

L'économie sociale et solidaire au Luxembourg

David Hiez, Professeur de droit privé à l'Université du Luxembourg

david.hiez@uni.lu

Si le Luxembourg ne présente pas toujours d'originalité juridique marquée, il en va différemment à propos de l'économie sociale et solidaire. Non seulement dès 2009 un ministre fût 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 Etats 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 donc de mettre en évidence la dualité paradoxale 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).

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 pragmatisme³. 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 sociale⁴. 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 Economie 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 2016⁵ : « *L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent cumulativement les conditions suivantes* ». 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.⁶ 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 : *grossomodo* 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

¹ <http://www.legilux.public.lu>, 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}.

² <http://www.legilux.public.lu>, Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal (Mémorial A, no. 255 du 15 décembre 2016).

³ P. Kirsch, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », *Annales de droit luxembourgeois* 2017-2018, vol. 27-28, ps.9 s., n°s 24 et s, pp. 37 et s.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0682:FIN:fr:PDF>, 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.

⁵ L. 2016.

⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n°0176 du 1 août 2014 page 12666 arts. 1 et 2.

européennes. En effet, sans compter la France, au moins l'Espagne⁷, la Grèce⁸, le Portugal⁹ ont également 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.¹⁰ 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, rénovée, 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 différence 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.¹¹
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 démocratique¹², mais c'est vraiment faute 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

⁷ Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, *Boletín oficial del Estado*, mercredi 30 mars 2011, n° 76, sec. I. p. 33023.

⁸ Loi no. 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 https://www.social-economy.com/uploads/5/9/2/3/59238017/policy_briefs_2_-_ioannis_nasioulas.pdf).

⁹ 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

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

¹¹ 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).

¹² 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.

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 associé.¹³ 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 social.¹⁴ 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.¹⁵

4. **La quatrième condition** renvoie à la dimension sociale de l'entreprise., avec une double condition alternative :

- 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;
- 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.

Là où la définition semi-statutaire de la législation française recourt à une sorte de présomption irréfragable d'utilité sociale des entreprises statutairement délimitées¹⁶, le Luxembourg s'en écarte¹⁷, 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.

Finalement, 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 Québec¹⁸, 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.¹⁹ Elle se rapproche au contraire de l'entreprise sociale promue par la Commission européenne avec sa prépondérance

¹³ Code des sociétés belge, art. 661 4°.

¹⁴ Règlement européen CE/346-2013 du 17 avril 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. 1 3. (d) (iv).

¹⁵ Cité par M. McGregor-Lowndes, « An overview of the not-for-profit sector », pin M. Harding (Ed.), *Handbook research on not-for-profit law*, 2018, Edward Elgar publishing, p.135.

¹⁶ Associations, coopératives, mutuelles, fondations.

¹⁷ 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. no. 6831/00*, Projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal, p. 3.

¹⁸ <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca> , Loi sur l'économie sociale, article 3 et 4.

¹⁹ https://mteess.gouvernement.lu/fr/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes_actualites%2Bcommuniqués%2B2018%2B05-mai%2B28-signature-luxembourg-quebec.html

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 Etats membres qui cherchent à stimuler au plan inter-gouvernemental le développement de l'économie sociale et solidaire,²⁰ face à une Commission supposée en retrait sur ce dossier.

B Les acteurs de l'économie sociale et solidaire

Rejetant l'approche statutaire, 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

1. La loi ne fait que se référer aux « représentants du secteur de l'économie sociale et solidaire ».²¹ 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'en existe qu'un seul : l'union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire. 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.²² Naturellement, le représentant du secteur n'a pas de pouvoir normatif. Le ministre a deux types de relations avec les représentants du secteur. D'abord, il signe une ou plusieurs conventions annuelles, « afin d'assurer la représentation du secteur auprès des pouvoirs publics. Ensuite, il consulte le représentant du secteur sur « tous les projets ou propositions de dispositions législatives ou réglementaires ».

Les associations sans but lucratif

Les associations ne sont personnifiées au Luxembourg qu'autant qu'elles sont à but non lucratif²³. Elles sont réglementées par la loi du 21 avril 1928²⁴, 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 transparent²⁵ et démocratique²⁶. La non-lucrativité est appréciée strictement, quoique la dévolution désintéressée ne soit pas garantie (infra). Un certain contrôle est mis en place, que ce soit par l'obligation de publier annuellement la liste des membres²⁷, ou par l'exigence d'une autorisation du ministre de la justice pour toute libéralité supérieure à 30.000 euros²⁸.

²⁰ Déclaration de Luxembourg du 4 décembre 2015 disponible en ligne : <http://www.eu2015lu.eu/fr/actualites/communiqués/2015/12/04-declaration-luxembourg/>

²¹ L. 2016, art.12.

²² Dossier parlementaire n° 6831, projet de loi, commentaire des articles, page 18.

²³ D'où elles tirent leur nomination: ASBL.

²⁴ Loi du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique. <http://www.legilux.public.lu>.

²⁵ L. 1928, art.6.

²⁶ L. 1928, art. 7 ; vote par tête.

²⁷ L. 1928, art. 10.

²⁸ L. 1928, art.15.

Mais la discussion principale autour de l'ASBL consiste dans l'interprétation de son article 1er, pour déterminer si l'exigence de non-lucrativité et la prohibition d'activités industrielles ou commerciales est cumulative ou alternative ; 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 majoritaire²⁹. Naturellement, un nombre croissant d'associations exerce une activité économique qui se trouve ainsi fragilisée.

Les mutuelles

Les mutuelles, sous le nom de société de secours mutuel, sont régies par la loi du 7 juillet 1961³⁰, mais cette loi est en cours d'abrogation³¹, qui prend effet au 1er janvier 2020.³² 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 famille³³. 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 civile³⁴. 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. 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 développé, sur le modèle de l'ASBL, avec notamment la consécration du vote par tête³⁵. Le contrôle ministériel demeure.

Les fondations

Les fondations sont régies par la loi de 1928 sur les ASBL.³⁶ Contrairement aux ASBL et plus généralement aux personnes morales, leur réglementation n'est pas inspirée du droit belge mais français. Sont seules considérées 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 personification.³⁷ La fondation est non-lucrative, mais ses activités économiques ne sont pas limitées.

Les sociétés d'impact sociétal

²⁹ L. Metzler, Le régime légal des sociétés et des associations en droit luxembourgeois, dans: Revue pratique des sociétés civiles et commerciales, n°3072, Louvain, Imprimerie Van Linthout, 1930, pp. 242-256., 1930. M. Davaglé, *L'A.S.B.L. dans tous ses états*, O. Christeels éditeur, Diegem (Belgique), ns° 127 s.

³⁰ Loi du 7 juillet 1961 concernant les sociétés de secours mutuels, (Mémorial A n°28 de 1961).

³¹ 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).

³² L. 2019, art. 12. Disposition abrogatoire.

³³ L. 2019, art. 1^{er}. Champ d'application.

³⁴ L. 1951, art. 1.

³⁵ L. 1928, art. 7.

³⁶ L. 1928, art. 27.

³⁷ L. 1928, art. 30.

A la différence des organismes précédemment évoqués, la société d'impact sociétal³⁸ 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 dérogatoire³⁹. À proprement parler, la société d'impact sociétal (SIS) n'est pas définie dans la loi, mais celle-ci en fournit les contours principaux. Elle exige en effet⁴⁰ 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 (principe de l'économie sociale et solidaire) ;

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 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 solidaire⁴¹, d'autre part la réunion des diverses conditions requises est garantie par un agrément ministériel⁴², qui peut toujours être retiré⁴³. La SIS est par ailleurs la seule organisation pour laquelle la loi fixe des limites en matière salariale⁴⁴ : 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. A première vue, ils sont essentiellement soumis au régime applicable à la forme sociale choisie⁴⁵. Toutefois, elles sont impérativement nominatives et elles sont émises avec une valeur nominale⁴⁶. 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, aient été atteints⁴⁷. La suprématie des parts d'impact est toutefois garantie, non seulement parce que la convertibilité des parts d'une

³⁸ L. 2016, préc., arts. 2 et s.

³⁹ L. 2016, art. 2.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 3.

⁴¹ *Ibid.*, art. 1.

⁴² *Ibid.*, art. 3 (2).

⁴³ *Ibid.*, art. 9 (3).

⁴⁴ L. 2016, art. 5.

⁴⁵ L. 2016 art. 4.

⁴⁶ *Ibid.*, art.4 (2).

⁴⁷ Art. 4§1.

catégorie à l'autre ne vaut que de part de rendement à part d'impact⁴⁸, mais surtout parce que les parts d'impact doivent représenter au moins 50% du capital⁴⁹.

La SIS peut être créée ex nihilo, mais toute société qui remplit les conditions requises peut solliciter la reconnaissance ministérielle de cette modalité⁵⁰. 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 exprimées⁵¹. 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 quorum⁵². 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 égal⁵³.

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 commerciales⁵⁴. Toutefois, elles présentent deux particularités du point de vue de leur capital : le capital est variable, et les parts sociales sont incessibles aux tiers⁵⁵.

Alors que les coopératives sont traditionnellement définies par la recherche de la satisfaction des besoins de leurs membres⁵⁶, la loi luxembourgeoise ne fait à aucun moment état de cet élément⁵⁷ ; 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 reconnus⁵⁸ : 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 anonyme⁵⁹, dans le but de fournir au secteur financier une structure souple. Le Luxembourg

⁴⁸ Art.4§2.

⁴⁹ Art.4§3.

⁵⁰ Art.3§2.

⁵¹ L. 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dans sa version coordonnée par le règlement du 5 décembre 2017 préc., art. 450-2.

⁵² *Ibid.*, art. 710-26.

⁵³ *Ibid.*, art. 811-5 5°.

⁵⁴ D. Hiez, « Le droit des coopératives luxembourgeoises au prisme de l'économie sociale et solidaire », annales de droit luxembourgeois, 2007-2008, vol. 17-18, 199.

⁵⁵ L. 1915 préc., art. 811-1.

⁵⁶ cf. la définition de l'Alliance coopérative internationale. <http://www.unssee.org/international-co-operative-alliance-ica/>

⁵⁷ L. 1915, arts. 811-1 et s.

⁵⁸ L. 1915, art. 811-5.

⁵⁹ L. 1915, arts. 820-1 s.

a aménagé sa législation pour permettre la création de sociétés coopératives européennes⁶⁰, et les nouvelles dispositions manifestent par contraste le caractère minimaliste des règles coopératives nationales. La dissimilitude est encore plus évidente dans la comparaison avec les principes européens de droit coopératif.⁶¹

II Le régime juridique de l'économie sociale et solidaire

Si on entend 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 compétent. De même, il existe une union qui a vocation à rassembler toutes les entreprises du secteur. 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, gouvernance, lucrativité limitée, contrôle extérieur, marchés publics.

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 de SIS, dès lors que leur capital ne se compose que de parts d'impact, peuvent bénéficier des exemptions⁶² de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune. Ceci leur permet automatiquement de bénéficier des exemptions et subventions⁶³ 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 ; les SIS se rapprochent donc en pratique 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

⁶⁰ L. 1915, arts. 831-1 s.

⁶¹ D. Hiez, G. Fajardo, A. Fici et al, *Principles of European Cooperative Law*, Cambridge, Royaume-Uni, Intersentia, 2017.

⁶² 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).

⁶³ Dans le projet de loi portant création de la société d'impact sociétal, (Doc. Parl. 6831/00 préc.), deux types des subventions étatiques sont reconnues 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 principale d'une réforme envisagée.

sociétés d'impact sociétal. Toutefois, en fonction du type d'activité que la SIS conduit, elle peut être soumise à la TVA.

Les ASBL sont en principe exemptées des impôts directs⁶⁴. 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. L'activité des ASBL est soumise à la TVA dès lors qu'elle devient économique. La loi sur la TVA prévoit toutefois des exceptions⁶⁵ et à la lumière de celles-ci, une différenciation devrait être faite entre l'activité permanente ou occasionnelle⁶⁶. 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.

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

Pour les coopératives, leur statut de société commerciale entraîne un traitement fiscal 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 profit⁶⁷.

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 loi les consacre, soumis à des principes directeurs parmi lesquels figure la gouvernance démocratique. De tels principes se retrouvent dans la loi luxembourgeoise définissant l'économie sociale et solidaire⁶⁸ 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 »⁶⁹. 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 inclusive⁷⁰.

⁶⁴ 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 préc., arts. 159 et 161.

⁶⁵ Loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (Mémorial A no. 11 du 19 février 1979), arts. 44-1 et s.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, (Mémorial A, no 79 du 6 décembre 1967) art. 167.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 3(1).

⁶⁹ *Ibid.*, art. 1(3).

⁷⁰ *Doc. Parl. no. 6831/02*, Avis de la chambre de commerce sur le projet de loi portant création de la société d'impact sociétal (30.10.2015).

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 était qualifié de critère de progrès⁷¹; ce point a ensuite été supprimé, pour calquer la définition adoptée par le législateur en 2016, mais rien ne nécessitait cette adaptation. En pratique, 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.

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 connaissent pas un tel organe⁷² : impératif pour les ASBL⁷³, supplétif pour les coopératives⁷⁴, il n'était pas prévu par la loi pour les mutuelles mais confirmé en pratique, et il a été consacré par la nouvelle loi⁷⁵. 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.

La lucrativité limitée

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 »⁷⁶. Cette orientation est en phase avec les prescriptions européennes concernant l'entreprise sociale⁷⁷. Plusieurs observations doivent être faites. Tout d'abord, directement, la préoccupation de la loi n'a pas été d'interdire, 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.

La lucrativité limitée ne peut s'évaluer seulement durant la vie de l'entreprise, elle doit être également appréciée au moment de sa dissolution. Or les principes de l'économie sociale et solidaire énoncés par la loi sont muets sur ce point. 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

⁷¹ *Doc. Parl. no. 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.

⁷² L. 1928, arts. 30 et 33.

⁷³ *Ibid.*, art. 7.

⁷⁴ L. 1915, art. 811-5 4°.

⁷⁵ L. 2019, art. 6.

⁷⁶ L. 2016, art. 4°.

⁷⁷ <http://www.eur-lex.europa.eu>, Règlement (UE) n°346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, Art. 3.

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 statutaire.⁷⁸ 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 luxembourgeoise, relevons que la doctrine belge est assez critique de cette solution⁷⁹. 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 réalise un but différent de celui auquel ils avaient 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 attributions⁸⁰, 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 net⁸¹. 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.

La protection

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. 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 coopérative⁸², les ASBL⁸³. On pourrait y voir une méfiance, si cette règle n'était pas commune en droit des sociétés⁸⁴. Notons qu'on ne la retrouve pas pour les mutuelles, ni dans la loi de 1961 ni dans la nouvelle loi.

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

⁷⁸ L. 1928, arts. 22 & 41.

⁷⁹ M. Davagle, L'ASBL dans tous ses états, O. Christeels éditeur, Diegem (Belgique), n° 718-719.

⁸⁰ L. 2019, art. 3.

⁸¹ Art. 10, al. 12.

⁸² L. 1915 préc., art. 813-2.

⁸³ L. 1928, art. 11.

⁸⁴ L. 1915, art. 462-1.

ASBL la capacité de soumissionner dans un tel marché⁸⁵. 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. Toutefois, la nouvelle réglementation de 2018⁸⁶, qui transpose les directives de 2014⁸⁷, peut leur être profitable. Tout d'abord, le traditionnel principe du moins disant peut-être nuancé par une clause sociale⁸⁸, 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 pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés »⁸⁹. 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.

⁸⁵ Cour administrative, 26 et 27 mai 2008, n° du rôle 24416C 24427C. <http://www.ja.etat.lu>

⁸⁶ Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (Mémorial A, no. 243 du 20 avril 2018).

⁸⁷ 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).

⁸⁸ L. 2018, art. 42.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 15(1).