

L'ASBL belge par rapport à ses voisines française et luxembourgeoise dans le contexte du développement de l'économie sociale sur le plan européen : quelles perspectives d'amélioration du cadre juridique¹ ?

Introduction : l'ASBL, « entreprise » et « sociale » face à la société coopérative

1. Au cours des travaux préparatoires du Code des sociétés et des associations² (ci-après « CSA »), il fut soutenu, avec succès, que l'ASBL constitue « par nature » une entreprise sociale³, révélant ainsi quelque résidu de la conception selon laquelle la qualité d'« entreprise sociale » peut être attachée à un *statut* particulier sans qu'il soit besoin de vérifier l'existence de conditions gouvernant l'attribution de cette qualité⁴ alors que, pourtant, la consécration de la transformation de

(1) L'auteure tient à remercier M. Guillaume Bosseler, docteur-chercheur à l'Université du Luxembourg, pour l'aide procurée à rassembler la documentation pour cet article.

(2) Introduit par la loi du 23 mars 2019 (M.B., 4 avril 2019, pp. 33239 et s., en ligne : https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi_change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2019032309) telle que modifiée par la suite.

(3) Une discussion s'était élevée du fait qu'il était initialement prévu de soumettre l'ASBL à un agrément comme entreprise sociale (articles 9:27 et 9:28 du projet initial : projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, 4 juin 2018, n° 54-3119/001, pp. 289 et 381 et n° 54-3119/002, pp. 496-497) lorsque celle-ci : a « pour principal objet, dans l'intérêt général, de générer un impact social positif pour l'homme, l'environnement ou la société » et « lors de la liquidation, le patrimoine subsistant après apurement du passif est réservé à une affectation qui correspond le plus possible à son but d'entreprise sociale agréée », le Roi était en outre chargé de fixer les conditions d'agrément. Ces caractères correspondent à ceux qui sont retenus aujourd'hui dans le CSA en vue de conférer l'agrément comme entreprise sociale à la coopérative (voy. article 8:5 CSA), la loi exigeant en outre pour celles-ci que « tout avantage patrimonial qu'elle distribue à ses actionnaires, sous quelque forme que ce soit, ne peut, à peine de nullité, excéder le taux d'intérêt fixé par le Roi (...), appliqué au montant réellement versé par les actionnaires sur les actions ». Cette intention initiale fit long feu : — doc 54-3119/004 (4 juillet 2018), pp. 54-56, amendements n°s 38 à 40 visant à supprimer les dispositions précitées avec la justification suivante : « Les ASBL sont par nature des entreprises sociales puisque l'in-

terdiction de distribution des bénéfices visée à l'article 1:2 *juncto* l'article 1:4 du Code des sociétés et des associations leur interdit de distribuer des bénéfices et, *a contrario*, les oblige donc à réaliser un but désintéressé. Par conséquent, les ASBL sont automatiquement des entreprises sociales par leurs caractéristiques légales. Le fait de cantonner les ASBL dans un concept étiqueté d'« entreprise sociale » les prive d'une partie de leur identité actuelle puisqu'elles utilisent déjà actuellement le concept d'« entreprise sociale » pour se positionner par rapport aux sociétés sur le marché régulier. Cet agrément est un obstacle administratif supplémentaire qui se révèle superflu et est source d'insécurité juridique et de tracasseries administratives » — doc 54-3119/011 (14 novembre 2018) : (p. 91) « Le professeur Denef a indiqué à juste titre que les associations sont, par nature, des entreprises sociales. Le professeur Ernst ne voyait pas la nécessité d'un agrément comme entreprise sociale. Le professeur Denef a associé le caractère social d'une association à l'interdiction absolue de distribution directe ou indirecte d'avantages patrimoniaux et à la poursuite d'un objectif désintéressé. Un agrément distinct en tant qu'entreprise sociale est en effet, dans ce sens, un formalisme superflu, que nous supprimons au moyen des amendements n°s 38-40. Cela accroît cependant l'importance de l'interdiction de distribution d'avantages patrimoniaux ». Voy. en outre pp. 249 et s. pour l'audition proprement dite de M. Denef en ce sens et p. 255 pour l'opinion concordante de E. Van Laer. Le texte définitif du CSA ne comprend plus que l'agrément de l'ASBL comme union professionnelle (article 9:24 CSA).

(4) Voy. D. HIEZ, « L'économie sociale et solidaire au Luxembourg », *Ann. dr. Lux.*, vol. 29 (2019), 2020, pp. 197-243 et spéc. pp. 198-199 : « 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

l'ASBL en « entreprise », au sens de l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique, désormais pleinement habilitée à mener une activité économique à l'instar des sociétés autrefois « commerciales » (voy. *infra* titre 1) amène à s'interroger sérieusement sur cette réduction de l'ASBL « entreprise sociale » à son seul but désintéressé.

2. Quo qu'il en soit de cette qualification « automatique » au rang d'entreprise sociale de l'ASBL, elle partage cette possible qualité avec la société coopérative qui, elle, doit être agréée en tant que telle selon les termes de l'article 8:5 du CSA⁵ et elle doit pour ce faire satisfaire aux conditions fixées par l'arrêté royal du 28 juin 2019⁶ et ce alors

central entre les deux courants porte sur ce qu'il est convenu d'appeler les statuts : l'économie sociale se définissait en effet comme un ensemble d'entreprises ayant adopté des statuts juridiques précis : coopératives, mutuelles et associations. Or les tenants de l'économie solidaire arguent que ces statuts n'avaient pas empêché certaines des entreprises concernées de s'écarte 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 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 ». Cette loi (n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029313296/?isSuggest=true>) sur laquelle nous reviendrons permet à une société commerciale de se faire immatriculer comme « entreprise de l'économie sociale et solidaire ».

(5) Lequel dispose notamment que (§ 1^{er}) : « Une société coopérative peut, être agréée en application de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la Coopération, de l'Entreprenariat social et de l'entreprise Agricole en tant qu'entreprise sociale si elle remplit les conditions suivantes :

1^o elle a pour but principal, dans l'intérêt général, de générer un impact sociétal positif pour l'homme, l'environnement ou la société ; 2^o tout avantage patrimonial qu'elle distribue à ses actionnaires, sous quelque forme que ce soit, ne peut, à peine de nullité, excéder le taux d'intérêt fixé par le Roi en exécution de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la coopération, de l'entrepreneuriat social

et de l'entreprise agricole, appliquée au montant réellement versé par les actionnaires sur les actions ; 3^o lors de la liquidation, il est donné au patrimoine subsistant après apurement du passif et remboursement de l'apport versé par les actionnaires et non encore remboursé, à peine de nullité, une affectation qui correspond le plus possible à son objet comme entreprise sociale agréée (...) ».

(6) AR du 28 juin 2019 fixant les conditions d'agrément comme entreprise agricole et comme entreprise sociale (M.B., 11 juillet 2019, pp. 70056-7051, en ligne : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi_change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2019062813&table_name=loi), article 6 : « § 1^{er}. Un agrément comme entreprise sociale est octroyé par le Ministre de l'Economie à une société coopérative lorsque ses statuts, son fonctionnement et ses activités sont conformes aux conditions suivantes :

1^o le but principal de la société est, dans l'intérêt général, de générer un impact sociétal positif pour l'homme, pour l'environnement ou pour la société, conformément à l'article 8:5, § 1^{er}, 1^o, du code ;

2^o les statuts décrivent l'objet de la société, dont il ressort expressément que celui-ci sert à générer un impact sociétal positif pour l'homme, pour l'environnement ou pour la société ; 3^o en cas de démission, l'actionnaire sortant reçoit, au maximum, la valeur nominale de son apport réel ;

4^o le mandat d'administrateur est gratuit, sauf si l'assemblée générale des actionnaires décide d'une indemnité limitée ou des jetons de présence limités ;

5^o aucun actionnaire ne peut prendre part au vote à l'assemblée générale pour un nombre de voix dépassant le dixième des voix attachées aux parts ou actions représentées ;

6^o le montant du dividende à verser aux actionnaires ne peut être fixé qu'après fixation d'un montant que la société réserve aux projets ou affectations qui sont nécessaires ou utiles pour la réalisation de son objet ; 7^o le seul avantage patrimonial que

que, pourtant, l'une des grandes innovations du CSA a été de restituer à la société coopérative sa vocation ou « idéal coopératif »⁷. On sait en effet que la société coopérative avait été détournée voire « dévoyée » de son idéal depuis l'origine en raison de la flexibilité de son régime et de l'absence d'une définition calibrée, à tel point qu'il fut envisagé de la supprimer et d'en faire une simple variante ou option de la SRL (société à responsabilité limitée)⁸. La réaction du secteur coopératif fut salutaire : il en est résulté un recentrage sur l'idéal coopératif et il n'y aura plus, désormais, de « fausses coopératives ». L'intérêt des *stakeholders* au sens large est au sommet de la hiérarchie des valeurs de la SC qui constitue désormais le pivot entre le lucratif et le non lucratif, la SC préfigurant l'estompe de la distinction entre marchand et non-marchand via la prise de conscience que la seule valeur véritable réside dans le long terme, au-delà de la logique purement financière⁹. Selon le Conseil national de la coopération la « la SC doit demeurer une forme distincte de société permettant d'assurer la promotion de la spécificité coopérative, tant sur le plan national qu'international »¹⁰. De fait, les dispositions du CSA tendent à fournir à la SC un véritable « label », au surplus reconnaissable à l'international, sa définition étant directement inspirée de celle retenue pour la société coopérative européenne¹¹, et la SC devra « mener ses activités

la société distribue directement ou indirectement à ses actionnaires, sous quelque forme que ce soit, ne peut excéder le taux d'intérêt visé à l'article 8:5, § 1^{er}, 2^o, du code, et appliquée au montant réellement versé par les actionnaires sur les actions ;⁸ lors de la liquidation de la société, le patrimoine subsistant après l'apurement du passif et le remboursement de la somme réellement versée par les actionnaires et non encore remboursée sur les actions, est réservé à une affectation qui correspond le plus possible à son objet, conformément à l'article 8:5, § 1^{er}, 3^o, du code.

§ 2. L'organe d'administration de la société établit chaque année un rapport spécial sur l'exercice clôturé dans lequel il est fait au moins mention :

1^o des informations énoncées à l'article 6:120, § 2, du code ;
2^o de la manière dont l'organe d'administration de la société contrôle l'application des conditions d'agrément, fixées au paragraphe 1^{er} ;
3^o des activités que la société a effectuées pour atteindre son objet ;
4^o des moyens que la société a mis en œuvre à cet effet.

Le rapport spécial est inséré dans le rapport de gestion établi et déposé conformément aux articles 3:5 et 3:6 du code.

L'organe d'administration d'une société qui, conformément à l'article 3:4 du code, n'est pas tenue d'établir et de déposer un rapport de gestion, envoie une copie du rapport spécial au SPF Economie dans les sept mois qui suivent la date de clôture de l'exercice.

Le rapport spécial est conservé au siège de la société ».

(7) Ainsi, aux termes de l'article 6:1 du CSA, la société coopérative « (...) a pour but principal la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses actionnaires ou bien de tiers intéressés (...) La société coopérative peut également avoir pour but de répondre aux besoins de ses actionnaires ou de ses sociétés mères et leurs actionnaires ou des tiers intéressés que ce soit ou non par l'intervention de filiales. Elle peut également avoir pour but de favoriser leurs activités économiques et/ou sociales par une participation à une ou plusieurs

autres sociétés (...) La finalité coopérative et les valeurs de la société coopérative sont décrites dans les statuts et, le cas échéant, complétées par une explication plus détaillée dans un règlement intérieur ou une charte ».

(8) J. FONTEYN, « La société coopérative : un pont entre lucratif et non-lucratif », in P. BOSSARD (dir.), *Le Code des sociétés et des associations : contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 387-405 et spéc. p. 387. En effet, avant la réforme opérée dans le cadre du CSA, la définition de la société coopérative était toujours limitée à « celle qui se compose d'associés dont le nombre et les apports sont variables » (article 350 de l'ex-Code des sociétés).

(9) J. FONTEYN, *ibidem*, pp. 388 et 394. Voy. l'article 6:127 CSA érigéant la possibilité d'une dissolution de la SC ne respectant pas l'idéal coopératif désormais intégré dans sa définition.

(10) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *Le Code des sociétés et des associations - Présentation et premiers commentaires*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, n° 112, Bruxelles, Larquier, 2019, n° 437, faisant référence au « Point de vue du Conseil national de la coopération relativ au projet de réforme du droit belge des sociétés », en ligne : <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Entreprises/avis-conseil-national-cooperation/Avis-CNC-201506-Reforme-des-Droit-des-Societes.pdf>.

(11) Voy. article 1^{er} du règlement n° 1435/2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) (en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32003R1435>) : « (...) 3. La SEC a pour objet principal la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses membres (...). La SEC peut aussi avoir pour objet de répondre aux besoins de ses membres en favorisant, de la même manière, leur participation à des activités économiques dans une ou plusieurs SEC et/ou coopératives nationales. La SEC peut mener ses activités par l'intermédiaire d'une filiale.

4. La SEC ne peut admettre des non-membres au bénéfice de ses activités

sur la base de l'idéal coopératif tel que précisé par l'Alliance coopérative internationale »¹².

3. La notion de « label » pour l'entreprise sociale est effectivement « dans l'air » et prisée par le Parlement européen¹³ mais sans succès pour l'instant dans la mesure où les approches nationales diffèrent considérablement et qu'il importerait d'avoir une vision globale du terrain avant d'envisager de formuler une proposition de ce genre¹⁴. De fait les efforts actuels de la Commission européenne se centrent sur l'établissement d'une cartographie (*mapping*) de l'entreprise sociale et de son écosystème en Europe. Cette étude gigantesque (29 rapports nationaux) réalisée sous l'égide du réseau de recherche EMES a été clôturée en 2020 par la publication d'un rapport de synthèse¹⁵ et la prochaine étape réside désormais dans la publication, par la Commission, d'un « Plan d'action de l'UE en faveur de l'économie sociale », prévu pour le 4^e trimestre 2021¹⁶.

En attendant les résultats de cette initiative la lecture du rapport de synthèse (précité) se révèle particulièrement éclairante. Celui-ci reprend en effet, en la développant et en la confrontant à la réalité de terrain, une « définition opérationnelle » de l'entreprise sociale, basée sur la Social Business Initiative (« SBI »), communication présentée par la

autres sociétés (...) La finalité coopérative et les valeurs de la société coopérative sont décrites dans les statuts et, le cas échéant, complétées par une explication plus détaillée dans un règlement intérieur ou une charte ».

(12) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *ibidem*, n° 447, se référant aux travaux préparatoires du CSA (n° 54-3119/001, pp. 14-15). L'Alliance coopérative internationale (en ligne : <https://www.ica.coop/fr/coop%20C3%209%20r%20identite-cooperative>) retient sept principes directeurs :

1. adhésion volontaire et ouverte ;
2. contrôle démocratique exercé par les membres ;
3. participation économique des membres ;
4. autonomie et indépendance ;
5. Éducation, formation et information ;
6. coopération entre les coopératives ;

7. engagement envers la collectivité. Ces principes ne sont pas repris comme tels dans le CSA mais cons., par exemple, les articles 6:13, 9^o (finalités et valeurs devant figurer dans les statuts), 6:127 (possibilité de dissolution de la SC ne respectant pas l'idéal coopératif), 6:19, alinéa 1^{er} (prohibition d'actions sans droit de vote : mise en œuvre du principe démocratique), la liberté d'entrée et de sortie de la SC ayant par ailleurs toujours été garantie.

(13) Voy. Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire (en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0317_FR.html?redirect) : « 2. invite la Commission à créer, au niveau de l'Union, un "label européen de l'économie sociale" qui puisse être octroyé aux entreprises fondées sur l'économie sociale et la solidarité en fonction de critères précis, dans le but de mettre en lumière les caractéristiques spécifiques de ces entreprises et leurs effets sociaux, d'améliorer leur visibilité,

d'encourager l'investissement et de faciliter l'accès au financement et au marché unique pour celles qui souhaitent s'étendre à l'échelon national ou à d'autres États membres, dans le respect, en même temps, des formes et cadres juridiques existants dans le secteur et dans les États

membres ; (...) 15. considère que les critères et les exigences légales minimaux pour acquérir et conserver le label européen de l'économie sociale doivent être une activité d'utilité sociale, qui devrait être définie au niveau de l'Union ; souligne que cette activité devrait être mesurable en termes d'incidence sociale dans des domaines tels que l'intégration sociale des personnes vulnérables, l'insertion sur le marché du travail, dans des emplois de qualité et durables, des personnes en risque d'exclusion, la réduction des inégalités entre les femmes et les hommes, la lutte contre la marginalisation des migrants, l'amélioration de l'égalité des chances grâce à la santé, à l'éducation, à la culture et au logement décent, ainsi que la lutte contre la pauvreté et les inégalités ; souligne que les entreprises de l'économie sociale et solidaire doivent respecter, dans leurs propres performances, les meilleures pratiques en termes de conditions de travail et d'emploi ».

(14) Voy. le lien suivant pour l'état des lieux du dossier « Statute for social and solidarity-based enterprises » (<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-services-including-transport/file-statute-for-social-and-solidarity-based-enterprises>).

(15) L'ensemble des rapports nationaux et le rapport de synthèse (C. BORZAGA, G. GALERA, B. FRANCHINI, S. CHIOMENTO, R. NOGALES et C. CARINI, *Social Enterprises and their Ecosystem in Europe - Comparative Synthesis Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020) sont disponibles ici : <https://emes.net/research-projects/social-enterprise/eu-mapping-mapping-study-on-social-enterprise-ecosystems-update-part-2/>

(16) On peut consulter l'avancement des travaux sur ce thème ici : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12743-Plan-d%20E%20%98%99action-de-l%20E%20%98%99UE-en-faveur-de-l%20E%20%98%99economie-sociale_fr.

Commission en 2011¹⁷. Cette définition assigne une triple dimension à l'entreprise sociale (« ES ») :

1. Une dimension entrepreneuriale/économique en ce sens que l'ES doit être orientée vers le marché : elle produit des biens et services de manière stable et continue et fait usage de facteurs de production (travail, capital, actifs) ;
2. Une dimension sociale en ce sens que la primauté du but social poursuivi par l'ES doit être clairement établie par la législation nationale, les statuts et tous autres documents relevant : les produits fournis et/ou activités prestées doivent revêtir une connotation sociale ou d'intérêt général en fonction des besoins à rencontrer ;
3. Une dimension de gouvernance inclusive en ce sens que la structure organisationnelle/de gouvernance de l'ES doit assurer une représentation appropriée de l'ensemble des *stakeholders* dans le processus décisionnel. À cet égard la limitation portant sur les distributions doit garantir la sauvegarde du but social de l'entreprise¹⁸.

Le rapport fait ressortir que les définitions nationales tendent de plus en plus à s'aligner sur cette définition opérationnelle de l'ES¹⁹ et cite : pour la Belgique, la procédure d'agrément de la SC comme ES ; pour la France la loi de 2014 (précitée) sur l'économie sociale et solidaire et pour le Luxembourg la loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact social (« SIS »)²⁰. Nous y reviendrons.

Par ailleurs les quatre piliers de l'ES sont les suivants²¹ :

1. La capacité d'organisation (l'économie sociale est moins développée là où elle reste essentiellement informelle) ;
2. la visibilité incluant la reconnaissance légale, le rapport notant que de nombreuses législations nationales ont été introduites depuis la SBI de 2011 ;
3. les ressources, le rapport soulignant à la fois l'extrême importance (défi pour l'avenir) de la question du financement de même que sa complexité dans la mesure où les limitations de distribution ne la rendent pas attractive pour l'investisseur conventionnel (d'où l'importance des fonds et index éthiques, dons et libéralités, aides publiques, intervention d'institutions financières spécialisées, avantages fiscaux etc.) ;
4. Recherche, éducation et développement des connaissances : ce domaine évoluant rapidement de manière favorable.

Le rapport conclut en mettant en évidence l'intérêt accru pour les ES depuis 2014 et le défi majeur pour elles qui est celui de leur financement alors qu'elles encourent parfois la critique de contribuer par leur développement au démantèlement de l'État-providence, les risques d'abus du « label » par des entreprises conventionnelles n'est pas non plus ignoré²².

(17) En ligne : [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2011\)682&lang=fr](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2011)682&lang=fr).

(18) C. BORZAGA e.a., *op. cit.*, pp. 29 et pp. 158-160 pour une description détaillée de ces trois dimensions.

(19) C. BORZAGA e.a., *ibidem*, pp. 36-40.

(20) En ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/12/12/n1/jo>.

(21) C. BORZAGA e.a., *ibidem*, pp. 49-101.

(22) C. BORZAGA e.a., *ibidem*, pp. 136-139. Cette problématique d'abus du label est rencontrée dans le CSA aux articles 8:7 (pour la société coopérative se présentant faussement comme bénéficiant d'un agrément) et 2:113 (pour l'ASBL qui, notamment, viole les caractéristiques de son statut).

(23) En Belgique, voy. S. HARDY, « Les ASBL face aux réformes du droit de l'entreprise : entre changement de statut et rapprochements avec les sociétés », in P. BOSSARD (dir.), *Le Code des sociétés et des associations : contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 355-385 et spéc. p. 355 (les ASBL sont en augmentation de 13,88 %

entre 2008 et 2018). En France, cons. C. LARONDE-CLERAC, *v°* « Associations. - Généralités », *Juris-Classeur Civil*, Fasc. 10, Annexes, 2020, n° 1 (depuis 40 ans le nombre des associations a fortement progressé) ; au Luxembourg, voy. P. PERARD, *L'économie sociale et solidaire au Luxembourg - Bilan et perspectives, Notes d'analyse*, avril 2015 (en ligne : <https://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/publications/files/na-2015-ess-luxembourg.pdf>), spéc. p. 5 (les associations représentent le « poids lourd » de l'ESS au Luxembourg, les 3/4 des entreprises sociales ayant le statut d'association). Plus généralement sur le développement du secteur de l'économie sociale au Luxembourg, voy. la brochure de l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS), en ligne : https://uless.lu/images/uless/publications/198/docs/ULESS_Elections_Mis_en_page_2018_PAGE_PAR_PAGE.pdf.

(24) Remarque terminologique : le droit belge se réfère généralement au concept de l'économie sociale tandis que les droits français et luxembourgeois évoquent l'« économie sociale

4. Les ASBL (Belgique et Luxembourg) et associations (France) ont connu un succès grandissant au cours de ces dernières années²³. Comment se positionnent-elles en tant qu'entreprises sociales, notamment face à leur rivale coopérative, dans un contexte national et international ? Nous allons nous pencher principalement sur l'ASBL de droit belge en son état issu de la réforme introduite par le CSA tout en comparant sa situation à celle des institutions voisines en France et au Luxembourg. Ce faisant nous estimons qu'une ASBL pourra se développer en tant qu'acteur majeur de l'économie sociale²⁴ tant au niveau national qu'international à la condition que son statut présente trois éléments de fluidité (ou d'ouverture des cadres) :

- fluidité au niveau des activités exercées dans un but social désintéressé (*infra* titre 1) ;
- fluidité au niveau de l'organisation et du financement (*infra* titre 2) ;
- fluidité au niveau des restructurations et de la mobilité (*infra* titre 3).

L'ampleur de cette étude devant demeurer modeste, nous nous contenterons, dans les lignes qui suivent de soulever les points qui nous semblent les plus saillants au risque de simplifier peut-être à l'extrême la présentation dans un domaine plus complexe qu'il n'en a l'air au premier abord. Que cette contribution soit prise pour ce qu'elle est, à savoir une invitation adressée au lecteur d'aller plus loin, à la mesure de son intérêt pour un thème en plein développement.

1 La fluidité au niveau des activités que l'ASBL est susceptible d'entreprendre dans son but social désintéressé

5. S'agissant de la distinction entre société et association, le CSA a opéré une double réforme tant au niveau du concept de société que de la notion d'association.

D'une part si le but d'une société est bien « de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect » (article 1:1 CSA), il ne s'agit plus que de « l'un de ses buts »²⁵, toujours selon la formulation du CSA. Par conséquent il est admis qu'une société puisse désormais poursuivre un but désintéressé à côté de son but lucratif ou intéressé « classique » et il est même souligné que le but intéressé pourra revêtir un caractère complètement secondaire par rapport à son but désintéressé, en sorte que la société à finalité sociale (« SFS »), formée supprimée par le CSA²⁶, constituée sous les formes générale-

et solidaire », les réalités couvertes se rejoignant largement tout en traduisant des évolutions historiques diverses.

(25) Comp. cette réforme avec celle introduite à la même époque en France par la loi PACTE (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises) autorisant les sociétés à se doter d'une « raison d'être » dans leurs statuts (article 1835 du Code civil) et précisant la notion d'« intérêt social » pour y intégrer les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société (article 1833 du Code civil et articles L225-35 et L225-64 du Code de commerce). Pour une analyse comparée des dispositions françaises et belges, voy.

I. CORBIER, « L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen », *RJTUM*, 2019, pp. 171-219 et spéc. pp. 212-218 (en ligne : <https://orbiu.uni.lu/handle/10993/40210>). En droit luxembourgeois la situation se présente de manière différente puisque l'article 1832 du Code civil impose toujours un but intéressé sans exception (sur la notion de « bénéfice en

société » en droit luxembourgeois, voy. *infra* n° 6), en telle sorte qu'un auteur a pu estimer que des dirigeants qui chercheraient à imposer le respect des principes de l'économie sociale dans le cadre d'une société « ordinaire » (non « SIS ») encourraient un risque de responsabilité pour violation de la loi, à savoir l'article 1832 et sa notion de « bénéfice » sauf à faire accepter cette démarche pour une gestion conforme à l'intérêt social à long terme (D. HIEZ, « L'économie sociale et solidaire au Luxembourg », *op. cit.*, pp. 211-212).

(26) Pour rappel l'ex Code des sociétés permettait (article 661) à une quelconque des sociétés dotées de la personnalité juridique (SA, SPRL, SCRL...) d'être appellées « sociétés à finalité sociale lorsqu'elles ne sont pas vouées à l'enrichissement de leurs associés et lorsque leurs statuts : 1^o stipulent que les associés ne recherchent qu'un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial ; 2^o définissent de façon précise le but social auquel sont consacrées les activités visées dans leur objet social et n'assignent pas pour but principal à la société de pro-

ment utilisées (SA-SPRL-SCRL devenues SA-SRL et SC dans le CSA) n'aura pas à se transformer mais simplement à modifier ses statuts, le cas échéant pour y introduire un but (qui pourra, on l'a dit, demeurer très secondaire) de distribution d'un avantage patrimonial direct ou indirect²⁷.

D'autre part si le but d'une association demeure bien désintéressé²⁸ (caractérisée par une interdiction de distributions à ses membres)²⁹, il n'est désormais plus interdit aux associations de poursuivre une activité économique (« commerciale » dans la terminologie antérieure à l'introduction du Code de droit économique) même à titre principal³⁰. Néanmoins ce que d'aucuns décrivent comme un prochain sujet de controverse³¹ est que le nouveau texte interdit de distribuer ou procurer aux membres un avantage patrimonial indirect « sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts » — même s'il est précisé que cette interdiction ne fait pas obstacle à ce que l'association rende gratuitement des services à ses membres qui relèvent de son objet/but — « alors que, sous l'ancien régime, une certaine doctrine et une certaine jurisprudence admettaient qu'une ASBL pouvait procurer à ses membres un avantage patrimonial indirect »³².

curer aux associés un bénéfice patrimonial indirect ; 3^o définissent la politique d'affectation des profits conforme aux finalités internes et externes de la société, conformément à la hiérarchie établie dans les statuts de ladite société, et la politique de constitution de réserves ; 4^o stipulent que nul ne peut prendre part au vote à l'assemblée générale pour un nombre de voix dépassant le dixième des voix attachées aux parts ou actions représentées ; ce pourcentage est porté au vingtième lorsqu'un ou plusieurs associés ont la qualité de membre du personnel engagé par la société ; 5^o stipulent, lorsque la société procure aux associés un bénéfice patrimonial direct limité, que le bénéfice distribué à ceux-ci ne peut dépasser le taux d'intérêt fixé par le Roi en exécution de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la coopération, appliquée au montant effectivement libéré des parts ou actions ; 6^o prévoient que, chaque année, les administrateurs ou gérants feront rapport spécial sur la manière dont la société a veillé à réaliser le but qu'elle s'est fixé conformément au 2^o ; (...) 7^o prévoient les modalités permettant à chaque membre du personnel d'acquérir, au plus tard un an après son engagement par la société, la qualité d'associé ; (...) 8^o prévoient les modalités permettant que le membre du personnel qui cesse d'être dans les liens d'un contrat de travail avec la société perde, un an au plus tard après la fin de ce lien contractuel, la qualité d'associé ; 9^o stipulent qu'après l'apurement de tout le passif et le remboursement de leur mise aux associés, le surplus de liquidation recevra une affectation qui se rapproche le plus possible du but social de la société ».

(27) En ce sens : M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations - Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 489-518 et spéc. pp. 509-510.

(28) Les dispositions du CSA sont les suivantes : article 1:2 : « Une association est constituée par une convention entre deux ou plusieurs personnes, dénommées membres. Elle poursuit un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui

constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Toute opération violant cette interdiction est nulle ». Article 1:4 : « Aux fins des articles 1:2 et 1:3 est considérée comme distribution indirecte d'un avantage patrimonial toute opération par laquelle les actifs de l'association ou de la fondation diminuent ou les passifs augmentent et pour laquelle celle-ci soit ne reçoit pas de contrepartie soit reçoit une contrepartie manifestement trop faible par rapport à sa prestation. L'interdiction visée aux articles 1:2 et 1:3 ne fait pas obstacle à ce que l'association rende gratuitement à ses membres des services qui relèvent de son objet et qui s'inscrivent dans le cadre de son but ».

(29) Cons. notamment : D. VAN GERVEN, « De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen », in E. POTTIER (coord.), *Le code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, Gand, RDC/TBH, Larcier, 2019, pp. 243-275 et spéc. p. 245 ; P.A. FORIERS, « Principes généraux et dispositions communes », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations - Le CSA sous la loupe*, op. cit., pp. 25-65 et spéc. pp. 38-41.

(30) Pour rappel selon l'ancienne définition retenue pour l'ASBL, il lui était interdit de se livrer à des « opérations industrielles ou commerciales ». Au fil du temps la permisibilité d'une activité commerciale « accessoire » s'était imposée mais encore n'était-on pas certain de l'ampleur que pouvait prendre cette activité. Voy. M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », op. cit., pp. 495-497 (l'auteur soulignant que cette nouvelle latitude pour l'ASBL a constitué un motif supplémentaire de la suppression des SFS, spécialement pour celles d'entre elles qui exerçaient une activité marchande tout en étant totalement désintéressées : avant la réforme elles ne pouvaient opter ni pour l'ASBL ni pour une société, elles pourront désormais se transformer en ASBL) ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBERT, P. MALHERBE et

6. Que nous révèlent les droits luxembourgeois et français au regard de la nature des activités poursuivies et du but désintéressé de l'ASBL ?

Le droit luxembourgeois n'apprendra rien au lecteur belge. En effet la définition de l'ASBL, figurant à l'article 1^{er} de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif³³ est un décalque de la définition belge en vigueur avant le CSA³⁴, générant pour l'essentiel les mêmes débats qu'en Belgique sur la possibilité d'une activité commerciale « accessoire »³⁵. L'une des raisons de l'édition de la loi (précitée) du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal réside dans la possibilité qui est offerte à ces dernières, dont le statut a été partiellement inspiré de la défunte société à finalité sociale belge, de se livrer à des activités commerciales à titre principal³⁶. D'ailleurs, même en ce qui concerne la définition de la société, figurant à l'article 1832 du Code civil luxembourgeois³⁷, l'unanimité ne règne pas dans la doctrine luxembourgeoise sur la question de savoir si la notion de bénéfice se limite au gain patrimonial direct ou si elle inclut également, dans une conception plus moderne, l'avantage patrimonial indirect (terminologie belge) ou la réalisation d'une économie (terminologie française)³⁸.

H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n^o 419 et S. HARDY, op. cit., pp. 359-362 (pour la controverse sur la notion d'activité commerciale « accessoire » sous l'empire de l'ancienne législation).

(31) En ce sens notamment S. HARDY, op. cit., p. 376.

(32) Voy. A. AUTENNE et N. THIRION, « Le code des sociétés et des associations à la lumière de la réforme globale du droit des entreprises en Belgique », in I. CORBISIER et A. PRUM (coord.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 33-64 et spéc. n^o 52 ; M. DE WOLF, P. DE WOLF, P. SAERENS et F. TCHEKEMIAN, *Éléments de droit des sociétés et des associations*, Bouge/Limal, Editions Erasme/Anthemis, 2019, pp. 40-41 (les auteurs notant que le CSA renforce l'exigence de désintéressement eu égard aux associations et fondations en encadrant strictement l'octroi d'un avantage patrimonial indirect et s'efforçant, notamment à l'aide des travaux préparatoires du CSA, de fournir des exemples de ce qui est désormais permis ou interdit) ; M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », op. cit., pp. 502-507.

(33) En ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/tc/1994/03/04/n1/jo>.

(34) « 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 ». Comme en Belgique on se pose la question de savoir si le « ou » dans cette définition est à interpréter comme un « et » (voy. J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, 3^e éd., Bertrange, Legitech, 2019, p. 103) et un projet de loi n^o 6054 (sur les associations sans but lucratif et les fondations, Ch. députés, sess. ord. 2008-2009, 10 juin 2009, article 1^{er}, p. 2, en ligne sur le site www.chd.lu)

, via l'onglet « Travail à la chambre », s'inspirant de l'ex-loi belge du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations (M.B., 11 décembre 2002, pp. 55696-55718) prévoit effectivement de remplacer le « ou »

par un « et » dans la définition concernée.

(35) Cons. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 6^e éd., Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 2018, n^o 19 ; J.-P. WINANDY, *ibidem*.

(36) Voy. D. HIEZ, « Société d'impact sociétal : première reconnaissance législative de l'économie sociale et solidaire - Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal », *J.T.L.*, 2017/4, n^o 52, pp. 110-117 et spéc. n^o 27 (« (...) les SIS peuvent avoir les mêmes objets que les ASBL, sans subir les restrictions que ces dernières connaissent du fait de l'interprétation restrictive de l'article 1^{er} de la loi de 1928 précité ») et n^o 5 (pour l'inspiration de la SFS pour la SIS telle que révélée par les travaux préparatoires de la loi du 12 décembre 2016). En ce qui concerne une (improbable) évolution du droit luxembourgeois de la théorie de la commercialité vers un droit économique substituant la notion d'entreprise à celle de société (commerciale), cons. J.-P. SPANG (« Le cadre général de la réforme belge des entreprises. Un exemple pour le Luxembourg ? », in I. CORBISIER et A. PRUM (coord.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, op. cit., pp. 65-77 et spéc. p. 68) qui fait observer que « Dans le cadre d'une évolution vers un droit de l'entreprise, se poserait (...) la question du sort des associations sans but lucratif ayant une activité économique. Or la matière s'avère particulièrement difficile à réformer, et pourrait constituer un potentiel point de blocage lors d'une évolution vers un droit économique ».

(37) Lequel dispose que : « Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée ».

(38) Ainsi J.-P. WINANDY (*ibidem*, pp. 212-213) semble considérer de manière implicite que cette notion se limite au gain patrimonial direct tandis que A. STEICHEN (*ibidem*, n^o 110), se fonde notamment sur l'article 2 de la loi (précitée), du 12 décembre 2016 (qui prévoit, s'agissant des sociétés d'impact sociétal, que « Par dérogation aux dispositions de

Par contre, l'évolution du droit français sur la question des activités permises aux associations est intéressante à observer depuis la Belgique. Les associations y sont toujours régies par l'antique loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association³⁹, une législation qui n'a que relativement peu évolué depuis, ce que d'aucuns regrettent précisément en raison de leur transformation profonde au fil du temps, notamment au regard du développement par elles d'activités économiques de plus en plus étendues⁴⁰. Néanmoins l'article 1^{er} de cette loi⁴¹ définit l'association par un « but autre que de partager des bénéfices » sans évoquer par ailleurs la nature des activités qu'elles sont habilitées à exercer. Dans un premier temps la tendance fut de déduire de l'interdiction de partager des bénéfices une interdiction d'en réaliser⁴². Ensuite la jurisprudence a tiré parti de la souplesse de la loi de 1901 en vue d'adapter progressivement le régime des associations à leurs besoins économiques⁴³. Aujourd'hui il est reconnu non seulement que l'association peut exercer une activité économique/commerciale mais aussi qu'elle puisse réaliser des bénéfices par ce biais dès lors que ces bénéfices ne sont pas partagés entre les membres de l'association, la loi étant donc interprétée dans le sens d'une interdiction de partage et non de réalisation de bénéfices⁴⁴. Par contre, il existe toujours une réticence à qualifier ouvertement une association de « commerçante » et la Cour de cassation ne s'est jamais engagée dans cette voie même si la jurisprudence reconnaît implicitement cette qualité en appliquant certaines règles destinées aux commerçants à l'activité d'associations⁴⁵.

De cette synthèse de la position du droit français au regard des activités permises aux associations on constate que, d'une part une activité, même commerciale, générant du bénéfice est permise aux associations à condition que ce bénéfice ne soit pas partagé entre les membres, ce qui correspond à l'exigence posée aujourd'hui en droit belge par l'article 1:2 CSA, mais que, d'autre part, le maintien de la théorie de la commercialité en France pose difficulté du fait de la réticence relevée de qualifier une association de « commerçante » alors qu'une application correcte des principes semblerait devoir imposer une telle qualification dans certains cas. À cet égard l'approche belge unitaire des sociétés et associations⁴⁶ envisagées comme des entre-

l'article 1832 du Code civil, l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect » pour estimer que la notion de « bénéfice » à l'article 1832 du Code civil couvre non seulement le bénéfice patrimonial direct mais également le bénéfice patrimonial indirect. Dans une formulation certes plus neutre J.-P. SPANG (*op. cit.*, pp. 69-70) semble plutôt se ranger à l'opinion d'A. Steichen.

(39) En ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000497458/#:~:text=Toute%20association%20fond%C3%A9e%20sur%20une,nulle%20et%20de%20nul%20effet>.

(40) K. RODRIGUEZ, *vº* « Associations », Rép. sociétés Dalloz, 2020 (actualisé en juillet 2020), n° 44 : « (...) à la suite de l'adoption de la loi de 1901, les associations se sont considérablement transformées, à l'image de l'environnement dans lequel elles évoluent. Elles collaborent avec l'Administration, elles développent des activités économiques (...), elles s'investissent dans des domaines de plus en plus variés, elles diversifient leurs sources de financement, elles emploient un nombre sans cesse plus important de salariés. Or, malgré ces mutations du monde associatif (...), la loi de 1901 a peu changé et mériterait d'être modernisée ».

(41) Qui dispose que : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou

leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

(42) Voy. K. RODRIGUEZ, *vº* « Associations », Rép. sociétés Dalloz, *op. cit.*, n° 240.

(43) Voy. K. RODRIGUEZ, *vº* « Associations », Rép. sociétés Dalloz, *op. cit.*, n° 243-255. L'auteur décrit une lente évolution dont certains traits ne sont pas sans rappeler la controverse concernant les actes de commerce accessoires en Belgique.

Dès les années 1930, la jurisprudence a admis la capacité des associations à exercer une activité économique à condition qu'il n'y ait pas partage des bénéfices. La notion d'activité économique habitait l'association à intervenir dans de nombreux domaines : « artisanal, industriel, agricole, immobilier, libéral, relativement aux activités de production, de transformation et de distribution de biens, ainsi que l'ensemble des activités liées à la santé, protection sociale, loisirs, tourisme... Il suffit que ces activités aient un caractère onéreux ». Mais il subsistait un doute concernant les activités commerciales, sachant que l'activité commerciale est nécessairement économique mais que la réciproque n'est pas vraie. En 1958 la Cour de cassation a admis qu'une association puisse poser des actes de commerce à condition qu'ils ne soient pas habituels et que les bénéfices ne soient pas distribués aux sociétaires. Par la suite la jurisprudence a admis que des associations puissent poser des actes de commerce répétés en vue de

prises exerçant des activités économiques sur fond de suppression de la théorie de la commercialité permet désormais d'éviter les hésitations qui s'expriment encore en droit français. On remarquera toutefois que la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire (précitée) « consacre indirectement la qualité d'entreprise de certaines associations en les intégrant dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire, et en créant un label « entreprise solidaire d'utilité sociale » ouvert aux associations, au même titre que les coopératives, les mutuelles ou les sociétés répondant à différents critères »⁴⁷. Par contre, s'agissant de la recherche d'un avantage patrimonial indirect, qualifié en droit français de recherche d'une économie⁴⁸, il est reconnu aujourd'hui qu'il s'agit d'un domaine commun aux sociétés et associations qui ne semble donc pas poser la difficulté signalée ci-dessus (*supra* n° 5) posée par l'avantage patrimonial indirect en principe interdit aux associations belges en vertu du CSA.

Qu'en est-il des coopératives ? Nous avons vu ci-dessus que les coopératives belges étaient désormais soumises à un idéal coopératif et que leur reconnaissance en tant qu'entreprise sociale dépend d'un agrément (*supra* n° 2). En France l'idéal coopératif est également de mise en vertu de l'article 1^{er} de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération⁴⁹. Cette loi constitue un cadre commun pour une coopérative qui, en droit français, se décline en divers statuts particuliers auxquels cette loi s'applique dans la mesure de ses dispositions non contraires à celles du statut concerné (voy., par exemple, les articles L124-1 à L124-16 du Code de commerce concernant les coopératives de commerçants détaillants). En outre les coopératives peuvent prétendre au statut d'entreprise de l'économie sociale et solidaire en vertu des dispositions de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 (précitée). Quant à la coopérative luxembourgeoise, elle a de quoi étonner le juriste français, habitué à l'analyser selon son idéal coopératif, mais elle ne surprendra pas le juriste belge qui a connu son droit des sociétés en des états antérieurs à l'actuel CSA. Les dispositions de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (« LSC »)⁵⁰ relatives aux sociétés coopératives (articles 811-1 à 813-9 LSC) sont toujours en substance largement celles de la législation belge avant les réformes qui furent entreprises en Belgique dans les années

réaliser leur but désintéressé. Même une activité habituelle a été admise, ce qui est en principe le critère de la qualification de commerçant mais ces actes ont été disqualifiés en actes civils lorsqu'ils sont accomplis par l'association en vue de réaliser son objet statutaire désintéressé et ce sur la base de la théorie de l'accessoire (d'un principal qui lui est civil, jurisprudence en ce sens à partir des années 1970). Pour que cette théorie s'applique il faut toutefois que l'activité principale soit civile, que les actes de commerce soient sinon indispensables du moins utiles ou propices au développement de l'association et que, enfin, l'activité commerciale constitue une part secondaire de l'activité. Ainsi, par exemple, il a été admis qu'une activité commerciale de vente est un moyen de réaliser l'objet social désintéressé d'une association d'insertion sociale professionnelle. Si l'activité commerciale n'est pas disqualifiée, les règles du droit commercial vont être appliquées (Cass. com., 17 mars 1981, *Bull. civ.*, IV, no 149). Par la suite certaines législations ont confirmé cette capacité des associations à poser des actes de commerce.

(44) K. RODRIGUEZ, *ibidem*, n° 243.
(45) K. RODRIGUEZ, *ibidem*, n° 256-265.
(46) Du moins celles dotées de la personnalité juridique dans la mesure où, en vertu de l'article I.1, 1^o, alinéa 2, a), du Code de droit économique, les associations de fait ne sont pas considérées comme des entreprises.

(47) K. RODRIGUEZ, *ibidem*, n° 5.
(48) Depuis 1978 le texte de

l'article 1832 du Code civil définissant la société se réfère au bénéfice notamment dans les termes de la réalisation d'une économie : (alinéa 1^{er}) « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

(49) En ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000684004/>
L'article 1^{er} dispose que : « La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires. Elle exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives.

Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, « associé » ou « sociétaire », dispose d'une voix à l'assemblée générale. Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres (...).

(50) Version coordonnée de cette loi disponible sous ce lien : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2017/12/05/a1066/jo>.

1990 afin de limiter les abus de la forme de société coopérative à responsabilité limitée, avec toutefois quelques modernisations, spécialement celles introduites par la loi du 10 août 2016⁵¹, et ajouts par l'introduction de la société coopérative organisée comme une société anonyme (destinée à offrir un cadre juridique aux fonds de pension échappant aux dispositions des directives européennes en matière de sociétés anonymes, articles 820-1 à 820-9 LSC) et l'insertion de dispositions spécifiques concernant les coopératives européennes (articles 831-1 à 839-1 LSC). La société coopérative de droit luxembourgeois est donc toujours définie largement sans référence à un quelconque idéal coopératif comme étant « celle qui se compose d'associés dont le nombre ou les apports sont variables et dont les parts sont inaccessibles à des tiers » (article 811-1 LSC), la société pouvant opter entre la responsabilité illimitée et la responsabilité limitée sans imposition d'un capital minimum dans ce dernier cas. Dans la mesure où la société coopérative luxembourgeoise est une société soumise à l'exigence lucrative portée par l'article 1832 du Code civil sans être dotée d'un idéal coopératif, les conséquences peuvent être surprenantes : ainsi D. Hiez⁵² a-t-il relevé une décision ancienne de la cour d'appel⁵³ énonçant que « La réalisation et la répartition de bénéfices étant l'objectif indispensable de toute société civile ou commerciale, ne remplit 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 Cour de priver la société concernée de son individualité juridique et, partant, de sa capacité d'ester en justice).

2 La fluidité au niveau de l'organisation et du financement de l'ASBL

7. L'intégration des ASBL dans le Code des sociétés et associations, au rang d'une entreprise parmi d'autres entreprises, n'a pas manqué de susciter une certaine inquiétude dans le milieu associatif⁵⁴ même si, comme le fait observer non sans malice le professeur M. Coipel, cette réforme explique sans doute que désormais certains cabinets d'avocats s'affichent comme spécialistes du droit des ASBL⁵⁵. Il n'empêche que le rapprochement entre droit des associations et droit des sociétés constitue une évolution constatée ailleurs et notamment en France⁵⁶. En Belgique, un alignement de la réglementation du droit des ASBL sur celle des sociétés s'était d'ailleurs déjà produit par l'effet de la loi (précitée) du 2 mai 2002⁵⁷. En outre, la pratique manifestait également

(51) En ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/08/10/n1/jo>.

(52) D. HIEZ, « L'économie sociale et solidaire au Luxembourg », *op. cit.*, p. 226.

(53) Cour supérieure de justice (cassation criminelle), 12 janvier 1928, *Pas. Lux.*, 1921-1929/1, pp. 266-268.

(54) M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », *op. cit.*, pp. 497-498 (des réticences du secteur se sont manifestées durant tout le processus de gestation du CSA, particulièrement du côté francophone) ; E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *Le Code des sociétés et des associations - Présentation et premiers commentaires*, *op. cit.*, n° 766.

(55) M. COIPEL, *ibidem*, p. 496.

(56) En France en effet, même si la loi (précitée) de 1901 constitue toujours la législation de base pour les associations, on observe une application « croissante du droit des sociétés aux associations » tant en vertu de la loi (le législateur a élaboré des règles concernant les « personnes morales non commercantes exerçant une activité économique », une catégorie qui peut comprendre les associations, pour leur étendre certaines dispositions du Code de commerce en matière de prévention des difficultés

des entreprises, certaines associations se voient appliquer la procédure dite des conventions réglementées conclues entre la personne morale et son dirigeant, soumission aux obligations comptables, droit des procédures collectives, renvois directs au droit des sociétés comme en matière d'émission d'obligations par les associations...) que par renvoi opéré dans la jurisprudence (du fait du caractère concis de la loi de 1901, le juge aura tendance à renvoyer au droit des sociétés à défaut de règle applicable en vertu de la loi de 1901 : en matière d'ordre du jour, pouvoirs du dirigeant, maintien de la personnalité juridique pour les besoins de la liquidation, dissolution pour juste motif...). La jurisprudence n'accepte cependant pas toujours d'étendre certaines règles du droit des sociétés aux associations) : voy. K. RODRIGUEZ, *vº Associations*, *Rép. sociétés Dalloz*, *op. cit.*, n° 28-41. Au Luxembourg, comme nous l'avons noté, l'association est toujours régie par une loi (précitée) inspirée de l'ancienne législation (la loi du 27 juin 1921) applicable aux associations belges. Toutefois nous avons vu qu'un projet de réforme 6054 (précité) avait été déposé en 2009, inspiré partiellement de l'ex-loi belge du 2 mai 2002 qui, comme

une tendance à s'inspirer du droit des sociétés afin de combler les lacunes de la loi du 27 juin 1921 pour la rédaction des statuts ou en vue régler certaines problématiques comme celle des conflits d'intérêts⁵⁸. Par conséquent l'intégration du droit des associations dans le CSA contribue à la sécurité juridique⁵⁹. Au demeurant, à y regarder de plus près on constate que les règles concernant les associations dans le CSA procèdent pour l'essentiel d'une recodification des règles qui figuraient dans la loi de 1921 doublée d'aménagements dictés soit par un souci d'harmonisation avec le droit des sociétés soit en vue de combler les lacunes du droit antérieur⁶⁰. Ainsi les règles d'administration et relatives à la tenue des assemblées des associations ne connaissent que quelques aménagements et clarifications par rapport au droit antérieur, les administrateurs d'ASBL bénéficiant par ailleurs du régime de limitation de responsabilité introduit par le CSA qui fit couler beaucoup d'encre à l'occasion de son adoption⁶¹.

Comme le relève encore le professeur M. Coipel, le « principal avantage de l'intégration dans le CSA réside dans l'application aux personnes morales à but désintéressé de nombreuses dispositions communes à toutes les personnes morales » même si l'augmentation du nombre de règles au surplus insérées dans un épais code concernant également les sociétés et comportant une structure à étages (règles communes séparées des règles spécifiques aux divers groupements) ne va pas faciliter la tâche d'un public de non-juristes qui s'intéresse aux ASBL⁶². De plus on peut regretter que le CSA n'ait pas suffisamment pris en compte les spécificités des associations plus petites pour les soumettre à une réglementation moins lourde et moins formaliste⁶³. Nous partageons néanmoins l'avis de du professeur Coipel pour considérer que cette évolution est à la fois inévitable, positive et permettra à terme de positionner de manière plus transparente l'ASBL dans l'offre non seulement nationale mais aussi internationale des entreprises œuvrant dans le secteur de l'économie sociale au sens large.

8. Comme nous l'avons relevé ci-dessus (*supra* n° 3) la question du financement de l'association en tant qu'entreprise sociale est particulièrement cruciale. Or le but intégralement désintéressé de l'ASBL éloigne d'elle les investisseurs « classiques », recherchant un retour financier sur investissement. D'où l'importance de la ressource fondée sur les dons et libéralités. Or sur la question des libéralités aucun changement n'a été apporté au régime de l'ex-article 16 de la loi du 27 juin 1921 qui est intégralement repris à l'article 9:22⁶⁴ (même si celui-ci a été quelque peu assoupli au fil du temps⁶⁵). S'agissant d'une réglementation qui trouve son origine dans la méfiance de l'Ancien Régime vis-à-vis des groupements à but non lucratif, on peut regretter que le législateur n'ait pas profité de l'adoption du CSA pour libéraliser davantage

nous le rappelons ci-après, reprenait déjà des solutions inspirées du droit des sociétés. Selon J.-P. SPANG (*op. cit.*, p. 70), il est permis de douter que ce projet soit jamais adopté en sa forme actuelle. On relèvera que l'avis commun déposé par divers acteurs du monde associatif à propos de ce projet (doc n° 6054/4 disponible sur www.chd.lu, onglet « travail à la chambre ») n'est guère enthousiaste : regret de la substitution de la conjonction « et » à la place de « ou » (question évoquée *supra* n° 6) dans la définition de l'association et ce même si l'exercice d'activités commerciales n'est pas destiné à procurer un bénéfice à ses membres ; caractère estimé « inapproprié » de l'emprunt de mécanismes relevant du droit des sociétés dans le contexte des associations. L'avis de la très influente Chambre de commerce est également négatif (n° 6054/5, également disponible sur www.chd.lu)

) et vise plutôt la substance que le principe des emprunts au droit des sociétés : la Chambre de commerce regrette que les dispositions inspirées du droit des sociétés du projet n'aient pas été élaborées de concert avec celles du projet 5730 en matière de droit des sociétés (il s'agit du projet, déposé en 2007, qui aboutit finale-

ment à l'importante réforme du droit des sociétés luxembourgeois opérée par la loi du 10 août 2016 : voy. à son sujet I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *R.P.S.-T.R.V.*, 4/2017, pp. 416-468.

(57) Pour cette observation : E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *Le Code des sociétés et des associations - Présentation et premiers commentaires*, *op. cit.*, n° 764.

(58) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *op. cit.*, n° 765.

(59) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *ibidem*.

(60) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *op. cit.*, n° 769.

(61) Pour le détail de ces aménagements : E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *op. cit.*, n° 775-815.

(62) M. COIPEL, *ibidem*, pp. 516-517. Comp. E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ (*op. cit.*, n° 767) qui estiment que les associations « conservent leurs spécificités et demeurent des structures plus légères que les sociétés dotées de la personnalité juridique ».

(63) E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *ibidem*.

(64) Voy. notamment : P. BOSSARD,

CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations, Limal, Anthemis,

2020, n° 1285 et 1313.

(65) Voy. E.-J. NAVÉZ et A. NAVÉZ, *op. cit.*, n° 816-821.

ce régime même si celui-ci est maintenu également en France et au Luxembourg⁶⁶. Ne pourrait-on remplacer l'autorisation par un régime de déclaration, *a priori* moins lourd ? Le législateur a sans doute raté l'occasion d'envoyer un signal fort au secteur de l'économie sociale alors que, pourtant, la définition de la société à l'article 1:1 CSA l'autorisant à poursuivre un but désintéressé en plus de son but intéressé peut être envisagée dans cette perspective⁶⁷. Certes, le passage des ASBL dans l'orbite des entreprises leur ouvre désormais des perspectives inédites de recours à des mécanismes sociétaires : ainsi la SFS, appelée à disparaître, pourra, pour autant qu'elle exclue toute distribution à ses associés, se transformer en ASBL tout en conservant son capital⁶⁸. À l'inverse, une ASBL pourra également s'inspirer des règles applicables à la SRL pour se financer sans constituer ou maintenir un capital⁶⁹. Mais si l'enveloppe se trouve modernisée, le CSA n'a guère ouvert de perspective inédite en vue d'étoffer son contenu en espèces sonnantes et trébuchantes.

À cet égard le nouveau régime de la coopérative ouvre bien sûr des perspectives plus prometteuses car nous avons affaire à une société où la poursuite d'un objectif de distribution aux actionnaires demeure permise même à la suite de son recentrage sur son « idéal coopératif ». Néanmoins là aussi la question de son financement n'a pas manqué de susciter critiques et regrets. Ainsi la société coopérative devra-t-elle se limiter à l'émission d'actions nominatives non cotées. Des obligations, même dématérialisées et cotées, pourront être créées mais pas d'obligations convertibles avec/et/ou droit de souscriptions⁷⁰. Bien entendu ces limitations sont à mettre en rapport avec le régime de cessibilité des actions (la libre cessibilité n'existant qu'entre actionnaires, la cessibilité à des tiers dépendant de catégories définies dans les statuts⁷¹) mais des auteurs ont néanmoins déploré que le législateur ait institué ce *numerus clausus* à l'émission de titres par la coopérative alors que la question de son financement est capitale⁷².

On constate néanmoins que les possibilités de financement d'une coopérative sont plus diversifiées. Or une ASBL est autorisée à se transformer en SC agréée comme entreprise sociale⁷³. Nous verrons toutefois que cette transformation pose une question non résolue par le CSA du fait que le législateur ait renoncé à un agrément de l'ASBL en tant qu'entreprise sociale (*supra* n° 1 et *infra* titre 3).

En guise d'illustration de la difficulté d'organiser un régime alliant à la fois les avantages d'une forme sociétaire, considérée comme plus propice à assurer adéquatement le financement de l'entité, et la poursuite

d'une finalité relevant de la notion d'entreprise sociale, on aura égard à la récente législation luxembourgeoise (loi, précitée, du 12 décembre 2016) relative aux sociétés d'impact sociétal (« SIS »). Comme nous l'avons déjà observé cet instrument, qui visait essentiellement à permettre qu'une entité relevant de l'économie et sociale et solidaire puisse désormais poursuivre une activité économique sans être contrainte par la définition restrictive de l'ASBL héritée du droit belge « ancien », fut au départ inspiré par la (défunte) SFS de droit belge⁷⁴. La SIS prend en effet la forme d'une SA, s.à.r.l. ou SC qui répond « aux principes de l'économie sociale et solidaire » (article 3 de la loi de 2016)⁷⁵. En bref, au sens de la loi l'« économie sociale et solidaire » constitue un mode d'entreprendre qui, pour les personnes morales de droit privé qui y adhèrent, présente « quatre caractéristiques cumulatives : activité continue de production, distribution ou échange de biens ou services (article 1^{er}, alinéa 2), soutien par leur activité à des personnes fragiles ou contribuer à la réalisation d'un objet que nous qualifions par simplicité d'utilité sociale (quoique la loi n'emploie pas l'expression) (article 1^{er}, alinéas 3-4), une gestion autonome (article 1^{er}, alinéa 5), et réinvestissement d'au moins la moitié des bénéfices dans l'activité de l'entreprise (article 1^{er}, alinéa 6) »⁷⁶. On comparera ces caractéristiques à celles précisées, pour la SFS, à l'article 661 de l'ancien Code des sociétés belge⁷⁷. Une différence de taille entre la SIS et la SFS est que la SIS doit faire dans tous les cas l'objet d'un agrément par le ministère ayant l'économie sociale et solidaire dans ses attributions (actuellement le ministère du travail)⁷⁸ dont les conditions se sont en pratique révélées problématiques. En effet, en vue d'obtenir l'agrément, une SIS doit, aux termes de l'article 3 (1) de la loi, non seulement « (d)éfinir de façon précise l'objet social qu'elle poursuit » mais aussi « (p)révoir des indicateurs de performance permettant de vérifier de façon effective et fiable la réalisation de l'objet social poursuivi » et toute modification des statuts sur ces points doit également faire l'objet d'un agrément. Or non seulement cet agrément peut être retiré au cas où la SIS cesserait de remplir les conditions légales mais encore un tel retrait aboutira-t-il à la dissolution de la SIS (articles 9 et 11 de la loi de 2016) car il s'agit d'éviter que les associés ne s'approprient le patrimoine de la société à la suite du retrait de l'agrément⁷⁹. En outre, si la SIS est habilitée à émettre des actions ou parts plus ou moins cessibles selon le type de société retenu au départ et que des parts de rendement (auxquelles un droit de percevoir des dividendes avec certaines limitations est associé) peuvent être émises aux côtés des parts d'impact (qui ne peuvent bénéficier d'aucune ré-

(66) En France, voy. l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (précitée). Au Luxembourg, cons. l'article 16 de la loi du 21 avril 1928 (précitée).

(67) Voy. X. DIEUX, « Le nouveau code des sociétés (et des associations) : une « anonymisation » silencieuse », in E. POTTIER (coord.), *Le code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, op. cit., pp. 1-25 et spéc. p. 25 : l'auteur considère que l'article 1.1 constitue une réponse à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2013 (*Pas.*, 2013, I, 2384) exprimant une vision généralement considérée comme restrictive de l'intérêt social en énonçant que « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société » : « Du point de vue des idées apparues dans le débat public, avec une vigueur exacerbée par la crise financière de 2008, l'arrêt du 28 novembre 2013 adoptait une position qui ne répondait pas aux aspirations de ceux qui souhaitaient une extension plus considérable de la responsabilité sociale, ou sociétale, de l'entreprise, voire une transformation de cette responsabilité en une responsabilité véritablement juridique (...) L'article 1:1 du Code 2019 s'inscrit prudemment dans ce sillage ».

(68) M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », op. cit., p. 497.

(69) M. COIPEL, *ibidem*.

(70) Voy. les articles 6:1, § 2 et 6:19 CSA et cons. D. VAN GERVEN, « De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen », *op. cit.*, p. 252.

(71) Voy. les articles 6:54 et 6:56 CSA ; D. VAN GERVEN, *ibidem*, p. 253.

(72) E.-J. NAVÉZ ET A. NAVÉZ, *Le Code des sociétés et des associations - Présentation et premiers commentaires*, op. cit., n° 461-464 et cons.

J. FONTEYN « La société coopérative : un pont entre lucratif et non-lucratif », *op. cit.*, pp. 394-395 pour une observation similaire.

(73) Plus précisément deux régimes lui sont ouverts en vertu de l'article 14:37 CSA : celui de la SC agréée comme ES (article 8:5 CSA qui concerne les SC se consacrant, dans l'intérêt général, à générer un impact sociétal positif pour l'homme, l'environnement ou la société) ou encore celui de la SCES agréée (qui, outre l'agrément prédicté, a également recueilli un agrément

« simple », qui existait déjà avant le CSA et dont les modalités d'obtention sont précisées à l'article 8:4 CSA pour la satisfaction des besoins professionnels et privés des actionnaires de la SC). Comp. le cas de la France où, aux termes de la loi, précitée, de 2014 sur l'économie sociale et solidaire, les associations peuvent faire l'objet d'un agrément en tant qu'« entreprise de l'économie so-

ciale et solidaire », bénéficiant ainsi d'un « label « entreprise solidaire d'utilité sociale » ouvert aux associations, au même titre que les coopératives, les mutualistes ou les sociétés répondant à différents critères » (voy. K. RODRIGUEZ, v° « Associations », Rép. sociétés Dalloz, *op. cit.*, n° 5-14).

(74) Voy. *supra* n° 3 et 6.

(75) L'économie sociale et solidaire est définie à l'article 1^{er} de la loi de 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 ; 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 ».

Cette définition de l'économie sociale et solidaire est pour une bonne part inspirée de celle figurant à l'article 1^{er} de la loi française de 2014 (précitée) : pour cette observation, voy. D. HIEZ, « Société d'impact sociétal : première reconnaissance législative de l'économie sociale et solidaire - Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal », *op. cit.*, n° 10.

(76) D. HIEZ, *ibidem*, n° 9.

(77) Tel que reproduit *supra* n° 5, note 26.

(78) En droit belge un tel agrément ne s'imposait à la SFS que si celle-ci prenait la forme d'une société coopérative agréée.

(79) Voy. D. HIEZ, *ibidem*, n° 31-38.

munération), encore faut-il observer que les parts d'impact doivent représenter au moins 50 % du capital et si les parts de rendement peuvent être converties en parts d'impact, l'inverse est interdit⁸⁰. Déjà à l'époque de l'introduction de cette loi, ces dispositions ont inspiré un certain scepticisme : « L'objectif est de fournir un cadre à l'investissement privé au service de l'accomplissement de buts sociaux, pour partie afin de combler la difficulté croissante des fonds publics à les assumer. L'idée est généreuse, mais se heurte à la difficulté de concilier la nécessaire attractivité du mécanisme, si on veut que les investisseurs répondent présents, et les non moins légitimes précautions qu'il faut prendre si on ne veut pas que les logiques du marché ne viennent perturber la réalisation d'objectifs dont tout le monde s'accorde à dire qu'ils ne peuvent être soumis sans dommage aux contraintes financières. Or il n'est pas certain qu'il soit possible de concilier ces deux impératifs antagonistes »⁸¹. De fait, si les SIS sont habilitées à bénéficier d'un régime favorable notamment au plan fiscal, le bénéfice d'un tel régime est réservé aux SIS ayant émis exclusivement des parts d'impact, les SIS émettant des parts de rendement demeurant intégralement soumises au régime fiscal commun aux sociétés commerciales. Deux ans après l'introduction de la SIS, D. Hiez faisait observer que : « 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 »⁸². On pourrait estimer qu'il s'agirait là déjà d'un progrès par rapport à la situation antérieure à la SIS mais, quatre ans après l'introduction de celle-ci, on constate qu'il n'existe qu'une vingtaine de SIS et que l'introduction de celle-ci est considérée comme se soldant par un « semi-échec », essentiellement pour les raisons suivantes :

— le coût du recours à cette formule du fait des indicateurs de performance liés à l'agrément : « Outre la relative difficulté à définir des indicateurs de performance répondant aux critères de la Commission consultative statuant sur l'obtention ou non de l'agrément, les entrepreneurs en SIS doivent recourir annuellement à un réviseur d'entreprises pour vérifier notamment l'évolution de ces indicateurs. La prestation est évaluée à pas moins de 5.000 EUR par an, un tarif prohibitif pour une personne visant à développer un projet tel qu'une épicerie sociale, un restaurant d'insertion ou une crèche rurale »⁸³ ;

— le risque que comporte ce statut : « Si un porteur de projet est malgré tout intéressé par ce statut, il abandonne généralement cette idée au moment où il comprend qu'un retrait de l'agrément, pouvant être décidé à tout moment par le ministère sous motif que la SIS ne respecte plus les conditions légales de l'agrément, provoque la liquidation immédiate de l'entreprise. Malgré les atouts de la SIS pour un entrepreneur social, reconnaissance de la finalité sociale de l'entreprise, traitement fiscal favorable et accès à certaines activités réservées aux organisations non lucratives, celui-ci optera le plus souvent pour un statut d'entreprise non SIS ou d'ASBL »⁸⁴ ;

— le plafond fixé à six fois le salaire social minimum pour les salariés d'une SIS (article 5 (1) de la loi de 2016) n'est pas en adéquation avec un poste de dirigeant dans une entreprise d'une certaine taille et, par conséquent, décourage le recours à cette forme sociale par des grandes structures de l'économie sociale et solidaire⁸⁵ ;

(80) Pour plus de détails, voy. D. HIEZ, *ibidem*, n° 39-41.

(81) D. HIEZ, *ibidem*, n° 44.

(82) D. HIEZ, « L'économie sociale et solidaire au Luxembourg », *op. cit.*, pp. 214-215.

(83) J.-B. NIVET, « L'entrepreneuriat social ne demande qu'à éclore », 30 juillet 2020, en ligne : <https://www.fondation-idea.lu/2020/07/30/entrepreneuriat-social-ne-demande-qua-eclore/>.

(84) J.-B. NIVET, *ibidem*.

(85) J.-B. NIVET, *ibidem* En ce sens également : Chambre de commerce de Luxembourg, « Sociétés d'impact sociétal », 2 avril 2021, en ligne : <https://www.cc.lu/actualites/detail/societes-d-impact-societal/>.

(86) J.-B. NIVET, *ibidem*.

(87) Toujours selon J.-B. NIVET, *ibidem*.

(88) Un projet de loi 7764 (dispo-

nible sur www.chd.lu, onglet « Travail à la chambre ») a été déposé en ce sens en février 2021. Aux termes ce celui-ci seules les SIS ayant un chiffre d'affaires ou un actif net supérieur à un million d'euros devront encore recourir à un réviseur (une auto-évaluation suffira pour celles ayant un CA ou un actif net inférieur à 100.000 EUR et le recours à un « commissaire aux comptes » s'imposera pour les SIS dont le CA ou actif net se situe entre 100.001 EUR et un million d'euros). Ce projet recueille l'approbation de la Chambre de commerce (lien ci-dessus).

(89) J.-B. NIVET, *ibidem*.

(90) D. VAN GERVEN, « De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen », *op. cit.*, p. 261.

— la SIS ne permet pas de financer la réalisation de projets ambitieux du fait de la faible attractivité des parts de rendement pour les raisons évoquées ci-dessus⁸⁶.

Par conséquent une réforme du statut de la SIS est souhaitée par le secteur. Celle-ci consisterait à⁸⁷ :

- lever la sanction de dissolution en cas de perte d'agrément et la remplacer par un remboursement du différentiel d'imposition sur les 5 années précédentes ;
- alléger le processus de révision concernant les indicateurs de performance pour les SIS de petite taille⁸⁸ ;
- étendre les exemptions fiscales à toutes les SIS et pas seulement celles ayant 100 % de parts d'impact
- relever le plafond des salaires pour les SIS dépassant une certaine taille.

En conclusion, si l'on estime que l'entrepreneuriat social a toujours de beaux jours devant lui au Luxembourg, le statut de la SIS devra être profondément modifié afin de gagner en attractivité pour les projets d'entrepreneuriat social de toutes tailles⁸⁹.

3 La fluidité au niveau des restructurations et de la mobilité de l'ASBL

9. C'est au chapitre des restructurations possibles que le nouveau droit de l'ASBL porté par le CSA présente l'un de ses traits les plus marquants. Toutefois les nouveautés introduites ne sont pas toujours exemptes de lacunes quant au régime des opérations concernées.

Ainsi de nombreuses⁹⁰ possibilités de restructurations existent désormais :

- fusion/scissions d'ASBL/AISBL avec d'autre(s) ASBL/AISBL ou fondation(s) ou encore universités ou personnes morales de droit public poursuivant leur but désintéressé (articles 13:1 à 13:9 CSA) ;
- apports d'universalité ou de branche d'activité à titre gratuit effectués par une ASBL, une AISBL, une fondation d'utilité publique ou une fondation privée, au profit d'une personne morale appartenant à l'une des catégories précitées, les dispositions applicables aux sociétés étant appliquées à ces opérations « par analogie » moyennant les aménagements énoncés à l'article 13:10 CSA ;
- transformation d'une ASBL en AISBL et vice versa (articles 14:46 à 14:50 CSA)⁹¹ ;
- transformation d'une société en ASBL/AISBL (articles 14: 31 à 14:36 CSA)⁹² ;
- et, *last but not least*, transformation d'une ASBL⁹³ en SCES agréée ou en SC agréée comme ES⁹⁴ (articles 14:37 à 14:45 CSA).

Qu'en est-il des droits luxembourgeois et français ?

Le droit luxembourgeois fait bien pâle figure par rapport au droit belge : aucune opération de restructuration (qu'il s'agisse d'une fusion/scission ou encore d'une transformation ou apports d'actifs) n'est ex-

(91) Sur l'AISBL et les raisons de son succès, cons. D. VAN GERVEN, *op. cit.*, pp. 264-265 ; M. COMANS et D. VAN GERVEN, « L'association internationale sans but lucratif », in E.-J. NAVEZ (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentés*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 229-257.

(92) Voy. J. FONTEYN, « La société coopérative : un pont entre lucratif et non-lucratif », *op. cit.*, pp. 402-403 : « D'aucuns pourraient se demander l'intérêt de transformer une société en association. La réponse tient au régime fiscal des associations, plus favorable, aux subсидies et aux aides publiques qui, pour bon nombre d'eux, sont réservés au secteur associatif. Au-delà de ces aspects, plus simplement, l'intérêt d'une transformation en association pourrait tenir à

la nature du projet poursuivi par les actionnaires, troquant alors ce statut pour celui de membres ». On observera que cette transformation est ouverte à toute société, pas simplement à la SC dont l'idéal coopératif la place en situation de candidate probablement la plus fréquente à une telle transformation. Cette précision est d'autant plus utile que, comme nous l'avons rappelé, n'importe quelle société peut désormais se doter d'une finalité désintéressée qui pourrait même constituer sa finalité principale aux côtés de sa finalité intéressée.

(93) L'AISBL n'est pas visée ici.

(94) Pour la différence entre ces deux régimes d'agrément pour la société coopérative, voy. *supra* n° 8 en note.

pressément organisée entre sociétés et associations (et vice versa) par les législations concernant les sociétés commerciales ou les associations (précitées). La récente loi de 2016 concernant la SIS n'a même pas prévu la possibilité de transformer une ASBL en SIS, en conséquence de quoi l'ASBL doit en principe passer par la filialisation de son activité économique sous la forme d'une société qui pourra être une SIS⁹⁵.

Le droit français par contre est plus ouvert en la matière. Il permet les fusions et scissions d'associations (article 9bis de la loi de 1901 introduit par la loi, précitée, de 2014) mais pas entre une association et une société⁹⁶. Néanmoins K. Rodriguez⁹⁷ estime que serait envisageable à titre d'exception « la fusion-absorption d'une société filiale par son association mère, dans le cadre d'une « transmission universelle de patrimoine ». Par ailleurs, en l'absence d'un texte en la matière, une société ne pourra se transformer en association sans passer par une dissolution-liquidation préalable⁹⁸ alors que nous venons de constater qu'une telle transformation est désormais organisée en droit belge. Quant à la transformation d'une association en société, elle fait l'objet d'un principe d'interdiction mais qui connaît, depuis la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, modifiant la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération en créant les sociétés coopératives d'intérêt général (article 28bis), une importante exception : l'association peut désormais se transformer en société coopérative, n'importe quelle société coopérative ayant une « activité analogue »⁹⁹. Le droit français apparaît donc plus permisif sur ce point que le droit belge qui ne permet que la transformation en une SCES agréée ou une SC agréée comme ES. En outre si la transformation d'un GIE-GEIE en association n'est pas permise, faute de texte en la matière, par contre la transformation de l'association en GIE-GEIE est expressément permise (voy. les articles L251-18 et L252-8 du Code de commerce)¹⁰⁰. On sait qu'en Belgique le GIE a été supprimé dans le cadre du CSA. Par contre rien n'est dit concernant une possibilité de transformation entre association (ou SC) et GEIE. Enfin il est possible en France de réaliser des apports partiels d'actifs entre associations et d'une association vers une société (la société bénéficiaire devenant une filiale de l'association)¹⁰¹. On constate donc que si le droit français présente certaines lacunes en comparaison avec le droit belge, il n'en ouvre pas moins également des possibilités de restructuration non prévues ou plus largement ouvertes qu'en droit belge.

Pour en revenir au droit belge, le revers de la médaille de cette multiplication de modes de restructurations entre entreprises sociales est que, désormais, un certain nombre de questions non résolues par les textes se posent. Dans le cadre limité de cette étude nous en relèverons deux :

1. Force nous est de constater que la procédure de transformation de l'ASBL en SCES agréée (double agrément) ou en SC agréée comme ES (articles 14:37 à 14:45 CSA) s'avère lacunaire. Nous avons vu que l'exigence d'un agrément afin que l'association puisse être élevée au rang d'« entreprise sociale » a été abandonnée au cours des travaux

(95) Voy. D. HIEZ, « Société d'impact sociétal : première reconnaissance législative de l'économie sociale et solidaire - Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal », *op. cit.*, n° 57.

(96) Sur ces opérations, cons. K. RODRIGUEZ, vû « Associations », *Rép. sociétés Dalloz*, *op. cit.*, n° 363-420. L'auteure précise que seules sont permises les fusions entre associations : (n° 367) « En particulier, il ne saurait y avoir fusion entre une association et une société dans la mesure où elle aurait pour effet de permettre, selon l'objet de l'entité absorbante, soit de contourner l'interdiction faite à une association de partager les bénéfices entre les membres, soit de porter atteinte à l'objet traditionnel des sociétés ». (97) *Op. cit.*, n° 367.

(98) K. RODRIGUEZ, *op. cit.*, n° 421-423.

(99) Pour plus de détails : K. RODRIGUEZ, *op. cit.*, n°s 424-439. (100) Cons. K. RODRIGUEZ, *op. cit.*, n°s 440-442.

(101) Voy. K. RODRIGUEZ, *op. cit.*, n°s 445-454. L'auteure déplore toutefois un déficit de réglementation des opérations génératrice d'insécurité juridique, spécialement en ce qui concerne la mise en œuvre du principe de transmission universelle.

(102) Voy. J. FONTEYN (« La société coopérative : un pont entre lucratif et non-lucratif », *op. cit.*, pp. 403-405) l'auteur évoque brièvement la procédure de transformation d'une ASBL en SC agréée comme ES sans évoquer la nécessité de l'obtention d'un agrément à cette occasion, tout au plus opère-t-il le renvoi par une note de bas de page (note 54) à une autre partie de son texte quant à la notion d'agrément comme entreprise sociale ; V. SIMONART (« Le nouveau régime des ASBL », in H. CULOT (coord.), *Le nouveau régime des A(I)SBL*, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 71-110 et spéc. pp. 102-104) n'évoque pas du tout l'agrément à l'occasion de sa description de la procédure de transformation d'une

préparatoires du CSA (*supra* n° 1) au motif que l'interdiction de distribution qui la caractérise permettrait de la qualifier d'entreprise sociale « par nature ». Or il nous semble que la justification retenue, à savoir l'interdiction de distribution aux membres, est sans réel rapport avec les conditions fixées par l'AR du 28 juin 2019 afin qu'une société coopérative puisse être agréée comme entreprise sociale (voy. *supra* n° 2 pour le rappel de ces conditions). Ainsi, par exemple, un dividende limité est admis, ce qui est logique vu que l'attention se porte sur une société coopérative et non sur une association. La question qui se pose est de savoir si un agrément comme entreprise sociale devra être sollicité à l'occasion de la procédure de transformation d'une association en SCES agréée ou SC agréée comme ES. Les textes applicables (articles 14:37 à 14:45 CSA) sont muets à cet égard et la doctrine que nous avons pu compulsé ne se montre pas particulièrement diserte non plus¹⁰². Il ne nous apparaît guère soutenable que du fait du caractère d'entreprise sociale par nature de l'ASBL son passage à une SCES agréée ou SC agréée comme ES ne devrait s'accompagner d'aucun agrément puisqu'il s'agit précisément pour l'ASBL d'adopter un statut (celui d'une SC) où cette caractéristique « naturelle » ne perdurera pas et dans le cadre duquel il faudra, aux termes de l'AR du 28 juin 2019 (précité), organiser la distribution d'un dividende minimum. Mais quand et comment un tel agrément sera-t-il obtenu ? L'article 14:38 CSA ne mentionne pas l'agrément parmi les documents à joindre au projet de transformation. On serait tenté de considérer que l'ASBL devrait d'abord se transformer en SC et ensuite solliciter l'agrément mais le CSA ne permet pas à l'ASBL de se transformer en SC (seule la transformation en SCES agréée ou en SC agréée comme ES sont permises). Dans l'architecture du CSA antérieure à la suppression de l'exigence d'un agrément comme ES pour l'ASBL, la procédure fonctionnait : l'ASBL agréée comme ES se serait transformée en l'une ou l'autre des formes de SC agréées selon les textes des articles 14:37 et suivants CSA. En supprimant cet agrément le législateur aurait dû préciser, à l'article 14:39 que la transformation « reste sans effet » tant que l'agrément n'aura pas été obtenu. En l'absence de texte clair, il appartiendra donc à la pratique de combler cette lacune en introduisant une demande d'agrément après la décision de transformation (pas avant dans la mesure où l'agrément comme ES n'est pas prévu pour l'ASBL) en prévoyant que la prise d'effet de la transformation sera suspendue jusqu'à l'obtention du dit agrément.

2. De l'ASBL à la SCES agréée ou SC agréée comme ES à une autre forme de société ? Risque d'abus des procédures de transformation pour effectuer le passage d'une ASBL à une société habilitée à effectuer des distributions. J. Fonteyn¹⁰³ évoque les articles 14:43 et 14:44 CSA¹⁰⁴ comme constituant la solution permettant de contrer un éventuel « abus à double détente », à savoir la transformation d'une ASBL en société coopérative qui renoncerait ensuite à l'agrément comme ES. Mais la lecture de ces textes nous permet de douter que leur effet anti-abus soit totalement efficace. En effet l'article 14:43, alinéa 1^{er}, interdit d'abord le remboursement ou la distribution de l'actif net en cours d'existence de la SCES agréée ou de la SC agréée comme ES issue de

ASBL en SCES agréée ou SC agréée comme ES (mais relève une autre difficulté générée par le renvoi que fait l'article 14:39 à l'article 9:21, alinéas 3 et 4, en ce qui concerne la prise de décision par l'assemblée).

(103) *Ibidem*, pp. 404-405.

(104) Article 14:43 : « Le montant visé à l'article 14:42 (n.d.r. il s'agit de l'actif net de l'ASBL) ne peut faire l'objet, sous quelque forme que ce soit, d'un remboursement aux actionnaires ou d'une distribution. Après le règlement de tous les créanciers de la société coopérative à l'occasion de la liquidation, le liquidateur ou, le cas échéant, le curateur donne à ce montant une affectation qui se rapproche autant que possible du but assigné à la société conformément à l'article 8:5, § 1^{er}.

À défaut, le tribunal condamne solidairement, à la requête d'un actionnaire, d'un tiers intéressé ou du ministère public, les membres de l'organe d'administration au paiement des sommes distribuées ou à la réparation de toutes les conséquences ré-

sultant de la méconnaissance des exigences prévues ci-dessus à propos de l'affectation du montant visé à l'article 14:42 ». Article 14:44 : « À la requête soit d'un actionnaire, soit d'un tiers intéressé, soit du ministère public, le tribunal condamne solidairement les membres de l'organe d'administration, le(s) liquidateur(s), ou le(s) curateur(s) au paiement des sommes qui auraient été remboursées ou distribuées en contrariété avec l'article 14:43, alinéa 1^{er}.

Les sommes ainsi récupérées sont soit versées à un compte de réserve indisponible, soit affectées par le tribunal conformément à l'article 14:43, alinéa 2. Les personnes visées à l'alinéa 1^{er} peuvent aussi agir contre les bénéficiaires si elles prouvent que ceux-ci connaissaient l'irrégularité du remboursement ou de la distribution en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances ».

la transformation de l'ASBL. Ensuite l'article 14:43, alinéa 2, préserve l'affectation de l'actif net à l'occasion de la liquidation de la société coopérative. L'article 14:44 érige un régime de responsabilité(s) pour cause de violation de l'article 14:43. Mais ces dispositions n'interdisent pas la transformation d'une SCES agréée ou encore d'une SC agréée comme ES en une autre forme de société et les textes relatifs à la transformation des sociétés (articles 14:1 à 14:14 CSA) ne prévoient rien en la matière. Certes ces textes n'évoquent pas explicitement les SCES agréée ou SC agréée comme ES mais il ne s'agit que de variantes agréées de la société coopérative qui, elle, entre clairement dans le champ d'application de la procédure de transformation¹⁰⁵. Une clarification légale semble à tout le moins s'indiquer ici.

10. La mobilité des ASBL. Comme on le sait une petite « révolution » opérée par le CSA réside dans l'abandon du critère du siège réel pour adopter celui du siège statutaire pour déterminer le droit applicable à une personne morale¹⁰⁶. Par conséquent si une ASBL décide désormais de transférer son siège à l'étranger il s'agit d'une transformation transfrontalière emportant changement de droit applicable dont la procédure est régie par les articles 14:51 et suivants du CSA¹⁰⁷. Nous exéderions le cadre de cette étude en revenant sur les raisons de cette (r)évolution, essentiellement dictée par le souhait de positionner la Belgique dans un contexte de concurrence interétatique en matière de droit des sociétés, situation qui au sein de l'UE a été quelque peu exacerbée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement¹⁰⁸. Notons simplement que les associations n'ont guère été envisagées comme telles lorsqu'il est avancé que cette réorientation du droit belge rendra le droit belge des sociétés « exportable » à l'international¹⁰⁹. Néanmoins l'argument selon lequel les ASBL en tant qu'entreprises sociales sont également rendues « exportables » dans un contexte où le phénomène de l'économie sociale s'internationalise également peut aussi être entendu. On saluera également la règle claire selon laquelle la continuité de la personnalité juridique est préservée en cas de transfert du siège statutaire à l'étranger (article 14:52 CSA).

La comparaison avec les droits français et luxembourgeois est ici plutôt à l'avantage du droit belge. Ainsi, en l'absence de texte exprès, le droit français retient la loi du siège social comme celle gouvernant la constitution et le fonctionnement des associations, se calquant ainsi sur la solution retenue en droit des sociétés¹¹⁰. Par ailleurs et contrairement

(105) Cette difficulté a été relevée en termes généraux par P.A. FORIERS (« Principes généraux et dispositions communes », *op. cit.*, p. 42) : « On observera toutefois qu'une société coopérative peut être transformée en une autre forme de société — ce qui pourrait conduire (...) à une transformation indirecte ou "masquée" d'une ASBL en une autre forme de société ».

(106) Article 110 CDIP : « La personne morale est régie par le droit de l'État où se situe son siège statutaire ».

(107) Pour l'analyse de l'ensemble des hypothèses de transfert de siège (internes et transfrontalière) de l'ASBL, cons. M. COPEL et M. DAVAGLE, « L'association sans but lucratif », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Analyse critique et modèles de clauses commentées*, *op. cit.*, pp. 173-228 et spéc. pp. 183-187.

(108) Pour une analyse critique de cette évolution : R. AYDOGDU, « La mobilité des sociétés en droit belge : une libéralisation à contremps », in I. CORBISIER et A. PRUM (coord.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, *op. cit.*, pp. 81-123.

(109) En ce sens K. MARESCAU, « Belgium, get ready to compete for corporate charters : een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer », in *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 203-238, n° 14.

« Associations en droit international privé », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 40, Annexes, 2018, n° 9. Voy. également C. LARONDE-CLERAC, v° « Synthèse - Associations », *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2020, n° 87. Pour rappel la France retient pour les sociétés un critère de rattachement hybride, lequel exige pratiquement une co-localisation des sièges dans le même pays : le critère du siège statutaire est retenu à moins qu'il ne corresponde pas au lieu du siège réel. Voy. article 1837 du Code civil français : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu » (voy. en outre l'article L210-3 du Code de commerce exprimant une règle similaire). Pour cette classification hybride de la France quant à son critère de rattachement en matière sociétaire et l'analyse des critères retenus dans d'autres pays de l'Union européenne, cons. M. FALLON, « La dimension externe du Code des sociétés et des associations », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations - Le CSA sous la loupe*, *op. cit.*, pp. 67-152 et spéc. pp. 99-100.

(110) M. REVILLARD, *ibidem*, n° 52 ; C. LARONDE-CLERAC, *ibidem*, n° 90.

(111) Voy. article 100-2, alinéas 3-4, LSC : « Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la socié-

au droit belge désormais applicable le transfert du siège social à l'étranger d'une association qui ne conserve pas d'établissement en France entraîne une perte de sa personnalité juridique et donc sa dissolution et la constitution d'une association nouvelle dans le pays d'émigration¹¹¹. Au Luxembourg par contre et ce alors que le droit des sociétés retient, s'agissant du droit applicable, un critère comparable à celui du droit français¹¹², la loi (précitée) du 21 avril 1928 a, à la suite d'une modification introduite en 1994, adopté quoique de manière peu claire le critère de rattachement fondé sur le siège statutaire¹¹³. Cette particularité actuelle du droit luxembourgeois des associations semble toutefois tellement peu connue du législateur lui-même que le projet 6054 (précité) ne la reprend même pas. Mais il n'en demeure pas moins que le droit positif actuel retient un principe de continuité de la personnalité juridique en cas de transfert du siège statutaire de l'association comme le stipule l'article 26-1 de la loi de 1928.

Conclusion

11. Il est incontestable que la réforme du droit des ASBL et aussi de la société coopérative, constituant des acteurs majeurs de l'économie sociale, va « dans le bon sens », la valeur ajoutée de la réforme du CSA se traduisant surtout au niveau organisationnel¹¹⁴ et sur le plan des restructurations et de la mobilité des diverses entités.

Néanmoins il est incontestable aussi que la méfiance traditionnelle à l'égard de l'association et aussi de la coopérative perdure, ces structures ayant en commun de ne pas être centrées sur la réalisation d'un but intéressé (but désintéressé pour l'ASBL et idéal coopératif pour la SC). Ainsi a-t-on fait observer que celles-ci font toujours l'objet d'une sorte de cadenassage par l'exécutif prenant la forme de régimes d'autorisations (le régime des libéralités pour les associations dont nous avons vu qu'il a été repris à droit constant par le CSA¹¹⁵) ou de reconnaissances (l'agrément pour les coopératives agréées et les coopératives agréées comme entreprises sociales, les formes de coopératives agréées étant les seuls types de sociétés en lesquels les ASBL sont autorisées à se transformer¹¹⁶) dont l'ampleur a même augmenté sous la nouvelle réglementation, situation d'autant plus regrettable que ces formes d'entreprises sociales prennent de l'importance et tendent à retenir une attention croissante de la part des investisseurs¹¹⁷. En

té. L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société ». Cette disposition doit être lue de concert avec l'article 1300-2, § 1^{er} LSC : « Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché de Luxembourg, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger ».

(113) Voy. l'article 26-1 de la loi du 21 avril 1928 (inséré par une loi du 4 mars 1994) : « Les associations sans but lucratif et fondations valablement constituées à l'étranger conformément à la loi de l'Etat de leur siège statutaire ou de leur enregistrement sont reconnues de plein droit avec la capacité que leur reconnaît la loi de l'Etat de leur constitution, sous réserve que leurs activités ne contreviennent pas à l'ordre et à la sécurité publique et notamment ne compromettent pas les relations avec un autre Etat ou le maintien de la paix et de sécurité internationales.

Sous cette réserve, elles peuvent transférer leur siège statutaire au Luxembourg, en observant les conditions de la loi de leur constitution. Le transfert emporte soumission à la loi luxembourgeoise, sans qu'il y ait acquisition d'une personnalité juridique nouvelle.

Les associations sans but lucratif et fondations constituées sous la loi luxembourgeoise peuvent transférer leur siège statutaire à l'étranger, sans

qu'il y ait pour autant perte de leur personnalité juridique, à condition que l'Etat de leur nouveau siège statutaire reconnaîsse la continuation de cette personnalité juridique(...). » (souligné par nous).

En ce sens de la rétention du critère du siège statutaire pour les associations au Luxembourg : P.-H. CONAC, « Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés », *J.T.L.*, 2009, pp. 2-6 et spéc. n° 27.

(114) Même si d'aucuns ont pu regretter, comme nous l'avons vu, que l'emprise organisationnelle du droit des sociétés décourage les volontés de constituer de petites ASBL dans des domaines économiquement peu signifiants. A. AUTENNE et N. THIRION (« Le Code des sociétés et des associations à la lumière de la réforme globale du droit des entreprises en Belgique », *op. cit.*, n° 17 et 26-29) font observer que les associations de fait sont exclues de la notion d'entreprise et des lourdeurs y afférentes (*supra* n° 6, en note) mais s'interrogent sur la raison de cette différenciation qui ne semble pas répondre à un critère de traitement égal avec les associations personnifiées.

(115) *Supra* n° 8.

(116) *Supra* n° 9.

(117) Pour cette constatation : D. VAN GERVEN, « De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging », *op. cit.*, p. 275. Observant également cette méfiance persistante : S. HARDY, « Les ASBL

outre, s'il est incontestable que l'élargissement des activités permises aux ASBL constitue un progrès¹¹⁸, le fait que l'ASBL doive cumuler un but désintéressé et une absence de distribution effective s'étendant à l'avantage patrimonial indirect s'avère à la fois critiquable et source de controverse pour l'avenir¹¹⁹. En outre, la problématique, pourtant essentielle¹²⁰, du financement des ASBL et même des sociétés coopératives n'est encore qu'imparfaitement rencontrée alors que des améliorations auraient pu être apportées¹²¹. Au chapitre des restructurations nous avons vu que si les possibilités se sont multipliées, un certain clivage par genres semble continuer à se manifester si l'on s'en réfère à une comparaison avec le droit français¹²² où, contrairement au droit belge, une association mère pourrait absorber une société filiale et où une association pourrait se transformer en une coopérative non limitée à un statut faisant l'objet d'un agrément ou encore en GIE-GEIE.

Plus fondamentalement si l'association et la société coopérative participent toutes deux de l'univers de l'entreprise sociale, on peut se poser la question, de manière certes quelque peu provocante, de savoir si l'avenir ne témoignera pas d'une certaine régression de l'association au profit de la société coopérative dans la mesure où celle-ci est redevenue une « vraie » coopérative sous l'empire du CSA¹²³. En effet la société coopérative n'apparaît pas affligée d'un nécessaire cumul entre but désintéressé et interdiction de distribution notamment d'un avantage patrimonial indirect. Son financement, même si le régime légal laisse toujours à désirer¹²⁴, se présente mieux notamment vis-à-vis d'investisseurs dans la mesure où elle est amenée à distribuer une partie de ses bénéfices, ladite dimension distributive de la coopérative pouvant au demeurant être réduite à sa portion congrue si la configuration dans laquelle elle se trouve apparaît l'imposer. Par ailleurs il nous semble difficilement contestable que la société coopérative constitue un véhicule bien plus universellement reconnu à l'international en vue de structurer une entreprise sociale. Le professeur

M. Coipel rejoint notre sentiment lorsqu'il prédit un inéluctable déclin de l'ASBL¹²⁵ et ce pour les raisons suivantes :

- l'image de la société coopérative s'est considérablement améliorée et représente désormais, comme nous l'avons souligné au cours de cette étude, un instrument intéressant au service de l'économie sociale ;
- pour des activités économiques significatives, les mécanismes relevant du droit des sociétés s'avèrent plus performants ;
- la défunte SFS pourrait en quelque sorte renaître de ses cendres sous les traits de la société coopérative et même d'une société autre qu'une coopérative car désormais une société peut n'avoir qu'un but très réduit de distribution des bénéfices¹²⁶ mais sans être soumise aux contraintes qui s'imposaient aux SFS ;
- pour beaucoup de petites ASBL les contraintes administratives et la complexité portées par le CSA sont inutilement lourdes. Il faudrait pouvoir recourir plus aisément à l'association de fait avec des règles claires, à l'instar de ce qui est fait pour la société simple. Or de telles règles font actuellement défaut.

Mais bien entendu le statut de l'ASBL pourra toujours, à l'avenir, être amélioré en vue de maintenir et développer sa finalité de service désintéressé de l'intérêt général face à une coopérative dont la finalité est plutôt celle de satisfaction des besoins et de développement des activités économiques et sociales de ses actionnaires (ex-membres) lorsqu'elle ne recherche pas un agrément comme entreprise sociale.

Le moment est sans doute venu pour les acteurs du monde associatif de ressortir le vieux slogan : « Ce n'est qu'un début, continuons le combat ! ».

Isabelle CORBISIER
Professeure ordinaire, Université du Luxembourg

face aux réformes du droit de l'entreprise : entre changement de statut et rapprochements avec les sociétés », *op. cit.*, p. 358.

(118) *Supra* n° 5.

(119) *Supra* n° 5 et voy. en outre A. AUTENNE et N. THIRION (*ibidem*, n°s 26-29) qui relèvent que le double critère (pas de but intéressé ni de dis-

tribution effective) risque de poser problème dans un certain nombre de situations dont les auteurs fournissent des illustrations (syndicats qui procèdent à des distributions à leurs membres et mini associations faisant bénéficier leurs membres de menus services gratuits, par ex.). Voy. également M. COIPEL, « L'intégration des

ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », *op. cit.*, pp. 507-508 (« Qui a peur de l'ASBL ? »).

(120) *Supra* n° 2.

(121) *Supra* n° 8.

(122) *Supra* n° 9.

(123) *Supra* n° 2.

(124) *Supra* n° 8.

(125) M. COIPEL, « L'ASBL fêtera ses cent ans au sein du nouveau Code des sociétés et des associations », *TRV-RPS*, 2020, pp. 815-835 et spéc. p. 835.

(126) *Supra* n° 5.