

Projet de loi

portant création des sociétés d'impact sociétal et modifiant l'article 6 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales et l'article 112 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Avis du Conseil d'État

(7 juin 2016)

Par dépêche du 30 juin 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet qui a été élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière.

Le Conseil d'État a été saisi d'une série d'amendements gouvernementaux en date du 13 novembre 2015. Le présent avis porte dès lors sur le projet amendé.

Les avis de l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire, de la Chambre de commerce et de la Chambre des salariés ont été communiqués au Conseil d'État par dépêche du 2 décembre 2015. Des avis complémentaires des mêmes organismes ont été communiqués par dépêche du 22 décembre 2015.

Considérations générales

L'ambition du projet de loi sous avis est de donner, selon les auteurs, un cadre spécifique et une reconnaissance légale aux entreprises de l'économie sociale et solidaire qui désirent s'établir sous forme de société commerciale. En vue de cet objectif, il dresse un cadre plus général dans le lequel se situent l'ensemble des entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS) qu'elles soient établies sous forme d'association, de fondation, d'établissement public ou de société commerciale. Celles établies sous forme d'une société commerciale, que ce soient des sociétés anonymes, en commandite par actions, à responsabilité limitée, coopérative ou européenne et dont l'appartenance à l'ESS est reconnue selon les dispositions du projet de loi sous avis, pourront ajouter à leur raison sociale la mention « société d'impact sociétal », ci-après désigné « SIS ».

En deuxième lieu, le projet vise à rendre possible une implication de capitaux à objectif de rendement dans des sociétés commerciales de l'ESS reconnues SIS qui se caractérisent a priori par un objectif non lucratif. À cette fin, le projet introduit une distinction entre le capital d'impact dont les parts « ne font pas bénéficier leurs titulaires des bénéfices générés par la société » et le capital de rendement dont les parts « confèrent à leurs titulaires le droit de bénéficier des bénéfices générés par la société pour autant que les objectifs sociaux ou sociétaux aient été effectivement atteints ».

Finalement, les amendements gouvernementaux du 13 novembre 2015 accordent des avantages fiscaux aux SIS pour autant qu'elles soient constituées à 100 % de capital d'impact (ci-après dénommées « SIS à 100 % »). En effet, un des objectifs du projet sous avis est d'inciter les nombreuses entreprises de l'ESS actuellement constituées sous la forme d'association sans but lucratif ou de fondation à saisir la possibilité d'opter pour la forme d'une société commerciale, jugée plus adaptée. Or, ces associations, si elles sont reconnues d'utilité publique ou comme organisation non gouvernementale de développement, bénéficient actuellement de la déductibilité des dons dans le chef des donateurs¹ et ne sont pas soumises aux mêmes impôts que les sociétés qui sont commerciales par leur forme. Les amendements gouvernementaux prévoient dès lors « que les sociétés d'impact sociétal et dont le capital est composé à 100 % de parts d'impact soient formellement exemptes de tout impôt sur le revenu des collectivités (IRC) et de tout impôt commercial communal (ICC) » ainsi que de l'impôt sur la fortune. D'après les auteurs, ceci est justifié « par la nature particulière des sociétés d'impact sociétal dont le capital serait composé à 100 % de parts d'impact. En effet, ces sociétés, bien que commerciales par la forme poursuivraient une finalité totalement non lucrative matérialisée par la réalisation d'objectifs sociaux ou sociétaux clairement identifiés, mesurés et contrôlés par une autorité publique. »

Tout en reconnaissant la nécessité de ce traitement fiscal avantageux des SIS en général, afin de conférer un attrait aux entreprises de l'ESS actuellement établies sous forme d'association sans but lucratif pour changer de forme légale, le Conseil d'État note qu'il exclure intégralement les SIS dotées tant de capital d'impact que de capital de rendement de ces avantages réduit de façon substantielle l'utilité des dispositions du projet sous avis permettant aux SIS de s'ouvrir au capital de rendement. En effet, une SIS à 100% perdrait tous ses avantages fiscaux dès lors qu'elle ouvre son capital à un investisseur de rendement alors que ce sont probablement surtout les entreprises SIS qui génèrent une certaine rentabilité économique et qui profitent donc du régime fiscal avantageux, qui sont attractives pour un investissement en capital de rendement en vue de développer une activité de l'économie sociale et solidaire.

¹ Dans les limites des articles 109 et 112 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Envergure de l'ESS

L'existence d'un secteur de l'économie sociale et solidaire ne fait pas de doute, même si la délimitation exacte n'est pas uniformisée par les approches statistiques en Europe. Afin de pouvoir établir des statistiques relatives au développement du secteur au Luxembourg, l'Institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché du Luxembourg – Statec a développé des critères spécifiques qui se basent aussi bien sur le type d'activités développées que sur la forme juridique sous laquelle opèrent les acteurs de l'ESS. Ainsi font partie de l'ESS selon le Statec, les entreprises qui développent des activités économiques dans le domaine de la santé et de l'action sociale ou qui sont établies sous forme de coopérative, d'organisme à but non lucratif, d'organisme de charité, d'association de secours mutuel, d'association d'assurance mutuelle, d'association culturelle ou d'association sportive. Le Statec en exclut pourtant l'administration publique, les établissements publics, les syndicats de commune, les organisations et les établissements de droit public, les syndicats, les organisations religieuses ou politiques ainsi que les hôpitaux.²

Le Luxembourg comptait ainsi 33.490 entreprises en 2012 dont 1.064 entreprises dites sociales (3,2 % du total) qui sont établies sous la forme d'association sans but lucratif à raison de plus 70 %. Le nombre d'entreprises dans le secteur croît à raison de 3,4 % par an. Ces entreprises employaient en 2012 dans leur ensemble 27.751 personnes passant ainsi de 4,5 % de l'emploi total en 2000 à 8 % en 2012. Ceci s'explique évidemment en grande partie par la croissance de l'emploi dans les crèches et les maisons de retraite qui a augmenté en moyenne de 14,3 % par an. Les personnes actives dans l'ESS sont actuellement employées à raison de 20,73 % par des sociétés commerciales, les autres étant employées par des associations sans but lucratif et des fondations. D'après le Statec, les femmes représentent environ 70 % de l'emploi total salarié dans l'économie sociale, alors que sur le marché de l'emploi en général, elles représentent 40 % de l'emploi salarié..³ Le marché de l'emploi de l'ESS se caractérise dès lors par son dynamisme et sa grande importance pour l'emploi féminin.

L'essor de l'ESS ne se cantonne pas seulement au Luxembourg, il s'agit d'un phénomène européen, voire mondial. Ainsi, selon l'exposé des motifs, l'économie sociale et solidaire représente au sein de l'Union européenne environ 10 % de l'ensemble des entreprises européennes (soit environ 2 millions d'entreprises) et 6 % de l'emploi total. Selon les auteurs, « la montée en puissance de l'entrepreneuriat social a été accentuée sur le plan européen avec l'entrée en vigueur du règlement n° 346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens et avec le lancement en mai 2013 du fonds « Social Impact Accelerator » par la Banque Européenne d'Investissement d'un poids initial de 60 millions d'euros pour soutenir l'entreprise sociale en Europe. »

² Rückert, Eva ; Sarracino Francesco, « Assessing the social and solidarity economy in Luxembourg », Économie et statistiques Working Papers N° 75/2014, STATEC, 2014

³ Economie Sociale au Luxembourg, Rapport pour le Ministère du travail, de l'emploi et de l'économie sociale et solidaire par le Statec, 05.06.15.
(<http://www.statistiques.public.lu/fr/actualites/entreprises/entreprises/2015/06/20150608/20150608.pdf>)

Spécificités des acteurs de l'ESS

Il ne suffit évidemment pas de constater d'un point de vue statistique l'envergure du secteur de l'ESS. Encore faut-il définir avec exactitude les spécificités de ses acteurs afin de pouvoir légitimer des dispositions particulières à leur égard. À cet effet, les auteurs indiquent que « l'économie sociale et solidaire recouvre une large variété d'entreprises dont l'objectif principal n'est pas de générer du profit pour leurs actionnaires ou propriétaires, mais d'avoir un impact social ou sociétal positif. Elles forment un secteur [...] composé en majeure partie de petites et moyennes entreprises qui s'appuient sur des activités commerciales pour proposer des solutions durables et pérennes aux problèmes sociaux ».

Ces caractéristiques semblent largement partagées par l'ULESS, l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire, selon laquelle les entreprises de l'ESS se caractérisent par :

- une activité économique continue qui répond directement ou indirectement à des besoins sociaux ou sociétaux ;
- le réinvestissement d'un éventuel bénéfice réalisé dans l'économie sociale et solidaire ;
- une gestion autonome et indépendante des pouvoirs publics sans viser nécessairement l'indépendance financière ;
- une gouvernance démocratique ;
- une démarche de développement durable qui vise à être économiquement viable, socialement équitable et écologiquement soutenable et qui augmente la qualité de vie de tous.

Les entreprises de l'ESS se caractérisent donc par le fait qu'elles entreprennent en lien avec une finalité sociale ou sociétale et en décrétant une forme de lucrativité limitée du capital. Pour cela elles sont gérées de façon autonome et démocratique. Très souvent, elles essaient de répondre à des besoins sociaux qui ne sont pris en charge que de façon insuffisante par les activités des entreprises purement commerciales ou à des problèmes sociaux qui sont le résultat du fonctionnement des sociétés modernes. L'économie sociale et solidaire trouve son origine dans les mouvements coopératifs naissant au milieu du XIX^e siècle en réaction aux conditions sociales désastreuses des premières décennies de l'industrialisation. Mais très vite, les acteurs de l'économie sociale ont dépassé le seul cadre de « réparation sociale » en visant à établir une option à part entière de l'organisation économique. Ainsi soixante-dix années après le 1^{er} contrat d'association des travailleurs menuisiers de Paris, cinquante années après les pionniers de Rochdale ou la création par Friedrich Wilhelm Raiffeisen d'une première coopérative pour gérer un fournil communautaire, Charles Gide a pu écrire dans son rapport général sur l'économie sociale de l'Exposition universelle de 1900 que : « L'économie sociale ne se fie point au libre jeu des lois naturelles pour assurer le bonheur des hommes, mais elle croit à la nécessité d'une organisation voulue, réfléchie, rationnelle, conforme à une certaine idée de justice [...]. Et quand elle passe à l'application, [...] elle ne se préoccupe pas uniquement de la richesse et du profit, mais étudie de préférence ces rapports contractuels, quasi-contractuels ou légaux que les hommes forment entre eux en vue de s'assurer une vie plus facile, un lendemain plus certain, une justice pour

bienveillante et plus haute que celle qui porte pour tout emblème les balances du marchand [...]. »⁴

Ainsi, il ressort du débat presque bicentenaire sur l'économie sociale que l'intérêt pécuniaire n'est pas l'unique raison d'agir de l'homme, que par conséquent la recherche du profit n'est pas le seul moteur d'entreprendre et que l'efficacité utilitariste n'est pas le seul critère de jugement alors que la justice sociale en est un autre, pour le moins complémentaire. Or, il s'avère que le cadre légal n'offre que des possibilités insuffisantes aux entrepreneurs sociaux pour s'établir et développer leurs activités.

Nécessité de légiférer

Ainsi, d'après les auteurs, la possibilité pour les associations sans but lucratif, qui constituent la grande majorité des entreprises de l'ESS de réaliser une activité marchande de façon continue est soumise à des restrictions. Les auteurs du projet sous avis citent à cet égard en premier lieu la difficulté de se faire délivrer une autorisation d'établissement pour les asbl et en second lieu les restrictions d'accès aux marchés publics. En effet, d'après la jurisprudence de la Cour administrative « l'activité nécessairement désintéressée des asbl ne saurait impliquer et s'oppose à l'accomplissement d'actes à titre professionnel et ainsi une asbl ne saurait être qualifiée ou assimilée ni à un commerçant au sens du droit commercial, ni à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services au sens de la loi sur les marchés publics [...] »⁵.

Cette situation est particulièrement désavantageuse étant donné que la révision des directives 2004/17/CE (passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux) et 2004/18/CE (passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services) à travers deux nouvelles directives 2014/23/UE et 2014/24/UE, vise notamment le renforcement d'activités d'insertion sociale. Ainsi, les acheteurs publics pourront dorénavant établir des critères spécifiques afin de tenir compte du processus de production des biens, services et travaux spécifiques qu'ils envisagent d'acquérir.

D'un autre côté, les acteurs du secteur de l'ESS regrettent que, selon le cadre légal, il n'est actuellement pas possible de créer une société commerciale dépourvue de but de lucre ou ayant une lucrativité limitée. En effet, selon l'article 1832 du Code civil le partage des bénéfices est un élément constitutif essentiel de toute société commerciale⁶.

Afin de répondre à ce double défi, le Gouvernement a fait le choix, dans le projet sous avis, d'introduire la possibilité pour certaines sociétés

⁴ Charles Gide, *Rapport Général sur l'économie sociale de l'Exposition universelle de 1900*, édité en 1902, réédité sous le titre *Économie sociale* en 1905, cité dans Charles Gide, *La coopération contre le capitalisme*, extraits de textes présentés et annotés par Denis Clerc, édition Alternatives économiques, Les petits matins 2013.

⁵ arrêts 24418C et 24426C du 2 décembre 2008

⁶ Article 1832 du Code civil : « 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. »

commerciales de s'établir sous la forme particulière d'une « société d'impact sociétal » moyennant le respect dans leurs statuts et leur fonctionnement des conditions précises et auxquelles le Conseil d'État entend revenir lors de l'examen des articles.

Examen des articles

Article 1^{er}

Par l'article 1^{er}, les auteurs du projet entendent définir les principes de l'économie sociale et solidaire et s'inspirent à cet effet largement de la loi française du 31 juillet 2014 relative à l'ESS⁷. Selon le commentaire de l'article, le libellé retenu a pour but de « circonscrire l'intégralité de l'activité humaine tombant dans ce secteur économique, quelle que soit sa forme juridique ».

Or, le projet de loi contient aux articles subséquents deux renvois à la notion d'ESS. Aux termes de l'article 2 du projet de loi, seule une personne morale de droit privé entrant dans le champ d'application de cette définition est éligible pour pouvoir être agréée en tant que SIS. Selon l'article 12 du projet de loi, les « représentants du secteur de l'ESS » concluent une ou plusieurs conventions annuelles avec le ministre.

Dès lors, la définition de l'ESS et l'inclusion ou l'exclusion d'une personne morale de droit privé de cette notion n'emportent aucune conséquence légale, si ce n'est qu'une entité jugée exclue du champ d'application ainsi défini ne peut, aux termes de l'article 3 du projet de loi, être agréée en tant que SIS et que ses représentants ne peuvent pas conclure « une ou plusieurs conventions annuelles » avec le ministre. En outre, selon le commentaire de l'article 1^{er}, il est admis que « toutes les [entreprises de l'] ESS n'adopteront pas le nouveau statut ». La définition telle qu'elle est proposée à l'article 1^{er} dépasse donc largement l'objet du projet de loi qui consiste à créer un cadre juridique spécifique pour certaines entreprises de l'ESS. Le Conseil d'État estime par conséquent que l'article 1^{er} n'a pas de valeur normative spécifique par rapport au projet sous avis. Certaines des dispositions figurant à l'article 1^{er} trouveraient par contre leur place à l'article 3 dans la mesure où elles constituent des conditions à l'agrément en tant que SIS.

Le Conseil d'État procède dès lors à l'examen des dispositions de l'article 1^{er} en vue d'en tirer les éléments essentiels pour circonscrire les conditions d'agrément des SIS qui sont précisées à l'article 3. Si le Conseil d'État est suivi dans cette approche, l'omission de l'article 1^{er} entraînera bien entendu la modification de la subdivision en chapitres et la renumérotation des articles.

Au premier alinéa de l'article sous avis, le Conseil d'État est à se demander si les auteurs entendent apporter une distinction entre les termes « entreprises » et « personnes morales de droit privé ». Si tel était le cas, il y aurait lieu de préciser les spécificités de l'un et de l'autre afin de rendre le

⁷ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

texte intelligible. Si par contre les auteurs sont d'avis que les deux libellés couvrent la même réalité, il y a lieu de revoir le texte de façon à éviter la confusion en supprimant une des deux notions.

Le Conseil d'État est d'avis que le libellé du point 1 constitue une définition de toute activité économique, sans être spécifique aux acteurs de l'ESS ; elle est dès lors sans valeur normative.

Au point 2, le texte comporte un illogisme au niveau des conditionnalités. En effet, la phrase introductive indique que les entreprises de l'ESS doivent « répondre à titre principal à l'une des trois conditions suivantes ». Or, la formulation de la troisième option inclut la nécessité pour l'entreprise que son activité soit liée « à l'un des objectifs mentionnés à l'un des deux points précédents ». Répondre uniquement à la troisième option est dès lors insuffisant pour pouvoir être considérée comme entreprise de l'ESS et répondre à une seule des deux premières options est suffisant. Le Conseil d'État propose donc de supprimer le point c, d'autant plus qu'il comporte une confusion à l'égard du concept de développement durable auquel il entend revenir plus loin.

Le Conseil d'État voudrait en outre attirer l'attention des auteurs sur le fait que « l'objectif social » d'une société commerciale d'impact sociétal peut aisément être confondu avec son « objet social ». Ce dernier détermine le but poursuivi par la société et délimite le cas échéant les actes qu'elle est autorisée à poser. L'objet social doit obligatoirement être fixé dans le contrat de société. Si les auteurs entendent apporter une distinction entre « objet social » et « objectif social », le Conseil d'État demande que les deux notions soient définies et qu'il soit précisé en quoi elles se distinguent l'une de l'autre. Le Conseil d'État note cependant que la loi française a adopté une approche qui évite les termes « d'objectifs social ou sociétal » en indiquant à son article 2 que « sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes... ». Cette solution a l'avantage de ne pas rendre le texte inutilement complexe.

Pour ce qui est du point 2. b, le Conseil d'État note les ajouts suivants faits par rapport au texte français : « la parité homme-femmes » et « développement d'activités socio-culturelles » ; il se demande si ces ajouts ne sont pas déjà couverts par les idées de « lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, culturelles et économiques » et de « contribuer à la préservation et au développement du lien social ».

Le Conseil d'État note la confusion qui semble toucher le concept du développement durable au point c. et auquel les auteurs ont enlevé l'idée de la protection de l'environnement pour la mentionner séparément, alors qu'elle en fait partie. Étant donné que le Conseil d'État considère que le point 2. est superfétatoire dans sa version actuelle, il se dispense de l'examiner davantage.

Au point 3, les auteurs requièrent une « gestion autonome » dans le chef des acteurs de l'ESS, sans y apporter plus de précisions. Que faut-il entendre par « gestion autonome » ? D'après le rapport d'information élaboré pour le Comité économique et social européen par le Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique,

sociale et coopérative (CIRIEC) les entreprises de l'ESS disposent d'une gestion autonome si « elles sont pleinement capables de choisir et de révoquer leurs organes directeurs ainsi que de contrôler et d'organiser l'ensemble de leurs activités ». Au vu des formes légales de sociétés commerciales auxquelles le label d'entreprise SIS est réservé, une gestion autonome conçue de cette façon est garantie par la législation qui régit les sociétés commerciales, et la disposition dans ce libellé est dès lors superfétatoire. Le Conseil d'État est cependant d'avis que ce libellé se limite trop à la perspective des détenteurs de parts sociales ou actions et aurait une préférence de prévoir à cet endroit la conditionnalité d'une « gouvernance démocratique » qui selon la loi française doit être comprise comme « définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ».

Pour ce qui est de la disposition selon laquelle « la moitié des bénéfices réalisés [doivent être] réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise », elle est précisée davantage pour les SIS à l'article 7 ; le Conseil d'État y reviendra.

En conclusion, le Conseil d'État propose de reprendre certaines des conditions énumérées à l'article 1^{er} parmi celles auxquelles les SIS doivent répondre à l'article 3, paragraphe 1^{er}, point a. et de le libeller de la façon suivante :

« a. Avoir comme objet social la poursuite d'une activité dans un des domaines suivants :

1. apporter, à travers son 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 la société ;

2. contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, culturelles et économiques et œuvrer en faveur de la parité hommes-femmes, de l'éducation à la citoyenneté, de la préservation et du développement du lien social, du maintien et du renforcement de la cohésion territoriale ou de la solidarité internationale. »

À l'instar de la loi française, le Conseil d'État propose d'inclure parmi les domaines énumérés au point 2 également l'éducation à la citoyenneté et à la solidarité internationale comme répondant aux exigences spécifiques de l'objet social pour une SIS.

Article 2

Par l'article sous avis les auteurs entendent introduire une dérogation à l'article 1832 du Code civil en énonçant que « 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 ». Or, le libellé très général de l'article 2 revient à vider l'article 1832 du Code civil de sa substance. Selon le libellé proposé, la dérogation à l'article 1832 du Code civil viserait en effet non seulement les SIS mais toute société (« l'acte de société peut disposer »). Le Conseil d'État estime cependant que l'intention des auteurs consistait à exclure des exigences de l'article 1832 exclusivement les SIS dans le contexte du projet de loi sous avis. Dans ce cas, il faudrait encore tenir compte que les SIS à capital mixte sont constituées, du moins partiellement, dans le but de procurer aux détenteurs de parts de rendement un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

Le Conseil d'État propose finalement de faire figurer cette dérogation comme paragraphe 3 à l'article 3 (article 1^{er} selon le Conseil d'État) et de la libeller de la façon suivante :

« (3) Par dérogation aux dispositions de l'article 1832 du Code civil, les statuts des sociétés répondant aux exigences du paragraphe 1^{er} peuvent stipuler qu'elles sont constituées dans un but autre que le seul partage des bénéfices entre les associés. »

Partant, l'article sous avis est à supprimer et les articles subséquents à renuméroter.

Article 3

L'article 3, paragraphe 1^{er}, qui prévoit les conditions d'agrément des sociétés d'impact sociétal par le ministre ayant l'Économie sociale et solidaire dans ses attributions, appelle une série d'observations de la part du Conseil d'État.

Le texte prévoit parmi les conditions d'agrément au point a. la définition « précise » de l'objectif social ou sociétal poursuivi par la société, sans pour autant donner une définition « précise » de ce que peut être une telle définition et à quoi elle se rapporte. Étant donné que le texte sous avis a repris à l'article 1^{er}, paragraphe 2 les critères de « l'utilité sociale » que doivent respecter, d'après la loi française, les entreprises qui veulent prétendre à l'agrément « l'entreprise solidaire d'utilité sociale », les auteurs devraient au moins faire référence aux conditions précisées à l'article 1^{er}, paragraphe 2. Si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition de ne considérer que « l'objet social » des SIS, les conditionnalités proposées à l'examen de l'article 1^{er} pourraient utilement servir à en préciser le caractère social ou sociétal spécifique auquel doivent répondre les SIS.

Au point b., il est prévu que la réalisation de cet objectif se fasse selon un mode entrepreneurial socialement responsable alors que ce concept ne revient à aucun autre endroit du texte sous avis. Que faut-il dès lors comprendre par cette idée et comment le ministre pourra-t-il évaluer le respect de cette condition lors de sa décision d'agrément ? Tel qu'indiqué lors de l'examen de l'article 1^{er}, le Conseil d'État est d'avis qu'il y a lieu de s'inspirer utilement de la loi française qui requiert une « gouvernance

démocratique » définie et organisée par les statuts et prévoyant l'information et la participation des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise, qui ne soit pas seulement liée à l'apport en capital ou au montant d'une contribution financière.

Au point c., le texte dispose que des indicateurs permettant de vérifier la réalisation effective des objectifs sociaux devraient être prévus dans les statuts. En rejoignant du moins en partie l'observation faite par l'ULESS, dans son avis relatif au projet sous examen, le Conseil d'État donne à considérer que ces indicateurs nécessiteront des adaptations en fonction de l'évolution du secteur et des entreprises. Afin d'éviter que l'agrément en tant que SIS ne conduise à des adaptations répétées, lourdes et chères, des statuts, il y a lieu de ne pas exiger la fixation des indicateurs dans les statuts des sociétés. Toutefois, le Conseil d'État est également d'avis que l'existence de tels indicateurs est indispensable et constitue un élément essentiel de l'agrément des SIS. Pour les « SIS à 100 % » qui bénéficieront, suite aux amendements du 13 novembre 2015, d'une série d'avantages fiscaux, les indicateurs permettant de vérifier la réalisation effective des objectifs sociaux seront nécessaires pour assurer un suivi des SIS de la part du ministre. Pour les autres SIS, les indicateurs permettront de déterminer si le versement d'un dividende aux parts d'impact peut être justifié. Au vu du caractère important de ces indicateurs pour l'agrément des SIS, le Conseil d'État considère que ces critères peuvent utilement être fixés par règlement grand-ducal.

Le paragraphe 2 exige qu'une délibération des associés modifiant des clauses statutaires prescrites au paragraphe 1^{er} doit être préalablement approuvée par le ministre sans indiquer s'il s'agit de faire agréer par le ministre un projet de modifications des statuts ou de faire valider une délibération effective des associés portant sur une modification des statuts. Dans le dernier cas, le Conseil d'État est amené à se demander si la non-validation d'une modification statutaire par le ministre entraîne sa nullité, son inopposabilité aux tiers ou même la dissolution de la société en application de l'article 9, paragraphe 3, du texte en projet. Le Conseil d'État est d'avis qu'à l'instar des modifications des statuts des fondations telles que visées à l'article 32 de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif, il faut avoir obtenu l'approbation par arrêté ministériel des modifications des statuts avant que celles-ci ne deviennent effectives et soient publiées au Mémorial.⁸

Au paragraphe 3, il est prévu que les dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales sont applicables aux sociétés d'impact sociétal, chaque fois qu'il n'y est pas dérogé expressément par la loi en projet. Cette disposition est superfétatoire étant donné qu'une loi spéciale peut de plein droit apporter des dérogations à une loi générale. Il n'y a pas lieu de préciser que par ailleurs la loi générale reste d'application.

⁸ Article 32 : Après avoir obtenu l'approbation par arrêté grand-ducal selon les formes prescrites par la présente loi, les statuts et leurs modifications sont publiés au Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations, conformément à l'article 9 de la loi du 10 août 1915.

Il est fait mention au Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations, à la suite de l'acte à publier, de la date de l'arrêté grand-ducal portant approbation de l'acte en question. [...]

Article 4

L'article 4 introduit la notion de parts d'impact et de parts de rendement et précise en outre d'autres conditions spécifiques applicables au capital des entreprises SIS.

La notion même de « parts » risque d'induire en erreur étant donné que le capital social des sociétés de capitaux est composé d'actions et non de parts sociales. Il y a lieu de prévoir une définition indiquant que suivant la forme sociale que revêt la SIS, le terme part vise une part sociale ou une action au sens où ces termes sont utilisés dans la loi précitée du 10 août 1915.

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de préciser que le capital social est composé de parts d'impact et, le cas échéant, de parts de rendement, étant donné que d'après le texte, il est concevable que la société soit constituée sans aucune part de rendement.

Le Conseil d'État a pris note que selon l'ULESS, une SIS qui serait constituée de 50 % de parts d'impact et de 50 % de parts de rendement, pourrait se voir bloquée dans ses délibérations du fait que l'assemblée générale ne disposerait pas des moyens de surmonter une opposition entre les détenteurs des deux types de parts sociales. Afin d'éviter ce risque de blocage, l'ULESS suggère de limiter les parts de rendement à 49 % du capital social d'une SIS. Même si cette approche peut éviter un blocage de fait, le Conseil d'État est d'avis que le cas échéant un manque de concordance entre les détenteurs de différents types de parts ne pourra être résolu définitivement de cette manière, d'autant plus qu'une telle situation peut se rencontrer dans toute société commerciale indépendamment du fait qu'elle dispose de l'agrément en tant que SIS ou non.

Article 5

L'article sous examen introduit la nécessité pour les SIS de disposer d'une « politique de rémunération ». Le Conseil d'État peut marquer son accord de principe avec la condition d'une politique de rémunération vu l'objectif spécifique de ce type d'entreprises. Il note que la loi française a prévu des dispositions similaires. Il demande cependant, sous peine d'opposition formelle en raison d'insécurité juridique, que la notion soit précisée. En effet, le concept de politique de rémunération n'existe ni dans le Code du travail ni dans le droit des sociétés. Or, le paragraphe 2 introduit une condition supplémentaire que les SIS doivent remplir préalablement à leur agrément, à savoir la communication de cette politique au ministre au moment de la demande d'agrément.

À cela s'ajoute que le texte en projet prévoit uniquement pour les sociétés non soumises à une convention collective que « la rémunération annuelle maximale versée aux dirigeants [...] ne peut excéder un plafond correspondant à cinq fois le montant du salaire social minimum ». Ceci appelle plusieurs remarques. D'abord la notion de « dirigeant » n'est pas définie. S'agit-il des personnes ayant droit aux rémunérations les plus élevées de la société ou uniquement des membres de la direction, voire de l'organe de direction – que ce soient des gérants ou administrateurs indépendants ou salariés ? Se pose également la question comment la

rémunération est considérée lorsque la SIS est une société en commandite par action et que l'actionnaire gérant commandité est une personne morale. Ensuite, le texte n'indique pas si la politique de rémunération peut se limiter à ce seul critère. En effet, le libellé ne précise pas quels sont les avantages et les primes éventuels à considérer pour déterminer la rémunération et ne prévoit pas par qui cette politique doit être décidée. Le Conseil d'État est également à se demander comment se justifie la limite d'un écart maximal de cinq fois le salaire social minimum sachant que certaines entreprises qui relèvent de l'ESS sont d'une taille et d'une complexité telles que leur gestion exige des « dirigeants » hautement qualifiés et responsables. S'agit-il de limiter des salaires jugés trop inégaux ou d'éviter que des bénéfices soient distribués aux « dirigeants » via des primes extraordinaires ?

Finalement, sachant que les conventions collectives ne s'appliquent en général pas aux rémunérations des dirigeants, il est difficile d'appréhender pourquoi la condition de la politique de rémunération n'est applicable uniquement qu'aux entreprises non soumises à une convention collective en ignorant les autres qui, tout en disposant d'une telle convention, ne sont pas nécessairement soumises de ce fait à une limitation des hautes rémunérations.

Le Conseil d'État est amené à se demander s'il ne serait pas plus opportun soit d'obliger l'ensemble des SIS à rendre publique annuellement leur grille des salaires ou de rémunération, le cas échéant de façon anonymisée, soit de limiter, pour l'ensemble des SIS, la conditionnalité de « politique de rémunération » à un écart maximal des rémunérations les plus élevées par rapport au salaire social minimum.

Si le dispositif était maintenu et afin d'améliorer la lisibilité du texte, il y aurait lieu de faire mention d'une éventuelle condition d'agrément liée à l'existence d'une « politique de rémunération » à l'article 3 revu qui regroupe, selon le Conseil d'État, les exigences statutaires des SIS ainsi que les conditions liées à leurs activités et à l'organisation.

Article 6

Tel que l'article 6, paragraphe 1^{er}, est libellé, il y a lieu de modifier la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. En effet, celle-ci ne prévoit le contrôle des comptes annuels que pour les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, mais non pour les sociétés coopératives.

Au paragraphe 2, il est prévu que les « dirigeants de la société » élaborent annuellement un rapport d'impact extra-financier à l'attention de l'assemblée générale. Il y a lieu de préciser quelles sont les personnes visées par les « dirigeants » et ce qu'il faut entendre précisément par « mise en œuvre des indicateurs de performance ».

Au paragraphe 3, il y a également lieu de remplacer les termes « assemblée générale » par « assemblée des associés ou actionnaires ».

Articles 7

L'article sous revue traite de l'affectation du bénéfice de la SIS et établit une « réserve d'impact » qui a pour objectif de recueillir les parts du bénéfice revenant aux parts d'impact et qui ne peut être distribuée. En outre, il lie le versement d'un bénéfice aux détenteurs des parts de rendement directement à la réalisation effective des objectifs sociaux ou sociétaux de la SIS.

Il convient de préciser, dans un premier temps, les conditions sous lesquelles l'assemblée des associés ou actionnaires peut décider du versement d'un dividende. À cet égard, le Conseil d'État tient à attirer l'attention des auteurs du texte sur le fait que selon la formulation actuelle du paragraphe 2, la SIS est obligée de verser un dividende dès qu'il ressort du rapport d'impact que les objectifs sociaux ou sociétaux ont été atteints, sans préciser qu'il faut en outre disposer de l'actif net suffisant. Or, d'après l'article 71-1 de la loi précitée du 15 août 1915, « aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer ». En outre, l'assemblée reste libre de distribuer un dividende, même en cas d'actif net suffisant et d'un rapport d'impact positif. Le Conseil d'État relève l'incohérence avec le droit commun des sociétés.

Dans un deuxième temps seulement, le texte devrait préciser les dispositions quant à l'affectation du bénéfice distribuable aux parts d'impact. À cet égard, le Conseil d'État constate que la réserve d'impact n'est pas prévue dans le plan comptable normalisé tel qu'il est applicable à toute société commerciale. Il faut dès lors apporter les précisions nécessaires au dispositif, notamment au regard de la réserve légale.

Le Conseil d'État se demande en outre s'il n'y a pas lieu de considérer une situation spécifique de la réserve d'impact lors de l'affectation du résultat d'un exercice ultérieur à la constitution de cette réserve. En effet, la répartition d'un résultat d'exploitation devrait tenir compte de l'existence de cette réserve étant donné que celle-ci a permis à la société de mieux développer ses activités. Ceci devrait par ailleurs également être le cas lors d'une augmentation du capital moyennant incorporation de réserves. En effet, dans ce cas, il n'y a aucune raison de refuser aux détenteurs des parts d'impact une augmentation du nombre de leurs parts en ayant recours à l'incorporation de la réserve d'impact alors que les détenteurs des parts de rendement pourront financer leur contribution à l'augmentation du capital par la mobilisation des dividendes encaissés. Le même raisonnement s'applique à un éventuel refinancement de la société dans le cas de pertes ultérieures à la constitution de la réserve d'impact.

Au niveau rédactionnel, le Conseil d'État est d'avis que le bénéfice n'est pas généré par les parts sociales ou les actions, mais par la société en tant que telle et qu'il est alloué en fonction des parts sociales ou actions.

Le Conseil d'État note par ailleurs que selon l'article 37 de la loi précitée du 10 août 1915, il peut être créé des titres ou parts bénéficiaires indépendamment des actions représentatives du capital social et dont les

droits sont déterminés par les statuts. Même si les parts bénéficiaires ne font pas partie du capital social, leurs détenteurs peuvent disposer de droits financiers envers l'entreprise, notamment des droits au bénéfice. Si les auteurs du projet tiennent à éviter tout versement de bénéfice à des porteurs de quelconques titres de parts sociales ou parts bénéficiaires tant que les objectifs extra-financiers n'ont pas été atteints, il faudrait inclure dans le dispositif également les parts bénéficiaires. La même remarque vaut par ailleurs pour le versement d'acomptes sur dividendes tel que prévu à l'article 72-2 de la loi précitée du 10 août 1915.

Article 8

Au paragraphe 2, le Conseil d'État s'oppose formellement au libellé selon lequel le ministre peut « de façon exceptionnelle » autoriser des SIS à contracter des emprunts auprès de leurs associés, en raison de l'insécurité juridique engendrée par le caractère exceptionnel de la décision ministérielle qui ne se fonde sur aucun critère.

En outre, le Conseil d'État est d'avis que le contrôle des conditions auxquelles sont soumis les emprunts auprès de leurs associés devrait revenir au réviseur d'entreprises et non au ministre. Il y a dès lors lieu d'indiquer au paragraphe 1^{er} avec précision les conditions sous lesquelles des emprunts auprès des associés restent possibles et, au paragraphe 2, les conditions dans lesquelles le contrôle du respect des conditionnalités est effectué par le réviseur d'entreprises et comment le ministre en est informé.

Le Conseil d'État attire l'attention sur le fait que le paragraphe 3, tel qu'il est libellé, peut être interprété comme visant l'ensemble des emprunts au-delà de ceux contractés par une SIS auprès des associés. Il propose de compléter le libellé du paragraphe 3 de la façon suivante :

« Les emprunts contractés et les instruments de dette visés au paragraphe 1^{er} émis... ».

Article 9 et amendement 1

Au paragraphe 1^{er} et au vu des conditions particulières auxquelles sont soumises les SIS, le Conseil d'État est d'avis qu'il y a lieu de demander aux SIS de faire figurer la mention « société d'impact sociétal » dans la dénomination sociale et dans toute correspondance de la société.

En outre, il y a lieu de mentionner que l'arrêté de retrait de l'agrément devra être publié au Mémorial sous les mêmes conditions que l'arrêté par lequel l'agrément est accordé.

Le paragraphe 2 prévoit un « droit de surveillance » du ministre sur les sociétés d'impact sociétal. Cette disposition pourrait être interprétée comme faisant du ministre un dirigeant de fait de la société avec toutes les conséquences qui en découlent. Si la disposition vise uniquement le contrôle du respect des dispositions légales – sur base des rapports extra-financiers et du rapport des réviseurs, le Conseil d'État demande de remplacer les termes « droit de surveillance » par « droit de contrôle ». En outre, le bout de phrase « qu'elles agissent en conformité avec les dispositions de la présente loi » est à supprimer pour être redondant avec ce qui précède.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État doit s'opposer formellement pour des raisons d'insécurité juridique à la disposition selon laquelle le ministre « peut » retirer l'agrément à une SIS qui cesse de remplir les conditions légales. L'agrément de ces SIS doit être retiré par le ministre après consultation de la Commission consultative pour les sociétés d'impact sociétal prévue à l'article 10, s'il s'avère qu'elles ne remplissent plus les conditions d'agrément.

Le paragraphe sous examen pourrait se lire de la façon suivante :

« Après consultation de la Commission consultative pour les sociétés d'impact sociétal, le ministre retire l'agrément à la société d'impact sociétal qui, après contrôle, cesse de remplir les conditions légales. »

Si le Conseil d'État est suivi dans son observation à l'égard du paragraphe 1^{er}, la disposition du paragraphe 4 devient sans objet et peut être supprimée.

L'amendement 1 n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État sauf qu'il y a lieu de prévoir également la remise d'une copie de l'arrêté de retrait de l'agrément ministériel à l'Administration des contributions directes.

Article 10

Le renvoi au deuxième alinéa concerne l'article 8, paragraphe 2, et non l'article 7 paragraphe 2.

En fonction des modifications apportées à l'article 3, paragraphe 2, le texte du deuxième alinéa est à revoir.

Le Conseil d'État note en outre que l'article sous revue ne prévoit pas le dédommagement des membres de la Commission consultative ce qui est conforme à la fiche financière du projet, qui ne prévoit pas non plus de charge financière pour le budget de l'État.

Article 11

L'article sous revue concerne de la dissolution des SIS auxquelles l'agrément a été retiré. Tel que le paragraphe 1^{er} est formulé, il n'est pas clair s'il établit une dérogation à l'article 203⁹ de la loi précitée du 10 août 1915 qui donne pouvoir au tribunal d'arrondissement de prononcer, à la requête du procureur d'État, la dissolution des sociétés commerciales qui contreviennent gravement, entre autres, aux lois régissant celles-ci ou si les auteurs visent à établir la dissolution de plein droit des SIS ayant perdu définitivement l'agrément à l'instar de ce qui est prévu à l'article 39 de la

⁹ **Art. 203.** (1) Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut à la requête du Procureur d'État, prononcer la dissolution et ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement. [...]

loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation¹⁰. À cela s'ajoute que selon l'application du principe de la séparation des pouvoirs, un ministre ne peut pas saisir directement le tribunal, mais doit adresser sa requête au procureur d'État.

Sous peine d'opposition formelle pour insécurité juridique quant à la procédure à suivre, le Conseil d'État demande que les auteurs précisent la disposition soit en s'inspirant du libellé de l'article 39 de la loi précitée du 22 mars 2004, soit en se référant à l'article 203 de la loi précitée du 10 août 1915.

Étant donné que les SIS confrontées à un retrait de l'agrément selon les dispositions de l'article 9, paragraphe 3, peuvent entamer un recours devant le tribunal administratif contre cette décision ministérielle, le Conseil d'État entend les termes « définitivement retiré » de telle façon que le tribunal d'arrondissement ne prononce la dissolution qu'une fois que le retrait de l'agrément est devenu définitif. Selon le droit commun, le recours suspend le retrait de l'agrément et la société concernée reste soumise aux dispositions légales du texte en projet et notamment au respect des conditions d'agrément.

Finalement, le texte reste entièrement muet quant à la possibilité d'une SIS de renoncer de plein gré à l'agrément ministériel, par exemple dans le cas où une « SIS à 100% » désire s'ouvrir à du capital de rendement et ne voit par conséquent plus aucun avantage à maintenir l'agrément en tant que SIS. Le texte sous avis ne prévoit pas cette possibilité sans que ce choix ne soit motivé.

Le paragraphe 2 règle l'affectation d'un éventuel boni de liquidation – quel que soit d'ailleurs le mode de liquidation, y compris en cas de faillite – lorsque, après avoir remboursé le passif et la valeur nominale des parts sociales ou actions, la société dispose encore de capitaux propres. Les auteurs prévoient à cet égard trois options dont la première revient à une affectation à la réserve d'impact d'une autre SIS poursuivant un but comparable. Si les auteurs tiennent compte de la remarque du Conseil d'État à l'endroit de l'article 7 concernant la situation spécifique de la réserve d'impact, il y a lieu de revoir également la disposition sous examen.

La deuxième option retenue permet d'affecter le boni de liquidation à une fondation ou association sans but lucratif de droit luxembourgeois et reconnue d'utilité publique. Le Conseil d'État note que dans ce cas, les conditions sont moins contraignantes puisqu'il n'est pas nécessaire que les bénéficiaires poursuivent un but comparable à la SIS dissoute.

La troisième option permet de transférer le boni de liquidation à une « personne morale de droit privé dont le siège se situe en dehors du territoire luxembourgeois, poursuivant un but identique ou comparable à celui de la SIS en liquidation ». Dans ce cas, il n'est plus prévu que cette personne

¹⁰ **Art. 39.** (1) Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale prononce sur la demande du procureur d'État, agissant d'office ou à la requête de la CSSF, la dissolution et la liquidation des organismes de titrisation agréés, dont l'inscription à la liste prévue à l'article 21 aura été définitivement refusée ou retirée.

morale soit soumise à une règle lui interdisant toute distribution de bénéfice à des associés éventuels. Cette approche ne reflète pas l'esprit des dispositions du texte sous avis. Qui plus est, elle introduit un traitement inégal dans le chef des personnes morales potentiellement bénéficiaires du boni de liquidation selon qu'elles sont constituées au Luxembourg ou à l'étranger. C'est pourquoi, le Conseil d'État demande sous peine d'opposition formelle que le texte soit revu afin d'inclure le caractère nécessairement non lucratif des bénéficiaires également dans cette troisième option.

Finalement, le Conseil d'État tient à noter que tel qu'il est précisé dans le commentaire des articles, le « partage du boni de liquidation n'est rien d'autre qu'un partage de bénéfices tel qu'il a également lieu annuellement lors de la répartition du bénéfice entre associés. Pour les titulaires de parts d'impact qui, en vertu des dispositions de l'article 4, ne perçoivent aucun bénéfice, il n'y a pas lieu qu'ils perçoivent de bénéfice à l'occasion de la liquidation de la société d'impact sociétal. ». Ceci explique que le boni de liquidation correspondant à la quote-part de titulaires de parts d'impact soit affecté comme prévu à l'article 11.

Le projet de loi sous avis prévoit d'étendre cette exigence également à la quote-part du boni de liquidation revenant aux titulaires de parts de rendement au motif que « dans le cadre d'une liquidation, que ce soit pour des motifs économiques ou du fait d'un retrait d'agrément ministériel, il semble difficile d'admettre que les objectifs sociaux ou sociétaux auraient été d'une manière ou d'une autre atteints ». Pourtant qu'en est-il d'une liquidation pour cessation d'activité volontaire ? En effet, rien n'oblige une SIS qui fonctionne avec succès de continuer ses activités. Il est difficilement compréhensible pourquoi dans un tel cas, les détenteurs de parts de rendements se voient refuser le versement du boni de liquidation, alors que les associés auraient certainement pu décider le versement du dividende au préalable. Telle que la disposition est conçue, il y a un risque considérable que les détenteurs de parts de rendement demandent pendant toute la durée de l'activité de la SIS le versement du dividende maximal. Sinon ils risquent en effet de ne pouvoir réaliser leur investissement en cas de dissolution ou de vente de leur part qu'à concurrence de la valeur nominale des parts. Ceci entraîne évidemment un risque d'affaiblissement constant des ressources en capitaux des SIS alors que le dispositif permettant différents types de capitaux a précisément comme objectif de renforcer les SIS à cet égard. Cette disposition met d'autant plus en évidence le conflit d'intérêts qui existe de façon intrinsèque entre les détenteurs des deux types de parts sociales dans les SIS constituées en partie de capital de rendement. En effet, les associés détenteurs de parts d'impact ont tout intérêt à refuser dans tous les cas le versement des dividendes aux détenteurs de parts de rendement.

Article 12

Tel que le paragraphe 1^{er} est rédigé, le ministre est obligé à conclure « une ou plusieurs conventions annuelles avec les représentants du secteur de l'économie sociale et solidaire ». Outre le fait que le texte ne précise pas les conditions qui permettent de déterminer la qualité de « représentants du secteur », il n'est pas concevable que le ministre soit obligé légalement à conclure de pareilles conventions qui ne visent finalement qu'à assurer la consultation du secteur. Étant donné que l'État est libre de conclure les

conventions qu'il juge nécessaires et utiles de même qu'il est libre de consulter toutes les organisations et personnes qu'il juge utiles, le Conseil d'État considère cet article superfétatoire et propose de le supprimer.

Article 13

L'alinéa 5 de l'article sous examen prévoit un ajout au point 13 de l'article 6 de la loi précitée du 19 décembre 2002 selon lequel les SIS doivent renseigner la date et les références de l'agrément ministériel lors de leur demande d'immatriculation. Or, qu'en est-il des sociétés immatriculées avant l'entrée en vigueur de la loi en projet qui demandent l'agrément en tant que SIS ?

Par ailleurs, le Conseil d'État déduit du libellé de l'article 3, paragraphe 1^{er}, que seules des sociétés valablement constituées peuvent demander l'agrément. Se pose alors la question, comment des sociétés peuvent soumettre au registre de commerce et des sociétés les références de leur agrément ministériel en tant que SIS alors qu'il faut être valablement constitué pour demander cet agrément. Le Conseil d'État s'oppose formellement au libellé sous examen pour incohérence du texte, source d'insécurité juridique. Il propose de supprimer l'exigence selon laquelle il y a lieu de remettre la date et les références de l'agrément ministériel en tant que SIS lors de l'immatriculation des sociétés commerciales puisque cet agrément est impossible à obtenir avant l'immatriculation des sociétés. En effet, si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition faite à l'endroit de l'article 9, paragraphe 1^{er}, selon laquelle les SIS doivent de faire figurer la mention « société d'impact sociétal » dans la dénomination sociale et dans toute correspondance de la société, le caractère de SIS agréée est suffisamment renseigné aux tiers.

Article 14 tel que modifié par l'amendement 2

La première disposition modificative de l'article sous examen établit la déductibilité fiscale des dons en espèces à des « SIS à 100 % ». Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Les autres dispositions modificatives libèrent les « SIS à 100 % » de l'impôt sur le revenu, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune.

Le Conseil d'État note que cet amendement rend les « SIS à 100 % » particulièrement intéressantes, notamment pour celles des initiatives de l'ESS qui sont actuellement établies sous la forme d'une association sans but lucratif. Or, le fait que la défiscalisation n'est accessible qu'aux « SIS à 100 % » et est complètement refusée aux SIS constituées d'un capital mixte, diminue considérablement l'attrait pour les « SIS à 100 % » de s'ouvrir à du capital de rendement et de se doter, le cas échéant, de moyens nécessaires pour un développement de leurs activités.

Article 15

Le projet de loi sous examen prévoit une évaluation de l'application de la loi au plus tard le 31 décembre de la troisième année qui suit son

entrée en vigueur. Une telle évaluation serait nécessaire pour, le cas échéant, ajuster le dispositif projeté.

Pareille disposition est uniquement déclamatoire et n'a aucune valeur normative en cas de non-respect. Rien n'empêchera à ce qu'il soit procédé à cette évaluation en dehors de toute disposition légale. Le Conseil d'État propose dès lors d'omettre cet article.

Article 16

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

L'amendement gouvernemental 3 prévoit de corriger et de modifier l'intitulé du projet sous avis. En effet, le projet ne prévoit pas de modifier le Code civil. Par contre, les autres amendements apportent des modifications à la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, à la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et à la loi modifiée du 16 octobre 1934 relative à l'impôt sur la fortune. Cependant, il y a lieu de recourir à la forme abrégée de l'intitulé de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises tel qu'il est précisé à son article 105.

Afin d'augmenter la lisibilité de l'intitulé, le Conseil d'État propose de le libeller de la façon suivante :

« Projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal et modifiant

- a) la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
- b) la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu,
- c) la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et
- d) la loi modifiée du 16 octobre 1934 relative à l'impôt sur la fortune. »

L'indication des articles du texte en projet est faite en recourant à l'abréviation suivante :

« **Art. 1^{er} ; Art. 2. ...** ».

Les chiffres arabes figurant entre parenthèses sont utilisés pour subdiviser l'article en paragraphes. L'énumération des conditions à l'article 1^{er} en projet se fera dès lors comme suit :

« 1. ; 2. ; 3. ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juin 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes