

Projet de loi

concernant les mutuelles et modifiant 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

Avis du Conseil d'État

(16 janvier 2018)

Par dépêche du 21 septembre 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État du projet de loi sous rubrique. Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière déniait toute incidence sur le budget des dépenses de l'État et une fiche d'évaluation d'impact, ainsi qu'un projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi en projet et modifiant le règlement grand-ducal modifié du 23 janvier 2003 portant exécution 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.

Selon les auteurs du projet de loi, le remplacement de la loi modifiée du 7 juillet 1961 concernant les sociétés de secours mutuels serait nécessaire, vu qu'elle serait « partiellement tombée en désuétude ». Par ailleurs, la réforme viserait à instaurer une législation « pragmatique et facilement compréhensible ». La loi en projet introduit une nouvelle définition de la notion de mutuelle et, dès lors, du champ d'application de la législation afférente. Elle vise à instaurer un contrôle plus efficace et une procédure d'agrément et de retrait d'agrément, cette dernière étant inexistante dans la législation actuelle.

Par dépêches respectivement des 14 décembre 2016, 28 décembre 2016 et 5 janvier 2017, le Conseil d'État fut saisi de l'avis de la Chambre de commerce, de la Chambre des fonctionnaires et des employés publics ainsi que de la Chambre des salariés.

Considérations générales

Les mérites des mutuelles dans l'élaboration et le renforcement de la protection sociale de la population sont incontestables. Ainsi que l'ont rappelé les auteurs du projet de loi sous rubrique, les mutuelles sont à l'origine du mouvement social en Europe et au Luxembourg, et ceci bien avant les syndicats et les coopératives. Elles se sont développées au XIXe siècle en dehors de tout cadre légal par le regroupement de personnes soucieuses de se protéger contre certains aléas de la vie.

Actuellement, le seul cadre légal régissant le fonctionnement des mutuelles est la loi modifiée du 7 juillet 1961 concernant les sociétés de secours mutuels, législation sur base de laquelle fut pris le règlement grand-

ducal modifié du 31 juillet 1961 déterminant le fonctionnement des sociétés de secours mutuel.

L'organisation actuelle des mutuelles luxembourgeoises ne correspond guère au cadre tracé par la loi. En effet, aux termes de l'article 3 de la loi, peut être membre d'une mutuelle « toute personne âgée de 18 ans ». Ne pourront dès lors être associées que des personnes physiques. L'article 13 prévoit certes la possibilité pour les sociétés de secours mutuels de se fédérer, mais une fédération des mutuelles ne constitue pas pour autant nécessairement une nouvelle société de secours mutuel. À cet égard, l'article 13 de la loi de 1961 est vague. La fédération nouvellement constituée par un regroupement de mutuelles doit également être « reconnue » par le ministre auquel il appartient de vérifier si les conditions de l'article 1^{er} de la loi sont respectées. Tant la Caisse médico-complémentaire mutualiste (ci-après CMCM), de loin la mutuelle la plus importante au Luxembourg, que les mutuelles des différentes fédérations sportives, culturelles et syndicales, regroupent en effet des membres constitués en association, en mutuelle ou – pour la CMCM – même des entreprises du secteur privé rejoignant la mutuelle pour faire bénéficier leurs salariés des prestations offertes ainsi que des membres affiliés directement à titre individuel, c'est-à-dire des personnes physiques qui ne sont pas membres d'une des mutuelles regroupées au sein de la CMCM. La situation de la CMCM est particulière dans la mesure où l'assemblée générale est constituée exclusivement des délégués des sociétés mutuelles membres. Ces dernières sont seules admises à l'assemblée générale par le biais de leurs délégués, à l'exclusion des affiliés individuels et des affiliés à travers une société de droit privé. À souligner encore que tous les membres d'une mutuelle regroupée au sein de la CMCM ne sont pas automatiquement et obligatoirement affiliés à la CMCM.

La loi de 1961 n'organise aucun système de représentation des membres par des délégués. Elle ne mentionne même pas les assemblées générales qui constituent pourtant la base de la gestion démocratique des mutuelles.

Les divers avis dont est saisi le Conseil d'État, plus particulièrement l'avis de la Chambre des salariés, soulignent les principes et valeurs mutualistes que sont la liberté d'adhésion à une société mutuelle, la solidarité entre les sociétaires (« un pour tous, tous pour un »), par opposition aux solutions individuelles ainsi que la gestion démocratique, principe selon lequel chaque sociétaire peut prendre part à la bonne marche de son groupement par la participation à l'assemblée générale et le contrôle de la gestion.

Quels sont les éléments qui distinguent les mutuelles des sociétés commerciales d'assurance ? Un élément essentiel dans ce contexte est le caractère civil des sociétés de secours mutuels. Dans la mesure où les mutuelles ont nécessairement un but non lucratif, elles n'exercent aucune activité commerciale. Les couvertures offertes par les mutualités se fondent sur une approche de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité.¹ En principe, les mutuelles constituent des regroupements de personnes physiques. Est toutefois souvent admis le caractère indirect de l'affiliation

¹ Voir dans ce contexte notamment un arrêt de la Cour d'arbitrage belge du 13 juillet 2001 (Mémorial B, 12 janvier 2002, p. 1264).

par le biais d'une association. Les prestations des mutuelles sont variables en fonction des ressources disponibles, tandis que dans un contrat d'assurance, l'assureur s'engage à fournir la prestation prédéfinie au contrat. De ce fait, l'assureur est tenu de constituer des provisions techniques afin d'être en mesure de respecter ses engagements.

Les efforts entrepris au niveau européen afin de créer un régime permettant une meilleure reconnaissance et une harmonisation des mutuelles à partir de 1993 ont échoué face au manque d'intérêt et furent abandonnés dans la suite. Ces efforts furent repris plus récemment dans le contexte du développement des entreprises sociales et solidaires. Ils visent à améliorer la compétitivité des mutuelles par rapport aux sociétés d'assurance commerciales. Le but est d'assurer la pérennité du modèle de gestion mutualiste, tout en facilitant l'accès aux capitaux nécessaires. L'aspiration des mutuelles à exercer des activités économiques exige en effet la mise en place de mesures destinées à protéger leur cocontractant et les créanciers. Il serait toutefois irréaliste de nier les difficultés que doivent affronter les mutuelles et ce, notamment au vu des disparités tant des régimes juridiques nationaux que des modèles culturels au niveau européen.

Dans la mesure où les mutuelles dépassent le seul intérêt de leurs membres, elles remplissent une mission d'intérêt général complémentaire à celle des organismes publics de protection sociale. Les mutuelles ont la particularité de ne pas disposer d'un capital social : personne ne détient de droits financiers en leur sein. Les ressources des mutuelles sont constituées essentiellement par la cotisation des mutualistes (dont la fixation est en principe réglementée de façon égalitaire). La mutuelle peut recourir, pour la gestion de son patrimoine, aux instruments financiers du marché tels que des obligations et des actions. Elle ne fournit par contre aucune rémunération d'un capital, vu qu'elle est impérativement un organisme non lucratif.

Le Conseil d'État note que le projet de loi sous avis fait peu de cas des problèmes qui se posent aux mutuelles en rapport avec l'adoption de la directive 2009/138 du Parlement européen et du Conseil du 29 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et de leur exercice (Solvency II), (ci-après : la Directive), et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et sa transposition en droit luxembourgeois par la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances.

À cet égard, le Conseil d'État rejoint la position de la Chambre de commerce qui estime nécessaire de voir clarifier dans le projet de loi sous avis les différences entre les activités d'une assurance et celles d'une mutuelle. Le Conseil d'État analysera cette question à l'endroit de l'examen de l'article 1^{er}.

Le terme « mutuelle » est manifestement porteur de confusion. À côté des mutuelles sur le plan national, visées exclusivement par le projet de loi sous examen, il existe de grands groupes sous forme de sociétés mutuelles d'assurance et bancaires originaires d'autres États européens qui exercent des activités au Luxembourg. En France, les mutuelles sont définies à l'article L.111-1 du Code de la mutualité comme étant des personnes morales de droit privé qui « mènent, notamment au moyen de cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants

droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ». Il est clair que les mutuelles exerçant dans le domaine des assurances sont soumises aux exigences et contraintes de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances, loi ayant transposé la directive 2009/138 et ce, dans le but d'assurer une meilleure gestion des risques et dès lors une meilleure protection des membres et des bénéficiaires des prestations.

Se pose la question de savoir si les mutuelles d'origine luxembourgeoise ou certaines d'entre elles sont exclues du champ d'application de la Directive. Aux termes de l'article 4 de la Directive, sous l'intitulé « Exclusion du champ d'application en raison de la taille », en sont en effet exclues les entreprises – même celles opérant dans le domaine des assurances - qui ne remplissent pas toutes les conditions suivantes :

« 1. Sans préjudice des articles 3 et 5 à 10, la présente directive ne s'applique pas à l'entreprise d'assurance qui remplit toutes les conditions suivantes :

- a) l'encaissement annuel de primes brutes émises par l'entreprise n'excède pas 5.000.000 euros ;
- b) le total des provisions techniques de l'entreprise, déduction non faite des créances découlant des contrats de réassurance et des véhicules de titrisation, visées à l'article 76, n'excède pas 25.000.000 euros ;
- c) lorsque l'entreprise appartient à un groupe, le total des provisions techniques du groupe, déduction non faite des créances découlant des contrats de réassurance et des véhicules de titrisation, n'excède pas 25.000.000 euros ;
- d) l'activité de l'entreprise ne comporte pas d'activités d'assurance ou de réassurance couvrant les risques de responsabilité civile, de crédit et de caution, sauf si ceux-ci constituent des risques accessoires au sens de l'article 16, paragraphe 1^{er} ;
- e) l'activité de l'entreprise ne comporte pas d'opérations de réassurance qui, soit excèdent 500.000 euros d'encaissement de primes brutes émises ou 2.500.000 euros de provisions techniques, déduction non faite des créances découlant des contrats de réassurance et des véhicules de titrisation, soit représentent plus de 10 pour cent de son encaissement de primes brutes émises ou de ses provisions techniques, déduction non faite des créances découlant des contrats de réassurance et des véhicules de titrisation.

2. Si un des montants énoncés au paragraphe 1^{er} est dépassé pendant trois années consécutives, la présente directive s'applique à partir de la quatrième année.

3. Par dérogation au paragraphe 1^{er}, la présente directive s'applique à toutes les entreprises sollicitant un agrément en vue d'exercer des activités d'assurance ou de réassurance dont l'encaissement annuel des primes brutes émises ou le montant brut des provisions techniques, déduction non faite des créances découlant de contrats de réassurance et de véhicules de titrisation, dépasseront, selon les prévisions, un des montants énoncés au paragraphe 1^{er} au cours des cinq années suivantes.

4. La présente directive cesse de s'appliquer aux entreprises d'assurance dont l'autorité de contrôle a vérifié qu'elles réunissent toutes les conditions suivantes :

- a) aucun des seuils énoncés au paragraphe 1^{er} n'a été dépassé pendant les trois années consécutives précédentes ; et
- b) aucun des seuils énoncés au paragraphe 1^{er} ne sera, selon les prévisions, dépassé au cours des cinq années à venir.

Le paragraphe 1^{er} du présent article n'est pas applicable tant que l'entreprise d'assurance concernée exerce ses activités conformément aux articles 145 à 149.

5. Les paragraphes 1 et 4 n'empêchent aucune entreprise de solliciter ou de conserver un agrément au titre de la présente directive. »

Le Conseil d'État ne dispose pas des informations qui lui auraient notamment permis d'évaluer le nombre de mutuelles dont le montant des encaissements et la provision technique sont inférieurs aux seuils figurant à l'article 4 de la Directive et qui sont, de ce seul fait, exclues de son champ d'application.

Selon le libellé de l'article 5 2) de la Directive, repris dans les mêmes termes à l'article 37 b. de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances, « Les opérations des organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquelles la contribution des adhérents est déterminée forfaitairement », sont également exclues de son champ d'application.

En cas d'adoption du projet de loi sous avis, il appartiendra au ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions, de procéder aux vérifications nécessaires afin de déterminer au cas par cas si, selon ses statuts ou ses activités, une mutuelle visée par le projet de loi sous avis respecte les conditions d'exclusion par rapport aux dispositions de la loi de 2015 précitée.

Examen des articles

Article 1^{er}

Sous l'intitulé « champ d'application » l'article 1^{er} définit la notion de mutuelle et énonce les objets.

L'alinéa 1^{er} de l'article est à omettre étant donné que, dans la mesure où il ne fait qu'annoncer partiellement le contenu du projet de loi sous avis, il est sans apport normatif.

La définition de la mutuelle figurant à l'alinéa 2 restreint son champ d'activité par rapport à la loi de 1961 actuellement en vigueur. Le Conseil d'État note que la définition, qui s'inspire de l'article 5 de la Directive, n'inclut pas un renvoi à l'esprit ni aux grands principes caractéristiques selon lesquels sont créées les mutuelles et qui sont, à côté du but non lucratif mentionné à l'alinéa 3, le caractère obligatoire d'une solidarité entre tous les

membres, l'interdiction d'une exclusion liée à l'âge ou à l'état de santé préexistant, l'absence de segmentation des cotisations, mis à part une segmentation liée à l'âge ou à des risques modulables, des garanties identiques pour tous les membres et une gouvernance citoyenne en bon père de famille en toute transparence par l'assemblée générale. Ce faisant, le législateur s'inspirerait de la loi belge du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire. Le cadre légal et organisationnel belge en matière de protection sociale diffère toutefois foncièrement de celui en vigueur au Luxembourg. Cette approche soulignerait la différence des mutuelles par rapport aux sociétés d'assurance privées.

La notion de « contribution forfaitaire appropriée » n'est pas définie. Or, une définition précise de cette expression délimiterait plus clairement le champ d'application des opérations propres aux mutuelles par rapport à celles des activités d'assurance.

La définition ne renseigne pas non plus que les ressources des mutuelles peuvent provenir d'autres origines que les cotisations et notamment des produits du patrimoine, de dons ou de legs.

Le libellé de l'alinéa 2 vise à exclure les mutuelles régies par la loi en projet du champ d'application de la Directive, notamment par la délimitation du champ d'activité aux « opérations de prévoyance et de secours » et l'exclusion implicite de toute activité d'assurance. Le libellé figure dans des termes identiques à l'article 9 de la Directive². À l'opposé du contrat d'assurance, la mutuelle telle que définie au projet de loi sous avis fournit « des prestations variables selon les ressources disponibles », le contrat d'assurance stipulant au contraire au profit de l'assuré des prestations contractuelles prédéfinies. Les risques auxquels se voit exposer la mutuelle, et plus particulièrement le risque d'insolvabilité, sont dès lors moindres. Pour bien souligner que la loi en projet ne s'applique pas à des mutuelles et à des activités de mutuelles qui sortent de cette définition restrictive – et notamment les mutuelles d'assurances qui sont soumises aux exigences de la loi modifiée de 2015 précitée – le Conseil d'État propose de préciser à l'alinéa 2 (alinéa 1^{er} selon le Conseil d'État) : « Les mutuelles visées par la loi sont des personnes morales ... ».

Les mutuelles sont définies comme étant des « personnes morales de droit privé sous forme de groupement de personnes physiques ». Les auteurs ont dès lors souhaité maintenir les mutuelles sous un statut propre, distinct de celui des associations sans but lucratif. Une option différente aurait consisté à imposer le statut d'association sans but lucratif. Ce faisant, le projet de loi sous avis aurait notamment pu faire l'économie des dispositions figurant aux articles 4, 5 et 6.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit des considérations générales. À l'instar de l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi belge du 6 août 1990 relative aux mutualités, la définition du projet de loi exige la constitution des mutuelles par des personnes physiques. Ce faisant,

² Article 9 de la directive 2009/138 :

« Opérations et activités

En ce qui concerne l'assurance vie, la présente directive ne s'applique pas aux opérations et activités suivantes :

a) les opérations des organismes de prévoyance et de secours qui accordent des prestations variables selon les ressources disponibles et exigent de chacun de leurs adhérents une contribution forfaitaire appropriée (...) ».

le projet de loi sous avis insiste sur une condition qui n'est actuellement pas respectée par les mutuelles « reconnues » sous le régime de la loi de 1961. Il serait éventuellement utile de distinguer entre les membres d'une mutuelle et les bénéficiaires des prestations également désignés par le terme « affiliés ». Pourraient dès lors accéder au statut de membre des associations, des mutuelles, voire même des sociétés commerciales agissant en leur qualité d'employeur à condition que les bénéficiaires des prestations de la mutuelle soient exclusivement des personnes physiques.

La définition figurant au projet de loi sous avis précise que les mutuelles sont des personnes morales « de droit privé ».

Aux termes de l'alinéa 3, l'objet de la mutuelle est « sans but de lucre ». Le Conseil d'État propose de remplacer cette phrase par le libellé suivant : « Les mutuelles n'ont pas de but lucratif ».

L'alinéa 4 énumère les seules activités autorisées pour les mutuelles qui souhaitent être agréées par le ministre et qui tombent dans le champ d'application de la loi. À noter que le champ d'activité autorisé selon le projet de loi est très sensiblement réduit par rapport à celui figurant dans la loi de 1961. Cette restriction vise à éviter tout empiètement sur le domaine des assureurs commerciaux privés. Les quatre premières activités énumérées au projet de loi sous avis ne posent pas de difficultés majeures. Elles entrent en effet dans le champ d'activité classique des mutuelles, dans la mesure où il s'agit de prestations ayant un caractère de prévoyance et de secours, sans but lucratif, et dès lors non assurantiel. Les prestations visées constituent une couverture complémentaire à celle fournie par le régime légal de protection sociale. Ces activités ne tombent pas sous l'application de la Directive. Elles ne sont dès lors pas soumises aux exigences de réglementation prudentielle imposée aux assureurs commerciaux.

Selon le point 5 de l'alinéa 4, les mutuelles pourraient conclure des « assurances - groupe » ou des « assurances collectives permettant d'assurer différents risques en faveur des membres ». Ces deux notions ne sont définies nulle part. Le commentaire de l'article est également muet sur ce point. Le libellé autorise les mutuelles à conclure des assurances collectives. Qui agirait comme cocontractant de la mutuelle ? Un assureur privé ? Les membres de la mutuelle seraient-ils tenus chacun individuellement au paiement d'une « contribution forfaitaire », telle qu'exigée selon la définition de la mutuelle reprise à l'alinéa 2, contribution qui inclurait le bénéfice des stipulations contractuelles avec les compagnies d'assurance partenaires de la mutuelle ? En l'absence de toute précision – le libellé vise « différents risques » - les contrats d'assurance collectifs pourraient-ils couvrir des risques tels que les assurances automobiles ou de responsabilité civile générale ? La conclusion d'une assurance collective auprès d'une compagnie d'assurance commerciale ne constituerait de toute manière pas un objet réservé aux mutuelles. Par contre, toute entité commerciale et toute association sans but lucratif peuvent agir de la sorte. La question se pose toutefois de savoir si une telle opération ne risque pas de sortir du cadre de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité propre aux mutuelles. S'agirait-il de permettre aux mutuelles de conclure des contrats par lesquels la mutuelle assure ses propres risques des dépenses futures ? Ces activités comportent un risque évident de contrariété par rapport à la définition de la mutuelle telle qu'elle figure à l'alinéa 2 du présent article. Au vu des imprécisions du projet de loi sous avis sur ce point, source d'insécurité

juridique, et en l'absence de formulation plus claire ou d'explications de la part des auteurs, le Conseil d'État réserve sa position sur la dispense du second vote constitutionnel.

Article 2

L'article 2 du projet de loi sous avis traite de la procédure d'agrément d'une mutuelle ainsi que des modalités de suspension et de retrait de l'agrément. Selon l'exposé des motifs, ces dispositions constituent « l'objectif principal » de la réforme. Avant de soumettre les statuts au ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions en vue d'obtenir l'agrément, une mutuelle doit faire approuver ses statuts par l'assemblée générale. Au vu des dispositions de l'article 5, alinéa 1^{er}, points 3 et 4, combinés avec l'alinéa 6 de l'article sous examen, les statuts devront être approuvés par deux tiers des membres présents ou représentés.

L'alinéa 1^{er} fait état d'un « dossier d'agrément ». À part les statuts à agréer, quels autres documents sont exigés ? Le libellé du projet de loi sous avis ne fournit aucune précision à ce sujet. Selon l'alinéa 2 du même article, le ministre est toutefois tenu de vérifier :

- la conformité des statuts aux exigences de la loi et notamment celles énumérées aux articles 1^{er} et 2
- le caractère suffisamment solide du plan d'activités.

Il lui incombe de se prononcer sur la cohérence entre les recettes prévisionnelles avec les dépenses statutaires telles qu'approuvées par l'assemblée générale. Le libellé proposé ne précise pas clairement que le ministre doit contrôler le respect de l'article 1^{er}. Cette exigence découle toutefois indirectement du fait que le ministre agréera « une mutuelle ». Il doit, s'il est saisi par une telle entité, contrôler si elle tombe dans le champ d'application de la loi. Dans la mesure où les statuts doivent notamment préciser les cotisations et la nature des prestations, le ministre disposera des renseignements utiles.

La mutuelle n'est pas tenue de disposer d'un fonds de réserve au moment de sa constitution. La mutuelle ne garantit en effet le versement de l'indemnité statutaire qu'en fonction et dans la limite de ses recettes. Si une mutuelle jouissant d'une certaine expérience peut raisonnablement prévoir ses dépenses pour une année à venir, une telle prévision est évidemment plus aléatoire pour une structure nouvellement créée.

Aux termes de l'article 8, alinéa 2, le ministre a la possibilité de réclamer avant toute décision de sa part la communication de toute pièce qu'il jugera nécessaire ou utile pour agir conformément à sa mission légale. Cette disposition s'applique, bien entendu, aussi avant toute décision relative à l'octroi, à la suspension ou au retrait de l'agrément.

La loi en projet introduit la compétence du ministre pour suspendre l'agrément, après avoir constaté une violation de la loi ou des statuts. Le Conseil d'État marque son accord avec cette disposition qui constitue une garantie pour les bénéficiaires des prestations.

Le projet de loi sous avis ne prévoit pas la publication d'une décision de suspension de l'agrément. Dans la mesure où une telle décision aura toutefois toujours pour effet d'interdire à la mutuelle de percevoir pendant la

période de suspension des cotisations de la part des membres, une publicité adéquate de la décision prise par le ministre est impérative. Par ailleurs, une décision de suspension devrait déclencher obligatoirement la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, étant donné qu'elle entraînera des décisions qui relèvent de la compétence de cet organe de la mutualité. Une simple information transmise à « la mutuelle », c'est-à-dire au conseil d'administration, auquel il est, le cas échéant, reproché d'avoir violé les statuts, n'est pas suffisante eu égard à l'exigence fondamentale de transparence au sein de la mutuelle. Le Conseil d'État propose de faire figurer l'obligation de convoquer une assemblée générale extraordinaire à l'endroit de l'article 5, afin de décider de la suite à accorder à une suspension d'agrément.

Le projet de loi sous avis n'introduit pas de régime spécial de recours contre les décisions du ministre. Le droit commun trouvera dès lors application et le ministre devra respecter les prescrits de la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes. Le Conseil d'État admet que l'activité des mutuelles ne rentre pas dans le champ d'application de la loi modifiée du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur, s'agissant de services financiers exclus de l'application de la loi aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 2, point b). Dès lors, en l'absence de décision ministérielle dans le délai de trois mois, le demandeur d'agrément ne bénéficiera pas d'un agrément tacite.

Article 3

L'article 3 indique les mentions qui doivent figurer dans les statuts. Le Conseil d'État propose de libeller le bout de phrase introductif comme suit :

« Les statuts mentionnent... »

En effet, dans la mesure où les compétences du ministre figurent à l'article 2, il appartient à ce dernier de contrôler le respect des exigences légales et il n'est pas indiqué de recourir, dans un texte légal, à des termes tels que « impérativement ». L'obligation découle de l'énoncé dans la disposition légale.

Aux termes du point 1., la dénomination de la mutuelle régie par la loi en projet doit comprendre soit le terme de « mutualité », soit le terme de « mutuelle », soit le terme de « mutualiste ». La loi en projet n'interdit pas à d'autres entités d'avoir recours à ces mêmes termes. Alors que de nombreuses sociétés, essentiellement étrangères, exerçant des activités au Luxembourg, comportent un de ces termes dans leur dénomination, une interdiction généralisée serait de toute manière exclue. Par contre, et afin d'éviter au maximum la confusion dans l'esprit du public, la loi devrait prévoir que les statuts des sociétés mutuelles agréées par le ministre mentionnent cette indication dans tous les actes, annonces, publications et autres pièces à l'instar de ce que l'article 11 de la loi modifiée du 21 avril 1928 impose aux associations sans but lucratif. Il y a dès lors lieu de compléter l'article 3 sur ce point.

Le nombre minimal de trois membres fixé au point 4 est trop bas et ne correspond guère à l'exigence de solidarité, propre aux mutuelles. Cette observation vaut en particulier si le projet de loi réserve l'accès au statut de

mutualité à des entités composées de personnes physiques exclusivement. À signaler qu'aux termes de l'article 6 du projet de loi sous avis, le conseil d'administration doit également avoir au moins trois membres. Qui contrôlerait la bonne exécution du mandat par les administrateurs dans un tel cas de figure ?

Selon le point 5, les statuts doivent fixer les « conditions mises à l'entrée et à la sortie des membres ». Le Conseil d'État rappelle que, dans une mutuelle, l'âge ne devrait pas pouvoir être invoqué pour refuser l'accès à un membre, les prestations pouvant toutefois varier selon la durée et l'âge d'adhésion.

Au point 6, il y a lieu de préciser, conformément à l'article 1^{er} alinéa 2, que les contributions des membres sont « forfaitaires » dans la mesure où cette caractéristique des contributions constitue un des éléments distinguant une mutuelle d'une compagnie d'assurance.

Le point 7 doit être lu ensemble avec l'article 4, alinéa 4, aux termes duquel, et sauf disposition contraire des statuts, le membre qui n'a pas réglé sa cotisation « est présumé démissionnaire ». Les statuts ne doivent dès lors pas mentionner obligatoirement la procédure applicable en cas de non-paiement des cotisations par un membre, mais peuvent se limiter à fixer les échéances endéans lesquelles les cotisations sont à verser.

Selon le point 8, les statuts doivent mentionner les attributions de l'assemblée générale. Aux termes de l'article 5 du projet de loi sous avis, certaines compétences doivent obligatoirement rester dans le giron de l'assemblée générale. Par ailleurs, et dans la mesure où le montant des cotisations et les prestations doivent figurer dans les statuts, les modifications y relatives relèvent également de la compétence de l'assemblée générale. Il est renvoyé dans ce contexte aux observations à l'endroit de l'article 5 par rapport au mode de convocation de l'assemblée générale.

Article 4

L'alinéa 1^{er} de l'article 4 réitère la disposition de la définition de la mutuelle figurant à l'article 1^{er}, alinéa 2, aux termes de laquelle le statut de membre est réservé à des personnes physiques. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1^{er}.

Il s'interroge sur la signification de la première phrase de l'alinéa 2, inspirée du libellé de l'article 3 de la loi modifiée du 7 juillet 1961 concernant les sociétés de secours mutuel. S'il faut lire cette phrase dans le sens que les mutuelles ne peuvent pas refuser l'adhésion d'un nouveau membre, la disposition serait en retrait par rapport à l'article 3, point 5, qui exige de fixer des conditions d'entrée dans les statuts.

Aux termes de la deuxième phrase du même alinéa, « les droits issus de la participation à une mutuelle sont incessibles et insaisissables ». Cette disposition n'est pas autrement expliquée dans le commentaire de l'article et est susceptible de violer le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. En quoi les droits issus de la participation à une mutuelle se distinguent-ils des droits résultant d'un contrat d'assurance commercial ? Une telle différence de traitement serait-elle rationnellement justifiée et adéquate ? À

défaut d'obtenir de plus amples informations, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

L'article 4 ne prévoit aucune obligation, dans le chef d'une mutualité, de déposer la liste de ses membres au registre de commerce et des sociétés, alors même qu'une telle obligation existe dans le chef des associations sans but lucratif régies à l'endroit de l'article 10 de la loi modifiée du 21 avril 1928. Dans la mesure où, aux termes de l'article 5, alinéa 2, une assemblée générale doit être convoquée « lorsqu'un cinquième des membres en fait la demande », il est impératif de disposer d'un accès à la liste des membres, le cas échéant, à l'instar des associations sans but lucratif, par le dépôt de la liste de tous les membres au registre de commerce et des sociétés dans le mois de la publication des statuts. La liste devra être complétée, le cas échéant, dans le mois suivant la clôture de l'année sociale.

Contrairement à la loi actuellement en vigueur, le projet de loi n'exclut pas l'accès des mineurs au statut de membre. Il appartiendra dès lors à chaque mutuelle de déterminer les conditions d'entrée également sous cet aspect dans ses statuts.

Article 5

Cet article traite des compétences de l'assemblée générale, l'organe le plus important dans la mesure où la gestion selon des principes démocratiques constitue un élément de base caractérisant les mutuelles. Ce faisant, le projet de loi supprime une lacune importante, alors que la loi précitée de 1961 ne contient aucune disposition réglant le fonctionnement interne des mutuelles. L'assemblée générale est toutefois mentionnée aux articles 1^{er}, 3 et 8 du règlement grand-ducal modifié du 31 juillet 1961 déterminant le fonctionnement des sociétés de secours mutuel.

Les compétences réservées à l'assemblée générale sont, dans les grandes lignes, les mêmes que celles en vigueur pour les associations sans but lucratif. Selon l'alinéa 2, une assemblée générale doit être convoquée au moins une fois par année. L'article est inspiré des articles 4, 5 et 6 de la loi modifiée précitée du 21 avril 1928.

Le Conseil d'État estime qu'il serait utile de prévoir, à l'instar du droit commun applicable aux sociétés commerciales, un délai minimum entre la date de la convocation et la tenue de l'assemblée générale. Il rejoint la position exprimée par la Chambre de commerce dans son avis du 14 décembre 2016 et propose le libellé suivant :

« L'assemblée générale est convoquée au moins une fois par an par le conseil d'administration, sans préjudice des cas prévus par les statuts. Elle est également convoquée lorsqu'un cinquième des membres en fait la demande. »

Le projet de loi sous avis ne précise pas le mode de convocation des membres à l'assemblée générale. Il serait toutefois utile d'instaurer une obligation de convoquer individuellement les membres – lettre simple ou courriel – ainsi que la publication de la convocation sur le site internet de la mutuelle et, le cas échéant, en fonction du nombre des membres, dans la presse.

Selon l'alinéa 4, des décisions sur des sujets non prévus à l'ordre du jour pourraient être prises si les statuts le permettent expressément. Aux yeux du Conseil d'État, des décisions susceptibles d'être prises en dehors de l'ordre du jour communiqué à tous les membres devraient être limitativement énumérées dans les statuts. À l'instar de l'article 8 de la loi précitée du 21 avril 1928, elles ne devraient pas pouvoir porter sur les délibérations portant modification des statuts.

À l'alinéa 5, il y a lieu de préciser que la procuration doit être écrite.

Le Conseil d'État suggère d'inverser les deux phrases de l'alinéa 6 et de libeller cet alinéa comme suit :

« Les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité relative des voix des membres présents ou représentés. Les décisions de l'assemblée générale relatives aux points 3^o, 4^o et 5^o de l'alinéa 1^{er} doivent réunir les deux tiers des voix des membres présents ou représentés. »

L'alinéa 7 semble permettre d'imposer, dans les statuts, un nombre minimal de membres physiquement présents à la première assemblée générale appelée à statuer sur les points 4^o et 5^o de l'alinéa 1^{er}. Une telle exigence serait toutefois en contradiction avec la possibilité, prévue à l'alinéa 5, de donner procuration. Le Conseil d'État propose le libellé suivant :

« Les statuts peuvent fixer un quorum de membres présents ou représentés pour statuer sur les points 4^o et 5^o de l'alinéa 1^{er}. Si ce quorum n'est pas atteint, une assemblée générale extraordinaire est convoquée à l'issue d'un délai d'au moins quinze jours. Cette assemblée générale délibérera valablement quel que soit le nombre de membres présents. »

Article 6

L'article 6 traite de la composition, des compétences, des obligations et des responsabilités du conseil d'administration et de ses membres.

Aux termes de l'alinéa 2, le conseil d'administration se compose d'un nombre impair de membres de la mutuelle qui ne peut être inférieur à trois. Se pose dans ce contexte également la question récurrente de savoir qui peut être membre. Selon le commentaire de l'article, seuls les membres physiques pourraient composer le conseil d'administration, une précision qui ne figure pas dans le texte. Il serait plus logique et conforme à la réalité de préciser que le conseil d'administration est composé de personnes physiques, membres ou déléguées par les membres constitués sous forme de personnes morales en tant que représentants. Une clarification s'impose.

À l'alinéa 3, il y a lieu de supprimer le bout de phrase « et dans les limites de la présente loi », tant il est évident que les dispositions de la loi s'appliquent en toute hypothèse.

La durée du mandat des administrateurs, fixée en l'absence de règles statutaires spécifiques à quatre ans, paraît excessivement longue et n'est guère de nature à dynamiser le secteur.

Aux termes de l'alinéa 5, le conseil d'administration peut être autorisé par les statuts ou l'assemblée générale à déléguer « tout ou partie de ses missions » à un membre de la mutuelle ou même à un tiers. Cette disposition permettrait dès lors à un conseil d'administration - le cas échéant nommé pour quatre ans ou plus - de se décharger de ses compétences sur un tiers non autrement précisé, voire même sur une entreprise commerciale. Une telle latitude, même si elle n'est pas de nature à décharger des administrateurs de leurs responsabilités, est en contradiction tant avec les principes à la base des mutuelles qu'avec le texte de l'alinéa premier de l'article sous examen de la loi en projet qui exige que le conseil d'administration « gère les affaires de la mutuelle et la représente dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires ». Le Conseil d'État exige d'omettre la possibilité donnée au conseil d'administration de déléguer toutes ses missions à un tiers. Bien entendu, le conseil d'administration d'une mutuelle peut, à l'instar de toute personne morale, accorder une délégation de compétences précisée dans un accord écrit ou une délégation de signature à des salariés de la mutuelle ou à un administrateur particulier. Une délégation doit toutefois toujours être opportune, c'est-à-dire être justifiée au regard de la taille de la mutuelle, de ses objets et de son organisation interne. Dans la mesure où le libellé de l'alinéa sous avis précise que la responsabilité du conseil d'administration reste maintenue en cas de délégation, le délégant aura de toute manière intérêt à veiller sur la bonne exécution des missions confiées au délégataire.

Conformément à la suggestion de la Chambre de commerce exprimée dans son avis précité, il y a lieu de préciser à l'alinéa 6 que le conseil d'administration est tenu de soumettre à l'approbation de l'assemblée générale les comptes annuels de l'exercice écoulé, avec le rapport du contrôleur visé au quatrième alinéa de l'article 5.

À l'endroit de l'alinéa 7, les auteurs ont jugé opportun de mentionner le régime de droit commun des responsabilités. Dans la mesure où l'apport normatif de cet alinéa est nul, le Conseil d'État propose de l'omettre.

Afin de permettre au ministre d'exécuter sa mission de contrôle définie à l'article 8, le conseil d'administration est tenu de lui transmettre :

- un rapport sur la gestion administrative et financière
- le rapport de contrôle tel que prévu à l'article 8
- la composition du conseil d'administration.

Le Conseil d'État estime qu'il est préférable de fixer le délai de communication au ministre à partir de la date de l'assemblée générale. La phrase introductive de l'alinéa 8 se lira comme suit :

« Au plus tard un mois après l'assemblée générale portant sur l'exercice écoulé, le conseil d'administration est tenu de communiquer au ministre : ... ».

L'alinéa 9 est à omettre, vu qu'il énonce une évidence : tout comportement contraire aux exigences légales constitue bien entendu un « non-respect de la loi ».

Le projet de loi sous avis ne contient aucune disposition par rapport aux incompatibilités éventuelles entre les mandats exercés au sein du conseil d'administration et l'exercice d'autres fonctions. Le projet de loi sous avis pourrait dès lors être complété sous cet aspect. Il est toutefois

admis que, même en l'absence de dispositions spécifiques dans la loi ou les statuts, il est exclu qu'un membre du conseil d'administration puisse occuper en même temps une fonction de contrôleur du conseil d'administration. De même, un délégué représentant le cas échéant un membre d'une mutuelle à l'assemblée générale – toujours dans l'hypothèse où le projet de loi sous avis ouvrira la possibilité d'être membre aux personnes morales – ne doit pas occuper, parallèlement, de fonction d'administrateur. L'objet d'une mutuelle étant *quasi* exclusivement confiné dans une activité de gestion de fonds, ces règles devraient s'appliquer plus strictement que dans le monde associatif, où tel n'est pas le cas.

Article 7

L'article 7 précise les règles applicables à la gestion du patrimoine. Trois formes de placement sont envisagées :

- un placement auprès d'un institut financier, sur un compte d'épargne, par l'achat d'obligations ou par l'achat de titres de la dette publique
- un placement auprès d'organismes de placements collectifs
- un placement en biens immobiliers.

Les placements auprès d'un institut financier en comptes d'épargne, en obligations ou en titres de la dette publique ont l'avantage de la sécurité, mais ne permettent évidemment pas d'espérer un rendement intéressant. Le Conseil d'État est toutefois d'avis qu'une mutuelle n'a pas pour objet ou mission d'être gestionnaire de fortune. La constitution d'un patrimoine initial n'est d'ailleurs pas prévue parmi les conditions d'agrément visées aux articles 1 et 3. Il en découle que le patrimoine accumulé doit être géré en bon père de famille. Toute opération qui comporterait des risques inconsidérés doit être exclue. Les placements dans des fonds communs de placement et des sociétés d'investissement, même agréés par la CSSF, restent susceptibles de constituer des opérations à haut risque. Il est permis de penser que de telles décisions dépassent les compétences des membres de l'assemblée générale d'une mutuelle. Le contrôle démocratique effectif des décisions de placement dans de tels instruments risque d'être illusoire. Les membres, personnes physiques, d'une mutuelle, seraient ainsi progressivement privés de leurs missions sous le prétexte de la recherche d'un profit maximal, notion foncièrement étrangère à l'esprit mutualiste. Sans méconnaître l'intérêt légitime des mutuelles de veiller à ce que leur patrimoine ne soit rongé par l'inflation, le Conseil d'État préconise une approche prudente du législateur. Afin de ne pas surcharger le projet de loi sous avis par des mesures restrictives d'ordre technique, il suggère d'insérer dans celui-ci un principe général énonçant l'obligation de veiller à se limiter à des investissements sécurisés tout en instaurant un renvoi à un règlement grand-ducal qui fixera notamment un pourcentage maximum des investissements dans certaines catégories de risques à définir. Une telle approche assurera une plus grande flexibilité et dès lors aussi une meilleure protection des intérêts à la fois des membres et des bénéficiaires des prestations.

Article 8

Cet article régit les modalités applicables au contrôle des comptes. Il n'est pas exclu que pour des mutuelles de taille très modeste de type « caisse de décès », l'obligation de devoir recourir à un professionnel pour procéder au contrôle légalement requis en lieu et place des contrôleurs de

caisse bénévoles puisse constituer une charge démesurée. En l'absence de données chiffrées à ce sujet, le Conseil d'État n'est pas en mesure d'apprécier l'opportunité des dispositions sous avis.

Selon l'alinéa 6, le contrôleur des comptes est également appelé à se prononcer « au sujet de la pérennité financière de la mutuelle » au sens de l'article 2, alinéa 2. Il lui incombe dès lors d'exprimer son avis sur la corrélation entre les recettes prévisionnelles et les dépenses statutaires. Il est de surcroît appelé à se prononcer sur la bonne exécution du mandat des administrateurs. Il convient de noter que ces deux missions débordent manifestement du cadre des compétences des professionnels visés. Leur appréciation ne saurait dès lors engager leur responsabilité qu'en cas de faute grave.

Article 9

Sans observation.

Article 10

Aux termes de cet article, les mutuelles seraient autorisées à se regrouper dans une fédération créée sous forme d'association sans but lucratif.

Dans la mesure où cet article ne fait que rappeler le droit commun – toute personne physique ou morale dispose du droit de s'associer en vertu de l'article 26 de la Constitution – l'article sous avis n'a aucune plus-value normative et est à omettre. Il est évident qu'une fédération de mutuelles ne peut acquérir la qualité de mutuelle sans respecter à son tour les conditions de la loi en projet. La fédération peut se constituer dès lors exclusivement sous forme d'association sans but lucratif, les mutuelles n'ayant pas de but lucratif.

Article 11

L'article 11 contient une mesure transitoire en ce qu'il dispose que les mutuelles approuvées en application de la loi modifiée de 1961 sont tenues de se conformer à la loi en projet dans les trois ans de son entrée en vigueur. D'ici là, et vu l'abrogation de la loi de 1961 à l'endroit de l'article 13, les mutuelles visées sont toutefois tenues de respecter les prescrits de la nouvelle loi, pour autant que ces modalités ne sont pas régies différemment dans leurs statuts. Au vu de la période d'insécurité ainsi créée, le Conseil d'État suggère de réduire le délai de mise en conformité prévu de trois ans à deux ans maximum. Il y a lieu de préciser, sous peine d'opposition formelle, pour insécurité juridique, que les mutuelles sont tenues de mettre leurs statuts en conformité avec la nouvelle loi dans le délai imparti.

Articles 12 et 13

Sans observation.

Article 14

Le Conseil d'État propose de fixer l'entrée en vigueur de la loi en projet au 1^{er} janvier 2019.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Il y a lieu d'omettre la référence « la présente loi » aux articles 6 et 9 du projet de loi sous avis, étant donné que la référence aux articles y cités est sous-entendue à la loi en projet. Il n'y a dès lors pas lieu de préciser, par exemple, qu'il s'agit de l'« article 8 de la présente loi ».

La suite des articles 11 à 13 est à revoir, vu que les dispositions finales se présentent dans l'ordre suivant : dispositions modificatives, dispositions abrogatoires, dispositions transitoires, introduction d'un intitulé de citation et mise en vigueur.

L'article 11 reprend le contenu de l'article 12, l'article 12 celui de l'article 13, et l'article 13 celui de l'article 11. Suite à l'introduction d'un article 14 nouveau, l'article 14 initial deviendra l'article 15.

Article 1^{er}

À l'article 1^{er} point 4 de l'alinéa 4, le terme « allocation » prend un « s ».

Articles 2 et 9

À l'article 2, aux alinéas 2 et 7, et à l'article 9, il y a lieu de remplacer le terme « mémorial » par « Journal officiel ».

Article 6

Il y a lieu d'insérer un point à la suite de l'abréviation « Art. » et l'article 6 se présente dès lors comme suit : « Art. 6. »

Article 7

À l'article 7, il y a lieu de supprimer les termes mis entre parenthèses.

Article 14 (nouveau selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose d'insérer un article 14 nouveau au projet de loi relatif à l'intitulé de citation, et qui pourra se lire comme suit :

« **Art. 14.** La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante : « Loi du ... concernant les mutuelles. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 16 janvier 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes