



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 58.368/2
du 18 novembre 2015

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'relatif à la
mobilisation de l'épargne privée en faveur des PME'

Le 23 octobre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre de l'Économie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'relatif à la mobilisation de l'épargne privée en faveur des PME'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 18 novembre 2015. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Luc DETROUX et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 novembre 2015.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

Partant du constat que « l'accès des PME, créatrices de valeur ajoutée et d'emplois, au financement de leurs activités et de leurs projets est crucial pour le maintien et le développement du tissu économique wallon » et du constat que « les entreprises rencontrent régulièrement des difficultés dans l'accès au financement, ce qui est particulièrement vrai pour les petites entreprises et les jeunes entreprises », difficultés principalement imputables à la politique de resserrement du crédit pratiquée par les organismes bancaires et de crédit soumis à de nouvelles exigences en termes de solvabilité et de liquidité édictées par réaction à la crise bancaire et financière de 2008, resserrement du crédit qui affecte par priorité « les entreprises en création et les entreprises innovantes présentant en moyenne un profil de risque plus élevé », l'avant-projet vise, comme son intitulé l'annonce, à mobiliser l'épargne privée en faveur des PME.

Le mécanisme mis en place par l'avant-projet consiste à inciter les personnes physiques à contribuer au financement des indépendants et jeunes entreprises en accordant à ces personnes physiques un crédit d'impôt à l'IPP lorsque, selon les conditions prévues par l'avant-projet, elles prêtent de l'argent à un indépendant ou à une P.M.E.

Pour bénéficier des avantages prévus par l'avant-projet, le prêteur doit être une personne physique qui conclut le prêt en dehors du cadre de ses activités entrepreneuriales ou professionnelles et l'emprunteur doit en substance être une micro, petite ou moyenne entreprise – au sens donné à ces notions par le droit de l'Union européenne – qui est inscrite depuis moins de cinq ans accomplis à la banque carrefour des entreprises ou à un organisme de sécurité sociale des indépendants et qui a un siège d'exploitation en Région wallonne.

Le prêt, qui est subordonné aux dettes existantes et futures de l'emprunteur, doit prendre la forme d'un écrit et avoir une durée fixe de quatre, six ou huit ans. Le montant prêté ne peut dépasser 50.000 euros par prêteur et le montant emprunté ne peut dépasser 100.000 euros par emprunteur, ce dernier étant tenu d'affecter la somme prêtée uniquement à la réalisation de l'activité de son entreprise, à l'exception de toute affectation à des fins privées.

Le contrat de prêt doit prévoir un taux annuel fixe d'intérêts dus par l'emprunteur et ce taux d'intérêts ne peut être ni supérieur au taux légal en vigueur à la conclusion du prêt ni inférieur à la moitié de ce même taux légal ¹.

Le prêteur bénéficie pendant toute la durée du prêt d'un crédit d'impôt annuel d'une valeur de 4 % de la somme prêtée pendant les quatre premières années que dure le prêt et de 2,5 % de la même somme au cours des éventuelles périodes imposables suivantes.

L'avant-projet exclut l'application du dispositif dans certaines circonstances.

En ce qui concerne l'emprunteur, les exclusions sont liées à l'exercice d'activités dans certains secteurs, à un état préexistant d'insolvabilité ou encore à certaines conditions à remplir lorsque l'emprunteur est une personne morale (les sociétés cotées en bourse sont par exemple exclues afin de limiter la portée du dispositif aux PME qui ont un « potentiel limité d'attrait de capital à risque »).

En ce qui concerne le prêteur, les exclusions sont liées à la proximité existant entre le prêteur et l'emprunteur. Ainsi, le prêteur ne peut être l'employé, le conjoint ou le cohabitant légal de l'emprunteur.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1. L'avant-projet de décret ayant pour objet d'accorder un crédit d'impôt à certaines personnes assujetties à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, il y a lieu d'examiner s'il est bien conforme au principe d'égalité en matière fiscale garanti par les articles 10, 11 et 172 de la Constitution, ce qui implique que la différence de traitement qu'il établit au profit des personnes assujetties à l'impôt des personnes physiques qui effectuent un prêt aux conditions définies par l'avant-projet soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé.

La question se pose donc de savoir si l'avantage fiscal accordé par le présent avant-projet concourt effectivement à l'objectif, lié aux compétences matérielles de la Région ², qu'il prétend poursuivre et, dans l'affirmative, s'il reste dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec cet objectif poursuivi. Tel ne serait assurément pas le cas, notamment, si l'avantage fiscal ainsi prévu avait pour conséquence d'obérer les finances de la Région wallonne au profit de certains contribuables sans produire les effets positifs suffisants recherchés par la mesure. Dans une telle hypothèse, du reste, il ne serait pas douteux qu'une

¹ Pour l'année 2015, le taux d'intérêt légal défini à l'article 2 de la loi du 5 mai 1865 'relative au prêt à l'intérêt' est de 2,50 %.

² L'article 5/5, § 3, 1°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des communautés et des régions' requiert que les crédits d'impôts accordés par les régions soient liés à leur compétences matérielles.

telle politique ne relèverait pas du bon emploi des deniers publics, qui implique le respect des principes d'économie, d'efficacité et d'efficience ³.

Divers éléments indiquent que c'est bien dans cette perspective du bon emploi des deniers publics que l'avant-projet entend s'inscrire.

On peut en effet relever que :

- la note au Gouvernement wallon ayant précédé l'examen de l'avant-projet en seconde lecture insiste sur la volonté « de se prémunir contre un dérapage budgétaire, des risques de fraudes ou d'effets d'aubaine » ;

- la note au Gouvernement wallon et le commentaire des articles mentionnent qu'il s'agit d'une expérience qui n'est envisagée que pour l'année 2016 afin de pouvoir évaluer les coûts réels autrement que par de simples prévisions ;

- le dispositif de l'avant-projet exclut de son champ d'application les sociétés cotées en bourse et celles qui dans le passé ont procédé à une diminution de capital ou distribué des dividendes pour le motif qu'il peut être présumé que ces sociétés n'ont pas été « confrontées à un déficit de financement ».

Toutefois, l'avant-projet ne garantit pas que l'avantage fiscal qu'il prévoit en faveur du prêteur concourra effectivement à l'objectif de politique économique de « mobilisation de l'épargne privée à destination des PME et indépendants, afin de pallier à leurs carences de financement et favoriser leur développement » puisqu'aucune de ses dispositions ne consacre de mécanisme qui permettrait de faire le départ entre les hypothèses dans lesquelles le soutien financier apporté à l'emprunteur par le prêt bénéficiant de l'avantage fiscal s'avère nécessaire pour lancer une activité ou en permettre le développement et celles où il est inutile ou indifférent pour l'emprunteur d'obtenir ce prêt. Dans cette dernière hypothèse en effet, le dispositif envisagé se limite en effet à offrir à certains contribuables, à charge des finances de la Région, l'équivalent d'un intérêt annuel substantiellement supérieur au taux du marché pour un placement peu risqué, sans que ce mécanisme nouveau de mobilisation de l'épargne privée n'entraîne une amélioration du financement des entreprises emprunteuses ni une augmentation significative de la formation du capital productif de celles-ci, facteurs de nature à contribuer au développement économique de la Région.

L'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi et le respect du principe de proportionnalité serait davantage assuré s'il était veillé à ce que le prêt bénéficiant de l'avantage fiscal pallie effectivement une carence de financement de l'entreprise emprunteuse, en stipulant, par exemple, que parmi les pièces à produire pour l'enregistrement du prêt ⁴ doit

³ Voir l'article 10, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 16 mai 2003 'fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes'.

⁴ Voir l'article 5, § 2, de l'avant-projet de décret.

figurer une pièce attestant du refus opposé par un établissement de crédit à une demande de financement émanant de l'emprunteur en vue de lancer son activité ou d'assurer le développement de celle-ci.

De cette manière, l'avant-projet éviterait mieux qu'il ne le fait actuellement les effets d'aubaine et dérapages dont le Gouvernement craint la survenance puisque l'ajout d'une telle règle permettrait d'écarter l'application du crédit d'impôt en faveur du prêteur lorsqu'il s'avère que l'emprunteur n'a en réalité jamais sollicité un établissement de crédit pour obtenir un prêt ou ne s'est jamais vu opposer aucun refus.

2. Comme déjà indiqué plus haut, il ressort de la note au Gouvernement que son intention est de faire une « première expérience [...] pour l'année 2016, afin d'évaluer la mesure et ses coûts pour la [Région wallonne] ».

L'avant-projet de décret ne prévoit toutefois pas que celui-ci ne resterait en vigueur que pour la seule année 2016. En revanche, il résulte de l'article 5, § 2, de l'avant-projet que le Gouvernement est habilité à fixer une date, qui ne pourra pas être antérieure au 31 décembre 2016, au-delà de laquelle les demandes d'enregistrement de prêts ne seront plus prises en considération.

Si l'intention de l'auteur du projet est d'ainsi habiliter le Gouvernement à mettre fin à l'avantage fiscal prévu par l'avant-projet pour tous les prêts dont la demande d'enregistrement n'aurait pas été introduite avant une date déterminée, une telle habilitation n'est pas admissible au regard du principe de légalité en matière fiscale. Il convient donc soit de prévoir que le décret en avant-projet ne restera en vigueur que pour une période déterminée, soit de soumettre à la condition d'une confirmation décrétable la validité de l'arrêté que le Gouvernement serait habilité à prendre pour mettre fin au régime en projet.

Toutefois si l'objectif d'une telle habilitation est de permettre de mettre fin immédiatement à l'avantage fiscal, par exemple parce que le Gouvernement se rendrait compte qu'il obère les finances de la Région sans concourir à suffisance à l'objectif qu'il est censé poursuivre, l'attention est attirée sur le fait que cette fin immédiate ne serait admissible que pour autant qu'elle ne porte pas une atteinte excessive au principe de confiance légitime ⁵.

⁵ Selon la Cour constitutionnelle, « si le législateur estime qu'un changement de politique s'impose, il peut décider de lui donner un effet immédiat et il n'est pas tenu, en principe, de prévoir un régime transitoire. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si le régime transitoire ou l'absence d'un tel régime entraîne une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. Tel est le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie déterminée de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire établi à leur profit » (C.C., 63/2013, 8 mai 2013, B.4.1.).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Dès lors que les bénéficiaires de la forme d'aide aux indépendants et PME que prévoit l'avant-projet sont des entités qui peuvent avoir la qualité d'entreprise au sens du droit de l'Union européenne, et que l'avant-projet repose sur le principe d'un avantage fiscal financé par des ressources d'État⁶, l'auteur de l'avant-projet veillera à procéder à sa notification à la Commission européenne dans le cadre du régime de contrôle des aides d'État ou à s'assurer que l'avant-projet, compte tenu de ses caractéristiques propres, soit ne tombe pas dans le champ d'application de ce régime soit en fait partie mais peut bénéficier des effets d'un règlement d'exemption de notification⁷.

2. L'article 5/7 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des Communautés et des Régions' prévoit que les projets de décret qui instaurent des crédits d'impôt au sens des articles 5/1, § 1^{er}, alinéa 3, 5/5, § 3, et 5/6, de la même loi spéciale sont, avant leur dépôt devant le Parlement, communiqués, pour avis concernant l'applicabilité technique, au gouvernement fédéral, aux autres gouvernements régionaux et, pour avis concernant le principe visant à exclure toute concurrence fiscale déloyale, à la Cour des comptes⁸.

Dans le dossier de demande d'avis ne figure aucune pièce attestant de l'accomplissement de ces formalités⁹.

Si ce n'est chose faite, ces formalités seront accomplies et l'avant-projet sera à nouveau soumis au Conseil d'État s'il devait encore subir des modifications en vue de tenir compte de ces avis.

⁶ La dépense fiscale, parce qu'elle implique par nature une perte de ressources pour l'État, est traitée comme la dépense budgétaire pour l'application des règles en matière d'aide d'État.

⁷ Du point de vue des principes, il y a lieu de constater que l'existence d'une aide des pouvoirs publics en faveur des bénéficiaires d'un prêt dont la conclusion est encouragée fiscalement dans le chef du prêteur, paraît être établie dès lors que l'avant-projet vise à surmonter la difficulté liée au fait que le secteur bancaire, selon l'auteur de l'avant-projet, n'assumerait pas suffisamment son rôle d'intermédiaire financier entre l'épargnant privé et l'agent économique en recherche de crédit. Cette déficience présumée du secteur bancaire suffit pour établir que l'entreprise bénéficiaire du prêt reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait sans doute pas obtenu aux conditions normales de marché. Par ailleurs, il peut également être raisonnablement présumé que sans l'important avantage fiscal concédé par le Trésor public au prêteur, celui-ci n'aurait sans doute pas réalisé l'opération de prêt puisque, sauf s'il est animé par des motivations autres qu'économiques, un investisseur privé agissant dans les conditions normales d'une économie de marché ne réalise généralement pas une opération de prêt avec un tiers dont le dossier n'est pas jugé suffisamment solide par les intermédiaires financiers professionnels pour qu'ils lui accordent un prêt.

⁸ Voir aussi l'obligation de communiquer prévue à l'article 5/8 de la même loi spéciale.

⁹ D'après la notification de la séance du Gouvernement wallon du 16 juillet 2015 au cours de laquelle l'avant-projet à l'examen a été adopté en première lecture, l'avis du SPF Finances a été sollicité, ce qui, sans préjudice d'une délégation régulière qui prévoirait le contraire, n'équivaut pas à un avis du Gouvernement fédéral.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Aucune norme n'imposant qu'un décret pris par la Région wallonne mentionne qu'il règle une matière visée à l'article 39 de la Constitution, le paragraphe 1^{er} sera omis, et l'alinéa 2 également.

Article 2

Aux 6°, 7°, et 11°, le dispositif en projet renvoie à divers textes en précisant que ce renvoi est effectué en ce compris les « modifications ultérieures » qui ont déjà été apportées ou qui seront encore apportées à ces divers textes.

Une telle précision est inutile puisqu'elle va de soi : à défaut de précision contraire, c'est-à-dire à défaut d'avoir opéré une référence figée, un renvoi est toujours présumé être dynamique.

En l'espèce, la précision est également source de confusion puisqu'elle amène à se demander si les autres renvois opérés ailleurs dans le même article sans indiquer qu'ils sont faits en ce compris toutes modifications ultérieures constituent ou non des renvois dynamiques.

Par conséquent, il y a lieu aux 6°, 7°, et 11°, de supprimer les éléments de texte précisant qu'il est aussi renvoyé à des « modifications ultérieures » des textes qui y sont visés.

Article 3

1. Au paragraphe 2, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier au regard du principe d'égalité pourquoi les emprunteurs dont l'activité ou l'objet social fait partie de ceux visés au 4° ne peuvent bénéficier des effets du dispositif en projet.

Le commentaire de l'article sera complété sur ce point.

2. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier au regard du principe d'égalité pourquoi lorsque l'emprunteur est une personne morale, cette dernière ne peut être une société qui a été constituée dans le cadre de l'hypothèse visée au paragraphe 2, alinéa 2, deuxième tiret.

Le commentaire de l'article sera complété sur ce point.

3. En outre, au paragraphe 2, 4°, quatrième tiret, les mots « ni une société » ne s'insèrent pas de manière compréhensible dans la disposition. Ceux-ci seront omis.

4. Au paragraphe 2, alinéa 2, 5^{ème} tiret, il est notamment prévu que le régime en projet ne pourra s'appliquer si l'emprunteur est une personne morale qui a déjà procédé à la distribution de dividendes. Le commentaire de l'article explique que cette exclusion est justifiée au regard de la mesure en projet par le fait qu'une société qui a distribué des dividendes est supposée ne pas être confrontée à un déficit de financement.

Si cette explication justifie effectivement la mesure d'exclusion dans sa généralité, la question se pose néanmoins de savoir si elle n'aboutit pas à priver sans motif raisonnable du bénéfice du dispositif en projet, les indépendants et titulaires de profession libérale qui exerceraient leurs activités professionnelles sous la forme d'une SPRLU et qui se rémunéreraient par la distribution de dividendes plutôt que par l'attribution d'une rémunération de dirigeant d'entreprise.

La disposition sera réexaminée de ce point de vue.

5. La règle du paragraphe 4 devrait plus logiquement être exprimée sous un 5° dans le paragraphe 3, puisqu'elle constitue également une condition imposée au prêteur « [à] la date de conclusion du prêt et pendant toute la durée de celui-ci ».

Articles 4 et 5

L'article 4, § 3, confie au Gouvernement le soin de régler des matières, à savoir « les conditions formelles et la procédure d'enregistrement du prêt », dont le siège se situe dans l'article 5.

Ce même article 5, en ses paragraphes 1 à 5, confie diverses tâches d'exécution au Gouvernement.

En conséquence, il convient d'omettre l'article 4, § 3, et, s'il y a lieu, d'insérer la règle qu'il exprime dans l'article 5, en adaptant la formulation de celle-ci de manière à tenir compte des habilitations déjà consacrées dans l'article 5.

Article 5

Au paragraphe 2, il est prévu que le Gouvernement désignera « l'instance » chargée de la gestion administrative des prêts, instance constituant l'interface wallonne entre le prêteur et le SPF Finances qui assure le service de l'impôt des personnes physiques.

Dès lors qu'il ressort des pièces accompagnant la demande d'avis que l'intention est de désigner la SOWALFIN, il conviendrait de modifier le décret du 11 juillet 2002 'organisant le statut de la Société wallonne de financement et de garantie des petites et moyennes Entreprises, en abrégé « SOWALFIN »', pour lui attribuer cette mission car cette dernière ne faisant actuellement pas explicitement partie de celles qui sont prévues par son objet social défini à l'article 3, alinéa 1^{er}, du décret du 11 juillet 2002, le

Gouvernement ne pourra lui déléguer pareille mission en vertu de l'article 3, alinéa 2, du même décret.

Article 6

Compte tenu du caractère fongible d'une somme d'argent, le texte ne précise pas et la section de législation n'aperçoit pas comment il sera possible de vérifier que les obligations imposées par l'article 6 seront bien respectées en pratique ni les conséquences juridiques dans le chef de l'emprunteur du non respect de ces obligations.

Article 8

Le paragraphe 3, alinéa 2, utilise l'expression « remboursement effectué dans le cadre des causes d'exigibilité anticipées reprises à l'article 4, § 2 ».

Par contre l'article 8, § 2 et § 3 alinéa 3, confond les termes « remboursements anticipés intervenus dans l'une des hypothèses visées à l'article 4, § 2 ».

Sauf si justification susceptible d'être invoquée à l'appui de ces rédactions différentes, il convient d'uniformiser les expressions utilisées.

Article 9

Afin d'éviter que le Gouvernement puisse indéfiniment tenir en suspens l'entrée en vigueur du décret, il convient de déterminer une date à partir de laquelle le décret entrera en vigueur à défaut pour le Gouvernement d'être intervenu entretemps.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIÉNARDY