

# **L'appréhension juridique des groupes d'entreprise d'économie sociale et solidaire à l'épreuve de la coopération**

David Hiez  
Professeur de droit privé  
Directeur du département de droit  
Université du Luxembourg

Le principe de coopération est un principe très connu en droit coopératif dans la mesure où il a toujours constitué un fondement du développement des coopératives, qui ont choisi de s'organiser entre elles pour renforcer leur position. Ce mouvement n'est pas inconnu non plus des associations qui, quoique de façon moins systématique, se sont également parfois structurées en réseaux, que ce soit sous forme de fédérations ou d'unions. Les mutuelles n'y sont pas étrangères, qui ont aussi en général une forme pyramidale. Avec la construction de l'économie sociale et solidaire, des outils ont été aussi développés pour favoriser la coopération entre organisations de nature juridique différente, notamment avec l'union d'économie sociale. Plus récemment, une fluidité entre divers groupements a été facilitée, notamment la transformation d'association en coopérative.

Parallèlement, de nouvelles pratiques se sont développées, inspirées des entreprises capitalistes. D'un côté, les entreprises d'économie sociale et solidaire opèrent des fusions, scissions et apports partiels d'actif. Le projet de loi sur l'économie sociale et solidaire modifie d'ailleurs la loi de 1901 pour sécuriser ces opérations au sein des associations. D'un autre côté, les entreprises d'économie sociale et solidaire créent des filiales capitalistes. D'importance variable selon les secteurs et les structures, cette tendance n'en est pas moins générale et questionne fortement, dans la mesure où elle entre en contradiction avec les principes traditionnels de l'économie sociale et solidaire, précisément parce qu'elle n'est pas sous-tendue par la coopération. Passés les débats sur son opportunité, voire sa légalité, le juriste doit s'interroger sur son encadrement. Or celui-ci est minimal ou inexistant, ne posant dès lors aucune limite dans son développement et dans ses modalités. Malgré les quelques recherches déjà menées (minces), les résultats sont maigres. Le droit coopératif étranger fournit pourtant des exemples d'encadrement, fondés d'une part sur la distinction des filiales dont l'objet est distinct de celles qui participent à la réalisation de l'objet de la coopérative et d'autre part, sur l'extension de certains principes coopératifs aux filiales dont l'objet social est coopératif. Parallèlement, le projet de loi sur l'économie sociale et solidaire esquisse un cadre juridique du groupe pour les coopératives ouvrières. Ces orientations méritent d'être approfondies, non seulement pour en déterminer les conséquences possibles, mais également pour évaluer la possibilité d'en transposer les solutions hors du cadre coopératif.

## I Le cadre juridique de l'inter-coopération

Somme toute, le cadre juridique de l'inter-coopération est relativement clair. Cela ne signifie pas qu'il ne connaisse pas d'évolutions ni qu'il soulève aucune difficulté mais, au moins, ses orientations générales sont claires, marquées par le respect des individus à la base des organisations et par les stimuli de la collaboration entre les organisations. Cette collaboration intervient à deux niveaux, d'abord entre groupements d'une même nature juridique, mais également plus récemment entre les divers groupements considérés comme rattachés à l'économie sociale et solidaire.

### A L'inter-coopération intrafamiliale

La réunion d'organisations de base au sein d'organisations de collaboration est apparue très tôt, si bien qu'elle semble presque consubstantielle du mouvement aujourd'hui nommé économie sociale et solidaire. Il est difficile d'en retracer l'histoire ou de déterminer si c'est un produit de l'expérience ou de la théorie. On en relève des traces très tôt dans les entreprises ouvrières<sup>1</sup>; elles se retrouvent, avec une structure solide et durable dans le domaine bancaire en Allemagne<sup>2</sup>; elle est au fondement du succès de la coopération de consommation<sup>3</sup>. Mais il n'est pas question de la réserver aux seules coopératives<sup>4</sup>, elles sont plus larges et peuvent se réclamer de l'associationnisme<sup>5</sup>, d'autant qu'on la retrouve chez des auteurs comme Proudhon dont l'inspiration a largement débordé le cadre coopératif<sup>6</sup>.

Cette dimension s'est construite progressivement et s'est imposée petit à petit dans les textes. Nous ne nous intéresserons qu'à la situation présente, dont nous rappellerons les grands traits dans les trois familles principales de l'économie sociale et solidaire. Cependant deux remarques auparavant. D'abord on ne retrouve pas de groupe dans le secteur des fondations. Des connexions peuvent exister, et on connaît le phénomène des fondations abritées ou sous égide, qui ne sont juridiquement que des fondations dépourvues de personnalité morale, abritées par une fondation reconnue d'utilité publique. Mais ceci ne constitue pas un groupe.

---

1 H. Desroche, *Solidarités ouvrières*, tome I : *Sociétaires et compagnons dans les associations coopératives (1831-1900)*, éditions ouvrières, 1981.

2 A. Gueslin, *L'invention de l'économie sociale Idées, pratiques et imaginaires coopératifs et mutualistes dans la France du XIXème siècle*, Economica, 1998, ps. 99 s.

3 A. Nast, *Le régime juridique des coopératives. Principes coopératifs et exposé synthétique de la législation*, thèse, Paris, 1919, ps. 12 s.

4 Pour une brillante présentation de l'évolution et des débats suscités par la stratégie de regroupement, J-F. Draperi, *La République coopérative*, Larcier, 2012.

5 J-L. Laville, *Politique de l'association*, Seuil, 2010.

6 P-J. Proudhon, *Du principe fédératif*, E. Dentu, 1863.

La seconde remarque consiste dans la nécessité de repenser la question à l'aune de la redéfinition de l'économie sociale et solidaire qui se profile aux termes du projet de loi éponyme. Les statuts ne seront plus les seuls critères de définition du secteur et il faudra s'intéresser à d'autres groupes, entre entreprises commerciales, mais ils n'intéresseront l'économie sociale et solidaire que s'ils s'y rattachent et, compte tenu de leur probable diversité juridique, ils constitueront des plutôt des groupes interfamiliales.

Les unions de coopératives sont expressément qualifiées de coopératives par l'article 5 de la loi n° 47-1975 du 10 septembre 1947 et sont donc pour l'essentiel soumises aux mêmes règles. Le même article leur attribue toutefois un objet spécifique: la gestion des intérêts communs des coopératives qui la créent. La communauté étendue que cette union institue peut se traduire par l'autorisation de certaines activités autrement interdites, afin de permettre l'expression de la solidarité entre coopératives membres (C.rur. R.521-2, als. 2 3, pour les unions de coopératives agricoles par exemple). Le morcellement des lois coopératives rend parfois plus compliquée la création d'une union entre coopératives issues de familles coopératives différentes, mais le cadre de la loi générale de 1947 garantit que ceci soit possible. Quant au fonctionnement de l'union, il est identique à celui de toute coopérative, avec pour différence que le vote en assemblée générale peut y être détaché du principe « une personne une voix » pour être proportionné au nombre de membres des coopératives membres ou à l'importance des transactions que celles-ci réalisent avec l'union (l. 47-1975 du 10 juil. 1947, art. 9). Traditionnellement, cette solution n'est pas analysée comme une exception au principe démocratique mais, au contraire, comme une adaptation pour en garantir l'effectivité. Les lois spéciales fournissent parfois des compléments, les coopératives agricoles par exemple à propos de la composition du conseil d'administration (C.rur., art. R.524-25 al. 2), mais nous ne nous y attarderons pas<sup>7</sup>.

Les unions d'association ne sont pas directement règlementées par la loi de 1901 mais elles sont au moins mentionnées dans le décret du 16 août 1901. Son article 7 précise que les unions déclarées sont soumises aux mêmes formalités de déclaration que les associations déclarées, tandis que son article 10 reconnaît la possibilité pour une union de demander la reconnaissance d'utilité publique. La soumission des unions, aussi parfois nommées fédérations, aux mêmes règles que les associations, a conduit à leur conférer de façon générale un régime juridique semblable. Certains textes leur confèrent toutefois un statut particulier, notamment en les utilisant comme moyen impératif de structuration de certains mouvements associatifs; il en est ainsi par exemple des associations de pêcheurs, obligés d'adhérer à une fédération générale (C.env., art. L.434-3). Quoiqu'il en soit, dans la mesure où les unions fonctionnent comme des associations, elles disposent de la même liberté statutaire et sont donc libres de définir leur mode d'organisation, y compris le poids respectif de chacun de ses membres au sein de ses organes. Cependant, leur structure se distingue de celle des groupes de société et se rapproche au contraire des unions de coopératives, dans le sens où l'union est l'émanation des associations qui en sont les membres. En conséquence, l'union ne dispose d'aucun contrôle direct sur ses membres, le seul moyen à sa disposition consistant dans l'insertion de clauses au sein de ses statuts, clauses qui lient les associations

---

<sup>7</sup> D. Hiez, *Coopératives Création Organisation Fonctionnement*, Delmas, 2013, n° 151.26.

membres dès lors qu'elles adhèrent à l'union. La direction ainsi assurée par l'union est cependant limitée puisqu'elle ne lui permet en aucun cas de s'immiscer dans les décisions internes de ses membres, fussent-elles contraires aux obligations qu'ils ont librement souscrites en adhérant aux statuts, leur pouvoir se limitant dans ce cas à prononcer les sanctions appropriées à l'égard des membres fautifs<sup>8</sup>.

Les unions de mutuelles. Les groupes mutualistes sont ceux qui font apparaître la plus grande diversité des structures utilisées, et pas seulement en raison de la complication induite par la distinction des mutuelles saines et des mutuelles d'assurance. Il s'agit tout d'abord de l'union de mutuelles (C.mut., art. L.111-2) qui, créée par plusieurs mutuelles ou unions, exerce les mêmes missions qu'une mutuelle. Lorsque cette union est ouverte, en vertu de clauses statutaires, à des institutions de prévoyance de sécurité sociale et des sociétés d'assurance mutuelle, elle est dénommée union de groupe mutualiste (C.mut., art. L.114-1). L'union de groupe mutualiste a un objet spécifique: « faciliter et développer, en les coordonnant, les activités de ses membres qui demeurent, pour chacun d'entre eux, directement responsables de la garantie de leurs engagements. En aucun cas, les unions de groupe mutualiste ne peuvent pratiquer des opérations d'assurance ou de réassurance » (C.mut., art. L.114-1 al. 7). Il est à relever par ailleurs que les mutuelles du Code de la mutualité conservent impérativement la majorité à l'Assemblée Générale comme au Conseil d'Administration (al. 8). A côté de ces unions très intégrées figurent des structures plus techniques, dont l'objet est plus restreint. Il s'agit d'une part des unions mutualistes de groupe, d'autre part des sociétés de groupe d'assurance mutuelle. Les unions mutualistes de groupe sont des entreprises dont l'activité principale consiste à prendre et gérer des participations ou à nouer et à gérer des liens de solidarité financière importants et durables avec des mutuelles (C.mut., art. L.114-2). Les mutuelles de santé doivent détenir la majorité dans les unions mutualistes de groupe comme dans les unions de groupe mutualiste (al. 2). Cette union est la transposition dans le code de la mutualité de la société de groupe d'assurance mutuelle déjà intégrée au code des assurances (C.assu., art. L.322-1-3 al. 3). Celle-ci doit comprendre au moins une société d'assurance mutuelle mais n'est pas soumise à une obligation de majorité mutualiste. Le code des assurances connaissait déjà, lui aussi, les unions de mutuelles d'assurance, mais celles-avaient un objet bien spécifique, exclusif, la réassurance des sociétés d'assurance mutuelle membres (C.assu., art. L.322-26-3). A côté de ces structurations à visée économique, les mutuelles peuvent également se regrouper dans un but plus politique, au sein de fédérations (C.mut., art. L.111-5). Créées par des mutuelles ou des unions, celles-ci ont pour objet de défendre les intérêts collectifs, moraux et matériels de leurs membres, d'en assurer la représentation et de faciliter leurs activités.

Par-delà la diversité des mécanismes qui caractérisent les structures que nous venons de présenter rapidement, plusieurs traits leur sont communs et méritent d'être rappelés. Tout

---

<sup>8</sup> Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 7 mai 2008, pourvoi n° 05-18532, bull. civ. I n° 123 ; Dr. Sociétés, 2008, com. 200, note R. Mortier ; C. Amblard, « Quel avenir pour les groupes d'association ? », [http://www.isbl-consultants.fr/quel\\_avenir\\_pour\\_les\\_federations\\_dassocia\\_s\\_.html?PHPSESSID=c492240761d80f958ea7e3e16a53c279](http://www.isbl-consultants.fr/quel_avenir_pour_les_federations_dassocia_s_.html?PHPSESSID=c492240761d80f958ea7e3e16a53c279).

d'abord, toutes les organisations fédératives sont destinées à une famille bien spécifique, avec une atténuation pour les associations qui sont plus ouvertes. Cette souplesse de l'union d'association est un effet de celle du moule associatif, dont on connaît les inconvénients par ailleurs. L'objet de ces unions n'est pas toujours défini, quoiqu'un lien soit exigé entre les activités de l'union et de ses membres, étant précisé que la mutualité est beaucoup plus précise, ce qui ne doit pas se comprendre comme l'expression d'une philosophie différente mais comme la conséquence du contrôle accru sur leurs activités. Au plan organisationnel, toutes les unions s'inspirent d'une philosophie fédéraliste, qui fait de l'union une émanation de ses membres. Le fonctionnement des unions diffère mais, pour l'essentiel et dans le respect des spécificités de chaque famille, est inspirée par le principe démocratique. Bref, les unions manifestent, comme les organisations primaires, la communauté d'inspiration de l'économie sociale et solidaire.

## B L'inter-coopération inter-familiale

La coopération inter-familiale n'était pas vraiment pensable tant que l'idée d'économie sociale n'a pas émergé. C'est donc à partir des années 80 que cette question s'est posée. Elle a connu des consécutions, plus ou moins abouties, à travers l'élaboration d'un groupe d'économie sociale. Mais elle soulève également une autre question, moins classique, au regard de la fluidité juridique entre les diverses familles.

### 1 L'union d'économie sociale

L'union d'économie sociale (UES) a été créée par la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale et, aux termes de diverses modifications, est aujourd'hui régie par le titre II bis de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération (arts. 19 bis à 19 quater). Elles résultent de la volonté de faciliter la coopération entre structures juridiques de nature différente, principalement issues de l'économie sociale et solidaire, de façon sécurisée. C'est la raison pour laquelle elles se trouvent finalement au sein de la loi portant statut de la coopération; elles empruntent d'ailleurs l'essentiel de leur réglementation à ce groupement (art. 19 bis). Elles en diffèrent toutefois assez fortement au regard de leur sociétariat puisque, précisément, elles ne se composent pas nécessairement de groupements issus d'une même famille. On distingue classiquement deux blocs, dits « A » et « B », le premier devant disposer de 65% des droits de vote (art. 19 bis al. 2). Le bloc A peut comprendre des sociétés coopératives, des mutuelles régies par le code de la mutualité, des organismes de mutualité agricole, des sociétés d'assurance à forme mutuelle, des sociétés d'assurances mutuelles et unions de mutuelles régies par le code des assurances, des associations déclarées régies par la loi du 1er juillet 1901 ou par les dispositions applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et

de la Moselle, des unions ou fédérations de ces sociétés ou associations (ibid). Il peut également accueillir, si les statuts le prévoient, toute autre personne à but non lucratif (ibid., al. 3). Par contraste, le bloc B, s'il existe, accueille toutes les autres personnes, à commencer par les personnes physiques, mais c'est aussi l'occasion d'intégrer des personnes publiques ou des personnes à but lucratif avec lesquelles il est opportun de collaborer<sup>9</sup>.

La gestion de ces UES n'est pas extrêmement originale si on la compare aux unions que nous avons déjà rencontrées. Il convient toutefois de préciser que leurs organes d'administration et de surveillance doivent comprendre des membres représentant les personnes légalement qualifiés comme relevant du bloc A (art. 19 bis al. 4). En outre, si le vote égalitaire est le principe, les droits de vote peuvent être proportionnés à l'effectif de ses membres ou à l'importance des affaires qu'il traite avec l'union (art. 19 bis al. 5)<sup>10</sup>. L'UES doit effectuer ses transactions principalement avec ses membres mais 20% peuvent être réalisés par des tiers (art. 19 ter al. 1). Il est intéressant de relever, pour renforcer l'idée de groupe qu'elle concrétise, que, pour le calcul des prestations faites avec des tiers, les adhérents de ses membres ne sont pas considérés comme des tiers. En termes de financement, elles disposent de tous les outils dont peuvent bénéficier les coopératives, beaucoup plus nombreux et éventuellement attractifs que les associations.

L'objet des UES est en revanche moins univoque. Conformément à l'esprit de groupement de moyens qui a présidé à leur introduction dans notre droit, les UES ont pour objet « la gestion des intérêts communs de leurs associés et le développement de leurs activités » (art. 19 bis al. 1). A première vue, les UES sont donc au service de leurs membres et il semble bien que, au moins dans l'esprit des rédacteurs, la gestion des intérêts communs ait eu pour finalité le développement des activités des membres. La réalité a toutefois montré une inventivité qui s'est quelque peu écartée de ce modèle originel. De fait, il est aujourd'hui admis qu'il existe trois types d'UES: l'UES regroupement de moyens, l'UES « nouveau projet » et non seulement gestion commune de moyens, et l'UES de groupe<sup>11</sup>. Le second type ne nous intéresse pas directement dans la mesure où, même s'il s'appuie certainement sur le partenariat de diverses structures, il insiste sur la réalisation d'un objet nouveau, au moins pour partie distinct du leur propre<sup>12</sup>. S'agissant du groupe, l'UES joue alors « la fonction de "tête", soit sur une filière, soit sur un financement, soit sur un territoire »<sup>13</sup>.

L'UES doit dès lors être comparée à d'autres structures qui peuvent remplir la même fonction. C'est traditionnellement le cas du GIE, explicitement conçu comme un groupement de moyens. « Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses

---

9 Sur le détail des possibles associés, J. Néri, *Les unions d'économie sociale. Guide juridique et pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., éditions ADCPES, Paris, 1992, ps. 35 s.

10 Sur les modalités concrètes de calcul, J. Néri, op. cit., ps. 67 s.

11 J. Néri, « Propos à la rencontre nationale des U.E.S. », in *Actes de la rencontre nationale des U.E.S.*, édition Adcopés, 2000, p. 45.

12 A proprement parler, on peut même douter qu'il soit conforme à l'objet défini par la loi et, en raison du principe de spécialité des personnes morales, de sa légalité.

13 Ibid.

membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité » (C.com., art. L.251-1 al. 2). La formulation est partiellement voisine de celle de l'UES mais elle est aussi plus restrictive et la jurisprudence en a tiré les conséquences en exigeant une dépendance de l'activité du G.I.E. par rapport à celle de ses membres. De plus, le G.I.E. se caractérise par la solidarité aux dettes de ses membres (C.com., art. L.251-4). Si on y ajoute que l'UES met en œuvre, notamment dans sa gestion, les valeurs de l'économie sociale et solidaire il n'est pas surprenant que le G.I.E. ne réponde pas aux besoins d'inter-coopération qui la traverse.

Mais l'UES entre pour partie également en concurrence avec un nouveau venu: la SCIC. Nous ne reprendrons pas la présentation de ce groupement bien connu<sup>14</sup> mais nous voudrions esquisser quelques rapprochements<sup>15</sup>. En effet, par la multiplicité de ses collèges, la SCIC permet certainement de réaliser de l'inter-coopération, avec une structuration de sa gouvernance renforcée à travers le mécanisme des collèges. Il est d'ailleurs permis de se demander si elle ne peut pas servir à la constitution de groupe d'économie sociale et solidaire. Il est toutefois plusieurs traits susceptibles de handicaper la SCIC sous cet angle: l'imposante obligation de mise en réserve (57,5%), les catégories imposées d'associés, ainsi que l'exigence d'utilité sociale. Dès lors, l'UES conserve tout son intérêt.

Pourtant, le succès des UES n'est pas au rendez-vous puisqu'on n'en compterait qu'environ 200<sup>16</sup>. Des tentatives d'explication ont été esquissées: méconnaissance des prescripteurs, manque de soutien des grands réseaux de l'économie sociale, usine à gaz<sup>17</sup>. Ces trois reproches sont nuancés mais, surtout, il est frappant qu'ils soient peu ou prou les mêmes que ceux adressés à toutes les innovations législatives des trente dernières années, dont le trait caractéristique est de ne pas être issu de l'expérience même des acteurs primaires de l'économie sociale et solidaire.

Mais il est un autre moyen de faciliter la coopération au sein de l'ESS, c'est de faciliter la fluidité des structures en son sein.

## 2 La fluidité juridique entre organisations

En termes juridiques, cette question est analysée sous l'angle de la transformation d'une personne morale<sup>18</sup>, ce qui signifie la possibilité de modifier la forme juridique du groupement, non seulement sans incidence sur son existence, mais également sans imposer la liquidation de l'ancienne structure pour la création de la nouvelle. A proprement parler, il n'y a d'ailleurs

14 D. Hiez, op. cit., ns° 12.29 s. et 52.19 s. et la bibliographie citée.

15 Celui-ci est d'autant plus justifié qu'une des UES, et pas la moindre, a décidé de sa transformation en SCIC, Flandre Ateliers.

16 *L'économie sociale de A à Z*, Alternatives économiques, hors-série n° 38bis, mars 2009.

17 M. Hipszman, *L'UES, une novation juridique méconnue*, 2013, inédit. Une copie peut être demandée à l'auteur.

18 I. Riassetto, « Typologie des transformations », *Bull. Joly sociétés*, 2010, § 80, p. 389.

aucune création mais bien transformation. Cette question a d'abord été envisagée à propos de l'impossibilité de transformer un groupement aujourd'hui qualifié d'économie sociale et solidaire en organisation capitaliste.

Ce sont les associations qui semblent les plus éloignées de tous les autres groupements puisque, depuis l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, elles apparaissent comme l'antinomie de la société, avec laquelle elles constituent ce qu'il est convenu d'appeler une *summa divisio* au sein des groupements de droit privé. Il est caractéristique que la littérature est somme toute abondante sur la distinction de ces deux personnes morales, dès l'adoption de la loi de 1901<sup>19</sup> mais renouvelée au gré des évolutions<sup>20</sup>, et notamment récemment la création du G.I.E.<sup>21</sup> ou la modification de la rédaction de l'article 1832 du Code civil<sup>22</sup>. La jurisprudence a joué un rôle crucial en raison du silence de la loi, d'abord en fondant l'opposition sur la question du partage de bénéfices<sup>23</sup>, et en dernier lieu pour maintenir l'étanchéité entre les deux formes juridiques<sup>24</sup>. Par nature, l'association s'oppose à la société et il est inconcevable que l'association se transforme en société, notamment parce que ceci aboutirait à rendre possible ce que son statut lui interdit, le partage de bénéfices, contrariant donc la volonté du législateur (et accessoirement des fondateurs de l'association elle-même)<sup>25</sup>.

Les coopératives ne sont pas en reste. La solution y est même plus explicite; La loi du 10 septembre 1947 interdit simplement la sortie du statut coopératif, interdisant nécessairement la transformation en société capitaliste (l. 47-1975, art. 25)<sup>26</sup>. Le droit mutualiste n'est pas aussi précis mais il garantit une liquidation désintéressée en cas de dissolution (C.mut., art. L.113-4 al. 2 ; C.assu., art. L.322-26-5). L'absence de précision tient probablement pour partie à la spécificité de l'activité des mutuelles, qui limite les hypothèses de transformation, pour partie à leur caractéristique technique qui fait qu'elles n'ont aucun capital social.

Cet ordonnancement s'accompagnait aussi d'une absence de fluidité entre les diverses structures de l'économie sociale. La spécificité des mutuelles rend celle-ci en tous cas complexe, mais même la transformation d'association en coopérative ou inversement n'était pas possible. S'agissant de la transformation d'une coopérative en association, il est admis qu'elle ne présente pas d'intérêt pratique et elle n'est pas sérieusement discutée. Quant à la transformation d'association en coopérative, elle était considérée comme impossible du fait de la qualification des coopératives de société (l. n° 47-1775, art. 1). La solution a évolué avec la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 qui a introduit un article 28 bis à la loi de 1947. La possibilité de transformation est reconnue de façon générale, donc à destination de toute

---

19 P. Pic, « Du contrat d'association et du contrat de société », RTD Civ., 1906, ps. 31 s.; Hayem, *Domaines respectifs de l'association et de la société*, thèse, Paris, 1907 ; P. Kayser, *Société et association Leur domaine d'application*, thèse Nancy, 1928.

20 F. Terré, « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mélanges Secrétant*, Université de Lausanne, 1964, p. 325.

21 Y. Chartier, « Société coopérative et groupement d'intérêt économique Etude comparée », rev. Sociétés, 1974 601, spéc. Ns° 33-35.

22 Y. Guyon, « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, vérifier, 1979, p. p. 483.

23 Cass. réun., 11 mars 1914, S. 1918.1.103 - D. 1914.1.259 - J. Soc. 1915, p. 97 - Rev. Soc. 1915, p. 44.

24 Civ. 1e. 22 novembre 1988, D. 1988, I.R. 289, bd Joly, 1989, p. 343 ; Rev. Soc., 1989, p. 85, n°1 ; RTD Com., 1989, p. 269 obs. E. Affandari et Jeantin.

25 C. Rodriguez, *Droit des associations Règles générales*, L'Harmattan, 2005, ps. 102 s.

26 L. Coutant, *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950*, éditions MATOT-BRAINE, Paris, 1950, ps. 249 s.



coopérative, à la seule condition que celle-ci ait une « activité analogue » (l. n° 47-18775, art. 28 bis al. 1). Quoique la disposition soit générale, elle a été inspirée par l'éventuelle transformation d'association en SCIC, créée par la même loi de 2001 (l. 2001-624 du 17 juillet 2001, art. 36). En dépit de la proximité des coopératives et des associations, des dispositions sont prises pour garantir la survie du régime d'impartageabilité des fonds associatifs (l. 47-1775, art. 28 bis als. 2 et 3) et le maintien des agréments et autres avantages dès lors qu'ils sont compatibles avec l'objet statutaire de la coopérative (l. 47-1775, art. 28 bis als. 4). Cette fluidité au sein des groupements de l'ESS doit être toutefois nuancée. En effet, d'une part elle est très relative et reflète surtout la volonté de faciliter la transformation de certaines associations en coopérative, ce qui au reste n'a jusqu'à présent pas été très utilisée. D'autre part, ceci s'inscrit dans un mouvement plus général de transformation facilitée des groupements. Pour preuve la consécration dès 1992 d'une possibilité de sortie encadrée du statut coopératif, autrement dit de transformation de coopérative en société capitaliste (l. 47-1775, art. 25)<sup>27</sup>, tout comme dès 1967 la possibilité pour les associations de se transformer en G.I.E. (C.com., art. L.251-18). Il est donc patent que les entreprises de l'ESS sont à la fois plus imbriquées les unes avec les autres, mais aussi que cette imbrication se retrouve entre celles-ci et les entreprises capitalistes. C'est exactement le même constat qui peut être fait à travers les pratiques nouvelles.

## II L'inter-coopération à l'épreuve des pratiques nouvelles

L'insertion sur le marché est une réalité qui marque l'ensemble du secteur de l'ESS. Il a été l'occasion de croissances importantes pour certaines entreprises, quel que soit leur statut au sein de l'ESS. Dans le même temps, il a suscité de nombreuses interrogations quant à l'évolution en cours au regard des valeurs proclamées par l'ESS et, plus fondamentalement, sur l'identité des entreprises éponymes. Or l'un des traits caractéristiques de cette évolution, au plan juridique, a consisté dans le recours croissant, parmi les plus grandes entreprises, au mécanisme de la filialisation. Marquée d'importantes hésitations balayées par la pratique, cette pratique est toujours en attente d'un cadre juridique adapté (A). Quoiqu'il en soit, le mécanisme de la filialisation est par définition en opposition avec le principe de l'inter-coopération, en sorte que des réflexions et des propositions continuent de voir le jour en vue de la réalisation de cette utopie (B).

### A La recherche d'un cadre juridique pour la filialisation

Depuis les années 80, à des degrés divers et à des époques parfois différentes, toutes les familles de l'économie sociale et solidaire recourent à la création de filiales, entendues comme la création de structures de nature capitaliste que le groupement d'économie sociale et solidaire contrôle par une participation financière majoritaire (C.com., art. L.233-1). La première question qui s'est posée a consisté dans la mise en cause de la validité de ce procédé (1), et la conclusion en a été aussi théoriquement incertaine que positivement affirmative. Dès

---

<sup>27</sup> D. Hiez, op. cit., ns° 142.11 s.

lors, il convient de déterminer les éventuelles limites que le droit pose à cette pratique (2). Face aux insuffisances de cet encadrement, il est nécessaire de reprendre la réflexion d'un encadrement plus strict, tout en veillant à ce qu'il demeure praticable (3).

## 1 La validité en question

Les débats sur la validité de la filialisation n'ont pas été les mêmes à propos de tous les groupements de l'économie sociale et solidaire. Plus la définition du groupement est précise, plus la question de ses relations avec des groupements capitalistes fait naître d'hésitations. C'est donc naturellement l'association pour laquelle les débats ont été les moins nourris<sup>28</sup>. Si l'association ne peut partager ses bénéfices, rien ne lui interdit d'en réaliser, et ceux-ci peuvent provenir de la prise de participation au sein d'une société commerciale. Cette pratique est même d'autant plus tentante que l'association subit des inconvénients du fait de son absence de commercialité et qu'elle peut y remédier en filialisant tout ou partie de ses activités commerciales. Des considérations fiscales peuvent également intervenir pour préserver l'absence de fiscalisation des activités de l'association proprement dite. La seule limite consiste dans l'impossibilité, ou du moins l'extrême danger, pour l'association à créer une filiale qui serait une société de personne<sup>29</sup>; elle recourra donc à la société anonyme, la société à responsabilité limitée, ou la société par actions simplifiée.

La question a été beaucoup plus controversée à propos des coopératives. La liberté milite certainement en faveur de la possibilité de filialiser, mais c'est à la condition que ceci ne s'oppose pas à l'identité coopérative, ce qu'un auteur a nommé le « *genus cooperatis* »<sup>30</sup>. Or des arguments forts militent contre la validité d'un tel procédé<sup>31</sup>: la définition de la coopérative lui enjoint la promotion des intérêts de ses membres et il n'est pas sûr que la détention de sociétés soit une activité conforme à cet objet, surtout si on prend en compte le fait que la promotion de ces intérêts doit se faire par l'effort commun de ces membres (L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 1); la possibilité de sortir du statut coopératif permet d'échapper à la définition de la coopérative sans recourir au détournement de l'objet par la création d'une société capitaliste. Quant à la loi, elle n'est pas plus explicite puisque le silence de la loi de 1947 peut s'interpréter comme une absence d'interdiction, tandis que les autorisations spéciales explicites militent en faveur d'une autorisation explicite rendue nécessaire par une invalidité de principe.

---

28 A.-S, Mescheriakoff, M. Frangi, M. Kdhir, *Droit des associations*, Presses Universitaires de France, 1996, ps. 223 s.

29 L'associé d'une société de personnes est qualifié de commerçant. Faute de pouvoir être commerçante, l'association ne pourrait pas se prévaloir de cette qualité tandis qu'elle pourrait lui être opposée par les tiers.

30 F. Espagne, « Restructuration des coopératives, filialisations, fusions, prises de participation », lettre du 8 août 2001.

31 De Vendeuil, « Les entreprises coopératives se modernisent », *JCP E* 1993, act. 100213.

Ces débats sont toutefois aujourd'hui largement dépassés dans la mesure où le législateur a introduit des dispositions explicitement validées là où il y avait un enjeu pratique en raison du développement de la pratique (C.rur., art. L.523-5; C.rur., art. L.931-13; (L. n<sup>os</sup> 83-657, 20 juill. 1983<sup>32</sup>, art. 27 ;C.com., art. L.124-1 ; C.const.hab., art. L.215-1).

Le phénomène de filialisation n'a pas suscité les mêmes discussions en matière mutualiste, peut-être parce qu'il n'y a pas la même ampleur. De nombreuses mutuelles ont créé des filiales mais celles-ci proposent des produits complémentaires, sans se substituer à la mutuelle elle-même.

## 2 Les règles existantes

Nous avons signalé le silence du droit associatif comme du droit mutualiste sur la filialisation. Nous ne pouvons donc nous référer qu'au droit coopératif. Nous le ferons rapidement, surtout pour essayer de repérer l'orientation des restrictions qu'il apporte, afin d'apprécier si elles sont transposables aux structures voisines de l'ESS et si elles répondent à leurs besoins spécifiques. Or la dispersion du droit coopératif rend toute généralisation délicate.

La première forme de limitation consiste dans une obligation d'information de l'organe de contrôle de la coopérative : c'est la solution en matière agricole (C.rur., art. L.523-5) et maritime (C.rur., art. L.931-13). Dans les deux cas, il s'agit d'une simple information et l'évolution a été marquée par une libéralisation en matière agricole puisque l'information a remplacé l'exigence d'une autorisation préalable<sup>33</sup>, mais cette information peut déclencher un contrôle global de l'autorité régulatrice et, en dernier lieu, aboutir à un retrait d'agrément<sup>34</sup>. L'information est étendue car elle concerne toute prise de participation, avec une liste précise d'informations à fournir en matière agricole<sup>35</sup>.

Par-delà cet encadrement procédural, la question doit être posée de savoir s'il existe une limitation substantielle à la filialisation. Une référence faite par les articles L.931-13 du Code rural pour les coopératives maritimes et 27 de la loi n<sup>o</sup> 83-657 du 20 juillet 1983 pour les coopératives artisanales à l'activité de la société au sein de laquelle la coopérative ou l'union prend des participations réalise implicitement une distinction selon que cette activité est identique ou non à celle de la mère. Un contrôle accru est mis en place pour les filiales dont l'activité n'est pas identique ou complémentaire à celle de la mère puisque, dans ce cas, l'union de coopératives artisanales doit obtenir une autorisation administrative (l. n<sup>o</sup> 83-657,

---

<sup>32</sup> L. n<sup>o</sup> 83-657, 20 juill. 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale, *JO* 21 juill., p. 2242.

<sup>33</sup> C'est l'autorisation préalable qui demeure requise pour les unions de coopératives artisanales : L. n<sup>os</sup> 83-657, 20 juill. 1983, art. 27.

<sup>34</sup> D. Hiez, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 171.19.

<sup>35</sup> C.rur., art. R.523-8 : « toute prise de participation fait l'objet, dans le mois qui suit la réalisation des formalités au registre du commerce et des sociétés, d'une déclaration écrite au Haut Conseil de la coopération agricole, accompagnée d'une fiche indiquant les modalités, le montant de la prise de participation et le pourcentage de capital détenu, et d'un extrait de l'immatriculation de la société dans laquelle a été prise la participation ».

art. 27, al. 2). La réprobation est plus radicale encore pour les coopératives maritimes puisque, si l'activité n'est pas identique ou complémentaire, la prise de participation est prohibée. En dehors de ces deux hypothèses en revanche, il n'existe aucun encadrement et, par exemple, la filialisation est possible pour les coopératives de commerçants sans aucune restriction (C.com., art. L.124-1, al. 1). Le droit allemand offre un exemple de contrôle plus général, lié au respect de l'objet spécifique des coopératives, à savoir la satisfaction des besoins de ses membres (art. 1 §2§ GenG)<sup>36</sup>, ce qui conduit à prohiber les filialisations qui transformeraient la coopérative en simple holding)<sup>37</sup>.

L'analyse est intéressante, et déborde le cadre des seules coopératives. L'idée sous-jacente à cette législation semble être qu'une entreprise de l'économie sociale et solidaire est surtout suspecte lorsqu'elle investit dans des activités qui, puisque sans lien avec les siennes, ne peuvent se justifier par une stratégie de développement propice à la réalisation de son objet mais doit consister à l'inverse dans l'utilisation de moyens financiers. Il est frappant que, dans d'autres pays, l'appréhension soit précisément inverse, spécialement dans le contexte coopératif, la coopérative n'étant pas considérée comme réalisant son objet propre si elle le fait faire par des structures non coopératives.

### 3 Quelques pistes prospectives

Qu'il s'agisse des associations, des mutuelles ou des coopératives, leur recours à des filiales soulève des questions qui attendent des réponses construites. Or il nous semble que cette réponse doit nécessairement consister dans un encadrement, même pour les associations ou les mutuelles pour lesquelles la loi est silencieuse. Non seulement le recours à des structures capitalistes semble contradictoire pour des structures qui sont porteuses d'objectifs antagonistes et il est permis de se demander si l'objet spécifique peut être ainsi réalisé. En outre, l'isomorphisme institutionnel déjà à l'œuvre par la simple confrontation sur le marché risque de se renforcer et conduire à un affadissement des particularités des entreprises de l'ESS. L'encadrement qui nous semble indispensable devrait emprunter deux voies: d'un côté la consécration de bornes, de l'autre l'élaboration d'un régime juridique particulier pour ces filiales.

Dans le contexte actuel d'une filialisation déjà installée, il n'est pas concevable d'invalider les pratiques les plus fréquentes. Or celles-ci consistent certainement dans l'exercice d'activités identiques ou complémentaires à l'activité principale de l'entreprise de l'ESS mère. Nous

---

36 GenossenschaftGesetz, de 16 octobre 2006, BGBl. I S. 2230. Voici le texte dans sa version anglaise : Membership of societies and other associations (of individuals), including the bodies governed by public law, is permissible if and when they are interested to 1. promote their members' personal economic interests, or their social or cultural interest, or 2. serve the public interest goals of the co-operative society, without this being the sole or main purpose of the co-operative society.

37 H. Münkner, "German legislation with special emphasis on co-operative groups", communication à la conférence de recherche de l'Alliance Coopérative Internationale du 2-4 septembre 2009 à Oxford.

avons vu qu'il existait une justification possible à cette orientation, il n'empêche qu'elle recèle également un danger. En effet, si l'entreprise d'ESS réalise une partie de son objet à travers des filiales capitalistes, ceci fait par principe échapper une partie des activités au cadre légal de l'entreprise mère. Dans ces conditions, il convient d'abord de sanctionner les éventuelles fraudes, comme le détournement de l'exclusivisme dans certaines coopératives, mais aussi l'exercice d'activités prohibées pour certaines mutuelles. Encore faut-il préciser ici que la prise d'initiative de la création d'une structure ne fait pas de l'initiateur une mère dès lors qu'il n'existe aucun contrôle institutionnel. Mais à côté de la chasse aux fraudes, il faut aussi plus banalement veiller que l'entreprise de l'ESS ne soit pas vidée de sa substance. Il est difficile de proposer une limite quantitative, ceci revient au législateur, mais certainement convient-il que l'activité de la filiale reste accessoire par rapport à celle de la mère. Par ailleurs, le contrôle pourra varier selon l'importance du contrôle effectué sur la filiale, une prise de participation restreinte ne pouvant être assimilée à une filiale à 100%.

A côté du contrôle ou de l'établissement de conditions à la filialisation, il faut encore prévoir un régime juridique spécifique lorsque la filialisation est réalisée. Celui-ci peut prendre une double direction liée à l'incidence de chacune des deux structures sur l'autre. D'un côté, il convient que les sommes provenant de l'activité réalisée au sein de la filiale ne soient pas traitées comme des profits tels qu'une entreprise capitaliste pourrait en retirer. Le droit des associations interdit déjà qu'ils puissent être distribués, puisqu'elle prohibe en général tout partage de bénéfices. La question est plus délicate dans d'autres structures, il conviendrait que ces bénéfices ne serve pas à l'enrichissement des associés, au risque de leur fournir une incitation à la filialisation. Cela signifie que ces bénéfices pourraient être intégrés à une réserve particulière, à moins qu'ils ne proviennent de transactions entre la filiale et un membre de la mère, auquel cas elles pourraient être traitées en considération.

De l'autre côté, il serait bon de garantir que, en sus du régime de droit commun applicable à la filiale, celle-ci connût certaines règles en raison de sa dépendance vis-à-vis d'une entreprise d'économie sociale et solidaire. Il n'est probablement pas opportun de limiter ses pouvoirs. En revanche, il est plus conforme à l'esprit de l'économie sociale et solidaire que les membres de l'entreprise mère disposent d'une forme de contrôle sur les activités de la fille. Le lien juridique n'existe qu'entre la fille et la mère, mais il est possible d'exiger que les membres de la mère reçoivent des informations particulières sur la fille et que certaines opérations ou décisions fassent l'objet de délibérations spéciales de l'un ou l'autre organe de la mère.

## B L'utopie d'un groupe d'économie sociale et solidaire ou le réalisme de l'hybridation

L'idéal de la coordination entre entreprises d'économie sociale, est très clairement du côté de la coopération, seule notion compatible avec l'idéal démocratique dont celles-ci sont porteuses. Pourtant, même si on excepte l'imbrication qui s'instaure parfois entre entreprises d'ESS et entreprises capitalistes (ci-dessus), qui a conduit certains auteurs à parler d'hybridation, il n'en demeure pas moins que la pure coopération est peu compatible avec les

réalités concrètes de l'organisation collective d'entreprises. Certes, il existe des coopérations d'entreprises qui respectent l'indépendance de chacune d'entre elles. Mais la recherche de stratégies communes requiert parfois un abandon plus important de la souveraineté de chaque membre du groupement. C'est ce qu'on qualifie plus précisément le groupe. Le droit français ne connaît pas le groupe spécifique à l'ESS, les seules formes de groupement que nous avons rencontrées en première partie sont une consécration plus ou moins aboutie de la coopération. On ne peut guère encore relever que quelques prémisses dans le projet de loi d'économie sociale et solidaire, que ce soit à travers le « groupe d'entreprises d'économie sociale et solidaire », ou le « groupement de sociétés coopératives de production ». Le modèle espagnol, qui retient souvent l'attention, ne se démarque pas sérieusement.

Les travaux législatifs actuels proposent la consécration d'un groupe d'entreprises d'économie sociale et solidaire, par l'introduction au sein de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération d'une section nouvelle<sup>38</sup>, qui se composerait de l'article 19 quater a. Le groupe d'entreprises occupe d'abord le moule de l'union d'économie sociale et solidaire, ce qui garantit que les entreprises d'ESS ne soient pas nécessairement les seules membres du groupe. Dans le même temps, puisque c'est l'union qui exerce une influence dominante sur un ou plusieurs de ses associés, il est certain que l'organe de tête est contrôlé par des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Plus précisément, quatre conditions, cumulatives ou alternatives, sont mises pour qu'on parle de groupe: influence dominante de l'union sur un ou plusieurs de ses associés; services communs assez étendus pour engendrer une politique commerciale, technique ou financière commune; organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'union et d'un ou plusieurs de ses associés composés majoritairement de mêmes personnes ou placés sous une direction unique; aucun des associés ne peut être considéré comme contrôlant l'union<sup>39</sup>.

De façon déjà plus avancée, la petite loi adoptée par le sénat comporte une sous-section intitulée « les groupements de sociétés coopératives de production » qui introduit notamment à la loi 78-763 du 19 juillet 1978 relative aux sociétés coopératives ouvrières de production un titre IV éponyme. Celui-ci définit les modalités procédurales de la prise de décision de constitution d'un tel groupement entre sociétés coopératives de production (art. 47 bis), les modifications statutaires du groupement et les conditions de la sortie du groupement (art. 47 ter). Par ailleurs, et c'est certainement un des objectifs d'un tel groupement, une des SCOP peut prendre une participation majoritaire dans une autre SCOP du groupement (arts. 47 quinquies à octies), sans que celle-ci soit limitée par les autres dispositifs normalement mis en place par les lois coopératives. Une limite doit cependant être mentionnée: la condition pour que le groupement soit créé que les salariés des SCOP contrôlées détiennent une part minimum, définie statutairement, du capital de la SCOP mère (l. 78-763 du 19 juil. 1978, art. 47 quinquies).

---

38 Cette innovation a été proposée devant le Sénat par un amendement 235, modifié, finalement retiré. Il propose la création d'une section III, sans doute par erreur et faut-il comprendre la création d'un nouveau Titre.

39 Cette dernière condition pose une précaution excessive puisque la définition de l'UES elle-même interdit un tel contrôle.

La mise en place potentielle de ces deux structures doit être éclairée par les conséquences qui sont tirées de leur création. S'agissant du groupe d'entreprises d'ESS, il s'agit principalement de le traiter comme un groupe au regard des informations qui doivent être fournies aux tiers: publication de comptes consolidés (l. 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 quater a, al. 2), publication d'un rapport annuel spécial ou d'une annexe du rapport de gestion « rendant compte des activités du groupe en vue de la réalisation de l'objet social et du respect des principes de l'économie sociale et solidaire » (ibid. al. 3). Cette conception se rapproche de la position italienne<sup>40</sup>. La situation des groupes de SCOP est assez différente puisqu'aucune conséquence spécifique n'est tirée de sa constitution, dans la mesure où le groupe consiste finalement dans le contrôle par une SCOP d'autres SCOP, de sorte qu'elle ressortit aux dispositions du code de commerce (C.com., art. L.233-1) et qu'elle se voit donc soumise aux obligations communes à tous les groupes.

Au final, les solutions esquissées peuvent paraître décevantes puisqu'elles se contentent de permettre la constitution d'un groupe, sans l'assortir d'un régime juridique développé. Deux observations doivent cependant être faites pour nuancer cette appréciation. D'une part, il n'est pas sûr que les acteurs de l'ESS eux-mêmes réclament autre chose, la principale difficulté liée au statut de leur entreprise consistant, de ce point de vue, dans l'impossibilité de garantir une politique homogène, en raison de l'autonomie consubstantielle à ces entreprises. D'autre part,

---

<sup>40</sup> Art. 25 2., d.lgs. 127/1991; Art. 15, law 59/1992.