁶³ *Ibid.*, art. 710-26.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 811-5 5°.

⁶⁵ *Ibid.*, art. 441-9.

On distingue classiquement deux types de faute susceptibles d'engager la responsabilité des associés : la faute de régularité et la faute de gestion⁶⁶. La première consiste pour le dirigeant à ne pas se conformer aux règles légales ou statutaires ; elle constitue logiquement une obligation de résultat. Il n'est pas possible d'apprécier l'éventualité d'un irrespect des statuts, cette question dépendant étroitement de leur rédaction. Quant à l'irrespect d'une disposition légale, on songe naturellement à l'article 1832 du Code civil qui fait du partage de bénéfices le but de la société, à tel point que la consécration d'une société destinée à encadrer l'entreprise sociale s'est faite par dérogation expresse à cet article 1832⁶⁷. Dès lors, il est permis de se demander si un dirigeant qui s'engagerait dans une voie ne permettant pas de réaliser des bénéfices et de les partager ne violerait pas l'article 1832 et, par-là, engagerait sa responsabilité ; il faudrait toutefois pour cela qu'il ne puisse invoquer une saine gestion de l'entreprise, une gestion conforme à l'intérêt de la société entendue à long terme. Aucun exemple jurisprudentiel n'existe. Si cette voie était toutefois admise, elle pourrait aussi être empruntée par des associés minoritaires dans le cadre de ce qu'on nomme l'action minoritaire⁶⁸.

Dans cette hypothèse, l'unanimité n'est pas exigée. La seule solution qui fonderait une contestation des minoritaires serait d'invoquer un abus de majorité. Celui-ci est de création purement jurisprudentielle, comme une application de la notion d'abus de droit⁶⁹. L'abus de majorité suppose à la fois une atteinte à l'intérêt social, et que cette atteinte se fasse dans l'intérêt égoïste des associés majoritaires. On est a priori très loin de la recherche égoïste de l'intérêt des majoritaires puisque c'est au contraire un sentiment altruiste qui fonderait leur décision de transformer la société en société d'impact sociétal. Toutefois, il n'est pas interdit de considérer que ce choix personnel apparaisse lui-même comme l'expression d'une motivation égoïste, fût-elle philanthropique. Il n'est pas probable que le cynisme aille jusque-là.

⁶⁶ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 5^e éd., Luxembourg, éd. Saint-Paul, p. 299 et s.

⁶⁷ L. 2016 préc., art. 2.

⁶⁸ L. 1915 préc., art. 444-2.

⁶⁹ A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 195 et s.

- Les coopératives

Les coopératives sont des sociétés commerciales à part entière, puisqu'elles sont régies par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales⁷⁰. Toutefois, elles présentent deux particularités du point de vue de leur capital : le capital est variable, et les parts sociales sont incessibles aux tiers⁷¹.

Alors que les coopératives sont traditionnellement définies par la recherche de la satisfaction des besoins de leurs membres⁷², la loi luxembourgeoise ne fait à aucun moment état de cet élément⁷³ ; tout au plus en trouve-t-on une trace fiscale (infra). La société coopérative est caractérisée par une grande liberté statutaire. Les seules règles impératives concernent les points qui doivent absolument être déterminés dans les statuts, ce qui concerne notamment le choix entre responsabilité limitée ou illimitée, et le montant du capital minimum. Il existe toutefois quelques règles supplétives qui lui donnent une couleur particulière, comparable par leur inspiration aux principes coopératifs internationalement reconnus⁷⁴ : durée illimitée ; exclusion pour la seule inexécution du contrat, prononcée par l'assemblée générale ; gérance par un administrateur et surveillance par un commissaire ; vote par tête à l'assemblée générale ; partage annuel des bénéfices et des pertes, par moitié par parts égales et par moitié en proportion des apports ; responsabilité illimitée. L'image légale de la coopérative, déjà fade, a encore été brouillée par la création d'une société coopérative organisée comme une société anonyme⁷⁵, dans le but de fournir au secteur financier une structure souple. Le Luxembourg a aménagé sa législation pour permettre la création de sociétés coopératives européennes⁷⁶, et les nouvelles dispositions manifestent par contraste le caractère minimaliste des règles coopératives natio-

⁷⁰ D. HIEZ, « Le droit des coopératives luxembourgeoises au prisme de l'économie sociale et solidaire », *Annales de droit luxembourgeois 2007-2008*, vol. 17-18, p. 199.

⁷¹ L. 1915 préc., art. 811-1.

⁷² cf. la définition de l'Alliance coopérative internationale. <http://www.unssee.org/international-co-operative-alliance-ica/>.

⁷³ L. 1915, art. 811-1 et s.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 811-5.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 820-1 s.

⁷⁶ *Ibid.*, art. 831-1 s.

nales. La dissimilitude est encore plus évidente dans la comparaison avec les principes européens de droit coopératif⁷⁷.

II. LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Si on comprend le régime juridique comme un ensemble de règles applicables à une même réalité, il n'y a pas exactement de régime juridique pour les entités qui s'inscrivent dans une orientation d'économie solidaire. En effet, il n'existe pas vraiment de règles uniformes qui s'appliqueraient à toutes les entreprises relevant de l'économie solidaire. Il existe une politique publique autour de l'économie sociale et solidaire, impulsée par le ministre en charge de l'économie sociale et solidaire et le département éponyme. De même, il existe une union qui a vocation à rassembler toutes les entreprises du secteur. Ceci constitue certainement un secteur homogène, mais pas un régime juridique uniforme. Les règles juridiques s'appliquent principalement à des formes juridiques qu'on retrouve fréquemment dans l'économie sociale et solidaire, sans qu'un lien normatif soit établi entre cette réglementation et l'appartenance à l'économie sociale et solidaire. Au titre du régime juridique, nous envisagerons sans structuration esthétique, les divers points qui nous semblent revêtir une certaine importance : fiscalité (A), gouvernance (B), sort des excédents (C), dissolution (D), contrôle extérieur (E), marchés publics (F).

A. La fiscalité

Le traitement fiscal des entreprises d'économie sociale et solidaire est disparate, les solutions doivent donc être appréhendées selon les différentes formes juridiques adoptées par les entreprises.

Pour la nouvelle SIS, un nouveau traitement fiscal a été mis en place, mais celui-ci renforce la dualité de ces entreprises façonnées pour l'économie sociale et solidaire, entre celles composées des seules parts d'impact et celles qui comprennent également des parts de rendement. Les coopératives, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ayant obtenu l'agrément spécifique du Ministre ayant dans ses attributions l'économie sociale et solidaire, dès lors que

⁷⁷ D. HIEZ, G. FAJARDO, A. FICI et al., *Principles of European Cooperative Law*, Cambridge, Royaume-Uni, Intersentia, 2017.

leur capital ne se compose que de parts d'impact, peuvent bénéficier des exemptions⁷⁸ de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune. Ceci permet automatiquement aux coopératives de bénéficier des exemptions et subventions⁷⁹ autrement réservées aux fondations, mutuelles et associations. Au contraire, les SIS ayant le capital composé de parts d'impact et de profit, sont complètement soumises au régime fiscal commun aux sociétés commerciales. Jusqu'à aujourd'hui, il n'existe aucune SIS comprenant les deux catégories de parts sociales ; l'espoir d'attirer les investisseurs du secteur financier n'a pas trouvé d'écho, et les SIS se rapprochent donc en pratique davantage des ASBL, avec pour principal avantage de ne pas être soumis à leur insécurité juridique pour leur activité économique. En termes de TVA, ni la loi y relative, ni la loi de 2016 ne contiennent des dispositions concernant le traitement applicable aux sociétés d'impact sociétal. Toutefois, en fonction du type d'activité que la SIS conduit, elle peut être soumise à la TVA.

En ce qui concerne les associations, leur activité est soumise à la TVA dès lors que leur activité devient économique. La loi sur la TVA prévoit toutefois des exceptions⁸⁰ et à la lumière de celles-ci, une différenciation devrait être faite entre l'activité permanente ou occasionnelle⁸¹. À la lecture de la définition légale de ce qu'est la personne assujettie à la TVA, il est clair qu'à partir du moment où une association commence une activité dans le but lucratif, elle doit s'inscrire à la TVA. Quant aux impôts directs, les associations en sont en principe

⁷⁸ Si le capital social est composé de 100 % d'actions ou parts sociales d'impact (c.à.d. qui ne vont pas servir au paiement des dividendes mais dans le réinvestissement dans la société pour la poursuite de son objectif).

⁷⁹ Dans le projet de loi portant création de la société d'impact sociétal, (Doc. parl. n° 6831/00 préc.), deux types des subventions étatiques sont reconnus comme étant automatiques aux SIS : la subvention accordée aux sociétés travaillant dans les secteurs social, familial ou thérapeutique et celui accordé pour la réintégration des travailleurs pour lesquels la réinsertion dans le marché du travail est difficile. Il n'y a pas encore d'autres subventions, mais ceci est l'objet principal d'une réforme envisagée.

⁸⁰ Loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (Mémorial A n° 11 du 19 février 1979), art. 44-1 et s.

⁸¹ Dans la jurisprudence luxembourgeoise ces notions n'ont pas été traitées. Cependant, le droit belge prévoit qu'une activité économique peut être exercée par les ASBL tant qu'elle reste accessoire.

exemptées⁸². La loi concernant l'impôt sur le revenu prévoit expressément que les associations sans but lucratif qui ne poursuivent pas des activités commerciales ou industrielles devraient être laissées en dehors du champ d'application de la loi. Au contraire, lorsque tel n'est pas le cas, l'article 159 liste les associations comme étant des assujettis.

Pour les fondations d'utilité publique, la situation est similaire aux associations : en principe elles sont assujetties à la TVA, mais exemptées par l'article 161 de la loi concernant l'impôt sur le revenu.

Les mutuelles sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités⁸³. La faveur pour les mutuelles est ailleurs et résulte de leur loi propre⁸⁴ :

Les actes passés au nom ou en faveur d'une mutuelle agréée sont exempts des droits de timbre, d'enregistrement, d'hypothèque ou de succession. Les valeurs mobilières et immobilières des mutuelles ainsi que les revenus en provenant sont affranchis de tous impôts de l'État et des communes. Tous les actes dont la production est la suite de la présente loi et notamment les extraits de registres de l'état civil, les certificats, les actes de notoriété, d'autorisation ou de révocation sont délivrés gratuitement avec exemption de tous droits.

Pour les coopératives, Ce traitement de société commerciale entraîne, naturellement, un traitement fiscal qui est identique aux autres sociétés régies par la loi de 1915. Ainsi, lui sont applicables les droits fixes d'enregistrement, l'impôt foncier, l'impôt sur revenu des collectivités et la TVA. La seule spécificité consiste dans la possibilité d'exclure du revenu imposable la ristourne distribuée par la coopérative à ses membres, dans la limite de 5 % qui est considérée comme une distribution du profit⁸⁵.

B. La gouvernance

S'il n'existe pas de régime juridique homogène des entreprises de l'économie sociale et solidaire, celles-ci sont généralement, lorsqu'une

⁸² Si les associations ont une activité culturelle, caritative ou un objectif d'intérêt général. Dans ce sens, voy. la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (Mémorial A, n° 79 du 6 décembre 1967). Texte coordonné en vigueur au 1^{er} janvier 2020, art. 159 et 161.

⁸³ L. 1967, art. 159.

⁸⁴ L. 2019, art. 8.

⁸⁵ L. 1967, art. 167.

loi les consacre, soumis à des principes directeurs parmi lesquels figure la gouvernance démocratique. De tels principes se retrouvent dans la loi luxembourgeoise⁸⁶ mais leur contenu en termes de gouvernance est inexistant. Ces entreprises doivent « disposer d'une gestion autonome au sens où elles sont pleinement capables de choisir et de révoquer leur organe directeur ainsi que de contrôler et d'organiser l'ensemble de leurs activités »⁸⁷. Autrement dit, la seule exigence qui ressemble aux préoccupations de gouvernance consiste dans l'autonomie, qu'il faut bien comprendre comme autonomie vis-à-vis de l'État. Tandis que la définition luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire se revendiquait d'une proximité par rapport à la définition européenne, fût-ce de l'entreprise sociale, il a toujours été assumé qu'elle ne reprend pas la condition de gouvernance inclusive⁸⁸.

Avant la loi de 2016, l'union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire avait déjà placé cet aspect de gouvernance au second plan, puisqu'il ne constituait pas une condition d'admission en son sein mais ce qui était qualifié de critère de progrès⁸⁹ ; ce point a ensuite été supprimé, soi-disant pour coller à la définition adoptée par le législateur en 2016, mais rien ne nécessitait cette adaptation. En pratique pourtant, les entreprises qui se réclament de l'économie sociale et solidaire indiquent attacher de l'importance à cette gouvernance inclusive, qu'elle soit formalisée ou non. Le Conseil d'État avait d'ailleurs regretté l'absence de dispositions en ce sens dans le projet de loi sur la société d'impact sociétal⁹⁰.

Plus techniquement, les processus décisionnels en matière d'entreprises d'économie sociale et solidaire ne sont pas uniformes. Toutefois, les statuts des entreprises traditionnellement attachées à l'économie sociale et solidaire manifestent une tendance marquée pour le vote égalitaire en assemblée générale, à l'exception des fondations qui ne

⁸⁶ *Ibid.*, art. 3(1).

⁸⁷ *Ibid.*, art. 1(3).

⁸⁸ Doc. parl. n° 6831/02, Avis de la chambre de commerce sur le projet de loi portant création de la société d'impact sociétal (30.10.2015).

⁸⁹ Doc. parl. n° 6831/02, Avis de l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission consultative pour les sociétés d'impact sociétal prévue à l'article 10 du projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal (9.11.2015), p. 12.

⁹⁰ Dossier parlementaire n° 6831, avis du Conseil d'État.

connaissent pas un tel organe⁹¹ : impératif pour les ASBL⁹², supplétif pour les coopératives⁹³, il n'était pas prévu par la loi pour les mutuelles mais confirmé en pratique, et il a été consacré par la nouvelle loi⁹⁴. La société d'impact sociétal, quant à elle n'est soumise en la matière qu'aux principes généraux de l'économie sociale et solidaire, autrement dit à rien. Et si on se réfère aux formes sociales auxquelles elle peut s'adosser : SARL, SA, société coopérative, seule la dernière a un parfum démocratique.

Ces modalités de gouvernance ne semblent pas soulever de difficulté pratique particulière, et notamment pas de conflit entre membres de l'entreprise. Le seul exemple d'intérêts contradictoires qui a été relevé portait sur une première mouture du projet de loi portant création de la société d'impact sociétal. Ce conflit potentiel était entre porteurs de parts sociales d'impact et de soutien. Il était en effet possible que ces deux catégories de parts se trouvent à égalité et que leurs porteurs divergent sur l'appréciation de l'atteinte ou non des objectifs sociaux qui conditionnent la rémunération des parts de rendement ; en ce cas en effet, il a été fait remarquer qu'un blocage était potentiel puisque les uns et les autres avaient des intérêts contradictoires. Le risque n'a pas disparu dans la mesure où l'exigence de 50 % de parts d'impact n'a pas été revue à la hausse. Il demeure toutefois théorique, puisque toutes les SIS créées jusqu'à aujourd'hui comportent 100 % de parts d'impact. L'objectif initial des porteurs du projet de loi d'attirer l'investissement du secteur financier n'a jusqu'ici reçu aucun écho.

C. Le sort des excédents

Le quatrième principe légal de l'économie sociale et solidaire dispose que ces entreprises doivent « Appliquer le principe selon lequel au moins la moitié des bénéfices réalisés sont réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise »⁹⁵. Cette orientation est en phase avec les prescriptions européennes concernant l'entreprise sociale.⁹⁶ Plusieurs observations doivent être faites. Tout d'abord, directement, la préoccupation de la loi n'a pas été d'interdire,

⁹¹ L. 1928, art. 30 et 33.

⁹² *Ibid.*, art. 7.

⁹³ L. 1915, art. 811-5 4°.

⁹⁴ L. 2019, art. 6.

⁹⁵ L. 2016, art 1^{er}.

⁹⁶ Règlement 2013, art 3 iii).

voire de limiter, la rémunération des investisseurs, mais d'assurer l'affectation de moyens suffisants à la réalisation de l'objet social. Indirectement cependant, la rémunération des investisseurs est limitée puisqu'ils ne peuvent au plus compter que sur la moitié des profits ; on est donc en présence d'une lucrativité limitée. Il s'agit d'une conception ouverte de l'économie sociale et solidaire, conforme à la tradition continentale, permettant à la fois l'inclusion des organismes à but non lucratif comme les ASBL, les fondations et les mutuelles, mais aussi des coopératives, à la condition que celles-ci respectent cette lucrativité limitée, ce qui ne s'infère pas de leur réglementation.

D. La dissolution

La lucrativité limitée ne peut s'évaluer seulement durant la vie de l'entreprise, elle doit être également appréciée au moment de sa dissolution. Les principes de l'économie sociale et solidaire sont muets sur ce point, ce qui confirme notre appréciation précédente : la loi ne cherche pas à limiter l'enrichissement des membres de l'entreprise, son seul but est de garantir la réalisation de l'objet. Or formellement, au moment de la dissolution, cette question n'est plus d'actualité puisque l'entreprise a cessé son activité. L'affirmation est exacte, mais un peu courte, car elle néglige que les membres de l'entreprise pourraient, dans ces conditions, valablement décider de dissoudre la structure dans le seul but de se partager son actif. Pour reprendre l'éclairante terminologie anglo-saxonne, il n'y a pas d'asset lock. Cette solution est regrettable ; elle est toutefois cohérente vis-à-vis des dispositions propres à chaque forme spéciale. Bien sûr, les sociétés coopératives ne connaissent aucune disposition protectrice d'une affectation désintéressée, mais il n'y a pas à s'en étonner puisque le droit coopératif luxembourgeois est très libéral, et en tout état de cause les coopératives ne sont pas très connectées à l'économie sociale et solidaire dans la tradition nationale. Mais les ASBL et les fondations elles-mêmes sont soumises à des règles aux contours incertains. La règle de base pour l'une et l'autre consiste à laisser cette question à la liberté statutaire⁹⁷. Certes, en l'absence de prévision statutaire, l'assemblée générale, et à défaut le tribunal, devra donner à l'actif net une affectation « qui se rapprochera autant que possible de l'objet en vue duquel l'association a été créée ». Faute de doctrine luxembour-

⁹⁷ L. 1928, art. 24 et 41.

geoise, relevons que la doctrine belge est assez critique de cette solution.⁹⁸ Il en résulte que les statuts pourraient valablement prévoir la répartition de l'actif net entre les membres de l'association, mettant ainsi à mal son caractère non lucratif. La seule limite à cette liberté statutaire tient au respect de la volonté des financeurs de l'association, qu'il s'agisse d'auteurs de libéralités ou de pouvoirs publics dispensateurs de subventions : les statuts ne peuvent aboutir à ce que les biens qu'ils ont fournis à l'ASBL réalisent un but différent de celui auquel ils auraient affecté ces biens. En ce cas, le liquidateur ou les dirigeants qui auraient présidé à ces décisions pourraient être poursuivis, pour escroquerie par exemple. La solution est différente pour les mutuelles, puisque celles-ci sont sous le contrôle du ministre ayant la sécurité sociale dans ses attributions⁹⁹, toute dissolution est subordonnée à l'autorisation dudit ministre, et le dossier de demande de dissolution doit contenir les éléments concernant l'affectation de l'actif net.¹⁰⁰ Il n'existe donc aucune contrainte directe quant à cette affectation, mais indirectement on peut admettre que le ministre n'autoriserait pas une dissolution qui devrait profiter aux membres de la mutuelle. Ce sont même finalement les mutuelles qui bénéficient de la meilleure protection. Rien dans la réglementation des sociétés d'impact sociétal ne concerne les modalités de la dissolution, si bien que là encore aucune garantie n'est apportée.

Une question particulière se pose à propos de la dissolution forcée, à la suite d'un état de cessation des paiements. Or on se heurte ici à l'inapplication des règles de la faillite en dehors des commerçants et sociétés commerciales¹⁰¹, en sorte que les ASBL, les fondations et les mutuelles ne peuvent y être soumises, à la différence des sociétés coopératives et des SIS. Certes, concernant l'ASBL, à défaut de faillite, le tribunal civil peut prononcer la dissolution « de l'association qui serait hors d'état de remplir les engagements qu'elle a assumés, qui affecterait son patrimoine ou les revenus de son patrimoine à des objets autres que ceux en vue desquels elle a été constituée, ou qui contreviendrait gravement soit à ses statuts, soit à la loi, soit à l'ordre public »¹⁰². L'hypothèse d'état de cessation des paiements est

⁹⁸ M. DAVAGLE, *op. cit.*, n°s 718-719.

⁹⁹ L. 2019, art. 3.

¹⁰⁰ L. 2019, art. 10 al. 8,9.

¹⁰¹ C. com., art. 440 et s.

¹⁰² L. 1928 préc., art. 18.

évidemment couverte. Avec une formulation différente, la solution est voisine pour les fondations en état de cessation des paiements¹⁰³. Il n'en demeure pas moins que les règles de la faillite ne sont pas applicables, et que ceci emporte des conséquences collatérales néfastes, particulièrement à l'égard des salariés.

La dernière question qui se pose à ce stade est celle de la responsabilité des administrateurs des entreprises d'économie sociale et solidaire, elles sont prioritairement réglées par le droit commun. Il n'y a d'ailleurs là aucune originalité, puisque c'est la règle édictée pour les sociétés anonymes : les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises¹⁰⁴. Pour les ASBL, la solution est identique : les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion¹⁰⁵. Cette règle ne vaut toutefois que pour la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de l'association. Mais la protection des administrateurs est encore accrue à l'égard des tiers, ceux-ci ne pouvant rechercher leur responsabilité que pour faute aggravée ; c'est du moins la position de la doctrine belge¹⁰⁶, qui sert de référence à défaut de doctrine ou de jurisprudence luxembourgeoises, les textes étant identiques. La loi de 1928 n'envisage que la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de l'association, en sorte qu'on pourrait en déduire l'exclusion de toute responsabilité à l'égard des tiers, Il est vrai que l'article 14 sus-évoqué dispose d'entrée de jeu : « L'association est responsable, conformément au droit commun, des fautes imputables soit à ses préposés, soit aux organes par lesquels s'impute sa volonté ». C'est donc bien l'association qui est responsable au premier chef, les administrateurs n'étant concernés que subsidiairement, et à la condition qu'ils aient commis une faute personnelle, cause du préjudice.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 41.

¹⁰⁴ L. 1915 préc., art. 441-9.

¹⁰⁵ L. 1928 préc., art. 14.

¹⁰⁶ M. DAVAGLE, *op. cit.*, n° 847.

E. La protection de l'entreprise d'économie sociale et solidaire

À proprement parler, il n'existe aucune protection juridique des diverses formes utilisées par les entreprises de l'économie sociale et solidaire. La loi ne se préoccupe pas des risques d'usurpation de qualification au détriment de ces entreprises, mais plutôt du risque que celles-ci font courir aux tiers par la particularité de leur régime juridique. Ne s'applique donc que le droit commun. Or celui-ci consiste avant tout dans la requalification du groupement au cas où il ne remplirait pas les critères distinctifs correspondant à la forme juridique choisie. C'est pourtant une autre voie que le juge luxembourgeois a empruntée dans le passé, considérant qu'une coopérative qui n'a pour exclusif but que la sauvegarde et la défense des intérêts professionnels et matériels de ses membres, et n'a dès lors pas pour but la réalisation et la répartition des bénéfices, objectif essentiel de toute société, n'a pas d'individualité et ne peut dès lors ester en justice¹⁰⁷. Il est vrai que la requalification risque souvent de ne pas être perçue comme une sanction. S'agissant de l'ASBL, la loi prévoit expressément la faculté pour le juge de prononcer sa dissolution au cas où elle ne respecterait pas ses obligations, à la demande tant d'un membre que du ministère public ou d'un tiers intéressé¹⁰⁸. Par ailleurs, une sanction indirecte de l'irrespect des critères de sa définition a été trouvée par le juge. De nombreuses ASBL exercent en effet une activité économique, à la limite des conditions posées à l'article 1^{er} de la loi de 1928 sur les associations sans but lucratif. Sans procéder à une requalification en société pour les ASBL concernées, le juge a tiré toutes les conséquences du choix opéré de cette forme juridique et les a déclarées irrecevables à soumissionner dans des appels d'offres de marché public¹⁰⁹.

Seules les sociétés d'impact sociétal connaissent une véritable sanction de l'irrespect de leurs conditions d'existence, constatées par l'agrément ministériel¹¹⁰. En effet, le ministre a toujours la possibilité de retirer cet agrément¹¹¹, ce qui fait perdre à la société sa modalité

¹⁰⁷ Cour d'appel, 12 janvier 1928, Pas. 11, p. 267.

¹⁰⁸ L. 1928, art. 18.

¹⁰⁹ C.A., 26 et 27 mai 2008, n° du rôle 24416C 24427C. <http://www.ja.etat.lu>

¹¹⁰ L. 2016, art. 3 (2).

¹¹¹ *Ibid.*, art. 9.

d'intérêt sociétal tout en conservant sa forme juridique de base. En amont de cette solution radicale, le ministre est amené à approuver, ou non, toutes les modifications statutaires de la SIS¹¹² afin de préserver sa spécificité, de même pour que le ministre puisse décider en connaissance de cause de l'éventuel retrait d'un agrément, le rapport annuel du réviseur d'entreprise agréé et le rapport d'impact extra-financier doivent lui être remis¹¹³.

Pour informer les tiers sur la nature de leur partenaire les entreprises d'économie sociale et solidaire doivent indiquer dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres pièces, la forme juridique de l'entreprise : société coopérative¹¹⁴, les ASBL¹¹⁵. On pourrait y voir une méfiance, si cette règle n'était pas commune en droit des sociétés¹¹⁶. Notons qu'on ne la retrouve pas pour les mutuelles, ni dans la loi de 1961 ni dans la nouvelle loi.

F. Les marchés publics

Historiquement, le rapport aux marchés publics a plutôt été contentieux pour les entreprises d'économie sociale et solidaire. Avec le développement de leurs activités économiques, un certain nombre d'ASBL ont participé à des marchés publics, trouvant là, en harmonie avec les communes, une source de financement ne relevant pas de la subvention. Cette participation a toutefois cristallisé l'opposition des entreprises commerciales, et le juge administratif leur a donné raison en déniaut aux ASBL la capacité de soumissionner dans un tel marché¹¹⁷. La motivation des juges, dont la décision est admise comme constituant le droit positif, conduit pratiquement à réserver le pouvoir de soumettre dans un marché public aux sociétés commerciales, ce qui signifie pour l'économie sociale et solidaire seulement les sociétés d'impact sociétal, voire les coopératives qui rempliraient les conditions pour intégrer l'économie sociale et solidaire. Pour le reste, il n'existe pas de faveur expresse du droit des marchés publics pour les entreprises d'économie sociale et solidaire.

¹¹² *Ibid.*, art. 3(3).

¹¹³ *Ibid.*, art. 6.

¹¹⁴ L. 1915 préc., art. 813-2.

¹¹⁵ L. 1928 préc., art. 11.

¹¹⁶ L. 1915 préc., art. 462-1.

¹¹⁷ CA, 2008, n° du rôle 24416C 24427C.

Toutefois, la nouvelle réglementation de 2018¹¹⁸, qui transpose les directives de 2014¹¹⁹, peut leur être profitable. Tout d'abord, le traditionnel principe du moins-disant peut-être nuancé par une

clause sociale¹²⁰, mais celle-ci ne consiste qu'à imposer le respect des règles de droit social et environnemental. Plus positivement, l'article 39 permet à l'autorité émettrice du marché de sélectionner en fonction du degré de respect des règles sociales, environnementales et de droit du travail.

Le deuxième ensemble de règles concerne la possibilité de réserver certains marchés publics « à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés »¹²¹. Il est certain que ceci concerne un certain nombre d'entreprises de l'économie sociale et solidaire par leur objet, mais encore faut-il qu'elles aient adopté la forme de société commerciale. Le seul exemple actuel d'une telle clause environnementale ou sociale n'a pu bénéficier à une entreprise sociale et solidaire, faute d'entreprise répondant aux besoins ; seule une pression financière croissante changera peut-être les choses.

III. LE DROIT DES COOPÉRATIVES EN QUESTION

Le choix luxembourgeois de l'indétermination absolue du périmètre de l'économie sociale et solidaire est aussi intéressant que source de complications supplémentaires, nous l'avons vu plus haut. Or cette originalité prend son extension maximale à propos des coopératives. Tandis que dans les pays qui connaissent une économie sociale et solidaire elles en constituent un élément impératif et parfois même

¹¹⁸ L. 8 avril 2018 sur les marchés publics (Mémorial A, n° 243 du 20 avril 2018).

¹¹⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94, 28.3.2014, pp. 65–242). Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94, 28.3.2014, pp. 243–374).

¹²⁰ L. 2018 préc., art. 42.

¹²¹ *Ibid.*, art. 15(1).

central, elles ne sont pas nécessairement liées à l'économie sociale et solidaire au Luxembourg. Qui plus est, elles ne sont pas non plus considérées comme telles par les autres entreprises de l'ESS, voire par les coopérateurs eux-mêmes. Il est donc intéressant de s'interroger davantage sur ce cas particulier. Pour cela, nous commencerons par rappeler le régime juridique des coopératives luxembourgeoises, notamment pour déterminer si elles sont susceptibles d'être qualifiées d'économie sociale et solidaire (A). Nous ferons ensuite un focus sur la pratique connue de ces coopératives (B), avant d'esquisser quelques réflexions autour de leur éventuelle réforme (C).

A. Le régime juridique des coopératives confronté à l'économie sociale et solidaire

La doctrine coopérative est inexistante au Luxembourg¹²², si bien que les seules sources utilisables sont la loi et les travaux préparatoires, voire de rares décisions de justice. En tout état de cause, il n'est pas question de faire une étude exhaustive des coopératives dans ce cadre limité, mais simplement de mettre en évidence la proximité et la distance vis-à-vis des principes coopératifs universellement reconnus, et ainsi d'apprécier l'appartenance de la coopérative à la famille luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire. Deux questions majeures nous retiendront : d'une part la nature de la coopérative, d'autre part la consécration supplétive de certains principes coopératifs. Nous les compléterons par deux questions plus accessoires mais représentatives des préoccupations de la loi, à savoir le contrôle des coopératives, et l'extension du choix des formes de société coopérative.

- La nature de la coopérative

La première observation est que la coopérative est une société commerciale, puisque sa réglementation figure au sein de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, dont elle constitue désormais le Titre VIII¹²³. Ceci soumet la coopérative à toutes les obligations sociales, notamment en termes d'immatriculation. Mais plus fondamentalement, ceci classe les coopératives parmi les sociétés. En apparence, la solution est assez banale, la plupart des législations étran-

¹²² D. HIEZ, *op. cit.*, 2007-2008, vol. 17-18, p. 199.

¹²³ Art. 811-1 et s.

gères font de même par principe. Ici en revanche, cette qualification se combine avec l'existence d'une législation spécifique rudimentaire. Or le droit comparé fait apparaître une autre figure, puisque l'étendue des dispositions spéciales aux coopératives réduit d'autant la soumission au droit commun des sociétés. Ici au contraire, le droit commun est une référence incontournable. En outre, dans la culture exégétique du Luxembourg, les conséquences de la qualification de société sont appréciées strictement. Ainsi, une décision ancienne de la Cour d'appel¹²⁴ énonce : « La réalisation et la répartition de bénéfices étant l'objectif indispensable de toute société civile ou commerciale, ne remplissent pas cette condition essentielle une société coopérative qui n'a pour but exclusif que la sauvegarde et la défense des intérêts professionnels et matériels de ses membres ». Et la conclusion est radicale : « la coopérative avait en l'espèce pour objet la sauvegarde et la défense des intérêts professionnels et matériels de ses membres ; elle n'était donc pas conforme à l'objet des coopératives, n'avait pas d'individualité juridique et ne pouvait donc ester en justice ». La sanction est lourde.

Il convient de s'interroger sur la position jurisprudentielle aujourd'hui, de façon nécessairement divinatoire. Or les faits et la motivation de l'espèce orientent dans deux directions différentes. D'un côté, les faits faisaient apparaître que la coopérative ne développait pas d'activité économique mais se comportait davantage comme un syndicat. À l'époque, la situation n'était pas exceptionnelle, les frontières des groupements de droit privé n'étaient pas aussi nettes en pratique ; il y a peu de chance que les mêmes faits se rencontrent à nouveau aujourd'hui. La sévérité de la formule de la cour d'appel est plus problématique, puisqu'elle met sur le même plan la réalisation et le partage de bénéfices. Il en résulterait que toute coopérative doit avoir vocation à partager des bénéfices, alors même que l'article 811-5 5° relatif au partage de dividendes dans les sociétés coopératives est supplétif. Il faudrait en conclure que le caractère supplétif ne porte que sur les modalités de la répartition des bénéfices, et non sur son principe. Autrement dit, les statuts d'une coopérative ne pourraient donc stipuler une solution contraire, quand bien même les bénéfices seraient modestes et que les frais de la répartition pourraient bien surpasser le dividende de chaque coopérateur. Certes,

¹²⁴ C.A., 1928, Pas. 11, p. 267.

il serait loisible à l'assemblée générale de décider de ne pas procéder à la distribution de bénéfices, mais cette décision pourrait tomber sous le coup d'une contestation au titre d'un abus de majorité.

Cela étant dit, la société coopérative n'est pas non plus une société exactement comme les autres, puisqu'elle est impérativement à capital variable et que ses parts sont incessibles à des tiers¹²⁵. Quelques précisions doivent être faites à propos de la variabilité. D'abord, sur le plan financier, cette variabilité connaît une limite lorsque la société coopérative est à responsabilité limitée, ce qui résulte d'un choix statutaire ; en ce cas en effet, les statuts doivent mentionner la part du capital fixe ; cette innovation de 2016 est une réponse aux exigences de la norme comptable internationale IAS32. Il n'en demeure pas moins que la variabilité du capital s'accompagne de celle du personnel, dont elle n'est d'ailleurs qu'un outil de réalisation technique ; or cette variation du personnel se réalise ici comme ailleurs par la démission¹²⁶ ou l'exclusion¹²⁷.

En outre, contrairement à la plupart des autres sociétés commerciales, elle ne peut être unipersonnelle¹²⁸. Une attention particulière est accordée à l'absence d'intrusion de chaque coopérateur, tout comme ses héritiers ou créanciers, dans le fond coopératif. Il est ainsi précisé que, quelle que soit la situation qui affecte le coopérateur, ses héritiers, créanciers ou représentants recouvrent sa part de la manière déterminée par l'article 812-6¹²⁹ ; autrement dit, il n'a en principe un droit qu'à la valeur nominale des parts sociales, et en tout cas aucun droit sur les éléments du bilan qui constituent la contrepartie de fonds publics alloués à la société coopérative ; et s'il résulte de la situation du bilan de l'exercice au cours duquel le coopérateur a quitté la coopérative que la valeur des parts est inférieure à leur montant nominal, les droits de l'associé sortant sont diminués d'autant. Les créanciers personnels de l'associé ne peuvent saisir que les intérêts et les dividendes lui revenant et la part qui lui sera attribuée à la dissolution de la société¹³⁰. Pour finir sur ces droits, le départ de la société coopérative laisse subsister une responsabilité pour une période de cinq

¹²⁵ L. 1915, art. 811-1.

¹²⁶ *Ibid.*, art. 812-2.

¹²⁷ *Ibid.*, art. 812-5.

¹²⁸ *Ibid.*, art. 811-2.

¹²⁹ *Ibid.*, art. 812-7.

¹³⁰ *Ibid.*, art. 812-10.

ans¹³¹. L'autonomie de la société coopérative est donc bien garantie, ce qui ne peut être obtenu que par une limitation des droits individuels des coopérateurs.

- L'orientation des règles supplétives

Si les règles impératives font apparaître quelques éléments du statut traditionnel de la coopérative, ce sont les règles supplétives qui consacrent une orientation plus substantielle. À côté des mentions statutaires dont l'absence est cause de nullité¹³², l'article 811-4 énumère un certain nombre de points qui doivent être réglés par les statuts, et l'article 811-5 fournit des règles en cas de silence ; on y retrouve la trace d'un certain nombre de principes coopératifs.

Outre le choix de la durée illimitée de la coopérative¹³³, la première précision authentiquement coopérative porte sur l'exclusion : « les associés ne peuvent être exclus de la société que pour inexécution du contrat »¹³⁴. La question des motifs de l'exclusion est toujours délicate, puisqu'elle touche à la fois à la légitime protection du coopérateur qui risque cette sanction disciplinaire, et à l'étendue et l'intensité du lien coopératif dont le prononcé de la rupture participe nécessairement à la délimitation des contours. Or la lettre du texte reste assez formelle, renvoyant au contrat. Bien sûr, le contrat s'entend des statuts, auxquels il appartient de définir les obligations des coopérateurs. Mais le texte est assez large puisqu'il ne restreint pas la sanction à la violation des obligations nées du contrat mais à la violation du contrat proprement dit. Or on sait que le contrat n'a pas pour unique fonction de créer des obligations et qu'il crée aussi des règles. Comparée à la fréquente référence à la faute du coopérateur, voire à sa faute grave, la formulation luxembourgeoise a pour conséquence de fixer le standard que le juge devra prendre compte pour apprécier la validité de l'exclusion : le contrat de société coopérative. Le texte ajoute que cette décision relève de la compétence de l'assemblée générale, donc pas de l'organe d'administration. Cette solution procédurale n'est pas neutre ; non seulement elle révèle l'importance reconnue à cette décision, mais en outre elle lui confère un caractère plus politique que technique.

¹³¹ *Ibid.*, art. 812-8.

¹³² L. 1915, art. 811-3.

¹³³ *Ibid.*, art. 811-5 1°.

¹³⁴ *Ibid.*, art. 811-5 2°.

Le modèle de la gestion de la coopérative est celui de la société anonyme, par pur et simple renvoi¹³⁵. Nous ne le commenterons pas, nous contentant de relever qu'il n'a donc rien de spécifiquement coopératif. Relevons toutefois que, en conséquence, l'administrateur qui gère la société coopérative peut très bien être non-associé, et donc a fortiori non-coopérateur¹³⁶.

On observera avec plus de satisfaction la consécration, fût-ce de façon supplétive, du principe du vote par tête¹³⁷. À nouveau, les compétences de l'assemblée et les règles de prise de décisions sont calquées sur celles applicables aux sociétés anonymes, ce qui ne laisse pas de place pour les spécificités coopératives ; songeons par exemple aux règles de quorum, dont l'importance est évidente pour assurer un fonctionnement démocratique. Malgré tout, le principe de vote démocratique est en place, puisque le droit de vote n'est pas lié à la détention de capital. Les principes coopératifs de l'alliance coopérative internationale reflètent toutefois que le principe démocratique ne peut se résumer à cette seule règle, et notamment pour intégrer la dimension économique de la démocratie, mais aussi la nécessaire formation au fonctionnement coopératif. La loi ne fournit aucune indication sur la gestion de la coopérative, sauf à dire qu'il s'agit d'un ou plusieurs mandataires¹³⁸. Toutefois, il est désormais loisible aux rédacteurs de statuts d'opter pour une des formes de gouvernance instaurées pour les sociétés coopératives européennes, moniste ou dualiste¹³⁹.

La loi luxembourgeoise ne néglige pas totalement la question économique, en établissant une répartition originale des bénéfices¹⁴⁰ : « les bénéfices et les pertes se partagent chaque année, par moitié par parts égales entre les associés, et par moitié à raison de leur mise ». Plusieurs observations s'imposent à la lecture de ce mécanisme. D'abord, il n'existe aucune limite directe à la répartition des bénéfices ; il n'y a ainsi aucune obligation de mise en réserve supérieure à celle des sociétés anonymes¹⁴¹, et pas davantage de restriction à la rémunération de chaque part sociale. On peut y voir une confirma-

¹³⁵ *Ibid.*, art. 811-5 3°.

¹³⁶ *Ibid.*, art. 441-1.

¹³⁷ *Ibid.*, art. 811-5 4°.

¹³⁸ *Ibid.*, art. 811-5 al. 1.

¹³⁹ *Ibid.*, art. 811-2 al. 3.

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 811-5 5°.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 813-1.

tion de l'absence d'originalité coopérative : comme toute société, elle a pour objet la répartition des bénéfices¹⁴², il n'y a donc pas lieu de la limiter. Toutefois, les modalités de cette répartition diffèrent de celles connues des autres sociétés, puisque la moitié des bénéfices sont répartis également entre tous les associés, donc sans égard au montant du capital souscrit. Prise isolément, cette règle pourrait en pratique confiner à une clause léonine, dans la mesure où le titulaire d'une part unique percevrait la même rémunération que celui qui détiendrait 99 % du capital. La répartition capitalistique classique de la moitié des bénéfices prémunit cependant contre ce risque. Au demeurant, le pouvoir de l'assemblée générale demeure, et il lui appartient de décider quelle portion des bénéfices sera distribuée sous forme de dividendes ; ce n'est qu'une fois ce choix opéré que la clef de répartition légale s'appliquera.

Il faut encore relever qu'un autre principe coopératif en matière financière est consacré ailleurs : le remboursement des parts à leur valeur nominale¹⁴³. Cette dernière règle est elle-même supplétive. En outre, elle ne vaut que durant la vie de la coopérative ; faute de disposition à propos de la liquidation de la coopérative, il n'est pas possible de priver les associés de leur part dans le capital social, et on ne veut pas que cette part soit à la valeur nominale. Il est même douteux que les statuts puissent valablement programmer une liquidation désintéressée ; tout au plus l'assemblée générale, à la date de la dissolution, pourrait-elle décider volontairement d'affecter l'actif net à une autre coopérative ou à toute autre personne morale, ce qui s'analyserait en une libéralité.

- Le contrôle des coopératives

Le droit coopératif luxembourgeois demeure marqué par le contexte dans lequel il a été élaboré. En 1915, tout comme en Belgique quelques années auparavant, les parlementaires luxembourgeois étaient marqués par une relative défiance vis-à-vis des coopératives, dont ils craignaient qu'ils ne fussent un vivier de contestation politique. En conséquence, les coopératives sont soumises à un certain nombre de contraintes. Certes les tiers doivent être informés de sa forme juridique¹⁴⁴, mais la règle est commune à tous les groupements

¹⁴² C. civ., art. 1832.

¹⁴³ L. 1915, art. 812-6.

¹⁴⁴ *Ibid.*, art. 813-2.

de droit privé. La publicité des comptes sociaux n'est pas plus contraignante¹⁴⁵. Mais le contrôle est étendu aux associés eux-mêmes¹⁴⁶. Ceux qui gèrent la société doivent établir « une liste indiquant par ordre alphabétique les noms, professions, et demeures de tous les associés » et la déposer tous les six mois au registre du commerce et des sociétés. Cette règle est à la fois lourde et intrusive.

- Les deux coopératives spéciales

Une mention doit être faite des deux formes particulières de coopérative consacrées par la loi : la société coopérative européenne et la société coopérative organisée comme une société anonyme. À première vue, la loi coopérative luxembourgeoise ne connaît pas de coopératives spéciales comme on en trouve dans de nombreuses législations étrangères. La situation s'explique notamment par la taille du pays et le faible nombre de coopératives, sans même renvoyer à l'origine belge de la législation en la matière. Une seule exception peut être relevée à propos des associations agricoles¹⁴⁷, qui au moins en substance s'apparentent à des sociétés coopératives¹⁴⁸. Le Titre VIII sur les sociétés coopératives se décompose pourtant en trois chapitres : les sociétés coopératives en général, les sociétés coopératives organisées comme des sociétés anonymes, et les sociétés coopératives européennes. Les deux dernières formes ne sont toutefois pas des modalités ou des déclinaisons de la première, elles constituent des personnes morales à part entière.

La société coopérative organisée comme une société anonyme a été créée par la loi du 10 juin 1999, avec pour objectif principal de permettre la création d'une société qui échappe à la directive européenne 77/91¹⁴⁹. Elle ne garde de la coopérative que la variabilité du

¹⁴⁵ *Ibid.*, art. 813-4.

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 813-5.

¹⁴⁷ Arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945, portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles. <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/agd/1945/09/17/n2/jo>.

¹⁴⁸ D. HIEZ, « Les coopératives luxembourgeoises : l'exemple d'un système libéral », in D. HIEZ (dir.), *Droit comparé des coopératives européennes*, Larcier, 2009, pp. 145-165.

¹⁴⁹ Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États 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.

capital, qui peut être adaptée aux sociétés d'investissement, tout en étant pour le reste largement soumise au droit des sociétés anonymes. Le peu de principes coopératifs qu'on trouve dans les sociétés coopératives a disparu dans les sociétés coopératives organisées comme des sociétés anonymes. Elles constituent un hybride qui n'a de coopératif que le nom, et personne ne les considère en substance comme des sociétés coopératives.

Les sociétés coopératives européennes sont dans une tout autre situation. On sait que, quoique la SCE ait été créée par règlement¹⁵⁰, des mesures d'adaptation nationale étaient nécessaires pour permettre leur création effective dans chaque pays. Le Luxembourg n'y a pas procédé rapidement mais la loi¹⁵¹ a finalement introduit les dispositions requises, figurant aujourd'hui aux articles L. 831-1 à 839-1 de la loi de 1915. Il n'est pas question de commenter de façon spécifique le régime juridique de la société coopérative européenne, ce serait un travail à part entière. On relèvera seulement que les dispositions nationales qui lui sont consacrées rendent plus criantes les manques de la société coopérative ordinaire : limitation de l'inégalité des droits de vote et prohibition du vote capitalistique¹⁵², Assemblées de section¹⁵³, maintien de la dévolution désintéressée de l'actif net comme règle supplétive¹⁵⁴. Et ceci n'est que la partie émergée de l'iceberg, nous le reverrons lorsque nous envisagerons l'opportunité de réformer la loi coopérative.

Aux termes de ce rapide examen de la loi coopérative, il convient de reprendre sommairement la relation juridique existante entre les coopératives et l'économie sociale et solidaire. Nous avons vu qu'il n'existait aucun lien direct, l'appartenance à l'économie sociale et solidaire se décidant toujours au cas par cas. Mais la question se pose de la compatibilité, voire de la convergence entre les principes

¹⁵⁰ Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32003R1435>.

¹⁵¹ L. 1915, Chap. III Des sociétés coopératives européennes (SEC) inséré par la loi du 10 mars 2014 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales en vue de mettre en œuvre le règlement (CE) no 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC). (Mémorial n° A39 du 23 mars 2014).

¹⁵² L. 1915, art. 833-23.

¹⁵³ *Ibid.*, art. 833-24.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 836-2.

de l'économie sociale et solidaire et la réglementation coopérative. Or la comparaison fait apparaître que la loi coopérative ne remplit que deux des quatre conditions cumulatives. La condition de l'activité économique est remplie, elle est une condition d'existence de la coopérative. De même, les coopératives disposent sans conteste d'une gestion autonome. En revanche, la loi ne dit rien sur la participation de la coopérative au soutien de personnes fragiles ou de contribution à la préservation du lien social, et rien dans la loi coopérative luxembourgeoise n'assure que la moitié des bénéfices sera consacré au développement de l'activité de l'entreprise. L'éloignement des coopératives par rapport à l'économie sociale et solidaire trouve ainsi une explication, mais elle doit être précisée. Elle tient en effet à la faiblesse de la loi coopérative et à l'orientation de l'activité des entreprises de l'économie sociale et solidaire. D'un côté, l'absence de garantie légale de l'affectation de la moitié des profits au développement de l'activité de l'entreprise ne signifie pas que les coopératives ne le font pas en pratique, ce qui devra être apprécié au cas par cas. D'un autre côté, l'exigence d'une activité sociale correspond mal avec la règle traditionnelle de l'ouverture des coopératives à toute activité. Finalement, seule ce dernier critère nous semble positivement éloigner les deux secteurs ; encore faut-il s'entendre, car ceci a surtout pour effet de restreindre le nombre des coopératives susceptibles d'intégrer l'économie sociale et solidaire. Une attention à la pratique coopérative fournira quelques informations complémentaires éclairantes.

B. Focus sur la pratique juridique des coopératives¹⁵⁵

À titre préliminaire, nous tenons à informer le lecteur que l'étude qui suit porte sur les statuts de 51 coopératives. Elle n'est donc pas tout à fait exhaustive en raison de divers problèmes techniques rencontrés. Le problème principal a été l'identification des coopératives. En effet, aucun des outils actuellement disponibles ne permet de sortir une liste exhaustive des coopératives et nous restons donc tributaires des mots-clefs et des filtres utilisés qui occasionnent des imprécisions. Une autre difficulté rencontrée a été l'interprétation des stipulations statutaires. La classification que nous avons retenue pourrait ainsi

¹⁵⁵ Cette partie a été rédigée avec l'aide substantielle d'Aurélié Melchior, Research (and development) specialist à l'Université du Luxembourg, en charge de l'enquête sur les statuts des coopératives.

être discutée. Par ailleurs, notre recherche s'est arrêtée à août 2019 et certaines coopératives ont pu être constituées ou radiées depuis.

Par conséquent, cette étude ne peut être qu'indicative des tendances actuelles. Elle n'en est pas moins un premier pas, que nous allons compléter par l'envoi de questionnaires. Elle constitue par ailleurs une première puisque, à notre connaissance, aucune étude n'a jusqu'à présent été réalisée sur les coopératives luxembourgeoises dans leur globalité.

Focus sur la pratique des coopératives

- Quant à l'activité des coopératives

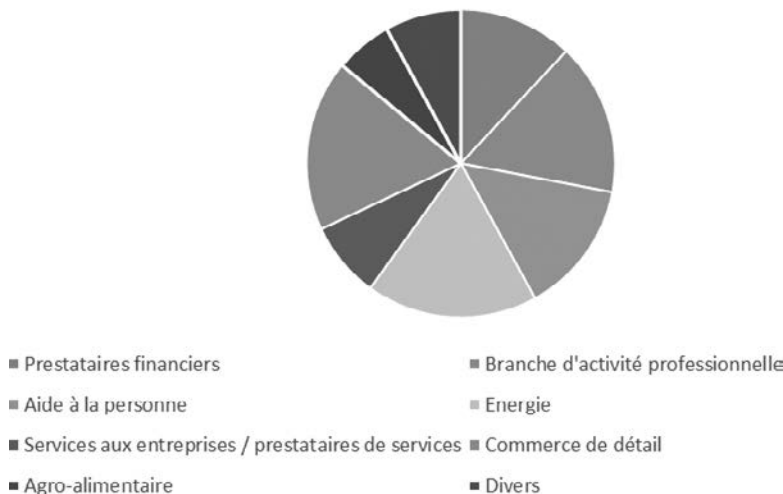
À travers l'analyse des données disponibles fournies au public par les différentes coopératives établies sur le territoire luxembourgeois, nous avons classé, un peu arbitrairement mais dans un souci de lisibilité, les domaines d'activité des coopératives en huit grandes catégories : les services financiers¹⁵⁶, le domaine d'aide à la personne¹⁵⁷, le domaine des services aux entreprises, le domaine agro-alimentaire, le domaine de représentation de branche d'activité professionnelle, le domaine de l'énergie, celui du commerce de détail, et une catégorie que nous avons nommée « divers » regroupant des activités plus atypiques¹⁵⁸. La répartition entre les différents domaines d'activité est relativement équilibrée comme en atteste le diagramme circulaire ci-dessous.

¹⁵⁶ Principalement subdivisé entre entreprises du secteur bancaire et financier et de l'audit.

¹⁵⁷ Au sens large : logement, aide aux personnes en situations de précarité ou de handicap, etc.

¹⁵⁸ Développement personnel, sport, etc.

Répartition par branches d'activité



Nous avons cependant pu constater une évolution des activités prépondérantes dans les immatriculations de coopératives. En effet, un accroissement du nombre de constitution de coopératives est notable dans les domaines qui constituent les préoccupations sociales prépondérantes actuellement. Par exemple, le domaine écologique, tel que l'énergie, la distribution de produits biologiques ou issus de circuits courts, ou encore de façon plus marginale le domaine du développement personnel, a connu ces dernières années une augmentation significative d'immatriculation de coopératives ; approximativement 60 % des coopératives constituées depuis 2010 exercent leurs activités dans ces domaines.

- Quant à la consécration du principe démocratique

Il semblerait également, mais cette première ébauche d'analyse sera à compléter par le dépouillement des données d'une étude-terrain en cours plus précise, que la consécration du principe démocratique dans les coopératives existantes est forte.

Nous avons pu constater par exemple qu'environ 70 des coopératives ont été constituées dans l'intérêt de leurs membres.

Il semble également ressortir des documents d'immatriculation que les membres fondateurs des coopératives soient de plus en plus en phase avec l'identité coopérative telle que décrite par l'Alliance

Coopérative Internationale¹⁵⁹ et s'en revendique au sein même de leurs statuts puisque les seules coopératives s'y réfèrent ont été constituées au cours des 4 dernières années.

- Choix de constitution par acte notarié ou sous seing privé

Le choix de la forme que revêt l'acte constitutif des coopératives semble être fortement influencé par le domaine de son activité. Ainsi, toutes les coopératives, à une exception près, exerçant leur activité dans les services financiers ont fait appel à un notaire en vue de leur constitution. La seule exception relevée est par ailleurs à nuancer car toutes les modifications statutaires réalisées depuis 20 ans sont intervenues par l'intermédiaire d'un acte authentique.

Les statistiques ne révèlent pas le pourquoi de ce choix de la forme sous seing privé. Conjecturer les raisons d'un choix est toujours délicat, mais nous avançons trois hypothèses qui nous semblent pouvoir expliquer ce phénomène dans une certaine mesure. La première est d'ordre juridique : les législations spécifiques en vigueur dans ces domaines d'activité requièrent un acte authentique de constitution. La seconde est d'ordre financier et sécuritaire : le volume du chiffre d'affaires escompté lié à l'activité de l'entreprise lors de la constitution semble induire un souci de protection et de solennité supplémentaires que garantit ou semble garantir l'acte notarié, tant vis-à-vis des coopérateurs que des investisseurs et clients. La troisième est plus diffuse : la proximité des liens et interactions du domaine financier avec celui du domaine juridique et notarié.

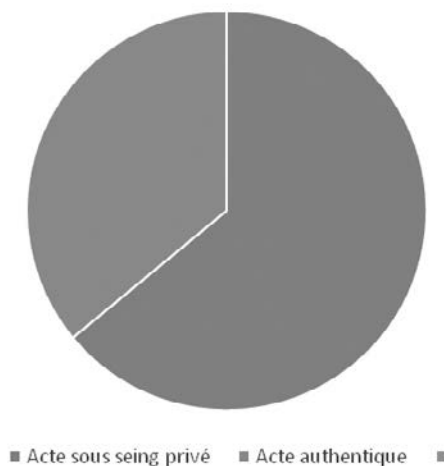
A contrario, d'une manière générale, les coopératives œuvrant dans le secteur « écologique » ou d'aide à la personne sont généralement plus sujettes à se constituer sous la forme sous seing privé. De façon assez intuitive, nous pourrions avancer les explications suivantes, de façon non exhaustive : limitation des coûts, plus grande simplicité, grandes proximités et confiance entre les fondateurs.

Il nous apparaît également important de souligner que, depuis les années 2002-2005, nous avons pu observer une nette augmentation qualitative du soin apporté dans la rédaction juridique des statuts établis sous seing privé. Cette amélioration qualitative s'inscrit peut-être dans le cadre de la structuration de mouvements internationaux,

¹⁵⁹ Identité coopérative, l'Alliance Coopérative Internationale. Disponible sur : <https://www.ica.coop/coopératives/identite-cooperative>.

comme le mouvement de transition par exemple, que ce soient des coopératives ou de leurs secteurs d'activité. Il faut y ajouter l'accélération concomitante du développement des moyens de communication, qui facilitent de fait l'accès à une information toujours plus fournie, en raison de l'accroissement du nombre d'acteurs dans le secteur.

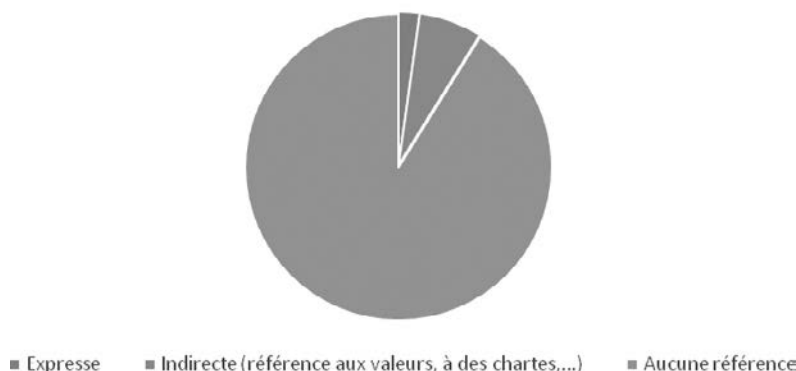
Mode de constitution des coopératives



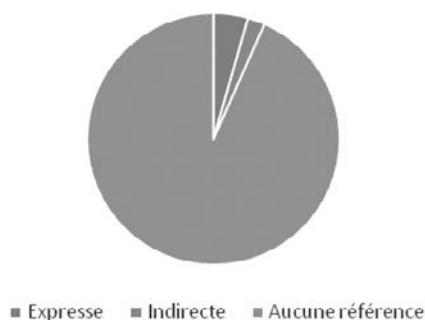
- Quant à la référence aux principes coopératifs dans les statuts

Malgré l'augmentation du soin apporté à la rédaction juridique des statuts depuis quelques années, on relève encore actuellement une absence quasi-totale de référence au principe de l'engagement économique des membres. Seules 2 % des coopératives établies font une référence explicite aux principes coopératifs dans leurs statuts et seules 6 % font une référence implicite aux chartes et valeurs régissant les coopératives. Plus précisément, le « mécanisme de la ristourne » souffre d'une quasi-absence dans les statuts étudiés ; seuls 4 % des statuts des coopératives étudiées y font une référence expresse, et dans 2 % des statuts étudiés une référence indirecte. Ceci ne signifie cependant pas nécessairement que les principes coopératifs sont ignorés dans la pratique quotidienne des coopératives, dans la mesure, où d'autres règles internes dont l'accès n'est pas public peuvent suppléer ces lacunes statutaires.

Référence aux principes coopératifs dans les statuts



Référence au principe de la ristourne dans les statuts



• Quant à la répartition des bénéfices et des pertes

Nous avons vu que l'article 811-5 de la loi du 10 août 1915 prévoit un système supplétif original de répartitions des bénéfices et des pertes dans les coopératives : la moitié par parts égales et l'autre moitié proportionnellement au capital détenu.

Dans plus de 75 % des coopératives étudiées, nous avons constaté quelques stipulations statutaires laissaient tout pouvoir à l'assemblée générale pour décider de l'affectation des résultats de l'exercice afin d'échapper à cette règle supplétive. Quelques coopératives ont encore opté pour un système de répartition plus précis ou de donation à une association du groupe dont elles font partie.

Le système supplétif semble donc pour ainsi dire, ignoré des coopératives qui semblent lui préférer une liberté totale de l'assemblée

générale, laquelle devra tout de même décider conformément aux exigences légales, notamment relatives aux réserves.

C. Esquisse de réflexion autour d'une éventuelle réforme

Dans l'accord de coalition de 2018, les coopératives étaient évoquées à plusieurs reprises : « effort de modernisation du droit des sociétés, y compris les sociétés coopératives »¹⁶⁰, « un cadre légal spécifique pour groupements d'habitat et coopératives de logement sera créé »¹⁶¹, au titre de la fiscalité des entités « non-lucrative (totale ou partielle) ou participative, telles que les associations, fondations, sociétés d'impact sociétal ou certaines sociétés coopératives »¹⁶². De façon plus précise, l'accord indique encore que, « Afin d'encourager l'entrepreneuriat coopératif en tant que forme alternative aux sociétés de capitaux, la législation relative aux coopératives sera revue afin de stimuler la création de projets à caractère participatif »¹⁶³. « Le mouvement impressionnant des coopératives « solaires » qui investissent collectivement dans les énergies renouvelables sera soutenu »¹⁶⁴. « Les nouvelles formes d'agriculture comme l'agriculture solidaire et coopérative qui encouragent les circuits courts seront soutenues »¹⁶⁵. On peut se réjouir de deux façons à cet égard : d'une part il y a une coïncidence entre les nouvelles expériences coopératives révélées par l'étude des statuts et les préoccupations du gouvernement, d'autre part l'intérêt pour les coopératives est repris six fois, chaque fois avec des objectifs de modification législative. Ceci requiert de la part de l'observateur une mise en perspective, afin de vérifier que la perspective de modification est heureuse, et peut-être fournir quelques idées sur les orientations à adopter ou à éviter.

¹⁶⁰ Accord de coalition 2018-2013, L'accord de coalition en vue de la formation d'un nouveau gouvernement signé le 3 décembre 2018 par le formateur Xavier Bettel, et les chefs de délégation du DP, Corinne Cahen, du LSAP, Etienne Schneider., et de « déi gréing », Félix Braz ; partie Droit des sociétés, p. 24. Disponible sur : www.gouvernement.lu.

¹⁶¹ *Ibid.*, partie Logement, p. 34.

¹⁶² *Ibid.*, partie Fiscalité des personnes morales, p. 120.

¹⁶³ *Ibid.*, partie Entrepreneuriat et création d'entreprise, p. 139.

¹⁶⁴ *Ibid.*, partie Energies renouvelables - accélérer la transition vers les 100 %, p. 189.

¹⁶⁵ *Ibid.*, partie Continuer la transition vers une agriculture économiquement viable, socialement équitable et écologiquement vivable, p. 198.

La première question est de savoir si une modification législative est souhaitable. Or à ce stade encore la question peut être envisagée sous deux angles distincts. D'abord, l'accord de coalition manifeste des préoccupations sectorielles : agriculture, énergie solaire, logement. Elles sont légitimes et appellent certainement des modifications spéciales, restreintes. Les coopératives de logement suscitent ainsi des problèmes liés, notamment, au droit du bail d'habitation ; les coopératives de production d'énergie solaire appellent des adaptations de la tarification d'achat de l'énergie produite. Mais ces interventions spéciales peuvent aussi porter sur des aspects susceptibles d'influencer le régime général des coopératives ; c'est particulièrement le cas de la question fiscale.

Mais la question de procéder à des modifications générales est plus délicate, d'autant que la faiblesse du droit coopératif luxembourgeois pourrait faire songer à une refonte en profondeur. Or le juriste est par essence conservateur ; tous les juristes ont à l'esprit le discours de Portalis¹⁶⁶ dans lequel, à l'heure où une grande codification était instaurée, il n'avait de cesse de rappeler qu'il faut surtout ne rien changer à l'équilibre du droit. Il faut donc de très sérieux motifs pour proposer des modifications. Relevons-en quelques-uns, avant de nous interroger pour savoir s'ils sont suffisamment impérieux.

Tout d'abord, le droit coopératif luxembourgeois est en décalage avec les principes coopératifs consacrés par l'Alliance Coopérative Internationale, principes repris par l'OIT dans sa recommandation¹⁶⁷, qui s'applique au Luxembourg en sa qualité de membre de l'OIT ; certes, la recommandation n'est pas dotée d'une grande force normative, mais elle indique au moins la direction à prendre. Nous l'avons dit, ce décalage est patent si on compare la coopérative luxembourgeoise à la société coopérative européenne¹⁶⁸, et il en va de même de la comparaison avec les principes européens de droit coopératif¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Portalis. J-E-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éd. électronique réalisée avec Microsoft Word 2004 pour Macintosh, 1801, pp. 10-70.

¹⁶⁷ R193 – Recommandation (n° 193) sur la promotion des coopératives 2002. Organisation Internationale du Travail, promouvoir l'emploi protéger les personnes, Normes du travail. Disponible sur : <https://www.ilo.org/dyn/normlex>.

¹⁶⁸ Règlement (CE) n° 1435/2003, *op. cit.*

¹⁶⁹ G. FAJARDO-GARCIA, A. FICI, H. HENRY, D. HIEZ, D.A. MEIRA, H.H. MUENKER, *Principles of European Cooperatives Law*, Snaith.I., Intersentia, 2017, p. 47 et s.

La seconde raison consiste dans l'évolution du droit belge, dont la loi luxembourgeoise de 1915 a constitué une copie conforme. Déjà en 1962 le droit belge avait introduit un système d'agrément¹⁷⁰ pour distinguer vraies et fausses coopératives, en réservant certaines règles fiscales aux premières ; or l'agrément exigeait le respect des principes coopératifs essentiels. Le Luxembourg n'avait jamais suivi cet exemple. Mais le droit belge a en 2019 adopté une voie tout à fait nouvelle à l'occasion de l'adoption de son code des sociétés et des associations¹⁷¹. Il a purement et simplement consacré la définition substantielle de la coopérative¹⁷², en mettant en son cœur la satisfaction des besoins de ses membres. La coopérative belge se trouve désormais dotée d'une réglementation complète, originale, et qui ne peut plus servir de modèle pour l'interprétation de la loi luxembourgeoise. Il convient encore de mentionner l'idée portée en Belgique de supprimer purement et simplement le statut de coopérative, les mêmes facilités étant possibles avec la réforme sous d'autres formes sociales¹⁷³. La tentation pourrait également se faire jour au Luxembourg après la création de la société à finalité sociale, mais cette dernière ne reprend pas les principes coopératifs, et il est probable que les mêmes causes produiront les mêmes effets et que le Luxembourg n'adoptera pas plus que son voisin belge cette solution radicale.

Le Luxembourg se trouve cependant aujourd'hui isolé avec sa législation positive. Il existe toutefois des raisons d'hésiter à une réforme d'ampleur, à commencer par le faible nombre de coopératives au Grand-Duché ; encore que la pauvreté de son identité juridique pourrait y contribuer. Mais il existe une raison plus impérieuse d'être prudent : il faudrait prendre garde au bouleversement qu'une éventuelle réforme pourrait avoir pour les coopératives existantes. Il nous semble donc qu'une réforme mérite d'être envisagée, mais

¹⁷⁰ Arrêté royal du 8 janvier 1962 fixant les conditions d'agrément des groupements [...] de sociétés coopératives et des sociétés coopératives. <AR 2015-03-24/02, art. 1, 005 ; En vigueur : 31-05-2015> <AR 2016-05-04/05, art. 1, 006 ; En vigueur : 01-06-2016>. Disponible sur : [www.ejustice.just.fgov.be 'cgi_loi 'change_lg 'cn=1962010830](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg?cn=1962010830).

¹⁷¹ 23 MARS 2019. - Loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses. (Publication 4 avril 2019, n° 2019040586, p. 33239), Dossier n° 2019-03-23/06, entrée en vigueur 1^{er} mai 2019. Pour une réflexion d'ensemble : J.-A. DELCORDE, *La société coopérative : Nouvelles évolutions*, Larcier, 2018.

¹⁷² Code des sociétés et des associations, art. 6 :1.

¹⁷³ J.-A. DELCORDE, Avant-propos, *La société coopérative au XXI^e siècle*, in J.-A. DELCORDE (dir.), *op. cit.*

avec prudence. Il ne faut pas perdre de vue par ailleurs l'existence de la société d'impact sociétal qui peut constituer une modalité de la coopérative, et lui conférer une couleur très particulière lorsqu'elle est à 100 % de parts d'impact.

Il nous semble qu'une modification législative doit s'appuyer sur la pratique coopérative actuelle, que nous connaissons mal, sans dépasser le stade de l'intuition de bons connaisseurs. Quoi qu'il en soit, une première analyse des statuts fait apparaître que la satisfaction des besoins des membres de la coopérative n'est pas nécessairement dans l'ADN des coopératives luxembourgeoises. Ceci peut s'expliquer par diverses raisons. La première raison est le développement récent, au Luxembourg comme ailleurs, de ce qu'on nomme parfois des coopératives d'intérêt général¹⁷⁴, c'est-à-dire des coopératives qui ne recherchent pas à titre principal la satisfaction des besoins des membres mais la réalisation d'un objectif d'intérêt général, dans le domaine environnemental notamment. La seconde raison est davantage liée au contexte national ; l'insécurité juridique de l'activité des ASBL a conduit à la création de sociétés coopératives en lieu et place, celles-ci apparaissant malgré tout parmi les sociétés commerciales comme celles qui se rapprochaient plus du but non lucratif ; c'est particulièrement le cas dans le domaine du handicap.

En conséquence, si la définition purement formelle de la coopérative par la variabilité du capital et du personnel mérite d'être enrichie, elle doit l'être de façon ouverte. À titre d'exemple, nous mentionnons la reformulation proposée pour la loi coopérative française : « La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire durablement leurs besoins économiques ou sociaux ou ceux de la communauté, par leur effort commun, et la mise en place des moyens nécessaires »¹⁷⁵. Il n'y a aucune raison de copier cette formule, elle peut toutefois ouvrir les horizons.

La grande liberté laissée aux rédacteurs de statuts nous semble devoir être respectée. En d'autres termes, il ne nous semble pas opportun de détailler à l'extrême le fonctionnement de la coopérative.

¹⁷⁴ D. HIEZ, *General interest cooperatives : a challenge for cooperative law*, International Journal of Cooperative Law, 2018, p. 93. Disponible sur : <https://iuscooperativum.org/wp-content/uploads/2018/08/Issue-1-2018>.

¹⁷⁵ C. NAETT, « L'élaboration de la loi ESS du point de vue du mouvement coopératif », *Revue internationale de l'économie sociale*, n° 335, 2015, p. 41-52, p. 47 citation.

Quelques principes coopératifs pourraient être clarifiés, à commencer par la ristourne, même si elle n'était pas rendue impérative. L'organisation démocratique pourrait être renforcée, peut-être de façon impérative. Le renvoi supplétif aux sociétés anonymes pourrait être abandonné au profit de l'établissement d'un régime juridique propre à la société coopérative, comme vient de le faire le législateur belge. Un certain nombre de dispositions ont vieilli et mériterait d'être revues, parfois abrogées. Mais nous ne faisons ici que de modestes réflexions préparatoires, qui devraient être approfondies, tout particulièrement pour assurer une bonne coordination entre une réforme des dispositions générales et les innovations spéciales requises.

Si on devait tirer quelques conclusions de cette étude, il nous semble que l'originalité de l'économie sociale et solidaire luxembourgeoise réside dans la tentative, plus ou moins consciente, de concilier l'approche en termes d'économie sociale et solidaire et en termes d'entreprise sociale. De ce point de vue, le Luxembourg a une ambition parfaitement conforme à la Commission européenne, ce qui ne signifie pas que le chemin emprunté ou les résultats obtenus soient tout à fait identiques. Trois traits nous semblent émerger de l'économie sociale et solidaire luxembourgeoise : le refus de l'approche statutaire, le principe de lucrativité limitée, et le désintérêt pour la gouvernance. Ces trois caractéristiques ne sont pas figées, et on a vu que la place de la gouvernance démocratique a perdu de l'importance, en dépit de pratiques plus attentives ; le droit est aussi le produit des hommes, et le changement du personnel animateur du secteur pourrait changer la donne.

Quant aux coopératives, elles ne sont pas en tant que telles rattachées à l'économie sociale et solidaire. Il n'y a aucune raison de bouleverser cette situation, mais il est plausible que les éventuelles modifications de la loi coopérative, tout comme l'approfondissement de la notion de lucrativité limitée, la fassent naturellement évoluer. La définition de l'économie sociale et solidaire n'est encore que balbutiante, et la structuration du secteur bien jeune. Il convient de stimuler la recherche en la matière afin de faciliter cette consolidation.