

La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire.

En appeler au droit pour définir les contours de l'économie sociale et solidaire est à la fois naturel et partial. Dans l'expérience française, l'appel au droit renvoie en effet à la question des statuts dont on sait qu'elle constitue un point de clivage entre économie sociale et économie solidaire. Cela ressemble donc à une prise de position implicite en faveur de l'économie sociale, le juriste doit dépasser cette tentation. Le droit a en effet pour fonction de dire la vérité officielle de notre monde.

Il n'est pas question d'ignorer les statuts, ce serait aussi mensonger; ils sont un indice important de l'économie sociale et même solidaire. Ces divers statuts font cependant apparaître des constantes, des principes ou des valeurs communes, qui sont peut-être le substrat des activités d'économie sociale, comme la libre concurrence et la recherche du profit représentent l'activité capitaliste.

L'approche par les activités apparaît moins féconde, pragmatiquement parce que l'économie sociale et solidaire intervient dans tous les secteurs économiques, théoriquement parce que rien ne semble la cantonner à des activités telles que les services sociaux d'intérêt général (voir par exemple l'utilisation des clauses sociales dans les marchés publics).

Sans grande originalité, le droit confirme les analyses traditionnelles. Mais il peut encore être utile pour apprécier l'opposition entre économie sociale et économie solidaire, de même que pour apprécier les autres oppositions récurrentes présentes dans d'autres traditions nationales ou continentales. Il semble de ce point de vue que ce soit fondamentalement les rapports au droit (et plus globalement aux institutions) qui opposent les deux courants. Pour l'économie sociale, le droit a été un vecteur de reconnaissance et de développement, d'où l'attachement aux statuts. Tout au contraire, l'économie solidaire s'est construite sur des expériences délibérément en marge du système juridique officiel. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elle se passe du droit, certains auteurs ont montré la dimension juridique des mécanismes et des règles instaurés (Boaventura de Souza Santos, Vers un nouveau sens juridique, LGDJ, 2004) mais il s'agit d'un droit délibérément à la marge, subversif, non étatique. Une comparaison avec les débuts de l'économie sociale permet de tester l'hypothèse selon laquelle la différence entre les deux mouvements tient spécialement à l'institutionnalisation que le temps a donnée à l'économie sociale, la radicalité de l'économie solidaire n'étant alors qu'un moment de son histoire.

Pour montrer cet double apport de l'approche juridique, nous envisagerons successivement ces deux questions. Nous constaterons ainsi que le droit est très éclairant du caractère superficiel de l'économie sociale et de l'économie solidaire, tandis qu'il se montrera plus pauvre à définir positivement les contours de l'économie sociale et solidaire.

I) L'appréhension juridique du débat entre économie sociale et économie solidaire.

A) L'analyse classique.

1- Statuts versus pratiques

Dans le paysage des années 90, l'affirmation de l'émergence de l'économie solidaire s'est réalisée par la contestation de l'économie sociale et donc la remise en cause de ses structures. Forts du constat des errances de certains groupements d'économie sociale, ou du moins de l'incertitude quant à l'adéquation des pratiques observables avec les valeurs affichées ou les principes énoncés, les tenants de l'économie solidaire ont contesté la vertu des statuts pour colorer les activités entreprises d'une teinte sociale ou solidaire. L'usage de techniques financières capitalistes, le recours à des groupements capitalistes appuyant des structures d'économie sociale étaient en effet des signes de la diversité d'entreprises qui pourtant affirmaient leur unité à travers leurs statuts. Dès lors, puisqu'à un même statut correspondent des pratiques qui peuvent être diamétralement opposées, ce statut perd toute valeur heuristique. Inversement, certaines entreprises font apparaître des pratiques vertueuses alors même que leurs statuts ne les y conduisent pas spontanément. La conclusion s'infère logiquement : les statuts ne signifient rien et c'est ailleurs en cela que la substance et même les frontières de l'économie solidaire doivent être recherchées.

La difficulté n'est cependant pas aisée à résoudre. Si la dimension institutionnelle ne fournit aux yeux de ces iconoclastes aucune garantie, il n'est pas certain que les autres voies juridiques empruntées soient plus sûres. Il n'est pas question de s'échapper totalement du droit, eu égard à sa fonction anthropologique, le recours à des valeurs morales ne peuvent non plus suffire aux institutions publiques et autres partenaires. Si on abandonne les structures qui organisent l'activité, on devrait s'intéresser à la façon dont les activités sont elles-mêmes menées. Or les exemples de telles tentatives ne sont pas particulièrement probants. En Belgique, dans la perspective de permettre une activité désintéressée un accès à l'ensemble des structures, a été créée la société à finalité sociale, forme juridique qui peut être adoptée par n'importe quel groupement de droit privé. A y regarder de plus près cependant, les exigences spécialement imposées à ces sociétés ne sont, pour l'essentiel, ni plus ni moins que celles qui résultent des principes coopératifs de l'alliance coopérative internationale. Une tentative voisine, de bien plus grande ampleur, émane des courants capitalistes ; il s'agit de la responsabilité sociale des entreprises : celle-ci consiste en effet en l'établissement d'objectifs dans l'exercice d'une activité économique. Cependant, les plus vives critiques ont été adressées à cette démarche, non seulement quant aux intentions qui l'anime mais, plus fondamentalement, au regard de ses résultats tangibles.

Cette démarche n'est toutefois pas isolée, y compris sur le terrain juridique. C'est dans cette même perspective que les institutions communautaires posent un regard circonspect sur les normes qui opèrent des traitements différenciés entre groupements et subordonnent leur acceptation de telles distinctions à la preuve de différences tangibles. C'est, au plan interne, ce que réalise aussi le droit fiscal, à travers son principe de « réalisme ». Ces deux exemples attestent que la voie n'est pas fermée ; elle requiert néanmoins une précision de la substance exigée pour établir l'originalité du mode d'exercice de l'activité. Jusqu'à présent, seules des réponses partielles ont tenté de fournir ces critères

concrets mais aucune réponse d'ensemble n'a été proposée sur le terrain juridique.

2- Intérêt commun versus utilité sociale.

Une seconde critique majeure qu'a adressé l'économie solidaire à l'économie sociale réside dans l'intérêt poursuivi par les promoteurs de l'activité économique. Même à prendre au sérieux les principes proclamés par les statuts et sans mettre en doute leur transcription concrète, les structures de l'économie sociale se caractérisent par la recherche de l'intérêt de leurs membres. Qu'il s'agisse des coopératives ou des mutuelles, elles tendent à améliorer le service rendu aux membres en privilégiant leur dimension personnelle sur les considérations financières. Le principe de double qualité, parfois mis en avant comme le coeur de l'économie sociale, en est la parfaite illustration : les gouvernants de l'entreprise en sont aussi les usagers (coopératives), qu'ils en soient propriétaires ou non (mutuelles). Le pendant du principe de double qualité, l'exclusivisme, qui écarte toute personne qui ne serait pas membre de l'entreprise du bénéfice de ses services, en est une consécration type. Mais, bien loin d'infirmier le propos, les exceptions admises à cet exclusivisme fournissent une confirmation caricaturale. En effet, même lorsqu'une entreprise d'économie sociale admet des usagers extérieurs à l'entreprise, ceux-ci ne sont pas traités comme des membres et jouissent, au plan économique, de moins d'avantages.

Par opposition, les tenants de l'économie solidaire insistent sur les connexions qui existent entre promoteurs de projets solidaires et collectivités publiques en raison de la poursuite de buts d'intérêt général. Les activités générées par la question environnementale, l'insertion économique, classiquement estampillées « solidaires », remplissent en effet certainement une fonction d'intérêt général. Mais l'opposition ainsi mise en avant ne résiste pas à l'analyse.

Tout d'abord, l'opposition entre « intérêt mutuel » et « intérêt général » ne recouvre pas l'opposition entre économie sociale et économie solidaire mais davantage entre ancienne et nouvelle économie sociale : d'un côté coopératives et mutuelles, de l'autre associations. En effet, le départ entre les deux intérêts dépend de la question de savoir si, au sein de l'entreprise, la catégorie propriétaire coïncide avec la catégorie bénéficiaire (celle à qui échoit le "surplus résiduel", c'est-à-dire le bénéfice net après paiement de toutes les charges)¹. Ce sont donc structurellement toutes les associations qui tombent dans la catégorie de l'intérêt général, du moins celles qui ne se limitent pas à l'intérêt purement personnel de leurs membres.

La distinction présente toutefois des handicaps plus lourds. Tout d'abord, elle n'est conceptuellement pas simple à manier : comment dire qu'une coopérative agricole ne relève que de l'intérêt mutuel alors qu'elle est soumise à une limitation de circonscription afin d'éviter les conflits concurrentiels et favoriser le développement territorial de son secteur ? Que dire de l'association (abri prétendument naturel des entreprises d'économie solidaire) qui exploite une activité de commerce équitable dont le but est de maximiser le prix pour des producteurs autrement écrasés ? Plus symptomatiquement encore, le fleuron institutionnel de l'économie solidaire n'est autre qu'une coopérative (SCIC), considérée comme relevant de l'économie sociale. Certes, son organisation multi-collège et l'exigence d'utilité sociale à laquelle elle est

¹ B. Huybrechts, « Intérêt mutuel et intérêt général », <http://www.ces-ulg.be/index.php?id=383>

soumise lui donnent une couleur originale, mais le recours au moule coopératif atteste de l'absence d'opposition entre les divers groupements.

La définition légale de l'entreprise solidaire est également un repère intéressant. Créée dans la perspective des fonds d'épargne d'entreprise, l'entreprise solidaire a été définie par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (article 81 (V) : « Sont considérées comme entreprises solidaires au sens du présent article les entreprises dont les titres de capital, lorsqu'ils existent, ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui :

- soit emploient des salariés dans le cadre de contrats aidés ou en situation d'insertion professionnelle ;
- soit, si elles sont constituées sous forme d'associations, de coopératives, de mutuelles, d'institutions de prévoyance ou de sociétés dont les dirigeants sont élus par les salariés, les adhérents ou les sociétaires, remplissent certaines règles en matière de rémunération de leurs dirigeants et salariés. »

Le décret n° 2009-304 du 18 mars 2009 relatif aux entreprises solidaires régies par l'article L.3332-17-1 du Code du travail² apporte quelques précisions. Celles relatives aux contrats aidés sont d'ordre technique (art. 3332-21-1 C.trav.) et peu intéressantes. S'agissant des groupements de l'économie sociale, le texte précise que la rémunération moyenne des dirigeants ou des 5 salariés les mieux rémunérés ne doit pas dépasser 5 fois le SMIC (art. R.3332-21-2 C.trav.). Autrement dit, l'entreprise solidaire apparaît comme un mixte de définition statutaire et de précision substantielle.

B) Esquisse d'une analyse renouvelée.

Sans prétendre à une grande originalité, il nous semble que deux directions permettent de proposer une relecture de l'opposition entre ces deux courants. En effet, apparemment, l'une et l'autre n'entretiennent pas le même rapport avec le sujet, ni avec le droit.

1- Le rapport au sujet

Dire que l'économie solidaire n'aurait pas le même rapport au sujet que l'économie sociale peut sembler très abstrait ou hypothétique. C'est pourtant ce qui découle ou ce que présuppose l'opposition sur les statuts. Si l'économie sociale s'attache aux statuts, c'est en effet qu'elle considère que ceux-ci sont susceptibles d'avoir une influence décisive sur le comportement des sujets économiques de l'entreprise (sociétaires, mutualistes...). Au contraire, l'économie solidaire manifeste sa distance vis-à-vis de cette approche et préfère s'en tenir à ce que font concrètement les sujets. Il y aurait donc là une différence fondamentale dans la conception du sujet et, sous cet angle, les tenants de l'économie solidaire se montreraient plus respectueux de l'autonomie du sujet. Il nous semble que cette proposition, non juridique, peut trouver des confirmations dans le droit et, plus particulièrement, s'agissant d'une approche du sujet, à travers l'histoire des droits subjectifs.

Les droits subjectifs sont classiquement définis comme des prérogatives accordées à un individu avec la protection de l'appareil juridique. Mais leur histoire s'inscrit dans celle des droits naturels qui ont occupé une bonne part des théories des XVIIe et XVIIIe siècles pour aboutir aux diverses déclarations de la fin du XVIIIe et du XXe siècle. Laissons de côté leur dimension naturelle

² J.O. 0067 du 20 mars 2009 p. 5034.

et donc universelle qui ne nous intéressera pas ici. Plus intéressante est l'histoire de leur développement. Il est aujourd'hui fréquent d'en rendre compte en distinguant trois vagues successives. La première génération est celle des premières déclarations, qui énoncent des droits individuels, que Marx appellera formels³, comprenant notamment le droit de propriété, d'expression, d'aller et venir... Sous l'influence des critiques marxistes, la fin du XIXe et la première moitié du XXe siècle verra apparaître une deuxième génération : les droits collectifs. Ce sont notamment les droits d'association et de grève, mais également l'ensemble des droits sociaux. Après la seconde guerre mondiale, et surtout à partir des années 60, a vu le jour une troisième génération de droits subjectifs : droit au bonheur, à l'épanouissement personnel, à la libre détermination de ses orientations sexuelles... Il s'agit donc d'un retour sur l'individu mais non plus dans sa dimension solipsistique mais inter-individuelle, en vue d'assurer son individualité au sein de la société à laquelle il appartient.

Il nous semble que l'économie sociale et solidaire marquent fortement leur appartenance à l'époque de leur émergence. Le premier combat des entreprises aujourd'hui qualifiées d'économie sociale, a été au XIXe siècle de conquérir un droit d'exister. Soumises aux réglementations très restrictives qui découlaient de la loi Lechapellier, ces entreprises à dimension collective souffraient du risque de ne pas être reconnues par le système juridique, voire d'être poursuivies par le système politique⁴. C'est à la charnière des XIXe et XXe siècles que cette hypothèque fut définitivement levée, grâce à la reconnaissance du droit d'association et à l'adoption concomitante des premières législations qui les encadraient. Cet élément fondateur revêt une importance capitale et contribue sans doute à l'attachement à des statuts obtenus de haute lutte. Presqu'un siècle plus tard, les entreprises d'économie solidaire ont été soumises à des questions toutes différentes. Dans une société politiquement plus libre, la question du regroupement ne s'est pas posée. La difficulté ne s'est donc pas portée sur la structure des groupements, au point d'afficher un certain dédain à l'égard de leurs aînés dont les efforts ne semblaient pas couronnés d'un succès éclatant. Partant des sujets qui voulaient affirmer leur innovation en même temps que le rejet du vieux monde, celle-ci a donc privilégié l'action de chacun. C'est peut-être que le temps n'est plus aux changements structurels dont la révolution demeurerait le modèle (même à éviter). On compte aujourd'hui davantage sur le changement intime de chacun pour parvenir à des évolutions plus profondes. La liberté politique s'accompagne en effet aujourd'hui d'un totalitarisme économique qui réduit considérablement la capacité d'agir de façon autonome, non pas par des contraintes extérieures mais par l'appropriation et l'intériorisation par chaque individu de pré-supposés pour ainsi dire métaphysiques qui préfigurent de façon inconsciente les possibles de notre monde sublunaire. En conséquence, l'innovation sociale ne passe peut-être plus d'abord par une organisation collective mais par une conscientisation individuelle, seule à même de libérer les esprits et conséquemment les actes qu'ils inspirent. Il n'est pas surprenant dans ces conditions qu'économie sociale et solidaire aient eu du mal à se comprendre. Résultat d'initiatives prises à des époques extrêmement différentes, elles répondent à des besoins eux-mêmes divers par des organisations adaptées. L'insertion au sein d'une génération de droits subjectifs se révèle finalement l'indice d'une évolution plus profonde. Un constat voisin peut être fait à propos du rapport au droit objectif.

³ Voir sur l'ambiguïté de la notion et pour une conception beaucoup plus profonde de la critique marxiste des droits subjectifs : P. Rosanvallon, *Le capitalisme utopique*, ps. 185 s.

⁴ Le regard de l'un et l'autre variait en fonction de la forme juridique empruntée.

2- Le rapport au droit

Les juristes ont l'habitude de distinguer les petits droits du grand Droit, autrement dit les droits subjectifs du droit objectif. Ce dernier vise l'ensemble des règles qui régissent la vie d'une société, conception moderne de la notion même de droit. Et à ce niveau également économie sociale et économie solidaire font apparaître des différences significatives.

C'est ce que révèle à nouveau le lien entre économie sociale et statuts. Produits par les organes étatiques à travers la législation, les statuts constituent une forme de reconnaissance à l'égard de ceux qui en bénéficient. L'élaboration continue des règles coopératives illustre parfaitement ce mouvement : par la consécration de lois propres à chaque famille coopérative puis d'une loi générale, les coopératives sont parvenues à intégrer au sein du système juridique une structure à bien des égards antinomique du modèle dominant que constitue la société commerciale. L'importance de la loi de 1901, qui par sa brièveté même rappelle les déclarations de droits ou autres principes à valeur constitutionnelle, en fournit une autre illustration. L'effort des tenants de l'économie sociale a donc consisté, à côté de sa mise en acte, en l'élaboration d'un modèle alternatif à celui de l'entreprise capitaliste, mis à disposition des générations futures par son insertion dans la loi. L'analyse des recherches théoriques aboutirait certainement aux mêmes résultats, les auteurs ayant déployé un effort constant pour mettre en lumière d'autres fonctionnements économiques.

Les initiatives actuelles font apparaître d'autres traits. Au lieu de créer de nouvelles structures, les acteurs innovants utilisent les structures existantes, quelles qu'elles soient, même les structures commerciales, pour réaliser leur objet. Autrement dit, l'établissement d'un modèle officiel alternatif n'est plus une préoccupation. Ce n'est pas à dire que les projets soient isolés les uns des autres : les promoteurs s'organisent, échangent, se fédèrent et construisent des modèles nouveaux. Seulement, ceux-ci ne prennent plus la même forme ni ne se donnent à voir dans les mêmes lieux. Le phénomène est très visible dans les sociétés où l'appareil étatique est plus faible, elles se révèlent également dans les sociétés qui s'appuient depuis plus longtemps sur un appareil politique étatique.

Dans les pays du sud comme dans les pays émergents, le développement d'activités économiques en dehors du cadre étatique n'a rien de surprenant, c'est la fameuse économie souterraine qui pose tant de difficultés et sert précisément d'indice pour apprécier le développement du pays. Toutefois, des travaux mettent en lumière le caractère réducteur de cette approche. En effet, le développement en dehors du cadre étatique n'est pas synonyme d'absence de réglementation. C'est seulement que, à côté de la loi de l'Etat, se développent d'autres formes de juridicité. Déjà mis en évidence au début du XXe siècle, cette extension du phénomène juridique est aujourd'hui interprétée comme le signe d'un changement de paradigme, du passage à la post-modernité. La crise de l'Etat, remis en cause par le développement des niveaux infra et supra-étatique, faisant face à une perte de légitimité, conduit naturellement à l'émergence d'autres formes de régulation par des institutions qui échappent à son contrôle.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les initiatives d'économie solidaire. La création de monnaies ou de réseaux commerciaux alternatifs est parfaitement illustrative de ce nouveau rapport au droit. Il ne s'agit pas tant de chercher auprès de l'Etat une légitimité institutionnelle que de l'affirmer de façon autonome. Il s'agit donc de construire de nouvelles institutions, dotées de

pouvoir régulateur et revêtues de l'autorité acceptée par les membres de la communauté.

L'analyse est corroborée par les discours sur l'économie solidaire, tant ils insistent sur son caractère contestataire. En revanche, l'étude des faits est moins probante. Non seulement la plupart des entreprises empruntent des formes traditionnelles de l'économie sociale mais la marginalité des réseaux ne leur permet pas d'obtenir d'autorité ni même de légitimité en dehors du cercle de ses membres. En outre, les anciens réflexes de reconnaissance officielle sont toujours à l'oeuvre, comme en atteste les efforts déployés pour la création de cadres juridiques nouveaux. Ca a été le cas des coopératives sociales en Italie, de la SCIC en France. Pur produit des tenants de l'économie solidaire et vantée pour ses qualités intégratrices, la SCIC ne connaît toutefois pas le succès fulgurant qui lui était promis. Sur un autre plan, la tentative belge de faire disparaître les anciennes barrières entre activité capitaliste et non lucrative par l'introduction d'un régime juridique autonome applicable à toute forme de société qui voudrait affirmer sa « finalité sociale » semble encore moins aboutie.

Finalement, cette institutionnalisation dans ou hors du cadre étatique est une problématique qui se retrouve également parmi les entreprises d'économie sociale. On y connaît l'importance du fédéralisme, autrement dit des fédérations qui, avec plus ou moins de succès, tentent de structurer le secteur. Directement ou indirectement, elles disposent parfois à cet effet de parcelles d'autorité publique, par exemple avec la création d'autorités administratives indépendantes, dont la teinte professionnelle est variable. Elles créent parfois dans le même esprit des organes alternatifs de résolution des litiges entre les membres (chambre d'arbitrage notamment).

La conclusion serait dès lors aux antipodes de l'hypothèse de départ. Au lieu de se séparer sur leur rapport au droit, économie sociale et solidaire se retrouvent autour des mêmes aspirations. Les différences perceptibles tiennent certainement aux contingences de l'époque : la crise de l'Etat réduit l'impact de sa légitimation.

Une autre divergence doit cependant être évoquée, telle qu'elle transparaît notamment à travers la question de l'hybridation des intervention publique et de la société civile. Fortes de leurs activités économiques insérées sur le marché, les entreprises de l'économie sociale disposeraient d'une relativement forte autonomie par rapport à l'Etat, qu'elle paierait peut-être d'une soumission plus grande aux contraintes du marché. A l'inverse, les entreprises d'économie solidaire seraient plus en prise avec l'intérêt général. Ceci se paierait d'une moindre adéquation des exigences du marché et donc d'un besoin accru du soutien public, dont la légitimité proviendrait précisément de la dimension d'utilité sociale des activités réalisées. Juridiquement, ceci se traduirait par un lien plus étroit de l'économie solidaire avec le secteur public.

Si l'opposition recouvre une certaine réalité, la question se pose de savoir si elle trouve son fondement dans une divergence théorique ou un contexte concret. Au plan théorique, le socialisme utopique qui a inspiré l'économie sociale s'inscrit dans une recherche d'émancipation de l'Etat qui peut justifier la méfiance à l'égard du soutien étatique. Les sources de l'économie solidaire sont plus récentes et se situent parmi les critiques de la société consumériste développées au cours des années 60-70. Inscrite dans une remise en cause du désencastrement de l'économie plus que des conditions de la production économique, les entreprises de l'économie solidaire ont eu pour ambition de rattacher l'activité économique à l'investissement citoyen qui,

traditionnellement, se situe du côté du public en raison du monopole étatique. C'est cette différence d'approche qui peut expliquer les deux approches, qui ne font apparaître aucune opposition insurmontable.

En pratique d'ailleurs, les différences s'estompent. Du côté de l'économie sociale, la volonté d'indépendance s'est toujours accompagnée d'une revendication d'un traitement particulier par rapport aux entreprises capitalistes, notamment au plan fiscal, qui s'apparente fortement à un soutien, fût-il indirect. Du côté de l'économie solidaire d'autre part, les affirmations du lien entre économique et social, au travers de la notion de solidarité, s'accompagne d'une préoccupation constante d'échapper au risque d'instrumentalisation par les pouvoirs publics. L'utilisation commune des notions d'intérêt général ou collectif, d'utilité publique ou sociale, atteste de l'unité du traitement juridique dont ces deux branches font l'objet.

Finalement, au terme de cette première étude, il apparaît que le droit ne consacre que très modestement les différences que les auteurs affichent entre ces deux courants. A l'heure où tous s'orientent vers la recherche de l'unité, ce constat est encourageant. Il reste à rechercher les critères communs qui permettent de conférer une unité juridique à cette nouvelle économie sociale et solidaire.

II) L'appréhension juridique de l'économie sociale et solidaire.

A) La confrontation juridique de l'économie sociale et solidaire aux autres champs de l'activité humaine.

Puisque l'approche statutaire est manifestement insuffisante, ce sont d'autres voies qui doivent être empruntées pour essayer de cerner les contours juridiques de l'économie sociale et solidaire. Cette démarche n'est pas aisée dans la mesure où l'économie sociale et solidaire ne ressort pas d'un champ unique de l'activité humaine. Nous allons donc successivement envisager divers champs afin de dégager, concrètement, ce qui caractérise les activités qui en leur sein se réclament de l'économie sociale et solidaire. Nous nous appuierons sur le découpage de l'économie sociale et solidaire en trois dimensions (économique, éthique et politique) et les envisagerons l'une après l'autre.

1- L'économie sociale et solidaire dans le champ économique

Sans prétendre du tout à l'exhaustivité ou à la vérité dans un domaine économique pour lequel nous n'avons aucune compétence particulière, c'est à trois types d'activité que nous comparerons celles de l'économie sociale et solidaire : l'entreprise capitaliste, l'entreprise publique et l'autoproduction. L'opposition entre entreprises de l'économie sociale et solidaire et entreprises capitalistes est aussi classique que juridiquement ambiguë. Elle est classique puisqu'elle marque toute l'histoire de ces entreprises alternatives dont la raison d'être est la volonté d'exercer une activité économique différemment, qu'on peut résumer par la formule en vogue "entreprendre autrement". Pourtant, au plan juridique, la situation est plus confuse dans la mesure où, de façon plus ou moins explicite, une partie significative des entreprises de l'économie sociale et solidaire s'inspire de la forme "société", lorsqu'elles ne la revêtent pas purement et simplement. Il existe bien en droit une alternative à cette structure, qu'on peut retrouver dans l'association, ailleurs dans les "charities". L'opposition des deux organisations se centre autour du caractère lucratif ou non lucratif, "for profit or non for profit". Mais l'acceptation classique de cette distinction manque de clarté. En effet, toutes les

entreprises de l'économie sociale et solidaire qui se rapprochent de la forme sociale semblent ainsi se situer du côté lucratif. En outre, le secteur du "non profit", apparemment le plus authentiquement non lucratif, est distingué de l'économie sociale et solidaire en ce qu'il s'identifie aux structures strictement philanthropiques ou aux "social entreprises", mues par une idéologie intégrée au système capitaliste que l'économie sociale et solidaire continue de critiquer. Cette différence fondamentale, qui laisse croire à des clivages au sein même du secteur non capitaliste, apparaît moins obscure si on prend la peine de réinterroger la notion de lucre.

Les juristes ont approfondi cette notion de lucre d'abord pour opérer la distinction du civil et du commercial, seule cette dernière sphère se caractérisant à proprement parler par le lucre. Or deux acceptions du lucre peuvent être distinguées: le lucre objectif et le lucre subjectif. Le lucre objectif consiste simplement dans le fait qu'une opération économique dégage un surplus monétaire, une plus-value. Le lucre subjectif va plus loin puisqu'il suppose l'intention de réaliser une accumulation de richesse. Autrement dit, il consiste dans la recherche de profit pour la personne qui le réalise. Quoique la distinction n'ait pas été établie à cet effet, elle rend assez bien compte de la séparation en droit français entre société et association, entre l'article 1832 du Code civil et l'article premier de la loi de 1901. Contrairement à l'imagerie pourtant répandue, les associations ne se caractérisent pas par l'absence de bénéfices mais par l'impossibilité de les partager entre ses membres. C'est la raison pour laquelle associations et coopératives (ou mutuelles) ont pu être regroupées au sein d'un même ensemble, les unes et les autres se caractérisant par une relation particulière au capital. Si elles ne recherchent pas le profit pour l'accumulation de richesse, quelle qu'en soit le but ultime, cela signifie qu'elles placent l'homme au premier plan dans l'entreprise et que le capital doit lui être strictement subordonné.

Les autres traits juridiquement distinctifs des entreprises de l'économie sociale et solidaire, tels que leur caractère démocratique ou le mode collectif de l'appropriation des biens, aussi importants soient-ils, sont essentiellement la conséquence de leur caractère non lucratif. Le principe un homme une voix est la conséquence de la mise au second plan du capital, le détachement du pouvoir politique du poids économique se justifiant par le fait que l'investissement de chacun dans l'entreprise, sous ses diverses formes, n'est pas motivé par une recherche de profit personnel qu'il aurait à défendre. De la même manière, les mécanismes d'appropriation collective, même partielle, sont la concrétisation du caractère collectif de l'entrepreneuriat en économie sociale et solidaire en même temps que sa meilleure garantie.

Si la non lucrativité permet de bien distinguer l'entreprise en économie sociale et solidaire de l'entreprise capitaliste, elle semble la renvoyer du même coup du côté des entreprises publiques. Une entreprise publique est une « entreprise sur laquelle l'Etat ou d'autres collectivités territoriales peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »⁵. Le critère distinctif de ces entreprises consiste donc dans l'influence exercée par une personne publique. Compte tenu de la finalité d'intérêt général attachée à ces personnes, il n'est pas surprenant qu'il rejaillisse sur les entreprises qu'elles contrôlent. Et de l'intérêt général à la non lucrativité, il n'y a qu'un pas, d'autant plus facile à franchir que les entreprises de l'économie

⁵ Art. Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, art. 2.

sociale et solidaire se revendiquent elles aussi dudit intérêt général ou de l'un de ses avatars. Pourtant, juridiquement, rien ne conduit à un tel rapprochement. Non seulement les entreprises de l'économie sociale et solidaire ne sont pas sous influence publique, nous y reviendrons, mais en outre et peut-être surtout, aucun lien n'existe entre les caractères public et non lucratif. La personne publique peut utiliser l'entreprise publique dans diverses stratégies, de défense des intérêts nationaux, mais aussi de rentrées financières dans les caisses publiques.

L'organisation de l'entreprise publique n'est donc pas soumise aux contraintes organisationnelles des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Dans la dépendance d'une personne publique, l'entreprise publique ne fait pas l'objet d'une appropriation collective par une communauté mais d'une appropriation individuelle, dont seule la qualité du titulaire lui fournit une teinte particulière. La même raison explique qu'elle ne soit pas soumise au principe démocratique, la participation souvent accrue des salariés aux organes de décision n'ayant rien de structurel mais résultant conjoncturellement de rapports de force plus favorables aux salariés dans le secteur public grâce à une meilleure syndicalisation. Les entreprises publiques n'ont pas davantage d'attention particulière à leurs membres. Si on rapproche ceci du souci constant des entreprises de l'économie sociale et solidaire de ne pas être dans la dépendance des pouvoirs publics, avec lesquels ils entretiennent pourtant des relations plus ou moins étroites, on mesurera la distance qui sépare les unes des autres.

Peut-on en dire autant de l'auto-production ? Il s'agit de « tout ce qu'un ménage produit et consomme pour lui-même et qu'il pourrait acheter à l'extérieur »⁶. Quels rapports avec l'économie sociale et solidaire ? Si ce n'est le rapprochement possible entre les chantiers d'auto-réhabilitation accompagnée et l'insertion par l'activité économique, cela est très superficiel. Les éléments ajoutés de l'auteur, qui plaide pourtant pour une meilleure synergie des deux dimensions, n'invoque à l'appui du rapprochement que le dépassement commun de la vision strictement economiciste, sur laquelle le droit n'a rien à dire. Pourtant, d'autres similitudes pourraient être esquissées au strict plan juridique.

Tout d'abord, l'auto-production est une activité tendanciellement collective puisque centrée autour de la famille, même si cette dimension n'est pas impérative puisque le foyer peut se constituer de personne seule. L'activité a toutefois une dimension communautaire. Or l'autoproduction consiste dans la production pour la consommation du groupe ; ce groupe a donc également pour finalité la satisfaction des besoins de ses membres. Parler de propriété collective sur les biens produits est concevable mais n'apporte pas grand-chose dans la mesure où le caractère consommable des biens en cause conduit à leur disparition quasi immédiate et donc à l'absence de constitution d'un patrimoine commun. Quant au mode de fonctionnement du groupe, il serait bien hasardeux de parler d'un mode de décision démocratique, le groupement ayant un fondement sans aucun rapport.

L'autoproduction présente donc d'importantes convergences avec l'économie sociale et solidaire mais avec des spécificités non moins considérables, liées à

⁶ G. Roustang, "Favoriser l'autoproduction", communication au IX^{ème} colloque du RIUESS *Entreprendre en économie sociale et solidaire : une question politique ?*, Université Jean Monnet, IUT de Roanne, France, Les 18 et 19 juin 2009.

sa dimension familiale. Le juriste réservera donc sa réponse quant aux choix de classification.

2- La place de l'économie sociale et solidaire dans le champ politique

Les débuts de l'effervescence des groupements aujourd'hui considérés comme dans l'économie sociale et solidaire ont été marqués par un caractère beaucoup plus global, à l'opposé de la prédominance économique aujourd'hui constatable. Une bonne image de l'évolution peut être trouvée dans le paysage associatif contemporain. Tandis que l'activité économique a très longtemps été conçue comme un mode d'action au même titre que l'action en justice ou l'élaboration de nouveaux projets pour un quartier ou un groupe d'individus, indistincts les uns des autres, celle-ci est désormais appréhendée comme une branche autonome, soumise à des exigences spécifiques, en termes de rentabilité et de professionnalisme notamment, et un mouvement de séparation s'est donc opéré et se poursuit sous nos yeux. Il en était de même au 19ème siècle où l'engagement dans la vie économique était conçu comme une forme d'action politique, à tel point qu'elle suscitera des débats nourris entre ses promoteurs et ses opposants (notamment marxistes). Il n'est pas innocent que des acteurs importants dans la vie coopérative ou mutualiste aient été des hommes politiques, Marcel Mauss ou Jean Jaurès par exemple.

Mais la richesse des expériences économiques ne se retrouvait pas seulement en lien avec les partis politiques, elle concernait également les syndicats. Que ce soit par des liens de soutien réciproque, de militantisme commun, les deux organismes se retrouvaient sur bien des fronts. Si l'exemple ouvrier vient immédiatement à l'esprit, les syndicats professionnels ne sont pas moins concernés. Ce n'est que progressivement, dans les premières décennies du XXème siècle, que la coopération agricole, voire la coopérative rurale de crédit, s'est séparée du syndicalisme paysan. Et cette proximité n'était pas que sociologique. Juridiquement même, les structures avaient des objets suffisamment indéfinis pour pouvoir accueillir des activités de nature aussi diverses.

Cette autonomisation, ou plutôt cette spécialisation juridique, ne s'est jamais totalement réalisée et les liens demeurent.

C'est principalement au sein de l'association que, du moins juridiquement, de telles manifestations peuvent encore être repérées. Les partis politiques par exemples ne sont pas autre chose que des associations. Or ceux-ci sont de plus en plus porteurs d'une activité économique pour la réalisation de leur but spécifique : campagne de publicité, réalisation de plaquette, et tout ceci avec la professionnalisation idoine. La proposition récente de créer une coopérative politique atteste de la même mouvance avec les coopératives. Il est toutefois permis de se demander s'il ne s'agit pas plutôt de l'effet d'une formule d'affichage plus que de substance. En effet, la seule trace visible de coopération dans les projets consultables résulte du principe de double appartenance, pendant de la double qualité : les adhérents de la coopérative politique seraient également adhérents d'autres structures (partis politiques ou associations militantes). La similitude duale nous semble cependant totalement superficielle et ne correspond à aucun objectif ou mécanisme commun.

3- La place de l'économie sociale et solidaire dans le champ éthique

Le droit n'est peut-être pas la meilleure entrée pour apprécier les relations entre économie sociale et solidaire et éthique ou, opération plus délicate, pour appréhender la dimension éthique des entreprises d'économie sociale et solidaire. Le silence législatif sur ce point n'est d'aucun secours et la redite

du caractère non lucratif des organismes ne vaut pas démonstration d'une dimension éthique, sauf à en appauvrir considérablement le sens. Pourtant, les expériences connues font apparaître cette préoccupation : développement des bibliothèques comme moyen d'éducation dans les expériences coopératives, désir d'émancipation ouvrière, si ce n'est pas le principe même de la double qualité JFD...

Mais les coopératives n'ont pas le monopole de cette finalité éthique puisque de nombreux groupements spirituels revêtent la forme juridique de la loi de 1901, voire d'une association culturelle ou d'une congrégation dont le modèle associatif n'a été aménagé que pour des raisons principalement conjoncturelles de suspicion étatique. L'utilisation de la forme associative n'est peut-être toutefois pas suffisante pour conclure à l'insertion de ces organisations au sein de l'économie sociale et solidaire. Le substrat indispensable de l'économie sociale et solidaire consiste dans la présence d'une activité économique, comme en atteste l'intégration des associations au fur et à mesure du développement de cette dimension. Tous les organismes spirituels n'ont pas une telle activité mais, dès lors que c'est le cas, la question de leur classement se pose.

L'examen minimal de leur fonctionnement sera utile mais il sera difficile d'en faire un critère distinctif, tant les organismes d'économie sociale et solidaire font apparaître de variété sur ce point.

Au final, la confrontation juridique de l'économie sociale et solidaire aux autres champs de l'activité humaine nous conduit à une série de conclusions éclairantes. En reprenant les critères classiques des entreprises d'économie sociale et solidaire et sans les restreindre à leur aspect juridique, il est apparu que, dans les trois champs observés, les frontières de l'économie sociale et solidaire étaient susceptibles de s'étendre. Bien plus, bien que nous n'ayons pas procédé à cet examen de façon approfondie, il semble bien que la plupart des groupements connus serait susceptible d'être rattachée, au moins pour partie, à chacune de ces trois sphères. Se trouverait ainsi confirmée l'analyse de Jean-Louis Laville selon laquelle le propre des entreprises de l'économie sociale et solidaire est de relever tout à la fois de l'économique et du politique et de mêler ces deux dimensions. La formule devrait sans doute être étendue à la sphère éthique, ce qui pourrait bien en transformer radicalement la portée et requérir une reformulation.

Mais nous nous demandons s'il ne conviendrait pas de prolonger le propos dans les termes redéfinis par Alain Caillé lui-même. En effet, ce lien de l'économique et du politique nous semble devoir aller plus loin. Il ne s'agit pas seulement de rapprocher deux sphères habituellement distingués pour parvenir à un projet différent, plus global. L'originalité consiste plus fondamentalement dans la contestation des distinctions, de la parcellisation des savoirs et, parallèlement, des actions, qui caractérise notre conception du vivre ensemble. C'est en cela que l'économie sociale et solidaire, en dépit de son fort ancrage sur le terrain économique, est avant tout de nature politique, mais pas au sens restreint dont le mot est aujourd'hui porteur, politique en ce sens qu'il est le moment de la délimitation des diverses facettes de l'action humaine. Or l'originalité politique de l'économie sociale et solidaire est sur ce point de se fonder sur un sujet conçu dans sa globalité, son épaisseur, dont toutes les actions sont liées et ne se déclinent pas dans des sphères distinctes. Le lien entre économie et politique n'apparaît dès lors plus que comme une illustration d'une dimension politique plus vaste, dont les fondements anthropologiques, éthiques, pour reprendre des catégories en cours, restent à écrire, avec des méthodes et des références extérieures au droit. De façon moins ambitieuse, il

nous reste à esquisser une mise en ordre des marqueurs juridiques de l'économie sociale et solidaire prise pour elle-même.

B) Les marqueurs juridiques de l'économie sociale et solidaire

Il n'est pas question ici de reprendre les différents critères que nous avons examinés dans les pages précédentes, ce serait aussi répétitif qu'inutile. Nous ne les évoquerons pas moins, fût-ce succinctement, dans la mesure où ils ont été utilisés jusqu'à présent, soit pour apprécier la distinction entre économie sociale et économie solidaire, soit pour tester son étendue. Nous essaierons cependant de montrer que, par-delà la répétition, la diversité des marqueurs et de leur histoire atteste de l'enrichissement réciproque des différentes strates de l'économie sociale et solidaire. Mais il conviendra aussi, pour boucler cette étude, de faire le point de l'apport du regard juridique et prendre acte, modestement, de ses limites.

1- Entre répétition et enrichissement réciproque.

Rappelons les marqueurs juridiques (techniques) auxquels nous avons recouru: principe démocratique, propriété commune, double qualité, non lucrativité, intérêt général ou mutuel... A vrai dire, la moisson est assez pauvre dans la mesure où ces caractères sont ceux mis en avant depuis toujours ou presque. A ce stade, le poids de l'histoire apparaît considérable et atteste que, au moins au plan juridique, la force d'attraction de l'économie sociale et solidaire se situe sans conteste du côté de la vieille économie sociale. Pourtant, le constat doit être fortement nuancé. D'abord, nous avons vu que ces critères s'appliquaient pour la plupart sans peine à toutes les entreprises du secteur. C'est ainsi que la double qualité, fondatrice du coopérativisme, rejoint les préoccupations du mouvement associatif qui, quoiqu'il y soit étranger, s'oriente vers l'association croissante des parties prenantes aux décisions qui les concernent. Ensuite, et peut-être surtout, les principes traditionnels se sont trouvés vivifiés ou renouvelés par les contestations de l'économie solidaire. L'illustration la plus évidente concerne l'intérêt général, comme nous l'avons montré précédemment.

Cette réaffirmation de valeurs communes peut fournir des clefs dans le débat actuel avec l'entreprise sociale. En effet, il est frappant de relever que celle-ci, tout à la fois se réclame du social et dans le même temps ne revendique aucun lien avec les structures juridiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Elle se définit en effet avant tout par son objet, social, tout en affirmant son lien avec les méthodes et les outils des entreprises capitalistes. C'est ainsi qu'elle ne craint pas d'emprunter le masque des sociétés commerciales les plus classiques. Pour elle, celles-ci sont tout autant capables, sinon plus, de réaliser un objet désintéressé. La première proposition d'un juriste désireux de promouvoir cette nouvelle forme en France est d'ailleurs de réformer l'article 1832 du Code civil, qui définit la société, pour mettre fin à l'obligation pour la société de chercher à réaliser des bénéfices ou des économies, afin de lui permettre de viser un but désintéressé. La structure juridique qu'il propose ensuite d'instaurer, sans qu'elle ne doive s'imposer aux entrepreneurs sociaux, comporte un régime juridique qui garantit mieux cette finalité en encadrant l'utilisation des résultats, aussi bien durant la vie de l'entreprise qu'à sa disparition, mais n'implique aucun autre principe connus des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Encore cette réglementation du sort des bénéfices n'a-t-elle rien à voir avec l'impartageabilité du droit coopératif. Elle se rapproche davantage de l'absence de distribution des bénéfices des associations. Pour le reste, l'entreprise sociale est l'objet d'une appropriation capitaliste, tout au plus limitée dans sa disponibilité. Elle est soumise à la gouvernance capitaliste et non au

principe capitaliste. Elle n'implique pas structurellement d'intégration des parties prenantes. Ce modèle est purement prospectif mais manifeste suffisamment les importantes divergences qui existent entre entreprises d'économie sociale et solidaire et entreprises sociales. Le droit n'a toutefois là encore servi qu'à préciser les contours externes de l'économie sociale et solidaire en la distinguant d'une forme nouvelle. Précisons cependant, pour nuancer le propos, que les formes juridiques empruntées aujourd'hui ou demain par les entrepreneurs sociaux sont tout à fait libres et qu'ils pourraient bien recourir à celles éprouvées de l'économie sociale et une étude fouillée devrait être menée pour déterminer s'il n'en va pas le plus souvent ainsi en pratique. Il est donc temps de faire le bilan de ce que peut apporter le droit dans la quête d'une identité de l'économie sociale et solidaire.

2- Valeur et limites de l'apport du droit.

Nous avons indiqué en introduction à cet article que le droit était porteur d'une fonction anthropologique qui lui conférait une importance particulière au regard de la définition des objets qu'il appréhende. Aux termes de cette étude pourtant, il convient de préciser le propos, ce qui ne va pas sans certaines nuances. Le droit régleme et donc définit certaines formes de groupement en tant qu'ils sont des acteurs juridiques. Il délimite également les sujets qui prétendent être soumis à des règles autonomes, afin de s'assurer que ne sont pas traitées différemment des réalités semblables. Au-delà, le droit n'a pas nécessairement à se prononcer et ne nous apprend dès lors plus rien.

En outre, la signification des cadres définis par le droit, ce qu'on évoque ici habituellement à travers les statuts, est sujette à discussion. Il s'agit certainement pour partie d'une garantie, d'un garde-fou, pour éviter ou au moins limiter les abus des groupements qui s'écarteraient par trop des finalités initiales. Cependant, cet objectif ne peut être parfaitement atteint et il est dès lors permis de se demander si son but ultime n'est pas ailleurs. Au lieu de contraindre à un certain comportement, le droit se présenterait alors davantage comme l'élaboration d'un cadre qui permette l'épanouissement de ces dits comportements, trop opposés à ceux attendus des acteurs capitalistes pour qu'ils puissent s'exprimer à travers les structures faites à leur mesure. Ceci ne fait pas perdre au droit toute portée théorique mais, dans ces conditions, il ne serait plus qu'un indice et non l'alpha et l'oméga l'économie sociale et solidaire. -Les statuts moins contrainte que

Le propos peut être prolongé et s'appliquer à chacun des marqueurs que nous avons évoqués. En effet, s'il est certain que ces critères ne peuvent être considérés comme alternatifs, il est également peu vraisemblable qu'ils soient cumulatifs. Si cette analyse devait être retenue, bon nombre d'entreprises devraient être disqualifiées. Peu d'associations respectent le principe de double qualité entendu strictement, et ce ne sont peut-être pas les plus associatives. Trop de coopératives ou de mutuelles peinerait à prouver leur finalité d'intérêt général. Les critères ne peuvent donc constituer qu'un faisceau d'indices. L'avantage retiré est une certaine souplesse mais celle-ci se paie du caractère fluctuant de l'ensemble ainsi délimité. Nous en revenons alors peut-être à notre point de départ. L'économie sociale et solidaire n'est pas de nature juridique. Elle offre des traductions juridiques mais au gré des besoins rencontrés et non de façon systématique. Dès lors, il ne faut pas attendre du droit qu'il fournisse une définition opératoire.

Ce n'est pas à dire que notre étude ne fournisse pas d'apports substantiels. D'une part, l'apport négatif n'est pas négligeable puisqu'il dispense d'efforts vains et évite des désespoirs démesurés. D'autre part, le droit a tout de même

montré l'impossibilité de séparer rigoureusement économie sociale et économie solidaire et au contraire l'enrichissement mutuel que ces deux vagues d'initiatives alternatives et, conséquemment, l'utilité d'une économie sociale et solidaire dont la construction mérite d'être approfondie.