

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE N°67 SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
EA N°4224 CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE

**Recherche sur le droit du financement
des entreprises sociales et solidaires**

Thèse en vue d'obtenir le grade universitaire de docteur en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2018 par

Kristina RASOLONOROMALAZA

Devant le jury de soutenance composé de

Directeurs de recherche	Bastien BRIGNON Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille
	Thierry GRANIER Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Suffragantes	Caroline COUPET (rapporteur) Professeur à l'Université de Montpellier
	Eva MOUIAL-BASSILANA (rapporteur) Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE N°67 SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
EA N°4224 CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE

**Recherche sur le droit du financement
des entreprises sociales et solidaires**

Thèse en vue d'obtenir le grade universitaire de docteur en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2018 par

Kristina RASOLONOROMALAZA

Devant le jury de soutenance composé de

Directeurs de recherche	Bastien BRIGNON Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille
	Thierry GRANIER Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Suffragantes	Caroline COUPET (rapporteur) Professeur à l'Université de Montpellier
	Eva MOUIAL-BASSILANA (rapporteur) Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation aux opinions émises dans les thèses : celles-ci sont propres à leurs auteurs.

Remerciements

À mes directeurs de thèse, le Professeur Thierry GRANIER et Monsieur Bastien BRIGNON, pour leur enthousiasme dès la naissance de ce projet. Je vous suis très reconnaissante pour votre constante réactivité, votre grande disponibilité, votre écoute, votre franchise, votre exigence, vos conseils, votre relecture attentive.

Aux Professeurs Caroline COUPET et Eva MOUIAL-BASSILANA, pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans le jury de cette thèse.

Aux membres de mon équipe d'accueil, le Centre de droit économique (CDE), et en particulier aux Professeurs Denis MOURALIS et Fabrice RIZZO, à Madame Isabelle GROSSI et Monsieur Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET pour leurs apports constructifs et leurs encouragements en séminaire doctoral comme en comité de suivi.

À Messieurs Frédéric RUEL et Lionel PARIS, Chefs successifs du Département de Gestion des entreprises et des administrations à l'Institut universitaire et technologique de Marseille, qui m'ont donné ma chance et m'ont renouvelé leur confiance pour ma première expérience d'enseignant-chercheur en qualité d'attachée temporaire d'enseignement et de recherche.

Au Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire (RIUESS), à l'Association d'économie sociale (AÉS), au Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), à l'association des doctorants du CDE, à Dynamu, association des doctorants d'Aix-Marseille Université et à Sabine GARROY (Université de Liège) pour leurs confraternelles stimulations.

À ma famille.

Aux amis très chers qui m'ont témoigné un indéfectible soutien, et qui, je l'espère, se reconnaîtront.

Liste des principaux sigles, acronymes et abréviations

ACPR : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
Act. : actualité
Actes prat. ing. sociétaire : Actes pratiques. Ingénierie sociétaire
ADIE : Association pour le droit à l'initiative économique
ADPIC : aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AÉS : Association d'économie sociale
AFEP : Association française des entreprises privées
Aff. : affaire
AFIJ : Association pour faciliter l'insertion professionnelle des jeunes diplômés
AFP : Agence France Presse
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
AMAP : Association pour le maintien d'une agriculture paysanne
AMF : Autorité des marchés financiers
ANSA : Association nationale des sociétés par actions
APCE : Agence pour la création d'entreprises
APDE : Association promotion et défense des étudiants
APEC : Association pour l'emploi des cadres
Art. : article
ASBL : association sans but lucratif
BODACC : Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BOFiP-Impôts : Bulletin officiel des finances publiques-Impôts
BPIFrance : la Banque publique d'investissement
Bull. : bulletin
Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
c/ : contre
CA : Cour d'appel
C.com. : Code de commerce
C.éduc. : Code de l'éducation
C.mut. : Code de la mutualité
C.patr. : Code du patrimoine
C.rech. : Code de la recherche
C.rur. : Code rural et de la pêche maritime
C.serv. nat. : Code du service national
C.sport : Code du sport
C.transp. : Code des transports
C.trav. : Code du travail
CAA : Cour administrative d'appel
CAE : coopérative d'activité et d'emploi
Cass. 1^{ère} civ. : Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3^{ème} civ. : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ch. réun. : arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. com. : arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim. : arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. : arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation
CCH : Code de la construction et de l'habitation
CCI : Chambre de commerce et d'industrie
CDBF : Cour de discipline budgétaire et financière

CDI : contrat à durée indéterminée
 CE : Conseil d'État
 CE Plén. : Conseil d'État réuni en assemblée plénière
 CESE : Conseil économique, social et environnemental
 CET : contribution économique territoriale
 Cf. : du latin *confere*, qui signifie « se référer à » ; *confer*, « reportez-vous à »
 CFE : cotisation foncière des entreprises
 CFF : Centre français des fonds et fondations
 CGCT : Code général des collectivités territoriales
 CGEFi : Contrôle général économique et financier
 CGI : Code général des impôts
 CGPPP : Code général de la propriété des pers. publiques
 CIC : *Community interest company*
 CIRIEC : Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative
 CJCE : Cour de justice des communautés européennes (qui devient la « CJUE » à compter du 1^{er} décembre 2009)
 CJF : Code des juridictions financières
 CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
 CLAIE : Coopérative locale et appui aux initiatives dans l'économie sociale et solidaire
 CLG : *Company limited by guarantee*
 CMF : Code monétaire et financier
 CMP : Code des marchés publics
 CNCRES : Conseil national des Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire
 coll. : collection
 Comm. : commentaires
 CONFESAL : *Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España*
 Cons. conc. : Conseil de la concurrence
 Cons. const. : Conseil constitutionnel
Contrats, conc. consom. : *Contrats Concurrence Consommation*
 CRESS : Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire
 CSESS : Conseil supérieur de l'ESS
 CSP : Code de la santé publique
 CUI : contrat unique d'insertion
 CUMA : coopérative d'utilisation de matériel agricole
 CVAE : cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises
D. : *Recueil de jurisprudence Dalloz*
 DC : décision du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois
 Del. Ch. : Delaware Court of Chancery
 Dir. : directeur de la publication
Dr. sociétés : *Revue de droit des sociétés (LexisNexis)*
 DTI : *U.K. Department of Trade and Industry* (Ministère britannique du Commerce et de l'Industrie)
 DTU : donation temporaire d'usufruit
 éd. : édition
 EEE : Espace économique européen
 EPIC : établissement public à caractère industriel et commercial
 ESS : économie sociale et solidaire
 ESUS : entreprise solidaire d'utilité sociale
et al. : *et alii* en latin, qui signifie « et autres »

et s. : et suivants
 ETI : entreprise de taille intermédiaire
 EuSEF : *European social entrepreneurship funds*
 FAGE : Fédération des associations générales étudiantes
 Fasc. : fascicule
 FDVA : Fonds pour le développement de la vie associative
 FEDER : Fonds européen de développement économique régional
 FIA : fonds d'investissement alternatif
 FISO :
 1. Fonds d'innovation sociale
 2. Fondation pour l'investissement social et le développement humain
 FRIS : Fonds régional d'investissement solidaire
 FSE : Fonds social européen
 GAEC : groupement agricole d'exploitation en commun
Gaz. Pal. : *la Gazette du Palais*
 GECES : Groupe d'experts de la Commission européenne sur l'entrepreneuriat social
 GFA : groupement foncier agricole
 GIE : groupement d'intérêt économique
 GRETE : Groupe de recherche et d'échanges technologiques
 HCVA : Haut Conseil à la vie associative
 HLM : habitation à loyer modéré
 HT : hors taxes
Ibid. : du latin *ibidem*, qui signifie « au même endroit » ; renvoie à la référence dans la note de bas de page précédente
 IGAENR : Inspection générale de l'administration de l'Éducation nationale et de la recherche
 IGAS : Inspection générale des affaires sociales
 IGF : Inspection générale des finances
 IFI : impôt sur la fortune immobilière
 INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques
 IR : impôt sur le revenu
 IS : impôt sur les sociétés
 ISF : impôt de solidarité sur la fortune
 ISR : investissement socialement responsable
JA : *Juris associations*
JAC : *Juris art etc.*
J.-Cl. : *encyclopédie Jurisclasseur*
JCP : *Jurisclasseur périodique (La Semaine Juridique)*
JCP E. : *Jurisclasseur périodique édition entreprise et affaires*
 JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JSS : *Journal des sociétés*
 L. : loi
 L3C : *Low-profit limited liability company*
Lamy Conc. : *Revue Lamy de la concurrence*
 LCES : loi-cadre sur l'économie sociale
 LEED : *Local Economic and Employment Development*
 LIENS : Liste indépendante des étudiants non syndiqués
 LLC : *Limited liability company*
 LMDE : La Mutuelle des étudiants
LPA : *Les Petites Affiches*
 LPF : Livre des procédures fiscales

MEDEF : Mouvement des entreprises de France
 MER : Mutuelles étudiantes régionales
 MESIS : mesure et suivi de l'impact social
 Mich. : *Michigan Supreme Court*
 MINEFI : Ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie
 MNEF : Mutuelle nationale des étudiants de France
 Mt. : Évangile selon Matthieu
 NEF : Nouvelle économie fraternelle
 Obs. : observations
 OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
 OMC : Organisation mondiale du commerce
 ONG : organisation non gouvernementale
 ORIAS : Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance
 OSBL : organisation sans but lucratif
 p. : page
 PAC : politique agricole commune
 PACA : Provence-Alpes-Côte d'Azur
 PACTE : Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises
 PIA : Programme d'investissements d'avenir
 PME : petites et moyennes entreprises
 PRI : *Program-related investments*
 PTCE : pôle territorial de coopération économique
 PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
 PUF : Presses universitaires de France
 PUG : Presses universitaires de Grenoble
 PUR : Presses universitaires de Rennes
 QPC : décision du Conseil constitutionnel en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité
 R. : règlement
 RCS : registre du commerce et des sociétés
RD banc. fin. : *Revue de droit bancaire et financier*
RDAI : *Revue de droit des affaires internationales – International Business Law Journal*
RDSS : *Revue de droit sanitaire et social*
Recma : *Revue internationale de l'économie sociale*
Rép. civ. : *Répertoire de droit civil Dalloz*
 Rép. min. : réponse ministérielle
Rép. pén. : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*
Rép. soc. : *Répertoire du droit des sociétés Dalloz*
Rev. sociétés : *Revue des sociétés*
RFDA : *Revue française de droit administratif*
RID éco. : *Revue internationale de droit économique*
 RIODD : Réseau international de recherche sur les organisations et le développement durable
 RIUESS : Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire
RLDA : *Revue Lamy de Droit des Affaires*
RRJ : *Revue de la recherche juridique- droit prospectif*
 RSE : responsabilité sociétale et environnementale
RTD Com. : *Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD Eur. : *Revue trimestrielle de droit européen*
RTDF : *Revue trimestrielle de droit financier*
 RTES : Réseau des collectivités territoriales pour une économie solidaire

SAPO : société anonyme à participation ouvrière
SAS : société par actions simplifiée
SASU : société par actions simplifiée unipersonnelle
SCI : société civile immobilière
SCIC : société coopérative d'intérêt collectif
SCM : société civile de moyens
SCMO : société coopérative de main-d'œuvre
SCOP : société coopérative de production
SCP : société civile professionnelle
Sect. : section du contentieux du Conseil d'État
SFS : société à finalité sociale
SIAE : structures d'insertion par l'activité économique
SICAV : sociétés d'investissement à capital variable
SIEG : service d'intérêt économique général
SIFA : Société d'investissement France Active
SIS : société d'impact sociétal
SMIC : salaire minimum interprofessionnel de croissance
SMS : *short message system*
SOCODEN : Société coopérative de développement et d'entraide
SOSE : société à objet social étendu
Sous-sect. réun. : formation du Conseil d'État en deux sous-sections réunies
SSIG : services sociaux d'intérêt général
SUIR : société unipersonnelle d'investissement à risque
t. : tome
TA : Tribunal administratif
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TOB : Traduction œcuménique de la Bible
TPE : très petite entreprise
TUE : Traité sur l'Union européenne
TVA : taxe sur la valeur ajoutée
UDI : Union des démocrates indépendants
ULESS : Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire
UNEF : Union nationale des étudiants de France
UNI : Union nationale interuniversitaire
USD : dollar américain
VMP : valeur mobilière de placement
v. : du latin *versus*, qui signifie « contre »
Vol. : volume

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES ENTREPRISES DE L'ESS

TITRE I^{ER}. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES FORMES JURIDIQUES SOCIALES ET SOLIDAIRES PER SE

Chapitre I. L'inadaptation des normes impératives des entités non lucratives de l'ESS historique au besoin de performance financière

Chapitre II. L'adaptation des normes impératives des entités à lucrativité limitée de l'ESS historique au besoin de performance financière

TITRE II. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES STRUCTURES HYBRIDES

Chapitre I. Les sociétés hybrides, des sociétés au service de l'utilité sociale

Chapitre II. Les statuts hybrides de l'ESS créées par le législateur dans un souci de performance financière

SECONDE PARTIE. L'EFFET DU CHOIX DE LA FORME JURIDIQUE SUR LA CAPTATION ET LA CAPITALISATION DES RESSOURCES FINANCIERES

TITRE I^{ER}. LES RESSOURCES FINANCIERES DES ENTITES NON LUCRATIVES

Chapitre I. Les aides et libéralités, des ressources vitales à sécuriser

Chapitre II. Les produits d'exploitation, les produits financiers et les quasi-fonds propres : des ressources plus maîtrisables

TITRE II. LES RESSOURCES FINANCIERES DES ENTITES LUCRATIVES

Chapitre I. Les fonds propres et quasi-fonds propres pouvant être réunis aux différents stades de la vie des sociétés de l'ESS

Chapitre II. Le résultat des sociétés de l'ESS soutenu par un potentiel économique et financier structurellement fort

CONCLUSION GENERALE

Introduction générale

« Nous visons à substituer la solidarité à la concurrence, la récupération au gâchis, la mutualisation à l'appropriation individuelle, la gestion collective à la verticalité, l'objectif du bien-être des membres au gain, la répartition des gains à l'accaparement par quelques-uns, la production de biens et services à la spéculation financière, le réinvestissement à l'accumulation, l'aide aux plus faibles à leur exploitation ».

Déclaration finale des 7^{èmes} Rencontres du Mont-Blanc - Forum International des Dirigeants de l'Économie Sociale et Solidaire (2015)

1. De l'ère moderne à l'ère postmoderne. - Dès la fin des années 1960 (époque de l'universalisation des droits de l'homme, des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels¹, des chocs pétroliers, de l'apparition du chômage de masse, de la précarité, de l'explosion des dépenses publiques, du surendettement de l'État, des premières dysfonctions de l'État providence, des débuts de la mondialisation) s'est ouverte « l'ère postmoderne », analysée par les sociologues, politologues, philosophes, économistes, parce qu'elle a bouleversé l'ensemble des rapports humains et affecté ainsi l'ensemble des sciences humaines et sociales. Dans l'introduction de *L'État post-moderne*², Jacques CHEVALLIER, publiciste et politiste, définit la société postmoderne comme l'exacerbation des deux caractéristiques de l'époque moderne occidentale (dès la fin du XV^{ème} siècle avec la découverte des Amériques, de l'imprimerie, la fin du système féodal, la Réforme et la Renaissance) : le principe d'immanence, « *qui rend les hommes maîtres de leur destin ; guidés par leur seule raison, ceux-ci sont censés disposer de la capacité nécessaire pour parvenir à une vie meilleure* » et le primat accordé à l'individu, « *placé au centre de l'organisation sociale et politique* ». Poussés à l'extrême, ces deux principes ont conduit, dans un contexte d'économie post-industrielle où les technologies de l'information et des communications sont devenues incontournables, à la déliquescence des valeurs qui fondaient l'humanisme, et à la métamorphose de la société sous de nouveaux traits saillants : hyper-individualisme, repli sur

¹ La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies est complétée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels signés le 16 décembre 1966.

² CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 4^{ème} édition, coll. Droit et société. Série politique, n°35, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 12-19.

soi, « *obsession de soi-même et de son corps* »³, exhibition de soi, hédonisme, délitement des liens sociaux (y compris le lien de citoyenneté), refus des contraintes, culte de la performance, dictature de l'urgence, anxiété face à l'émergence de risques nouveaux et imprévisibles (biotechniques, industriels, technologiques, sanitaires...), sentiment d'impuissance, présentisme. Cette crise des valeurs affecte non seulement les individus et la société civile mais également les institutions.

2. Le tiers secteur face à l'État postmoderne. - Les rapports du tiers secteur (plus tard, « l'économie sociale et solidaire »⁴) avec les deux autres secteurs, c'est-à-dire le public (l'État, au sens large) et le privé (le marché), n'ont pas été épargnés.

Le phénomène majeur ayant fait entrer le tiers secteur dans l'ère postmoderne, c'est la crise de l'État providence. Soumis par les citoyens à un impératif d'efficacité et de bonne gestion, l'État est tenu de rendre des comptes sur les coûts de fonctionnement de ses services, sur la qualité du service rendu aux usagers, sur l'allègement de la bureaucratie⁵. L'intérêt général ne suffit plus à légitimer l'action de l'État.

Tout comme l'Union européenne⁶, l'État ne doit désormais intervenir dans la sphère sociale qu'à titre subsidiaire. Il remet en question la pertinence de son intervention face à celle des collectivités territoriales⁷. Il n'opère plus directement mais rémunère ou défraie simplement les acteurs sociaux qui lui suppléent⁸. Il borne son action dans le temps⁹. Il rationalise ses dépenses

³ DUPUY, J.-P., « L'individu libéral, cet inconnu : d'Adam Smith à Friedrich Hayek », in AUDARD, C. (Dir.) *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Le Seuil, coll. Points-Politique, 1988, p. 73-74.

⁴ Cf. *infra* n°3.

⁵ CHEVALLIER, J., *préc.*, p. 82.

⁶ Article 5, paragraphe 3 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée) :

« En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

⁷ L'article 72 de la Constitution dispose que « les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer [...] ».

⁸ S'adressant à son Gouvernement, Michel ROCARD, alors Premier Ministre, déclara, dans la circulaire du 25 mai 1988 (NOR : PRMG8800029C) relative à la méthode de travail du gouvernement :

« *Au fur et à mesure que les acteurs sociaux, économiques et culturels se révèlent aptes à se saisir de tâches d'intérêt général, l'action de l'État doit passer de la gestion directe au "faire faire", du "faire faire" à l'incitation et de l'incitation à la définition des règles du jeu* ».

⁹ Dans la même circulaire, Michel ROCARD poursuivit en affirmant :

« *Il vous faudra également dissiper l'illusion qui voit dans l'intervention de l'État la solution de tous les maux, en vous efforçant de modeler, dans chaque domaine, sans parti pris ni dans un sens ni dans l'autre, ce que doit être "le juste État". Il faut pour cela assigner à l'action de l'État un début et une fin, de sorte que l'on sache quand son intervention n'est plus nécessaire dans un domaine et doit en revanche se redéployer dans un autre* ».

par l'évaluation *ex ante*, en cours et *ex post* des politiques publiques¹⁰. Il devient stratège en cherchant à s'extraire d'un mécanisme de réparation des inégalités sociales (par l'octroi d'aides sociales individuelles) pour s'ancrer davantage dans une démarche préventive visant à traiter le mal à la racine par des mesures correctives structurelles¹¹.

Il assimile ainsi de nouvelles pratiques d'inspiration américaine, dites de *new public management* (« nouvelle gestion publique ») : il peut s'agir soit d'un partenariat, soit d'une mise en concurrence¹². Dans le premier cas, les entités du tiers secteur deviennent l'instrument de mise en œuvre des politiques étatiques, typiquement dans les domaines de la solidarité internationale, du médico-social, de l'insertion, de la ville, de l'environnement, de l'éducation, de la formation, de l'emploi, de la culture, du sport. Dans le second cas, les entités du tiers secteur se font concurrence, et parfois même entrent en compétition avec des sociétés pour l'attribution d'une commande publique (avec ou sans appel d'offres) ou dans le cadre d'un appel à projets. En toute hypothèse, l'État impose des résultats, puisque lui-même doit rendre des comptes.

Concomitamment, les organismes sans but lucratif voient les collectivités territoriales recourir à leur tour à la collecte de fonds *via* les dons, les legs et le mécénat¹³, nécessairement facilitée par des moyens de communication plus importants. Pire, le Haut Conseil à la vie associative (HCVA)¹⁴ ainsi que le cabinet de conseil EY¹⁵ rapportent que les pouvoirs publics déduisent fréquemment des subventions accordées aux associations les excédents réalisés par ces

¹⁰ Dans la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public (NOR: PRMX8910096C), Michel ROCARD mit à la charge de ses ministres un « *devoir d'évaluation des politiques publiques* ».

¹¹ AVENEL, C., BOISSON-COHEN, M., DAUPHIN, S. *et al.*, *L'investissement social : quelle stratégie pour la France ?*, La Documentation Française, Paris, novembre 2017, p. 20-21. En ligne : <http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/cnaf_investissement_social_web.pdf> (consulté le 19 avril 2018).

¹² WILSON-COURVOISIER, S., « Une ou des politiques publiques nationales de l'ESS ? Trente ans de tâtonnements politiques et administratifs », *Recma*, 2012, n°325, p. 79.

¹³ « En 2015, 26 % des entreprises mécènes soutiennent des structures publiques (collectivités ou autres institutions) ; contre 13 % en 2013 ». VLIET (VAN), N., « Les collectivités à l'heure du mécénat », *JA* n°569/2017, 1^{er} décembre 2017, p. 19.

¹⁴ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, p. 18 En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/hcva-rapport_definitif_financement.pdf> (consulté le 26 janvier 2018).

¹⁵ DUTHEIL, P-H. (Dir.), « ESS : quelles perspectives pour les mesures proposées ? Le regard d'EY », 1^{er} janvier 2018, p. 33. En ligne : <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees/\\$File/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees/$File/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees.pdf)> (consulté le 9 mars 2018).

dernières¹⁶, alors que non seulement elles ont le droit de dégager des profits, mais qu'en plus il faudrait y voir le signe d'une saine gestion.

3. Du tiers secteur aux entreprises postmodernes de l'économie sociale et solidaire. -

La dimension économique du tiers secteur se met alors à croître dans un souci de péréquation budgétaire. Ce phénomène a sans doute été accentué par l'acceptation de la paracommercialité des associations par la Cour de cassation¹⁷. Aujourd'hui, face à la raréfaction des aides d'État (subventions, exonérations partielles ou totales de charges fiscales ou sociales, prêts aidés, cautionnement public, aides à l'embauche, etc.)¹⁸ et à l'allongement des délais de paiement pratiqués par l'État et les collectivités territoriales, tempéré dans le meilleur des cas par d'onéreuses cessions de créances « loi Dailly », les entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS), telles que définies à l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹⁹, doivent de plus en plus se tourner vers le marché pour puiser les ressources nécessaires à leur activité, même non lucrative.

On en oublierait presque que les entreprises de l'ESS (représentant en France, 2,38 millions d'emplois, soit 12,7% des emplois dans le secteur privé et 10% du produit intérieur brut²⁰) ont un rôle historique de corps intermédiaires et de contrepouvoirs²¹. On note d'ailleurs ici un

¹⁶ L'annexe 1 « Rappels sur les règles encadrant les relations financières des collectivités publiques avec les associations » de la circulaire n°5811/SG du 29 septembre 2015 (dite « Circulaire Valls ») ménage pourtant la possibilité, pour les associations, de dégager un excédent raisonnable dans la réalisation d'un projet subventionné sans reprise de la subvention octroyée, puisqu'elle dispose :

« Le montant de la subvention ne doit pas excéder le coût de mise en œuvre, ce qui suppose l'établissement d'un budget prévisionnel. Il est cependant possible, à la faveur de la mise en œuvre du projet que l'association réalise un excédent ; cet excédent, sous peine d'être repris par l'autorité publique, doit pouvoir être qualifié de raisonnable lors du contrôle de l'emploi de la subvention ».

¹⁷ Cf. *infra* n°73-76.

¹⁸ « Parmi les collectivités engagées dans le financement de ces structures, l'État et les départements sont les premiers financeurs. Ils représentent ainsi respectivement 57,5 % et 58,5 % des financements publics des structures interrogées sur les deux derniers exercices. Les intercommunalités ont aussi un rôle important : dans un cas sur trois, elles sont citées comme financeur principal.

Mais, entre 2012 et 2013, les répondants concernés par les financements publics sont nombreux à avoir connu une baisse de cette ressource, signale l'enquête, au total 53 % d'entre eux indiquent qu'au moins un de leurs financeurs a baissé sa contribution de façon significative entre les deux derniers exercices », in ZAPALSKI, É. « 40 % des structures de l'ESS rencontrent des problèmes de trésorerie », Localtis.info - Caisse des Dépôts (15 juillet 2014). En ligne : <<http://www.localtis.info/cs/ContentServer?pagename=Localtis/LOCActu/ArticleActualite&jid=1250267498226&cid=1250267460533&np=ex3403989>> (consulté le 4 août 2015).

¹⁹ Cf. annexe unique.

²⁰ ECONOMIE.GOUV.FR, « L'économie sociale et solidaire », 24 décembre 2015. En ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/ess-economie-sociale-solidaire>> (consulté le 26 avril 2018).

²¹ Outre le fait économique, la défiance de l'État depuis la Révolution française à l'égard des corps intermédiaires, peut expliquer l'affaiblissement de la fonction politique de l'ESS. — FRETTEL, A., « De la partition du fait associatif à la loi de 2014 affirmant l'unité de l'économie sociale et solidaire : l'histoire d'une construction

glissement des éléments de langage utilisés : d'un « tiers secteur » enclavé entre l'État et le marché, on est passé aux « entreprises de l'ESS ». Dans *L'économie sociale et solidaire : une histoire de la société civile en France et en Europe de 1968 à nos jours*, l'historien Timothée DUVERGER retrace les étapes intermédiaires de la constitution de l'ESS, au nombre de quatre²².

Tout d'abord, l'économie sociale est théorisée par le sociologue et philosophe français Henri DESROCHE, qui retient l'approche statutaire pour la définir : « l'économie sociale » regrouperait associations, coopératives et mutuelles.

Puis dans les années 1980, le sociologue Jean-Louis LAVILLE s'attache à étudier « l'économie solidaire » et choisit, quant à lui, l'approche axiologique : relève de « l'économie solidaire » toute activité économique de solidarité dans la sphère privée, la solidarité étant ici entendue au sens sociétal²³ et non juridique.

Ensuite, dans les années 2000, sans doute sous l'effet du rapport remis par l'économiste et homme politique français Alain LIPIETZ à Martine AUBRY, alors Ministre de l'Emploi et de la Solidarité²⁴, un consensus se crée pour rassembler les deux mouvements sous l'expression d'« économie sociale et solidaire ».

Enfin, l'ESS se révèle à l'épreuve de deux « crises » identitaires au sens étymologique (*krisis* en grec ancien signifie jugement, décision, choix), la crise devant être, comme au sens médical, une situation temporaire et décisive, quelle qu'en soit l'issue : à la fin des années 2000 et au début des années 2010, auteurs et acteurs de la société civile se déchirent sur le point de savoir

politique », *Recma*, 2018/3 (N°349), p. 27-41.

²² DUVERGER, T., *L'économie sociale et solidaire : une histoire de la société civile en France et en Europe de 1968 à nos jours*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2016.

²³ L'adjectif « sociétal » ne figure ni dans le dictionnaire de l'Académie française, ni dans le Trésor de la langue française informatisé, ni dans la Base de données lexicographiques panfrancophone, ni dans la base d'Analyse et traitement informatique de la langue française, ni dans le Dictionnaire du Moyen français, ni dans aucune autre ressource du Centre national de ressources textuelles et lexicales, ni dans le Littré.

Dans cette thèse, nous ne le substituons pas à l'adjectif « social », qui se rapporte à la vie en société. « Sociétal » englobe pour nous le social et l'environnemental. Pour cette raison, nous parlerons d'« impact sociétal » et de « responsabilité sociétale ». Toutefois, nous respecterons les usages : nous ne modifierons pas les expressions consacrées contenant l'adjectif « social » (« utilité sociale », « contrat à impact social », « évaluation d'impact social » par exemple).

²⁴ LIPIETZ, A., *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale : rapport remis au Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, rapport public, Paris, Ministère de l'emploi et de la solidarité, 2000. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001813/index.shtml>> (consulté le 11 mai 2015).

si l'entrepreneuriat social doit ou non être inclus dans l'ESS. À peine la question est-elle tranchée dans le règlement (UE) n°346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens²⁵, d'effet direct, et à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014²⁶, que surgit déjà une nouvelle crise, non anticipée par Timothée DUVERGER et provoquée conjointement par la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » du 6 décembre 2017 et le rapport remis le 9 mars 2018 par Nicole NOTAT et Dominique SENARD à Bruno LE MAIRE, Ministre de l'Économie et des Finances, Nicolas HULOT, Ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire, Muriel PENICAUD, Ministre du Travail et Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux, dans le cadre de la préparation du projet de loi « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » (PACTE) en cours d'élaboration : la question est désormais de savoir ce qui distingue encore les entreprises de l'ESS des entreprises « responsables » et des entreprises « à mission »²⁷.

4. Le défaut de contrôle *a priori* de l'efficacité de la loi du 31 juillet 2014. - L'ESS épouse donc au fil des ans la logique entrepreneuriale, se mettant à raisonner en termes d'efficacité, de performance, d'utilité, d'impact, en elle-même, mais aussi dans son dialogue avec les secteurs public et privé : elle se targuera de ces caractéristiques pour attirer et fidéliser ses parties prenantes²⁸ ; elle les exigera de la part du législateur.

²⁵ Cf. *infra*, n°9.

²⁶ Cf. annexe unique.

²⁷ Cf. *infra*, n°199-200.

AMBLARD, C., « "Statut ne vaut pas vertu", oui mais... », 30 avril 2018. En ligne : <<http://www.isbl-consultants.fr/statut-ne-vaut-vertu-oui/>> (consulté le 3 mai 2018).

BAS LORANT, Q., « L'économie sociale et solidaire redoute l'arrivée d'une nouvelle concurrence », *La Croix*, 4 mars 2018. En ligne : <<https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/Leconomie-sociale-...edoute-larrivee-dune-nouvelle-concurrence-2018-03-04-1200918044>> (consulté le 26 avril 2018).

BOUDES, M., RENOUL, Q., « L'économie sociale et solidaire face à la réforme de l'entreprise », 5 avril 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/leconomie-sociale-et-solidaire-face-a-la-reforme-de-lentreprise-93670>> (consulté le 26 avril 2018).

CIRIEC FRANCE, *La lettre mensuelle du CIRIEC France*, Brèves n°118, mars 2018. En ligne : <http://www.ciriec-france.org/ciriec/custom/module/cms/content/file/newsletters/Breves_2018/BREVES_MARS_2018.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

CHORUM-CIDES, « Entreprise et intérêt général : inquiétudes sur l'émergence d'une entreprise sociale "light" », 14 février 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/entreprise-et-interet-general-inquietudes-sur-lemergence-dune-entreprise-sociale-light/>> (consulté le 26 avril 2018).

CLAVAGNIER, B., « Les entreprises à mission sont-elles nécessaires ? », *JA* n°576/2018, 1^{er} avril 2018, p. 3.

GUILLUY, T., JEREMIASZ, J., SIBILLE, H., VIDOR, H., « Entreprises à mission et ESS : attention aux effets de bord ! », *Les Échos*, 5 mars 2018. En ligne : <<https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/0301362816417-entreprises-a-mission-et-ess-attention-aux-effets-de-bord-2158394.php#xtor=CS1-33>> (consulté le 26 avril 2018).

SEYE, F., « Intérêt général : le HCVA invite à la clarté », 6 avril 2018. En ligne : <<https://www.associationmodeemploi.fr/article/interet-general-le-hcva-invite-a-la-clarte.63984>> (consulté le 26 avril 2018).

²⁸ La théorie des parties prenantes a commencé à se construire en 1984 grâce au philosophe R. Edward FREEMAN

La politique publique construite autour de la loi du 31 juillet 2014 a tenu compte de ces aspirations, tout en résistant à une évolution importante de l'État postmoderne²⁹. Elle a certes fait l'objet d'une étude d'impact présentée en même temps que le projet de loi par Benoît HAMON, alors Ministre de l'Économie sociale et solidaire et de la Consommation, et Pierre MOSCOVICI, ex-Ministre de l'Économie et des Finances, le 24 juillet 2013 en Conseil des Ministres, juste avant le dépôt de ces deux documents sur le bureau de l'Assemblée nationale³⁰. Il est vrai qu'elle a aussi bénéficié d'un long examen parlementaire. En revanche, elle a manifestement échappé au contrôle *a priori* des organes nationaux d'évaluation. On pense en particulier au Comité interministériel de l'évaluation (dont les travaux ne sont pas rendus publics).

En outre, un seul point propre à l'ESS a fait l'objet d'un document de travail du Commissariat général à la stratégie et à la prospective, créé par décret présidentiel n°2013-333 du 22 avril 2013 et rebaptisé par la suite « France Stratégie » : l'investissement à impact social³¹. France Stratégie se définit comme un organisme de réflexion, d'expertise et de concertation placé auprès du Premier Ministre.

(*Strategic Management. A Stakeholder Approach*). Pour comprendre la notion de *stakeholder* (traduit en français par « partie prenante »), il faut d'abord savoir qu'il s'agit d'un jeu de mots : le *stakeholder* (littéralement, « celui qui détient un enjeu ») s'oppose au *shareholder* (littéralement « celui qui possède une action » ou « actionnaire » en français), encore appelé *stockholder*. Pour R. Edward FREEMAN, le *stakeholder* se définit comme un individu ou un groupe d'individus pouvant affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs d'une organisation (i.e. une entreprise, un organisme privé sans but lucratif ou une organisation publique non lucrative).

L'identification et la typologie des parties prenantes ne sont pas aisées, mais l'on range le plus souvent sous cette qualification les salariés et leurs syndicats, les clients, les fournisseurs (dont la banque et l'assurance de l'organisation), l'État et les collectivités territoriales dans lesquelles se situe l'organisation, la communauté de riverains de l'organisation, les représentants de la société civile (associations civiques, organisations non gouvernementales). Le débat reste ouvert sur la question de savoir si les concurrents, les médias et les générations futures sont aussi des parties prenantes.

Selon la théorie des parties prenantes, l'organisation est dépendante des parties prenantes, et réciproquement. Par conséquent, il importe de tenir compte (par la communication et la négociation selon Frédéric PARRAT) des intérêts des parties prenantes dans la stratégie à moyen ou long terme. – BONNAFOUS-BOUCHER, M., DAHL RENDTORFF, J., « De « la partie prenante » à la théorie des parties prenantes », in *La théorie des parties prenantes*, Paris, La Découverte, coll. Repères, p. 9-32, 2014.

²⁹ CHEVALLIER, J., préc., p. 80-84.

³⁰ Article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

³¹ GUEZENNEC, C., MALOCHET G., *L'Impact investing pour financer l'économie sociale et solidaire ? Une comparaison internationale*, Document de travail, Paris, Commissariat général à la stratégie et à la prospective – Premier Ministre, n°2013-02, juin 2013. En ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/dt_-_impact_investing_-_vu_hm_final__le_21-06vcg9h00.pdf> (consulté le 17 novembre 2016).

On peut toutefois saluer l'existence d'un premier bilan d'application : le rapport d'information n°3557 du 9 mars 2016 sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, présenté par les députés Yves BLEIN et Daniel FASQUELLE³².

La loi du 31 juillet 2014 n'offre, par ailleurs, qu'une régulation économique « impressionniste », voire « minimaliste »³³. L'essentiel de ses dispositions porte réforme des statuts juridiques historiques de l'ESS et ne vise pas directement la correction des défaillances de marché, ni par une véritable surveillance de ce dernier, ni par la mise en place d'une procédure particulière de résolution des litiges³⁴.

5. La nécessité d'une analyse juridique et fiscale systémique dédiée à l'ESS et centrée sur la question du financement. Problématique. - L'objectif initial de la loi du 31 juillet 2014 était double : il s'agissait d'offrir à l'ESS, d'une part, une reconnaissance officielle et, d'autre part, des leviers de développement³⁵, et en particulier des moyens de faciliter la réception, la distribution, ou encore la capitalisation des ressources financières par les entreprises de l'ESS.

Sur le premier point, nous émettons l'hypothèse de départ selon laquelle le fait d'avoir donné une définition légale à l'ESS, à l'article 1^{er}, pourrait suffire à considérer que le législateur a bel et bien consacré l'ESS comme un mode alternatif d'entreprendre clairement identifiable. Pour vérifier cette hypothèse, il conviendra de se demander si cette définition légale est complète et si les critères distinctifs retenus sont pertinents, non seulement dans la perspective d'une étude en droit comparé, mais aussi en regard d'autres formes juridiques d'entreprises françaises voisines en esprit.

³² ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé le 9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques*. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i3557.asp>> (consulté le 27 mai 2017).

³³ RASOLONOROMALAZA, K., « La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire est-elle une loi de régulation économique ? », *XV^{èmes} Rencontres du Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire (RIUESS)*, Reims, La créativité de l'Économie sociale et solidaire est-elle soluble dans l'entrepreneuriat ?, 29 mai 2015. En ligne : http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-3983_fr.html (consulté le 4 août 2015).

³⁴ CHEVALLIER, J., préc., p. 63.

³⁵ À l'origine, le projet de loi ayant donné naissance à la loi du 31 juillet 2014 s'intitulait « projet de loi portant reconnaissance et développement de l'économie sociale et solidaire ».

Sur le second point, nous partons du postulat selon lequel les révisions du régime juridique des formes historiques d'entreprises de l'ESS (associations loi 1901, fondations, coopératives et mutuelles), négociées avec leurs principaux représentants tout au long du processus législatif, devraient suffire à consolider la « performance financière » de chacune d'elles — la performance financière étant une notion qui reste à définir³⁶ mais que nous qualifierons provisoirement d'« accès facilité à des ressources financières ». Pour s'en assurer, il convient de se demander tout d'abord si le droit des organismes³⁷ sans but lucratif (OSBL), des sociétés et des groupements ainsi que le droit financier en tant qu'il régit les titres financiers auxquels les entreprises de l'ESS ont statutairement accès, sont, comme semble le penser le législateur, les seules branches du droit concernées par la question du financement de l'ESS. Ensuite, il convient de s'interroger sur le bienfondé des normes impératives en droit des OSBL, des sociétés et des groupements de l'ESS eu égard à l'objectif de performance financière, sans toutefois dénaturer ces derniers. Enfin, il s'agira de se montrer critique vis-à-vis des règles d'allocation des ressources financières en fonction de la forme juridique de l'entreprise de l'ESS.

6. L'objet de cette recherche. - Il importe de définir soigneusement deux notions-clés au cœur de notre problématique et jusque-là simplement évoquées : d'une part, l'objet de la recherche, c'est-à-dire les entreprises de l'ESS (section 1) et, d'autre part, la qualité première recherchée dans cet objet, c'est-à-dire la performance financière (section 2).

Section 1. Les entreprises de l'économie sociale et solidaire

7. Le processus de production de la définition légale française de l'ESS. Plan. - À l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014³⁸, le législateur définit l'ESS en précisant de manière inédite « *la substance exigée pour établir l'originalité du mode d'exercice de l'activité* »³⁹.

³⁶ Cf. *infra* n°30 et s.

³⁷ Dans les développements qui suivent, nous préférons employer le terme d'« organisation », mieux défini en sciences sociales que celui d'« organisme ».

³⁸ Cf. annexe unique.

³⁹ HIEZ, D., « Le Cadre juridique de l'entreprise non capitaliste, clef de distinction entre l'entreprise sociale et l'entreprise d'économie sociale et solidaire ? », *Recma*, 2013, n°327, p. 95-103.

La définition légale posée à l'article 1^{er} est conforme au droit communautaire et notamment à l'article 3 du règlement (UE) n°346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, qui est le fruit d'un dialogue entre les institutions communautaires et les observateurs-experts (I).

Elle résulte aussi et surtout de la consultation des acteurs de l'ESS les plus visibles et les plus audibles. Elle supprime toutes les proclamations identitaires et les définitions en droit prospectif⁴⁰, dont l'hétérogénéité est révélatrice des divisions et des dissensions au sein même du champ de l'ESS⁴¹ (II).

I. Définition légale des « entreprises de l'ESS » à l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014

8. L'ambivalence de la notion d'ESS en Europe. Plan. - En Europe, l'essence de l'ESS se distingue par une ambivalence entre, d'une part, une approche fonctionnelle décrétant l'appartenance d'une entreprise à l'ESS au regard de son objet et de ses règles de fonctionnement (1) et, d'autre part, une approche formelle privilégiant le critère de la forme juridique choisie par l'entreprise (2).

1. La réception du droit communautaire privilégiant une approche fonctionnelle

9. Définition de l'entreprise sociale en droit communautaire. - L'article 3.1-d du règlement (UE) n°346/2013, révisé par l'article 2.2 du règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017 modifiant le règlement (UE) n°345/2013 relatif aux fonds de capital-risque européens et le règlement (UE) n°346/2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, définit l'entreprise de portefeuille éligible aux fonds d'entrepreneuriat social européens, c'est-à-dire l'entreprise sociale (étant souligné qu'il n'y a guère qu'en France que

⁴⁰ RASOLONOROMALAZA K., « L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités », in ABECASSIS, P., et COUTINET, N., (Dir.), *Économie sociale : crises et nouveaux. Actes des XXXV^{èmes} journées de l'Association d'économie sociale (AÉS)*, Presses universitaires de Louvain, Cahiers du CIRTES, Hors-série n°5, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 451-465.

⁴¹ WILSON-COURVOISIER, S., préc., p. 88.

l'on opère une distinction entre « entreprise de l'ESS » et « entreprise sociale »⁴², comme une « entreprise qui :

- i) à la date où elle fait l'objet d'un investissement par le fonds d'entrepreneuriat social éligible, n'est pas admise à la négociation sur un marché réglementé ou dans un système multilatéral de négociation au sens de l'article 4, paragraphe 1, points 14) et 15), de la directive 2004/39/CE⁴³ ;
- ii) a pour objectif principal, en vertu de ses statuts ou de tout autre document constitutif de l'entreprise, de produire des effets sociaux positifs et mesurables, pour autant que l'entreprise :
 - fournisse des services ou des biens qui génèrent un bénéfice social⁴⁴,
 - utilise une méthode de production de biens ou de services qui soit la matérialisation de son objectif social, ou
 - apporte un soutien financier exclusivement aux entreprises sociales telles que définies aux deux premiers tirets ;
- iii) utilise ses bénéfices, avant tout, pour atteindre son objectif social principal, conformément à ses statuts ou à tout autre document constitutif de l'entreprise, et aux procédures et règles prédéfinies qui y figurent, et qui déterminent les situations où des bénéfices sont distribués aux actionnaires et aux propriétaires pour faire en sorte que de telles distributions de bénéfices ne compromettent pas son objectif essentiel ;
- iv) est gérée de manière transparente et qui oblige à rendre des comptes, notamment par l'association de son personnel, de ses clients et des parties prenantes concernés par ses activités économiques ;
- v) est établie sur le territoire d'un État membre, ou dans un pays tiers pour autant que ce dernier :

⁴² Cf. *infra* n°13.

⁴³ La directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (dite « MIF I ») a été remplacée par la directive 2014/65/UE (dite « MIF II ») du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

⁴⁴ La révision du 25 octobre 2017 élargit la définition de l'entreprise sociale en remplaçant le critère de fourniture de biens ou de services à des personnes vulnérables, marginalisées, défavorisées ou exclues, par celui de simples biens ou services générant un bénéfice social. Le public concerné par l'action de l'entreprise sociale devient ainsi potentiellement plus solvable.

- ne figure pas sur la liste des pays et territoires non coopératifs du groupe d'action financière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme,
- ait signé un accord avec l'État membre d'origine du gestionnaire de fonds d'entrepreneuriat social éligibles et avec tout autre État membre dans lequel il est prévu que les parts ou actions du fonds d'entrepreneuriat social éligible soient commercialisées, de manière à garantir que le pays tiers respecte intégralement les normes énoncées à l'article 26 du modèle OCDE [Organisation de coopération et de développement économiques] de convention fiscale concernant le revenu et la fortune et qu'il assure un échange efficace d'informations en matière fiscale, y compris tout accord multilatéral en la matière ».

Cette définition de l'entreprise sociale a été reprise à l'article 2, paragraphe 1 du règlement (UE) du 11 décembre 2013 établissant un programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale (EaSI) et modifiant la décision n°283/2010/UE instituant un instrument européen de microfinancement « Progress » en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale.

Elle a également servi de base à la rédaction du rapport d'initiative législative de la commission des affaires juridiques du Parlement européen ayant donné lieu à l'adoption, par le Parlement européen, de la Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire. Toutefois, dans cette résolution, le Parlement européen s'est prononcé en faveur de la création d'un label européen de l'économie sociale aux critères plus proches des critères fonctionnels de l'ESS française et luxembourgeoise⁴⁵. Cette résolution n'a pour l'instant que la valeur d'une *soft law* (norme non contraignante).

⁴⁵ La recommandation n°1 annexée à la résolution du 5 juillet 2018 dispose :

« Le Parlement européen estime que l'acte législatif à adopter devrait viser à créer un «label européen de l'économie sociale», qui serait facultatif pour les entreprises fondées sur l'économie sociale et la solidarité (entreprises de l'économie sociale et solidaire) et indépendant de la forme juridique qu'elles auraient choisie dans le cadre de leur législation nationale.

Le Parlement européen estime que le «label européen de l'économie sociale» ne devrait être attribué qu'aux entreprises qui remplissent de manière cumulative les critères suivants:

- a) l'organisation devrait être une entité de droit privé, établie sous l'une des formes juridiques existant dans les États membres et relevant du droit de l'Union, et devrait être indépendante de l'État et des autorités publiques;
- b) elle doit avoir un but essentiellement tourné vers l'intérêt général ou l'utilité publique;
- c) elle devrait mener essentiellement une activité d'utilité sociale et solidaire, c'est-à-dire avoir pour objectif, à travers ses activités, d'apporter un soutien à des personnes en situation vulnérable, de lutter contre les exclusions

10. Conformité de la définition légale française au droit communautaire. - Comme dans le règlement (UE) n°346/2013 du 17 avril 2013, ce qui fait l'essence de l'ESS en droit français, c'est un « mode d'entreprendre » primant la forme juridique et se fondant sur trois critères cumulatifs : l'utilité sociale (décrite à l'article 3, paragraphe II du règlement et à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014⁴⁶), la non-lucrativité ou lucrativité limitée (article 3, paragraphe III du règlement et article 1^{er}, 3^o de la loi du 31 juillet 2014) et la gouvernance démocratique (article 3, paragraphe IV du règlement).

Tant au niveau communautaire que national, l'approche formelle a donc été reléguée au second plan au profit d'une approche substantielle, ce qui facilite les débats scientifiques et politiques entre États.

11. Les définitions juridiques européennes des entreprises de l'ESS antérieures au règlement communautaire du 17 avril 2013. - En effet, en dépit de la variété des formes juridiques dans l'ESS, on retrouve partout la même substance. Au Royaume-Uni, par exemple, depuis 2002, une entreprise de l'ESS est « *une entreprise qui poursuit principalement des objectifs sociaux dont les excédents sont réinvestis en priorité dans cette activité sociale au travers de l'entreprise de l'ESS ou de la communauté, au lieu d'être motivée par le besoin de maximiser le profit des associés et des propriétaires* »⁴⁷.

sociales, les inégalités et les violations des droits fondamentaux, y compris à l'échelle internationale, ou de concourir à la protection de l'environnement, de la biodiversité, du climat et des ressources naturelles;

d) elle devrait être soumise à des restrictions au moins partielles en matière de distribution de ses bénéfices, ainsi qu'à des règles particulières de répartition de ses bénéfices et de ses actifs durant toute sa vie, y compris au moment de sa dissolution; dans tous les cas, la majeure partie des bénéfices réalisés par l'entreprise devraient être réinvestis ou utilisés d'une autre manière pour la réalisation de sa finalité sociale;

e) elle devrait être dirigée conformément à un modèle de gouvernance démocratique, qui associe ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités; le poids et les compétences de ses membres dans la prise de décisions ne peuvent reposer sur les capitaux qu'ils pourraient éventuellement détenir.

Le Parlement européen estime que rien n'interdit d'attribuer le label européen de l'économie sociale à des entreprises classiques dès lors qu'elles remplissent les obligations susmentionnées, notamment en ce qui concerne leur objet social, la répartition des bénéfices, la gouvernance et la prise de décisions ».

⁴⁶ Cf. annexe unique.

⁴⁷ "A business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners", in U.K. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (DTI), *Social Enterprise: A Strategy for Success. An introduction*, 2002, p. 2. En ligne : <<http://www.dti.gov.uk/socialenterprise>> (consulté le 23 décembre 2015).

En Allemagne, avant l'adoption du règlement de 2013, il n'existait pas de définition juridique. Nous avons néanmoins pu trouver des travaux de synthèse doctrinale sur cette question, notamment la proposition suivante des politistes Stephanie BRÄUER et Annette ZIMMER : une entreprise de l'ESS poursuit une activité économique en vue de répondre à des besoins sociaux non pourvus⁴⁸.

On pense pouvoir dire que l'Italie, l'Espagne et la Grèce se sont dotées d'une législation avant-gardiste. En effet, dès 2006, l'article 1-1 de la loi italienne n°155/2006 dispose :

« Peuvent être qualifiées d'entreprises de l'ESS toutes personnes morales de droit privé [...] poursuivant une activité économique organisée, principale et stable dans le but de produire et d'échanger des biens et services d'utilité sociale dans l'intérêt général et remplissant les exigences énoncées aux articles 2, 3 et 4 [exigences d'utilité sociale, de lucrativité limitée, et de structure de propriété et gouvernance] »⁴⁹.

De même, l'article 2 de la loi espagnole 5/2011 du 29 mars 2011 relative à l'économie sociale dispose :

« Reçoit la dénomination d'économie sociale, dans la loi, l'ensemble des activités économiques et commerciales réalisées par des entités qui, dans le secteur privé et conformément aux principes visés par l'article 4, poursuivent l'intérêt commun de leurs membres, l'intérêt général économique ou social ou, l'ensemble de ces intérêts ».

Les principes directeurs posés par l'article 4 sont :

- a. La prééminence des personnes et de la finalité sociale sur le capital, qui se traduit par une gestion autonome et transparente, démocratique et participative.
- b. L'application des résultats obtenus par l'activité économique principalement en fonction du travail apporté et du service ou de l'activité réalisée par les associés membres ou, le cas échéant, de la finalité sociale, objet de l'entité.

⁴⁸ BRÄUER, S., "The Development of social entrepreneurs in Germany. Stepping stone for understanding their role in creating social inclusion", 2014, p. 4. En ligne : <http://www.uni-oldenburg.de/fileadmin/user_upload/konferenzen/inclusive-europe/Inclusive_Europoe_Conference_Braeuer_Paper.pdf> (consulté le 23 décembre 2015).

⁴⁹ D'après la traduction anglaise de FICI, A., « The New Italian Law on Social Enterprise », 2006, p. 2. En ligne : <<http://www.oecd.org/cfe/leed/37508649.pdf>> (consulté le 23 décembre 2015).

- c. La promotion de la solidarité interne et de la solidarité avec la société (développement local, égalité femmes-hommes, insertion, création d'emplois, qualité de vie, développement durable).
- d. L'indépendance à l'égard des pouvoirs publics⁵⁰.

D'après le Réseau des collectivités territoriales pour une économie solidaire (RTES)⁵¹, la loi grecque n°4019/2011 sur l'économie sociale et l'entrepreneuriat social définit l'économie sociale comme la « *somme des activités économiques, entrepreneuriales, productives et sociales entreprises par des entités juridiques ou des associations, dont l'objectif statutaire est la poursuite d'avantages collectifs et le service d'intérêts sociaux larges* » :

- 1) *objectif statutaire de bénéfice social à travers la production de biens et de services à caractère social et collectif ;*
- 2) *priorité des individus et du travail sur le capital ;*
- 3) *un système démocratique de prise décision ;*
- 4) *autonomie de gestion ;*
- 5) *utilisation prioritaire des profits au service de la finalité sociale et dans un second temps pour une distribution éventuelle et restreinte ;*
- 6) *principe de développement durable ;*
- 7) *opérant dans les activités suivantes : intégration sociale et économique de groupes vulnérables, production de biens et de services sociaux ou production de produits, fourniture de services pour les besoins de la collectivité ».*

Les lois finlandaise et slovène définissant l'entrepreneuriat social ont elles aussi une approche fonctionnelle, mais elles se démarquent en se fondant principalement sur une liste restrictive d'activités sociales et solidaires exercées dans des conditions spéciales au regard de l'emploi. « *En Finlande, la loi sur les entreprises sociales [loi n°1351/2003] s'applique à toute organisation qui réalise toute activité commerciale de production de biens et services, dont l'objet social est de soutenir l'emploi et la réinsertion des personnes handicapées et des*

⁵⁰ D'après la traduction de GEMMA-FAJARDO, I., « La loi sur l'économie sociale en Espagne et sa mise en œuvre : un point de vue espagnol », 3^e Séminaire de l'ADDES à Nanterre, 17 juin 2014, p. 11-12. En ligne : <http://addes.asso.fr/wp-content/uploads/2015/03/Conference_Isabel_Gemma_Fajardo-Nogues1.ppt> (consulté le 23 décembre 2015).

⁵¹ RTES, « La législation relative à l'économie sociale et solidaire : analyse comparée France/Europe », note d'actualité n°4, avril 2014, p. 9. En ligne : <http://rtes.fr/IMG/pdf/2014-04_Note_d_actu_4_Legislation_ESS.pdf> (consulté le 25 avril 2018).

chômeurs de longue durée, dès lors que ceux-ci forment au moins 30 % de l'ensemble du personnel »⁵².

La loi slovène n°300-01/10-53/162 du 7 mars 2011 relative à l'entrepreneuriat social énumère, à son article 5, les activités qui peuvent relever de l'entrepreneuriat social, à condition de poursuivre une finalité lucrative limitée aux termes de l'article 3-1⁵³. Cette énumération, présentée à l'article 5, peut être complétée par voie réglementaire. Le domaine de l'ESS slovène couvre ainsi l'assistance sociale et familiale, la protection des personnes handicapées, la santé, l'enseignement et la recherche, l'insertion professionnelle et l'emploi, l'agriculture biologique, la protection de l'environnement, le tourisme social, le commerce équitable, la culture, le sport, le secourisme, le soutien à l'entrepreneuriat social.

2. La singularité portugaise et française : le choix de maintenir le critère distinctif formel

12. Les formes juridiques sociales et solidaires *per se* en droit portugais. - Le Portugal puis la France ont fait le choix de combiner l'approche substantielle communautaire avec une approche formelle, par attachement à leur histoire nationale respective de l'ESS. Ainsi la loi portugaise du 8 mai 2013 n° 68/XII-1, dite « loi-cadre sur l'économie sociale » (LCES), dispose en son article 2 :

« 1 – L'on entend par « économie sociale » l'ensemble des activités économique-sociales librement réalisées par les entités visées à l'article 4 de cette loi ;

2 – Les activités prévues au paragraphe 1 sont destinées à poursuivre l'intérêt général de la société, que ce soit directement ou à travers la poursuite des intérêts de ses membres, utilisateurs et bénéficiaires, lorsque ces intérêts sont socialement pertinents ».

Et l'article 4 de compléter :

« Sont intégrées dans l'économie sociale les entités suivantes, sous réserve qu'elles soient couvertes par le système juridique portugais :

⁵² RHATTAT, R., « L'élaboration d'un cadre juridique européen de l'entrepreneuriat social à l'épreuve des obstacles juridiques, fiscaux et administratifs nationaux », t. XXVIII-2, *RID éco.*, 2014, p. 162.

⁵³ Article 3-1 : "Social entrepreneurship shall represent the permanent performance of social entrepreneurship activities or other activities, which are subject to special conditions of employment, in the manufacture and sales of products or the provision of services on the market, for which the generation of profit is neither an exclusive nor a main objective". En ligne : <http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/zaposlovanje/Act_SE_rev_clear.pdf > (consulté le 23 décembre 2015).

- a) Les coopératives ;
- b) Les mutuelles ;
- c) Les *misericórdias*⁵⁴ ;
- d) Les fondations ;
- e) Les institutions privées de solidarité sociale qui ne sont pas couvertes par les paragraphes précédents ;
- f) Les associations ayant des buts altruistes qui opèrent dans le développement culturel, des loisirs, des sports et le développement local ;
- g) Les entités visées par la Communauté et les sous-secteurs autogérés en vertu des dispositions de la Constitution dans le secteur coopératif et social ;
- h) Les autres entités dotées de la personnalité juridique qui respectent les principes directeurs de l'économie sociale conformément à l'article 5 de la présente loi et figurant dans la base de données de l'économie sociale »⁵⁵.

13. La méthode inclusive en droit portugais et en droit français. - Le paragraphe h de l'article 4 laisse la porte ouverte à des entités ne faisant pas partie de l'ESS portugaise historique, à condition qu'elles respectent les principes posés à l'article 5.

« Article 5 - Les principes directeurs

Les entités de l'économie sociale sont autonomes et agissent selon les principes directeurs suivants :

- a) La primauté des personnes et des objectifs sociaux ;
- b) L'adhésion et la participation libre et volontaire ;
- c) Le contrôle démocratique de leurs organes par leurs membres ;
- d) La conciliation entre les intérêts des membres, des utilisateurs ou bénéficiaires et l'intérêt public ;

⁵⁴ Les *misericórdias* sont des associations d'assistance dans le domaine médico-social et de lutte contre l'exclusion datant du XV^{ème} siècle liées à l'Église catholique (BORZAGA, C., DEFOURNY, J., *The Emergence of Social Enterprise*, London and New York, Routledge, 2002, p. 193).

⁵⁵ D'après la traduction de GIRE, H., « L'Économie sociale au Portugal. Avec traduction inédite en français de la loi-cadre sur l'économie sociale », janvier 2014, p. 14. En ligne : <http://base.socioeco.org/docs/1.es_es_portugal.pdf> (consulté le 24 décembre 2015).

- e) Le respect des valeurs de solidarité, d'égalité et de non-discrimination, de la cohésion sociale, de la justice et de l'équité, de la transparence, de la responsabilité individuelle et sociale partagée et de la subsidiarité ;
- f) Une gestion autonome et indépendante des pouvoirs publics et de toutes autres entités extérieures à l'économie sociale ;
- g) L'affectation des excédents à la réalisation des buts des entités de l'économie sociale conformément à l'intérêt général, sans préjudice du respect pour la spécificité consacrée par la Constitution de la répartition des excédents propres à la nature et au statut de chaque entité de l'économie sociale ».

Il en est de même dans la loi française. *« Tout en restant conforme à la définition communautaire de 2013 d'applicabilité directe, l'article 1^{er} de la loi française n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS) distingue au paragraphe II, d'une part, les entreprises de l'ESS de plein droit (coopératives, mutuelles, fondations, associations loi 1901 ayant une activité économique) et, d'autre part, les sociétés commerciales, qui pourront être qualifiées d'entreprises de l'ESS sous certaines conditions. C'est généralement de cette catégorie d'entreprises qu'il s'agit lorsque l'on parle de "structures hybrides". En France, on parle aussi d'"entreprises sociales" mais, comme nous l'avons vu à l'instant, cette expression revêt un autre sens au niveau communautaire : celui d'entreprises de l'ESS »*⁵⁶.

Pour éviter toute confusion, dans cette thèse, nous qualifierons les sociétés commerciales qui épousent les principes de l'ESS de « sociétés commerciales, sociales et solidaires ». Les statuts des sociétés commerciales (sociétés anonymes, sociétés par action simplifiées et sociétés à responsabilité limitée en particulier) souhaitant être qualifiées d'entreprises de l'ESS et immatriculées comme telles au registre du commerce et des sociétés (RCS - paragraphe III) devront remplir les trois critères du « mode d'entreprendre » décrits au paragraphe I de l'article 1^{er} et rappelés plus haut (paragraphe II, 2°).

Le décret n°2015-858 du 13 juillet 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, en

⁵⁶ RASOLONOROMALAZA, K., « L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités », p. 451-452.

précise les implications concrètes (paragraphe IV). En cas de non-conformité aux dispositions du paragraphe I, ces structures hybrides s'exposent à ce qu'une action en justice soit formée contre elles par la Chambre régionale de l'ESS (CRESS) dont elles relèvent (article 6, 6°) afin que la mention « entreprise de l'ESS » au RCS leur soit retirée. Toutefois, la loi du 31 juillet 2014 ne dit pas si et comment la responsabilité des dirigeants et de la société peut être engagée pour inscription trompeuse d'« entreprise ESS » au registre du commerce et des sociétés (RCS).

14. La distinction entre entreprises de l'ESS et entreprises agréées « entreprises solidaires d'utilité sociale ». - Plus loin, les paragraphes II et III de l'article 11 dressent une liste d'entreprises bénéficiant de plein droit de l'agrément d'« entreprises solidaires d'utilité sociale » (ESUS), sans pour autant être des entreprises de l'ESS :

« Bénéficient de plein droit de l'agrément mentionné au I, sous réserve de satisfaire aux conditions fixées à l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 précitée et à la condition fixée au 4° du I du présent article :

- 1° Les entreprises d'insertion ;
- 2° Les entreprises de travail temporaire d'insertion ;
- 3° Les associations intermédiaires ;
- 4° Les ateliers et chantiers d'insertion ;
- 5° Les organismes d'insertion sociale relevant de l'article L. 121-2 du Code de l'action sociale et des familles ;
- 6° Les services de l'aide sociale à l'enfance ;
- 7° Les centres d'hébergement et de réinsertion sociale ;
- 8° Les régies de quartier ;
- 9° Les entreprises adaptées ;
- 10° Les centres de distribution de travail à domicile ;
- 11° Les établissements et services d'aide par le travail ;
- 12° Les organismes agréés mentionnés à l'article L. 365-1 du Code de la construction et de l'habitation [services sociaux relatifs au logement social] ;
- 13° Les associations et fondations reconnues d'utilité publique et considérées comme recherchant une utilité sociale au sens de l'article 2 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 précitée ;
- 14° Les organismes agréés mentionnés à l'article L. 265-1 du Code de l'action sociale et des familles [organismes assurant l'accueil et l'hébergement de personnes en difficultés] ;

15° Les établissements et services accompagnant et accueillant des enfants et des adultes handicapés mentionnés aux 2°, 3° et 7° du I de l'article L. 312-1 du même code ».

Cette liste n'est pas sans rappeler le champ matériel de l'ESS en droit slovène.

L'article 29 du projet de loi PACTE présenté en Conseil des Ministres le 18 juin 2018 prévoit une révision de l'accès à l'agrément ESUS : celui-ci pourrait désormais être ouvert aux entreprises du « champ de la transition écologique, de la promotion culturelle ou de la solidarité internationale ».

II. Un attachement à l'approche formelle contestable

15. Les tenants et les aboutissants de la définition légale française de l'ESS. Plan. -

L'attachement français et portugais aux statuts juridiques historiques surprend car il contraste avec la notion d'entreprise. En France, il est en fait le fruit d'un consensus politique (1) qu'il appartient à la recherche d'interroger (2).

1. Les oppositions dogmatiques à un contrôle systématique de la conformité des structures de l'ESS aux trois critères distinctifs

16. La nécessité d'un contrôle de conformité de toutes les entreprises de l'ESS à la définition légale commune. -

Comme l'a très bien dit Jean-Marc BORELLO (fondateur et ex-président du MOUVES) dans une interview pour le quotidien *L'Humanité* du 7 janvier 2014, « *la forme juridique ne peut exonérer quiconque de s'interroger sur ses pratiques* »⁵⁷. Bien qu'il ait été soutenu que les critères cumulatifs de la définition de l'ESS soient « consubstantiels » aux acteurs statutaires historiques de l'ESS⁵⁸, l'absence de contrôle

⁵⁷ Dans le même sens, « *le statut n'est pas vertu, seul compte le langage des actes* », dicit Thierry BEAUDET (président de la MGEN) lors de la deuxième édition des Assises internationales de la coopération et du mutualisme le 5 décembre 2013 à la Maison de la Mutualité à Paris, in ACEDO, S., « Le Mutualisme : une opportunité dans l'après-crise ? ». En ligne : <<http://www.argusdelassurance.com/acteurs/le-mutualisme-une-opportunit-e-dans-l-apres-crise.69364>> (consulté le 16 octobre 2016).

⁵⁸ Cf. l'intervention en séance publique du 13 mai 2014 à l'Assemblée nationale d'Yves BLEIN, rapporteur de la Commission des affaires économiques, en réponse à la proposition d'amendement n°202 présentée par Chantal GUITTET⁵⁸, députée du Finistère.

systematique pour toutes les entreprises de l'ESS, y compris pour les coopératives (même si elles sont déjà soumises à la révision coopérative annuelle et sont présentées comme l'archétype auquel la définition française de l'entreprise de l'ESS renvoie tacitement) est regrettable eu égard aux trois critères distinctifs.

17. Le déclin de la gouvernance démocratique. - Eu égard, tout d'abord, à l'exigence de gouvernance démocratique : *« il ne suffit pas de décréter la démocratie sociale dans une organisation pour la faire fonctionner concrètement. Le fait que les statuts d'une entreprise prévoient un fonctionnement démocratique n'est qu'une condition nécessaire, mais pas suffisante, à la démocratie sociale. Encore faut-il qu'il y ait une participation effective et active des sociétaires à la vie et aux décisions de leur coopérative ! »*⁵⁹. Reprenant la thèse rousseauiste selon laquelle la démocratie directe ne peut se vivre qu'à petite échelle, quatre auteurs de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (Jean-Robert ALCARAS, Patrick GIANFALDONI – tous deux économistes, Martine LE FRIANT, privatiste et Valérie OGIER-BERNAUD, publiciste) expliquent qu'au centre du *« problème d'alternance entre des périodes de démocratie sociale plus ou moins active »* se trouve notamment la question de *« l'inscription dans la durée, les effets de taille et le degré d'engagement des acteurs [sociétaires et administrateurs] en faveur des valeurs du sociétariat – ces trois phénomènes étant d'ailleurs très liés entre eux »*. *« La compétition accrue sur des marchés de plus en plus transnationalisés a entraîné une centralisation des pouvoirs d'orientation et de contrôle stratégique dans les groupes, qui s'est accompagnée d'une relative perte d'autonomie des structures locales et régionales. Les mouvements de capitalisation et d'harmonisation juridique au plan européen ne font que renforcer ce phénomène. Dans ces conditions, quelle place et quel poids peut avoir un sociétaire dans les organes de pouvoir ? »*⁶⁰

Que dire encore de la pratique consistant à pondérer les voix des collègues d'électeurs au sein des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC), de sorte que tous les collègues de parties prenantes (salariés, producteurs, consommateurs, partenaires publics, porteurs de projets, partenaires privés) pèsent le même poids politique, quelle que soit leur représentativité, contrecarrant ainsi la mise en œuvre du principe *« une personne, une voix »* ?

⁵⁹ ALCARAS, J.-R., GIANFALDONI, P., LE FRIANT, M., OGIER-BERNAUD, V., « Économie sociale et démocratie sociale : le sociétariat en question », in BOURREAU-DUBOIS, C., JEANDIDIER, Br. (Dir.), *Économie sociale et droit, t. 2 : Économie sociale et solidaire, famille et éducation, protection sociale et pauvreté*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 10.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 14.

Cela dit, même à grande échelle, les coopératives et mutuelles ont un fonctionnement bien plus démocratique que certaines associations et fondations, affranchies de toute obligation légale dans ce sens.

18. Les contournements de la non-lucrativité. - L'absence de contrôle *systématique* pour *toutes* les entreprises de l'ESS est également regrettable eu égard au critère de non-lucrativité ou de lucrativité limitée, si facile à contourner par les membres dirigeants des associations que l'administration fiscale a dû la doubler de la notion de « gestion désintéressée », définie à l'article 261-7-1°-d du Code général des impôts (CGI)⁶¹. « *Les associations de service social ont de plus en plus de salariés, notamment parmi leurs dirigeants. Ceux-ci sont normalement soucieux de bien gagner leur vie, comme le sont les cadres d'entreprise et les fonctionnaires* »⁶². Or les salariés ou dirigeants salariés d'OSBL en sont souvent des membres fondateurs. Le salaire perçu peut alors rémunérer l'engagement de membre.

19. L'utilité sociale et le silence des textes sur la question incontournable de l'évaluation de l'impact social. - Eu égard, enfin, au critère d'utilité sociale, un contrôle des actions menées en faveur d'une « cohérence comportementale » vis-à-vis de l'ensemble des parties prenantes est indispensable (salariés, bénéficiaires, clients, fournisseurs, personnes publiques, riverains et société civile, bailleurs privés, entreprises-cibles d'investissement...). Pour rappel, l'utilité sociale est définie à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014, qui dispose :

« Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes :

1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ;
2° Elles ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté,

⁶¹ Cf. *infra* n°94-95.

⁶² BLOCH-LAINE, F., « Les Spécificités méritoires des associations de service social », *Recma*, n°275-276, 2000, p. 92.

notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ;

3° Elles concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2° ».

L'article 29 du projet de loi « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » (PACTE) présenté en Conseil des Ministres le 18 juin 2018 prévoit une clarification de la formulation de cet article 2.

De plus, que l'on ait une conception néolibérale ou interventionniste de l'État, il paraît normal et nécessaire que l'État participe à la définition des priorités en matière sociale et environnementale et subordonne l'octroi des aides d'État à la bonne réalisation des objectifs essentiels à ses yeux⁶³. Cela nous conduit à affirmer que la définition de la notion d'impact social n'aurait donc pas dû être écartée des débats parlementaires sur la loi du 31 juillet 2014.

Pendant trois ans, la question a été de savoir notamment sur quels critères la Banque publique d'investissement BPIFrance et ses partenaires allaient octroyer ou non les titres d'investissements réservés aux entreprises « à fort impact social »⁶⁴, à travers le Fonds impact coopératif créé le 8 octobre 2015⁶⁵. Allaient-ils s'appropriier les conclusions du rapport du Groupe d'experts de la Commission européenne sur l'entrepreneuriat social (GECES), publié en février 2014⁶⁶, sachant que les bailleurs sociaux et la banque Nouvelle économie fraternelle (NEF) appliquaient de leur côté leurs propres critères d'évaluation de manière autonome ? On

⁶³ Cf. *infra* n°333 et s.

AMBLARD, C., « Cent ans de pratique associative : un point de vue juridique (Ile partie) », *Recma*, n°283, 2002, p. 32-45.

⁶⁴ DUFOURCQ, N., *Contribuer au financement de l'économie sociale et solidaire : renforcer l'existant, approfondir les partenariats, innover – Rapport d'étape*, Paris, BPIFrance, 2013, p. 3 et 11. En ligne : <<http://proxypubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/15091.pdf>> (consulté le 11 mai 2015).

⁶⁵ ESFIN GESTION, « Esfin Gestion annonce la création du Fonds impact coopératif : 74 millions d'euros pour accompagner le développement des entreprises coopératives ». Communiqué de presse du 8 octobre 2015. En ligne : <<http://www.esfingestion.fr/files/esfin/documents%20a%20telecharger/Impact%20Cooperatif%20Communiqué%20de%20presse%20du%2020151008.pdf>> (consulté le 1er décembre 2016).

⁶⁶ COMMISSION EUROPEENNE, DIRECTION GENERALE DE L'EMPLOI, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE L'INCLUSION, *Approches proposées pour la mesure de l'impact social dans la législation et dans les pratiques de la Commission européenne concernant : les FESE et le programme EaSI*. Sous-groupe du GECES sur la mesure de l'impact social 2014, octobre 2014. En ligne : <http://www.avise.org/sites/default/files/atoms/files/20150527/2014_ce_approches-mesure-impact-social.pdf> (consulté le 1^{er} décembre 2016).

se souvient d'ailleurs que quasiment deux ans après la création de BPIFrance, Benoît HAMON avait déclaré, fin 2014, de manière plus générale : « *Il faut que l'engagement que la banque publique a pris devant les pouvoirs publics de mobiliser 500 millions d'euros de crédits vers l'économie sociale et solidaire soit tenu. Or ce n'est pas le cas. Où que j'aille, les acteurs me disent que la banque n'est pas au rendez-vous. Je veux savoir en quoi les projets issus de l'ESS ne sont pas bons ou ne correspondent pas aux critères de la BPI* ». ⁶⁷ Il faudra attendre la création de NovESS - Le Fonds ESS le 28 juin 2016 par la Caisse des Dépôts pour que les pouvoirs publics se dotent d'un instrument de mesure de l'impact social. Dans un simple communiqué de presse, la Caisse des Dépôts présente l'outil de mesure et de suivi de l'impact social « MESIS » comme ayant « *vocation à être reconnu comme une norme de place pour le secteur de l'investissement à impact social en France. Cette démarche issue de la capitalisation des bonnes pratiques, repose principalement sur la méthodologie d'impact élaborée par BNP Paribas ainsi que sur celle du Comptoir de l'Innovation. MESIS permettra à terme la consolidation des études sectorielles et l'établissement de benchmarks [point de référence dans une perspective de comparaison]* » ⁶⁸. Cet outil demeure pourtant totalement ignoré par les principaux *think-* et *do-tanks* (groupes « de réflexion » et « d'action ») de l'ESS ⁶⁹.

20. La nécessité d'une articulation entre l'utilité sociale et les procédures d'autorisation, d'agrément, de conventionnement et de reconnaissance dans l'ESS. -

⁶⁷ SOUCHE, J.-P., « À Nîmes, Benoît Hamon s'en prend à la Banque publique », *Midi Libre*, 6 décembre 2014. En ligne : <<http://www.midilibre.fr/2014/12/02/benoit-hamon-s-en-prend-a-la-banque-publique,1091219.php>> (consulté le 10 novembre 2016).

Le même problème risque de se poser suite à l'annonce de la mobilisation d'un milliard d'euros en fonds publics (via la Caisse des Dépôts et BPIFrance) et privés (Crédit coopératif, BNP Paribas, France Active, INCO, anciennement « Comptoir de l'innovation »...) pendant le quinquennat d'Emmanuel MACRON — JUILLIARD, P., « 1 milliard pour l'innovation sociale : on l'a proposé...et c'est acté ! », 18 janvier 2018. En ligne : <<http://mouves.org/accelerer-innovation-sociale/1-milliard-linnovation-sociale-on-propose-cest-acte/>> (consulté le 20 janvier 2018).

Il est d'ailleurs précisé que « *les fonds publics mobilisés devraient provenir de fonds ou programmes existants au sein des ministères ou des collectivités* », ce qui confirme que l'argent public alloué à l'ESS n'a pas été complètement affecté à sa cible. — CHAULIAC, S., « Lancement du French Impact, l'accélérateur national de l'innovation sociale », 18 janvier 2018. En ligne : <<https://www.rsedatanews.net/article/article-initiatives-lancement-du-french-impact-l-accelereur-national-de-l-innovation-social-201801>> (consulté le 20 janvier 2018).

⁶⁸ GROUPE CAISSE DES DEPOTS, « La Caisse des Dépôts, en partenariat avec le Groupe BNP Paribas et des investisseurs privés et publics, lance NovESS - Le Fonds ESS, une nouvelle initiative de place pour faire changer d'échelle l'économie Sociale et Solidaire », 28 juin 2016. En ligne : <http://www.caissedesdepots.fr/sites/default/files/medias/cp_et_dp/cp_novess.pdf> (consulté le 15 août 2017).

⁶⁹ AVISE, LA FONDA, LE LABO DE L'ESS, « Rapport I – La mesure d'impact social : caractéristiques, avantages et limites des démarches existantes », *ESS et création de valeur : une approche prospective de la mesure d'impact social*, 22 décembre 2017. En ligne : <http://www.llelabo-ess.org/IMG/pdf/avisefondalaboess_171220_esscreationvaleur_rapporti_0.pdf> (consulté le 20 janvier 2018).

Enfin, la mise en place d'un contrôle systématique de l'identité « ESS » aurait été l'occasion de repenser, de manière plus simple et plus cohérente, l'ensemble des procédures d'autorisation, d'agrément, de conventionnement et de reconnaissance (ainsi que des voies de recours y afférentes), et notamment :

- l'agrément « ESUS » qui remplace l'agrément « entreprise solidaire » pour l'accès à l'épargne salariale⁷⁰, à certains financements de BPIFrance ainsi qu'à des financements privés fléchés
- le « conventionnement SIAE » (structures d'insertion par l'activité économique)
- le conventionnement « entreprise adaptée » (ex-ateliers protégés) pour les employeurs de travailleurs lourdement handicapés
- la reconnaissance d'utilité publique pour les associations et fondations
- l'habilitation, pour les associations et fondations reconnues d'utilité publique, à accorder des prêts pour la création, le développement et la reprise de très petites entreprises ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques (article L. 511-6-5° du Code monétaire et financier)
- le conventionnement « service à la personne »
- le conventionnement « tourisme social »
- les agrément et habilitation à défendre les intérêts collectifs en justice⁷¹
- la reconnaissance fiscale d'intérêt général pour les associations et fondations.

21. L'utilité sociale face à l'insaisissabilité de la notion d'intérêt général. - Ce dernier point en particulier, l'intérêt général, est souvent débattu. Il est incontestable qu'il est impossible de s'accorder sur une définition juridique de la notion, insaisissable par essence⁷². Toutefois, on aurait pu imaginer confier à une seule et même autorité le pouvoir de se prononcer sur le caractère d'intérêt général des entreprises de l'ESS. Au lieu de cela, l'intérêt général est aujourd'hui reconnu de manière largement arbitraire par chaque administration, sans coordination entre les différents services administratifs, sans concertation de l'ensemble des services publics concernés.

⁷⁰ Cf. *infra*, conclusion partielle, p. 186.

⁷¹ BORE, L., *La Défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997 : la nécessité d'avoir l'autorisation légale ou administrative est un produit de l'Histoire (volonté de se prémunir contre les risques de sycophantes athéniens, actions populaires romaines, corporations médiévales, clubs de la Révolution française...).

⁷² DOUENCE, J.-Cl., « L'objet du service public local. Chapitre 1 (folio n°6027) - La notion de service public local », §26-34, in PAILLER, G., SPRUNGARD, S. (Dir.), *Encyclopédie des collectivités locales*, mars 2018.

Pour mettre un terme à cette situation déroutante pour les associations (qui en sont les principales concernées), l'article 13 du projet de loi n°878 du 22 décembre 2016 relatif à l'égalité et à la citoyenneté prévoyait d'insérer un article 6 bis dans la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, disposant ceci :

« Article 6 bis. – Toute association régulièrement déclarée peut saisir le représentant de l'État dans le département où elle a son siège social afin qu'il se prononce, après avoir sollicité l'avis des services de l'État concernés et des représentants d'associations ayant le même objet social, sur le caractère d'intérêt général de l'association.

Lorsque le représentant de l'État dans le département a admis le caractère d'intérêt général de l'association, cette qualité lui est reconnue, pour une durée fixée par décret, au regard de l'ensemble des lois et règlements applicables aux associations régulièrement déclarées.

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article. »

Le Préfet aurait ainsi été l'autorité compétente pour déterminer le caractère d'intérêt général des associations. C'est l'un des deux scénarii de reconnaissance *a priori* de l'intérêt général proposé au Ministre de la Ville, de la Jeunesse et des Sports par le HCVA⁷³ dans son rapport du 25 mai 2016.

Malheureusement, cet article a été déclaré inconstitutionnel au motif qu'il s'agissait d'un cavalier législatif, c'est-à-dire d'une disposition « ne présentant pas de lien, même indirect, avec celles [les dispositions] qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale »⁷⁴.

Le cabinet EY⁷⁵ reprend à son compte le deuxième scénario de reconnaissance *a priori* de l'intérêt général imaginé par le HCVA : une commission d'examen, composée de façon

⁷³ HCVA, *Rapport sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations*, Adopté en séance plénière le 25 mai 2016, p. 8-9. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_du_HCVA_sur_l_interet_general.pdf> (consulté le 9 mai 2017).

⁷⁴ Cons. const., 26 janvier 2017, n°2016-745 DC, § 190.

⁷⁵ DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), « ESS : quelles perspectives pour les mesures proposées ? Le regard d'EY », préc., p. 53.

plurielle par les services déconcentrés des principaux ministères en relation avec les associations (Ministères de l'Intérieur, de la Jeunesse, des Sports, de la Vie associative, de la Culture, des Affaires sociales, de l'Environnement, de l'Éducation nationale, de l'Économie et des Finances), par les représentants des collectivités territoriales et des représentants d'organismes d'intérêt général, se prononcerait sur le caractère d'intérêt général des associations. De telles commissions existent déjà : la commission départementale de la jeunesse, des sports et de la vie associative, placée auprès du Préfet, et compétente en matière d'agrément jeunesse-éducation populaire, ou encore la commission régionale consultative du fonds de développement de la vie associative, émettant un avis sur le financement au titre du Fonds pour le développement de la vie associative (FDVA).

Pour se prononcer sur le caractère d'intérêt général, une autre méthode consisterait à consulter l'ensemble des parties prenantes⁷⁶, en particulier les bénéficiaires et la société civile. Cela nous rapproche de la position d'Armelle VERJAT pour qui l'intérêt général est « *tout ce qui est utile à la collectivité des citoyens, prise dans son ensemble, à un moment donné* »⁷⁷.

Concrètement, pour l'heure, pour les praticiens tels que Colas AMBLARD et en particulier les praticiens fiscalistes, sont d'intérêt général toutes les activités énumérées aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts : œuvres « ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ».

Le récent article 15 du décret n°2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité marque une avancée sur la définition de l'intérêt général, en disposant :

« En vue d'obtenir de l'État ou de l'un de ses établissements publics un agrément réservé aux associations par la loi ou les règlements, l'association régulièrement déclarée ou

⁷⁶ Cf. *infra*, n°338.

⁷⁷ VERJAT, A., « Étude n°63. Les fondations d'utilité publique », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., préc., § 63.45, p.1375.

inscrite doit, pour satisfaire à la condition d'objet d'intérêt général mentionnée à l'article 25-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, inscrire son action dans le cadre d'une gestion désintéressée et d'une absence de but lucratif, demeurer ouverte à tous sans discrimination, et présenter des garanties suffisantes au regard du respect des libertés individuelles. Sauf exception législative ou réglementaire, son action ne doit pas se limiter à la défense du seul intérêt collectif⁷⁸ de ses membres ».

L'article 25-1 de la loi du 12 avril 2000 requiert en plus un fonctionnement démocratique et une transparence financière. Ces deux conditions sont précisées par les articles 16 et 17 du décret du 6 mai 2017⁷⁹. Le critère de la transparence financière peut être rapproché de ce que l'article L. 2121-1, 3° du Code du Travail exige en la matière de la part des syndicats⁸⁰ pour que ceux-ci puissent être qualifiés de représentatifs.

2. Propositions de révision de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 *a priori*

22. Exclure du champ de l'ESS les organismes dépourvus d'un centre autonome de décision, et en particulier ceux qui sont contrôlés par une personne publique. - Cette esquisse des contours de l'ESS en droit français à partir de la définition légale des entreprises de l'ESS nous amène à formuler immédiatement des propositions de révision de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014⁸¹, sans même avoir commencé notre quête d'optimisation de la performance financière de ces entreprises, qui est la raison d'être de cette thèse.

Il aurait été judicieux d'exclure du périmètre de l'ESS les personnes morales de droit privé contrôlées par une personne publique (établissements publics à caractère industriel et commercial – EPIC, sociétés nationales, sociétés d'économie mixte⁸²) en raison, non pas de la

⁷⁸ L'emploi de l'adjectif « collectif » nous semble inopportun : il eût été préférable de parler d'« intérêt commun », s'agissant de l'intérêt des membres, en écho à l'article 1833 du Code civil ou encore à l'article 107 du TFUE.

⁷⁹ CLAVAGNIER, B., « L'ESS en clair-obscur », *JA* n°574/2018 du 1^{er} mars 2018, p. 31-33.

⁸⁰ Les modes de preuve de la transparence financière des syndicats ont été précisés par la jurisprudence (Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-13.748 ; JCP S 2012, 1168, note B. Gauriau ; Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-19.732 ; Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 18-60.030).

⁸¹ Cf. annexe unique.

⁸² — y compris les sociétés d'économie mixte sportives locales créées sur le fondement de l'article L. 122-12 du Code du sport avant l'entrée en vigueur de la loi n°99-1124 du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives supprimant ce statut, sociétés publiques locales, sociétés ayant pour actionnaires des collectivités territoriales⁸², fondations territoriales, associations et fonds de dotation créés par les collectivités territoriales.

dichotomie entre secteurs public et privé, mais de l'absence au sein de ces personnes morales d'un « centre autonome de décision » (expression utilisée par le Conseil d'État dans le contentieux de l'établissement stable) qui se manifeste par la détention, directe ou indirecte, du contrôle capitalistique⁸³ ou du pouvoir de direction. Or l'autonomie est un des critères distinctifs de l'entreprise en droit⁸⁴. Ce problème existe aussi au sein des SCIC puisqu'elles accueillent généralement dans leur actionariat des personnes publiques, pouvant détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital social⁸⁵, et, de manière plus discrète, au sein de toutes les autres formes juridiques appartenant historiquement à l'ESS, et en particulier les associations (comme par exemple l'Atelier, association loi 1901 qui n'avait comme membres que des collectivités territoriales de Paris et d'Île-de-France, et qui a justement dû être dissoute parce que les fonds octroyés par la Région avaient été coupés⁸⁶). C'est une situation bien connue des juridictions administratives, qui qualifient de telles associations de « transparentes » dès lors que les deux critères suivants sont réunis : d'une part, un financement essentiellement public et, d'autre part, une absence d'autonomie, eu égard aux modalités d'organisation et de fonctionnement, et notamment à l'identité des dirigeants⁸⁷. L'argument classique selon lequel la personne publique ne doit pas être regardée ici comme une « puissance » avec des prérogatives singulières mais comme un partenaire ordinaire ne résout en rien le problème de

⁸³ C.com., art. L. 233-3.

⁸⁴ CJCE, 13 juillet 1962, « Mannesmann AG c/ Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », aff. n°9/61, Rec. CJCE, p. 167, §705 : « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé » (litige relatif à la liberté d'établissement).

CJCE, 12 juillet 1984, « Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas », aff. 170/83, Rec. CJCE, p. 2999, § 11 : « la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales » (litige relatif au délit d'entente).

BEHAR-TOUCHAIS, M., « La notion d'entreprise en droit communautaire », in DEBENE, M. (Dir.), *Entreprise, intérêt général et marché unique. Journée d'études du Centre de recherches de droit des activités économiques, 30 janvier 1992*. Rouen, Les Publications de l'Université de Rouen, 1995, p. 19-26.

LAMARCHE, Th., « La notion d'entreprise », *RTD com.*, 2006, p. 709.

⁸⁵ L. n°47-1775 du 10 septembre 1947, art. 19 septies.

Certains auteurs vont jusqu'à parler de « régies coopératives ». — HIEZ, D., « La nouvelle orientation du droit coopératif avec la loi Économie sociale et solidaire », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 34.

⁸⁶ ATELIER (L'), « Fermeture de l'Atelier – Centre de ressources régional de l'économie sociale et solidaire en Île-de-France », 9 janvier 2017. En ligne : <<http://www.atelier-idf.org/ressources/breves/2017-01-09,fermeture-atelier-ess.htm>> (consulté le 12 mars 2017).

⁸⁷ CE, 2^{ème} et 6^{ème} sous-sect. réun., 11 mai 1987, n°62459, *Lebon* ; CE, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sect. réun., 21 mars 2007, « Commune de Boulogne-Billancourt », n°281796, *Lebon* : « Lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».

DAMAREY, S., « Focus sur l'association transparente », *JA* n°546/2016, 15 octobre 2016, p. 36-38.

l'absence d'autonomie des structures concernées. Le droit public s'applique alors aux actes passés par ces organisations transparentes. La qualification de transparence conduit d'ailleurs les personnes publiques donneuses d'ordre à dissoudre d'elles-mêmes les associations « hommes de paille » et à reprendre leurs activités en régie directe⁸⁸.

Rappelons également qu'en droit communautaire de la concurrence⁸⁹, ne peuvent être qualifiées d'« entreprises » (et donc se voir appliquer le droit de la concurrence) les organisations qui, d'une part, offrent des prestations sociales selon une logique de solidarité (c'est-à-dire lorsque la prestation est fournie dès que le risque social se produit effectivement, peu importe le montant des cotisations versées par le bénéficiaire) et non d'assurance (lorsque la prestation est fournie à la condition que le bénéficiaire ait souscrit l'assurance correspondant au risque et ait cotisé) et, d'autre part, sont contrôlées par l'État (les modalités de calcul du montant des cotisations et la liste exhaustive des prestations servies sont alors fixées par la loi et le règlement).

23. La pertinence de la méthode inclusive. - Il faut saluer la décision d'inclure les sociétés commerciales dans l'ESS (« vision inclusive », pour reprendre l'expression employée par la majorité parlementaire). C'est une prise en compte de la réalité : les entreprises de l'ESS historique et les entreprises capitalistes s'influencent réciproquement⁹⁰. C'est par ailleurs une position conforme non seulement au droit dérivé contraignant comme nous l'avons vu⁹¹, mais aussi au droit non contraignant ou *soft law* (droit mou), formé notamment par l'opinion du Parlement européen (résolution 2008/2250 du 15 février 2009 sur l'économie sociale, considérants H et I), de la Commission européenne⁹² et du Contrôle général économique et financier (CGEfi).

Le Conseil économique, social et environnemental (CESE) recommandait de n'ouvrir la définition d'entreprise de l'ESS qu'aux sociétés de personnes prévoyant une solidarité entre

⁸⁸ CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sect. réun., 4 août 2006, n°271964.

⁸⁹ CJCE, 5 mars 2009, «Kattner Stahlbau GmbH c/Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft », aff. C-350/07, points 33 à 68.

⁹⁰ RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », in GARDIN, L., JANY-CATRICE, F. (Dir.), *L'Économie sociale et solidaire en coopérations*, Presses universitaires de Rennes, Économie et société, Rennes, 2016, p. 83.

⁹¹ Cf. *supra*, n°10-11.

⁹² COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *Avis n°1584/2011 du Comité économique et social européen sur le thème « Entrepreneuriat social et entreprise sociale » 2011*, p. 4. En ligne : <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.int-opinions.19124>> (consulté le 11 mai 2015).

associés⁹³. C'est une bonne chose que cette distinction ait été abandonnée car les coopératives et les mutuelles peuvent se fondre dans les statuts de la société anonyme, qui est une société de capitaux. Sur ce point, nous déplorons l'existence d'un terrible quiproquo relatif aux sociétés de capitaux, même parmi les juristes, et notamment au sujet du régime de la SAS. Nous avons lu par exemple que « *la société par actions simplifiées met l'extrême plasticité de la gestion au service des actionnaires, et facilite encore un peu plus les restructurations / délocalisations* »⁹⁴. Il importe de tempérer cette affirmation : parce que les SAS ne peuvent pas être cotées⁹⁵, elles sont affranchies du diktat du cours de l'action en bourse.

24. Expliciter l'inclusion des sociétés à associé unique. - Comme le fait remarquer Julien COUARD⁹⁶, les entreprises individuelles ou sociétés unipersonnelles dotées de la personnalité juridique ne sont *a priori* pas exclues, ce qui est logique quoiqu'en disent ceux pour qui l'ESS est forcément collectiviste dans ses rapports à la propriété⁹⁷. En effet, pourquoi admettrait-on qu'une microentreprise (bénéficiaire d'un microcrédit par exemple) soit qualifiée d'entreprise sociale et solidaire seulement lorsqu'elle se trouve dans un pays du Sud ?

Même avec un seul associé, ces entreprises peuvent appliquer le principe de gouvernance démocratique par une démarche de concertation des parties prenantes dans le processus de prise de décision. Il faut alors entendre par gouvernance les « *règles rattachées au gouvernement d'entreprise, ensemble faisant référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que le moyen de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus* »⁹⁸.

Par ailleurs, Hélène DURAND, affirme qu'il est aujourd'hui très fréquent pour des demandeurs d'emploi de créer leur propre emploi, non pas par le biais d'une entreprise individuelle, mais *via* une association (avec la complicité d'un ou plusieurs membres fondateurs en prête-nom)

⁹³ LENANCKER, P., ROIRANT, J.-M., *Avis du Conseil économique, social et environnemental - Entreprendre autrement : l'économie sociale et solidaire*, 22 janvier 2013, p. 16-17. En ligne : <<http://www.lecese.fr/travaux-publies/entreprendre-autrement-leconomie-sociale-et-solidaire>> (consulté le 11 mai 2015).

⁹⁴ DELMAS-MARTY, M., *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Seuil, 2013, p. 48.

⁹⁵ C.com., art. L. 227-2.

⁹⁶ COUARD, J., « L'Économie sociale et solidaire enfin consacrée ! Présentation de la loi du 31 juillet 2014 », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 12-17.

⁹⁷ ALIX, N., « Économie sociale et entreprise sociale : quelle cohérence entre le droit et la politique économique dans l'Union européenne ? Réflexions sur les évolutions depuis 1990 », *Recma*, n°327, 2013, p. 88.

⁹⁸ MARTIN, D., PORACCHIA, D., « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés*, 2012, p. 475, §30.

qui n'embaucherait qu'eux et qu'ils pourraient éventuellement diriger, directement ou par personne interposée, de manière désintéressée⁹⁹, afin de continuer à être exonérés d'impôts commerciaux. Évidemment, un tel montage s'expose à une requalification judiciaire en « société de fait » ; mais en attendant, l'ESS abrite déjà bel et bien des entreprises individuelles déguisées en associations.

De plus, les fondations et les fonds de dotation, qui sont des groupements de biens et non de personnes, peuvent être unipersonnels. Dans ce cas, il n'existe pas d'assemblée générale et l'entité est gérée par un conseil d'administration ou un directeur et un conseil de surveillance.

La possession unipersonnelle évite aussi d'avoir à créer des entités avec des organes collégiaux initialement « de complaisance » et qui pourraient finalement voter en faveur de l'éviction de l'unique fondateur véritable, à ses dépens. L'analyse économique du droit tend en outre à démontrer que l'entreprise individuelle serait plus simple à gérer, et par conséquent plus efficace¹⁰⁰.

En pratique, la difficulté à admettre la société unipersonnelle dans le champ de l'ESS provient de ce qu'elle peut être détenue à 100 % par une autre entreprise privée très éloignée des préoccupations de l'ESS (comme c'est le cas, par exemple, de Vinci et Veolia et leurs structures d'insertion à forme de SASU, créées uniquement pour remporter les marchés publics à clause sociale¹⁰¹). Toutefois, la société à deux ou plusieurs associés n'est pas plus à l'abri de ce risque.

25. Inclure certaines entreprises dépourvues de personnalité morale. - Le texte précise que la personnalité morale est un critère déterminant de la qualification d'« entreprises de l'ESS ». Cependant, n'aurait-on pas pu également qualifier d'« entreprises de l'ESS » les initiatives d'individus personnes physiques non immatriculés pour une activité économique occasionnelle (dite « domestique »), parfois en nom propre mais qui sont souvent non déclarées (comme l'économie sans argent axée sur l'échange de biens et de services) ? Oui s'il y a « activité économique » c'est-à-dire répétition d'actes de production et de vente de biens et de prestation de services de même nature dans la durée, ce qui implique en général la réunion

⁹⁹ DURAND, H., « L'Association, un support pertinent ? (2^{nde} partie) », *JA* n°543/2016, 15 juillet 2016, p. 40-43.

¹⁰⁰ MACKAAY, E., ROUSSEAU, S., *Analyse économique du droit*, 2^{ème} édition, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz-Sirey, 2008, p. 477, § 1766.

¹⁰¹ RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », préc., p. 78.

coordonnée des moyens de production matériels ou humains pour accomplir ces actes répétés dans la durée¹⁰².

Ces entreprises peuvent-elles mettre en œuvre le principe de lucrativité limitée et surtout peuvent-elles le prouver sans statuts rédigés ? Oui si elles démontrent que leurs gains sont réinvestis en quasi-totalité dans l'activité économique d'utilité sociale. Quant à leur gouvernance démocratique, elle prendrait la même forme que celle de l'entreprise unipersonnelle.

De même, les groupements de fait, non déclarés et non immatriculés, pourraient aussi être qualifiés d'entreprises de l'ESS s'ils en réunissent tous les critères.

26. Expliciter l'inclusion des sociétés civiles. - En revanche, une interprétation de l'article 1^{er}, paragraphe III de la loi du 31 juillet 2014¹⁰³ dans le sens d'une exclusion des sociétés et groupements civils nous paraîtrait étrange étant donné que les activités non commerciales peuvent tout à fait être poursuivies dans l'ESS (par les coopératives, par exemple). Nous ne comprendrions pas pourquoi les coopératives de sociétés civiles professionnelles¹⁰⁴ ou de géomètres-experts¹⁰⁵ seraient admises dans l'ESS, tandis que leurs membres en seraient exclus à titre individuel à cause de la nature civile de leur activité à titre habituel.

27. Inclure les comités sociaux économiques d'entreprise. - Il faudrait notamment expressément intégrer le comité d'entreprise (30.000 comités d'entreprise en 2006, qui deviendront tous des « comités sociaux économiques » d'ici le 31 décembre 2019¹⁰⁶) pour ses activités autres que le contrôle économique de l'entreprise qui l'accueille¹⁰⁷. Il poursuit en effet des activités autonomes (même s'il est financé presque exclusivement par son hôte¹⁰⁸, ce dernier

¹⁰² Cass. com. 2 mai 1972, n°71-11.216, Bull., n°128, p. 130.

¹⁰³ Cf. annexe unique.

¹⁰⁴ L. n°66-879 du 29 novembre 1966, art. 37.

¹⁰⁵ L. n°46-942 du 7 mai 1946, art. 6-1.

¹⁰⁶ C.trav., art. L. 2311-1 et s., modifiés par l'art. 1^{er} de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; art. 6 du décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique.

¹⁰⁷ LAMARCHE, Th., *Le comité d'entreprise : une entreprise de l'économie sociale*, Lyon, Juris service, 1996.

¹⁰⁸ Le nouvel article L. 2315-61 du Code du travail, remplaçant l'article L. 2325-43, abrogé, augmente le montant de la subvention de fonctionnement dans les entreprises de plus de 2 000 salariés :

« L'employeur verse au comité social et économique une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalent à :

1° 0,20 % de la masse salariale brute dans les entreprises de cinquante à deux mille salariés ;

ne participant pas aux décisions de gestion du comité d'entreprise) de vente de biens (tarifs préférentiels sur les catalogues de Noël, Saint Valentin, Fête des mères, etc.) et de services sociaux (restaurant d'entreprise, aides financières aux salariés en difficulté, logement, chèques emplois-services universels...) et culturels (médiathèque, tarifs préférentiels pour les activités de loisirs individuelles ou familiales...). Les prestations des comités d'entreprise sont d'ailleurs comparables à celles des associations socio-culturelles Léo Lagrange¹⁰⁹. Ces activités économiques d'utilité sociale sont poursuivies sans but lucratif et suivant un mode de gouvernance démocratique détaillé par les articles L. 2314-1 et suivants du Code du travail. Par conséquent, le comité d'entreprise relève bien de l'ESS selon nous.

Mais une telle inclusion serait sans doute une dévalorisation malvenue de son rôle historique de contrôleur de l'entreprise hôte¹¹⁰, déjà remis en cause lorsque l'hôte se montre très généreux dans son soutien financier au comité d'entreprise (on se souvient que le groupe Air France, par exemple, avait été accusé par le magazine *Challenges* d'acheter ainsi la paix sociale « pendant des années » jusqu'en 2010¹¹¹).

2° 0,22 % de la masse salariale brute dans les entreprises de plus de deux mille salariés. Ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,22 % de la masse salariale brute [...] ».

¹⁰⁹ Le nouvel article R. 2312-35 du Code du travail reprend les dispositions de l'ancien article R. 2323-20 du Code du Travail, abrogé :

« Les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou anciens salariés de l'entreprise et de leur famille comprennent :

1° Des institutions sociales de prévoyance et d'entraide, telles que les institutions de retraites et les sociétés de secours mutuels ;

2° Les activités sociales et culturelles tendant à l'amélioration des conditions de bien-être, telles que les cantines, les coopératives de consommation, les logements, les jardins familiaux, les crèches, les colonies de vacances ;

3° Les activités sociales et culturelles ayant pour objet l'utilisation des loisirs et l'organisation sportive ;

4° Les institutions d'ordre professionnel ou éducatif attachées à l'entreprise ou dépendant d'elle, telles que les centres d'apprentissage et de formation professionnelle, les bibliothèques, les cercles d'études, les cours de culture générale ;

5° Les services sociaux chargés :

a) De veiller au bien-être du salarié dans l'entreprise, de faciliter son adaptation à son travail et de collaborer avec le service de santé au travail de l'entreprise ;

b) De coordonner et de promouvoir les réalisations sociales décidées par le comité social et économique et par l'employeur ;

6° Le service de santé au travail institué dans l'entreprise ».

¹¹⁰ NAHAPETIAN, N., « Les Comités d'entreprise, entre contre-pouvoir et activités sociales », *Alternatives économiques* n°248 - juin 2006. En ligne : <http://www.alternatives-economiques.fr/page.php?controller=article&action=htmlimpression&id_article=23481&id_parution=201> (consulté le 29 octobre 2016).

¹¹¹ DELL'ORO, J.-L., « La Vérité cachée sur les déboires du CCE d'Air France », 16 janvier 2013. En ligne : <<http://www.challenges.fr/entreprise/20130116.CHA5135/la-verite-cachee-sur-les-deboires-du-cce-d-air-france.html?xtor=RSS-16>> (consulté le 29 octobre 2016).

28. Maintenir l'exclusion des syndicats. - En revanche, et à défaut d'activité économique, les syndicats ne peuvent être qualifiés d'entreprises de l'ESS bien qu'il ne s'agisse que d'une forme spéciale d'association, d'utilité sociale indéniable relevant du régime de la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884, dérogeant à la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. En effet, la défense des intérêts de l'ensemble des salariés (y compris les salariés non syndiqués) ne saurait être regardée comme une activité économique.

29. Inclure expressément les fonds de dotation. - Il est étonnant que les fonds de dotation, groupements civils créés en 2008, ne figurent pas parmi les statuts d'ESS *per se*¹¹². Pour le praticien Stéphane COUCHOUX et pour les auteurs de la revue *Jurisassociations*¹¹³, le fonds de dotation n'est qu'une catégorie de fondation¹¹⁴. Néanmoins l'absence des fonds de dotation de la liste des formes juridiques sociales et solidaires *per se* s'explique peut-être par leur caractère récent donc « non historique », ou par le fait qu'ils peuvent être dépourvus de centre autonome de décision lorsqu'ils n'ont qu'un seul membre fondateur. Toutefois ce dernier argument aurait dû conduire à exclure également les fondations d'entreprise.

Section 2. La performance financière des entreprises de l'ESS

30. La performance financière, qualité recherchée dans l'objet de cette thèse. Plan. - Il convient maintenant de décrire la qualité première recherchée dans les entreprises de l'ESS : la performance financière, qui n'est pas une notion juridique (I).

En effet, pour résumer la démarche scientifique de cette thèse (II), il a fallu assumer sa pluridisciplinarité en empruntant ce concept aux sciences de gestion, formant elles-mêmes une sorte de « métadiscipline » au croisement notamment de la comptabilité, de la finance, du droit de l'entreprise, de l'économie d'entreprise, de la gestion des ressources humaines et des systèmes d'information et de communication. Alain SUPIOT en parle même comme d'une « *science totale de l'entreprise, que faute de mieux on appelle science de la gestion, et qui mêle*

¹¹² Art. 1^{er}, II-1^o.

¹¹³ Dossier « Fonds et fondations : portrait de famille », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 15-35.

¹¹⁴ COUCHOUX, S., « Une fondation sur deux est un fonds de dotation ! », 26 avril 2017. En ligne : <<http://www.optionfinance.fr/droit-affaires/la-lettre-doption-droit-affaires/la-lettre-du-26-avril-2017/une-fondation-sur-deux-est-un-fonds-de-dotation.html>> (consulté le 28 avril 2017).

aux techniques comptables et financières des emprunts à presque toutes les sciences sociales [...]»¹¹⁵.

I. L'apport de la terminologie issue des sciences de gestion

Plan. - Quels sont les apports des sciences de gestion ? D'abord, elles sont tout entières tournées vers la performance des « organisations » (c'est-à-dire les entreprises, les organismes privés sans but lucratif ainsi que les organisations publiques non lucratives) : elles se définissent comme la « science des décisions stratégiques et tactiques dans les organisations permettant de déterminer la combinaison la plus satisfaisante en termes de rendement et de productivité des moyens matériels et de la ressource humaine dans les organisations »¹¹⁶. Ensuite, les sciences de gestion offrent une distinction éclairante des notions de « performance », d'« efficacité » d'« efficience » et de « productivité » (1). Enfin, elles contraignent à se positionner clairement sur le champ économique, financier ou social (2).

1. Performance, efficacité, efficience et productivité en sciences de gestion et en légistique

31. Distinction entre la performance et des notions voisines en sciences de gestion et en légistique. - Dans le langage courant, les termes « performance », « efficacité », « efficience » et « productivité » sont utilisés comme des synonymes. Il en va autrement en sciences de gestion¹¹⁷.

32. Distinction entre efficacité et effectivité. - On parle d'efficacité lorsque les objectifs fixés sont atteints. Transposée au droit, cette définition implique qu'« une réponse correcte à la question “ce dispositif (juridique) est-il efficace ?” est de la forme “le dispositif a atteint son but/n'a pas atteint son but ou a atteint son but partiellement”¹¹⁸. L'efficacité (en anglais,

¹¹⁵ SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2015, p. 252.

¹¹⁶ « Gestion » in MARTINET, A-C., SILEM A. (Dir.), *Lexique de gestion et de management*, Paris, Dunod, coll. Lexiques et dico, 2008, p. 307.

¹¹⁷ MARCHESNAY, M., *Économie d'entreprise*, Paris, Eyrolles, 1991, p. 38.

COMITE D'AIDE POUR LE DEVELOPPEMENT, *Glossaire des principaux termes relatifs à l'évaluation et la gestion axées sur les résultats*, OCDE. En ligne : <<http://www.oecd.org/dac/evaluation/dcdndep/45810943.pdf>> (consulté le 20 octobre 2016).

¹¹⁸ SIBONY, A-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in FATIN-ROUGE STEFANINI, M., GAY, L., VIDAL-NAQUET, A., *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p. 62.

effectiveness – faux ami), est souvent confondue avec l'effectivité (en anglais, *efficacy* – faux ami), c'est-à-dire la simple application du droit, produisant aussi bien les effets escomptés que des effets « pervers »¹¹⁹ au sens où l'entend le sociologue Raymond BOUDON.¹²⁰

33. L'efficience. - L'efficience désigne la capacité à atteindre les objectifs fixés en mettant en œuvre le minimum de moyens (matériels, immatériels, financiers, humains) et en déployant le minimum d'efforts. Ainsi, en droit, « *Un dispositif efficient est celui qui atteint le résultat souhaité au moindre coût* »¹²¹.

34. La productivité. - La productivité correspond au rapport entre les moyens de production et la production dans son aspect quantitatif uniquement.

35. Le sens premier de la performance. - La performance est l'aptitude à obtenir de meilleurs résultats que l'objectif fixé initialement, en fournissant un minimum d'efforts. Nous l'avons dit, c'est la question centrale et omniprésente en sciences de gestion. Plus les dispositifs d'un État seront performants en matière de droit de l'entreprise, plus son système juridique sera « compétitif ». En effet, à partir de la démarche du rapport annuel *Doing Business*, la compétitivité du droit se définit comme l'attractivité économique d'un État en raison de son système juridique, considéré comme étant favorable à l'implantation d'établissements par les entrepreneurs.

36. La performance du droit, un levier de la performance des entreprises. - De ce parallèle entre les sciences de gestion et la légistique, c'est-à-dire l'« ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs lois, ordonnances, décrets, arrêtés »¹²², nous retiendrons que la performance d'une organisation dépend – au moins en partie – de la performance des normes juridiques qui la régissent. Pour pouvoir être un levier de performance (financière) de l'ESS, le droit des sociétés et des groupements doit lui-même être performant : les entreprises de l'ESS pourront produire des résultats optima si, dans les domaines du droit qui leur est applicable, et notamment en droit des sociétés et des groupements, en droit fiscal, en droit financier, le législateur s'astreint à une

¹¹⁹ LEROY, Y., « La Notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 3/2011, (n°79), p. 715-732.

¹²⁰ BOUDON, R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1977.

¹²¹ SIBONY, A-L., préc.

¹²² LEGIFRANCE, *Guide de légistique / Droit français*. En ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>> (consulté le 6 juillet 2015).

production normative concise et efficace, sans possibilité de contournement ou de perversion, et s'il exige une mobilisation minimale de moyens et d'efforts pour la réalisation de ses objectifs. En substance, telle doit être l'ambition qualitative de tout « choc de simplification du droit », de manière générale.

37. Les critères de performance de la règle de droit. - La performance des règles de droit s'apprécie au regard de critères internes (substantiels) ou externes (formels).

38. Critères internes. - D'un point de vue interne, la règle doit être complète, précise, non équivoque (elle ne doit pas nécessiter d'interprétation) et enfin conforme aux normes de rang supérieur ou de même rang dans la hiérarchie des normes, sauf si l'un des principes suivants trouve à s'appliquer¹²³ : *specialia generalibus derogant* (le spécial déroge au général) et *lex posterior derogat priori* (la loi postérieure abolit la loi précédente).

39. Critères externes. - D'un point de vue externe, la règle doit être originale (c'est-à-dire elle ne peut être confondue avec une autre règle, ce qui exclut les redondances), insérée dans un corpus cohérent de règles à l'architecture claire, avec des intitulés exacts, être matériellement accessible c'est-à-dire publiée, applicable dans les délais initialement impartis (ce point concerne les règles appelant une transposition ou un ou plusieurs décrets d'application).

2. La performance financière dans l'ESS

40. L'altération de la notion de performance dans la pratique des entreprises. - En pratique, la performance d'une organisation se conçoit le plus souvent soit par rapport à ses objectifs (efficacité), soit par rapport à ses moyens (productivité). Au vu des outils d'évaluation de la performance économique, sociale et financière disponibles en économie et gestion, il est préférable de définir la performance comme le « *degré d'accomplissement des buts, des objectifs, des plans ou des programmes que s'est donnés une organisation* »¹²⁴, ce qui reviendrait à confondre performance et efficacité, ou au mieux performance et efficience.

¹²³ BERGEL, J.-L., *préc.*, p. 189 et s.

¹²⁴ « Performance » in MARTINET, A-C., SILEM, A. (Dir.), *préc.*, p. 454.

41. La performance économique. - Ainsi, dans son calcul le plus commun, c'est-à-dire le taux de croissance du chiffre d'affaires, la performance économique fait abstraction des notions d'effort et d'objectif. On ne peut retracer que l'évolution du résultat sur une période donnée.

Pour les organisations de production (secteurs primaire et secondaire), on exprime la performance économique par un volume : la production de l'exercice, qui est la somme de la production vendue, de la production stockée et de la production immobilisée.

Pour les organisations relevant du secteur tertiaire, et ayant ainsi pour activité principale la vente ou la distribution de biens et de prestations de services, la performance économique se mesure au moyen de la marge commerciale, c'est-à-dire de la différence entre le prix de vente des marchandises et le coût d'achat des marchandises vendues.

42. La performance commerciale. - La performance économique ne doit pas être confondue avec la performance commerciale de tout type d'organisations, consistant dans la capacité de l'organisation à satisfaire ses usagers ou clients, sans trancher la question de savoir si cette satisfaction est une fin ou un moyen. Ici, on aura recours à des indicateurs mesurant la fidélité, l'attraction, ou à une évaluation *via* une enquête de satisfaction avec des items qualitatifs.

43. La performance sociale. - La performance sociale se définit comme un niveau de satisfaction atteint par les individus participant à la vie de l'organisation. Ici, inévitablement, l'approche est majoritairement qualitative : on aura alors plutôt recours à des enquêtes de satisfaction. On retracera éventuellement l'évolution d'indicateurs objectifs et chiffrés tels que le degré d'importance des conflits sociaux et des crises sociales (grèves, arrêts de travail consécutifs à un accident du travail ou à une maladie d'origine professionnelle, *turnover*...), ou au contraire le taux de croissance des emplois à durée indéterminée et à temps plein, le taux de croissance de la rémunération, celui de la prime de performance, du budget alloué à la formation, etc., comme c'est le cas dans le bilan social créé par la loi 77-769 du 12 juillet 1977¹²⁵, obligatoire dans les entreprises de plus de 300 salariés. Nous souscrivons cependant à cette affirmation de Gérard LESSEUL, responsable des relations institutionnelles au Crédit

¹²⁵ C.trav., art. L. 2323-68 et s.

Mutuel : « nous connaissons des entreprises où les “indicateurs sociaux chiffrés” sont bons, mais où les relations sont détestables »¹²⁶.

44. La performance financière. - S’agissant de la performance financière, tout ce que l’on parvient à calculer, c’est le rapport entre les résultats obtenus et les moyens ou efforts déployés. On est donc exclusivement dans une recherche d’efficience. Dans les sociétés commerciales, les performances économique et financière sont présentées chaque année à l’assemblée générale ou à l’associé unique par le conseil d’administration, le directoire ou les gérants dans le rapport de gestion. Il convient de préciser cependant qu’en vertu de l’article 55-V de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d’une société de confiance, les sociétés commerciales – et plus seulement les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitées (EURL) et les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU) dont l’associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance ou la présidence – qui constituent de petites entreprises au sens de l’article L. 123-16 du Code de commerce n’ont plus l’obligation d’établir un rapport de gestion¹²⁷. Par « petites entreprises », il faut entendre celles qui au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle ne dépassent pas, pendant deux exercices consécutifs, deux des trois seuils suivants : un total de bilan de 4 millions d’euros, un chiffre d’affaires hors taxes total de 8 millions d’euros ; un nombre moyen de 50 salariés¹²⁸.

Dans la mesure classique de la performance financière, les objectifs initiaux sont perdus de vue ; par conséquent, la performance financière se trouve décorrélée de la stratégie globale. On le voit dans les formules de calcul des indicateurs comme le *return on equity*, (ROE) ou « rendement des capitaux propres », le *return on assets* (ROA) ou « rendement de l’actif net », le *return on capital employed* (ROCE) ou « rendement du capital investi », ou encore le *price earning ratio* (PER) ou « ratio cours/bénéfices » : il s’agit toujours de rendre compte de la rentabilité, ce ratio entre des indicateurs de résultats et le montant des ressources mises en œuvre (c’est-à-dire les sommes investies). La seule alternative à cette approche semble être de

¹²⁶ LESEUL, G., « Évaluations, reporting et pratiques de reddition », in BAYLE, E., DUPUIS, J.-Cl. (Dir.), *Management des entreprises de l’économie sociale et solidaire : identités plurielles et spécificités*, Bruxelles, De Boeck, Méthodes & Recherches management, 2012, p. 219.

¹²⁷ C.com., art. L. 232-1.

¹²⁸ Décret n° 2014-136 du 17 février 2014 fixant les seuils prévus aux articles L. 123-16 et L. 123-16-1 du code de commerce, art. 1^{er}.

rendre compte de l'évolution du résultat financier ou de la capacité d'autofinancement sur une période donnée.

45. La singularité de l'appréciation de la performance financière s'agissant d'activités économiques d'utilité sociale. - La recherche de performance financière des entreprises de l'ESS par le biais du droit des sociétés et des groupements, du droit fiscal et du droit financier ne doit pas altérer l'essence de l'ESS. L'appréciation de cette performance financière ne doit pas se faire du point de vue d'une partie prenante plutôt que d'une autre (par exemple du point de vue des seuls membres ou associés, en négligeant les salariés, donateurs, investisseurs, usagers, et l'entreprise elle-même), mais doit seulement être regardée comme un moyen de pérenniser une activité utile pour le plus grand nombre. Ainsi, la définition retenue ne peut se limiter à un rapport entre le résultat et une catégorie de moyens (effectifs ou capitaux propres), pour conduire *in fine* à un arbitrage classique de la répartition du résultat entre salaires, dividendes, réserves ou baisse des prix.

II. Posture et méthode de recherche d'un écosystème financier adéquat

46. Corrélation entre efficacité économique, utilité sociale et performance financière. **Plan.** - En plus de clarifier notre problématique, le détour par les sciences de gestion présente l'avantage non négligeable de mettre en regard l'utilité sociale (1) et la performance financière (2), sans nécessairement les opposer, et même de permettre au juriste de bâtir des ponts entre ces deux concepts.

1. La prévalence de l'utilité sociale sur la performance financière dans la posture de recherche

47. La performance financière, une préoccupation du terrain. - Nous l'avons dit plus tôt dans cette introduction : la performance financière des entreprises de l'ESS est une question pratique, imposée par les évolutions postmodernes de notre société, et soulevée par les acteurs de l'ESS en demande d'accompagnement stratégique juridique, fiscal, comptable, et en ressources humaines. Ce qui est demandé au juriste en droit de l'ESS, bénévole ou non, c'est de concevoir *la* structure ou de proposer *la* révision statutaire qui facilitera la réception, la capitalisation ou encore la distribution des ressources financières, pour un objet social donné.

Aux États-Unis par exemple, un sondage réalisé en 2007 a révélé que 71 % des entrepreneurs sociaux considèrent que le choix de la forme juridique est l'unique grand défi pour leur entreprise¹²⁹. La question de la performance ne se pose pas en des termes politiques et idéologiques ; c'est une quête pragmatique de leviers existants ou à créer, pour la survie ou le développement de l'entreprise.

48. Les étapes naturelles de la formation d'une personne morale de droit privé relevant de l'ESS, centrée sur l'objet d'utilité sociale. - Un tel questionnement est-il pertinent, *a fortiori* dans l'ESS ? Traditionnellement, les juristes procèdent par élimination. On oriente d'abord le choix de la forme juridique en fonction de la finalité lucrative ou non lucrative de l'objet social¹³⁰ avec toutes ses implications fiscales, puis en fonction de la vision de la gouvernance du ou des membres fondateurs. On décide alors de la répartition du pouvoir et des responsabilités la plus appropriée, source potentielle d'utilité sociale organisationnelle : gouvernance démocratique, démocratie participative directe ou indirecte¹³¹, place des minorités parmi les dirigeants, processus de décision inclusif, limitation du renouvellement des mandats sociaux, limitation des risques de conflits d'intérêts, composition d'un organe collégial de gestion des affaires courantes, vote, charte de bonnes pratiques, délégations de pouvoir et management stratégique et opérationnel...

L'utilité sociale peut elle-même être source de performance financière, par un effet mobilisateur sur les parties prenantes qui s'engagent davantage, s'obligeant spontanément à donner mais aussi à faire (sans nier la nécessité d'activités de l'ESS gratuites du fait de l'insolvabilité de la demande), ou par coïncidence entre, d'une part, l'utilité sociale et, d'autre part, l'intérêt général

¹²⁹ ESPOSITO, R., "The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation", 2013, 4-2, *William & Mary Business Law Review*, p. 644. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2134022> (consulté le 20 octobre 2016).

¹³⁰ Comme le point de départ du projet d'entreprise de l'ESS est la recherche d'une activité (futur objet social) d'utilité sociale pour une population sur un territoire donné, l'ESS est préservée du phénomène de *law shopping* (i.e. choix du système juridique dans lequel les charges fiscales et sociales seront les plus faibles) : les entrepreneurs sociaux ne raisonnent pas en terme d'attractivité du droit pour choisir le lieu d'implantation de leur entreprise de l'ESS.

¹³¹ C'est-à-dire par le biais de représentants, appelés « noyau porteur » par la Coopérative locale et appui aux initiatives dans l'économie sociale et solidaire (CLAIE) – cf. CLAIE, « La Gouvernance participative : pourquoi pas nous ? Guide pratique à l'usage de toute structure — sans pré-requis. Pour une meilleure implication des acteurs au sein d'un projet », 2013, p. 15. En ligne : <http://www.claie06.org/getfile.php?fi_id=COM17bbba00e913b768d94a67711e2bfa820> (consulté le 11 mai 2015).

et les régimes d'agrément (malgré la réduction des subsides publics qu'il s'agit justement de compenser à travers ces travaux de thèse)¹³².

Il importe à ce titre de garder à l'esprit que l'utilité sociale est susceptible de dépasser les intérêts des seuls membres¹³³. Il peut s'agir par exemple d'une activité de défense d'intérêts sociaux ou de droits fondamentaux à titre universel (tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966), ce qui exclut toute comparaison avec l'utilitarisme du philosophe du droit Jeremy BENTHAM, pour qui le bonheur commun (c'est -à-dire la maximisation du plaisir et la minimalisation de la peine pour le plus grand nombre d'individus), qui doit être l'objectif poursuivi par le législateur, est la somme du bonheur individuel de chacun (en terme d'abondance, de subsistance, d'égalité et de sécurité) et qui ne se préoccupait par conséquent que de ce dernier. Du reste, on parle d'utilitarisme alors qu'il s'agit d'hédonisme et de sensualisme car pour Jeremy BENTHAM, utilité et plaisir se confondent¹³⁴.

Ainsi le juriste de l'ESS évoluera-t-il à contre-courant de l'« analyse économique du droit », définie par Cécile PÉRÈS comme « *le courant de pensée, qui prend son envol au début des années 1960 avec les travaux de Guido CALABRESI puis de Richard POSNER, qui repose sur l'idée générale que l'ensemble des règles de droit sont ou doivent être orientées vers la maximisation des satisfactions individuelles et la recherche des solutions économiques les plus efficaces, l'homme étant un être rationnel qui cherche à effectuer le choix optimal dans une situation de contraintes données et qui accroît ainsi, par son calcul, l'intérêt de la société* »¹³⁵. Dans son ouvrage *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (curieusement traduit en français par *Nudge : La méthode douce pour inspirer la bonne décision*), paru en 2008 et co-écrit avec le juriste américain Cass SUSTEIN, Richard THALER, économiste américain et théoricien de la finance comportementale, prix Nobel d'économie

¹³² SIBILLE, H., « Il n'y a pas de bon statut, mais des statuts adaptés à un projet ! », *JA* n°581/2018, 15 juin 2018, p. 16-17.

¹³³ BLOCH-LAINE, F., préc., p. 90.

¹³⁴ Jeremy BENTHAM écrivit : « *Par le terme "utilité" on désigne la faculté que possède chaque chose de produire un bénéfice, un avantage, un plaisir, un bien, ou du bonheur (tous ces mots reviennent présentement au même), ou (ce qui est la même chose) d'éviter un dommage, une souffrance, un mal, ou un chagrin à la partie dont l'intérêt est en jeu ; s'il s'agit de la communauté en général, alors il s'agit du bonheur de la communauté ; s'il s'agit d'un individu particulier, alors il s'agit du bonheur de cet individu* » - BENTHAM, J., « Chapitre 1 - Du principe d'utilité », §3, in *Introduction aux principes de morale et de législation*, 1789).

¹³⁵ BOLLEE, S., LAITHIER, Y.-M., PERES, C. (Dir.), *L'Efficacité économique en droit*, coll. Études juridiques, n°33, Paris, Economica, 2010, p. 3.

2017, a proposé une adaptation de ce postulat : par le biais des normes sociales et des réflexes naturels qui tendent vers la satisfaction individuelle et sans recourir à la contrainte, il serait possible d'orienter les individus vers le bien de tous en termes d'écologie, de santé et d'éducation, notamment¹³⁶. L'utilité sociale serait alors un incident de la maximisation des satisfactions individuelles.

Dans notre approche de l'utilité sociale, c'est la dénaturation de l'ESS par une approche individuelle-égoïste, utilitariste-ploutocratique qui est rejetée. Ici, le seul point commun de l'utilité sociale avec l'utilitarisme libéral, c'est le conséquentialisme : il importe d'évaluer sans cesse la qualité des règles statutaires et organisationnelles par rapport à leurs effets. Cette démarche, que l'économiste et sociologue du début du XX^{ème} siècle Max WEBER appelle « l'éthique de responsabilité », est d'ailleurs source d'innovation sociale au sens de l'article 15-I de la loi du 31 juillet 2014¹³⁷. L'éthique de responsabilité commande à tout entrepreneur de s'assurer, autant que faire se peut, de la viabilité de son projet d'entreprise. Cependant, en toute hypothèse, l'utile demeurera le serviteur du juste, en ce que la règle d'action, c'est-à-dire la décision de créer une entreprise de l'ESS, se fonde sur une « éthique de conviction » wébérienne. En effet, la décision d'agir elle-même découle d'un devoir moral de satisfaire un besoin social constaté. Cette satisfaction étant un idéaltype wébérien, c'est-à-dire « *un concept*

¹³⁶ L'idée est d'inciter les individus à prendre de bonnes décisions en modifiant l'« architecture du choix », c'est-à-dire en modifiant le contexte dans lequel les décisions sont prises, au moyen de *nudges* (traduits soit par « coups de pouce », soit par « coups de coude ») qui ne sont ni des incitations financières expresses (la carotte) ni des contraintes (le bâton) et qui présentent l'avantage d'être gratuits ou quasi-gratuits. Cette méthode douce se revendique d'un « paternalisme libertaire » ou « soft paternalisme » : il se veut respectueux de la liberté d'autrui, tout en partant du présupposé selon lequel les individus ne sont généralement pas capables de prendre de bonnes décisions par eux-mêmes pour améliorer leur qualité de vie, à cause d'un déficit d'attention, d'aptitudes cognitives limitées, d'informations incomplètes ou d'une carence de maîtrise de soi – SUNSTEIN, C. R., THALER, R. H., *Nudge : La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, coll. Pocket, 2010, p. 20-39). Une politique publique paternaliste libertaire mettant en œuvre des *nudges* se trouverait donc sur une troisième voie entre libéralisme et interventionnisme. On citera quelques exemples de nudges : en matière de protection de l'environnement, SUNSTEIN et THALER ont évoqué le quota de pollution en-dessous duquel les sujets de droit (notamment des sociétés) peuvent vendre leur droit d'émission de dioxyde de carbone à d'autres sujets. En matière de santé publique, l'on pense aussi au paquet de cigarette neutre, avec des photographies des ravages du tabac pour lutter contre le tabagisme, ou encore aux cages d'escaliers avec une mention du nombre de kcal brûlées pour lutter contre le surpoids et l'obésité.

¹³⁷ « I. - Est considéré comme relevant de l'innovation sociale le projet d'une ou de plusieurs entreprises consistant à offrir des produits ou des services présentant l'une des caractéristiques suivantes :

1° Soit répondre à des besoins sociaux non ou mal satisfaits, que ce soit dans les conditions actuelles du marché ou dans le cadre des politiques publiques ;

2° Soit répondre à des besoins sociaux par une forme innovante d'entreprise, par un processus innovant de production de biens ou de services ou encore par un mode innovant d'organisation du travail. Les procédures de consultation et d'élaboration des projets socialement innovants auxquelles sont associés les bénéficiaires concernés par ce type de projet ainsi que les modalités de financement de tels projets relèvent également de l'innovation sociale ».

limite purement idéal auquel on mesure la réalité, pour clarifier le contenu empirique de certains de ses éléments importants, et avec lequel on la compare »¹³⁸, nous pourrions la qualifier de *leitmotiv*, voire d'« esprit de l'ESS ». Cette éthique de conviction commande à tout entrepreneur social de poursuivre un but d'utilité sociale.

49. La place seconde de la performance financière dans la structuration de la personne morale dans le champ de l'ESS. - Ce n'est que dans un second temps que le juriste affine, conformément aux recommandations des services comptable et financier, de l'expert-comptable ou du groupement de prévention agréé, la construction de l'entité juridique en vue d'une optimisation financière, se traduisant d'abord par une recherche d'augmentation du résultat courant avant impôts (fixation du montant des adhésions et cotisations, avantage concurrentiel pour les membres, stabilité et augmentation des actifs et de l'épargne salariale, « mobilisation des générosités » c'est-à-dire des dons et du bénévolat¹³⁹, mobilisation des subventions, politique d'investissement, allègements fiscaux et sociaux), puis par des règles de répartition des richesses entre autofinancement et redistribution, sujette elle aussi à une utilité sociale organisationnelle (libération des dividendes, affectation du résultat vers les réserves, fixation de la grille des salaires et des règles d'évolution des salariés), et enfin par des règles d'endettement (prêts aidés, cautionnement public).

Les guides pratiques pour la création d'entreprises de l'ESS abondent dans ce sens¹⁴⁰ : il semble objectivement impossible d'inverser les deux temps majeurs de la création d'entreprise de l'ESS sans travestir l'objet d'utilité sociale. Cela conduirait en effet à rechercher les statuts les plus « optimisables » possibles, c'est-à-dire soumis au minimum de normes impératives en matière de captation, de conservation, de capitalisation et de distribution des ressources financières, pour y enchâsser subsidiairement un objet socialement responsable ou utile.

¹³⁸ WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992, p. 175-176.

Plus loin, nous démontrerons que la coopérative est l'idéaltype du législateur français lorsqu'il définit l'entreprise de l'ESS – cf. *infra* n°124 et 142.

¹³⁹ BLOCH-LAINE, F., *préc.*, p. 91.

¹⁴⁰ AVISE, « Choisir la forme juridique adaptée à son projet ». En ligne : <<http://www.avise.org/ressources/kit-choisir-la-forme-juridique-adaptée-a-son-projet>> (consulté le 17 décembre 2016).

BARTHELEMY, A., KELLER, S., SLITINE, R., *Stratégie et financement des entreprises sociales et solidaires : le grand livre*, Paris, Rue de l'échiquier, 2014.

CHIBANI-JACQUOT Ph., LESCUYER Th., *Guide de l'entrepreneur social*, Paris, Rue de l'échiquier, 2013.

COLOMBIE P., PILLET E., *Guide pratique. Entreprise sociale et solidaire : créer, gérer et développer une structure*, Paris, Eyrolles, Éditions d'Organisation et Les Échos éd., 2011.

50. La performance financière, ressource vitale de l'impact sociétal. – Aussi utiles soient-elles socialement, les entreprises de l'ESS ne dérogent pas à la règle qu'Élie ALFANDARI a dégagé de son observation de la société civile dans son ensemble : le social se préoccupe de la répartition des richesses et, ce faisant, n'est pas indifférent à la maximisation des profits¹⁴¹. Autrement dit, la recherche d'impact social s'accompagne d'une quête de profits, même dans les organisations sans but lucratif. On parlera alors plus volontiers « d'excédents » d'exploitation ou de gestion.

En attendant une définition légale de la notion d'impact social, nous retiendrons celle que propose le Conseil supérieur de l'ESS (CSESS) : « *L'impact social consiste en l'ensemble des conséquences (évolutions, inflexions, changements, ruptures) des activités d'une organisation tant sur ses parties prenantes externes (bénéficiaires, usagers, clients) directes ou indirectes de son territoire et internes (salariés, bénévoles, volontaires), que sur la société en général.*

Dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, il est issu de la capacité de l'organisation (ou d'un groupe d'organisations) à anticiper des besoins pas ou mal satisfaits et à y répondre, via ses missions de prévention, réparation ou compensation. Il se traduit en termes de bien-être individuel, de comportements, de capacités, de pratiques sectorielles, d'innovations sociales ou de décisions publiques »¹⁴².

51. Une posture de recherche de performance financière qui reste en aval du choix, par les membres, de l'objet social, de la finalité lucrative ou non, de la forme juridique et du mode de gouvernance. - Cette thèse respectera l'ordre naturel de la démarche d'entrepreneuriat dans l'ESS : la poursuite d'une activité d'utilité sociale avec le plus grand impact possible reste la préoccupation centrale et principale, et la performance financière, bien que vitale, est reléguée au second plan. De ce fait, au contraire du capitalisme, la performance financière n'est plus recherchée pour elle-même dans l'ESS ; l'enrichissement n'est plus une fin en soi : il est un moyen au service d'un idéal de justice sociale.

¹⁴¹ ALFANDARI, É., « Le Droit au sein des rapports entre l'économie et le social », in COUV RAT P. (Dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 31.

¹⁴² CLAVERIE, C., SIBIEUDE, T., *La mesure de l'impact social : Après le temps des discours, voici venu le temps de l'action*. Rapport du 8 décembre 2011, Groupe de travail du CSESS sur la mesure de l'impact social, p. 8. En ligne : http://www.avise.org/sites/default/files/atoms/files/20140204/201112_CSESS_Rapport_ImpactSocial.pdf (consulté le 5 mai 2017).

Par ailleurs, cette thèse ne promeut aucune forme juridique en particulier. Elle s'efforce d'optimiser la performance financière de toutes les entreprises françaises de l'ESS quelle que soit leur forme juridique.

52. Une recherche de performance financière intrinsèque, s'autorisant une réversibilité de la finalité mais sans recours à l'ingénierie sociétaire. - Tout au plus s'interrogera-t-on par la suite sur la flexibilité du régime juridique choisi, c'est-à-dire sur la réversibilité du choix opéré, et donc sur la faculté du groupement à s'adapter aux évolutions des projets de ses membres, voire à adopter les caractéristiques du groupement antithétique, sans « transformation » *stricto sensu* et sans créer une seconde personne morale.

2. Les outils interdisciplinaires mobilisés et la méthode pour rechercher la performance financière

53. Une démarche de recherche mobilisant le droit comparé et l'interdisciplinarité. - L'objectif est de trouver le moyen de pérenniser les entreprises de l'ESS, en intégrant les apports des droits nationaux étrangers ainsi que les résultats de recherche des autres sciences, et en particulier le droit public et les sciences de gestion.

54. Le droit, limite et catalyseur de la recherche de performance financière des entreprises de l'ESS. Dans cette perspective, le droit est à la fois la limite et le catalyseur de cette recherche de performance financière : limite, par l'ensemble de normes impératives garantes d'un ordre public propre à chaque groupement ; catalyseur par l'optimisation et l'ouverture vers de nouvelles possibilités.

55. Annonce du plan. - Une méthode convenable serait alors, au préalable, de reconstituer l'offre de statuts et leur régime juridique en dépit d'une législation en millefeuille et de régimes juridiques en îlots (fruits de l'Histoire), puis de s'atteler à définir très précisément ce à quoi on ne peut déroger en droit français (Partie I) avant d'explorer les modulations possibles en matière de ressources financières (Partie II), avec l'éclairage des expériences étrangères, en distinguant à chaque fois, d'une part, le sort des entités historiques de l'ESS et celui des hybridations récentes et, d'autre part, le régime des organismes sans but lucratif et celui des organismes à

lucrativité limitée. En découlera une critique ordonnée de l'accès aux ressources financières selon qu'elles sont destinées aux organisations sans but lucratif ou aux sociétés, qu'elles soient libérales ou avec une contrepartie, qu'elles soient le produit d'un investissement ou qu'elles proviennent d'une des parties prenantes.

Sur un plan macroéconomique, les réformes qui seront suggérées dans cette thèse ne pourront être expérimentées, puisque cela nécessiterait l'adhésion du législateur et des acteurs économiques de l'ESS. Toutefois, cette thèse aura au moins le mérite de contribuer au débat sur l'essor et l'autonomisation de l'ESS.

D'un point de vue microéconomique, cette thèse mettra en évidence les différentes marges de manœuvre en droit positif pour les praticiens cherchant à optimiser la performance financière d'une entreprise de l'ESS.

56. Intérêt de l'étude. - Indépendamment de la question résolument postmoderne de savoir si la loi du 31 juillet 2014 a atteint ses objectifs initiaux, et donc au-delà de la remise en cause *a posteriori* de l'efficacité de cette loi, la présente thèse rejoint les préoccupations concrètes des créateurs et dirigeants d'entreprises de l'ESS en tentant de faciliter l'accès aux ressources financières à toutes les formes d'entreprises de l'ESS. En France, « *la situation est telle que près de 9 % du total des associations ont disparu depuis 2005, faute de financement et d'une taille suffisante pour répondre aux appels d'offres des administrations publiques locales* »¹⁴³.

57. Écueils prévisibles. - Ce projet de thèse requiert de la mesure, pour tendre vers la performance financière dans le respect des normes impératives dont une partie constitue l'ordre

¹⁴³ BILLAUDEAU, V., GLEMAIN, P., « Finances solidaires et gestion des biens communs : l'expérimentation du fonds de dotation Angers mécénat », *Marché et organisations*, 2018/1, n°31, p. 128.

public¹⁴⁴ « structurel » propre à chaque forme juridique¹⁴⁵. C'est d'ailleurs parce que l'identité de chaque statut juridique doit être comprise et respectée que l'on s'interdira une comparaison entre familles de groupements.

58. Périmètre de la recherche : champ matériel et spatio-temporel de la thèse et justification de l'intitulé de la thèse. - Précisons encore les limites de cette thèse. La performance financière ne doit pas être confondue avec la performance économique ; elle ne s'étend pas à la capacité à créer de la richesse (productivité, accroissement des marges commerciales), puisque celle-ci ne dépend pas de la forme juridique de l'entreprise mais plutôt du droit matériel applicable à l'activité économique elle-même, soit l'ensemble des règles sectorielles (socio-médical, sportif, culturel ou agricole par exemple) et des règles liées à la gestion des ressources humaines. De même, l'utilisation de cette richesse (création d'emplois, par exemple) est écartée de cette étude. Nous n'étudierons donc que les règles structurelles liées à la forme juridique et produisant des effets sur la performance financière de l'entreprise de l'ESS. C'est ce que nous entendons par « droit du financement des entreprises de l'ESS ». Nous laisserons de côté les considérations de performance du droit lui-même, qui relève du domaine de la légistique comme nous l'avons dit¹⁴⁶.

Il ne s'agit que d'une *recherche* sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires, puisque nous admettons humblement que cette thèse peut ne pas avoir étudié de manière

¹⁴⁴ On distingue en effet quatre catégories de normes impératives : les lois de police et de sûreté, la protection des personnes vulnérables (article 3 du Code civil), l'ordre public et les bonnes mœurs (article 6 du Code civil). Après avoir distingué trois catégories de normes impératives, c'est-à-dire les lois d'ordre public, les lois qualifiées d'impératives et distinctes de l'ordre public, et l'interdiction de disposer de certains droits, Sophie SCHILLER propose l'abandon de la référence à l'ordre public comme limite à la liberté contractuelle en droit des sociétés, en raison de l'imprécision du contenu de cette notion et de la possibilité de renoncer à l'application des lois qui en relève. Elle propose de recourir plutôt à la notion de « connexions radicales » pour borner la liberté contractuelle en droit des sociétés. Cette notion, qui se veut souple, réaliste et efficace, ne prohibe pas *ex ante* mais intervient *ex post* et *in concreto* pour annuler les conventions qui auraient pour effet de briser l'une des deux connexions radicales identifiées par l'auteure en droit des sociétés : soit celle entre l'activité de la société et la garantie accordée à ses créanciers (au nom de la sécurité juridique, qui devrait selon le Professeur SCHILLER être un objectif d'intérêt général du législateur), soit celle entre pouvoir et responsabilité. — SCHILLER, S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*. Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002.

Si nous souscrivons à cette critique de l'ordre public en droit privé non international, la théorie des connexions radicales ne nous a pas paru opérante pour mettre en évidence les possibilités de financement qui s'offrent aux entreprises de l'ESS (définies par leur forme sociale mais pouvant poursuivre n'importe quelle activité économique).

¹⁴⁵ Cf. *infra* n°60.

¹⁴⁶ Cf. *supra* n°31 et s.

totale et exhaustive l'ensemble de ce droit du financement des entreprises sociales et solidaires.

Nous étudierons tous les textes de droit français et communautaire définitivement adoptés avant le dépôt de la thèse, c'est-à-dire jusqu'au 15 octobre 2018¹⁴⁷, et applicable en France métropolitaine¹⁴⁸, en dehors des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de Moselle.

59. Justification du plan et du choix de la démarche inductive. – Le plan de la présente thèse suit une démarche inductive, que l'on retrouve dans toute investigation : nous partons d'observations, qui donnent lieu à une analyse, qui aboutira elle-même sur une conclusion partielle. Cette démarche pédagogique nous a paru la plus pertinente pour se faire comprendre de tous les lecteurs juristes sur un sujet aussi transversal (mobilisant notamment des connaissances en droit des organismes sans but lucratif, en droit des sociétés et des groupements, droit fiscal, droit financier et droit de la concurrence), pluridisciplinaire (avec des

¹⁴⁷ Peu avant le dépôt de la thèse, le Gouvernement et l'Assemblée nationale ont annoncé ou proposé un certain nombre de textes qui ont été, autant que possible, traités dans cette thèse :

- la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » du 6 décembre 2017 modifiant l'article 1833 du Code civil, renforçant le régime de l'agrément « Entreprises solidaires d'utilité sociale » au niveau national et local, introduisant la « société à mission » et créant un label « responsabilité sociale de l'entreprise ». Elle a été renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République le 18 janvier 2018 ;
- les mesures proposées par le groupe de travail constitué le 13 décembre 2017 pour une politique renouvelée de soutien, d'appui et d'accompagnement des associations et contenues dans le rapport intitulé *Pour une politique de vie associative ambitieuse et le développement d'une société de l'engagement*, remis au Premier Ministre le 8 juin 2018, p. 28-29. En ligne : <https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_complet_chantier_vie_asso_lma.pdf> (consulté le 9 juillet 2018) ;
- le projet de loi « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » (PACTE) présenté en Conseil des Ministres le 18 juin 2018 et adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018.
- le projet de loi de finances pour 2019 déposé à l'Assemblée nationale le 24 septembre 2019 ;
- le « pacte de croissance et consolidation de l'ESS » à cinq ans, évoqué par Christophe ITIER le 18 janvier 2018, comportant des mesures législatives, fiscales et réglementaires, qui devait être présenté en Conseil des Ministres avant le 15 juillet 2018 mais qui n'avait toujours pas été rendue publique au moment du dépôt de cette thèse. – CHORUM CIDES, « Un pacte de croissance pour l'ESS avant les vacances », 29 mai 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/un-pacte-de-croissance-pour-less-avant-les-vacances/>> (consulté le 31 mai 2018).

De son côté, la commission des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat a commandé à la Cour des comptes un rapport attendu pour octobre 2018 sur la dépense fiscale des entreprises relatives au mécénat (non publié au moment du dépôt de cette thèse).

Par ailleurs, le 5 juillet 2018, le Parlement européen a adopté une résolution en faveur de la création d'un label européen d'économie sociale (résolution n°P8_TA-PROV(2018)0317).

De plus, nous avons tenté de suivre l'évolution de la réforme du Code belge des sociétés et des associations, approuvée en Conseil des Ministres le 25 mai 2018.

Enfin, nous avons intégré la mise à jour des statuts types d'association et de fondation reconnues d'utilité publique, publiée le 6 août 2018.

¹⁴⁸ Nous excluons de notre étude les textes relatifs aux entités transnationales en droit européen, c'est-à-dire le groupement européen d'intérêt économique, la société européenne et la société coopérative européenne.

notions de droit public, de comptabilité, d'économie, de gestion et parfois même de philosophie) et peu exploré par la doctrine en droit privé comme public.

Les conclusions partielles en fin chapitre, de titre ou de partie ont été conçues à la fois comme des synthèses du raisonnement et comme des points d'étape en réponse à la problématique de la performance financière. Ces conclusions partielles comportent la substance de nos propositions de réforme.

La conclusion générale clôture l'analyse pour en fournir une « synthèse des synthèses ». Bien entendu ce n'est qu'à ce stade que l'on peut dégager les principaux axes de réforme. Finalement sur la forme, cette thèse est l'exact opposé d'un rapport d'expertise à livrer à des décideurs, qui, lui, commence par la fin, c'est-à-dire par la présentation des grands chantiers de réforme qu'il entend développer par la suite.

Première partie : L'effet des normes impératives sur la performance financière des entreprises de l'ESS.

Seconde partie : L'effet du choix de la forme juridique sur la captation et la capitalisation des ressources financières.

Première partie. L'effet des normes impératives sur la performance financière des entreprises de l'ESS

60. Définition de la norme impérative. – Avant d'identifier les normes impératives pouvant avoir un effet sur la performance financière des entreprises de l'ESS, nous devons définir très précisément ce à quoi on ne peut déroger en droit français. Cependant rappelons tout d'abord les deux caractéristiques principales des normes impératives.

S'agissant des formes juridiques de personnes morales, ces normes sont les gardiennes d'une sorte d'« *ordre public structurel* » pour reprendre l'expression employée par Arnaud LECOURT¹⁴⁹ : en effet, ces normes impératives sont garantes de l'essence des formes juridiques. Leur méconnaissance est sanctionnée par une nullité absolue (lorsque les textes violés le prévoient ou en application des lois qui régissent la nullité du contrat¹⁵⁰), puisqu'elle ne lèse pas l'intérêt des seules parties au contrat constitutif du groupement, c'est-à-dire ses membres, mais contrarie l'ordonnement juridique global des personnes morales en droit français, avec un trouble potentiel à l'ordre public fiscal¹⁵¹. Ainsi, une telle irrégularité ne saurait être couverte par une confirmation de validité par les membres du groupement à la suite d'une action interrogatoire formée par l'un d'eux en application des dispositions du nouvel article 1183 du Code civil.

61. Sanctions de la violation d'une norme impérative. - À moins d'une requalification judiciaire de l'acte, la nullité pourra être invoquée par toute personne ayant un intérêt à agir et pourra être prononcée par le juge saisi dans le délai de prescription quinquennale de droit commun¹⁵². Ce délai de prescription extinctive court à compter du jour où le titulaire du droit d'agir en nullité a connu ou aurait dû connaître la violation de la norme impérative structurelle.

¹⁴⁹ LECOURT, A., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD Com.*, 2016, p. 767-816.

¹⁵⁰ PORACCHIA, D., « Remarques sur les nullités en droit des sociétés. Cass. com., 30 mai 2012, n°11-16.272 ; Cass. com., 30 mai 2012, n°11-18.024 ; CA Pau, 3 avril 2012, n°11/00429, ch. 2 sect. 1., *RTDF* n°3, 2012, p. 93-96.

¹⁵¹ HAUSER, J., LEMOULAND, J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », § 80 et 184-213, in SAVAUX, E. (Dir.), *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2016.

¹⁵² C.civ., art. 2224.

La nullité du contrat constitutif (à savoir les statuts) peut être décidée de manière consensuelle, c'est-à-dire par constatation par la majorité des membres requise pour modifier les statuts dans le cas d'une nullité partielle, ou pour dissoudre le groupement dans le cas d'une nullité totale¹⁵³. La nullité sera partielle si le contrat survit à la substitution de la clause nulle par la norme impérative, et totale si elle contamine l'ensemble de la convention et la rend inexécutable.

Qu'elle soit judiciaire ou consensuelle, la requalification ou l'annulation du groupement ne pourra faire obstacle à la réparation des préjudices subis par les tiers de bonne foi.

L'effet rétroactif de cette nullité contraint les parties à être replacées dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion du contrat.

62. Normes impératives et performance financière. Plan. - Sans les remettre en cause, nous décrirons l'impact de ces normes impératives structurelles sur la performance financière d'un groupement, en distinguant les statuts historiques de l'ESS (Titre I) et les hybridations contemporaines (Titre II), qui devraient *a priori* être moins contraintes par l'ordre public car moins marquées idéologiquement.

¹⁵³ C.civ., art. 1178, al. 1^{er}.

Titre I^{er}. L'effet des normes impératives sur la performance financière des formes juridiques sociales et solidaires *per se*

63. Définition légale des entreprises juridiques sociales et solidaires *per se*. - Comme nous l'avons vu en introduction, on appelle « statuts historiques » les coopératives, mutuelles, fondations, associations loi 1901. Contrairement aux hybrides contemporains créés à partir de statuts de sociétés commerciales, les « historiques » jouissent d'une présomption d'appartenance à l'ESS. L'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 dispose en effet que :

« I. - L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;

2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ;

3° Une gestion conforme aux principes suivants :

a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ;

b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées. Les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves constituées au titre de la présente loi et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites. La première incorporation ne peut porter que sur la moitié, au plus, des réserves disponibles existant à la clôture de l'exercice précédant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire ayant à se prononcer sur l'incorporation. Les incorporations ultérieures ne peuvent porter que sur la moitié, au plus, de l'accroissement desdites réserves enregistré depuis la précédente incorporation. En cas de liquidation ou, le cas échéant, en cas de dissolution, l'ensemble du boni de liquidation est dévolu soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire au sens du présent article, soit dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires

spéciales qui régissent la catégorie de personne morale de droit privé faisant l'objet de la liquidation ou de la dissolution.

II. - L'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre :

1° **Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du Code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du Code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le Code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;**

[...]. »

64. Justification. - Pourquoi présume-t-on que les coopératives, mutuelles, fondations, associations loi 1901 répondent aux exigences de l'article 1^{er} ? Parce que leurs normes impératives vont dans le sens des critères posés au paragraphe I de l'article 1^{er} précité, c'est-à-dire qu'elles tendent en principe vers l'utilité sociale, la non-lucrativité ou lucrativité limitée et la gouvernance démocratique. Toutefois, nous avons vu que cette conformité à l'article 1^{er} reste discutable, en particulier au regard du principe de gouvernance démocratique.

65. Normes impératives des entreprises sociales et solidaires *per se* et performance financière. Plan. - Interrogeons-nous maintenant sur l'impact financier des normes impératives dans les formes historiques de l'ESS ou « entreprises de l'ESS *per se* », en distinguant les entités strictement non lucratives (associations, fondations – Chapitre I) et les entités à lucrativité limitée (coopératives et mutuelles – Chapitre II). Ces divergences de finalité revêtent en effet une grande importance pour aborder cette question.

Chapitre I. L'inadaptation des normes impératives des entités non lucratives de l'ESS historique au besoin de performance financière

66. Définition de la notion d'organisation sans but lucratif (OSBL). - Certains auteurs et professionnels qualifient toutes les entités de l'ESS d'« organismes sans but lucratif » (OSBL), y compris les sociétés, dès lors que l'objectif premier n'est pas l'enrichissement des membres.

Par souci de clarté, nous réserverons la qualification (d'origine fiscale) d'OSBL aux entités juridiques qui prohibent totalement le partage des bénéfices entre leurs membres, c'est-à-dire les associations, les fondations et les fonds de dotation.

Au reste, nous préférerons l'emploi du terme « organisation » à celui d'« organisme », trop flou. Grâce à la théorie des organisations — au croisement de la psychologie, de la sociologie, de l'Histoire, de l'économie, du droit et du management — l'organisation, elle, est clairement définie en sciences humaines et sociales de manière à pouvoir englober la notion — elle aussi pluridisciplinaire — d'entreprise¹⁵⁴ : une organisation est un groupe d'« individus » (personnes physiques agissant pour elles-mêmes ou pour le compte d'une personne morale) qui se constitue en vue de mener durablement une action collective et d'atteindre un objectif commun, et qui se caractérise par une finalité (lucrative ou non), une activité (économique ou non), un statut juridique, des ressources (humaines, financières, matérielles ou immatérielles), une répartition du pouvoir et un champ d'action géographique.

67. Normes impératives des OSBL et performance financière. Plan - Nous l'avons dit : l'article 1^{er}, paragraphe II de loi du 31 juillet 2014¹⁵⁵ exclut les fonds de dotation des entités sociales et solidaires *per se*. Figurent donc uniquement au rang des OSBL reconnues par la loi comme « entreprises sociales et solidaires », les associations (Section 1) d'une part et, d'autre part, les fondations (Section 2).

¹⁵⁴ Cf. *supra* n°22.

¹⁵⁵ Cf. annexe unique.

Section 1. Les limites à la constitution de fonds propres par les associations loi 1901

68. L'admission de l'association dans la liste des entreprises sociales et solidaires *per se en débat*. - Pourquoi les associations loi 1901 ont-elles bénéficié d'une admission d'office dans le périmètre de l'ESS ? Par son « but autre que de partager des bénéfices »¹⁵⁶, l'association loi 1901 garantit de réunir au moins deux des trois conditions cumulatives pour être qualifiée d'entreprise sociale et solidaire : la non-lucrativité et l'utilité sociale. En revanche, la lettre de la loi du 1^{er} juillet 1901 passe sous silence l'organisation interne de la structure, laissant les membres, appelés « sociétaires », exercer leur liberté contractuelle pour fixer les règles de fonctionnement de l'association, avec toute latitude pour se positionner vis-à-vis du principe de gouvernance démocratique (troisième condition légale de principe pour être qualifiée d'« entreprise sociale et solidaire »).

69. Histoire et définition de la liberté fondamentale d'association. - La loi du 1^{er} juillet 1901 se fonde implicitement sur un principe nouveau : la liberté d'association, y compris au sens apolitique, ce qui est innovant à cette époque puisque la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 consacre uniquement la libre association politique à l'article 2 et que la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 vise seulement la liberté syndicale. Toutefois, cette liberté d'association n'est pas absolue dès lors qu'elle ne s'étend pas à la liberté de culte : il faudra attendre la loi de séparation de l'Église et de l'État du 9 décembre 1905 pour que cette dernière soit garantie, bien que la liberté de pensée, de conscience et de religion soit consacrée par l'article 10 de la DDHC.

La liberté d'association est par la suite énoncée expressément à l'article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 :

- « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.
2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association ».

La teneur de la liberté associative est définie à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 en des termes qui embrassent les activités syndicales :

- « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association,

¹⁵⁶ L. du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}.

y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ».

La liberté d'association est le premier principe consacré par le Conseil constitutionnel comme « Principe fondamental reconnu par les lois de la République »¹⁵⁷.

70. L'exercice de la liberté d'association aujourd'hui. - En pratique, les Français l'exercent très largement : plus de 73 000 associations loi 1901 ont été créées entre septembre 2016 et août 2017¹⁵⁸. En 2015, près d'un Français sur deux adhère à une association¹⁵⁹.

71. Le manque de fonds propres comme limite à la performance financière de l'association et à l'exercice de la liberté d'association. Plan. - Le frein majeur à l'exercice de cette liberté aujourd'hui réside essentiellement dans l'instabilité des ressources, aussi bien humaines que financières. À côté de la non-lucrativité, l'on pourrait citer deux autres obstacles à la constitution d'un « matelas de sécurité » financière (appelé en comptabilité « fonds propres ») par une association. Le premier tient au fait que le patrimoine de l'association est limité par la lettre de la loi du 1^{er} juillet 1901, et plus précisément ses articles 1^{er} et 6 (I). Le second est le risque de perte de subventions et l'assujettissement aux impôts commerciaux, qui guette l'« entreprise associative »¹⁶⁰ dans un souci d'égalité avec les autres entreprises, obérant

¹⁵⁷ Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC.

¹⁵⁸ BAZIN, C., DUROS, M., LEGRAND, F. *et al.*, « La France associative en mouvement », 15^{ème} édition, septembre 2017. En ligne : < https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/france_associative_en_mouvement_2017.pdf> (consulté le 27 juillet 2018).

MINISTERE DE LA VILLE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS, « Nombre d'associations en France en 2015 ». En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/10829-nombre-associations-en-france.html>> (consulté le 28 janvier 2017).

¹⁵⁹ CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*, p. 9. En ligne : <<http://www.cncres.org/upload/gedit/12/file/observatoire/Panorama%20de%20l'ESS%202015-CNCRES.pdf>> (consulté le 2 octobre 2016).

¹⁶⁰ ALIX, N., CASTRO, S., *L'entreprise associative. Aspects juridiques de l'intervention économique des associations*, Paris, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1990, p. 258-259.

le bénéfice des associations (II).

I. Les limites à la constitution d'un actif

72. La crainte infondée de la mainmorte. - Pourquoi, en 1901, le législateur a-t-il voulu réduire les chances pour une association de se constituer un patrimoine important ? Il s'agissait d'éviter le développement de « mainmortes », captations d'héritages empêchant la circulation des richesses¹⁶¹.

73. L'association admise comme cadre de l'exercice d'une activité économique. - Or l'évolution de l'association et la reconnaissance de sa qualité d'entreprise auraient dû suffire à convaincre le législateur qu'il n'était pas nécessaire de se partager les bénéfices pour faire circuler la richesse. Dans un premier temps, la Cour de cassation a reconnu dans un arrêt de principe « Caisse rurale de la commune de Manigod » qu'engranger ne signifiait pas partager, et a considéré comme licite l'activité économique des associations, dès lors que les bénéfices ne sont pas partagés¹⁶². Pourtant, il s'agissait en l'espèce d'exercer à titre principal et habituel une activité d'octroi de crédits à titre onéreux, ce qui constitue des opérations de banque, déjà qualifiées d'« actes de commerce par nature » à l'article 632 du Code de commerce de 1807.

L'analyse de la Cour de cassation sera validée par le Conseil constitutionnel en 1985¹⁶³.

74. La reconnaissance législative de l'entreprise associative. - La loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises trouve à

¹⁶¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2000, jurisprudence et avis de 1999 : les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Paris, La Documentation française, coll. Études et Documents du Conseil d'État, 2000.

RODRIGUEZ, K., « La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un *statu quo*, un toilettage ou une refonte ? », *Bull. Joly*, n°4, 2006, p. 447.

¹⁶² Cass. ch. réun., 11 mars 1914, « Caisse rurale de la commune de Manigod c/ Enregistrement » : « Attendu [...] que cette Caisse n'a été créée que pour procurer à ses adhérents le crédit qui leur est nécessaire pour leurs exploitations ; que les associés ne possèdent pas d'actions, ne font aucun versement et ne reçoivent pas de dividendes [...] ; attendu que le seul avantage, ainsi assuré aux associés de la Caisse, consiste dans la faculté de lui emprunter des capitaux moyennant un taux d'intérêt aussi réduit que possible ».

¹⁶³ Cons. const., 25 juillet 1984, n°84-176 DC, Rec., p. 55, §2 : « Considérant que le principe, constitutionnellement garanti, de liberté d'association n'interdit pas aux associations de se procurer les ressources nécessaires à la réalisation de leur but, qui ne peut être le partage de bénéfices entre leurs membres, par l'exercice d'activités lucratives ».

Ce principe avait été tempéré en 1970 par un arrêt qui soumettait la licéité de la paracommercialité des associations à trois conditions : qu'elles respectent la limite de leur objet statutaire ainsi que l'interdiction de reverser les profits aux membres, mais aussi et surtout que l'activité commerciale reste occasionnelle — Cass. com., 13 mai 1970, « Comité permanent des fêtes de Lizine », n°69-11268, D. 1970, p. 644.

s'appliquer aux associations. En vertu de la nature civile de l'association, c'est le Tribunal de grande instance (et non le tribunal de commerce) dans le ressort duquel l'association a son siège social qui est compétent pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation la concernant¹⁶⁴.

Enfin, l'article 37 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence autorise expressément les associations à avoir une activité économique, dès lors que ses statuts le prévoient.

75. L'association admise comme cadre de l'exercice d'une activité commerciale à titre habituel. - Puis la Cour de cassation a soumis au droit commercial les associations exerçant à titre habituel des actes de commerce par nature et leur a reconnu le droit d'exploiter un fonds de commerce ou de le donner en location-gérance¹⁶⁵.

Elle a ensuite posé comme condition que cette activité prime l'objet de l'association¹⁶⁶. Par conséquent, lorsque l'activité commerciale est accessoire, cet accessoire suit la nature civile de l'activité principale de l'association¹⁶⁷. Réciproquement, lorsque l'activité commerciale est principale (c'est-à-dire revêtant « un caractère spéculatif répété au point de primer l'objet statutaire »), le droit commercial s'applique à l'association. Pour Karine RODRIGUEZ, c'est le signe que la Haute juridiction « *ne ferme pas la porte à la qualification de commerçant d'une association* »¹⁶⁸.

¹⁶⁴ C.com., art L. 621-2, al. 1^{er}.

¹⁶⁵ Une association d'œuvres éducatives scolaires et postsecondaires exploitait une salle de cinéma en organisant des « séances régulières et fréquentes ouvertes librement au public et payantes », ce qui est de la fourniture de spectacles publics et donc un acte de commerce par nature au sens de l'article 632 de l'ancien Code de commerce, qui correspond à l'article L. 110-1,1° de l'actuel Code de commerce. Elle a donné en gérance l'exploitation de sa salle cinéma.

La Cour de cassation a considéré premièrement que cette exploitation constituait dès l'origine un fonds de commerce (point sur lequel elle reviendra le 19 janvier 1998 – cf. *infra* n°76), et ensuite que le droit commercial était applicable à l'association et par conséquent qu'elle aurait dû accomplir les formalités de publicité du contrat de location-gérance (Cass.com., 9 décembre 1965, Bull. civ., III, n°635).

Dans une autre affaire, une association achetait de la viande hallal pour la revendre, ce qui constitue un acte de commerce par nature au sens de l'article 632 de l'ancien Code de commerce. En conséquence, l'association devait être soumise au régime commercial de la preuve (Cass. com., 17 mars 1981, « Institut musulman de la mosquée de Paris », n°79-14.117, Bull., n°149).

¹⁶⁶ Dans le contentieux sur la compétence des juridictions commerciales : « attendu qu'en retenant la qualité de commerçant du club, au motif qu'il se livrait habituellement à des actes de commerce, sans rechercher si cette activité revêtait un caractère spéculatif répété au point de primer l'objet statutaire, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » — Cass. com., 12 février 1985, « Club de chasse du Vert Galant », n°83-10.864 et 83-11.286, Bull. 1985, IV, n°59, p. 50

¹⁶⁷ RODRIGUEZ, K., « Associations », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017, §251-252.

¹⁶⁸ *Ibid.*, §260.

76. L'association, sujet non-commerçant du droit commercial : la paracommercialité de l'association. - On a pu lire que « *la jurisprudence applique les contraintes du droit commercial aux associations qui exercent une activité commerciale à titre habituel (compétence des juridictions consulaires, preuve commerciale, etc.) sans leur reconnaître la possibilité de jouir de privilèges liés à ce statut : bail commercial, immatriculation au registre du commerce et des sociétés, location gérance...* »¹⁶⁹ et entendre ainsi parler de « commercialité-sanction », ce qui n'est pas tout à fait exact. Cette affirmation souffre en effet plusieurs exceptions de source législative, au point de nous empêcher même de recourir à la notion de « commercialité de fait » pour les évoquer. Nous préférerons parler de « paracommercialité ».

Certaines associations ont l'obligation de s'immatriculer au RCS : celles qui émettent des obligations¹⁷⁰ et celles qui exercent l'activité de changeurs manuels de devises étrangères¹⁷¹. Comme pour le groupement d'intérêt économique (GIE)¹⁷², l'inscription au RCS ne confère pas pour autant à ces associations la qualité de commerçants¹⁷³.

S'agissant des baux commerciaux, la location de locaux par une association, et dans lesquels celle-ci dispense des enseignements, peut être régie par le statut protecteur¹⁷⁴ des baux commerciaux¹⁷⁵ à condition que ce soit l'activité qui y est principalement exercée, que les locaux soient conformes à cette destination, que l'occupation soit régulée par un planning journalier des cours, en accord avec le calendrier des vacances scolaires¹⁷⁶, que l'association ait obtenu au préalable toutes les autorisations administratives nécessaires¹⁷⁷, que la scolarité soit dispensée par des professeurs titulaires d'un diplôme adéquat et qu'elle aboutisse à la présentation d'examens¹⁷⁸, et enfin, qu'il existe un fonds d'enseignement reposant sur une pédagogie organisée et mettant en œuvre une réelle organisation d'enseignement.

¹⁶⁹ AMBLARD, C., « Cent ans de pratique associative : un point de vue juridique (Ile partie) », préc., p. 37-38.

¹⁷⁰ CMF, art. L. 213-10.

¹⁷¹ CMF, art. L. 524-3

¹⁷² Cf. *infra*, n°208.

¹⁷³ RODRIGUEZ, K., « Associations », préc., §273.

¹⁷⁴ permettant au preneur d'obtenir une indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement du bail commercial.

¹⁷⁵ C.com., art. L. 145-2, I, 1°.

¹⁷⁶ Cass. com., 17 décembre 1963, Bull., n°552.

¹⁷⁷ Cass. 3^{ème} civ., 16 février 2000, n°98-15.842, Bull. 2000 III N°34 p. 24 ; Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2004, n°01-17.687, Bull. 2004 III n°4 p. 2 ; Cass. 3^{ème} civ., 4 février 2009, n°08-11.433, Bull. 2009, III, n°31.

¹⁷⁸ Cass. 3^{ème} civ., 5 septembre 2012, n°11-23.209.

Opérant un revirement de jurisprudence¹⁷⁹, la Cour de cassation avait considéré qu'une association loi 1901 ne pouvait avoir ni la qualité de commerçant, ni celle d'artisan et, par conséquent, ne pouvait pas remplir la condition posée à l'ancien article 4 de la loi n°56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux qui obligeait la personne qui concédait une location-gérance à avoir été commerçants ou artisans pendant sept années ou à avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique. Par conséquent, toute location-gérance donnée par une association était nulle sur le fondement de l'article 11 de ladite loi¹⁸⁰.

Toutefois, après avoir rappelé que « *par fonds de commerce, on désigne classiquement une universalité, susceptible d'appropriation et de contrats, composée d'une clientèle lorsque la clientèle est attirée par un ensemble d'éléments corporels et, surtout, incorporels* » (§17), Arnaud REYGROBELLET défend l'idée selon laquelle « *rien n'empêche rationnellement de reconnaître que l'association est titulaire d'un fonds de commerce* » (§20), et constatant que « *l'article L. 144-3 du Code de commerce ne pose dorénavant, aucune condition quant à la qualité, présente ou passée, des personnes physiques ou morales susceptibles de donner un fonds en location-gérance* », il conclut qu'« *il deviendrait donc techniquement possible que, sans se déjuger, la Cour de cassation [...] admette à titre de principe la possibilité pour une association de conclure une location-gérance* » (§15)¹⁸¹.

En 2012, les associations ont créé 65,1 milliards d'euros de valeur ajoutée¹⁸² (pour un total de 2 091,1 milliards d'euros de PIB en France).

77. Associations et PIB. – Les limitations légales à la constitution d'un actif associatif obérant la performance financière. Plan. - Quoique difficilement compréhensibles aujourd'hui, les limites légales à la constitution d'un actif sont toujours en vigueur. Elles tiennent selon nous à une absence d'incitation fiscale aux dotations (1) et à des restrictions

¹⁷⁹ Cf. *supra* n°75.

¹⁸⁰ Cass. com., 19 janvier 1988, n°85-18.443, Bull. 1988, IV, n°33 p. 23.

¹⁸¹ REYGROBELLET, A., « De quelques conséquences imprévues de l'ordonnance du 25 mars 2004 en matière de location-gérance », D. 2005. p. 220.

¹⁸² RODIER, A., « L'économie sociale : près de 90 milliards d'euros de valeur ajoutée et de grands écarts de salaire », *Le Monde*, 21 novembre 2014. En ligne : <http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2014/11/21/l-economie-sociale-pres-de-90-milliards-d-euros-de-valeur-ajoutee-et-de-grands-ecarts-de-salaire_4526996_1656968.html#xtor=RSS-3208> (consulté le 2 octobre 2016).

d'accès à fois à la propriété foncière et aux donations et legs (2).

1. L'absence d'incitation fiscale aux dotations

78. Distinction entre apport et dotation. - L'article 1^{er} de la loi de 1901 dispose :

« L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

Ainsi, l'association n'a pas vocation à réunir des moyens en numéraire ou en nature (on réservera le terme « d'apports » aux sociétés, bien que ce soit le terme employé par la doctrine), mais vise uniquement la mise en commun gratuite et à titre habituel d'« industries » (force de travail et compétences : savoirs, savoir-faire, savoir-être).

L'entreprise associative ne peut pourtant pas se dispenser d'une « mise » personnelle de départ de la part de ses fondateurs si elle prétend à des financements extérieurs : les futurs créanciers l'exigeront, pour sûr. Nous appellerons cette mise « dotation », par analogie avec le droit des fondations et fonds de dotation. En effet, elle présente les mêmes caractéristiques, celles de l'affectation de biens (en pleine propriété ou avec démembrement) ou de sommes d'argent à l'OSBL par ses membres, à une différence près : dans les associations de droit commun, ces dotations ne sont pas nécessairement irrévocables, ce qui signifie qu'au moment de la dissolution, elles peuvent être récupérées par les sociétaires qui les ont consenties si les statuts ou, à défaut, l'assemblée générale, en disposent ainsi (article 9 de la loi de 1901). Elles peuvent aussi être reprises lors de la réalisation d'une condition résolutoire ou en cas de non-respect de l'affectation prévue dans la convention de dotation.

79. La dotation irrévocable, une libéralité. - En pareilles hypothèses, la dotation ne saurait évidemment bénéficier d'une incitation fiscale. En revanche, la dotation irrévocable, elle, pourrait-elle être assimilée à une libéralité (don manuel, donation ou legs) et, ce faisant, donnerait-elle droit à une réduction d'impôts sur le revenu pour le sociétaire-donateur¹⁸³ ? Le

¹⁸³ Pour les personnes physiques, 66 % de leur montant pour les dons aux associations d'intérêt général au sens des articles 200 et 238 bis du Code général des impôts et dans la limite de 20 % du revenu imposable, ou 75 %

nouvel article 1107 du Code civil dispose :

« Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ».

En principe, la dotation n'est pas une libéralité : elle sera uniquement soustraite de l'assiette d'imposition puisqu'elle s'extrait du patrimoine du sociétaire. La raison invoquée par la doctrine¹⁸⁴ est l'absence d'intention libérale : elle considère que par essence, une dotation est motivée par une contrepartie morale (d'où l'emploi du terme « apport ») correspondant au soutien d'une cause particulière ou de l'objet social dans son ensemble¹⁸⁵.

En pratique, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement l'intention libérale du sociétaire qui consent une dotation¹⁸⁶ et il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale¹⁸⁷.

Il nous paraît assez naïf de dénier les libéralités de toute intention de satisfaction morale personnelle, voire d'influence sur les décisions prises au sein de l'OSBL. Le don est en effet à la fois un levier d'estime de soi personnelle (en ce qu'il permet indirectement de réaliser des aspirations profondes, de donner plus de sens à sa vie, de porter un regard bienveillant sur soi-même) et sociale (le don est un moyen d'exprimer sa gratitude, d'agir et de se sentir utile), et un geste de puissance, de sorte que tout donateur se retrouve dans cette citation de Jean-Jacques ROUSSEAU : « *Quand je paye une dette c'est un devoir que je remplis ; quand je fais un don c'est un plaisir que je me donne* »¹⁸⁸. Ainsi, dès lors qu'elles sont irrévocables, et par là, assimilables à des libéralités, les dotations devraient, à notre sens, donner droit à un avantage

pour les dons aux associations visées à l'article 200-1 ter ; pour les personnes morales, 60 % du montant des dons versés, dans la limite de 5% du chiffre d'affaires annuel – cf. *infra* n°355 et s. et n°373 et s.

¹⁸⁴ SOUSI, G., « Étude 117- Contrat d'association – Apport de biens », §11-6 et s., in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t.1, Paris, Lamy, 2015, p. 117-6 et 117-7.

HIEZ, D., « Association », §288, in SAVAUX, E. (Dir.), *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2016.

¹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, n°86-13.158, Bull. 1988, I, n°52 p. 35.

¹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1976, n°74-10.990, Bull. 1976, I, n°80 p. 65 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, préc.

¹⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1989, n°88-11.524, Bull.1989, III, n°126, p. 70.

¹⁸⁸ ROUSSEAU, J.-J., *Les Confessions* suivies des *Rêveries du promeneur solitaire*, Tome second, Taylor Institution, Genève, 1783, p. 312.

(*Rêveries du promeneur solitaire*, 1778).

fiscal. La Chambre commerciale semble aller dans ce sens dans un arrêt non publié¹⁸⁹ en considérant que « *la cour d'appel, a, par motifs propres et adoptés, estimant [...] que les charges imposées à l'association par le traité d'apport étaient des plus générales, qu'aucune obligation spécifique et concrète n'était prescrite, que le bien transmis n'était pas affecté à une utilisation préalablement définie, l'Association s'engageant seulement à utiliser l'apport conformément à sa mission religieuse, ce qu'elle aurait été, en toute hypothèse, obligée de faire s'agissant d'une donation, que Mme X... n'en tirait aucun droit réel et substantiel, la qualité de membre bienfaiteur ne constituant qu'une simple gratification peu en rapport avec l'importance de la somme versée, que la satisfaction morale quelle pouvait tirer de voir l'association poursuivre sa mission ne pouvait suffire à exclure l'intention libérale et que sa renonciation définitive à la reprise de son "apport" constituait un élément supplémentaire révélateur de sa gratuité ; qu'en l'état de ces énonciations, et sans avoir à rechercher à quel but précis le conseil de l'association avait ultérieurement décidé d'affecter les fonds versés, la cour d'appel, qui en a déduit que l'acte litigieux ne constituait pas un apport mais un don, a légalement justifié sa décision* ».

80. Conséquences fiscales de l'assimilation des dotations fiscales aux libéralités. - Il convient donc d'étendre les incitations fiscales dont bénéficient les libéralités aux dotations irrévocables.

2. Un accès restreint à la propriété foncière et aux donations et legs

81. La « petite » capacité juridique des associations déclarées. - L'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 apporte une seconde série de restrictions au développement du patrimoine des associations :

« Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, recevoir des dons manuels ainsi que des dons d'établissements d'utilité publique, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics :

1° Les cotisations de ses membres ;

¹⁸⁹ Cass. com., 7 juillet 2009, n°07-21.957.

- 2° Le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ;
- 3° Les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose.

Les associations déclarées depuis trois ans au moins et dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du Code général des impôts peuvent en outre :

- a) Accepter les libéralités entre vifs ou testamentaires, dans des conditions fixées à l'article 910 du Code civil ;
- b) Posséder et administrer tous immeubles acquis à titre gratuit.

Les cinquième à septième alinéas du présent article s'appliquent sans condition d'ancienneté aux associations ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance ou la recherche scientifique ou médicale déclarées avant la date de promulgation de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et qui avaient, à cette même date, accepté une libéralité ou obtenu une réponse favorable à une demande faite sur le fondement du V de l'article 111 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures ».

C'est la raison pour laquelle on parle de « petite » capacité juridique pour l'association simplement déclarée, par opposition à l'association reconnue d'utilité publique qui, elle, jouit d'une « grande » capacité juridique.

82. Les critères de la reconnaissance d'utilité publique pour les associations. - Pour être reconnue d'utilité publique, une association doit remplir les conditions suivantes :

- être déclarée et fonctionner depuis au moins trois ans à la date de la demande, à moins que les ressources prévisibles sur un délai de trois ans de l'association ne soient de nature à assurer son équilibre financier¹⁹⁰ ;
- avoir intégré, dans ses statuts, toutes les mentions obligatoires énumérées à l'article 11 du décret du 16 août 1901 pris pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, à savoir :
 - 1° l'indication du titre de l'association, de son objet, de sa durée et de son siège social ;
 - 2° les conditions d'admission et de radiation de ses membres ;

¹⁹⁰ L. du 1^{er} juill. 1901, art. 10.

- 3° les règles d'organisation et de fonctionnement de l'association et de ses établissements, ainsi que la détermination des pouvoirs conférés aux membres chargés de l'administration, les conditions de modification des statuts et de la dissolution de l'association ;
- 4° l'engagement de faire connaître dans les trois mois auprès du Préfet de département tous les changements survenus dans l'administration et de présenter sans déplacement les registres et pièces de comptabilité, sur toute réquisition du Préfet de département ;
- 5° les règles suivant lesquelles les biens seront dévolus en cas de dissolution volontaire, statutaire, prononcée en justice ou par décret ;
- 6° le prix maximum des rétributions qui seront perçues à un titre quelconque dans les établissements de l'association où la gratuité n'est pas complète.

Dans ses avis, le Conseil d'État a ajouté d'autres critères destinés à « évaluer la substance de l'association, son sérieux et sa solidité »¹⁹¹. Ainsi, l'association reconnue d'utilité publique doit :

- avoir un caractère d'intérêt général. Toute la question a été de savoir ce qu'on entendait par « association d'intérêt général » : s'agissait-il uniquement des associations agréées, en vertu de l'article 15 du décret n°2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité¹⁹² ou bien fallait-il inclure toutes les associations autorisées à délivrer à leurs donateurs les reçus fiscaux prévus aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts comme c'était le cas jusqu'à présent ?¹⁹³ La hiérarchie des normes a commandé au législateur d'opter pour la seconde interprétation ;
- avoir une influence et un rayonnement dépassant le cadre local, ce qui implique notamment de compter un nombre minimum d'adhérents, et en particulier d'adhérents cotisants (à titre indicatif au moins 200),
- avoir des ressources en adéquation avec l'objet statutaire et être financièrement indépendante des personnes publiques. En pratique, il lui est conseillé d'avoir des ressources annuelles supérieures à 46 000 euros, des résultats positifs au cours des trois derniers exercices et des subventions publiques d'un montant total inférieur à la moitié de son budget¹⁹⁴,

¹⁹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2000, jurisprudence et avis de 1999 : les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Paris, La Documentation française, coll. Études et Documents du Conseil d'État, 2000, p. 305-306.

¹⁹² Cf. *supra* n°21.

¹⁹³ Cf. *infra* n°356.

¹⁹⁴ SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Association reconnue d'utilité publique », 20 février 2018. En ligne :

- avoir un fonctionnement démocratique. Le Ministère de l'Intérieur fournit à cet effet un modèle de statuts¹⁹⁵.

83. La « grande » capacité des associations reconnues d'utilité publique étendue aux associations d'intérêt général. - L'article 74 de la loi du 31 juillet 2014 a élargi la capacité juridique des associations d'intérêt général : désormais, elles peuvent recevoir des donations et des legs (« grande capacité »), sauf si elles font l'objet d'une mesure de répression des mouvements sectaires¹⁹⁶ ou si le Préfet constate qu'elles sont déclarées depuis moins de trois ans, ou qu'elles n'ont ni reconnaissance d'utilité publique ni caractère d'intérêt général¹⁹⁷.

Les donations et legs doivent être déclarés à la Préfecture du département après acceptation par l'association¹⁹⁸. S'il s'agit d'un legs, le notaire doit s'en charger. S'il s'agit d'une donation, c'est l'association bénéficiaire qui doit y procéder directement. La Préfecture dispose ensuite d'un délai d'opposition de quatre mois pour les legs et de deux mois pour les donations. En cas d'opposition, le Préfet invite l'organisme à présenter ses observations sous quinze jours. Si le Préfet confirme son opposition, il doit la motiver.

L'article 74 de la loi du 31 juillet 2014 permet encore aux associations d'intérêt général d'être propriétaires d'« immeubles de rapport » (investissement financier étranger à l'objet statutaire) qui lui seraient donnés.

84. Critique de la capacité restreinte des associations de droit commun. - On note donc des avancées législatives favorables au développement du patrimoine de l'association. Toutefois, certaines raideurs sont maintenues, par crainte d'abus de toutes sortes exercés sur les donateurs, et en vue de soutenir les associations purement altruistes, et non celles qui servent des intérêts privés.

On peut comprendre cette position pour ce qui est des donations et legs. Il en va autrement de

<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F1131> (consulté le 25 mars 2018).

¹⁹⁵ SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 6 août 2018. En ligne : < <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R34366> > (consulté le 24 septembre 2018).

¹⁹⁶ C.civ., art. 910-II, al. 1^{er}.

¹⁹⁷ C.civ., art. 910-II, al. 2.

¹⁹⁸ Décret n°2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du code civil, art.1 à 6 ; circulaire du Ministre de l'Intérieur n°NOR/IOC/D/10/16586/C du 23 juin 2010.

la prohibition d'acheter des immeubles. Comme Karine RODRIGUEZ, nous pensons que « cette limite témoigne d'un temps révolu. Elle oblige les associations à faire figurer des activités immobilières dans leurs statuts au titre de l'objet »¹⁹⁹.

Cette limite est aussi désuète qu'inutile puisque les praticiens ont imaginé d'autres contournements de cet obstacle²⁰⁰ :

- créer un fonds de dotation ayant pour objet la redistribution des revenus fonciers aux œuvres d'intérêt général de l'association-mère²⁰¹
- demander et obtenir la reconnaissance d'utilité publique
- domicilier l'association en Alsace-Moselle.

II. Les limites des produits d'exploitation : l'exemple didactique et notoire des Associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (AMAP)

85. Les raisons de la limitation des produits d'exploitation des associations. Plan. - Si la liberté d'association est désormais un acquis et l'intervention des associations sur le marché un fait accepté, le risque d'une rupture d'égalité entre les entreprises associatives et les autres entreprises reste une préoccupation, en particulier en droit de la concurrence (1) et en droit fiscal (2), et les règles imposées à l'association en vue de garantir cette égalité ont pour effet d'obérer le résultat d'exploitation de l'association, et donc son résultat net, ses fonds propres et, *in fine*, sa performance financière.

1. La remise en cause de la licéité de la paracommercialité dans le Code de commerce sous l'angle de la concurrence déloyale

86. L'association aidée, un concurrent déloyal ? - L'article L. 442-7 du Code de commerce (ex-article 37 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence) dispose :

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, K., préc.

²⁰⁰ BUSCHER, J., GAUDINEAU, B., « Capacité juridique : juste une mise au point », *JA* n°542/2016, 1^{er} juillet 2016, p. 18-21.

²⁰¹ Cf. *infra* n°247.

« Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ».

Ces dispositions n'ont pas pour objectif de rappeler le principe de spécialité statutaire, mais de soumettre les associations au droit commercial en général et à la prohibition des « pratiques restrictives de concurrence » (partie législative, Livre IV, Titre IV Chapitre II du Code de commerce) en particulier. Il en résulte qu'une association peut voir sa responsabilité délictuelle engagée sur le fondement de la concurrence déloyale²⁰² lorsque des subventions ou une exonération d'impôts commerciaux lui permettent de pratiquer des prix inférieurs au marché²⁰³.

87. La responsabilité de l'État octroyant l'aide. - Toutefois pour Marie MALAURIE-VIGNAL la vraie question n'est pas celle de la loyauté de la concurrence : dès lors que la prohibition du partage de profit et la réaffectation des bénéfices à la réalisation de l'objet social sont respectées, la situation avantageuse de l'association ne résulte ni d'une faute, ni d'une manœuvre de détournement de clientèle. Le vrai problème selon elle serait plutôt celui d'une rupture d'égalité de traitement des concurrents par les administrations françaises²⁰⁴, sous réserve que les produits et services proposés soient réellement *substituables* entre eux (et pas simplement *comparables*), et constituent ainsi un même marché pertinent²⁰⁵.

88. Le champ d'exercice de la libre concurrence entre les associations et les autres entreprises. - Marie MALAURIE-VIGNAL identifie trois situations dans lesquelles les associations et entreprises lucratives ne se concurrencent pas : « *En premier lieu, lorsqu'elle [l'association] offre des produits ou des services spécifiques, non substituables à ceux offerts par une entreprise commerciale (ex. : l'organisation de pèlerinages par une association catholique n'est pas comparable à un voyage organisé par une agence de voyages) ; en second lieu, lorsque l'association est fermée et n'offre ses services ou ses produits qu'à ses membres ; en troisième lieu, lorsque l'association (ouverte ou fermée) développe une double activité,*

²⁰² C.civ., art. 1382.

CAA Paris, 4^{ème} ch., 9 octobre 2018, n°17PA00397.

²⁰³ MINISTRE DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT, DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DES SERVICES, Rép. min., question n°20153 : JOAN, 27 mai 2008, p. 4396.

²⁰⁴ MALAURIE, M., « Plaidoyer en faveur des associations », D. 1992, p. 274.

²⁰⁵ CJCE, 14 février 1978, « United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita », aff. n°27/76.

Cass. com., 10 mars 1992, n°90-16.298, Bull. 1992, IV, n°111, p. 81.

commerciale et désintéressée (ex. : association créée pour la conservation d'un site qui organise à titre principal la visite payante des sites et des spectacles ; association médicale qui mêle à ses activités médicales une activité sociale (prestations gratuites ; formation médicale ; enseignement gratuit ...). Certes, l'association évolue sur le marché mais son activité ne doit pas relever de la loi du marché car les bénéfices sont affectés à la réalisation d'un objectif désintéressé. C'est précisément la raison pour laquelle l'association peut alors bénéficier d'exonérations fiscales. Cette activité n'est pas comparable à celle d'une entreprise commerciale qui recherche exclusivement le profit ».

89. Le contrôle de légalité de la restriction à la libre concurrence. - En poursuivant ce raisonnement emprunté au droit du marché intérieur, lorsqu'associations et entreprises lucratives fournissent des produits ou services substituables les uns aux autres, le traitement fiscal différencié consistant dans l'octroi de subventions doit être à la fois justifié par un motif d'intérêt général, et proportionné au but poursuivi.

90. Illustration. - À notre avis, c'est parce qu'aucun motif d'intérêt général ne saurait justifier un traitement fiscal plus favorable des Associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (AMAP) au détriment des autres réseaux de distribution de produits agricoles, offrant pourtant des produits substituables, que les AMAP sont assujetties aux impôts commerciaux, en dépit d'une gestion désintéressée pour elles-mêmes. En effet, les AMAP ne contribuent pas directement à l'intérêt général de « défense de l'environnement naturel »²⁰⁶ mais relèvent simplement de l'agriculture dite « raisonnée » : « *Les participants à l'AMAP recherchent des aliments sains, produits dans le respect de l'Homme, de la biodiversité et du rythme de la Nature* »²⁰⁷. C'est en tout cas l'argument qu'auraient pu invoquer les concurrents des AMAP si ces dernières avaient bénéficié d'une exonération des impôts commerciaux.

2. L'encadrement fiscal de la non-lucrativité

91. Associations et égalité devant l'impôt. – Eu égard au principe constitutionnel d'égalité devant la loi (et en l'occurrence, devant la loi fiscale) consacré à l'article 6 de la Déclaration

²⁰⁶ CGI, art. 200-1-b.

²⁰⁷ ANNUAIRE NATIONAL DES AMAP, « Qu'est-ce qu'une AMAP ? », en ligne : <<http://www.reseau-amap.org/amap.php>> (consulté le 22 février 2017).

des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il va de soi que « *du moment qu'une association peut être qualifiée d'entreprise, elle est soumise aux mêmes règles que toute entreprise, et notamment au droit de la concurrence (concernant le droit des ententes, cf. Cons. conc., déc. n° 96-D-04, 23 janv. 1996 ; Cass. com., 08 nov. 1994, n° 92-17.994, Bull. civ. IV, n° 325, D. 1995, somm., p. 209, note Serra Y., droit de la concurrence invoqué au profit de l'association) et au droit de la consommation (CA Paris, 24 mars 1982, D. 1982, p. 486, note Paire G. ; CA Paris, 5^e ch., sect. B, 4 juill. 1996, n° RG : 94/21940, « Association Club des chevaliers des amis de Lumière c/ société Franfinance services », JCP E 1996, n° 40, 1026, réglementation sur les clauses abusives invoquées au profit de l'association) »²⁰⁸.*

Dans un même souci d'égalité avec les autres entreprises, le résultat d'exploitation relatif aux activités lucratives de l'association est réduit du fait de la perte de subventions et de l'assujettissement aux trois impôts commerciaux : taxe sur la valeur ajoutée (TVA), impôt sur les sociétés (IS) et contribution économique territoriale (CET) composée de la cotisation foncière des entreprises (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE).

92. Remise en cause du lien automatique entre les trois impôts commerciaux. - Il importe toutefois de noter que si la non-lucrativité entraîne une exonération des trois impôts commerciaux par application des instructions fiscales²⁰⁹, à l'inverse, l'assujettissement à l'un d'eux ne devrait pas nécessairement entraîner un assujettissement aux deux autres puisque leurs champs d'application respectifs ne se recoupent pas complètement :

- « *L'article 206-1 soumet à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun l'ensemble des personnes morales « se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ».*

- *Les règles d'assujettissement à la CET sont précisées à l'article 1447 du Code Général des Impôts. Y sont notamment soumises les personnes morales “qui exercent à titre habituel une activité professionnelle non salariée”.*

- *Le fait pour une opération d'entrer ou non dans le champ d'application de la TVA est conditionné par son caractère onéreux ou non. Sont assujetties à la TVA “les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel” (art. 256 I du CGI) »²¹⁰.*

²⁰⁸ DURAND, H., « L'association comme entreprise de l'économie sociale et solidaire », *RLDA*, 1^{er} décembre 2013, suppl. n°88 :

²⁰⁹ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, § 10 et 30.

²¹⁰ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 12.

Cette solution, défendue notamment par le HCVA, par le Mouvement associatif²¹¹ et par Brigitte CLAVAGNIER²¹², a été confirmée par un récent arrêt non publié rendu par le Conseil d'État²¹³.

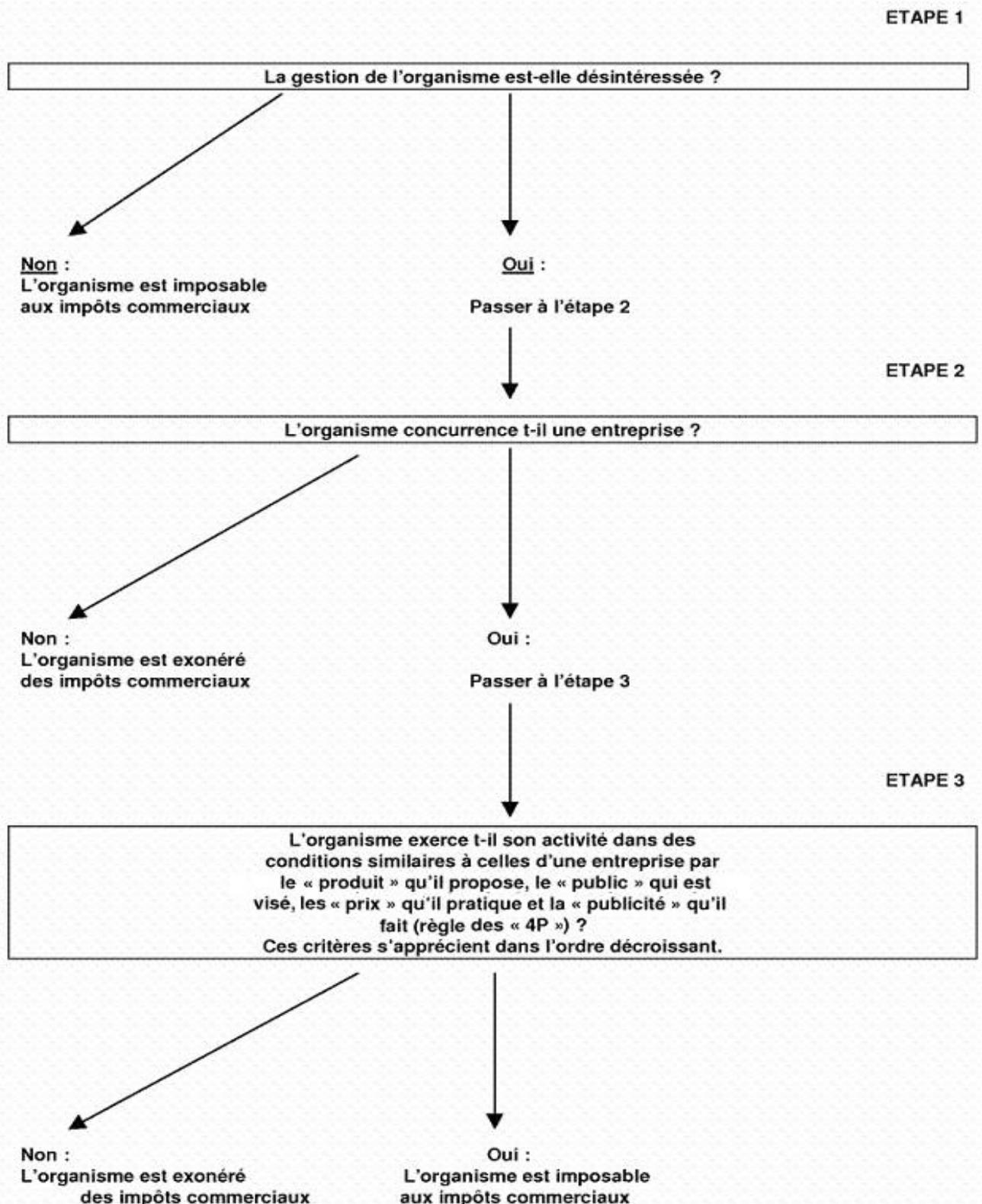
93. L'absence de but lucratif en droit fiscal. - Pour être exemptées d'impôts commerciaux, les associations doivent justifier d'une activité sociale sans « but lucratif » au sens fiscal, bien plus strict que le simple non-partage des bénéfices. En résumé, chaque activité économique de l'association doit se soumettre à une analyse en trois étapes schématisées comme suit²¹⁴ :

²¹¹ Proposition n°35 in MOUVEMENT ASSOCIATIF (LE), *Pour une politique de vie associative ambitieuse et le développement d'une société de l'engagement*. Rapport remis au Premier Ministre le 8 juin 2018, p. 28-29. En ligne : <https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_complet_chantier_vie_asso_lma.pdf> (consulté le 9 juillet 2018).

²¹² « *L'exercice d'une activité économique peut justifier un assujettissement à la TVA, mais n'implique pas nécessairement une démarche lucrative justifiant l'assujettissement de l'association à l'IS et à la CET. Inversement, certaines activités sont expressément exonérées de TVA - par exemple, les activités de formation sur option, médicales, de banque ou d'assurance - alors qu'elles sont lucratives* » in CLAVAGNIER, B., « Le Conseil d'État remettrait-il en cause le lien entre les impôts commerciaux ? », *JA* n°563/2017, p. 3.

²¹³ DELSOL, X., LAROCHE, A., « L'absence de lien automatique ? », *Comm. CE* 21 juin 2017, n°392692, inédit, *JA* n°569/2017, p.39.

²¹⁴ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10, §70 du 5 avril 2017.



Détaillons à présent ce raisonnement.

94. L'absence de but lucratif et la gestion désintéressée. - Pour répondre positivement à la première question « La gestion de l'organisme est-elle désintéressée ? », il faut que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies²¹⁵ :

- i. L'organisme (ou plutôt l'« organisation »²¹⁶) est géré et administrée à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ; une tolérance est toutefois admise au paragraphe 90 de l'instruction fiscale BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017 publiée au Bulletin officiel des finances publiques-Impôts (BOFiP-Impôts) : un dirigeant de droit ou de fait peut recevoir une rémunération brute mensuelle (incluant le salaire, ses accessoires, et les remboursements de frais non professionnels) dont le montant total n'excède pas les trois-quarts du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), soit 1 123,85 euros bruts mensuels (SMIC brut mensuel au 1^{er} janvier 2018 sur la base de la durée légale du travail de 35 heures hebdomadaires : 1 498,47 euros). Autre tempérament : lorsque l'association est déclarée depuis au moins quatre ans et que le montant des ressources de l'organisme, majorées des ressources des organismes affiliés et hors ressources issues de versements publics, est supérieur ou égal à 200 000 euros, l'association peut envisager de rémunérer ses dirigeants dans les conditions particulières énoncées aux paragraphes 260 à 360 de cette même instruction fiscale.
- ii. L'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, sous quelque forme que ce soit. On retient des paragraphes 480 et 490 que sont ainsi prohibés les distributions directes des résultats (prime de performance indexée sur le chiffre d'affaires ou sur un solde comptable) et tous les avantages injustifiés, de quelque nature qu'ils soient (prise en charge de dépenses personnelles, rémunérations exagérées ou injustifiées, service de rémunérations de comptes courants, prélèvements en nature, prêts à des taux préférentiels, etc.) et quel que soit le bénéficiaire (fondateurs, membres, salariés, fournisseurs ...).
- iii. Les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports (ou plutôt des « dotations »).

²¹⁵ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, §50 et s.

²¹⁶ Cf. *supra* n°66.

95. La distribution indirecte des bénéfices au sein des AMAP fondant la qualification de gestion intéressée. - Pour le Ministère de l'Agriculture, c'est la deuxième condition qui fait défaut aux AMAP pour que leur gestion soit désintéressée : c'est ce que l'on comprend de sa réponse à la question écrite de Jean-Jacques CANDELIER ²¹⁷ et qui étoffe la réponse à la celle de Jack LANG²¹⁸, substantiellement identique : « *Est également lucrative une association qui entretient des relations privilégiées avec des entreprises qui en retirent un avantage concurrentiel, comme indiqué au BOI-IS-CHAMP-10-50-10-30 : un organisme est lucratif dès lors qu'il permet de manière directe aux professionnels de réaliser une économie de dépenses, un surcroît de recettes ou de bénéficier de meilleures conditions de fonctionnement, quand bien même cet organisme ne rechercherait pas de profits pour lui-même. Or les associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (AMAP) sont des associations type "loi 1901" dont l'objet est de créer un lien direct entre des consommateurs et un exploitant agricole. Par leur activité, les AMAP permettent à des producteurs non seulement d'obtenir des débouchés, mais également de leur assurer un revenu en raison du fait que les consommateurs s'engagent contractuellement à acheter à l'avance leur production et effectuent un prépaiement des produits qui leur seront livrés, ce qui permet ainsi à ces exploitants agricoles de disposer d'un fonds de roulement ou d'une trésorerie suffisante pour faire face à leurs dépenses et investissements. Ainsi, en assurant à un professionnel l'écoulement de sa production par la mise en relation (même sans commission) des adhérents avec l'agriculteur, les AMAP participent au développement économique de l'exploitation. L'activité des AMAP est donc considérée du point de vue des principes fiscaux susmentionnés comme lucrative et celles-ci sont soumises aux impôts commerciaux quels que soient leur taille et le montant de leurs recettes. Toutefois dès lors que ces associations ne perçoivent en principe que des recettes modiques, les conséquences de la fiscalisation de ces structures sont en pratique limitées ».*

Dans l'exemple des AMAP, l'analyse s'arrête donc là : elles sont alors considérées comme lucratives au sens fiscal et par-là assujetties aux impôts commerciaux.

96. L'absence de but lucratif et le test de substituabilité des biens et services. - La deuxième question de l'analyse, « L'organisme concurrence-t-il une entreprise ? » renvoie à la

²¹⁷ MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET, Rép. min., question n°458 : JOAN, 9 avril 2013, p. 3858.

²¹⁸ MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET, Rép. min., question n°130690 : JOAN, 17 avril 2012, p. 2999.

recherche d'une substituabilité des produits ou services offerts par l'association et d'autres entreprises sur un territoire donné (§530-560), telle que nous l'avons présentée précédemment²¹⁹.

97. L'absence de but lucratif et la règle des 4P. - La troisième question, relative aux conditions de gestion (« L'organisme exerce-t-il son activité dans des conditions similaires à celles d'une entreprise par le "produit" qu'il propose, le "public" qui est visé, les "prix" qu'il pratique, et la "publicité" qu'il fait [règle des "4P"] »), revient à « *considérer l'utilité sociale de l'activité* (« **p**roduit » et « **p**ublic »), *l'affectation des excédents dégagés par l'exploitation, les conditions dans lesquelles le service est accessible* (« **p**rix »), *ainsi que les méthodes auxquelles l'organisme a recours pour exercer son activité* (« **p**ublicité ») » (§570).

L'utilité sociale dont il est question ici n'est pas celle définie à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014. « *Est d'utilité sociale l'activité qui tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante* » (§590)²²⁰. C'est notamment le cas lorsque les bénéficiaires des biens et services produits par l'association sont des « *personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale : chômeurs, personnes handicapées notamment [...]. Il est en outre précisé que pour l'appréciation de ce critère, il convient de se référer au public réel de l'activité concernée et non à la personne ou à l'organisme qui la finance, ni même aux bénéficiaires des excédents dégagés par l'activité* » (§610). La situation économique préoccupante des agriculteurs, qui motiverait leur adhésion à des AMAP afin d'écouler leurs productions à des prix décents, ne peut donc entrer en ligne de compte dans cette analyse. Seule compte la situation économique et sociale des consommateurs.

En outre, les excédents réalisés, voire temporairement accumulés, doivent prioritairement être destinés à faire face à des besoins ultérieurs ou à des projets entrant dans le champ de son objet non lucratif (§630).

²¹⁹ Cf. *supra* n°87.

²²⁰ Cette définition diffère de celle retenue à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 (cf. annexe unique), mais sa formulation n'est pas sans rappeler l'alinéa 2 de l'article 3-I du décret n°2002-241 du 21 février 2002 relatif à la société coopérative d'intérêt collectif :

« Pour apprécier le caractère d'utilité sociale du projet, le Préfet tient compte notamment de la contribution que celui-ci apporte à des besoins émergents ou non satisfaits, à l'insertion sociale et professionnelle, au développement de la cohésion sociale, ainsi qu'à l'accessibilité aux biens et aux services. »

« Il convient d'évaluer si les efforts faits par l'organisme pour faciliter l'accès du public se distinguent de ceux accomplis par les entreprises du secteur lucratif, notamment par un prix nettement inférieur pour des services de nature similaire. Cette condition peut éventuellement être remplie lorsque l'organisme pratique des tarifs modulés en fonction de la situation des clients » (§650).

Enfin, le recours à des pratiques commerciales publicitaires est un indice de lucrativité (§670).

98. Traitement fiscal des activités secondaires lucratives. - Lorsqu'à l'issue de cette analyse, on conclut que l'association est assujettie aux impôts commerciaux pour certaines activités, mais que les activités non lucratives restent prépondérantes, il reste néanmoins trois possibilités d'échapper aux impôts commerciaux :

- cantonner les activités lucratives dans la limite de la franchise d'impôts commerciaux : jusqu'à 62 250 euros hors taxes (HT) de recettes d'exploitation annuelles.
- « sectoriser » les activités lucratives, ce qui revient à tenir une double comptabilité, ou
- créer une société-filiale dédiée uniquement aux activités lucratives. L'association-mère devra alors se garder d'intervenir dans la gestion de sa filiale capitaliste²²¹ et les activités économiques des deux entités ne devront pas être complémentaires afin qu'elles ne soient pas qualifiées d'« organismes liés » par l'Administration fiscale²²².

Le HCVA, soutenu par le Mouvement associatif²²³, plaide pour le relèvement du plafond de la franchise d'impôts commerciaux : en partant du seuil qui avait été initialement fixé par l'article 8 de la loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002 et en tenant compte de l'inflation depuis 2002, le HCVA préconise de le porter à 72 000 euros²²⁴. Le cabinet EY va quant à lui jusqu'à préconiser une péréquation illimitée²²⁵.

99. Dérogations sectorielles. - On note également cinq régimes sectoriels spécifiques d'exonération partielle d'impôts commerciaux²²⁶ :

²²¹ Cf. *infra* n°401.

²²² BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10 du 4 avril 2018, §130-170.

²²³ Proposition n°35 in MOUVEMENT ASSOCIATIF (LE), préc., p. 28-29.

²²⁴ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 10-11.

²²⁵ DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), « ESS : quelles perspectives pour les mesures proposées ? Le regard d'EY », préc., p. 19.

²²⁶ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-30 du 12 septembre 2012.

1. le régime des organismes intervenant dans les domaines sportifs et culturels
2. le régime des organismes intervenant dans les domaines du tourisme et des loisirs
3. le régime des organismes intervenant dans le domaine socio-éducatif
4. le régime des fédérations d'associations locales, des agences d'urbanisme constituées sous forme associative et fédérative, des associations ayant une activité de formation professionnelle, des associations « Juniors entreprises », des associations culturelles, des associations membres qui collaborent au service public de la justice pénale, des associations intermédiaires conventionnées et associations agréées de services aux personnes
5. le régime des congrégations religieuses, fonds de dotation²²⁷, syndicats professionnels, organismes mutualistes et caisses de retraite.

100. Synthèse de la section 1. - En guise de synthèse de cette étude des normes impératives entravant la constitution de fonds propres par les associations loi 1901, nous retiendrons que l'association est une forme particulière d'entreprise, qui produit et commercialise des biens et services en disposant de fonds propres moindres par rapport aux entreprises constituées sous une forme juridique propre à la poursuite d'un but lucratif, et qui est donc moins solvable que ces dernières. Cela justifierait en outre que l'article L. 464-2 du Code de commerce autorise l'Autorité de la concurrence à prononcer des sanctions pécuniaires différenciées, plafonnées à trois millions d'euros pour les OSBL au lieu d'un pourcentage du chiffre d'affaires, sans méconnaître le principe constitutionnel d'égalité devant la loi²²⁸... à supposer que l'étude des normes impératives régissant les fondations nous mène à la même conclusion.

Section 2. Les obstacles à la création et au développement des fondations dotées de la personnalité juridique

101. Définition de la fondation. - La définition légale des entreprises de l'ESS nous contraint à évincer les fondations dépourvues de personnalité juridique. Or, pour acquérir la personnalité juridique, l'acte de fondation, c'est-à-dire l'acte libéral d'affectation irrévocable de ressources matérielles et financières (même après dissolution) à un objet social d'intérêt

²²⁷ Cf. *infra* n°252.

²²⁸ Cons. const., 7 janvier 2016, n°2015-510-QPC, D. 2016, p. 68.

Cette solution est désormais reprise à son compte par la Cour de cassation (Cass. com., 8 février 2017, n°15-15.005).

général et à but non lucratif, doit être autorisé par l'administration (le décret portant reconnaissance d'utilité publique est le point de départ de la capacité juridique). La nouvelle personne morale ainsi créée accepte ensuite la dotation de son ou ses fondateurs, personnes physiques ou morales, de droit public ou privé. En effet, nous l'avons vu, la fondation n'est pas un groupement de personnes mais de biens. De ce fait, elle peut être unipersonnelle. Elle peut donc ne pas avoir de gouvernance démocratique.

102. Rôle. - Une fondation, c'est avant tout un outil de financement privilégié en faveur des autres branches de l'économie sociale et solidaire. Elle a parfois des difficultés à financer d'autres entreprises de l'ESS en leur laissant leur centre de décision autonome.

103. Membres. - Il n'est pas nécessaire d'avoir consenti une dotation pour être membre d'une fondation. On peut être membre à vie ou, si les statuts en disposent autrement, voir son adhésion soumise au renouvellement par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. On peut également décider de la création d'une fondation dans son testament et devenir ainsi fondateur *post mortem via* son exécuteur testamentaire (légataire universel ou particulier) qui, au bout de son année de mandat, devient généralement membre de la fondation en son nom propre, c'est-à-dire à titre personnel.

104. Les sept types de fondation. - L'objet de la fondation détermine sa qualification adéquate, et, par conséquent son régime juridique, en particulier la valeur minimum et la provenance de la dotation exigée par la loi pour la réalisation de ses missions, ainsi que le type d'acte administratif de reconnaissance requis (conférant la personnalité juridique). Il existe sept types de fondation :

1. la fondation reconnue d'utilité publique (L. n°87-571 du 23 juillet 1987, art. 18 et s.) incluant la Fondation du patrimoine (créée par le législateur au moyen de la loi n°96-590 du 2 juillet 1996),
2. la fondation d'entreprise (L. du 23 juillet 1987 préc., art. 19 et s.),
3. la fondation abritée dite « sous égide »,
4. la fondation de coopération scientifique (C.rech., art. L. 344-1 et L.344-2),
5. la fondation universitaire (dépourvue de personnalité juridique, c'est une simple convention – C.éduc., art. L. 719-12),
6. la fondation partenariale (C.éduc., art. L. 719-13),
7. la fondation hospitalière (CSP, art. L. 6141-7-3).

105. Nombre de fondations en France. - D'après *le Figaro* et l'Agence France Presse (AFP), « en 2014, il y avait en France 2 229 fondations, un nombre deux fois plus élevé qu'en 2001. La hausse a été de 25 % entre 2009 et 2013 ». Au 31 décembre 2017, on comptait 2 364 fondations en France²²⁹.

106. L'impact des normes impératives régissant les fondations personnes morales sur leur performance financière. Plan. - Dans notre étude des normes impératives pouvant produire des effets sur la performance financière des fondations, nous distinguerons, parmi les fondations dotées de la personnalité juridique, les fondations reconnues d'utilité publique (I) et les fondations « privées » (II), pour reprendre la simplification du régime des fondations proposée par le praticien Lionel DEVIC²³⁰. Ce sont aussi les deux grands régimes juridiques de fondations en droit positif, qui servent de modèle aux autres fondations, à l'exception de la fondation universitaire qui n'est qu'un « patrimoine d'affectation » par convention²³¹.

- I. Les obstacles à la création et au développement d'une fondation reconnue d'utilité publique

Des normes impératives obérant la performance financière. Plan. - La performance financière des fondations reconnues d'utilité publique nous semble limitée par la complexité des règles de constitution même (1) et par l'interdiction d'accès à certaines ressources financières (2).

1. Les restrictions à la création même d'une fondation reconnue d'utilité publique

107. Statuts-types. - La section non contentieuse de l'intérieur du Conseil d'État propose des statuts-types de fondation reconnue d'utilité publique, dépourvus de force contraignante.

²²⁹ CENTRE FRANÇAIS DES FONDS ET FONDATIONS, « Les derniers chiffres sur les fonds et fondations en France ». En ligne :

<<http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-derniers-chiffres-sur-les-fonds-et-fondations-en-France>> (consulté le 25 janvier 2018).

²³⁰ DEVIC, L., « Fondations : pour la fin du millefeuille », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 12.

²³¹ MESCHERIAKOFF, A.-S., « Étude 825 – La fondation universitaire », in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t. 2, Paris, Lamy, 2018, § 825-1.

Ils ont été édités trois fois : en 2003, en 2012 et en 2018²³². Il s'agit d'une source de *soft law* (droit mou) : ces statuts-types n'ont pas force obligatoire et ne lient ni le Ministère de l'Intérieur, ni le juge administratif, mais offrent une ligne directrice ou orientation générale.

Le Ministère de l'Intérieur peut saisir le Conseil d'État pour avis consultatif à l'occasion d'une demande de reconnaissance d'utilité publique.

108. Dotation minimale conseillée. - Pour constituer une fondation reconnue d'utilité publique, les statuts-types recommandent une dotation irrévocable valant au moins 1,5 million d'euros²³³ (en numéraire ou en nature, consistant en des biens matériels ou immatériels²³⁴) et dans tous les cas d'importance suffisante par rapport à la mission de ladite fondation afin d'en garantir la pérennité. Le juge administratif suprême interdit que sa provenance soit essentiellement publique²³⁵. Le constat ultérieur d'insuffisance de dotation justifie le retrait de la reconnaissance d'utilité publique, entraînant la dissolution de la fondation reconnue d'utilité publique.

109. OSBL de préfiguration. - Pour surmonter la difficulté majeure que constituent ces 1,5 million d'euros, il est possible de créer une autre OSBL (fondation personne morale d'un autre type, i.e. association ou fonds de dotation) ayant pour objet la création d'une fondation reconnue d'utilité publique et, par-là, la réunion du montant de dotation nécessaire. On parle alors de « structure de préfiguration ». Avant la loi du 31 juillet 2014, la réalisation de son objet pouvait en être soit une condition résolutoire et cause de dissolution, soit une cause de changement d'objet : l'OSBL devenait par exemple une association ou un fonds de dotation « des amis de la fondation » créée et acquérait le plus souvent le statut de membre de cette dernière²³⁶.

La lourdeur de ce type de montage, quelle qu'en soit l'issue, pouvait décourager. C'est pourquoi l'article 83 de la loi du 31 juillet 2014 a permis la transformation de la structure de préfiguration

²³² SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Modèle de statuts de fondation reconnue d'utilité publique », 6 août 2018. En ligne : < <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R31090> > (consulté le 24 septembre 2018).

²³³ Note 29 sous l'article 11 des statuts-types 2018.

²³⁴ L. du 23 juillet 1987 préc., art. 18.

²³⁵ CE, 10^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 28 juillet 1995, n° 146878, *Lebon* : « Il ressort des pièces du dossier que ladite Fondation était, en raison de l'insuffisance de sa dotation, étroitement dépendante des contributions de l'État, d'ailleurs en diminution sensible ».

²³⁶ VERJAT, A., « Étude n° 63. Les fondations d'utilité publique », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., préc., § 63.35, p.1373.

en fondation reconnue d'utilité publique sans création d'une personne morale nouvelle, mais par simples révisions statutaires²³⁷. Reste que réunir 1,5 million d'euros pour une cause désintéressée peut s'avérer très long...

110. Fondations hospitalières. - Les fondations hospitalières sont soumises aux règles des fondations reconnues d'utilité publique.

D'après le praticien Wilfried MEYNET, aucune fondation hospitalière n'a été créée pour l'heure²³⁸.

111. Fondations de coopération scientifique. - Les fondations de coopération scientifique bénéficient quant à elles d'une option : adopter soit le régime des fondations reconnues d'utilité publique, soit celui des fondations abritées ; dans ce dernier cas, elles conserveront une personnalité juridique distincte.

112. Fondations sous égide et fondations abritantes. - La fondation abritée par une fondation reconnue d'utilité publique²³⁹, encore appelée « fondation sous égide », est dépourvue de personnalité juridique. Elle n'a donc aucune obligation, ni juridique, ni fiscale, ni comptable. Ses biens, droits et ressources sont gérés par la fondation d'utilité publique dite « affectataire » ou, dans le langage courant, « abritante ». Le montant minimum de la dotation d'une fondation sous égide est fixé librement par la fondation abritante²⁴⁰. La souplesse de la constitution des fondations abritées explique sans doute leur succès²⁴¹.

D'après le Centre français des fonds et fondations (CFF), en novembre 2017, il existait 80 fondations abritantes (contre 53 en mars 2017)²⁴².

²³⁷ S'agissant de la fondation de préfiguration, sa transformation en fondation reconnue d'utilité publique sans création d'une personne morale nouvelle est rendue possible par l'article 6 de l'ordonnance n°2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations.

²³⁸ MEYNET, W., « Fondation hospitalière : la fondation de trop... mais un exemple à suivre ! », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 29.

²³⁹ L. du 23 juillet 1987 préc., art. 20.

²⁴⁰ COUCHOUX, S., VINAS, A., « Étude 820 – Les fondations abritées (ou sous égide) » in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t. 2, Paris, Lamy, 2015, § 820-10.

²⁴¹ DURFORT (DE), B., « Évolutions et transitions », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 16-17.

²⁴² CENTRE FRANÇAIS DES FONDS ET FONDATIONS, « Annuaire des fondations abritantes ». En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/cercles-themes/cercles/fondations-abritantes/annuaire/annuaire-des-fondations-abritantes>> (consulté le 1^{er} mars 2017).

CENTRE FRANÇAIS DES FONDS ET FONDATIONS, « Fondations abritantes, fondations sous égide : un écosystème au service de l'intérêt général. Enjeux, nouveaux acteurs, diversification des modèles », p. 16, novembre 2017.

2. Des ressources financières limitées

113. Ressources financières de la fondation. - Par opposition aux associations simplement déclarées, les ressources financières des fondations, quelle que soit leur qualification juridique, sont essentiellement générées par la valorisation de leur patrimoine, qui n'a pas vocation à être consommé mais à être placé. La fondation peut notamment émettre des obligations²⁴³.

Par opposition aux associations, les fondations ne peuvent pas recueillir des droits d'adhésion et des cotisations puisque ce ne sont pas des personnes mais des biens qui y sont réunis.

L'excédent annuel de la fondation reconnue d'utilité publique peut venir augmenter la dotation²⁴⁴.

Seule la reconnaissance d'utilité publique donne droit à la collecte de dons sur appel public à la générosité.

114. Régime fiscal de la fondation reconnue d'utilité publique. - Les revenus du patrimoine de la fondation reconnue d'utilité publique sont exonérés d'impôts²⁴⁵.

115. Fondation et activité économique. - Les statuts peuvent étendre l'objet statutaire à des activités économiques accessoires, avec les mêmes incidences juridiques (sous l'angle de la concurrence déloyale²⁴⁶) et fiscales (en raison de l'appréciation du but non lucratif²⁴⁷) que pour les associations.

116. Reconnaissance d'utilité publique et non-lucrativité au sens fiscal. - Sur ce point, il importe d'ailleurs de souligner que la reconnaissance d'utilité publique est sans incidence sur

En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/publications-du-centre/guides-et-etudes/cff-livrible-fondations-abritantes-web.pdf>> (consulté le 20 janvier 2018).

²⁴³ L. du 31 juillet 2014, art. 84.

²⁴⁴ Art. 11 des statuts-types 2018.

²⁴⁵ CGI, art. 206-5 et 219 bis.

²⁴⁶ Cf. *supra* n°86 et s.

²⁴⁷ Cf. *supra* n°91 et s.

l'appréciation du but non lucratif :

« Certaines administrations, notamment celles de l'État, ont mis en place des procédures de reconnaissance ou d'agrément des organismes sans but lucratif qui, agissant dans leur secteur d'intervention, peuvent contribuer à l'exercice d'une mission d'intérêt général, voire de service public. Dès lors que ces agréments prennent en compte la nature du besoin à satisfaire et les conditions dans lesquelles il y est fait face, ils peuvent contribuer à l'appréciation de l'utilité sociale d'un organisme.

Cela étant, les relations avec des organismes publics et les procédures d'agrément visées à l'alinéa précédent constituent un élément qui n'est ni nécessaire ni suffisant pour établir ce caractère d'utilité sociale. »²⁴⁸.

En résumé, les ressources d'une fondation vont se limiter aux revenus tirés de la dotation, aux subventions éventuellement perçues, aux autres dons manuels, et au produit de l'activité économique.

II. Les obstacles à la création et au développement des fondations d'entreprise

117. Fondations partenariales. - Les fondations partenariales sont soumises au régime juridique des fondations d'entreprise.

118. Associations et fondations d'entreprise. Plan. - Comme le fait remarquer Colas AMBLARD, il ressort de l'article 19 de la loi du 23 juillet 1987 que les associations ne peuvent être fondatrices d'une fondation d'entreprise²⁴⁹ :

« Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives, les institutions de prévoyance ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise. Lors de la constitution de la fondation d'entreprise, le ou les fondateurs s'engagent à effectuer les versements mentionnés à l'article 19-7 de la présente loi ».

²⁴⁸ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 12 septembre 2012, §600.

²⁴⁹ AMBLARD, C., « Étude 815 – Fondations d'entreprise », in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t. 2, Paris, Lamy, 2015, § 815-4.

Les associations et autres OSBL bénéficiaires des missions d'une fondation d'entreprise peuvent toutefois être associées à sa gouvernance *via* les instances collégiales : conseil d'administration²⁵⁰ et collèges consultatifs *ad hoc*. Il n'y a donc pas là d'entrave à la performance financière des fondations d'entreprise.

Des normes impératives obérant la performance financière des fondations d'entreprise.

Plan. - Il en va autrement de l'obligation d'arrêter par avance un programme d'action pluriannuel avec l'allocation d'une somme minimale (1) et de la capacité juridique restreinte des fondations d'entreprise (2).

1. Un dispositif conçu pour les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises

119. Programme d'action pluriannuel et dotation initiale. - Depuis la loi n°2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, les fondations d'entreprise n'ont plus l'obligation d'avoir une dotation initiale.

En revanche, il résulte de l'article 19-7 de la loi du 23 juillet 1987 et du décret n°91-1005 du 30 septembre 1991 pris pour l'application de la loi n°90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations que les fondateurs ont l'obligation d'établir un programme d'action pluriannuel, dans lequel sont décrits les objectifs de la fondation d'entreprise, les moyens qui y seront affectés ainsi que le délai de réalisation de ces objectifs. Ils doivent s'engager à affecter, de manière irrévocable, une somme d'au moins 150 000 euros, libérable sur cinq exercices au maximum. Aucun fondateur ne peut quitter le groupement avant la bonne exécution de son engagement personnel.

120. Critique. - Ce dispositif n'est pas dénué de sens : la somme de 150 000 euros semble raisonnable pour garantir la viabilité des projets philanthropiques portés par les grandes entreprises. Cependant, cela paraît assez contraignant pour les petites et moyennes entreprises

²⁵⁰ L. du 23 juillet 1987, art. 19-4.

(PME)²⁵¹. Cela expliquerait peut-être que peu d'entre elles se lancent dans la création d'une telle structure, même à plusieurs.

2. Un patrimoine et des ressources limités

121. Ressources financières de la fondation d'entreprise. - Les ressources des fondations d'entreprise sont limitativement énumérées à l'article 19-8 de la loi du 23 juillet 1987 :

« Les ressources de la fondation d'entreprise comprennent :

1° Les versements des fondateurs [...]

2° Les subventions de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

3° Le produit des rétributions pour services rendus ;

4° Les revenus de la dotation initiale si celle-ci a été constituée [...]

Sous peine de retrait de l'autorisation administrative prévue à l'article 19-1, la fondation d'entreprise ne peut faire appel à la générosité publique ; elle ne peut recevoir de dons ni de legs. Elle peut toutefois recevoir des dons effectués par les salariés, mandataires sociaux, sociétaires, adhérents ou actionnaires de l'entreprise fondatrice ou des entreprises du groupe [...] auquel appartient l'entreprise fondatrice ».

Par exception, les fondations partenariales, elles, peuvent recevoir des donations et legs.

²⁵¹ Il convient ici de rappeler la définition réglementaire de la microentreprise, de la PME, de l'entreprise de taille intermédiaire et de la grande entreprise, donnée à l'article 3 du décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, pris en application de l'article 51 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie :

« La catégorie des microentreprises est constituée des entreprises qui :

— d'une part occupent moins de 10 personnes ;

— d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros.

La catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui :

— d'une part occupent moins de 250 personnes ;

— d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.

La catégorie des entreprises de taille intermédiaire (ETI) est constituée des entreprises qui n'appartiennent pas à la catégorie des petites et moyennes entreprises, et qui :

— d'une part occupent moins de 5 000 personnes ;

— d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 1 500 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 millions d'euros.

La catégorie des grandes entreprises (GE) est constituée des entreprises qui ne sont pas classées dans les catégories précédentes ».

122. Régime fiscal de la fondation d'entreprise. – Les revenus du patrimoine de la fondation d'entreprise bénéficient de taux réduits d'impôt sur les sociétés²⁵².

123. Capacité juridique de la fondation d'entreprise. - Le patrimoine de la fondation d'entreprise est quant à lui restreint par l'article 19-3 de la loi du 23 juillet 1987 qui dispose qu'« elle ne peut acquérir ou posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elle se propose », ce qui exclut la propriété d'immeubles de rapport.

²⁵² CGI, art. 219 bis.
Cf. *infra* n° 401.

Conclusion du chapitre 1^{er} du Titre I^{er} (Première partie)

Nul ne doute que la reconnaissance juridique des associations et des fondations en tant qu'entreprises est désormais acquise. Pourtant, leur régime juridique et fiscal demeure source de fragilité financière, sans raison valable. Une intervention du législateur est donc attendue pour y pallier.

L'interdiction faite aux associations simplement déclarées et aux fondations d'entreprise de posséder des immeubles de rapport est la première et la plus évidente des restrictions injustifiées de leur capacité financière. Elle les prive arbitrairement non seulement des revenus tirés de l'investissement immobilier, mais également de sûretés réelles, utiles en particulier pour garantir des prêts bancaires.

Les prétendus « apports » à l'association, lorsqu'ils sont irrévocables, doivent être requalifiés en don, donation ou legs et doit ouvrir droit aux avantages fiscaux relatifs aux libéralités, ce qui encouragerait les sociétaires à apporter davantage et renforcerait l'actif des associations.

Le plafond de rémunération des dirigeants d'associations non lucratives aux trois-quarts du SMIC nous paraît handicapant pour le développement de l'entreprise associative car il cantonne l'activité des dirigeants à du temps partiel, voire à du quasi-bénévolat, tandis que la rémunération des salariés est libre (même si elle ne doit pas présenter un « caractère excessif »²⁵³). Le débat moral sur la désirabilité de la professionnalisation du secteur non lucratif, sans être inintéressant, est dépassé dans la perspective entrepreneuriale impulsée par la loi du 31 juillet 2014, et surtout au vu de la pression actuelle pour trouver une alternative au financement public. De fait, il conviendrait de revaloriser ce plafond de rémunération à une fois et demie le SMIC mensuel sur la base des 35 heures.

L'Administration fiscale devrait reconnaître, dans ses instructions fiscales, l'absence de lien automatique entre les trois impôts commerciaux.

Pour stimuler la création de fondations d'entreprise par les PME, il serait souhaitable de ne pas fixer de montant minimal à allouer au programme d'action pluriannuel.

²⁵³ BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, § 120.

Enfin, notre proposition la plus audacieuse invite le législateur à cesser de considérer l'OSBL fiscalement non lucrative comme un consommateur final, et donc l'assujettir à la TVA, ce qui signifie lui permettre de déduire la TVA payée à ses fournisseurs du montant de la TVA collectée auprès de ses clients. Une proposition subsidiaire serait de l'autoriser à vendre hors taxes et à acheter hors taxes, ce qui ne remettrait pas en cause le principe de neutralité de la TVA pour ceux de ses fournisseurs assujettis à la TVA.

Nous devons à présent nous assurer que les normes impératives régissant les formes juridiques historiques de l'ESS à lucrativité limitée, à savoir les coopératives et les mutuelles, ne freinent pas la performance financière des entreprises ayant adopté ce statut.

Chapitre II. L'adaptation des normes impératives des entités à lucrativité limitée de l'ESS historique au besoin de performance financière

124. Le modèle coopératif, idéaltype de l'entreprise sociale et solidaire. - Ni l'association, ni la fondation n'avaient été conçues pour poursuivre une activité économique. Elles y ont pourtant recours par nécessité, ce qui fait d'elles incidemment des « entreprises ».

Mais les trois piliers de la définition légale de l'entreprise sociale et solidaire – utilité sociale, gouvernance démocratique et non-lucrativité – laissent plutôt penser que le législateur avait pour idéaltype le modèle coopératif ou mutualiste. En effet, mutuelles et coopératives ont en commun les caractéristiques suivantes : le principe de « double qualité », la lucrativité limitée et le principe « une personne, une voix ».

125. Définition du principe de la double qualité. - La double qualité est le principe selon lequel on ne peut être usager d'une coopérative ou d'une mutuelle que si l'on en est associé. C'est cet aspect de la vie coopérative que le Crédit Mutuel a mis en avant dans sa campagne publicitaire de 2016 autour du slogan : « *La banque qui appartient à ses clients* ». Cette règle conditionne l'utilité sociale de la coopérative ou de la mutuelle : elle existe en théorie essentiellement pour rendre à ses membres des services non satisfaits par le marché²⁵⁴, ce qui n'est possible que parce que l'enrichissement des associés n'est pas une priorité.

126. Définition du principe de lucrativité limitée. - La lucrativité limitée repose sur trois règles : d'abord sur l'existence de réserves obligatoires impartageables, ensuite sur le plafonnement des dividendes et enfin sur l'incessibilité des parts sociales qui ne peuvent être rachetées que par la coopérative ou mutuelle émettrice, à leur valeur nominale et sous certaines conditions.

127. Définition du principe « une personne, une voix ». - En vertu de la règle « une personne, une voix », les associés sont égaux dans l'exercice de leur droit de vote, quelle que soit la valeur de leur apport personnel. Cette règle est censée garantir une gouvernance

²⁵⁴ ALCARAS, J-R., GIANFALDONI, P., GLOUKOVIEZOFF, G., RICHEZ-BATTESTI, N., « Banques coopératives et innovations sociales », *Recma*, n°301, 2006, p.26-41.

démocratique.

128. Solidité du modèle économique des coopératives et mutuelles et injonctions paradoxales actuelles. - Les coopératives et mutuelles détiennent une part considérable du marché français des services de banque-assurance : « *Près d'un tiers des emplois de ce secteur est porté par l'ESS : s'y retrouvent des assurances, essentiellement mutualistes (assurance vie, assurance biens, retraite, complémentaire santé, prévoyance) et des banques coopératives proposant des services financiers (dépôt, épargne, crédit...)* »²⁵⁵.

Ces trente dernières années, les coopératives et mutuelles ont eu à relever un double défi : d'une part, trouver des financements externes sans bouleverser leur modèle de gouvernance, et, d'autre part, faire vivre la gouvernance démocratique à l'heure de la postmodernité et de l'intégration des marchés. « *Les coopératives modernes exploitent des contradictions a priori inconciliables : prise de décisions collectives/réactivité, non-rémunération du capital/rentabilité, ancrage régional/compétition mondiale, pour ne citer que quelques-unes d'entre elles* »²⁵⁶.

129. Normes impératives en droit spécial des sociétés et performance financière. Plan.- Quelles normes impératives maintiennent ces équilibres et pérennisent l'essence des entreprises sociales et solidaires à lucrativité limitée ? Entravent-elles la performance financière des coopératives et mutuelles ?

Nous examinerons tour à tour les normes impératives contenues dans le statut des mutuelles d'assurance et de santé (Section 1), sorte de coopératives *sui generis*, et dans celui des coopératives (Section 2).

Section 1. Les normes impératives, facteur du succès économique des mutuelles

130. Définition de la mutuelle. - L'utilité sociale, au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet

²⁵⁵ CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*, p. 6. En ligne : <<http://www.cncres.org/upload/gedit/12/file/observatoire/Panorama%20de%20l'ESS%202015-CNCRES.pdf>> (consulté le 2 octobre 2016).

²⁵⁶ SENTIS, P., « L'évaluation financière des coopératives modernes », *Revue française de gestion*, 2014/5 (n°242), 2014, p. 136.

2014²⁵⁷ comme au sens fiscal de « réponse à un besoin de biens ou de services non satisfait ou mal satisfait par le marché »²⁵⁸, constitue la substance de la définition légale de la mutuelle à l'article L. 111-1 du Code de la mutualité :

« Les mutuelles sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif. Elles acquièrent la qualité de mutuelle et sont soumises aux dispositions du présent code à dater de leur immatriculation dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Elles mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie. Ces statuts définissent leur objet social, leur champ d'activité et leurs modalités de fonctionnement, conformément aux dispositions du présent code ».

131. Mutuelles d'assurance et mutuelles de santé. - Ce n'est que depuis l'ordonnance n°2001-350 du 19 avril 2001 relative au Code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992 que les mutuelles sont tenues de séparer leurs activités sanitaires et sociales (Livre III du Code de la mutualité), de leurs opérations d'assurance (Livre II du Code de la mutualité), auxquelles s'appliquent les règles dites « prudentielles » des directives européennes, parce qu'elles visent une gestion prudente des fonds investis par les banques et les compagnies d'assurance.

132. L'ordre public structurel dans le Code de la mutualité, facteur de performance financière. Plan. - L'ensemble du Code de la mutualité est d'ordre public, aux termes de son article L. 610-1 qui dispose :

« Les dispositions des statuts et des règlements, les décisions des organes d'une mutuelle, union ou fédération, les clauses des contrats collectifs conclus entre une mutuelle, union ou fédération et ses membres ne peuvent, à peine de nullité, déroger aux dispositions du présent code. Cette nullité n'est pas opposable aux membres de bonne foi ».

²⁵⁷ Cf. annexe unique.

²⁵⁸ Cf. *supra* n°97.

Nous nous concentrerons ici sur les dispositions structurelles (et donc uniquement en droit des sociétés) et non sectorielles (ce qui nous conduira à écarter la régulation des prestations mutualistes, telle que la généralisation de la complémentaire santé, les réseaux de soins aux tarifs avantageux ou encore les règles prudentielles dont le respect est contrôlé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution – ACPR) ayant elles aussi un impact, positif ou négatif, sur la performance financière des mutuelles.

Nous verrons que les principes mutualistes à valeur de normes impératives (I) ainsi que la diversité des ressources financières auxquelles les mutuelles ont accès (II) favorisent la performance financière des mutuelles.

I. L'attractivité des principes mutualistes

133. La position dominante des mutuelles. - D'après le Conseil national des Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire (CNCRES), « 54 % des complémentaires santé sont des mutuelles. Des mutuelles qui gèrent aussi 2 500 services de soins et d'accompagnement : consultations médicales, hospitalisation, équipements optiques et auditifs, soins dentaires, analyses médicales... 3 véhicules particuliers sur 5 et la moitié des deux-roues motorisés sont assurés par une mutuelle de l'ESS. De même, 1 habitation sur 2 est assurée par une mutuelle de l'ESS ». ²⁵⁹

134. Résilience en temps de crise et performance financière. Plan. - Deux éminents économistes français, Jean-Hervé LORENZI, Président du Cercle des économistes, et Olivier PASTRÉ, vont jusqu'à y voir un « remède contre la crise » : « Trois des axiomes du mutualisme répondent de manière particulièrement adaptée aux défis qui sont les nôtres aujourd'hui. D'abord la non-obsession du dividende versé aux actionnaires qui permet a priori d'éviter une prise de risque excessive. Ensuite – en conséquence – une priorité donnée au long terme dans une période où le court-termisme a fait de graves dégâts et où les besoins d'infrastructures sont immenses. Enfin une attention donnée aux populations – d'entreprises comme de ménages – que le jeu spontané de l'économie de marché sert mal ou difficilement » ²⁶⁰.

²⁵⁹ CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*, préc., p. 7.

²⁶⁰ LORENZI, J.-H., PASTRE, O., « Le mutualisme, un remède contre la crise », *Les Échos*, 9 septembre 2015. En ligne : <https://www.lesechos.fr/09/09/2015/LesEchos/22019-041-ECH_le-mutualisme--un-remede-contre-la-crise.htm#cR7r8LUBD7d1Xr0R.99> (consulté le 7 mars 2017).

Notre postulat est le suivant : les valeurs de solidarité et d'entraide portées par les mutuelles et transcrites en des termes juridiques à caractère impératif dans le Code de la mutualité (Livre I^{er}, chapitre 2 : « Les principes mutualistes ») expliqueraient l'engouement qu'elles ont suscité dès leur origine et leur ancrage profond et durable dans les habitudes de consommation des Français. Les principes mutualistes d'ordre public garantiraient donc aux mutuelles, qu'elles soient d'assurance (Livre II) ou de santé (Livre III), une position dominante sur leur marché respectif. Nous pensons en particulier au mode attractif de détermination du niveau des cotisations (1) et au principe de non-discrimination favorable aux sociétaires (2).

1. La détermination populaire du montant des cotisations et du niveau de prestation

135. Principe général d'égalité entre sociétaires. - L'article L. 112-1 du Code de la mutualité dispose :

« Les mutuelles et les unions qui mènent des activités de prévention ou d'action sociale ou qui gèrent des réalisations sanitaires, sociales ou culturelles ne peuvent moduler le montant des cotisations qu'en fonction du revenu ou de la durée d'appartenance à la mutuelle ou du régime de sécurité sociale d'affiliation ou du lieu de résidence ou du nombre d'ayants droit ou de l'âge des membres participants.

Les mutuelles et les unions exerçant une activité d'assurance sont soumises aux dispositions de l'alinéa précédent pour les opérations individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident. Pour ces opérations, les mutuelles et les unions ne peuvent en aucun cas recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture, ni fixer les cotisations en fonction de l'état de santé.

Les mutuelles et les unions visées au présent article ne peuvent instaurer de différences dans le niveau des prestations qu'en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des intéressés ou lorsque l'assuré choisit de recourir à un professionnel de santé, un établissement de santé ou un service de santé avec lequel les mutuelles, unions ou fédérations ont conclu une convention dans les conditions mentionnées à l'article L. 863-8 du Code de la sécurité sociale. ».

Ces dispositions ont pour but de garantir une égalité de traitement entre sociétaires²⁶¹. Toute différenciation dans le montant des cotisations ou le niveau de prestation doit être objectivement justifiée et proportionnée eu égard aux valeurs de solidarité et d'entraide « endogènes »²⁶², c'est-à-dire entre les membres d'une même mutuelle (à la fois les sociétaires bénéficiaires de prestations et les prestataires membres du réseau).

2. Le principe de non-discrimination

136. Égalité femmes-hommes. - Ce type de différenciation se traduit par une « segmentation »²⁶³ stratégique de l'offre en mercatique. L'article L.112-1-1 pose une limite à cette pratique :

« Aucune différence de traitement en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe.

Les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de cotisations et de prestations ».

Cette règle ne souffre plus aucune exception depuis l'entrée en vigueur, le 28 juillet 2013, de la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, comprenant un titre X intitulé « Protection des consommateurs et égalité entre les femmes et les hommes ».

137. Prohibition de l'eugénisme. - Une autre limite à la segmentation est posée en matière d'accès aux garanties invalidité et décès par l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique, applicable aussi bien aux mutuelles qu'aux compagnies commerciales d'assurance : la prohibition des tests génétiques (censés être prédictifs).

²⁶¹ LETELLIER, C., NOWACZYK, J.-L., MILLET-URSIN, C., « Fasc. 840 : MUTUALITÉ. Règles générales applicables à l'ensemble des mutuelles, unions et fédérations », *J.-Cl. Travail Traité*, Paris, LexisNexis, juin 2012, §45-46.
En ligne : https://www.lexis360.fr/Document/fasc_840_mutualite_regles_generales_applicables_a_l_ensemble_des_mutuelles_unions_et_federations/mgmiPYa040CnuXaYUdzBAVII3rq3iYP2t7DUUJcIoeM1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTEm&rndNum=1783505984&tsid=search4_> (consulté le 5 mars 2017).

²⁶² KAMINSKI, Ph., « L'effort commercial des mutuelles de santé », *Recma*, n°287, 2003, p. 65-67.

²⁶³ *Ibid.*, p. 44-46.

II. Une capacité financière très vaste

Capacité financière et performance financière. Plan. - Outre les principes mutualistes, (2) la diversité des ressources financières auxquelles les mutuelles ont accès explique, au moins en partie, leur solidité financière, bien qu'il s'agisse de sociétés dépourvues de capital social (1).

1. Une société sans capital mais avec d'autres actifs

138. La mutuelle, une société. - En l'absence de capital social, les mutuelles peuvent-elles valablement être qualifiées de « sociétés » ? À la lecture des dispositions générales relatives à la société dans le Code civil, nous trouvons des arguments en faveur à la fois du « oui » et du « non » à cette question.

Oui, car l'alinéa 1^{er} de l'article 1832, qui donne la définition légale de la notion de société, exige certes une mise en commun de biens ou d'industrie (les « apports »), mais ne dit pas qu'il doit absolument s'agir d'un capital, c'est-à-dire d'une somme de parts sociales ; cette absence de capital n'empêche d'ailleurs pas les sociétaires de « partager le bénéfice ou de profiter de l'économie » résultant de l'activité de la mutuelle conformément aux dispositions de l'article 1832 du Code civil, sous une forme autre qu'une libération de dividendes, et notamment *via* la mise en œuvre des garanties mutualistes souscrites (économie recherchée par les sociétaires lorsqu'ils adhèrent à la mutuelle), la réduction du montant des cotisations pour tout ou partie du sociétariat (autre forme d'économie *via* un mécanisme de ristournes, différent de celui qui existe dans les coopératives, et qui peut être stipulée par convention, en général dans les mutuelles d'assurance), ou la rémunération des valeurs mobilières émises (partage de bénéfice) – d'où le recours à la notion de « lucrativité limitée ».

Non, car d'autres articles du Code civil requièrent expressément l'existence d'un capital : l'article 1835, par exemple, impose la mention d'un capital social dans les statuts ; l'article 1843-2 établit le rapport proportionnel entre les apports et les parts attribuées ; l'article 1844-1, celui entre les parts et le lucre. Et l'article L. 111-1 du Code de la mutualité d'abonder dans ce sens en définissant les mutuelles comme des « personnes morales de droit privé à but *non lucratif* ».

C'est finalement au droit spécial et à la doctrine qu'il revient de préciser la nature juridique des mutuelles. À l'article L. 322-26-1 du Code des assurances, les mutuelles d'assurance sont quant à elles clairement qualifiées de « sociétés d'assurance mutuelles » à objet non commercial. Pour le juge, cette disposition emporte qualification de société civile et exclut les mutuelles du champ de compétence des tribunaux de commerce, bien qu'elles accomplissent à titre habituel des actes de commerce par nature eu égard à l'ancien article 633, alinéa 6 du Code de commerce de 1807 (assurances concernant le commerce de la mer) devenu l'article L. 110-2, 5° du Code de commerce²⁶⁴. Les auteurs s'accordent unanimement sur la qualification de société²⁶⁵. En particulier, Jean-Jacques DAIGRE explique que « *le mécanisme de la solidarité remplace celui du capital. Il n'est pas besoin d'apport, l'engagement de chacun au profit de la collectivité servant d'alternative [...]. En découle, bien évidemment, en second, l'absence de rémunération du capital, à quoi est associée l'absence de partage des éventuelles plus-values finales et leur transfert à une entité comparable ayant un objet similaire en cas de dissolution* »²⁶⁶.

139. Les substituts financiers du capital social. - L'absence de capital social entrave-t-elle la performance financière des mutuelles ?

Il convient tout d'abord de préciser que, dans les mutuelles d'assurance, le fonds d'établissement (obligatoire)²⁶⁷ ainsi que le fonds social complémentaire (facultatif) compensent l'absence de capital social²⁶⁸.

²⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1996, « Mutuelles du Mans c/ Bréard et a. », n°93-17.255, Bull. 1996, I, n°360 p. 252.

DERRUPPE, J., « Acte de commerce. Compétence commerciale, Société d'assurance mutuelle, Assurances maritimes ». Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1996, « Mutuelles du Mans c/ Bréard et a. », *RTD Com.* 1997, p. 85-86.

RONTCHEVSKY, N., « Le caractère civil des sociétés d'assurance mutuelles ». Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1996, « Mutuelles du Mans c/ Bréard et a. », *Bull. Joly*, n°5, 1^{er} mai 1997, p. 468.

²⁶⁵ LETELLIER, C., NOWACZYK, J.-L., MILLET-URSIN, C., préc., §8.

MALLEVILLE, M.-H., « Critères communs d'une structure méconnue : les mutuelles », *JCP E.*, n°43, 22 octobre 1992, p. 182, §10-14.

²⁶⁶ DAIGRE, J.-J., « Libres propos sur l'avenir du droit des sociétés d'assurances mutuelles », *Rev. Sociétés*, n°1 2000, p. 139.

²⁶⁷ Cf. *infra* n°433.

²⁶⁸ Cf. *infra* n°434.

Les mutuelles dans leur ensemble peuvent accroître leurs quasi-fonds propres en émettant des titres participatifs²⁶⁹ et des obligations²⁷⁰, des titres subordonnés²⁷¹, des certificats mutualistes²⁷², ou en souscrivant des prêts participatifs, qui sont des crédits à long terme²⁷³. La contrepartie des titres participatifs se compose d'une part fixe et d'une part variable, fonction de la performance financière de la mutuelle.

Le régime juridique et fiscal de ces titres sera détaillé plus loin.

En définitive, pour compenser l'absence de capital social dans la constitution de leurs fonds propres et quasi-fonds propres, les mutuelles disposent d'un arsenal de valeurs mobilières important, mais complexe et coûteux, d'après Pierre-Grégoire MARLY²⁷⁴.

2. Une société bénéficiant de ressources financières propres aux OSBL

140. Mutuelles et libéralités. - Outre les cotisations des sociétaires, les mutuelles sont habilitées à recevoir des dons et legs, exonérés de surcroît des droits de mutation à titre gratuit par application de l'article 795, 4° du Code général des impôts, dont la formulation laisse entendre que les mutuelles bénéficient par nature d'une reconnaissance d'utilité publique :

« Sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit :

[...]

4°. Les dons et legs faits aux établissements publics charitables autres que ceux visés au I de l'article 794, **aux mutuelles et à toutes autres sociétés reconnues d'utilité publique** dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement naturel ou à la protection des animaux ».

Une mutuelle ne peut toutefois pas faire un appel public à la générosité.

²⁶⁹ C.mut., art. L. 114-44.

Cf. *infra* n°466 et 483.

²⁷⁰ C.mut., art. L. 114-45 et CMF, L. 228-38 et s.

Cf. *infra* n°461.

²⁷¹ Cf. *infra* n°462 et 465.

²⁷² Cf. *infra* n°467.

²⁷³ CMF, art. L. 313-13 et s.

²⁷⁴ MARLY, P.-G., « Un nouvel outil de financement : le certificat mutualiste ou paritaire », RTDF, n°3, 2014, p. 158-159.

141. Mutuelles et subventions. - Dans les conditions énoncées aux articles L. 421-1 à L. 421-3 du Code de la mutualité, les mutuelles de santé peuvent en plus recevoir des subventions de la part du Fonds national de solidarité et d'action mutualistes (FNSAM), alimenté par :

- le solde excédentaire entre l'actif net et le passif en cas de dissolution d'une mutuelle, union ou fédération,
- la quote-part centralisée par la Caisse des dépôts et consignations, et définie à l'article L. 221-5 du Code monétaire et financier, du total des dépôts collectés au titre du livret A et du livret de développement durable et solidaire,
- les produits financiers de ces placements.

Section 2. L'assouplissement contrôlé des normes impératives régissant les coopératives en vue de soutenir leur performance financière

142. Le poids des coopératives en France. - En quelques mots et quelques chiffres, l'association COOP FR, qui se veut représentative des coopératives en France, plante le décor des enjeux économiques du mouvement coopératif, en se fondant sur son Panorama des entreprises coopératives, édition 2018 : « *Avec un chiffre d'affaires cumulé [i.e. filiales comprises] de 320 milliards d'euros (+3% par rapport à 2014), les entreprises coopératives représentent quasiment trois fois le secteur de l'automobile ! Les coopératives sont présentes dans tous les secteurs et sont pour certaines leaders sur leurs marchés. Elles représentent 70% de l'activité banque de détail, 40% de l'agro-alimentaire et 30% du commerce de détail en France.*

Avec 1,3 million de salariés, la coopération est un employeur majeur en France, en milieu rural, en zone urbaine, au cœur des centres-villes et en périphérie. La part des salariés travaillant dans les coopératives est de 5,5%, en hausse constante depuis 2008 (5,1% en 2014 et 4,2% en 2008).

81% des 100 premières coopératives, parmi lesquelles des marques et enseignes connues de tous les Français, ont leur siège social en région ! Les entreprises coopératives sont ancrées localement et non délocalisables.

1 Français sur 3 est membre d'au moins une coopérative ! Ces entreprises comptent 27,5 millions de sociétaires, qui peuvent être entrepreneurs (agriculteurs, artisans, commerçants...), usagers, clients, ou salariés, et associés de leur coopérative. Leur modèle d'entreprise s'appuie sur une gouvernance démocratique et une juste redistribution de la valeur créée »²⁷⁵.

En 2014, d'après le CNCRES, on comptait 2 222 sociétés coopératives de production (SCOP) et 408 SCIC²⁷⁶. Nous reviendrons sur les caractéristiques de ces deux statuts emblématiques du mouvement coopératif²⁷⁷.

Parce que la coopérative a été conçue *ab initio* par le législateur pour être une entreprise rentable et parce que, contrairement à la mutuelle, elle est susceptible d'intervenir sur n'importe quel marché, la société coopérative est le véritable idéaltype du législateur en matière d'entreprise sociale et solidaire. Elle cristallise les trois conditions cumulatives en vue de la qualification juridique d'entreprise de l'ESS, posées à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014²⁷⁸ : la non-lucrativité ou lucrativité limitée, la gouvernance démocratique (au moins autant que les associations ou les fondations) et l'utilité sociale (à tout le moins endogène).

143. La quasi non-lucrativité de la coopérative. - Tout comme celle des mutuelles, la nature juridique des coopératives a fait débat²⁷⁹. Bien que la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération ait définitivement tranché en faveur de la qualification de société, il est bon de garder à l'esprit les emprunts de la coopérative au régime juridique de l'association loi 1901.

Quoiqu'autorisé depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 septembre 1947²⁸⁰ et revalorisé récemment²⁸¹, il semblerait que le partage des bénéfices (ou plutôt, pour reprendre les termes

²⁷⁵ COOP FR, « La voie coopérative, une façon ouverte et responsable de "faire entreprise". Coop FR contribue aux débats sur la réforme de l'entreprise », 29 janvier 2018. En ligne : <http://www.entreprises.coop/images/documents/CP/cp2018/cp_coopfr_reforme_entreprise_panorama_coop_2018.pdf> (consulté le 2 février 2018).

²⁷⁶ CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*. En ligne : <<http://www.cncres.org/upload/gedit/12/file/observatoire/Panorama%20de%20l'ESS%202015-CNCRES.pdf>> (consulté le 2 octobre 2016).

²⁷⁷ Cf. *infra* n°146.

²⁷⁸ Cf. annexe unique.

²⁷⁹ « Chapitre 02. Qualification de société », in HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014 : création, organisation, fonctionnement*, Paris, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, ce qu'il vous faut savoir, 2013, p. 16-20.

²⁸⁰ Art. 14.

²⁸¹ L. n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la

de la loi, des « excédents d'exploitation »²⁸²) entre associés d'une coopérative demeure marginal²⁸³ : d'après David HIEZ, c'est d'ailleurs cet aspect qui a valu à la fameuse Caisse rurale de Manigod d'être qualifiée d'association et non de société dans l'arrêt auquel elle a donné son nom²⁸⁴ ; et qui marque la première reconnaissance prétorienne de la licéité des activités économiques poursuivies par des associations. Et pour souligner cette quasi non-lucrativité, il rappelle que les réserves des coopératives sont impartageables en cas de dissolution²⁸⁵.

144. Capital social. - Comme les mutuelles, les coopératives sont généralement soumises au principe « une personne, une voix », l'humain primant le capital, les biens ou l'industrie apportés. Cela étant, l'existence d'un capital social et de parts sociales n'est pas discutée ici. Pour les coopératives constituées sous forme de sociétés par actions, le capital doit être d'au moins 18 500 euros²⁸⁶, ce qui ne nous paraît pas insurmontable eu égard au patrimoine net moyen des Français : 235 900 euros par personne début 2015, selon l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)²⁸⁷.

145. Affectio cooperatis dérogatoire des règles de libre concurrence. - La vocation de la coopérative – satisfaire les besoins économiques et sociaux de ses membres – s'enracine dans ce que la doctrine (et notamment Marc HÉRAIL) nomme « *affectio cooperatis* »²⁸⁸, ou communauté d'intérêt(s) entre associés, « *les associés coopérateurs n'ayant pas la volonté de profiter uniquement des résultats de la société, mais d'utiliser directement l'activité de cette dernière en y participant activement* »²⁸⁹. Avant d'admettre une dérogation au droit de la concurrence et de permettre soustraire les exonérations d'impôts commerciaux dont les coopératives jouissent à la qualification d'« aides d'État », la Cour de justice de l'Union

modernisation de la vie économique, art. 113.

²⁸² Cf. *infra* n°168.

²⁸³ *Ibid.*, §02.14, p. 17.

CHATAIN-AUTAJON, L., « Proposition de loi relative à la rémunération du capital des sociétés coopératives », Bull. Joly, n°4, 2016, p. 196.

²⁸⁴ « Attendu que la Caisse rurale de Manigod, société coopérative de crédit à capital variable, constitue non une société, mais une association » — Cass. ch. réun., 11 mars 1914, « Caisse rurale de la commune de Manigod c/ Enregistrement », préc.

²⁸⁵ Art. 16.

HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014*, préc., §02.15, p. 17.

²⁸⁶ Art. 27.

²⁸⁷ INSEE, « Entre 2010 et 2015, les inégalités de patrimoine se réduisent légèrement », 7 novembre 2016. En ligne : <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496232>> (consulté le 29 janvier 2018).

²⁸⁸ HÉRAIL, M., « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Recma*, n°278, 2000, p.1.

²⁸⁹ *Ibid.*, p.7.

européenne (CJUE) va examiner de près cet *affectio cooperatis* et en apprécier la teneur :

« Eu égard aux caractéristiques particulières propres aux sociétés coopératives, force est donc de constater que des sociétés coopératives de production et de travail telles que celles en cause au principal ne sauraient, en principe, être considérées comme se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable à celle des sociétés commerciales, pour autant toutefois qu'elles agissent dans l'intérêt économique de leurs membres et qu'elles entretiennent une **relation non pas purement commerciale, mais personnelle particulière** avec ces derniers, dans laquelle ces membres sont activement impliqués et ont droit à une répartition équitable des résultats économiques »²⁹⁰.

146. Articulation entre droit commun des sociétés, droit spécial des sociétés commerciales, droit commun des coopératives et régimes spéciaux par type de coopérative. - Socle commun à tous les régimes spéciaux de coopératives à l'exception des coopératives agricoles, la loi du 10 septembre 1947, en son article 1^{er}, renvoie au droit commun des sociétés, sans autre précision. Comme David HIEZ, nous pensons que les fondateurs ont le « *choix entre toutes les sociétés connues, à l'exception des sociétés unipersonnelles* »²⁹¹. Les statuts peuvent aussi ne renvoyer à aucun régime de société en particulier²⁹².

De ce choix vont dépendre notamment le nombre minimum d'associés, le capital minimum, le droit d'émettre des actions de préférence (réservé aux SA et SAS²⁹³), le quorum requis aux assemblées générales, la qualification et le fonctionnement des organes de direction.

Pour les SCOP²⁹⁴ et les SCIC²⁹⁵, le choix est restreint à trois statuts de forme commerciale proposés par la loi comme réceptacles des modalités coopératives : la société anonyme (SA), la société à responsabilité limitée (SARL) et la société par actions simplifiée (SAS). Peut-être par mimétisme vis-à-vis de ces formes coopératives plébiscitées dans les médias, dans la pratique, la plupart des coopératives ont opté pour la SA ou la SARL comme régime juridique

²⁹⁰ CJUE, 8 septembre 2011, « Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c/ Paint Graphos Soc. coop. Arl (aff. C-78/08, C-79/08), et Michele Franchetto (aff. C-80/08), Rec. 2011, I-07611, point 61.

²⁹¹ HIEZ, D., « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, n°317/2010, p. 47.

²⁹² HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2018, §012.32, p. 13.

²⁹³ PRUD'HOMME, P., « Les actions de préférence d'une société coopérative anonyme », *Recma*, n°327, 2013, p.104-112.

Cf. *infra* n°439.

²⁹⁴ L. n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 3.

²⁹⁵ L. 10 septembre 1947, art. 19 quinquies.

subsidaire²⁹⁶. « Dès lors, c'est la quasi-totalité de la coopérative qui se trouve régie par le Code de commerce »²⁹⁷.

147. Les coopératives non commerciales. – Cependant, deux types de coopératives ne peuvent prendre la forme de sociétés commerciales : les coopératives agricoles, qui « forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales »²⁹⁸, ainsi que les coopératives maritimes d'aquaculture marine, c'est-à-dire d'élevage de poissons, crustacés et mollusques en eau de mer, qui peuvent être des sociétés civiles²⁹⁹.

Les sociétés d'intérêt collectif agricole peuvent être des sociétés civiles, des SAS ou des SARL³⁰⁰.

148. Présentation des principaux régimes spéciaux de coopératives. - En droit positif français, on recense une trentaine de régimes spéciaux de coopératives³⁰¹, dont :

1. la coopérative de commerçants détaillants (C.com., art. L. 124-1 et s.)
2. la coopérative artisanale, régie par le titre I^{er} (« Statut des coopératives artisanales et de leurs unions ») de la loi n°83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale
3. la coopérative maritime (C.rur., art. L. 931-5 à L. 931-27)
4. la coopérative d'intérêt maritime (C.rur., art. L. 931-28 à L. 931-30)
5. la coopérative agricole, régie par le Titre II du Code rural et de la pêche maritime
6. la coopérative d'utilisation de matériel agricole ou « CUMA » (C.rur., art. L. 522-6)
7. la société d'intérêt collectif agricole (C.rur., art. L. 531-1 à 535-5)
8. la coopérative d'habitants, créée par la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « loi ALUR » (CCH, art. L. 201 et s.)

²⁹⁶ HIEZ, D., « Vers une autonomie du droit coopératif ? », préc., p. 53.

MAS-BELLISSANT, C., RAKOTOVAHINY, M., *Droit coopératif*, Paris, Ellipses, coll. Mise au point, 2016, p. 65-66.

²⁹⁷ HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014*, préc., §02.22, p. 19.

²⁹⁸ C.rur., art. L. 521-1, al. 2.

²⁹⁹ C.rur., art. L. 931-12, al. 3.

³⁰⁰ C.rur., art. L. 531-1.

³⁰¹ GROS, L., « Avantages, limites et inconvénients du droit coopératif français actuel », *Recma*, n°317, 2010, p. 34.

MEYNET, W., *Code de l'économie sociale et solidaire en France*, 2012, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 5-9.

9. la coopérative de construction (CCH, art. L. 213-1 et s.)
10. la coopérative de consommation, régie par la loi du 7 mai 1917 ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation
11. la coopérative d'activité et d'emploi, consacrée par la loi du 31 juillet 2014 (L. du 10 septembre 1947 préc., art. 26-41 et C.trav., art. L. 7331-1 à L. 7332-7)
12. la coopérative d'intérêt collectif (L. du 10 septembre 1947 préc., art. 19 quinquies à 19 sexdecies A)
13. la coopérative de production (SCOP), régie par la loi n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production
14. la SCOP d'amorçage, créée par la loi du 31 juillet 2014 (L. du 19 juillet 1978 préc., art. 49)
15. les banques coopératives et mutualistes (CMF, art. L. 512-1 à L. 512-108)
16. la coopérative de transport routier (C.transp., art. L. 3441-1)
17. la coopérative artisanale de transport fluvial (C.transp., art. L. 4431-2)
18. la société coopérative anonyme d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété (CCH, art. L. 215-1 à L. 215-10)
19. la société anonyme coopérative de production d'habitations à loyer modéré (CCH, art. L. 423)
20. la coopérative de médecins (CSP, art. R. 4131-10 et s.)
21. la coopérative hospitalière de médecins (CSP, art. L. 6163-1)
22. la coopérative de géomètres-experts, consacrée par l'article 6-1 de la loi n°46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres experts
23. le syndicat coopératif de propriété, régi par la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (voir notamment l'article 14).

149. Coopératives *sui generis*. - Deux autres formes de coopératives, nées de la pratique, n'ont pas encore reçu de consécration législative et se sont créées selon le régime commun fondé sur la loi du 10 septembre 1947 : il s'agit de la coopérative d'espaces bureautiques et la coopérative de portage foncier³⁰².

150. Causes probables de la diversité de qualifications. - Comment expliquer un tel foisonnement de régimes spéciaux ? Pour David HIEZ, « *chaque famille s'est confrontée à un*

³⁰² PAYSAN BRETON, « Terrafine, première coopérative de portage foncier », 13 janvier 2017. En ligne : <<http://www.paysan-breton.fr/2017/01/terrafine-premiere-cooperative-de-portage-foncier/>> (consulté le 9 mars 2017).

droit des sociétés insatisfaisant et a cherché des réponses à ses propres problèmes. Ce faisant, au lieu de participer à l'élaboration de règles communes qui enrichiraient un régime général, elles ont renforcé la spécialité de leur droit »³⁰³. Christine MAS-BELLISSANT et Marie RAKOTOVAHINY, partagent cette analyse³⁰⁴. Or, « entre une toute petite SCOP et une chaîne nationale de distribution, entre une société coopérative d'artisans et un groupe bancaire, entre l'agriculteur adhérent de sa société coopérative agricole et l'épargnant de sa banque coopérative, etc., les écarts et les disparités sont grands et la coopération n'est pas vécue ni pratiquée de la même façon »³⁰⁵.

151. Normes impératives structurelles et sectorielles. - Comme nous l'avons fait précédemment pour les mutuelles de santé et d'assurance, nous écarterons les spécificités juridiques liées à l'activité économique sectorielle propre à chacun des régimes spéciaux de coopératives pour nous concentrer sur les normes impératives structurelles, c'est-à-dire issues du droit des sociétés, et qui peuvent avoir un impact sur la performance financière de la coopérative... ce qui revient à faire un travail d'amélioration du droit commun des coopératives que David HIEZ semble appeler de ses vœux.

La tâche s'annonce compliquée, tant la double qualité a entremêlé liens capitalistiques et liens opérationnels, mais rassurons-nous : les normes impératives en droit des coopératives ne sont pas légion. Elles ne concernent que de rares principes coopératifs non négociables³⁰⁶.

152. Le contrôle administratif du respect des normes impératives structurelles et sectorielles. - Dans certains cas, leur respect est contrôlé par une autorité administrative de tutelle : le Ministre chargé de l'Artisanat pour les coopératives artisanales³⁰⁷, le Ministre chargé de l'Agriculture pour les coopératives agricoles³⁰⁸, le Ministre du Travail pour les SCOP³⁰⁹, le Ministre du Travail et le Ministre chargé des Affaires économiques pour les coopératives de consommation³¹⁰. S'agissant des coopératives agricoles, le Ministre de tutelle va jusqu'à proposer des statuts-types et même délivrer un agrément.

³⁰³ HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014*, préc., §02.26, p. 20.

³⁰⁴ MAS-BELLISSANT, C., RAKOTOVAHINY, M., préc., p. 65-66.

³⁰⁵ GROS, L., NAET, C., « Droit coopératif, es-tu là ? », *Recma*, n°317, 2010, p. 20.

³⁰⁶ MAS-BELLISSANT, C., RAKOTOVAHINY, M., préc., p. 24.

³⁰⁷ L. du 20 juillet 1983 préc., art. 34.

³⁰⁸ C.rur., art. L. 525-1.

³⁰⁹ art. 54.

³¹⁰ L. du 7 mai 1917 préc., art. 20.

153. L'affirmation des principes coopératifs. - Tenant compte de la jurisprudence communautaire récente, le législateur français a renforcé le contrôle du respect des principes coopératifs en généralisant la révision coopérative³¹¹. Mais qu'appelle-t-on « principes coopératifs » ? Au niveau communautaire, la CJUE, s'appuyant sur les travaux préparatoires à la création du statut de société coopérative européenne, en a brossé grossièrement les traits³¹², indiquant ainsi une sorte de plus petit dénominateur commun à tous les régimes de coopératives en vigueur dans les 28 États membres. C'est donc au niveau national que ces principes sont plus finement énoncés par des autorités nationales (qui, dans le cas de la France, manquent toutefois d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif pour être de véritables autorités de régulation³¹³). En France, cette tâche incombe au Conseil supérieur de la coopération, qui

³¹¹ Cf. *infra* n°485.

En effet, la CJUE considère qu'« il incombe à l'État membre concerné de mettre en place et de faire appliquer des procédures de contrôle et de surveillance appropriées aux fins de garantir la cohérence des mesures fiscales spécifiques instaurées en faveur des sociétés coopératives avec la logique et l'économie générale du système fiscal et d'éviter que des entités économiques choisissent cette forme juridique spécifique à la seule fin de bénéficier des avantages en matière d'impôts prévus pour ce type de sociétés » — CJUE, 8 septembre 2011, préc., point 74.

³¹² CJUE, 8 septembre 2011, « Paint Graphos », préc., points 55 à 62.

Considérants 7, 8 et 10 du règlement n°1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne :

(7) « Les coopératives sont avant tout des groupements de personnes physiques ou morales qui obéissent à des principes de fonctionnement particuliers, différents de ceux des autres opérateurs économiques. On citera, par exemple, les principes de la structure et du contrôle démocratiques ainsi que de la distribution équitable des bénéfices nets de l'exercice.

(8) Ces principes particuliers concernent notamment le principe de la prééminence de la personne, qui se concrétise par des dispositions spécifiques concernant les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des membres; il se traduit par l'énoncé de la règle "un homme, une voix", le droit de vote étant attaché à la personne et il implique l'impossibilité pour les membres d'exercer des droits sur l'actif de la société coopérative.

[...]

(10) Une société coopérative européenne (ci-après dénommée "SEC") devrait avoir pour objet principal la satisfaction des besoins de ses membres et/ou le développement de leurs activités économiques et sociales, dans le respect des principes suivants :

- ses activités devraient avoir pour finalité le bénéfice mutuel de ses membres afin que chacun d'entre eux bénéficie des activités de la SEC en fonction de sa participation,
- ses membres devraient également être des clients, travailleurs ou fournisseurs ou sont, d'une manière ou d'une autre, impliqués dans les activités de la SEC,
- son contrôle devrait être assumé à parts égales entre ses membres, un vote pondéré pouvant toutefois être prévu, afin de refléter la contribution de chaque membre à la SEC,
- la rémunération du capital emprunté et des participations devrait être limitée,
- ses bénéfices devraient être distribués en fonction des activités réalisées avec la SEC ou utilisés pour satisfaire les besoins de ses membres,
- il ne devrait pas y avoir de barrières artificielles à l'adhésion,
- en cas de dissolution, l'actif net et les réserves devraient être distribués selon le principe de dévolution désintéressée, c'est-à-dire à une autre entité coopérative poursuivant des fins ou des objectifs d'intérêt général similaires ».

³¹³ RASOLONOROMALAZA, K., « La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire est-elle une loi de régulation économique ? », préc., p. 5.

« définit les principes et élabore les normes de la révision coopérative »³¹⁴ applicables à toutes coopératives, sauf les coopératives agricoles car seul le Haut Conseil de la coopération agricole est compétent en la matière³¹⁵. L'importance des principes coopératifs est cruciale : de leur respect va dépendre la licéité des dérogations aux règles du marché intérieur accordées aux coopératives.

154. Définition légale de la coopérative. - L'article 1^{er} de la loi du 10 septembre 1947 offre une définition légale unitaire de la coopérative, enrichie des principes majeurs :

« La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires.

Elle exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives.

Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, "associé" ou "sociétaire", dispose d'une voix à l'assemblée générale.

Les excédents³¹⁶ de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l'article 16 ».

155. Notions voisines. - Cependant, ces principes coopératifs ne suffisent pas à faire la distinction entre les coopératives et d'autres formes de groupements, eux aussi voués à leurs membres :

- le groupement (européen) d'intérêt économique ;
- le groupement agricole d'exploitation en commun
- le groupement foncier agricole et rural

³¹⁴ L. du 31 juillet 2014, art. 5-1, dernier al.

³¹⁵ C.rur., art. L. 528-1.

³¹⁶ Sur l'emploi du terme « excédents » en lieu et place de « bénéfices : HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2018, §331.11 à 331.14, p. 242-243.

- la société civile de moyens.

Nous présenterons chacun de ces groupements dans le chapitre suivant consacré aux hybridations hors du champ de l'ESS.

Comme précédemment, il s'agira de déterminer si l'« ordre public structurel » garanti par les principes coopératifs³¹⁷ restreint ou au contraire favorise la performance financière des coopératives.

156. Normes impératives structurelles et performance financière. Plan. - La loi du 31 juillet 2014 s'inscrit dans le prolongement des deux principaux mouvements réformateurs qui ont façonné le droit coopératif : l'ouverture des coopératives à de nouvelles relations d'affaires (I), contrebalancée par le contrôle accru de la fidélité aux valeurs coopératives (II).

I. L'ouverture des coopératives à de nouvelles relations d'affaires

157. Double qualité et *intuitu personae*. - Les coopératives sont créées uniquement pour rendre des services à leurs membres. Réciproquement, les membres sont les usagers de la coopérative. On retrouve ainsi le principe de « double qualité »³¹⁸. Il en découle en théorie un fort degré d'*intuitu personae* : ne peuvent devenir et rester membres que ceux qui contribuent effectivement à l'activité économique de la coopérative, d'où les procédures d'agrément en cas de cession de parts sociales³¹⁹ et d'exclusion d'associés³²⁰.

158. L'exclusivisme. - La réciproque de la double qualité des coopérateurs est le principe d'exclusivisme de la coopérative. Pris au sens strict, l'exclusivisme contraint la société coopérative à n'avoir de relations d'affaires (économiques et financières) qu'avec ses associés et, réciproquement, contraint les associés à n'avoir de relations d'affaires qu'avec la coopérative.

³¹⁷ Il convient de signaler à ce sujet une thèse en préparation au Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole : EL MOUJADDIDE, H., *L'évolution des principes coopératifs* (sous la direction de Corinne SAINT-ALARY-HOUIN).

³¹⁸ Cf. *supra* n°89.

³¹⁹ L. du 10 septembre 1947 préc., art. 11.

³²⁰ Art. 12.

159. Coopératives et concurrence. - À lire ces affirmations, on a immédiatement une impression de fonctionnement en vase clos, hermétique à une économie ouverte de marché. Pourtant, le système coopératif n'est pas constitutif, en soi, d'une distorsion de concurrence, aussi bien en droit français des pratiques restrictives de la concurrence qu'en droit communautaire des ententes et des abus de position dominante³²¹.

160. L'application du droit français de la concurrence aux coopératives. - En droit français des pratiques restrictives de la concurrence d'abord, la Cour de cassation considère selon nous que la relation d'associé est le principal, et la relation commerciale, l'accessoire, si bien que l'exclusion d'un associé en application des stipulations statutaires, auxquelles renvoie l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947 (« les statuts [...] fixent les conditions d'adhésion, le cas échéant d'agrément, de retrait, de radiation et d'exclusion des associés, l'étendue et les modalités de la responsabilité qui incombe à chacun d'eux dans les engagements de la coopérative ») n'est pas (directement) constitutive d'une rupture brutale de relation commerciale établie prohibée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce³²², pas plus qu'un durcissement des critères statutaires imposés aux coopérateurs pour bénéficier d'une exclusivité de distribution et de l'agrément ne créerait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce³²³. Pour David HIEZ, la raison profonde de cette solution est que « l'application de l'article L. 442-6 risquerait de ruiner l'équilibre conçu pour la situation particulière des coopératives »³²⁴.

161. L'application aux coopératives du droit communautaire en matière d'entente et d'abus de position dominante. - En matière d'entente³²⁵ et d'abus de position dominante³²⁶, il convient de distinguer deux situations³²⁷. D'un côté, celle où la coopérative forme un unique

³²¹ Il convient de signaler à ce sujet une thèse en préparation au Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole : RANGEARD, R., *Les sociétés coopératives au regard du droit de la concurrence* (sous la direction de Gérard JAZOTTES).

³²² Cass. com., 8 février 2017, n°15-23.050, Bull.

³²³ Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864, Bull.

BEAUMONT, S., MAUGERE, C., « Pratiques restrictives de concurrence : nouvelles précisions de la Cour de cassation sur le champ d'application des articles L. 442-6, I, 2° et 5° du code de commerce ». Note sous Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864, *Lamy conc.*, n°69, 1^{er} février 2018.

³²⁴ HIEZ, D., « L'incompatibilité de l'identité coopérative avec l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce à l'exclusion d'un coopérateur », note sous Cass. com., 8 février 2017, n°15-23.050, « S^{té} Coopérative des transporteurs en benne (CTB) c/ S^{té} SPS Roland Vanbelle », *Rev. sociétés*, 2017, p. 636.

³²⁵ Art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dit « TFUE ».

³²⁶ Art. 102 du TFUE.

³²⁷ SELINSKY, V., « Les sociétés coopératives et le droit de la concurrence », *JSS*, n°55, 1^{er} juin 2008, p. 53.

centre autonome de décision, notamment en matière de politique commerciale, et doit être regardée comme une seule et même entreprise et par conséquent, ne saurait être qualifiée d'entente mais peut se trouver en position de domination en qualité de vendeur (monopole ou oligopole)³²⁸ ou d'acheteur (monopsonne ou oligopsonne)³²⁹. De l'autre, celle où les associés coopérateurs, producteurs ou vendeurs de produits ou de prestations de services (les coopérateurs artisans ou les commerçants détaillants, qui achètent à la coopérative pour revendre, par exemple) sont censés conserver leur autonomie : en pareil cas, il existe autant d'entreprises que d'associés coopérateurs et les liens contractuels qui les unissent, leurs décisions communes et leurs pratiques concertées peuvent alors être constitutifs d'une entente. Ils peuvent aussi abuser de l'éventuelle position de domination qu'ils détiennent collectivement sur le marché pertinent.

La Cour de cassation considère que « *la concurrence entre commerçants opérant sur un même marché ne se trouve pas affectée par une exclusion d'adhérent en vertu d'une décision statutaire qui, à l'instar d'une décision de conseil d'administration ou d'assemblée générale d'associés, est nécessairement collective, mais ne peut être qualifiée d'“entente” [...], dans la mesure où elle n'a pas pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »³³⁰.

Pour la Cour de Justice, « *il y a lieu d'admettre qu'une disposition statutaire d'une association coopérative d'achat, qui limite la possibilité pour ses membres de faire partie d'autres formes de coopération concurrentes, et qui, de cette façon, les décourage de s'approvisionner ailleurs, peut produire certains effets négatifs sur la concurrence. Il s'ensuit que, pour échapper à*

³²⁸ En position de vendeur, il y a domination (mais pas forcément *abus* de domination) lorsque les juges constatent un faisceau d'indices concordants tels que :

- les parts de marché (toutefois, un monopole temporaire sur un marché ouvert en pleine expansion n'est pas forcément une domination ; une entreprise en quasi-monopole qui voit ses parts de marché reculer à cause de l'arrivée de concurrents n'est pas non plus en position dominante),
- l'existence d'un monopole d'État (consacrés par le droit),
- la présence de « barrières à l'entrée du marché » : rareté des ressources ; atouts technologiques (propriété intellectuelle, compatibilité du produit avec d'autres produits, i.e. « interopérabilité ») ; activité nécessitant de lourds investissements ; secrets de fabrication, etc.,
- les caractéristiques de l'offre qui vont garantir une certaine notoriété : diversification, large gamme de produits, ensemble de services liés et gratuits, qualité, ergonomie, marketing/publicité, habitudes des consommateurs,
- la position d'opérateur historique.

MALAUURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz-Sirey, coll. Université LMD, 2017, §584-591, p. 253-255.

³²⁹ En position d'acheteur, il y a domination (mais pas forcément abus de domination) dès lors qu'il n'existe qu'un seul acheteur ou très peu d'acheteurs sur le marché pertinent.

³³⁰ Cass. com., 22 février 2000, n°97-17.020, Bull. 2000, IV, n°35 p. 29.

l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité [actuel article 101 du TFUE], les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives d'achat doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs »³³¹, « et en particulier de lui garantir une base commerciale suffisamment large et une certaine stabilité de la participation sociale »³³². La Cour de Justice fournit toutefois un exemple d'entente causée par des clauses de statuts coopératifs : « Une combinaison de clauses telles que l'obligation de livraison exclusive et l'imposition d'indemnités de départ excessives, liant les membres à la coopérative durant de longues périodes et les privant ainsi de la possibilité de s'adresser à des opérateurs concurrents, pourrait avoir pour effet de restreindre la concurrence »³³³.

La situation des coopératives au regard de la prohibition des aides d'État sera abordée plus loin³³⁴.

L'ouverture des coopératives, facteur de performance financière. Plan. - Pour soutenir le développement des coopératives, le législateur français a permis leur ouverture à de nouvelles relations d'affaires en aménageant les principes de double qualité (1) et d'exclusivisme (2).

1. L'ouverture du capital social à des associés non coopérateurs

Très tôt, notamment au sein de la coopérative de consommation instituée en 1917³³⁵, il a fallu apporter des tempéraments à la double qualité et au principe d'exclusivisme afin de soutenir le développement des coopératives, sans toutefois en altérer l'essence.

162. La réaffirmation dans la loi de la préférence pour un sociétariat composé de coopérateurs. - Les différents régimes spéciaux continuent à marquer leur préférence pour un sociétariat composé de coopérateurs. Dans la loi du 20 juillet 1983, par exemple, les parts sociales avec avantages particuliers sont réservées aux artisans coopérateurs³³⁶. Depuis sa

³³¹ CJCE, 15 décembre 1994, , « Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c/Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA », aff. C-250/92, point 35.

³³² CJCE, 12 décembre 1995, « H. G. Oude Luttikhuis et autres c/ Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA », aff. C-399/93, point 14.

³³³ *Ibid.*, point 15.

³³⁴ Cf. *infra* n°485.

³³⁵ L. du 7 mai 1917, art. 4.

³³⁶ Art. 11.

création par la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel et jusqu'à ce jour, la SCIC n'admet comme associé que les personnes qui soit contribuent à, soit bénéficient de son activité économique. Les personnes publiques associées en sont forcément bénéficiaires puisque c'est d'intérêt collectif qu'il est question (entendu comme l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes du projet d'entreprise).

Il s'agit aussi de rendre le sociétariat accessible à tous : la valeur nominale des parts sociales des SCOP est plafonnée dans le même temps à 76 euros par application de l'article 1^{er} du décret n°79-67 du 18 janvier 1979 relatif aux parts sociales émises par les sociétés coopératives ouvrières de production.

Le droit commun coopératif, lui aussi, encourage les coopérateurs à devenir associés par une réduction de moitié du montant minimum de capital social requis dans les sociétés par actions³³⁷ : 18 500 euros, comme nous l'avons mentionné plus haut. Ici aussi, les parts sociales avec avantages particuliers sont réservées aux associés coopérateurs³³⁸.

163. L'ouverture concomitante du sociétariat aux non-coopérateurs. - En parallèle, au sein même du droit commun coopératif, la loi n°92-643 du 13 juillet 1992 ouvre le sociétariat aux associés non coopérateurs.

Puis avec la loi du 31 juillet 2014, le pourcentage de droits de vote que peuvent détenir les non-coopérateurs passe de 35 à 49 % dans le régime de droit commun³³⁹, s'alignant sur ce point sur les coopératives de consommation³⁴⁰. Toutefois, cette part reste à 35 % dans les coopératives de commerçants détaillants³⁴¹. Elle tombe même à 30 % dans les coopératives d'habitants³⁴² et à 20 % dans les coopératives agricoles³⁴³.

³³⁷ L. du 10 septembre 1947, art. 27.

³³⁸ Art. 11.

³³⁹ L. du 10 septembre 1947, art. 3 bis.

³⁴⁰ L. du 7 mai 1917, art. 4.

³⁴¹ C.com., art. L. 124-1-3°.

³⁴² CCH, art. L. 200-3.

³⁴³ C.rur., art. L. 522-4, al. 7.

2. L'extension de l'activité économique à des usagers non associés

164. La constitution d'une clientèle non associée. - Dès leur origine, en 1917, les coopératives de consommation se sont réservé la possibilité de réaliser une part substantielle de leur chiffre d'affaires avec des tiers non coopérateurs. L'article 2 de la loi du 7 mai 1917 prévoit en effet qu'« elles peuvent ne pas vendre exclusivement à leurs membres, mais elles sont tenues alors de recevoir comme associés tous ceux qu'elles ont déjà admis comme clients habituels, pourvu qu'ils s'engagent à remplir les obligations statutaires ». *Idem* pour les SCIC³⁴⁴. De même, les coopératives bancaires peuvent collecter des dépôts auprès de clients non sociétaires, et même leur accorder des crédits. Les sociétés collectives d'intérêt agricole, qui peuvent avoir pour objet de créer ou de gérer des installations et équipements ou d'assurer des services dans l'intérêt des habitants d'une région³⁴⁵, peuvent réaliser plus de 50 % de leur chiffre d'affaires avec des personnes n'exerçant pas d'activité agricole³⁴⁶.

165. Limites. - En revanche, la SCOP ne peut avoir comme usagers, c'est-à-dire comme travailleurs, que ses salariés associés. La coopérative agricole a « l'obligation de ne faire d'opérations qu'avec ses seuls associés coopérateurs »³⁴⁷, sauf exception dans les statuts, dans la limite de 20 % du chiffre d'affaires (25 % pour les CUMA³⁴⁸) et sous d'autres conditions³⁴⁹. Jusqu'à la loi du 31 juillet 2014, il en allait de même pour les coopératives de commerçants détaillants, sauf en cas d'urgence médicale pour les sociétés coopératives de pharmaciens d'officine³⁵⁰.

Ce n'est qu'avec la loi du 31 juillet 2014 que le droit commun coopératif admet des bénéficiaires non associés de la coopérative ; ce n'est plus une exception accordée par tel ou tel autre régime spécial. En effet, le nouvel article 3 de la loi du 10 septembre 1947 dispose :

« Sous réserve de dispositions spéciales à certaines catégories d'entre elles, les coopératives ne peuvent prévoir dans leurs statuts d'admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs activités que dans la limite de 20 % de leur chiffre d'affaires, et selon des conditions fixées par décret ».

³⁴⁴ L. du 10 septembre 1947, art. 19 sexies.

³⁴⁵ C. rur., art. L. 531-1, al. 1^{er}.

³⁴⁶ C. rur., art. L. 532-1.

³⁴⁷ C.rur., article L. 521-3-b.

³⁴⁸ Art. L. 522-6.

³⁴⁹ Art. L. 522-5, al. 1^{er}.

³⁵⁰ C.com., art. L. 124-2.

Cet article renvoie au décret n°2015-594 du 1^{er} juin 2015 relatif aux conditions dans lesquelles les coopératives peuvent prévoir dans leurs statuts d'admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs activités, lequel exige notamment une comptabilité distincte pour les opérations réalisées avec des tiers et limite l'usage qui peut être fait des éventuels excédents d'exploitation provenant de telles activités³⁵¹.

166. Clientèle non associée et exclusivisme. - Pour Marc HÉRAIL, il ne faut voir dans l'ouverture aux tiers usagers aucune remise en cause de la double qualité et de l'exclusivisme, pour autant que « *l'octroi du meilleur service et au meilleur coût aux coopérateurs* »³⁵² soit garanti.

II. Le contrôle accru de la fidélité aux valeurs coopératives, centrées sur la lucrativité limitée

167. Le maintien de la limitation du lucre malgré son impact sur la performance financière. Plan. - Malgré ces quelques tempéraments à la double qualité et à l'exclusivisme, l'essence coopérative devrait demeurer stable, grâce à l'observance des règles limitant le lucre (1) mais aussi grâce à un dispositif de contrôle de conformité à l'ensemble des normes impératives : la révision coopérative (2), qui existait déjà dans les coopératives agricoles et qui a été généralisée à l'ensemble des coopératives par la loi du 31 juillet 2014.

1. Le maintien des limitations du lucre

168. Les nuances de lucrativité limitée. – Dans la loi du 10 septembre 1947, de la même manière que la notion d'« excédents d'exploitation » se substitue à celle de « bénéfices » et de « profits »³⁵³, la notion d'« intérêts » supplante celle de « dividendes »³⁵⁴. Cela s'explique par une volonté de rompre avec le capitalisme jusque dans la terminologie employée³⁵⁵. Mais dans

³⁵¹ Décret n°2015-594 du 1^{er} juin 2015 relatif aux conditions dans lesquelles les coopératives peuvent prévoir dans leurs statuts d'admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs activités, art. 2.

³⁵² HÉRAIL, M., « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », préc., p. 10.

³⁵³ Art. 1^{er}, 16 et 26.

³⁵⁴ Art. 14, 19 nonies et 26.

³⁵⁵ HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, préc., §331.11-331.12,

un souci de lisibilité et dans une volonté de dépasser les clivages idéologiques, nous continuerons d'employer le terme de dividendes pour désigner la rémunération de l'apport au capital social d'une coopérative.

Dans les coopératives d'activité et d'emploi (CAE), les associés coopérateurs, c'est-à-dire les entrepreneurs, reçoivent en contrepartie de leur contribution un salaire comprenant une part fixe et une part variable, fonction de leur résultat³⁵⁶. Ainsi la CAE nous paraît-elle toujours lucrative, en toute hypothèse. C'est l'exception en la matière. Lorsque la société d'intérêt collectif agricole n'est pas déficitaire, elle peut distribuer à ses associés les dividendes provenant de ses participations, en plus des dividendes et ristournes issus de son résultat³⁵⁷.

En revanche, dans les coopératives d'habitants, le principe de non-lucrativité est poussé à l'extrême puisque les associés ne bénéficient que d'une économie, et d'aucun gain tangible immédiatement. En effet, la contrepartie à leur contribution consiste dans l'économie d'un loyer ou de toute autre dépense leur permettant de jouir d'une résidence principale³⁵⁸, autre que les charges communes.

Entre ces deux pôles, le droit commun³⁵⁹ dispose que les excédents d'exploitation doivent être ventilés dans l'ordre suivant :

- 1°) versement aux réserves légales obligatoires
- 2°) versement des dividendes relatifs aux parts sociales à intérêt prioritaire sans droit de vote³⁶⁰
- 3°) versement des dividendes relatifs aux parts sociales ordinaires, au taux d'intérêt prévu à l'article 14
- 4°) si les statuts le prévoient, répartition de l'excédent disponible, au prorata du volume d'affaires de chaque associé avec la coopérative³⁶¹ : c'est la ristourne coopérative.
- 5°) remboursement des parts sociales, à leur valeur nominale, des associés qui se retirent, qui sont radiés ou qui sont exclus, et versement éventuel de leur part de réserve statutaire prévue à cet effet³⁶²

p. 242 et §333.04-, p. 128-129.

³⁵⁶ C.trav., art. L. 7332-3.

³⁵⁷ C. rur., art. L. 533-1.

³⁵⁸ CCH, art. L. 201-2, 3°.

³⁵⁹ L. du 10 septembre 1947 préc., art. 16.

³⁶⁰ Art. 11 bis.

³⁶¹ Art. 15.

³⁶² Art. 18.

6°) rémunération des certificats coopératifs d'investissement³⁶³

7°) deux possibilités : les sommes disponibles sont

- soit mises en réserve
- soit attribuées sous forme de subvention à d'autres coopératives ou unions de coopératives, ou à des œuvres d'intérêt général ou professionnel.

« Les statuts de la coopérative peuvent autoriser l'assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites »³⁶⁴.

169. Constitution des réserves et augmentation du capital social. - Le capital social et les réserves impartageables sont avant tout l'expression du collectivisme économique, mais ils permettent aussi de rassurer les tiers et en particulier les créanciers sur la pérennité de l'entreprise coopérative.

Les excédents provenant des opérations effectuées avec des clients externes ne peuvent être distribués aux associés³⁶⁵, d'où la nécessité de tenir une double comptabilité³⁶⁶.

Dans les SCOP, le versement à la réserve légale représente 15 % des excédents. « Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le montant de ladite réserve s'élève au montant le plus élevé atteint par le capital »³⁶⁷. Il existe une seconde réserve prévue par la loi et déterminée par les statuts : le fonds de développement³⁶⁸. La part réservée aux coopérateurs, c'est-à-dire aux salariés, associés ou non, représente 25 % des excédents nets de gestion. L'article 33, 3° de la loi du 19 juillet 1978 précise de quelle manière cette somme est distribuée entre les salariés. Ce n'est qu'en dernier lieu que le capital est servi, et seulement si les statuts le prévoient³⁶⁹.

170. Sort du boni de liquidation. - Le droit commun coopératif prévoit qu'en cas de dissolution, le solde positif entre l'actif net et le passif est dévolu « soit à d'autres coopératives

³⁶³ Art. 19 viciés.

Cf. *infra* n°468.

³⁶⁴ Art. 16, al. 3.

³⁶⁵ Art. 15, al. 2.

³⁶⁶ Cf. *supra* n°165.

³⁶⁷ L. du 19 juillet 1978 préc., art. 33, 1°.

³⁶⁸ Art. 33, 2°.

³⁶⁹ Art. 33, 4°.

ou unions de coopératives, soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire »³⁷⁰.

En définitive, le lucre est très bien circonscrit dans les textes de lois. Par ailleurs, la part versée aux associés non coopérateurs ne remet pas en cause les privilèges des associés coopérateurs, ce qui consolide la double qualité en dépit des ouvertures de la coopérative.

2. La généralisation de la révision coopérative

171. Entreprises soumises à la révision coopérative. - Pour que les textes ne restent pas lettre morte, il est indispensable que leur mise en œuvre soit contrôlée de manière impartiale et indépendante.

La révision coopérative est régie par les articles 25-1 à 25-5 de la loi du 10 septembre 1947 dans sa version du 31 juillet 2014, et par les articles L. 527-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime pour les coopératives agricoles. Nous nous focaliserons sur le droit commun coopératif.

Suggérée par Pierre MOUSSERON³⁷¹, la généralisation du mécanisme de révision coopérative devrait permettre d'assurer une conformité des coopératives à leurs principes, énoncés par le Conseil supérieur de la coopération (et, pour les coopératives agricoles, par le Haut Conseil de la coopération agricole), du moins lorsqu'elles ont atteint une certaine taille. Désormais, « dès lors qu'elles comprennent au moins deux associés coopérateurs et réalisent à chaque clôture de deux exercices consécutifs un montant hors taxes du chiffre d'affaires supérieur à 30 000 euros », les coopératives devront se soumettre à la révision, conformément à l'article 1^{er} du décret n°2015-800 du 1^{er} juillet 2015 fixant les seuils au-delà desquels les sociétés coopératives sont soumises à la procédure de révision et adaptant la révision coopérative aux sociétés coopératives de production.

Deux exceptions sont à noter : les SCOP, qui y sont soumises en toute hypothèse³⁷² et les coopératives de consommation :

³⁷⁰ L. du 10 septembre 1947 préc., art. 19.

³⁷¹ MOUSSERON, P., « Quelques voies de simplification du droit coopératif », *Recma*, n°317, 2010, p. 40.

³⁷² D. du 1^{er} juillet 2015 préc., art. 6.

« Les sociétés coopératives de consommation sont tenues de se soumettre à la révision coopérative lorsque le nombre moyen de salariés employés à chaque clôture de deux exercices consécutifs est supérieur à cinquante [...] »³⁷³.

172. Définition de la révision coopérative. - L'article 25-1 définit la révision coopérative. *« Son objectif a été clarifié : il consiste à vérifier la conformité de l'organisation et du fonctionnement [des coopératives] aux principes et aux règles de la coopération et à l'intérêt des adhérents, ainsi qu'aux règles coopératives spécifiques qui leur sont applicables et, le cas échéant, à leur proposer des mesures correctives (loi de 1947, art. 25-1), disposition qui existait déjà quasiment à l'identique pour les coopératives agricoles. Tandis que la révision se confondait parfois avec une forme d'audit financier, elle porte aujourd'hui clairement sur le fonctionnement de la coopérative et l'évaluation de sa conformité avec les principes coopératifs. En outre, et cela n'a pas été sans débats, la révision s'applique désormais à toutes les coopératives, notamment bancaires »*³⁷⁴.

173. La nomination du réviseur. - L'article 25-2 décrit les modalités de désignation du réviseur agréé. L'impartialité et l'indépendance des réviseurs sont en principe garantie par le décret n°2015-706 du 22 juin 2015 pris en application des articles 25-1 à 25-5 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et relatif aux conditions d'agrément des réviseurs coopératifs et aux conditions et modalités d'exercice de leurs fonctions. Toutefois, Julie DUROCH-PORTES a mis en évidence un risque auquel les rédacteurs du décret n'avaient manifestement pas pensé : la partialité des réviseurs membres d'associations ou de fédérations d'associations animatrices de réseaux de coopératives voire lobbyistes, tant au niveau local que national³⁷⁵.

Une première liste de réviseurs agréés a été publiée par arrêté ministériel de la secrétaire d'État chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation et de l'Économie sociale et solidaire³⁷⁶. Cet agrément est valable cinq ans.

³⁷³ Art. 5.

³⁷⁴ HIEZ, D., « La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant », *Recma*, n°334, 2014, p. 52.

³⁷⁵ DUROCH-PORTES, J., *La société coopérative d'intérêt collectif à l'épreuve du statut de la coopération et du droit des sociétés*. Thèse de doctorat, droit privé, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2017, §184-218.

³⁷⁶ Arrêté du 22 décembre 2016 relatif à l'agrément de réviseur coopératif aux personnes morales.

174. L'obligation de se soumettre à une révision. - La révision a lieu tous les cinq ans en principe. Elle « est obligatoire au terme de trois exercices déficitaires ou si les pertes d'un exercice s'élèvent à la moitié au moins du montant le plus élevé atteint par le capital social de la coopérative.

En outre, la révision coopérative est de droit lorsqu'elle est demandée par :

1° Le dixième au moins des associés ;

2° Un tiers des administrateurs ou, selon le cas, des membres du conseil de surveillance ;

3° L'autorité habilitée, le cas échéant, à délivrer l'agrément ;

4° Le ministre chargé de l'économie sociale et solidaire ou tout ministre compétent à l'égard de la coopérative en question »³⁷⁷.

De plus, « à la demande de toute personne intéressée ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de la société de provoquer la désignation du réviseur afin d'effectuer la révision coopérative prévue à l'article 25-1 »³⁷⁸.

175. Les effets juridiques du rapport du réviseur. - Les articles 25-3 et 25-4 déterminent les effets juridiques du rapport issu de la révision coopérative. En cas de non-conformité aux principes coopératifs, le réviseur peut mettre la coopérative en demeure.

« À défaut de réception d'une proposition de solution propre à mettre un terme à la carence de la coopérative en application du troisième alinéa dans le délai d'un mois, le réviseur peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte aux organes de direction ou d'administration de la coopérative de se conformer aux principes et règles de la coopération, à l'intérêt des adhérents et aux règles coopératives spécifiques qui sont applicables à cette coopérative.

Le réviseur peut également saisir, selon les cas, l'autorité habilitée, le cas échéant, à délivrer l'agrément, le ministre chargé de l'économie sociale et solidaire ou le ministre

³⁷⁷ Art. 25, al. 3 et 4.

³⁷⁸ Art. 25-2, al. 2.

compétent à l'égard de la coopérative en question »³⁷⁹.

« Lorsque les mesures correctives n'ont pas été prises dans le délai imparti, l'autorité habilitée à délivrer l'agrément ou le ministre convoque une assemblée générale extraordinaire de la société, en lui enjoignant de prendre les mesures correctives requises.

Lorsque le fonctionnement normal de la société coopérative ou de l'union n'a pas été rétabli dans un délai de six mois à compter de la réunion de l'assemblée générale extraordinaire, l'autorité habilitée, le cas échéant, à délivrer l'agrément peut prononcer le retrait de son agrément après avoir mis la société coopérative en mesure de présenter ses observations. Le ministre compétent peut prononcer la perte de la qualité de coopérative dans les mêmes conditions, après avis du Conseil supérieur de la coopération »³⁸⁰.

³⁷⁹ Art. 25-3, al. 5 et 6.

³⁸⁰ Art. 25-4, al. 2 et 3.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre I^{er} (Première partie)

La prospérité des mutuelles nous conduit à ne vouloir réformer qu'à la marge un modèle juridique et économique déjà très compétitif. L'objectif d'une éventuelle réforme se limiterait à simplifier la nébuleuse des fonds propres et quasi-fonds propres critiquée par Pierre-Grégoire MARLY.

Sans doute conviendrait-il de supprimer la catégorie la moins utilisée par les financeurs ou la moins providente. Par hypothèse, nous pencherions plutôt vers la fin de l'accès des mutuelles aux titres subordonnés, dépourvus d'attrait particulier et dont la rémunération est incertaine³⁸¹. Néanmoins il est indispensable de vérifier cette hypothèse par des travaux statistiques avant de mettre en place une telle réforme.

Les titres participatifs bénéficient d'une fiscalité avantageuse et sont éligibles au *crowd equity*³⁸² ; pour cette raison, il serait dommage de les abandonner. Dans cette même logique, les certificats mutualistes, bien qu'incessibles, méritent certainement d'être maintenus car ils sont éligibles au plan d'épargne en actions³⁸³. À moins de combiner ces deux avantages dans une seule de ces valeurs mobilières de placement ?

Les obligations et les prêts participatifs, eux, sont des créances : ils ne s'adressent donc pas aux mêmes types de financeurs. Par ailleurs, l'un s'inscrit dans le moyen terme, l'autre dans le long terme. Il importe donc de les conserver.

S'agissant des coopératives, il pourrait être intéressant de proposer aux principaux acteurs du mouvement coopératif un assouplissement de l'exclusivisme, à titre expérimental, sur la base du volontariat, sur un échantillon représentatif de la diversité des familles de coopératives, et pour une durée de trois ans maximum. Les coopératives qui le souhaitent pourraient ainsi entrer en affaires avec des tiers, au-delà de la limite de 20% (25% pour les CUMA) de leur chiffre d'affaires, voire sans limite, sous réserve toutefois qu'elles maintiennent les conditions préférentielles réservées à leurs associés coopérateurs. L'objectif serait de vérifier le postulat idéologique d'un délitement du lien coopératif, d'une dégradation de l'utilité sociale endogène

³⁸¹ Cf. *infra* n°462.

³⁸² Cf. *infra* n°466.

³⁸³ Cf. *infra* n°467.

et d'une banalisation de la coopérative en cas de renonciation à l'exclusivisme. En fonction des résultats de cette expérimentation, la limite d'ouverture des coopératives à des relations non exclusives, exprimée en pourcentage du volume d'affaires, pourrait (ou non) être revue à la hausse, voire supprimée purement et simplement.

Conclusion du Titre I^{er} de la Première partie

Les normes impératives structurelles constituent-elles donc un frein à la performance financière des entreprises de l'ESS *per se* ? Sur certains aspects, notre réponse est affirmative.

Il nous paraît souhaitable de faire sauter quelques verrous législatifs pour que les OSBL puissent devenir des cadres attractifs pour l'activité économique (cf. conclusion du chapitre 1^{er}), et l'on peut tenter d'aller encore plus loin que la loi du 31 juillet 2014 sur la voie de l'ouverture des coopératives (cf. conclusion du chapitre 2).

De tels projets de réforme ne menacent pas l'identité de chaque famille de groupements de l'ESS, et ne se confondent même pas avec des hybridations juridiques, qui consistent à croiser sociétés purement lucratives (capitalistes) et OSBL, et que nous étudierons dans les développements qui suivent en tentant de répondre à la question de savoir dans quelle mesure de telles hybridations peuvent entrer dans le champ de l'ESS.

Titre II. L'effet des normes impératives sur la performance financière des structures hybrides

176. Milton Friedman et la responsabilité sociétale de l'entreprise. - Parallèlement à l'ESS, l'entreprise classique capitaliste a évolué vers une prise de conscience de son impact sociétal et une responsabilisation accrue en matière sociale et environnementale.

En mai 1970, en assemblée générale, une partie des actionnaires de General Motors a demandé, d'une part, la nomination de trois administrateurs représentant l'intérêt général et, d'autre part, la constitution d'une commission chargée d'étudier les performances sociétales de la multinationale, notamment en matière de sécurité et de pollution. Bien que cette résolution ait été rejetée, cinq directeurs ont été désignés pour traiter de ces questions. Indigné, Milton FRIEDMAN publie le 13 septembre 1970 la fameuse diatribe dans le *New York Times* intitulée "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits" (« la responsabilité sociétale de l'entreprise est d'accroître ses bénéfices »)³⁸⁴. Au cœur de la Guerre froide, l'auteur ne se gêne pas pour amalgamer cette moralisation des affaires avec une inflexion socialiste de la liberté d'entreprendre.

177. La juridicisation de la RSE. - Ne lui en déplaise, la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) est née sous la forme contractuelle, dans les codes de conduite (auxquels renvoient de plus en plus les règlements intérieurs d'entreprise ou d'établissement applicables au personnel, aux sous-traitants et aux usagers) et les contrats commerciaux (en particulier ceux conclus avec les fournisseurs). Elle s'est même épanouie grâce à une fertilisation juridique à l'échelle internationale, communautaire et nationale, d'abord en *soft law* (droit mou, non contraignant, tel que les recommandations de la Commission européenne, les dix principes du Pacte mondial des Nations Unies, ou encore la doctrine de l'Autorité des marchés financiers), puis en *hard law* de source législative et réglementaire, sous la pression de la société civile (consommateurs et citoyens) : obligation de *reporting* extra-financier³⁸⁵, de transparence quant

³⁸⁴ FRIEDMAN, M., "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

³⁸⁵ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116 (C.com., art. L. 225-102- 1, modifié par l'article 70, III de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte).

à la rémunération des dirigeants³⁸⁶, droit de l'environnement, obligation d'atténuer les risques psychosociaux en vertu de l'obligation générale de sécurité, obligation de prendre en compte la pénibilité du travail³⁸⁷, de participer à la lutte contre la corruption³⁸⁸ et à la lutte contre la fraude fiscale³⁸⁹, devoir de vigilance étendu au groupe de sociétés et aux fournisseurs³⁹⁰, etc. La RSE est attestée par plusieurs certifications internationales, de la "*B Corporation*" ou "*B Corp*" d'origine américaine³⁹¹ aux normes ISO 14001 et 26000. Des entreprises françaises bien connues du grand public ont demandé et obtenu la certification *B Corp* : La Camif, Nature & Découvertes et Les 2 Vaches.

L'article 11 de la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » du 6 décembre 2017 prévoit de commander au Gouvernement un rapport d'information sur la création d'un label public de RSE dont les grands principes seraient fixés par la loi et dont les critères d'évaluation tout comme l'évaluation elle-même seraient confiés à un établissement public existant.

178. Le croisement juridique entre association et société en France. - En France, un rapport commandé par le Chef de l'État Valéry GISCARD D'ESTAING est allé plus loin que

Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle II », art. 225. Décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes transposée par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

³⁸⁶ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », art. 161.

Directive 2017/828/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, art. 9 bis et 9 ter.

³⁸⁷ Loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites, art. 7 (Cnav., art. L. 4161-1 et s., modifié par l'article 28 de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi et par l'article 1er de l'ordonnance n°2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention).

³⁸⁸ Loi « Sapin II » du 9 décembre 2016, préc.

³⁸⁹ Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, art. 20.

³⁹⁰ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

³⁹¹ LEVILLAIN, K., "Dermot Hikisch : B Corporations and Benefit corporations. A New Type of Companies for a New Economy". *L'entreprise : propriété, création collective, monde commun*. Collège des Bernardins, Département Économie, Homme, Société, séance du 6 septembre 2012, p. 3-4. En ligne : <https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche12-14/2012_09_06_ehs_cr_hikisch_2.pdf> (consulté le 22 mars 2017).

la simple prise en compte de l'impact sociétal en imaginant en 1975 un changement de la finalité des sociétés, ou plutôt la création d'une entité hybride, à mi-chemin entre la société et l'association loi 1901, par dérogation au droit commun des sociétés et notamment de l'article 1832 du Code civil : le statut d'« entreprise sans but lucratif »³⁹². Cette proposition est donc à l'opposé du droit d'Alsace-Moselle qui reconnaît aux associations le droit de poursuivre un but lucratif³⁹³.

Un quart de siècle plus tard, avec la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cette idée s'est affinée et concrétisée sous les traits de la SCIC, surnommée la « *société associative* » par Sophie GRANDVUILLEMIN³⁹⁴. Cependant, l'auteure en énumère les faiblesses ou limites, que la loi du 31 juillet 2014 ne permet pas de surmonter :

- la difficulté de pondérer les suffrages entre les collègues d'usagers, de producteurs, de salariés, de bénévoles, de personnes publiques³⁹⁵ sans créer de tensions entre sociétaires,
- la problématique en droit administratif de l'entité dite « transparente »³⁹⁶,
- l'« *acapitalisme exacerbé* » au service de l'intérêt collectif mais sans présomption de gestion désintéressée qui lui permettrait d'échapper aux impôts commerciaux.

179. Diversité topique des OSBL britanniques. - Au Royaume-Uni, bien qu'il existe l'*Unincorporated Association* (construction jurisprudentielle sans personnalité juridique, distincte de celle de ses membres et à valeur purement contractuelle³⁹⁷), le *Trust* (contrat de fiducie à titre gratuit pour le constituant comme pour le fiduciaire), et la *Charitable Incorporated Organisation* (personne morale créée par les Charitable Incorporated Organisations General Regulations de 2012, en vigueur depuis le 2 janvier 2013), ces deux dernières étant strictement sans but lucratif, les associations (associations étudiantes,

³⁹² SUDREAU, P. (Dir.), *Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise remis au Président de la République et au Premier ministre le vendredi 7 février 1975*, Paris, La Documentation française, 1975, p. 121-124.

³⁹³ ASSOCIATIONS.GOUV.FR, « Association en Alsace-Moselle : quelles sont les formalités de formation ? », 21 octobre 2016. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/association-en-alsace-moselle-queelles-sont-les-formalites-de-creation.html>> (consulté le 21 décembre 2017).

³⁹⁴ GRANDVUILLEMIN, S., « La société coopérative d'intérêt collectif. Un statut inutile ? », *JCP E.*, n°51-52, 20 décembre 2012, p. 1775.

³⁹⁵ L. du 10 septembre 1947, art. 19 octies.

³⁹⁶ Cf. *supra* n°22.

Art. 19 septies.

³⁹⁷ GOV.UK, "Unincorporated associations". En ligne : <<https://www.gov.uk/unincorporated-associations>> (consulté le 21 décembre 2017).

organisations non gouvernementales, associations sportives...) sont le plus souvent constituées sous la forme d'une société sans capital social : la *Community Limited by Guarantee* (CLG). Dans ce cas, le but non lucratif n'est qu'une modalité à intégrer dans les statuts. La CLG présente l'avantage de limiter la responsabilité de ses membres à la valeur de leur apport (le plus souvent, une livre sterling symbolique)³⁹⁸.

Mais trois formes juridiques sans équivalent en droit français sont également propices à la poursuite d'un objet philanthropique : la *Friendly Society*, la *Community Benefit Society* (le substantif *society* étant un faux ami, dont le sens se rapproche plus de celui de l'association) et l'*Incorporated Charity Trustee*.

La *Friendly Society*, non lucrative, correspond à l'ancêtre de la Sécurité sociale et de la mutuelle de santé : la société de secours mutuelle³⁹⁹.

La *Community Benefit Society* est vouée à une communauté plus large que ses membres⁴⁰⁰. Toutefois, la *Community Benefit Society* peut émettre une offre de parts sociales non transférables et soumises au principe « une personne, une voix » auprès de sa communauté locale pour développer celle-ci par l'acquisition d'infrastructures telles qu'un bureau de poste ou des panneaux solaires, ou de commerces comme un pub ou une boutique⁴⁰¹. Le taux de distribution des dividendes se limite à « ce qui est nécessaire pour obtenir ou conserver assez de capitaux pour que l'entreprise fonctionne correctement »⁴⁰².

L'*Incorporated Charity Trustee* dérive du contrat de *trust*, transposé en droit français sous la notion de fiducie, « opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs,

³⁹⁸ COMMUNITY COMPANIES, “Companies Limited by Guarantee”. En ligne : <<http://www.communitycompanies.co.uk/companies-limited-by-guarantee>> (consulté le 21 décembre 2017).

³⁹⁹ CO-OPERATIVES UK, “Simply legal – legal forms and organisational types for co-operatives and community-owned enterprises”, septembre 2017. En ligne : <<https://www.uk.coop/sites/default/files/uploads/attachments/simply-legal-final-september-2017.pdf>> (consulté le 21 décembre 2017).

⁴⁰⁰ DEPARTMENT OF ENERGY AND CLIMATE CHANGE, “Policy paper: DECC Overview on co-operative societies and community benefit societies”, 19 mars 2015. En ligne : <<https://www.gov.uk/government/publications/community-energy-strategy-update/decc-overview-on-co-operative-societies-and-community-benefit-societies>> (consulté le 21 décembre 2017).

⁴⁰¹ CO-OPERATIVES UK, préc.
COMMUNITY SHARE, “Case Studies”. En ligne : <<http://communityshares.org.uk/case-studies>> (consulté le 21 décembre 2017).

⁴⁰² CO-OPERATIVES UK, préc.

à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁴⁰³. Ici, les fiduciaires sont supplantés par un *board of trustees* (conseil des fiduciaires), et c'est cet organe seul (et non l'opération de fiducie tout entière) qui acquiert la personnalité juridique et a la capacité de contracter et d'ester en justice⁴⁰⁴. En cas de résiliation du *trust* par un fiduciaire ou de décès de ce dernier, l'*Incorporated Charity Trustee* conserve la propriété des biens, droits ou sûretés transférés par le constituant.

180. La *Community Interest Company*, première véritable hybridation à partir de la société capitaliste. - En 2004, sous le gouvernement de Tony BLAIR, s'ouvre une « troisième voie » entre le capitalisme pur de Milton FRIEDMAN et l'associationnisme acapitaliste, pour la résolution d'un problème sociétal à l'échelle d'une communauté : la *Community Interest Company* (CIC). La CIC connaît un vif succès : en mai 2016, on comptait plus de 12 000 sociétés immatriculées sous ce statut⁴⁰⁵ et en mars 2017, un millier de plus⁴⁰⁶.

181. Pollinisation de la CIC outre-Atlantique. - Cette hybridation juridique entre finalité lucrative et utilité sociale⁴⁰⁷ sous un statut de société commerciale *ad hoc* a très vite pollinisé Outre-Atlantique : ainsi dès le 1^{er} mai 2008 a-t-on vu fleurir dans l'État fédéré américain du Vermont la *Low-profit Limited Liability Company* (L3C), La CIC canadienne en Nouvelle Écosse dès 2012, suivie de la *Community Contribution Company* (C3) en Colombie britannique, en vigueur depuis juillet 2013.

182. Les hybridations législatives, potentiellement performante sur le plan financier et leur positionnement quant à l'utilité sociale. Plan. - Le législateur français a quant à lui d'abord préféré inverser la logique en introduisant la gestion capitaliste des apports au sein d'un statut non lucratif. Il a ainsi créé le fonds de dotation par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie⁴⁰⁸. Il existe cependant quelques sociétés, dans le domaine sportif,

⁴⁰³ C.civ., art. 2011.

⁴⁰⁴ CO-OPERATIVES UK, préc.

⁴⁰⁵ CIC ASSOCIATION, "What is a CIC?". En ligne : <<http://www.cicassociation.org.uk/about/what-is-a-cic>> (consulté le 21 mars 2017).

⁴⁰⁶ CO-OPERATIVES UK, préc.

⁴⁰⁷ EL DAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 3 : "Mixed-mission, blended value, triple bottom line, and creative capitalism [...] organizations that combine profit and altruistic or social mission, [...] hybrid organization is a commercial enterprise that channels a subsidy to a class of beneficiaries".

⁴⁰⁸ Art. 140-I, al. 1^{er}.

créées par le législateur avec une lucrativité limitée et poursuivant une activité d'utilité sociale. Nous évaluerons l'aptitude de ces statuts hybrides de création législative non seulement à équilibrer la rémunération du capital et le financement de l'activité économique d'utilité sociale, mais aussi, et surtout, à capter le maximum de ressources financières (Chapitre II). Avant cela, nous analyserons les possibilités, au sein d'une société classique, de poursuivre à la fois une finalité lucrative, gage d'un but d'utilité sociale, au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'ESS (Chapitre I).

Chapitre I. Les sociétés hybrides, des sociétés au service de l'utilité sociale

183. Limitation de l'étude aux hybridations à partir d'une société. - Nous ne reviendrons pas sur la possibilité de commercer à titre habituel avec le statut d'association⁴⁰⁹, et nous n'anticiperons pas sur l'étude du phénomène des fondations actionnaires⁴¹⁰. Ici, nous nous attacherons à comprendre les difficultés et les enjeux de la poursuite d'une activité socialement utile dans le cadre d'une société.

Commençons par les enjeux. L'idée d'une réforme des sociétés capitalistes a retraversé l'Atlantique pour être reprise en France dès 2009. Dans un ouvrage « grand public »⁴¹¹, le praticien Daniel HURSTEL s'inspire du modèle d'entreprise promu par le Prix Nobel de la paix 2006 bangladais Muhamad YUNUS⁴¹² et propose l'adoption du statut de « société d'intérêt social », qui serait une modalité optionnelle greffée à l'un des statuts de société commerciale existants. Il prône la liberté contractuelle quant à l'organisation de la gouvernance (avec toutefois une limitation de la rémunération des dirigeants) et à la détermination de la part des bénéfices à affecter, d'une part, à un « but social » distinct de l'objet statutaire et, d'autre part, aux dividendes « raisonnablement ». On sent là une indécision entre un actionariat désintéressé et une rentabilité attractive. Pour attirer l'investissement socialement responsable (ISR), le rapport annuel de gestion devrait rendre compte de l'ensemble de l'activité, sur les deux fronts (objet et but). Daniel HURSTEL opte pour une entreprise soumise aux impôts commerciaux par principe et qui ne peut pas recevoir de libéralités.

Dans la pratique, la SAS a été le réceptacle d'entreprises à double finalité. À titre d'exemple, on citera PlaNet Finance Social Business, holding à forme de SAS (filiale de l'association PlaNet Finance cofinçant des projets de microfinance) et dont l'objet est la gestion de titres d'entreprises sociales intervenant directement ou indirectement dans le secteur de la microfinance⁴¹³. Fort de cette expérience, le Président du groupe PlaNet Finance, Jacques

⁴⁰⁹ Cf. *supra* n°73 et s.

⁴¹⁰ Cf. *infra* n°402-403.

⁴¹¹ HURSTEL, D., *La nouvelle économie sociale : Pour réformer le capitalisme*, Paris, Odile Jacob, 2009, p. 153-176.

⁴¹² Muhamad YUNUS est le fondateur de la première banque spécialisée dans le microcrédit Grameen Bank. YUNUS, M., *Pour une économie plus humaine*, Paris, Le Livre de poche, coll. « Littérature & Documents », 2012, p.55-61.

⁴¹³ RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », *préc.*, p. 82.

ATTALI, s'est vu confier en septembre 2012 l'élaboration d'un rapport pour réformer l'économie. Un an après, ce rapport fait figurer au rang de deuxième proposition la création d'une modalité statutaire offerte aux sociétés commerciales uniquement permettant d'étendre leur objet à des missions sociales (comparable à la "Benefit Corporation"⁴¹⁴) et d'obtenir un « label de l'économie positive »⁴¹⁵ (à l'instar de la *B Corporation*⁴¹⁶).

184. Limites pratiques de l'hybridation hors de l'ESS. - Comme le constate en 2013 Nicole ALIX, aujourd'hui administratrice de l'association ESS Forum International et Présidente de la Coop des communs, « *un marché des formes d'entreprise sociale s'organise. Les réflexions portent essentiellement sur de nouvelles façons d'articuler différents types d'investisseurs et de parties prenantes, pas à promouvoir la propriété ou la gestion collectives. Aucune de ces nouvelles formes statutaires n'évoque l'affectation du bénéfice aux réserves, ni la limitation des rémunérations des sociétaires et des dirigeants, ni le sort du boni de liquidation* »⁴¹⁷.

185. Limites pratiques de l'inclusion des sociétés commerciales hybrides dans le champ légal de l'ESS. - Sous l'influence du droit communautaire et en particulier de l'article 3 du règlement (UE) n°346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens⁴¹⁸, la loi du 31 juillet 2014 a finalement consacré l'inclusion des structures hybrides à forme de société commerciale⁴¹⁹ dans la définition légale des entreprises de l'ESS. David HIEZ ne cache pas son scepticisme quant à l'utilité pratique d'une telle initiative législative : « *La question est de savoir si l'ouverture faite aux sociétés commerciales suscitera un grand intérêt. Outre certaines exceptions de taille très réduite, qui ne méritaient pas le coût de la mise en place d'une telle innovation, il est permis d'en douter. Les conditions exigées pour la qualification d'entreprise de l'ESS sont en effet très lourdes (beaucoup plus sévères que certains statuts de l'ESS) et les avantages retirés malheureusement à la hauteur (réduite) de l'investissement public en faveur de l'ESS. On ne peut que se féliciter*

⁴¹⁴ Cf. *infra* n°193.

⁴¹⁵ ATTALI, J. (Dir.), *Pour une économie positive*, Paris, Fayard / La Documentation française, 2013, p. 83-85.

⁴¹⁶ Cf. *supra* n°177.

⁴¹⁷ ALIX, N., « Économie sociale et entreprise sociale : quelle cohérence entre le droit et la politique économique dans l'Union européenne ? Réflexions sur les évolutions depuis 1990 », préc. p. 93-94.

⁴¹⁸ RASOLONROMALAZA K., « L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités », préc., p. 451.

⁴¹⁹ Il convient de signaler à ce sujet une thèse en préparation au Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole : CISSE, F., *La place des sociétés commerciales dans le secteur de l'économie sociale et solidaire* (sous la direction de Marie-Hélène MONSERIE-BON).

de cette innovation au plan théorique, que ni la loi espagnole ni la loi québécoise n'ont adoptée, tout en restant sceptique quant à son utilité pratique. Il s'agit aussi d'une façon d'intégrer les entreprises sociales au sein de l'économie sociale et solidaire, sans en faire une sphère distincte »⁴²⁰.

186. Normes impératives des structures hybrides et performance financière. Plan. -

Nous adopterons la position de Nicole ALIX et de David HIEZ comme postulat de départ. Ainsi, en étudiant les normes impératives régissant les hybridations hors de l'ESS nous vérifierons que l'arbitrage entre, d'un côté, la rémunération du capital par distribution de dividendes et, de l'autre, la poursuite d'un but autre par l'autofinancement de l'entreprise *via* la mise en réserve automatique est effectivement défavorable au projet sociétal dans les hybridations ne remplissant pas les critères posés à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 comme le croit Nicole ALIX. Nous nous poserons également la question de savoir si, *a contrario*, dans les sociétés incluses dans le champ de l'ESS (ci-après les « sociétés commerciales sociales et solidaires »), le désintéressement de l'actionnariat est si fort qu'il dissuade les entrepreneurs sociaux de faire la démarche de se conformer aux critères de l'article 1^{er}, comme l'affirme David HIEZ.

Cela nous conduira à étudier les difficultés de la poursuite d'une activité socialement utile dans le cadre d'une société, difficultés inhérentes à la définition légale de la société (Section 1) qu'il convient peut-être de revoir (Section 2).

Section 1. Comment concilier l'article 1832 du Code civil et l'utilité sociale ?

Une société classique peut-elle limiter son lucre en vue de poursuivre un but d'utilité sociale ? Plan. - Aux États-Unis, les débats sur la compatibilité d'une limitation du lucre dans les sociétés classiques d'économie de marché ou « capitaliste » avec le but poursuivi par de telles sociétés sont assez anciens et ont donné naissance à un courant doctrinal appelé *Progressive Corporate Law* défendant la primauté de l'intérêt général sur le lucre (I) mais les risques d'annulation des décisions sociales et de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants sociaux en cas de poursuite d'un but d'utilité sociale dans les sociétés classiques a conduit le

⁴²⁰ HIEZ, D., « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, n°3, 2015, § 17.
HIEZ, D., « La perméabilité du droit des sociétés à l'ESS », *JA* n°522/2015, 1^{er} juillet 2015, p. 27-28.

législateur américain et d'autres législateurs occidentaux à créer des statuts sociaux dédiés à l'alliage entre performance financière et finalité sociétale (II).

I. L'avènement de la doctrine de la *Progressive Corporate Law*

187. La question de la compatibilité de l'article 1^{er}, I-1^o de la loi du 31 juillet 2014 et de l'article 1832 du Code civil. – Plan. - Est-ce que l'affectation des ressources prioritairement à « un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices »⁴²¹ est compatible avec l'article 1832 du Code civil, d'ordre public, qui donne comme finalité à toute société soit le partage des bénéfices, soit la réalisation d'économies ? Aux États-Unis, bien que la jurisprudence fédérale ait déjà répondu par la négative à cette question (1), un courant doctrinal d'opposition persiste (2).

1. La défense classique de l'objectif impérieux de maximiser les profits des actionnaires

188. L'arrêt Del. Ch., 9 septembre 2010, n°3705-CC, « eBay Domestic Holdings, Inc. c/ Newmark, C.A. ». - Aux États-Unis, cette question a été soulevée en des termes analogues devant la Cour suprême du Delaware par un juge d'opinion minoritaire, William B. CHANDLER III⁴²², dans l'affaire « eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark *et al.* ». Fidèle au principe prétorien posé en 1919 dans le célèbre arrêt « Dodge and al. v. Ford Motor Co. »⁴²³ selon lequel le devoir des dirigeants sociaux est de maximiser les profits, le juge CHANDLER déclare⁴²⁴:

« *La forme de société utilisée par l'entreprise pour poursuivre ses activités n'est pas le véhicule approprié à une finalité purement philanthropique [...]. Le choix d'un statut*

⁴²¹ L. du 31 juillet 2014, art. 1^{er}, I-1^o (cf. annexe unique).

⁴²² Del. Ch., 9 septembre 2010, n°3705-CC, « eBay Domestic Holdings, Inc. c/ Newmark, C.A. », p. 60 et 61. En ligne : <[http://www.delawarelitigation.com/uploads/file/int51\(1\).pdf](http://www.delawarelitigation.com/uploads/file/int51(1).pdf)> (consulté le 16 octobre 2016).

⁴²³ Dans cet arrêt, la limitation des dividendes à 5 % du résultat distribuable et la mise en réserve systématique du reliquat furent qualifiées d'abus de majorité.

⁴²⁴ « *The corporate form in which [the corporation] operates, however, is not an appropriate vehicle for purely philanthropic ends... Having chosen a for-profit corporate form, the [corporation's] directors are bound by the fiduciary duties and standards that accompany that form. Those standards include acting to promote the value of the corporation for the benefit of its stockholders. The 'Inc.' after the company name has to mean at least that.* » — Mich., 7 février 1919, n°170 N.W. 668, « Dodge and al. v. Ford Motor Co. ».

lucratif lie les dirigeants sociaux à des obligations fiduciaires⁴²⁵ et à certaines normes qui vont de pair avec ce statut. Ces normes incluent l'obligation d'agir de sorte à valoriser la société au bénéfice de ses actionnaires. Le suffixe "Inc." [incorporated, équivalent de « société par actions »] apposé au nom de la société doit au moins signifier cela ».

Pour Ofer ELDAR, il faut déduire en particulier de la position du juge CHANDLER qu'une société par actions immatriculée dans l'État fédéré du Delaware ne peut pas poursuivre une finalité sociétale⁴²⁶.

Dans cette affaire, la société craigslist, dont l'activité consiste à fournir des prestations de services gratuits à une communauté d'internautes (petites annonces et forum, avec des publicités gratuites pour la plupart), a vendu le 10 août 2004, 28,4 % de ses actions à la société eBay. Sans pour autant enfreindre le pacte d'actionnaires, eBay a créé, le 29 juin 2007, une société concurrente à craigslist : Kijiji. En réaction, les deux autres actionnaires-dirigeants de craigslist, ont pris, en Conseil d'administration du 1^{er} janvier 2008, une série de mesures défensives visant, en définitive, à restreindre les droits politiques d'eBay à l'élection des administrateurs, à l'empêcher d'acquérir de nouvelles actions, à encadrer la rétrocession de ses titres à des tiers et à réduire sa part au capital.

Avant d'invalider partiellement ces mesures (celles dont les conséquences n'étaient pas identiques à celles des stipulations antérieures au 1^{er} janvier 2008 régissant craigslist, autrement dit celles qui « augmentaient les engagements d'eBay en qualité d'associé sans son consentement », pour reprendre les termes de l'article 1836, alinéa 2 du Code civil français), les juges ont tenu à souligner l'incompatibilité des motivations de craigslist et d'eBay. C'est ce point que la doctrine américaine a abondamment commenté.

⁴²⁵Obligations de celui qui gère la propriété d'autrui. En droit des sociétés, les obligations fiduciaires sont constituées du devoir de diligence (obligation d'agir efficacement) et de loyauté (obligation d'information, de non-concurrence) des mandataires sociaux à l'égard de la société et des associés — CUZACQ, N., *La difficile introduction des fonds de pension dans le droit positif français*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université Paris I, 2000, n°93 et s. ; COZIAN, M., DEBOISSY, F., VIANDIER, A., *Droit des sociétés*, 30^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2017.

⁴²⁶ELDAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Research Paper No. 485, 2014, note n°220, p. 60. En ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2379012> (consulté le 11 mai 2015).

2. La priorité donnée à l'intérêt général sur la maximisation des profits au cœur de la doctrine de la *Progressive Corporate Law*

189. La prise en compte des intérêts autres que ceux des actionnaires grâce aux *constituency statutes*. - Une partie de la doctrine américaine réfute cette position : c'est le courant de la *Progressive Corporate Law*, ou « droit progressiste des sociétés et des groupements ». Proche du courant français du solidarisme qui a atteint son apogée sous la III^{ème} République (1870-1940)⁴²⁷, reposant sur l'idée d'une interdépendance des individus qui les rend chacun responsable du devenir de l'autre, ce qui conduit les auteurs solidaristes à rechercher l'intérêt de tous afin de garantir le bien de chacun, le droit progressiste des sociétés et des groupements rend la société débitrice de l'obligation de tenir compte de l'ensemble des parties prenantes pour assurer sa propre pérennité et sa prospérité, dans l'intérêt au long terme des associés et sans préjudice de la liberté de commerce. Pour Einer ELHAUGE :

« *Aucun des 50 États n'a de statut imposant une obligation de maximiser les profits ou faisant de la maximisation des profits la seule finalité des sociétés [...]. Les influents Principes de gouvernance de l'Institut de droit américain (ALI) énoncent explicitement que le droit commun des obligations fiduciaires n'interdit pas aux gestionnaires de sacrifier les profits dans l'intérêt général* ».⁴²⁸

« *La règle ALI relative aux offres publiques d'achat (OPA) hostiles dispose expressément qu'“en plus” de tenir compte des intérêts des actionnaires et des prospects économiques, le Conseil d'administration peut prendre en compte “les intérêts ou groupes (autres que les actionnaires) au regard desquels la société a la crainte légitime qu'un tel rachat public ne desserve les intérêts des actionnaires sur le long terme”* »⁴²⁹.

⁴²⁷ JAMIN, C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in GOUBEAUX, G., GUYON, Y., JAMIN, C. (Dir.), *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, 2^{nde} édition, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015, p. 471.

⁴²⁸ “None of the fifty states has a statute that imposes a duty to profit-maximize or that makes profit-maximization the sole purpose of the corporation [...]. The influential Principles of Corporate Governance by the American Law Institute (ALI) explicitly state that common law fiduciary duties do not prohibit managers from sacrificing profits to further the public interest.” — ELHAUGE, E., “Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest”, *New York University Law Review*, vol. n°80, juin 2005, n°3, p. 738. En ligne : <<http://www.nyulawreview.org/issues/volume-80-number-3/sacrificing-corporate-profits-public-interest>> (consulté le 18 mars 2017).

⁴²⁹ “The ALI rule on hostile takeovers explicitly states that, “in addition to” considering shareholder interests and economic prospects, the board can consider “interests or groups (other than shareholders) with respect to which the corporation has a legitimate concern if to do so would not significantly disfavor the long-term interests of shareholders” — *Ibid.*, p. 764.

Il poursuit en affirmant que :

« *Le fait est qu'à chaque fois qu'on lui a effectivement demandé de faire ce choix, le législateur a constamment voulu reconnaître un pouvoir explicite de sacrifier les profits de la société dans l'intérêt général* »⁴³⁰.

D'après Robert ESPOSITO, en dépit des *constituency statutes* auxquelles Einer ELHAUGE fait ici allusion, et qui sont des lois fédérées autorisant les dirigeants sociaux à prendre en compte les intérêts des tiers non-associés dans leur prise de décision (et ayant partiellement permis de résister aux vagues de concentration d'entreprises dans des États fédérés à la fiscalité avantageuse), « *la maximisation des profits continue à dicter les décisions dans le monde des affaires, et les constituency statutes n'appellent aucun changement concret du business-as-usual* [en français correct, « cours habituel de la vie des affaires »]⁴³¹.

Les *constituency statutes* ont leur équivalent en droit anglais à l'article 172, paragraphe 1 de la *Companies Act* de 2006, qui dispose :

« Un dirigeant social doit agir de la façon qu'il considère, de bonne foi, la plus à même de promouvoir la réussite de la société dans l'intérêt commun des associés, et en tenant compte notamment :

- (a) des conséquences probables à long terme de toute décision,
- (b) de l'intérêt des salariés de la société,
- (c) de la nécessité d'encourager le développement des relations d'affaires de la société avec ses fournisseurs, ses clients et d'autres personnes,
- (d) de l'impact des activités de la société sur la société civile et sur l'environnement,
- (e) de la désirabilité de conserver la réputation d'une entreprise aux normes de conduite exigeantes, et
- (f) de l'obligation de loyauté à l'égard de tous les associés ».⁴³²

⁴³⁰ "The fact is that whenever actually required to make that choice, the law has consistently been willing to recognize an explicit power to sacrifice corporate profits in the public interest." — *Ibid.*, p. 775.

⁴³¹ "In reality, profit-maximization continues to dictate business decisions, and constituency statutes require no material change to business as usual" — ESPOSITO, R., préc., p. 645.

⁴³² "A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,

À la défaveur de la *Progressive Corporate Law* et à la lumière de la jurisprudence anglaise, cet article de loi doit être interprété dans le sens d'une prééminence des obligations fiduciaires (*duty of trust*) sur le devoir de prise en compte des intérêts des parties prenantes (*duty of care*)⁴³³.

190. La primauté des obligations fiduciaires sur les *constituency statutes* lors de la cession de Ben and Jerry's à Unilever. - D'ailleurs en 2000, les fondateurs-dirigeants de la *public company*⁴³⁴ Ben and Jerry's, actionnaires majoritaires, se sont crus obligés de céder à l'offre publique d'achat émise par Unilever, par crainte de se voir reprocher par les autres actionnaires de Ben and Jerry's un manquement à leurs obligations fiduciaires⁴³⁵. Après cette acquisition de 326 millions de dollars, Unilever s'est déliée d'importants engagements sociétaux des fondateurs de Ben and Jerry's, au grand dam des parties prenantes, y compris des clients qui se sont plaints d'une baisse qualitative des fameuses crèmes glacées⁴³⁶.

191. La convergence des intérêts des actionnaires de Google et de ceux de la société civile par la création du département « Google.org ». - Il convient cependant de citer immédiatement un contre-exemple : Google.org, qui n'est pas une OSBL filiale de Google, Inc. (contrairement à Google Foundation) mais un service philanthropique au sein même de la méga-multinationale, au même titre que la direction administrative et financière, la direction commerciale ou le département « recherche et développement ». D'après les informations disponibles sur son site Internet⁴³⁷, chaque année, la part du budget de Google, Inc. et de ses ressources humaines, matérielles et immatérielles consacrée aux activités de bienfaisance est la suivante : 100 millions de dollars américains (USD), 60 000 heures, et un milliard USD de produits Google. C'est sans doute trop peu pour douter de la maximisation de ses profits (12,7

(d)the impact of the company's operations on the community and the environment,
(e)the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
(f)the need to act fairly as between members of the company”.

⁴³³ Steel, W., “Directors' statutory general duties”, *Insight Westlaw*, 5 juillet 2016. En ligne : <<http://login-westlaw-co-uk.lama.univ-amu.fr/maf/wluk/app/document?docguid=I1AC5730042AA11E6BBCFD56F4511DC47>> (consulté le 25 février 2018).

⁴³⁴ Société anonyme avec appel public à l'épargne, rebaptisé « offre publique de titres financiers » par l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 modifiant l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier).

⁴³⁵ KATZ, R. A., PAGE, A., “The truth about Ben and Jerry's”, *Stanford Social Innovation Review*, automne 2012. En ligne : <https://ssir.org/articles/entry/the_truth_about_ben_and_jerrys> (consulté le 24 mars 2017).

⁴³⁶ JENNY KASSAN, “The Curious Case of Ben & Jerry's: A Cautionary Tale for Social Entrepreneurs”, 9 mars 2016. En ligne : <<http://www.jennykassan.com/blog/curious-case-ben-jerrys-cautionary-tale-social-entrepreneurs/>> (consulté le 24 mars 2017).

⁴³⁷ “Each year, we donate \$100,000,000 in grants, 60,000 hours, \$ 1 billion products” — GOOGLE.ORG, “A better word, faster”. En ligne : <<https://www.google.com/intl/en/giving/>> (consulté le 25 février 2018).

milliards USD de bénéfice net au niveau de la holding Alphabet, Inc. au 31 décembre 2017), ou tout simplement très rentable... De toute évidence, c'est important aux yeux des actionnaires pour la notoriété et la culture d'entreprise de Google.

Nous savons également ce qui, en 2005, a motivé le choix de cette réorganisation interne (i.e. l'« intrapreneuriat social »⁴³⁸) plutôt qu'une filialisation non lucrative. D'abord, la *public company* (i.e. société cotée) jouit de la pleine capacité juridique, là où les OSBL américaines sont restreintes, notamment en matière d'investissement ; Google.org a donc les mains complètement libres pour se consacrer à l'investissement à impact social⁴³⁹, qui semble finalement plus profitable que les exonérations fiscales. Ensuite, le prêt de main-d'œuvre au profit d'une OSBL, même gratuit (ce que l'on appelle le « mécénat de compétences »), aurait été plus contraignant qu'un simple changement de missions des salariés en interne. Enfin, le fait de ne pas être exemptée d'impôts commerciaux sur ses activités philanthropiques est, à cette échelle, une arme redoutable de *lobbying* (c'est-à-dire d'influence des décisions publiques)⁴⁴⁰.

II. Les statuts permettant de poursuivre un objectif d'utilité sociale sans limiter le lucre

192. De la *Benefit corporation* aux États-Unis et de la « société à objet social étendu » en France. Plan. - En France comme ailleurs, c'est l'insatisfaction à l'égard des statuts de sociétés existants et des aménagements qu'ils permettent qui a conduit le législateur, la doctrine et les juristes praticiens à aller plus loin dans l'hybridation des statuts commerciaux (1). Mais à y regarder de plus près, certaines sociétés capitalistes de droit français, sans limiter le lucre, permettent bel et bien de poursuivre un but d'utilité sociale sans être considérées comme incompatibles avec la définition légale de la société posée à l'article 1832 du Code civil (2).

⁴³⁸ Cf. *infra* n°241.

⁴³⁹ Cf. *infra* n°411.

⁴⁴⁰ BRAKMAN REISER, D., "For-Profit Philanthropy", *Fordham Law Review*, printemps 2009, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 124. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1295419> (consulté le 12 avril 2017).

1. Les nouvelles sociétés d'intérêt collectif à lucrativité illimitée

193. Présentation de la *Benefit Corporation*. - Aux États-Unis, la *Benefit Corporation* (à ne pas confondre avec le certificat de RSE *B corporation*⁴⁴¹) est une modalité particulière de gouvernance qui viendrait coiffer le régime juridique inhérent à la forme de société commerciale choisie⁴⁴². Elle a été créée afin de protéger les dirigeants d'une action en responsabilité *ut universi* (de la société) ou *ut singuli* (d'un ou plusieurs associés, au nom de la société) pour manquement aux obligations fiduciaires pour avoir fait primer le projet sociétal (voire l'intérêt général) sur la maximisation des profits.

Le statut de *Benefit Corporation*⁴⁴³, inventé dans le Maryland en 2010⁴⁴⁴, requiert l'approbation des deux tiers des associés (seuil difficile à atteindre dans les sociétés cotées) d'une *C corporation* (i.e. une société soumise aux impôts commerciaux) à une ou plusieurs missions sociétales particulières, définies en considération de l'ensemble des parties prenantes : associés, salariés, clients, fournisseurs, créanciers, communauté de riverains, collectivités territoriales, filiales, etc.⁴⁴⁵. Dans une *Benefit Corporation*, la gestion de la société se fait entre autres avec un outil d'évaluation d'impact sociétal élaboré par une tierce organisation⁴⁴⁶, et chaque année, un rapport public rend compte de la performance sociétale de l'entreprise et tout actionnaire détenant au moins 5 % du capital peut mettre la société en demeure de se conformer à sa mission sociétale sous peine d'astreintes. En écho à de récents travaux en sciences de gestion⁴⁴⁷, Ofer ELDAR se montre très critique quant à l'évaluation d'impact sociétal à cause de la multitude

⁴⁴¹ Cf. *supra* n°177.

⁴⁴² LEVILLAIN, K., "Dermot Hikisch: B Corporations and Benefit corporations. A New Type of Companies for a New Economy", préc., p. 6.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 6-7.

Assembly Bill No. 361/2011.

⁴⁴⁴ BRAKMAN REISER, D., DEAN, S., "Financing the Benefit Corporation", *Seattle University Law Review*, Vol. 40, p. 793, 2017; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 487. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940267> (consulté le 12 avril 2017).

ESPOSITO, R., préc., p. 645.

⁴⁴⁵ Avec les concurrents, ceux-ci forment le « microenvironnement » des organisations en management.

⁴⁴⁶ Les trois principales sont décrites par Ofer ELDAR comme suit : "*The Global Reporting Initiative ("GRI") is a nonprofit that certifies companies' sustainability reports in accordance with certain standards. The Global Impact Rating System ("GIIRS") is a nonprofit that rates companies' social and environmental impact using a different set of standards, the Impact Reporting and Investment Standards ("IRIS"). The Social Return on Investment ("SROI") Network trains practitioners to measure and quantify in monetary terms the social and environmental impact of companies in accordance with the SROI principles. B-Lab is a nonprofit that certifies companies as "B-Corps" and rates them in accordance with certain criteria relating to governance, workers, community and the environment*" — ELDAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 56.

⁴⁴⁷ LESEUL, G., préc., p. 215-230.

d'indicateurs existants et du flou autour de la notion même d'impact sociétal. Il est selon lui trop compliqué de rendre compte aux investisseurs, aux consommateurs et aux autorités publiques de la plus-value sociétale des structures hybrides⁴⁴⁸.

La *Benefit Corporation* existe à ce jour dans 23 États fédérés⁴⁴⁹ (dans le Delaware, elle porte le nom de *Public Benefit Corporation*)⁴⁵⁰.

194. La *Società Benefit* en Italie. - Elle a été adaptée en droit italien par la loi n°208 du 28 décembre 2015 de finance annuelle et pluriannuelle de l'État, dite « loi de stabilité », instaurant la *Società Benefit* par ses articles 376 à 384. La principale différence avec la *Benefit Corporation* réside dans le fait que les dirigeants de la *Società Benefit* peuvent engager leur responsabilité civile personnelle s'ils prennent des décisions contraires à l'intérêt collectif des parties prenantes⁴⁵¹.

195. *Benefit Corporation*, *Società Benefit* et aides d'État. - La *Benefit Corporation* comme la *Società Benefit* donnent accès à des subventions de la part des collectivités territoriales. En revanche, elles n'ouvrent pas droit à des avantages fiscaux. Elles sont compatibles avec une offre publique de titres financiers.

196. La *Benefit Limited Liability Company*. - Dans le Maryland, l'Oregon, la Pennsylvanie, le Connecticut et l'Utah, il existe une forme particulière de *Benefit Corporation* : la *Benefit Limited Liability Company*⁴⁵². Comme son nom l'indique, il s'agit d'une *Limited Liability*

⁴⁴⁸ "Partly to address the measurement problem inherent in social missions, new social rating mechanisms for evaluating the social impact of for-profit firms are being developed by different groups and organizations. There is, however, a great deal of uncertainty regarding which factors should be included in such standards. The large number of such standards and certifiers reflects the lack of consensus as to what generates social impact. (One recent report lists more than 100 raters; See *Rate the Raters, Phase Two: Taking Inventory of the Ratings Universe* (Sustainability, Oct 5 2010), available at http://www.sustainability.com/library/rate-the-raters-phase-two#.UiP_Tz8R4w8 (last visited Jan. 4, 2014).[...])« the *Benefit Corporation* statutes of most states requires that impact on society and the environment be measured by a third-party standard,212 i.e., a social rating certifier.213 As discussed above, however, social ratings themselves are subject to many imperfections, and may provide poor information to consumers or other subsidy-providers on the social value of hybrid organizations" — ELDAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 55-58.

⁴⁴⁹ BENEFIT CORPORATION, "How to become a Benefit corporation", 2017, p. 3. En ligne : <<http://benefitcorp.net/businesses/how-become-benefit-corporation>> (consulté le 12 avril 2017).

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁵¹ Art. 378.

⁴⁵² TYLER, J., WEXLER, R. A., "Update on hybrids and social enterprise organizations. 32nd annual representing and managing tax-exempt organizations", 23 avril 2015. En ligne : <<http://www.law.georgetown.edu/cle/materials/TaxExemptOrganizations/2015/06%20Update%20on%20Hy>

Company et ayant pour objet la poursuite de l'intérêt général, défini comme un impact positif matériel sur la société et sur l'environnement, pris comme un tout, sans limitation du lucre.

197. La Social Purpose Corporation. - Créée en 2012⁴⁵³ en Californie, la *Social Purpose Corporation*⁴⁵⁴ (ex *Flexible Purpose Corporation*⁴⁵⁵) permet d'inscrire une mission sociétale dans les statuts et de la décliner en un certain nombre d'objectifs opérationnels, mais la stratégie d'ensemble de l'entreprise peut tout à fait occulter cette mission sociétale sans que la responsabilité des dirigeants soit engagée. C'est toutefois un statut juridique à part entière, et non une simple modalité singulière de gouvernance. Celui-ci a été dupliqué dans les législations de Floride, de Washington et du Texas seulement.

198. L'invention de la société à objet social étendu par les juristes français. - En droit français comme dans d'autres systèmes juridiques, les normes supplétives des régimes de sociétés permettent aux rédacteurs de statuts de mettre en balance, d'un côté, l'intérêt social (c'est-à-dire celui de la société, qui transcende non seulement la somme des intérêts individuels des associés, mais aussi leur intérêt commun selon une conception institutionnelle de la société) et, de l'autre, l'intérêt collectif de l'ensemble des parties prenantes au sein même de l'objet social statutaire. Ce type de raisonnement a permis de faire émerger le projet doctrinal puis pratique de « société à objet social étendu » (SOSE)⁴⁵⁶, sorte de *Benefit corporation* mais qui construirait elle-même l'outil d'évaluation de son impact sociétal servant à l'élaboration de son rapport public. À ce jour, nous n'avons connaissance que de deux applications concrètes de la SOSE en France : Nutriset, fabricant de produits alimentaires permettant de combattre la malnutrition, et la Camif, entreprise de vente à distance dans le domaine de l'équipement d'intérieur.

199. Le projet de création législative du statut d'« entreprise à mission ». – L'article 10 de la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » du 6 décembre

brids%20and%20Social%20Enterprise%20Organizations/Update%20on%20Hybrids%20and%20Social%20Enterprise%20Organizations%20Wexler%203-19.pdf> (consulté le 24 mars 2018).

⁴⁵³ Corporate Flexibility Act of 2011, Senate Bill No. 201.

⁴⁵⁴ LEVILLAIN, K., préc., p. 7-8.

⁴⁵⁵ Senate Bill No. 1301/2011.

CHIODINI, S. R., "Goodbye Flexible Purpose Corporation, Hello Social Purpose Corporation". En ligne : <<http://www.lawforchange.org/NewsBot.asp?MODE=VIEW&ID=6384>> (consulté le 13 avril 2017).

⁴⁵⁶ HATCHUEL, A., LEVILLAIN, K., SEGRETTIN, B., VERNAC, S. (Dir.), *La « Société à objet social étendu »*, Paris, Presse des Mines, coll. Économie et gestion, 2015.

2017 prévoit l'introduction des articles 1833-1 et 1833-2 dans le Code civil créant le statut de « société à mission » :

« Article 1833-1

Est une société à mission la société dont les statuts comportent la mention d'un objet social étendu, autre que le partage des bénéfices ou la réalisation d'une économie, et consistant à assigner à l'activité de la société un objectif social, environnemental, scientifique ou humain d'intérêt collectif.

Article 1833-2

I. – Lorsqu'il est stipulé un objet social étendu dans les conditions visées à l'article 1833-1, les statuts de la société précisent, en conformité avec l'accord d'entreprise visé à l'article L. 2221-3-1 du Code du travail :

1° la composition du comité de l'objet social étendu en charge de l'examen de la compatibilité des actes et des décisions de gestion à l'objet social étendu, qui doit comporter au moins deux cinquièmes de membres désignés directement ou indirectement par les salariés ;

2° les conditions dans lesquelles le comité de l'objet social étendu est informé et consulté par les organes de direction et prononce des avis et recommandations sur la mise en œuvre de l'objet social étendu ;

3° les conditions et les circonstances dans lesquelles l'organe ou la collectivité qui a nommé ou élu les membres du comité de l'objet social étendu peut les révoquer ;

4° les moyens du comité de l'objet social étendu, qui doit disposer de l'indépendance et des moyens juridiques, humains et financiers appropriés à l'exercice de sa mission, en particulier de droits de communication et d'audit lui permettant de s'assurer de la réalité de la réalisation par la société de l'objet social étendu, de droits de communication auprès des organes de direction et de surveillance, des salariés et de leurs représentants et des actionnaires, ainsi que d'un budget propre pérenne.

II. – Les membres du comité de l’objet social étendu sont tenus à une obligation de discrétion à l’égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par les organes de direction.

III. – Le comité de l’objet social étendu établit un rapport annuel sur les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus pour la réalisation de l’objet social étendu. Ce rapport précise les méthodes choisies d’évaluation de la gestion relative à l’objet social étendu, et comporte une description détaillée des alertes communiquées au cours de l’exercice. Il est transmis à l’assemblée générale ordinaire annuelle qui statue sur les comptes de l’exercice, et publié sur le site Internet de la société. L’assemblée générale statue expressément sur la conformité de la gestion de la société à l’objet social étendu.

Toute personne intéressée peut alerter les organes de direction de la société et le comité de l’objet social étendu, de faits laissant supposer l’existence d’une violation par la société de son objet social étendu. Les organes de direction de la société doivent apporter une réponse motivée à l’auteur de l’alerte.

Lorsque le comité de l’objet social étendu statue sur la violation de l’objet social étendu, le comité social et économique peut exercer le droit de l’alerte de l’article L. 2323-50 du Code du travail.

IV. – Le comité de l’objet social étendu adopte une grille de normes d’évaluation des actes et décisions de gestion prises par les organes de direction et d’administration de la société ».

Concomitamment, un groupe de travail, piloté par Nicole NOTAT, présidente de l’agence de notation sociale Vigeo-Eiris et ex-secrétaire générale de la CFDT, et Dominique SENARD, président de Michelin, a été créé le 4 janvier 2018 pour réfléchir, entre autres, à l’opportunité de transposer le statut de *Benefit Corporation* en droit français sous l’appellation d’« entreprise à mission »⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ MAZUIR, V., « “Pacte” : la loi Le Maire pour faire “grandir” les entreprises », 22 décembre 2017. En ligne : <<https://www.lesechos.fr/economie-france/dossiers/030779419384/030779419384-la-loi-entreprises-2125131.php#qo5KwdzumGJ3Ls7Y.99>> (consulté le 26 décembre 2017).

Dans leur rapport remis le 9 mars 2018 à Bruno LE MAIRE, Ministre de l'Économie et des Finances, Nicolas HULOT, Ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire, Muriel PENICAUD, Ministre du Travail et Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux, Nicole NOTAT et Dominique SENARD préconisent la création législative du statut d'entreprise à mission accessible à toutes les formes juridiques de société (à l'instar de la *Benefit Corporation* et de la SOSE), reposant sur les quatre critères cumulatifs suivants : (1) l'inscription de la raison d'être de l'entreprise dans ses statuts ; (2) l'existence d'un comité d'impact doté de moyens, éventuellement composé de parties prenantes ; (3) la mesure par un tiers et la reddition publique par les organes de gouvernance du respect de la raison d'être inscrite dans les statuts ; (4) la publication d'une déclaration de performance extra-financière comme les sociétés de plus de 500 salariés (recommandation n° 12)⁴⁵⁸.

De plus, le rapport Notat-Senard propose la création d'un acteur européen de labellisation des entreprises à mission européennes (recommandation n° 13).

Dans sa version présentée en Conseil des Ministres le 18 juin 2018, le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (projet de « loi PACTE ») ne faisait aucune mention des entreprises à mission. L'article 61 septies introduit dans la version adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018 lui préfère la qualification de « société à mission », qui dont la notion et le régime juridiques seront vraisemblablement définis à l'article L. 210-10 du Code de commerce, qui devrait disposer :

« Constitue une société à mission une société dotée d'une raison d'être au sens de l'article 1835 du code civil dont les statuts :

1° Définissent une mission qui assigne à la société la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux conformes à sa raison d'être ;

2° Précisent la composition, le fonctionnement et les moyens de l'organe social, distinct des organes prévus par le présent livre, qui doit comporter au moins un salarié, chargé exclusivement de suivre l'exécution de la mission inscrite au 1°.

⁴⁵⁸ BARFETY, J.-B., NOTAT, N., SENARD, D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail*, 9 mars 2018. En ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf> (consulté le 9 mars 2018).

L'organe social mentionné au 2° procède à toute vérification qu'il juge opportune et peut se faire communiquer tout document nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Il présente à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société un rapport joint au rapport de gestion.

Les actes pris, pour la mise en œuvre de la mission mentionnée au 1°, par les dirigeants investis par la loi du pouvoir d'engager la société sont réputés ne pas dépasser l'objet social. Ces dirigeants sont responsables à l'égard de la société de la mise en œuvre de la mission.

Un décret en Conseil d'État précise les modalités de vérification annuelle de la mise en œuvre des missions énoncées au 1° par un organisme tiers indépendant, ainsi que la publicité dont cette vérification doit faire l'objet.

Peut faire publiquement état de sa qualité de société à mission la personne morale de droit privé qui répond aux conditions mentionnées au présent article et qui est immatriculée, sous réserve de la conformité de ses statuts, au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité de société à mission, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État ».

Aucune sanction n'est prévue en cas de non-réalisation des objectifs sociaux et environnementaux découlant de la raison d'être. En revanche, l'absence de suivi de ces objectifs par l'organe qui en est responsable statutaire entraîne, pour la société, la perte du droit de faire publiquement état de sa qualité de société à mission.

200. La précarité de la primauté du projet sociétal hors ESS en cas de changement de contrôle. - La principale fragilité d'un tel usage de la liberté contractuelle consiste dans la révocabilité des engagements sociétaux pris. Certes, l'adoption du statut de SOSE s'analyse sans doute en une aggravation des charges des associés et requiert, en application de l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, une décision à l'unanimité des associés présents à l'assemblée générale extraordinaire, ce qui met une telle décision à l'abri d'un recours en annulation pour abus de majorité⁴⁵⁹. Toutefois la décision de s'affranchir de l'extension sociétale de l'objet

⁴⁵⁹ Il nous semble inenvisageable que le juge annule d'office la décision d'adopter le statut de SOSE au motif

statutaire, elle, ne requiert pas l'unanimité et ne pourra être annulée sur le fondement de l'abus de majorité qu'à la double condition qu'elle soit contraire à l'intérêt social et qu'elle favorise les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires⁴⁶⁰. Il faudrait alors mettre en balance d'un côté le souhait des associés minoritaires d'accroître la notoriété de la société, les intérêts de la société sur le long terme ainsi que l'altération de l'*affectio societatis* qui pourrait être alléguée par les associés minoritaires pointant un dysfonctionnement grave pour obtenir la nomination d'un administrateur provisoire comme dans l'arrêt « Fruehauf »⁴⁶¹ et, de l'autre, la non-conformité à la finalité lucrative, d'ordre public, sur le fondement de l'actuel article 1832 du Code civil⁴⁶². Ainsi énoncé, le recours des associés minoritaires aurait très peu de chances de prospérer, *a fortiori* si l'on considère que, statistiquement, les juges reconnaissent rarement l'abus de majorité⁴⁶³.

Ainsi, comme les inventeurs du certificat *B corporation*, nous pensons que même si la société Ben and Jerry's avait adopté les modalités de la *Benefit corporation* ou de la SOSE française, cela ne l'aurait pas systématiquement prémunie contre une cession à un actionnaire qui aurait acquis les deux tiers des voix nécessaires en Californie, ou la majorité simple en France, et qui aurait ensuite décidé de cesser d'être une *Benefit corporation*⁴⁶⁴. Là où les statuts historiques de l'ESS réglementent strictement les possibilités de transformation de forme juridique ou de sortie de l'ESS, le droit commun des sociétés déçoit par sa mollesse. Au fond, choisir de poursuivre une activité socialement utile dans le cadre d'une société de droit commun, c'est s'essayer à l'exercice sans engagement définitif.

201. La difficile intégration des sociétés commerciales dans le champ de l'ESS. - Cette remarque vaut aussi pour les sociétés commerciales incluses dans le champ de l'ESS dans les conditions prévues par la loi du 31 juillet 2014. Cependant ces conditions sont si drastiques et

qu'elle serait contraire à l'intérêt social sans se rendre coupable d'une immixtion dans les affaires de la société.
– MARTIN, D., PORACCHIA, D., « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés*, 2012, p. 475, §12 ; PORACCHIA, D., « Nullité d'un cautionnement contraire à l'intérêt social, malgré le consentement unanime des associés ». Note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 septembre 2012, « SCI ADC c/ Caisse de crédit mutuel Porte de Sundgau », n°11-17948, *Bull. Joly*, n°12, 2012, p. 831.

⁴⁶⁰ Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ. III*, n°175.

⁴⁶¹ CA Paris, 22 mai 1965, *RTD com.*, 1965, p. 619, obs. R. Rodière ; *RTD com.* 1965, p. 631, obs. R. Houin ; D. 1968, p. 147, note R. Contin.

⁴⁶² COUPET, C., « Intérêt social - Une révolution sociale ? », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2018, p. 3.

⁴⁶³ HEINICH, J., PATRICIO, F., « La protection des actionnaires minoritaires : état des lieux et perspectives », *JCP E*, n°15-16, 12 avril 2018, §23, p. 1185.

⁴⁶⁴ GILBERT, J. C., "The Real Truth About Ben & Jerry's and the Benefit Corporation: Part", 1^{er} octobre 2012. En ligne : <<http://www.csrwire.com/blog/posts/559-the-real-truth-about-ben-jerrys-and-the-benefit-corporation-part-1>> (consulté le 25 mars 2017).

si compliquées à mettre en œuvre, qu'à notre avis seuls des associés extrêmement motivés sur le long terme opéreraient pour les révisions statutaires requises. D'ailleurs, en avril 2017, grâce au recensement des greffes des Tribunaux de commerce, l'INSEE n'a recensé que 236 sociétés commerciales, sociales et solidaires.

La marche à suivre est décrite à l'article 1^{er}, paragraphes II-2°, III et IV, avec des renvois à deux décrets d'application et à l'article 2.

Article 1^{er}

- I. - L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :
 - 1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;
 - 2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ;
 - 3° Une gestion conforme aux principes suivants :
 - a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ;
 - b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées [...].

- II. - L'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre :
 - 1° [...]
 - 2° Par **les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes** :
 - a) Elles respectent les conditions fixées au I du présent article ;
 - b) Elles recherchent une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi ;
 - c) Elles appliquent les principes de gestion suivants :

- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté du Ministre chargé de l'Économie sociale et solidaire et au moins égale à 20 % des bénéfices de l'exercice, affecté à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire dite « fonds de développement », tant que le montant total des diverses réserves n'atteint pas une fraction, définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire⁴⁶⁵, du montant du capital social⁴⁶⁶. Cette fraction ne peut excéder le montant du capital social. Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;
- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté⁴⁶⁷ du Ministre chargé de l'Économie sociale et solidaire et au moins égale à 50 % des bénéfices de l'exercice, affecté au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires. Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;
- l'interdiction pour la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la continuité de son activité, dans des conditions prévues par décret⁴⁶⁸. Le rachat de ses actions ou parts sociales est subordonné au respect des exigences applicables aux sociétés commerciales, dont celles prévues à l'article L. 225-209-2 du Code de commerce.

III. - Peuvent faire publiquement état de leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficier des droits qui s'y attachent les personnes morales de droit privé qui répondent aux conditions mentionnées au présent article et qui, s'agissant des sociétés commerciales, sont immatriculées, sous réserve de la conformité de leurs statuts, au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire.

IV. - Un décret⁴⁶⁹ précise les conditions d'application du présent article, et notamment les règles applicables aux statuts des sociétés mentionnées au 2° du II.

⁴⁶⁵ « Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le montant total des réserves atteint le cinquième du capital social » — Article 1^{er} de l'arrêté du Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique 3 août 2015 pris en application de l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire fixant la fraction des bénéfices affectée au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires.

⁴⁶⁶ À titre de comparaison, dans les sociétés par actions et dans les SARL, la mise en réserve légale à chaque exercice excédentaire se limite à 5 % du bénéfice jusqu'à atteindre 10 % du capital social (C.com., art. L232-10).

⁴⁶⁷ Article 2 de l'arrêté du 3 août 2015 préc.

⁴⁶⁸ Décret n°2015-760 du 24 juin 2015 pris pour l'application de l'article 1^{er}, alinéa 15, de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2015).

⁴⁶⁹ Décret n°2015-858 du 13 juillet 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire.

Article 2

Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes :

- 1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ;
- 2° Elles ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ;
- 3° Elles concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2° ».

202. Les démarches que les sociétés commerciales doivent accomplir pour appartenir à l'ESS. - Les démarches à accomplir pour qu'une société commerciale ordinaire entre dans le champ de l'ESS sont vulgarisées dans une publication en ligne du CNCRES, en date du 8 septembre 2016⁴⁷⁰, que nous résumerons avec le plus de pédagogie possible en cinq étapes.

- **Étape 1** : choisir une activité économique socialement utile au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 et, autant que faire se peut, compléter l'étude de marché par une étude prospective d'impact sociétal « à 360° ». Il faut en effet répondre à un besoin social réel, et non agir sur de simples considérations unilatérales humaines ou environnementales (au contraire des activités de RSE, de *Social Purpose Corporation* ou de *Benefit Corporation*).

⁴⁷⁰ CNCRES, « Sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire. Note juridique et réglementaire à destination des entreprises », 8 septembre 2016. En ligne : <http://www.cncres.org/upload/iedit/12/529_2008_CNCRESS_Note_Societes_commerciales_de_I ESS_2016.pdf> (consulté le 22 mars 2017).

- **Étape 2** : s'accorder entre associés sur un mode participatif de consultation et sur un mode de décision inclusif du plus grand nombre d'intérêts en présence, afin d'anticiper de manière démocratique les évolutions inévitables de la stratégie et de sa mise en œuvre opérationnelle (par la création de comités consultatifs ou de collèges par catégorie de parties prenantes, élisant leur représentant(e) au sein de l'organe collégial de direction et de gestion, par exemple⁴⁷¹).

Nous intégrons ainsi les observations pertinentes de Marie CARRASCO-DAËRON : « *En l'absence de précision quant aux modalités de gouvernance que doivent adopter les sociétés commerciales de l'ESS, il revient à chaque structure d'imaginer son propre modèle selon la forme sociétaire choisie. Ainsi, les sociétés commerciales de l'ESS sont soumises à un modèle d'organisation et d'exercice du pouvoir qui repose sur un modèle démocratique et multipartenarial. Contrairement aux sociétés de droit commun où la maîtrise des décisions appartient à l'associé ou l'actionnaire dont le droit de vote, à défaut de clause statutaire contraire, est proportionnel à l'apport en capital, les organisations de l'ESS associent d'autres personnes que des investisseurs et chaque membre a un droit de vote selon le principe "un homme, une voix". Les sociétés commerciales de l'ESS doivent ainsi organiser et définir dans leurs statuts cette gouvernance démocratique. Elles doivent alors identifier les parties prenantes et envisager leur degré de participation dans la gouvernance pouvant aller de leur simple présence avec ou sans avis consultatif, jusqu'à leur participation par le vote avec la possibilité d'opter comme dans la société coopérative d'intérêt collectif pour une pondération des voix en fonction de leur participation à l'activité.* »⁴⁷²

En revanche, les instances de direction, d'organisation et de contrôle de ces sociétés devront être celles prévues par les normes impératives du statut commercial choisi. Ainsi :

- pour les SAS/SASU (représentant, d'après Marie CARRASCO-DAËRON, 78 % des sociétés commerciales de l'ESS⁴⁷³), il faudra au minimum un Président pour représenter la

⁴⁷¹ Cette proposition fait écho à ce que Pierre SUDREAU dès 1975, avait appelé « la société anonyme à gestion participative » mais qui n'incluait pas d'autres parties prenantes que les salariés — SUDREAU, P. (Dir.), *Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise remis au Président de la République et au Premier ministre le vendredi 7 février 1975*, préc., p. 120-121.

⁴⁷² CARRASCO-DAËRON, M., « Économie sociale et solidaire - La société commerciale au cœur de l'économie sociale et solidaire : pertinence ou altération ? », *Dr. sociétés*, n°1, janvier 2017, étude 1, § 25.

⁴⁷³ CARRASCO-DAËRON, M., *ibid.*, § 29.

société à l'égard des tiers⁴⁷⁴ et pour répondre de la gestion devant les actionnaires ou devant l'associé unique⁴⁷⁵ ;

- pour les SA à Conseil d'administration, il faudra respecter les dispositions des articles L. 225-17 et suivants du Code de commerce et nommer un Président et un directeur général (fonctions qui peuvent être cumulées) ;
- pour les SA à Conseil de surveillance⁴⁷⁶, il faudra un directoire composé, au maximum, de cinq personnes en principe. Toutefois, « dans les sociétés anonymes dont le capital est inférieur à 150 000 euros, les fonctions dévolues au directoire peuvent être exercées par une seule personne.

Le directoire exerce ses fonctions sous le contrôle d'un conseil de surveillance »⁴⁷⁷.

- **Étape 3** : établir un *business plan* (plan d'affaires) conforme aux principes de gestion⁴⁷⁸ limitant la lucrativité.
- **Étape 4** : rédiger les statuts fidèlement à tout ce qui précède.
- **Étape 5** : procéder aux formalités de création de société ou de révisions statutaires et demander l'inscription de la mention « ESS » par le Greffe du Tribunal de commerce du siège social⁴⁷⁹.

203. Les contraintes pesant sur les sociétés commerciales rejoignant l'ESS. - Il résulte des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 qu'à chaque exercice excédentaire, une société commerciale de l'ESS devra, en toute hypothèse, affecter au moins la moitié de ses bénéfices au report à nouveau.

Tout cela pour finalement se voir refuser les avantages fiscaux réservés aux OSBL. Et le HCVA de couper court immédiatement à d'éventuels débats sur ce point, en affirmant : « *Au cours des auditions et des échanges que le HCVA a pu avoir dans le cadre de ces travaux, il est apparu*

⁴⁷⁴ C.com., art. L. 227-6.

⁴⁷⁵ Art. L. 227-9.

⁴⁷⁶ Art. L.225-57 et s.

⁴⁷⁷ Art. L. 225-58.

⁴⁷⁸ Art. 1^{er}-I-3^o et art.2-2^o-c.

⁴⁷⁹ C.com., R. 123-222.

que les sociétés commerciales de l'ESS n'avaient pas de demandes particulières en termes de fiscalité, tant pour le mécénat que pour la non-lucrativité.

Les exonérations fiscales appliquées aux organismes sans but lucratif (associations, fondations, fonds de dotation), demeurent justifiées, compte tenu du public auquel ils s'adressent et des territoires sur lesquels ils mettent en œuvre leurs activités (zones rurales, quartiers en difficulté notamment) »⁴⁸⁰. Le Cabinet EY prend ses distances par rapport à cette prise de position du HCVA puisqu'il estime qu'une société commerciale agréée ESUS devrait pouvoir bénéficier des incitations fiscales aux libéralités dès lors qu'elle remplit les critères de la notion fiscale de gestion désintéressée⁴⁸¹.

204. L'aliénation des sociétés commerciales par inclusion dans le champ de l'ESS. -

David HIEZ conclut en affirmant que « s'il est possible de conclure à une certaine perméabilité du droit des sociétés à l'ESS, celle-ci ne semble pas sans effet : l'une des deux catégories d'entreprise, capitaliste ou de l'économie sociale et solidaire, y perd son identité. En droit français, la société qui s'inscrit au registre du commerce et des sociétés comme entreprise d'économie sociale et solidaire n'a plus rien d'une société capitaliste »⁴⁸².

2. Les statuts civils et commerciaux capitalistes les plus solidaires

205. La proximité des groupements civils avec les principes de l'ESS. -

On aurait presque oublié les statuts hors ESS qui, dans leur ADN, tissent des relations solidaires voire fraternelles entre leurs membres, sans scander de grands principes. Ils existent pour et grâce à leurs membres, sont tout à leur service et ont donc, par nature, une utilité sociale endogène (*a fortiori* dans le secteur primaire, fragilisé : en effet, un agriculteur sur trois vivant avec moins de 350 euros par mois, on acceptera sans peine de classer un bon nombre d'entre eux dans la première catégorie de bénéficiaires de l'utilité sociale d'après sa définition légale à l'article 2-1° du 31 juillet 2014⁴⁸³, à savoir celle des « personnes en situation de fragilité du fait de leur situation

⁴⁸⁰ HCVA, *Rapport du HCVA : les associations et l'entrepreneuriat social. Adopté en séance plénière le 28 mars 2017*, p. 43. En ligne : http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_hcva_asso_entrep_ess_adopté_en_seance_pleniere_le_28_mars_2017-2.pdf (consulté le 18 avril 2017).

⁴⁸¹ DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), « ESS : quelles perspectives pour les mesures proposées ? Le regard d'EY », préc., p. 65.

⁴⁸² HIEZ, D., « La perméabilité du droit des sociétés à l'ESS », préc., p. 28.

⁴⁸³ Cf. annexe unique.

économique ou sociale »). Ces structures n'exigent pas de profits pour elles-mêmes, c'est-à-dire ne prévoient pas de mise en réserve obligatoire : ce sont les « groupements ». Rien que cette qualification minimaliste, neutre (insipide ?) suffit à se convaincre de l'humilité de la place qu'ils entendent occuper dans le paysage français des personnes morales de droit privé.

Tous ces groupements sont des sociétés civiles par détermination de la loi, à l'exception du groupement d'intérêt économique (GIE), qui peut être une société commerciale si son objet social est commercial par nature⁴⁸⁴. Par conséquent, les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants⁴⁸⁵ sont prises à l'unanimité, sauf stipulation statutaire contraire⁴⁸⁶. On excède là le principe « une personne, une voix » : non seulement chaque associé compte, mais en plus les associés décident comme un seul homme.

Par ailleurs, ces sociétés civiles (sauf le GIE) ne peuvent être composées que de personnes physiques. Sauf stipulation contraire, ces dernières ont une responsabilité dite « conjointe » : après que la responsabilité de la société a été recherchée, chaque associé est susceptible d'avoir à répondre personnellement des dettes non purgées de la société, à due proportion de la part de capital social qu'il détient⁴⁸⁷.

206. Le groupement agricole d'exploitation en commun. - Le groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) a été créé par la loi n°62-917 du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun, codifiée aux articles L. 323-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. En 2013, on en comptait 38 177⁴⁸⁸. Leur succès s'explique par les avantages qui leur sont octroyés dans la mise en œuvre de la politique agricole commune (PAC) : comme le GAEC est transparent sur le plan fiscal et social, chaque associé est considéré comme un chef d'exploitation et, en tant que tel, reçoit des aides⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ C.com., art. L. 251-4, al. 1^{er}.

⁴⁸⁵ C.civ., art. 1846 à 1851.

⁴⁸⁶ C.civ., art. 1852.

⁴⁸⁷ C.civ., art. 1857, al. 1^{er} et 1858.

⁴⁸⁸ AGRESTE, la statistique, l'évaluation et la prospective agricole, « Enquête sur la structure des exploitations agricoles 2013 et recensement agricole 2010 ». En ligne : <<http://agreste.agriculture.gouv.fr/thematiques/structures-agricoles-880/exploitations-881/>> (consulté le 29 mars 2017).

⁴⁸⁹ OLSZAC, N., « Chapitre 1 - Groupement agricole d'exploitation en commun » - § 505-509, in *Agriculture (Groupements et sociétés agricoles)*, janvier 2016, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.

Le GAEC a pour objet de « permettre la réalisation d'un travail en commun », notamment en déterminant les volumes de production à atteindre, et peut éventuellement se charger, à titre accessoire, de la « vente en commun, à frais communs, du fruit du travail des associés »⁴⁹⁰. Pour ne pas risquer de perdre l'agrément délivré par le Préfet⁴⁹¹ et tous les avantages qui en découlent, il est préférable pour un GAEC de ne pas avoir pour objet unique des actes de commerce par nature⁴⁹², tels que la transformation industrielle des produits agricoles. Il existe des statuts types de GAEC approuvés par arrêté du ministre chargé de l'Agriculture⁴⁹³.

La conformité du groupement aux normes impératives régissant le GAEC est contrôlée par les services déconcentrés de l'État chargés de l'agriculture⁴⁹⁴.

Le GAEC est une société à *fort intuitu personae* :

« Les associés doivent participer effectivement au travail en commun »⁴⁹⁵.

« Chaque membre du groupement doit être associé aux responsabilités de l'exploitation »⁴⁹⁶.

Le manquement à l'une de ces deux obligations est un motif d'exclusion de l'associé défaillant suffisamment grave et légitime au regard des dispositions de l'article R. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime. C'est aussi un motif valable de refus ou de perte d'agrément d'un associé⁴⁹⁷.

Un associé ne peut céder qu'une partie de ses parts sociales seulement (les parts de l'apporteur en industrie sont incessibles par application de l'article R. 323-30, alinéa 1^{er}). La cession de titres a lieu uniquement en cas de retrait ou d'exclusion, dans les conditions d'agrément des associés prévues à l'article R. 323-38 du Code rural et de la pêche maritime.

⁴⁹⁰ C.rur., art. L. 323-3.

⁴⁹¹ C.rur., art. R. 323-8 et s.

⁴⁹² OLSZAC, N., préc., § 405-408.

⁴⁹³ Art. R. 323-9.

MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORÊT, décision du 24 avril 2015, n°MAAF/DGPE 24/04/2015. En ligne : <http://mesdemarches.agriculture.gouv.fr/spip.php?action=accéder_document&arg=283&cle=51475211711f97b0b0f68243583389e72e0382ef&file=pdf%2FStatuts_types_GAEC_2015-1.pdf> (consulté le 29 mars 2017).

⁴⁹⁴ Art. R. 323-18.

⁴⁹⁵ Art. L. 323-7, al. 2.

⁴⁹⁶ Art. R. 323-31, al. 1^{er}.

⁴⁹⁷ OLSZAC, N., préc., § 466 à 471.

L'admission de nouveaux associés est également soumise à la procédure d'agrément⁴⁹⁸, même lorsqu'il s'agit de l'héritier d'un associé décédé travaillant déjà sur l'exploitation⁴⁹⁹.

On retrouve le principe de double qualité, comme dans les mutuelles et les coopératives, avec un exclusivisme strict, en particulier lorsque le GAEC est dit « total », c'est-à-dire « quand il a pour objet la mise en commun par ses associés de l'ensemble de leurs activités de production agricole »⁵⁰⁰. En pareil cas, l'associé qui souhaite exercer une activité professionnelle en dehors du GAEC doit d'abord obtenir l'accord des autres associés et du Préfet⁵⁰¹. Rappelons qu'il n'en est pas ainsi dans la coopérative agricole tolérant 20 % d'associés non coopérateurs⁵⁰² et pouvant réaliser jusqu'à 20 % de son chiffre d'affaires avec des tiers sous certaines conditions.⁵⁰³

En raison du petit nombre d'associés — de deux à dix⁵⁰⁴ — et de leur obligation de s'impliquer concrètement dans la gestion du groupement, il est assez facile de les réunir en assemblée générale. Les statuts-types prévoient des décisions prises à l'unanimité dans les GAEC à deux associés⁵⁰⁵, et à la majorité dans les autres GAEC, selon le principe « une personne, une voix »⁵⁰⁶.

Les dividendes se calculent d'abord à due proportion de leur contribution au travail en commun, tout comme la ristourne coopérative. En revanche, s'il reste un excédent, celui-ci peut soit être mis en réserve, soit être distribué entre associés à due proportion des parts sociales détenues, sauf stipulation contraire. Les apporteurs en industrie ne sont pas exclus de cette distribution :

« Les apports en industrie donnent lieu à l'attribution de parts d'intérêts, mais ne concourent pas à la formation du capital social. Les porteurs de ces parts participent à la gestion et aux résultats du groupement dans les conditions fixées par les statuts »⁵⁰⁷.

On retrouve le principe de lucrativité limitée dans la rémunération du travail :

⁴⁹⁸ Art. R. 323-38, al. 4.

⁴⁹⁹ Art. R. 323-42.

⁵⁰⁰ Art. L. 323-2, al. 1^{er}.

⁵⁰¹ Art. L. 323-7, al. 3.

⁵⁰² C.rur., art. L. 522-4, al. 7.

⁵⁰³ Art. L. 522-5, al. 1^{er}.

⁵⁰⁴ Art. L. 323-2, al. 6.

⁵⁰⁵ Statuts-types de 2015, art. 17-2.

⁵⁰⁶ Statuts-types de 2015, art. 17-4.

⁵⁰⁷ Art. L. 323-8, al. 2.

« Cette rémunération ne peut être ni inférieure au salaire minimum interprofessionnel de croissance ni supérieure à six fois ce salaire »⁵⁰⁸.

Les gérants sont choisis parmi les associés eux-mêmes⁵⁰⁹, ce qui va bien au-delà des règles de gouvernance démocratique prévues dans les statuts historiques de l'ESS. « L'exercice des fonctions de direction ne dispense pas de la participation aux travaux d'exécution »⁵¹⁰. Les gérants sont librement rémunérés⁵¹¹.

La responsabilité personnelle de chaque associé devant les pertes annuelles ou dettes sociales est d'au moins deux fois la fraction du capital social qu'il possède⁵¹². Certains auteurs y voient une exonération de responsabilité des associés apporteurs en industrie⁵¹³.

D'après l'historien du droit Norbert OLSZAC⁵¹⁴, le GAEC est souvent utilisé comme un véhicule de transmission d'exploitation entre un père et ses enfants majeurs : les héritiers rachètent progressivement les parts sociales de leur ascendant suivant un échéancier.

207. Le groupement foncier agricole et le groupement foncier rural. - Le groupement foncier agricole (GFA) a été créé par la loi n°70-1299 du 31 décembre 1970 relative aux groupements fonciers agricoles, codifiée aux articles L. 322-2 à L. 322-24 du Code rural et de la pêche maritime. Ce statut régit également le groupement foncier rural⁵¹⁵, qui sert à gérer des domaines à la fois agricoles et forestiers. Pour ces derniers, les articles L. 331-1 à L. 331-15 du Nouveau Code forestier régissant les groupements forestiers s'appliquent, ainsi que le régime fiscal y afférent.

Un GFA tient une place très particulière, dans la mesure où il n'a que deux utilités : soit acquérir ou conserver des biens immobiliers à usage agricole, soit éviter à l'exploitant un investissement immobilier agricole hors de sa capacité financière d'endettement.⁵¹⁶ Ce n'est donc pas, en

⁵⁰⁸ Art. R. 323-36, al. 2.

⁵⁰⁹ C. rur., art. R. 323-24.

⁵¹⁰ Art. R. 323-31, al. 1^{er}.

⁵¹¹ Art. R. 323-36, al. 2.

⁵¹² Art. L. 323-10.

⁵¹³ OLSZAC, N., préc., § 485.

⁵¹⁴ OLSZAC, N., préc., § 401.

⁵¹⁵ Art. L. 322-22.

⁵¹⁶ DUPEYRON, Ch., ROUSSEL, F., « Fasc. E-226 : Groupements fonciers agricoles (GFA) », in *J.-Cl. Notarial*, Paris, LexisNexis, août 2016, §3.

principe, une entreprise de production de produits agricoles, mais plutôt un outil de production au service d'autres personnalités juridiques entrepreneuriales.

208. Le groupement d'intérêt économique. - Le plus connu des groupements est sans conteste le groupement d'intérêt économique (GIE). Il a été créé par l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, codifiée aux articles L. 251-1 et suivants du Code de commerce. Bien qu'immatriculé au RCS, le GIE est une société civile, sauf si son objet social est commercial par nature⁵¹⁷.

« Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même »⁵¹⁸.

Cela ne signifie pas qu'en cas d'excédent, il doive tout reverser à ses associés. En effet, dans un arrêt rendu le 6 mai 2014, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « *si le but du groupement d'intérêt économique n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même, cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie des résultats provenant de ses activités soit mise en réserve dans les comptes du groupement pour les besoins de la réalisation de son objet légal* »⁵¹⁹.

En outre, « le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital »⁵²⁰.

Au contraire des autres groupements vus jusqu'ici, l'*intuitu personae* au sein des GIE est faible : à moins que les statuts n'en disposent autrement, il n'existe ni procédure d'agrément pour les cessions de titres (que nous ne pourrions pas appeler « parts » dans le cas d'une GIE acapitaliste), pour l'admission de nouveaux associés et pour le retrait des associés, ni procédure d'exclusion⁵²¹.

La gouvernance du GIE est librement organisée par ses statuts. Elle n'est donc pas forcément démocratique. En revanche, dans le silence des statuts, et dès lors que le GIE est de nature

⁵¹⁷ C.com., art. L. 251-4, al. 1^{er}.

⁵¹⁸ C.com., art. L. 251-1, al. 2.

⁵¹⁹ MULLER, A.-C., « Un GIE peut faire des bénéfices et en affecter une fraction en réserve ». Note sous Cass. com., 6 mai 2014, n°13-11.427, « Sté Compagnie industrielle d'étiquettes (CIE) c/ Groupement d'Achat de transformateurs d'étiquettes (GATE) », *Rev. Sociétés*, 2014, p. 574.

⁵²⁰ Art. L. 251-3, al. 1^{er}.

⁵²¹ Art. L. 251-9.

civile, il se voit appliquer le droit commun des sociétés civiles, c'est-à-dire une prise de décision à l'unanimité hors des décisions relevant du pouvoir des dirigeants sociaux⁵²².

Dans un GIE, il semble difficile d'arguer une utilité sociale systématique au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014⁵²³, même endogène, à moins peut-être de démontrer qu'il contribue « au renforcement de la cohésion territoriale »⁵²⁴, dans le cas où les associés du GIE poursuivraient leur activité sur le même territoire et participeraient au dynamisme économique de celui-ci.

Specialia generalibus derogant : ainsi, même si le GIE est de nature civile, la responsabilité pécuniaire des associés est régie par l'article L. 251-6 du Code de commerce, qui pose le principe d'une solidarité indéfinie, en disposant :

« Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement. La décision d'exonération doit être publiée. Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant.

Les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire ».

209. La société civile de moyens. - Dans cet inventaire des sociétés capitalistes les plus solidaires, il nous faudrait citer, à la suite des groupements, la société civile de moyens (SCM), créée par l'article 36 de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles (SCP), qui dispose :

« Nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires, les personnes physiques ou morales exerçant des professions libérales et notamment les officiers publics et ministériels, peuvent constituer entre elles des sociétés civiles ayant pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité.

À cet effet, les associés mettent en commun les moyens utiles à l'exercice de leurs professions, sans que la société puisse elle-même exercer celle-ci ».

⁵²² C.civ., art. 1852.

⁵²³ Cf. annexe unique.

⁵²⁴ Art. 2-2°.

Comme le GFA et le groupement foncier rural, la SCM n'est pas une entreprise (elle n'est pas une unité de production) mais un ensemble de facteurs de production, matériels et humains, à la disposition de chaque associé (personne physique ou morale), lequel poursuit son activité professionnelle libérale de manière individuelle et en toute indépendance (les activités des associés ne sont pas forcément identiques⁵²⁵). Ici, il n'existe aucun bénéfice à partager, mais seulement des économies à réaliser⁵²⁶ : chaque associé contribue aux charges de la SCM⁵²⁷.

210. Les groupements civils (hors fonds de dotation) et les coopératives légitimées en qualité de sociétés par la révision de l'article 1832 du Code civil en 1978. - En définitive, les coopératives, les groupements et la SCM préfigurent la reformulation de l'article 1832 du Code civil par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, offrant aux associés la possibilité de poursuivre, non plus la seule maximisation des bénéfices (la Cour de cassation considérant depuis l'arrêt « Caisse rurale de la commune de Manigod » rendu en 1914 que « l'expression "bénéfices" s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés »)⁵²⁸, mais également la maximisation des économies. En effet, la coopérative date de 1947, le GAEC de 1962, la SCM de 1966, le GIE de 1967 et le GFA de 1970 et toutes ces sociétés se conçoivent davantage comme des leviers de développement au service de leurs associés⁵²⁹.

⁵²⁵ MAURY, F., « Sociétés civiles professionnelles », § 153, janvier 2017, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.

⁵²⁶ C.civ., art. 1832.

⁵²⁷ La SCM pourrait peut-être revendiquer une utilité sociale endogène, si ses membres peuvent justifier d'une « situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé » (L. 31 juillet 2014, art. 2-1° - cf. annexe unique) les ayant conduit à mutualiser leurs coûts. On imagine aussi des travailleurs indépendants dans des professions intellectuelles partageant les coûts de la SCM, moins par manque de capital financier ou matériel que par crainte de la solitude, de la perte de liens sociaux et, par suite, de l'exclusion (art. 2-2°).

À la lecture de l'article 36, qui constitue, à lui seul, le Chapitre V « société civile de moyens » de la loi du 29 novembre 1966, sans que l'adjectif « professionnel » soit inséré dans cet intitulé, et sans qu'aucun renvoi aux articles précédents soit opéré dans le corps de ses dispositions, nous pensons pouvoir affirmer que la SCM est un statut autonome par rapport celui de la SCP (L. du 29 novembre 1966 préc., art. 1 à 35) et doit être régi, s'agissant de tous ses autres aspects, par le droit commun des sociétés civiles (C.civ., art. 1845 à 1870).

Par conséquent, le droit commun des sociétés civiles s'applique de manière supplétive et, une fois de plus, hors des décisions relevant du pouvoir des dirigeants sociaux, les décisions doivent être prises à l'unanimité en application de l'article 1852 du Code civil. Donc, à défaut de stipulation contraire, la SCM est on ne peut plus démocratique.

Comme dans le GAEC, les associés de la SCM ont une responsabilité conjointe et indéfinie (C.civ., art. 1857, al. 1^{er} et 1858) et sauf stipulation contraire, il existe un *intuitu personae* fort, qui se traduit par une procédure d'agrément d'admission, de retrait des associés et de cession de parts.

⁵²⁸ Cass. ch. réun., 11 mars 1914, « Caisse rurale de la commune de Manigod c/ Enregistrement », préc.

⁵²⁹ Yves GUYON rappelle que cette recherche constante de gain patrimonial au moyen des bénéfices ou des économies dégagés de l'activité économique de l'entreprise ne suffit pas à faire la distinction entre association

211. La société anonyme à participation ouvrière, société commerciale proche de l'ESS mais qui en reste exclue *a priori*. - La société anonyme à participation ouvrière (SAPO), créée par la loi du 26 avril 1917 et codifiée aux articles L. 225-258 et suivants du Code de commerce, n'est pas une entreprise de l'ESS *per se*, bien qu'elle soit une société commerciale hybridée de façon importante par détermination de la loi. Toutefois, il ne s'agit pas ici d'une hybridation entre société commerciale et associationnisme acapitalisme, mais entre société et coopérative.

En effet, la participation « ouvrière » consiste en l'attribution d'une partie des actions à une coopérative appelée « société coopérative de main-d'œuvre » (SCMO) formée, de droit et automatiquement, par l'ensemble des salariés ayant plus d'un an d'ancienneté, et cette SCMO a pour objet principal la répartition des dividendes y afférents parmi les salariés.

Par ailleurs, le caractère démocratique et l'utilité sociale endogène de cette SA particulière se trouvent renforcés proportionnellement à la part collectiviste du capital détenue par la SCMO en contrepartie d'un apport en industrie, lui aussi collectiviste, à évaluer : plus cette participation au capital sera importante, plus on tendra vers de l'autogestion et plus on s'éloignera du simple intéressement des salariés⁵³⁰, la voie médiane étant la cogestion (fantasme français⁵³¹ depuis que l'on a imputé au modèle allemand de cogestion l'anticipation des risques économiques et la résistance du pays entier à la crise). Ce mécanisme fonde le principe philosophique du « participationnisme », qui se veut une alternative à l'opposition du capital au travail permettant de désamorcer la lutte des classes⁵³².

loi 1901 et société. Pour illustrer son propos, il prend l'exemple de l'adhésion à une association sportive ou de loisirs dans le seul but de bénéficier de tarifs plus avantageux que ceux proposés par les sociétés commerciales – GUYON, Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 » in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, tome I, § 23, p. 497.

La distinction entre associations et sociétés repose sur d'autres critères : les apports des associés, la contribution aux pertes et l'*affectio societatis*. — RODRIGUEZ, K., « Étude 2 – Nature de l'association », in Dutheil, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2ème éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 23-50.

⁵³⁰ DAVIAU, R., LULEK, M., « La société anonyme à participation ouvrière (Sapo) : entre centenaire et nouvel horizon », *Recma*, n°346/2017, octobre 2017, p. 53.

⁵³¹ CLERC, C., FAVEREAU, O. *et al.*, « Tribune. La codétermination est une idée porteuse d'avenir qui doit trouver sa place dans la loi ». *Le Monde*, 6 octobre 2017. En ligne : <http://mobile.lemonde.fr/idees/article/2017/10/05/la-codetermination-est-une-idee-porteuse-d-avenir-qui-doit-trouver-sa-place-dans-la-loi_5196511_3232.html> (consulté le 20 janvier 2018).

⁵³² LIEUTIER, J.-Ph., *Le modèle de l'actionnariat salarié*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. du Centre de Droit Social, 2012, § 228.

Toutefois, eu égard au paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014⁵³³, il manque à la SAPO la limitation du lucre. Il lui faudra donc respecter les critères posés au paragraphe II de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 pour appartenir juridiquement à l'ESS.

212. Remise en cause de la limitation du lucre comme critère distinctif des entreprises de l'ESS. – Nous l'avons vu, ce qui différencie la coopérative des sociétés capitalistes solidaires, c'est la mise en réserve obligatoire. C'est essentiellement cette part d'autofinancement qui est à la fois cause et conséquence de la lucrativité limitée dans les coopératives. Néanmoins il convient d'apporter immédiatement deux tempéraments à cette affirmation.

Le premier, c'est que la plus-value réalisée lors de la cession de parts coopératives (avec l'accord soit de l'assemblée générale, soit des administrateurs ou gérants⁵³⁴) peut être regardée comme une opération lucrative pour l'associé cédant.

Le second est l'enseignement tiré de notre étude des groupements civils et de la SAPO : la limitation du lucre n'est indispensable ni à une authentique utilité sociale, ni à une gouvernance faisant la part belle à l'autogestion de l'entreprise par les salariés.

Mieux encore, l'exclusivisme plus rigoureux au sein du GAEC que des coopératives elles-mêmes donne à réfléchir sur le bienfondé de la distinction doctrinale entre l'*affectio cooperationis* que la doctrine a attribué aux membres de groupements, l'*affectio cooperatis* qui serait propre aux associés coopérateurs, et le simple *affectio societatis*, qui caractériserait la relation entre associés d'une société ordinaire, y compris de SCM. Cette distinction n'est-elle pas artificielle⁵³⁵ ?

Nous pensons que le lucre capitalistique illimité dans les sociétés n'est pas un obstacle à la formation de liens très étroits et sur du long terme entre associés, à une véritable solidarité voire à la caractérisation d'un authentique *jus fraternitatis*, « communauté d'intérêt qui doit toujours et dans tous les cas unir les associés »⁵³⁶, dès lors que les caractéristiques de *l'intuitu personae*

⁵³³ Cf. annexe unique.

⁵³⁴ L. du 10 septembre 1947, art. 11.

⁵³⁵ Cf. dans un sens contraire RAKOTOVAHINY, M., « Prolégomènes sur l'existence d'un intérêt coopératif », *RTD com.*, 2018, p. 307-316.

⁵³⁶ GUYON, Y., « La fraternité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 440.

et de la double qualité sont conservées, que ce lucre reste proportionnel à la contribution économique des associés dans le cas d'une libération de dividendes (gage d'équité au sein de cette fraternité), et qu'il sert au développement de l'activité économique des associés (dans le droit fil de « *l'idéal coopératiste, qui consiste à considérer que l'action commune est un facteur de progrès* »⁵³⁷). En revanche, à l'instar d'Yves GUYON, il ne nous paraît pas indispensable que les associés soient tenus par une solidarité au passif pour que leurs liens puissent être qualifiés de fraternels⁵³⁸.

En clair, et pour en revenir aux sociétés de l'ESS, nous défendons l'idée que la maximisation des profits (et des économies) devrait être possible au sein d'une société sociale et solidaire qui se bornerait à soutenir l'activité économique de ses associés précaires, et deviendrait ainsi socialement utile sur le plan endogène à condition – et aussi longtemps – que les associés se trouvent économiquement et socialement fragilisés sans la société au sens de l'article 2, 1° de la loi du 31 juillet 2014⁵³⁹.

Quid de l'utilité sociale exogène d'une société capitaliste, c'est-à-dire vis-à-vis des parties prenantes extérieures à la société, utilité sociale exogène que l'on appellera tantôt « intérêt communautaire » (au sens de *community interest*⁵⁴⁰), tantôt « intérêt collectif » (au sens d'intérêt de l'ensemble des parties prenantes), tantôt « intérêt général » ?

Section 2. Vers une révision des articles 1832 et 1833 du Code civil ?

213. La prospérité, condition première du cercle vertueux de responsabilité sociétale friedmanienne. - À la suite de Milton FRIEDMAN⁵⁴¹, de rares auteurs et personnalités politiques soutiennent aujourd'hui encore que la société capitaliste remplit déjà naturellement plusieurs missions sociales de type « utilité sociale exogène », en répondant à la demande de ses clients, en payant ses impôts et ses cotisations sociales patronales et en créant des emplois directement (en son sein) et indirectement (chez ses fournisseurs)⁵⁴². Pour eux, le débat sur la poursuite d'une finalité hybride – à la fois lucrative et sociétale – au sein de toute société

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 442.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Cf. annexe unique.

⁵⁴⁰ Cf. *infra* n°291.

⁵⁴¹ Cf. *supra* n°176.

⁵⁴² MORTIER R., "Benefit corporation : a model for France?", *Actes prat. ing. sociétaire*, n°128/2013, p. 32.

capitaliste est complètement vain. Sans polémiquer (par exemple sur la comparaison de la part de valeur ajoutée consacrée à ces missions « sociales » avec celle qui est finalement versée aux associés, ou encore sur le lien de causalité entre, d'un côté, le management d'entreprise et, de l'autre, la crise écologique que nous traversons, la précarité des travailleurs, la corruption, l'évasion fiscale...), il convient de souligner que la condition première du déclenchement du cercle vertueux décrit par Milton FRIEDMAN est la prospérité, notion éminemment subjective, tandis qu'aujourd'hui peu d'entreprises se considèrent en assez bonne santé pour remplir toutes ces missions sociales de manière pérenne. En témoigne la nette préférence pour la création d'emplois en contrats à durée déterminée⁵⁴³.

214. Du consensus autour de la RSE à l'idée d'une révision des articles 1832 et 1833 du Code civil. - Compte tenu, d'une part, des entorses à l'obligation de maximiser les bénéfices (ou, aux termes de la loi du 4 janvier 1978, de maximiser les économies, ce qui revient tout de même à « procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect » selon les termes du législateur belge) que représentent les entreprises de l'ESS, les *constituency statutes*, la *Benefit corporation*, la SOSE et, d'autre part, de la prise de conscience généralisée de l'impact sociétal des sociétés (comme en témoignent les prises de position au Forum de Davos 2018), une autre partie de la doctrine et de la classe politique s'est prononcée en faveur de la réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil⁵⁴⁴, qui disposent à ce jour que :

Article 1832 — « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

⁵⁴³ BARTHET, É., « 2017 : année record pour l'emploi en France », *Le Monde*, 3 juillet 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/economie/article/2018/07/03/2017-annee-record-pour-l-emploi_5325297_3234.html> (consulté le 30 juillet 2018).

⁵⁴⁴ FARGUES, H., « La RSE bientôt inscrite dans le Code civil ? », 1^{er} décembre 2014. En ligne : <<http://www.youphil.com/fr/article/07789-rse-projet-loi-activite-egalite-chances-economiques-emmanuel-macron-code-civil?ypcli=ano>> (consulté le 16 octobre 2016).

Article 1833 — « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

Il est important de souligner qu'en droit belge, les sociétés peuvent avoir un but autre que l'enrichissement des associés depuis le 1^{er} juillet 1996, date d'entrée en vigueur de la loi n°1995-04-13/50 du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935. Cette loi, dont l'objet principal était la création d'une modalité d'hybridation appelée « société à finalité sociale »⁵⁴⁵, a modifié dans le même temps l'article 1832 du Code civil belge⁵⁴⁶, avant qu'il ne soit transféré à l'article 1^{er} du Code belge des sociétés par la loi n°1999-05-07/69 du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés. Cet article 1^{er} dispose :

« Une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

Dans les cas prévus par le présent code, elle peut être constituée par un acte juridique émanant de la volonté d'une seule personne qui affecte des biens à l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées.

Dans les cas prévus par le présent code, **l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect** ».

⁵⁴⁵ Cf. *infra* n°276 et s.

⁵⁴⁶ Article 101 de la loi du 13 avril 1995 :

« Une société est constituée soit par un contrat au terme duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun soit, dans les cas prévus par la loi, par un acte juridique d'affectation de biens émanant de la volonté d'une seule personne. Elle a pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect, à moins que, dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement.

Une société a pour objet d'exercer une ou plusieurs activités déterminées.

Elle n'est dotée de la personnalité morale que lorsque la loi le prévoit ».

BENOIT-MOURY, A., « La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Actualités du droit*, 1997, p. 707-710. En ligne : <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1997_BenoitMoury.pdf> (consulté le 11 avril 2017).

Dans un souci de cohérence, et pour pouvoir qualifier la société à finalité sociale de société commerciale, la définition légale de cette dernière a, elle aussi, été modifiée par la loi du 13 avril 1995, dont l'article 1^{er} dispose :

« Les sociétés à forme commerciale se règlent par les conventions des parties, par les lois particulières au commerce et par le droit civil.

Elles ont pour objet social l'exercice d'une activité commerciale ou d'une activité civile.

Dans le premier cas, elles sont des sociétés commerciales et possèdent la qualité de commerçant.

Il en va ainsi même si les dispositions statutaires prévoient que la société ne recherche pas de bénéfice pour les associés.

Dans le second cas, elles sont des sociétés civiles à forme commerciale. Elles se conforment aux dispositions du présent titre mais ne possèdent pas la qualité de commerçant. ».

L'adaptation des articles 1832 et 1833 du Code civil aux enjeux contemporains sociaux et environnementaux, toujours dans le cadre d'une économie de marché. Plan. - Ces formulations permettent de faire cohabiter aisément les sociétés purement lucratives et celles qui poursuivent une mission sociétale. Qu'en est-il des propositions de révision des articles 1832 et 1833 du Code civil français, d'ordre public ? Pour le savoir, il convient de les présenter succinctement (I) et de les analyser, en s'attachant à déterminer dans quelle mesure ces propositions de réforme garantissent la poursuite d'un objectif sociétal authentique, et jusqu'à quel point celui-ci peut se rapprocher de l'utilité sociale telle que définie à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 (II).

I. Rappel des récentes propositions de révision

La combinaison des finalités lucrative et sociétale dans la stratégie d'entreprise. Plan. - Les propositions et projets de révision des articles 1832 et 1833 du Code civil français sont en réalité plus ambitieux que ne l'a été la réforme belge, puisqu'en France, l'objectif n'est pas d'accueillir les sociétés à mission dans la définition légale de la société, mais d'imposer à l'ensemble des sociétés immatriculées en France la prise en compte de leur RSE dans leur

stratégie d'entreprise. C'est vrai aussi bien des propositions de réforme minimalistes (1) que de la très proposition de réforme d'envergure dans la tribune du 15 novembre 2016 publiée dans le quotidien *Le Monde* (2).

1. Des propositions peu médiatisées au projet de loi PACTE

215. La proposition du lobby (groupe de pression) Sherpa (2010). - Fin 2010, le Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale et l'association Sherpa ont proposé l'ajout d'un alinéa à l'article 1832 du Code civil⁵⁴⁷ :

« Les associés s'engagent à satisfaire aux exigences sociales et environnementales que la poursuite durable et responsable de l'activité encadrée implique ».

216. La proposition de l'expert Jacques ATTALI (2013). - En 2013, dans son rapport « Pour une économie positive » commandé par le Chef de l'État François HOLLANDE, le groupe de réflexion présidé par Jacques ATTALI a inscrit comme première proposition la reformulation suivante de l'article 1833 du Code civil :

« Toute société doit avoir un objet licite, être constituée et gérée dans l'intérêt pluriel des parties prenantes et concourir à l'intérêt général, notamment économique, environnemental et social »⁵⁴⁸.

On retrouve ici l'idée portée par le courant américain de la *Progressive Corporate Law* et par les solidaristes, selon laquelle la société doit tenir compte de l'ensemble des parties prenantes pour assurer sa propre pérennité, dans l'intérêt à long terme des associés⁵⁴⁹. Cette thèse est développée dans la communication COM/2011/0681 final de la Commission européenne du 25 octobre 2011 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », dont l'article 3 dispose :

« Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière environnementale, éthique,

⁵⁴⁷ BOURDON, W., QUEINNEC, Y., *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale, Sherpa, série Cahiers de propositions, décembre 2010, p. 19. En ligne : <<https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/CDP-francais.pdf>> (consulté le 18 mars 2017).

⁵⁴⁸ ATTALI, J. (Dir.), *Pour une économie positive*, préc., p. 83.

⁵⁴⁹ Cf. *supra* n°189.

de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités et leur stratégie de base, ce processus visant :

- à optimiser la création d'une communauté de valeur pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société,
- à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer ».

217. Le projet de loi Macron (2014). - Jusqu'à la veille de sa présentation en Conseil des Ministres⁵⁵⁰, le projet de loi « Macron » sur la croissance et l'activité (projet n°2447 qui a ensuite été déposé à l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014) proposait l'ajout de l'alinéa suivant, à l'article 1833⁵⁵¹ :

« Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ».

Cette disposition n'avait pourtant pas été critiquée par le Conseil d'État dans son avis n°389494 du 8 décembre 2014 sur le projet de loi, étape préalable à la présentation en Conseil des Ministres⁵⁵².

Cette formulation a été reprise telle qu'elle dans l'amendement n°2314, proposé le 23 janvier 2015 par plusieurs députés socialistes, au projet de loi pour la croissance et l'activité (devenu la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques). Cet amendement a finalement été retiré.

Le même amendement, sous les n°CD17 et CL25, a été rejeté deux fois le 9 mars 2015 dans le cadre des débats ayant abouti à l'adoption de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁵⁰ DUPRE, M. « Disparition mystérieuse de la RSE dans la loi Macron », 30 décembre 2014. En ligne : <<http://www.alternatives-economiques.fr/entreprise/mathilde-dupr%25c3%25a9/disparition-mysterieuse-de-la-rse-dans-la-loi-macron-201412300951-00000513.html?page=7>> (consulté le 18 mars 2017).

⁵⁵¹ MEKKI, M., « Le projet "Macron" et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », 1^{er} décembre 2014. En ligne : < <http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/le-projet-macron-et-le-nouvel-article-1833-du-code-civil-quand-la-force-du-droit-vient-de-la/h/ab58af973d31526e3f37a8c66b1ce8d7.html>> (consulté le 18 mars 2017).

⁵⁵² Constitution du 4 octobre 1958, art. 39, al. 2.

Sur le fond, ces ajouts, certainement bien intentionnés, manquaient de clarté et auraient donc laissé trop de place aux aléas jurisprudentiels.

218. La proposition de loi « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances (2017). –

L'article 1^{er} de la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » du 6 décembre 2017 portée par quelques députés de gauche a réintroduit dans le débat parlementaire la question de la révision de l'article 1833 du Code civil, en des termes assez proches mais en se référant à la notion d'intérêt de l'entreprise⁵⁵³ au lieu de celle « d'intérêt supérieur », plus sujette à interprétation et donc comportant un risque d'insécurité juridique :

« L'article 1833 du Code civil est complété par une phrase ainsi rédigée : “La société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité” ».

Cette formulation a reçu le soutien du *think-tank* (« groupe de réflexion ») Terra Nova⁵⁵⁴.

219. Le projet de loi PACTE (2018). – Le projet de loi PACTE adopté en première lecture

par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018 reprend, dans son article 61, I, 1^o, une formulation sensiblement identique mais renvoyant à la notion juridique stable d'« intérêt social »⁵⁵⁵ en proposant de compléter l'article 1833 du Code civil comme suit :

« La société est gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

On déduit de l'article 61, I, 4^o que la négligence des enjeux sociaux et environnementaux ne pourra pas entraîner l'annulation des actes ou délibérations des organes de la société sur le fondement de l'article 1844-10 du Code civil. Toutefois, il nous faut concéder que cette révision de l'article 1833 du Code civil aura le mérite de donner à la RSE plus d'importance qu'une

⁵⁵³ Sous l'influence de l'École de Rennes (cf. *infra* n°227), l'intérêt de l'entreprise est généralement défini comme la synthèse des intérêts des parties prenantes – GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p. 35, §27.

BARTHELEMY, J., « L'intérêt de l'entreprise », *Les Cahiers du DRH*, n° 146, 1^{er} septembre 2008.

⁵⁵⁴ Proposition n°1 in RICHER, M., « L'entreprise contributive. 21 propositions pour une gouvernance responsable », 5 mars 2018. En ligne : <<http://tnova.fr/rapports/l-entreprise-contributive-21-propositions-pour-une-gouvernance-responsable>> (consulté le 26 avril 2018).

⁵⁵⁵ HEINICH, J., « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. soc.*, 2018, n°10, 8 octobre 2018, p. 568-574.

simple information extra-financière et de la rapprocher de la stratégie d'entreprise (mais sans en devenir le centre).

2. La tribune du 15 novembre 2016

220. Les diverses propositions de l'avocat Daniel Hurstel (2009-2016). - L'idée la plus aboutie de réécriture des articles 1832 et 1833 du Code civil a été développée dans une tribune parue dans *Le Monde* du 15 novembre 2016, signée par quinze personnalités françaises, dirigeants et ex-dirigeants de grandes entreprises capitalistes mais aussi d'OSBL, enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur public comme privé, dirigeants et ex-dirigeants d'instances internationales, et un avocat⁵⁵⁶ :

1. Bertrand BADRE, ancien directeur général de la Banque mondiale, CEO BlueOrange Capital ;
2. Catherine BARBAROUX, ancienne présidente de l'ADIE ;
3. Françoise BENHAMOU, professeure et économiste ;
4. Rodolphe DURAND, professeur à HEC Paris ;
5. Emmanuel FABER, directeur général de Danone ;
6. Cynthia FLEURY, philosophe et psychanalyste ;
7. Antoine FREROT, président-directeur général de Veolia ;
8. Michel GERMAIN, professeur émérite de l'université Paris-II ;
9. Martin HIRSCH, président de l'Institut de l'engagement ;
10. Daniel HURSTEL, avocat associé, Willkie Farr & Gallagher ;
11. Xavier HÜRSTEL, président-directeur général du PMU ;
12. Jean-Marc JANAILLAC, président-directeur général d'Air France-KLM ;
13. Christine LAGARDE, directrice générale du FMI.
14. Pascal LAMY, ancien directeur général de l'OMC ;
15. Michel LANDEL, directeur général de Sodexo.

⁵⁵⁶ BADRE, B., BARBAROUX, C., DURAND, R. *et al.*, « Plaidoyer en faveur d'une « économie de marché responsable » », *Le Monde*, 16 novembre 2016. En ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/11/16/la-france-doit-passer-a-une-economie-de-marche-responsable_5031791_3232.html#3gfesytK3iW17eC9.99 (consulté le 18 mars 2017).

Comme l'économiste Roland PEREZ⁵⁵⁷, nous pensons que l'avocat Daniel HURSTEL, est l'instigateur de cette tribune. Déjà en 2009, ce dernier proposait la poursuite d'un but social comme alternative à la maximisation du profit⁵⁵⁸ (en d'autres termes, la société capitaliste aurait le choix de se réformer... ou pas) :

« La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens, ou leur industrie soit en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter soit en vue de financer ou de développer une activité qui répond à un besoin social ».

En 2012, il plaidait en faveur d'une réécriture plus ambitieuse de l'article 1832 du Code civil obligeant les associés, non seulement à tenir compte de l'intérêt général, mais en plus à le financer en partie⁵⁵⁹ :

« La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens, ou leur industrie en vue de poursuivre un projet d'entreprise qui respecte l'intérêt général, financé au moyen du profit ».

Les quinze signataires défendent cette fois un capitalisme dompté par la prise en compte de toutes les parties prenantes dans l'élaboration du projet d'entreprise par les associés eux-mêmes, et donc dans les statuts, et non par les dirigeants sociaux. Le projet d'entreprise (à ne pas confondre avec la notion prétorienne de « projet de société » ou « d'association », désignant l'ébauche, au stade du *business plan*, de ce qui pourra devenir le contrat de société⁵⁶⁰) supplanterait l'objet social et fonderait la société, et non plus le partage d'un bénéfice ou d'une économie. Les signataires souhaitent étendre cette réforme à l'ensemble des sociétés en modifiant les articles 1832 et 1833 du Code civil, « *plutôt que de proposer de nouvelles structures juridiques comme le font certains pays qui prévoient l'ajout à la finalité lucrative d'autres finalités qui ne le sont pas – par exemple, Public Benefit Corporation et Multi Purpose Company aux États-Unis – et de compliquer encore notre droit des sociétés* ».

⁵⁵⁷ Voir sa note diffusée le 9 décembre 2016 au sein du groupe « Finance et biens communs » — POUR UN RESEAU FRANCOPHONE DE BIENS COMMUNS, « Finance - Groupe de travail sur la finance comme biens communs ». En ligne : <<https://mail.cfcloud.fr/bienscommuns.org/info/finance>> (consulté le 18 mars 2017).

⁵⁵⁸ HURSTEL, D., *La nouvelle économie sociale : Pour réformer le capitalisme*, préc., p. 100.

⁵⁵⁹ HURSTEL, D., « Proposition 2 : Organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit », p. 49, in GIRAUD, G., RENOARD, C. (Dir.), *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, 2^{ème} édition, Paris, Flammarion, coll. Champs essais, 2012.

⁵⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1977, n°75-15.120, *Bull.* 1977, I, n°91 p.70 ; Cass. com., 28 avril 1987, n°85.18-062, *Bull.* 1987, IV, n°104, p. 79, *Rev. Soc.*, 1977, p. 81, note F. BENAC-SCHMIDT.

« Nous demandons que les articles du Code civil précités soient modifiés pour faciliter le développement, d'une économie de marché responsable et inclusive. L'article 1832 devrait être rédigé dans l'esprit de cette proposition :

La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter.

De même, l'article 1833 pourrait être modifié comme suit :

Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

En 2018, dans le rapport de la commission qu'il co-préside avec Antoine FRÉROT, Président-Directeur Général, Veolia, Daniel HURSTEL défend mollement la proposition de réforme des articles 1832 et 1833 contenue dans la tribune du 15 novembre 2016 (proposition n°1), en l'absence d'un consensus au sein de cette commission⁵⁶¹, en offrant de surcroît deux formulations alternatives de l'article 1833, tendant, l'une, à hiérarchiser les intérêts des parties prenantes en présence (proposition n°2), et l'autre, à supprimer toute références aux biens communs, sans trancher véritablement en faveur de l'une d'elles (proposition n°3)⁵⁶².

⁵⁶¹ FREROT, A., HURSTEL, D. (Dir.), « Le rôle sociétal de l'entreprise : éléments de réflexion pour une réforme », Le Club des Juristes, Commission ad hoc, avril 2018, p. 94. En ligne : <<http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/role-societal-de-lentreprise-elements-de-reflexion-reforme/>> (consulté le 26 avril 2018).

⁵⁶² Proposition 2 : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés en considération des intérêts des tiers prenant part, en qualité de salariés, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

Proposition 3 : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés en considération des intérêts des tiers prenant part, en qualité de salariés, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise ». — *Ibid.*, p. 100-104.

II. Critique juridique de ces propositions

La tribune parue dans *Le Monde* fin 2016 semble avoir suscité davantage de réactions en sciences de gestion qu'au sein de la communauté des juristes, plutôt réprobatrice (1), mais c'est de loin la proposition de révision qui nous inspire le plus de commentaires et qui a notre préférence (2).

1. Arguments *contra*

221. L'inapplicabilité de la réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil aux sociétés dépourvues de projet d'entreprise. - Alain COURET met en exergue une série de difficultés techniques soulevées par une telle reformulation : « *Le défaut de la méthode, à notre sens, tient au fait que la population des sociétés est très diversifiée et que les facteurs communs doivent être ramenés à un strict minimum. Peut-on demander au créateur d'une société unipersonnelle (46 % des sociétés créées en 2015) dont l'objectif souvent strictement patrimonial est de limiter sa responsabilité d'être nécessairement porteur d'un projet d'entreprise ? Les sociétés holdings sont de leur côté avant tout des sociétés de portefeuille dont le rôle peut se ramener à un simple objectif de détention de titres. Cela est vrai pour de petites holdings mais aussi pour de plus grosses cotées sur un marché réglementé. D'ailleurs, le droit fiscal ne s'y trompe pas : il distingue les holdings animatrices (implicitement porteuses d'un projet) des autres qui ont un simple caractère patrimonial. Les sociétés en participation sont parfois conçues pour la réalisation d'un projet d'entreprise, mais ce n'est pas la situation la plus habituelle. Combien de sociétés civiles sont-elles porteuses d'un projet d'entreprise ? Enfin, on sait la difficulté de faire reconnaître l'existence d'une société de fait à partir des trois critères simples qui résultent de la définition actuelle de la société. Qu'en serait-il si l'on ajoutait de nouveaux critères au demeurant totalement inadaptés à la problématique d'identification ?* »⁵⁶³

222. Parties prenantes et conflits d'intérêts. - Dans un communiqué collectif datant de novembre 2017, l'Association française des entreprises privées (AFEP), l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) et le syndicat patronal Mouvement des entreprises de France (MEDEF) avancent trois arguments juridiques majeurs pour rejeter l'idée de la prise en compte des intérêts des parties prenantes sur un pied d'égalité avec les associés.

⁵⁶³ COURET, A., « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D.* 2017, p. 222.

Premièrement, les salariés participent déjà à la gouvernance de certaines sociétés en siégeant au Conseil d'administration ou au Conseil de surveillance⁵⁶⁴. Les autres parties prenantes n'y sont pas légitimes parce qu'elles n'ont pas part à la construction du projet d'entreprise. De plus, leur présence au sein des Conseils d'administration ou de surveillance soulèverait des conflits d'intérêts⁵⁶⁵.

223. La priorisation des attentes des parties prenantes. - Deuxièmement, l'absence de critères pour arbitrer les attentes potentiellement contradictoires des parties prenantes en présence, ou à tout le moins pour hiérarchiser ces attentes, poserait problème, aussi bien pour les entreprises (dans la prise de décisions au quotidien et dans le contrôle de gestion) que pour les juges⁵⁶⁶.

224. L'intérêt social face à l'intérêt commun des associés et des parties prenantes. - Troisièmement, cette méthode pour dégager un intérêt supérieur commun aux associés et aux parties prenantes ne serait pas opérante quand il s'agirait de caractériser la responsabilité des dirigeants, l'abus de majorité et l'abus de minorité en droit civil, ou l'abus de biens sociaux en droit pénal⁵⁶⁷.

Pierre GATTAZ, alors président du MEDEF, ajoute que les dirigeants sociaux doivent être guidés uniquement par l'intérêt social (appelé, à l'origine, « intérêt général de la société »⁵⁶⁸, notion flexible transcendant à la fois l'intérêt commun des associés (le *jus fraternitatis* pour Yves GUYON⁵⁶⁹) et la somme de leurs intérêts individuels⁵⁷⁰.

⁵⁶⁴ L. n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 9.

⁵⁶⁵ AFEP, ANSA, MEDEF, « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Contribution de l'AFEP, de l'ANSA et du MEDEF sur les aspects de droit des sociétés », novembre 2017. En ligne : <<http://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/01/Consultation-PACTE-Aspects-de-droit-des-sociétés-contribution-AFEP-ANSA-MEDEF-27-novembre-2017.pdf>> (consulté le 26 février 2018).

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 6.

VILETTE, M., « Loi PACTE : vers une réforme purement cosmétique ? », 23 mars 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/loi-pacte-vers-une-reforme-purement-cosmetique-93557>> (consulté le 26 avril 2018).

⁵⁶⁷ AFEP, ANSA, MEDEF, préc., p. 7.

⁵⁶⁸ Cass. com., 18 avril 1961, préc.

⁵⁶⁹ Cf. *supra* n°212.

⁵⁷⁰ GATTAZ, P., « Code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise et "parties prenantes" », 23 février 2018, p. 8-9. En ligne : <https://www.linkedin.com/pulse/code-afepmedef-de-gouvernement-dentreprise-et-parties-pierre-gattaz/?trackingId=0LJaUkrmbbIZET%2B5DLEKNg%3D%3D&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BnrYyWMbHQoq36h%2B8QVIHpQ%3D%3D&licu=urn%3Ali%3Acontrol%3Ad_flagship3_feed-

225. L’empiètement de l’intérêt commun des associés sur le domaine de l’ordre public.-

Enfin, pour Jean-Charles SIMON, économiste, Président de Stacian, entreprise de statistiques et d’analyse économique et candidat à la présidence du MEDEF en 2018, il appartient à l’État seul de garantir l’ordre public par l’adoption de lois encadrant l’activité économique et il rejette l’idée de soumettre l’entreprise à un intérêt commun indéfini et renvoyant à un référentiel moral, avec en plus un risque d’arbitraire imposé par une ou plusieurs parties prenantes⁵⁷¹.

226. La révision du Code AFEP/MEDEF à l’issue du débat sur les missions de l’entreprise. - Le 27 février 2018, le MEDEF a annoncé sur son site web le lancement d’une consultation publique dans la perspective d’une révision du Code de gouvernance AFEP/MEDEF et dans une « *volonté de contribuer de manière constructive au débat sur les missions de l’entreprise et sa contribution à l’intérêt général* »⁵⁷². Cette révision a été rendue publique le 21 juin 2018⁵⁷³. Il n’y est nulle part fait référence à l’intérêt général.

En revanche, de la même manière que l’article 61 du projet de loi PACTE présenté publiquement trois jours plus tôt, l’article 1^{er} du Code AFEP/MEDEF rappelle la soumission du Conseil d’administration à l’intérêt social et oblige désormais le Conseil d’administration des sociétés qui se soumettent volontairement au Code à « promouvoir la création de valeur par l’entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités », au-delà même de ce que la loi impose⁵⁷⁴. Pour ce faire, le Code permet aux administrateurs qui en font la demande de bénéficier d’une formation en matière de RSE adaptée au contexte propre à l’entreprise⁵⁷⁵ et offre au Conseil d’administration la possibilité d’indexer la rémunération des dirigeants sociaux sur des critères de RSE⁵⁷⁶.

object> (consulté le 26 février 2018).

⁵⁷¹ SIMON, J.-Ch., « Contraindre *a priori* l’objet social de l’entreprise serait une forme de prohibition par de nouvelles ligues de vertu », 22 janvier 2018. En ligne : <http://lemonde.fr/idees/article/2018/01/22/contraindre-a-priori-l-objet-social-de-l-entreprise-serait-une-forme-de-prohibition-par-de-nouvelles-ligues-de-vertu_5245251_3232.html> (consulté le 4 février 2018).

⁵⁷² MEDEF, « Gouvernance des entreprises : L’Afep et le Medef lancent une consultation publique », 27 février 2018. En ligne : <<http://www.medef.com/fr/communiquede-presse/article/gouvernance-des-entreprises-lafep-et-le-medef-lancent-une-consultation-publique>> (consulté le 26 avril 2018).

⁵⁷³ AFEP, MEDEF, *Code de gouvernance d’entreprise des sociétés cotées, Révisé en juin 2018*, 21 juin 2018. En ligne : <http://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/06/Code-Afep-Medef-revision-du-20-juin_VF.pdf> (consulté le 9 juillet 2018).

⁵⁷⁴ Art. 1.5.

⁵⁷⁵ Art. 12.1.

⁵⁷⁶ Art. 24.1.1, al. 3.

2. Arguments *pro*

227. La mise en cohérence des notions de « société » et « d'entreprise ». - Nous partageons le constat d'Alain COURET, ce qui nous conduit, non pas à nous opposer à une révision des articles 1832 et 1833 du Code civil, mais à plaider en faveur d'une qualification juridique autre que celle de « société » pour les entités-écrans sans activité de production de biens ou de services, sans outil de production autre que des titres et une boîte aux lettres, et sans force de travail, et donc incapables de porter un projet d'entreprise. En des termes empruntés à la fiscalité internationale et à la lutte contre l'évasion fiscale, nous dirions qu'une société doit avoir de la « substance » économique. En cela, nous souscrivons pleinement à la doctrine de l'entreprise portée notamment⁵⁷⁷ par l'École de Rennes⁵⁷⁸, y compris en ce qu'elle fait écho outre-Atlantique à la *stakeholders theory* (« théorie des parties prenantes »)⁵⁷⁹ en management, dont la transposition en sciences juridiques a conduit à la fois à la naissance du gouvernement d'entreprise à la française (qui vise l'intérêt social de la personne morale indépendamment de l'intérêt des actionnaires, ainsi que la prospérité de l'entreprise, contrairement à la *corporate governance* anglo-saxonne qui ne s'intéresse qu'à la maximisation de la valeur de l'action, avec un risque certain de court-termisme) et à l'élaboration des normes de RSE : la société ne saurait se résumer à un *objet de droit* de propriété des associés. Elle existe également par et pour ses parties prenantes à l'égard desquelles elle a des droits et des obligations, et devient ainsi *sujet de droit* à part entière. L'entreprise s'analyse alors en « *une entité sociétale où se confrontent, se concilient et coopèrent des intérêts multiples que leur légitimité propre ne doit pas conduire à vouloir l'emporter au détriment de tous les autres, notamment de celui de l'entreprise elle-même* »⁵⁸⁰. L'entreprise, c'est donc une « société » au sens premier du terme, c'est-à-dire un groupe formé d'une pluralité de personnes.

Notre position ne nie pas à l'entreprise unipersonnelle la qualification de société (puisque l'associé unique porte la double casquette d'associé et de dirigeant, et très souvent aussi celle

⁵⁷⁷ CHAMPAUD, Cl., *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise : sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2011, p. 23.

⁵⁷⁸ CHAMPAUD, Cl., « Introduction aux travaux du Colloque de Rennes du 27 mai 2011 organisé par FORDE », in CHAMPAUD, Cl. (Dir.), *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2013, p. 9.

⁵⁷⁹ Cf. *supra* n°4 (note n°25).

⁵⁸⁰ DANET, D., « Pour en finir avec le financialisme : la Doctrine de l'entreprise », in CHAMPAUD, Cl. (Dir.), *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2013, p. 45.

de travailleur, avec toutes les combinaisons possibles d'intérêts convergents ou divergents au sein de l'entreprise, que l'École de Rennes a réussi à dissocier de la personne de l'entrepreneur⁵⁸¹), mais elle met plutôt à l'index la holding dite « simple » (par opposition à la holding « animatrice » de son groupe⁵⁸²), c'est-à-dire la coquille vide, le « prête-nom », qui ne fait qu'être et avoir, incapable de décider et d'agir. Cette coquille vide est tout à fait imperméable aux notions de « projet d'entreprise », de « tiers prenant part au développement de l'entreprise » mais aussi d'*intérêt social* transcendant la somme des intérêts individuels des associés (et par extension l'intérêt de l'associé unique), d'*intérêt commun* aux associés et aux parties prenantes, d'*intérêt collectif* (formé par l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes), et de *loyauté* des associés à l'égard de la société.

C'est cette mise en cohérence des notions de « société » et d'« entreprise » qui ressort la plus affaiblie par le rapport Notat-Senard du 9 mars 2018, proposant uniquement de compléter l'article 1833 du Code civil par l'alinéa suivant :

« La société doit être gérée dans son intérêt propre⁵⁸³, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » (recommandation n°1).

Le projet de loi PACTE dans sa version du 9 octobre 2018 est, à cet égard, tout aussi décevant. Les deux textes éludent en effet l'idée de la construction d'un projet d'entreprise en cohérence avec l'intérêt collectif. Ils y substituent l'obscur notion de « raison d'être »⁵⁸⁴, qui devient une

⁵⁸¹ CHAMPAUD, Cl., « Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise », in CHAMPAUD, Cl. (Dir.), *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2013, p. 205.

⁵⁸² La holding animatrice a récemment été définie par le Conseil d'État comme « une société holding qui a pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de ses filiales et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers » et « qui doit, par suite, être regardée comme une société exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière au sens des dispositions du b du 2° du II de l'article 150-0 D bis du code général des impôts, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, de laquelle elles sont issues » — SGARRA, M.-C., « Précisions du Conseil d'État sur la notion de "holdings animatrices" ». Note sous CE Plén., 13 juin 2018, n°395495, *Lebon, Lexbase*, 18 juin 2018. En ligne : <<https://lexradio.fr/news/46212904-Précisions-du-Conseil-d'Etat-sur-la-notion-de-«-i-holdings-animatrices-i-»>> (consulté le 9 juillet 2018).

⁵⁸³ Il faut y voir un synonyme de l'intérêt social — HEINICH, J., « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », préc., §5-6.

⁵⁸⁴ « Chaque entreprise a une raison d'être non réductible au profit. C'est d'ailleurs souvent lorsqu'elle la perd que les soucis financiers surviennent [...]. La raison d'être fournira à la plupart des conseils d'administration un guide pour les décisions importantes, un contrepoint utile au critère financier de court-terme, qui ne peut servir de boussole ». — BARFETY, J.-B., NOTAT, N., SENARD, D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail*, préc., p. 4.

mention statutaire facultative dans le projet de loi PACTE⁵⁸⁵, dont la rédaction obligera plus ou moins fortement les dirigeants à l'égard des associés sur le fondement de l'article 1850 du Code civil⁵⁸⁶ et à l'égard des tiers⁵⁸⁷ mais ne lierait pas les associés eux-mêmes, au contraire du projet d'entreprise⁵⁸⁸. « *Les tribunaux qui se trouveront saisis d'actions en responsabilité contre des dirigeants devront donc d'abord rechercher si la raison d'être a été méprisée, mais, ensuite, puisque cette raison d'être est accessoire, rechercher si, en l'occurrence, la faute reprochée ne procédait pas en réalité d'une bonne appréciation par le dirigeant de l'intérêt social, et rechercher encore si la présentation que pourraient faire des plaignants de la raison d'être ne la rendait pas contraire à l'intérêt social au moment où a été prise la décision litigieuse* »⁵⁸⁹. Il convient d'ores et déjà de souligner que l'incohérence des décisions de la société avec sa raison d'être exposera celle-ci davantage à une sanction médiatique et commerciale qu'à une sanction judiciaire⁵⁹⁰.

228. L'indispensable nuancement du droit de cité des parties prenantes. - Nous devons concéder qu'en dehors des associés, des mandataires sociaux et des salariés, aucune partie prenante ne doit participer aux prises de décision de l'entreprise en raison du risque de conflits d'intérêts, mais toutes les parties prenantes peuvent être consultées, à différents degrés d'implication et selon les questions traitées. À cet égard, il y a lieu de signaler la proposition de la Fondation Jean Jaurès, qui, dans sa révision de l'article 1833 du Code civil, commence

Isabelle URBAIN-PARLEANI relève que dans la jurisprudence, la « raison d'être » a pu désigner aussi bien l'objet social que l'activité réelle de la société (§ 13 et notes n°17 et 19). Elle relève ensuite que « *pour le Conseil d'État, la raison d'être est un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l'affirmation de valeurs ou de préoccupations de long terme* » et que « *dans l'étude d'impact de la loi PACTE, la raison d'être est définie comme un "doute existentiel fécond, permettant de l'orienter vers une recherche de long terme"* » (§14-16). Finalement, elle définit la raison d'être de la société comme le « *souffle de l'entreprise pour un monde meilleur* » et illustre son propos avec les exemples de raison d'être offerts par la CAMIF (« proposer des produits ou des services pour la maison, au bénéfice de l'homme et de la planète ») et Michelin : « la mobilité durable » – URBAIN-PARLEANI, I., « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. sociétés*, n°11, 10 novembre 2018, p. 623-628.

Pour Blanche SÉGRESTIN, professeur en sciences de gestion, la raison d'être est la vision que l'entreprise a d'un futur désirable. – XERFI CANAL, « Loi PACTE : l'entreprise, une création collective », 5 décembre 2018. En ligne : <https://www.xerficanal.com/strategie-management/emission/Blanche-...estin-Loi-PACTE-l-entreprise-une-creation-collective_3746599.html> (consulté le 14 décembre 2018).

⁵⁸⁵ Article 61, I, 2° :

« L'article 1835 est complété d'une phrase ainsi rédigée :

“Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité” ».

⁵⁸⁶ URBAIN-PARLEANI, I., préc., §3 et 27.

Cf. *infra* n°233.

⁵⁸⁷ Cf. *infra* n°232.

⁵⁸⁸ Cf. *infra* n°230.

⁵⁸⁹ URBAIN-PARLEANI, I., préc., §29.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, §33-34.

par distinguer « parties constituantes » (la société elle-même, ses associés et ses salariés) et parties prenantes :

« Toute société doit avoir un objet licite, être constituée dans l'intérêt des parties constituantes de l'entreprise et prendre en compte l'intérêt des parties prenantes » (proposition n°1)⁵⁹¹.

Elle préconise ensuite de renforcer la participation des salariés dans les conseils d'administration et conseils de surveillance des grandes entreprises (proposition n°4) et de créer un organe consultatif : le « comité des parties prenantes » (proposition n°7). Pour Fabrice BONNIFET, Président du collège des directeurs du développement durable, il serait souhaitable qu'un tel comité supplante les « *comités RSE adossés aux Conseils d'administration, qui, dans leur configuration actuelle, peinent à remplir pleinement leur rôle* »⁵⁹². Ces deux propositions sont reprises dans le rapport Notat-Senard (recommandations n°4 et n°6 à 8). Terra Nova détaille les modalités souhaitables de cette participation des salariés à la gouvernance et propose notamment une formation des administrateurs salariés (proposition n°14)⁵⁹³.

229. La clarification de l'obligation de bonne foi de l'associé et le durcissement des sanctions de sa mauvaise foi. - Sur le fondement de l'article 1832 nouveau, on admettrait que tout comportement individuel (comme des actes de concurrence déloyale ou la demande de remboursement du compte courant d'associé en pleine crise budgétaire) ou collectif (abus de majorité ou de minorité) d'associés en incohérence avec le projet d'entreprise qu'ils auraient eux-mêmes défini sur le long terme, et ayant pour objet ou pour effet de réduire le résultat quantitatif (comptable) ou qualitatif (sociétal) de la société, engagerait *a minima* la responsabilité de l'associé ou des associés en cause. Faute de pouvoir annuler l'acte juridique contraire au projet d'entreprise, souvent passé avec des tiers de bonne foi, on pourrait imaginer l'exclusion de l'associé ou des associés indécents avec obligation de rétrocéder à la société les parts sociales détenues à leur valeur nominale. En clair, en des termes empruntés aux droits

⁵⁹¹ SCHMITE, V., VALIERGUE, M., VICTORIA, P., « Rapport Entreprises engagées : comment concilier l'entreprise et les citoyens », Fondation Jean Jaurès, 3 février 2018, p. 1. En ligne : <<https://jean-jaures.org/nos-productions/entreprises-engagees-comment-concilier-l-entreprise-et-les-citoyens>> (consulté le 27 février 2018).

⁵⁹² PIALOT, D., « Réformer l'entreprise, mission impossible ? », 7 février 2018. En ligne : <<https://www.latribune.fr/economie/reformer-l-entreprise-mission-impossible-767458.html>> (consulté le 27 février 2018).

⁵⁹³ RICHER, M., préc. (consulté le 26 avril 2018).

fondamentaux et libertés fondamentales, la liberté d'entreprendre des associés fidèles au projet fondateur d'entreprise primerait le droit de propriété de l'associé en perdition hors de ce projet.

230. Le renforcement éventuel de l'implication des associés dans le projet d'entreprise.-

Ainsi, quelle que soit la taille de la société, l'associé (comme le dirigeant) serait tenu de s'informer activement du projet d'entreprise adopté et de son évolution afin de connaître la teneur de son obligation de loyauté. *In fine*, en plus de clarifier la notion d'entreprise, la révision des articles 1832 et 1833 du Code civil entraînerait une responsabilisation des associés. Il ne s'agirait plus pour eux d'apporter seulement pour s'enrichir mais pour co-construire également. Une part sociale ou une action n'est pas qu'une valeur de placement. La libre adhésion *via* l'exercice de la liberté contractuelle s'accompagne d'obligation.

Cependant, dans les très grandes sociétés, quelle que soit leur forme juridique (y compris les coopératives et les mutuelles), le premier acte d'engagement de l'associé dans la détermination du projet d'entreprise n'est que trop peu réalisé. Nous faisons allusion ici au vote. Comment espérer alors que les associés se saisissent du projet d'entreprise tout entier ?

*« La réalité, nous explique l'économiste François MEUNIER, c'est que l'actionnariat capitaliste est tout autre aujourd'hui qu'il y a quarante ans : il y a moins d'actionnaires individuels, et moins de contrôle dans les grands groupes. Des couches toujours plus nombreuses d'intermédiaires se sont intercalées : les gérants professionnels, les fonds de pension et maintenant la "gestion passive", c'est-à-dire des gérants ne visant qu'à répliquer les indices boursiers [...]. Viennent ensuite les agents d'agents, les proxy advisors qui font le travail des gérants car ceux-ci n'ont plus le temps de s'occuper de leurs votes en assemblée générale »*⁵⁹⁴. Et l'économiste Pierre-Yves GOMEZ d'ajouter : *« La financiarisation tend à déconnecter la propriété des parts sociales de la responsabilité du pouvoir souverain qui suppose d'assumer la pérennité de l'entreprise. La part sociale devient un support financier indifférent, géré par des intermédiaires pour le compte d'une masse d'épargnants ignorants. Moyenne de détention d'une action dans une entreprise géante : 11 secondes. Il n'y a pas d'actionnaires à bord du bateau, il y a des investisseurs (ou des joueurs), ce qui est différent.*

⁵⁹⁴ MEUNIER, F., « La surveillance des dirigeants par les actionnaires a disparu des grands groupes cotés », 21 février 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/02/21/la-surveillance-des-dirigeants-par-les-actionnaires-a-disparu-des-grands-groupes-cotes_5260066_3232.html#wHkdYKJYihlPf56V.99> (consulté le 27 février 2018).

*Le marché, c'est-à-dire une sorte de vox populi spéculant sur les informations, fait office de souverain capricieux »*⁵⁹⁵.

231. Les administrateurs salariés, garants d'une stratégie à long terme. - D'où l'importance des administrateurs salariés pour évaluer les décisions stratégiques à l'aune de leurs effets prévisibles sur le long terme avec leur fine connaissance du terrain.

Dans les groupes de sociétés d'au moins 1 000 salariés permanents ayant leurs sièges en France ou d'au moins 5 000 salariés permanents et ayant leurs sièges en France et à l'étranger, l'article 62 du projet de loi PACTE prévoit un minimum de deux salariés dans les Conseils d'administration d'au moins huit membres, et un minimum d'un salarié dans les Conseils d'administration de moins de huit membres (pour l'instant le ratio est de deux administrateurs salariés pour douze administrateurs toutes catégories confondues). Le projet de loi prévoit également que dans les mutuelles employant entre 50 et 999 salariés permanents, deux représentants de salariés assistent avec voix consultative aux séances du conseil d'administration mais les statuts peuvent leur attribuer une voix délibérative. Dès 1000 salariés permanents, au moins deux représentants de salariés assisteraient avec voix délibératives aux séances du conseil d'administration. Toutefois, les statuts de ces mutuelles pourraient prévoir que ces deux représentants assistent avec voix délibérative aux séances du Conseil d'administration.

232. Statu quo de l'abus de biens sociaux et de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers. - La responsabilité civile du dirigeant social continuerait à exiger que l'on opère une distinction entre, d'une part, la responsabilité délictuelle à l'égard des tiers – fussent-ils des parties prenantes – et, d'autre part, la responsabilité contractuelle à l'égard de la société et des associés.

Rappelons que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »⁵⁹⁶. Contrairement à ce que prétendent l'AFEP, l'ANSA et le

⁵⁹⁵ GOMEZ, P-Y, « Vers la loi PACTE : consensus et ambiguïtés », 21 février 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/vers-la-loi-pacte-consensus-et-ambigu-tes-92155>> (consulté le 27 février 2018).

⁵⁹⁶ Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092, Bull. civ. IV, n°84.

MEDEF, la réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil n'aurait aucun impact sur cette jurisprudence. Il en va de même pour l'appréhension du délit d'abus de biens sociaux⁵⁹⁷.

233. Vers un durcissement de la responsabilité des associés et des dirigeants sociaux vis-à-vis de la société. – Quant à la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des associés et de la société, elle s'apprécierait suivant un raisonnement analogue à celle des associés.

En définitive, il y a lieu de croire que si l'AFEP, l'ANSA et le MEDEF sont vent debout contre le projet de réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil, c'est parce que celui-ci opèrerait un durcissement de la responsabilité civile des dirigeants et des associés vis-à-vis de la société⁵⁹⁸, et non parce qu'il brouillerait la perception des notions de responsabilité civile des dirigeants, d'abus de majorité, d'abus de minorité et d'abus de biens sociaux.

Pourtant, des solutions existent. Dominique SCHMIDT a imaginé une sécurité pour les dirigeants sociaux plus consciencieux que les associés : la révocation du dirigeant social pourrait être décidée communément par les associés et par les autres parties prenantes⁵⁹⁹, du moins les salariés.

234. La responsabilité de la société à l'égard des tiers parties prenantes. – La société pourrait-elle être poursuivie sur le fondement de l'article 1833 du Code civil par des parties prenantes considérant que la société « n'a pas été gérée dans l'intérêt commun des associés et des parties prenantes » et ne s'est pas développée « *dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs* » ? Oui. « *Est-ce ouvrir la voie à une "judiciarisation" de la gestion des entreprises ? Il faut savoir ce qu'on veut. À partir du moment où on veut que la responsabilité sociale devienne une ligne de conduite obligatoire pour l'ensemble des entreprises, il faut bien qu'il y ait la perspective de sanctions* ». Nous souscrivons complètement à cette déclaration du gestionnaire Michel CAPRON⁶⁰⁰, en rappelant

DONDERO, B., « Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social », *Comm. Cass. com.*, 20 mai 2003, n°99-17.092, *D.*, 2003, p. 2623.

⁵⁹⁷ C.com., art. L. 241-3 et L. 242-6.

⁵⁹⁸ MOUJAL-BASSILANA, E., « Droit des sociétés et bien commun », *Bull. Joly*, n°3, 1^{er} mars 2018, p. 125.

⁵⁹⁹ SCHMIDT, D., « Entreprises : "Comment trancher en faveur de l'intérêt commun ?" ». 6 février 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/02/06/entreprises-comment-trancher-en-faveur-de-l-interet-commun_5252631_3232.html#OF5acVxAsJvxV5Gy.99> (consulté le 27 février 2018).

⁶⁰⁰ PETITJEAN, O., « Michel Capron : "Réformer la définition de l'objet social de l'entreprise dans le code civil, c'est toucher au cœur même du système" », 20 février 2018. En ligne : <<https://multinationales.org/Michel-Capron-Reformer-la-definition-de-l-objet-social-de-l-entreprise-dans-le>> (consulté le 27 février 2018).

toutefois que le nouvel alinéa de l'article 1833 du Code civil n'énonce qu'une obligation de moyen, et non de résultat.

235. La notion de biens communs. - Reste finalement à clarifier la notion de « biens communs ». Matériels ou immatériels (les logiciels libres), à l'état naturel (l'eau, la terre) ou transformés (hébergement collaboratif gratuit), ces biens sont définis par l'économiste Benjamin CORIAT et la privatiste Marie CORNU comme des « *ressources en accès partagé gouvernées par des règles émanant de la communauté des usagers, visant à en assurer l'intégrité et le renouvellement* »⁶⁰¹. Sans appartenir au domaine public et donc sans être des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil⁶⁰² ni même des biens communaux relevant de l'article 542 du Code civil⁶⁰³, ils renferment une valeur d'usage d'intérêt collectif, voire d'intérêt général⁶⁰⁴. Pour cette raison, certains économistes tels qu'Elinor OSTROM, Prix Nobel d'Économie 2009,⁶⁰⁵ soutiennent que même lorsqu'ils restent appropriables et qu'ils ne sont pas extraits du marché, ces biens ne doivent pas être l'objet d'un droit de propriété détenu par une unique personne physique ou morale, ou en tout cas ne doivent pas être une propriété exclusive⁶⁰⁶ au sens de l'article 544 du Code civil, qui dispose :

⁶⁰¹ CORNU, M., « Biens communs (approche juridique), in CORNU, M., ORSI, F., ROCHFELD, J. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 2017, p. 106.

⁶⁰² Article 714 du Code civil :

« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.
Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

La privatiste Judith ROCHFELD considère que les choses communes de l'article 714 du Code civil se distinguent du domaine public mais admet que la doctrine demeure très partagée sur ce point. Elle reconnaît également que la qualification de choses communes ne convient pas tout à fait aux biens communs : celle-ci permet certes un usage partagé mais ne garantit pas la conservation des biens communs et leur transmission aux générations futures. — ROCHFELD, J., « Chose commune (approche juridique) », in CORNU, M., ORSI, F., ROCHFELD, J. (Dir.), *préc.*, p. 182.

⁶⁰³ Article 542 du Code civil :

« Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ».

Les obstacles à la réception des biens communs par la notion de biens communaux sont les mêmes que pour la notion de choses communes (cf. note précédente).

⁶⁰⁴ Les biens communs échappent à la *summa divisio* entre biens publics et biens privés, héritée non pas du droit romain, mais des Lumières – MANNINO, V., « Le “bien commun” : la fausse impasse du droit romain et du droit savant », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 35-50.

⁶⁰⁵ OSTROM, E., *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, coll. Planète en jeu, 2010.

⁶⁰⁶ En droit civil, la propriété peut être commune à plusieurs personnes physiques ou morales tout en demeurant exclusive. Tel est le cas notamment des biens acquis par les époux sous le régime de la communauté des biens (C.civ., art. 1401 et s.). La propriété commune ne se confond donc pas avec les biens communs. – MASSON, F., *La Propriété commune*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2016, §9, p. 10-11.

« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

236. La difficile réception de la notion de biens communs en droit français. - S'il fallait s'abstenir de remettre en cause cette définition classique (certains diront « bourgeoise », parce qu'elle écarte le collectivisme et qu'elle ne fait pas droit aux déshérités, aux pauvres, aux faibles⁶⁰⁷) de la propriété tout en rendant possible un partage des utilités de l'objet approprié conformément à la théorie des biens communs, le meilleur aménagement que nous ayons trouvé pour l'instant serait la technique de « transpropriation », que nous définirions juridiquement, à partir des exemples proposés par la doctrine en économie et en géographie⁶⁰⁸ comme l'ensemble des conventions de prêt gratuit ou de location quasi-gratuite, conclues par le propriétaire d'un bien et ayant pour objet ce même bien. Chaque convention détermine la destination projetée du bien et sa durée d'exécution. La transpropriation peut aussi être mise en œuvre par la création d'un groupement doté ou non de la personnalité juridique et organisant statutairement l'accès de ses membres au(x) bien(s) commun(s) qu'il gère voire possède⁶⁰⁹. Autrement dit, un bien ne pourrait devenir un bien commun que si son propriétaire y consent librement, s'obligeant ainsi à gérer sa propriété dans l'intérêt de la communauté ou à la mettre à la disposition du groupement d'usagers pour permettre un usage commun de son bien. Et c'est bien la principale limite de la réception de la notion de bien commun en droit positif : on ne peut imposer au propriétaire d'autoriser la jouissance et la disposition de son bien à des tiers au nom d'un intérêt collectif transcendant, excepté lorsque ce bien a été classé monument historique⁶¹⁰ ou, pour les biens de santé brevetés (les médicaments, les dispositifs médicaux, les produits thérapeutiques annexes, leurs procédés d'obtention, les produits nécessaires à leur obtention ou les procédés de fabrication de tels produits, ainsi que les méthodes de diagnostic *ex vivo*), si l'intérêt de la santé publique l'exige⁶¹¹.

⁶⁰⁷ ELLUL, J., *Le fondement théologique du droit*, Paris, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2008, p. 83, 92-93.

⁶⁰⁸ ANDRE-LAMAT, V., Les "biens communs" : *chose commune, bien public, bien commun et Bien commun, bien public mondial. Tentative de bilan/d'état des lieux sur le sujet*, 29 mars 2009. En ligne : <http://intranet.ades.cnrs.fr/IMG/doc/Biens_communs_et_cie_vero.doc> (consulté le 26 mars 2017).

ROCHSFELD, J., « Quel(s) modèle(s) juridiques pour les "communs" ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », § 17-18, in *Propriété et communs : les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, Séminaire international, Paris, 25-26 avril 2013. En ligne : <http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/25-26_avril/rochfeld_modeles-juridiques.pdf> (consulté le 24 mars 2017).

⁶⁰⁹ FRANCOUAL, P., *L'entreprise sociale : essai de renouvellement des théories de l'entreprise à la croisée du droit des groupements et du droit du travail*, Thèse de doctorat, droit privé, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2017, § 346-349, p. 198-200.

⁶¹⁰ C.pat., art. L. 622-1.

⁶¹¹ CSP, art. L. 613-16.

Le concept de « servitude conventionnelle environnementale » ne nous paraît pas non plus adapté à la théorie des communs au regard de l'article 686 du Code civil car en matière de biens communs, nous ne sommes pas en présence de deux fonds concurrents (l'un servant, l'autre dominant)⁶¹².

237. Une ébauche d'aménagement du droit de propriété en vue d'une compatibilité avec la notion de biens communs. - La théorie des biens communs ne pourrait donc recevoir de consécration en droit positif qu'au prix d'une réforme du droit de propriété (droit reconnu par la Constitution, naturel, inviolable et même sacré en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789), perspective vertigineuse que nous pouvons à peu près concevoir intellectuellement sans vraiment pouvoir ni vouloir nous y engager pleinement, à moins de la limiter aux biens privés strictement nécessaires à la satisfaction des besoins humains primaires et universels (ou « besoins physiologiques ») dégagés par le psychologue américain Abraham H. MASLOW : respirer, manger, boire, dormir, se vêtir, se loger, se soigner, etc. La propriété intellectuelle pourrait être touchée par cette réforme si l'on en venait à considérer que les droits de propriété intellectuelle barrent l'accès à des ressources vitales (les brevets pharmaceutiques sont évidemment concernés, et peut-être aussi à terme certains logiciels). À la différence du domaine public géré par une ou plusieurs personnes publiques, directement ou indirectement, au nom et pour le compte d'une collectivité, les biens communs sont gérés et protégés uniquement par les membres d'une communauté d'utilisateurs, de manière collaborative, négociée ou d'après leurs propres usages ; la jouissance de ces biens est gratuite ou quasi-gratuite. « *Avant d'être des biens, les "communs" sont des lieux de fabrication d'un collectif par la composition d'une architecture institutionnelle variable selon la nature des conflits à résoudre* »⁶¹³. Une solution pourrait donc être selon nous de substituer au droit exclusiviste de propriété le droit, tout aussi absolu et perpétuel, pour chaque usager potentiel d'un bien reconnu comme vital par le législateur de participer à la régulation collective de

Cette pratique dite de la « licence obligatoire » sur les biens de santé brevetés est fondée sur l'article 31 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) conclu le 15 avril 1994, soit le même jour que l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et annexé à celui-ci. Ces deux accords sont également entrés en vigueur le même jour, le 1^{er} janvier 1995, et lient tous les États membres de l'OMC.

⁶¹² OLIVIER, A., SARLAT, J.-J., « La servitude conventionnelle environnementale », *JCP Environnement*, n°6, Juin 2011, étude 7.

⁶¹³ CHAIGNEAU, A., « L'entreprise à la croisée des doctrines du "bien commun" », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 167.

l'exercice de l'*usus* (le droit d'utiliser), du *fructus* (le droit d'exploiter et de percevoir le produit de cette exploitation) et de l'*abusus* (le droit de conserver, de céder et de détruire) sur ce bien, et de contribuer ainsi à l'organisation des rapports sociaux autour de ce bien. Toute appropriation des biens vitaux (y compris collective) serait ainsi abolie.

En revanche, confier aux pouvoirs publics (*a fortiori* législatif et exécutif) l'identification et la reconnaissance des différents usages possibles d'un bien reviendrait, selon nous, à placer ce bien sous le régime du domaine public. De même, contrairement à Elinor OSTROM et à la juriste Edella SCLAGER⁶¹⁴, nous pensons qu'il n'appartient ni à la loi, ni au règlement de procéder au démembrement du droit de propriété, au sous-démembrement de chacune des trois composantes du droit de propriété et à la distribution de ce « faisceau de droits »⁶¹⁵ (*bundle of rights*). La régulation des biens communs doit, à notre sens, rester privée.

238. La finalité d'accroissement ou de préservation des biens communs. - Exiger que le développement de l'entreprise soit « *réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs* », c'est intégrer l'entreprise dans une communauté indépendante vis-à-vis de l'État et du marché, autogérée, et donc la faire participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des règles de jouissance, mais aussi de production et de préservation des biens communs en vigueur au sein de cette communauté.

Finalement, la référence à la théorie des biens communs n'est que le rappel de la nécessité (énoncée plus haut) pour l'entreprise de prendre en compte les intérêts de l'ensemble de son écosystème afin d'être prête à répondre des effets de son activité économique, et donc d'être *responsable* au sens étymologique du terme. Comme dans les sociétés commerciales, sociales et solidaires, les modalités de consultation et d'inclusion des parties prenantes dans le processus de décision restent à inventer.

239. Les racines communes du bien commun et du solidarisme. - Le renvoi à l'éthique par l'allusion au bien commun (singulier, d'origine théologique)⁶¹⁶ ne doit pas nous faire

⁶¹⁴ OSTROM, E., SCHLAGER, E., "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", *Land Economics*, 68/3, 1992, p. 254.

⁶¹⁵ ORSI, F., « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RID éco.*, n°3, t. XXVIII, 2014, p. 371-385.

⁶¹⁶ SAINT VICTOR (DE), J., « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, préc., p. 53-58.

oublier que c'est de l'énoncé d'une norme impérative qu'il s'agit, et pas moins d'ailleurs que la définition légale de la société. En définitive, le renvoi à la notion de biens communs ne nous paraît pas indispensable mais établit clairement un lien de parenté idéologique avec le solidarisme⁶¹⁷ et le mutualisme⁶¹⁸, puisant eux-mêmes dans le christianisme, et en particulier dans le christianisme social, à la fois catholique et protestant⁶¹⁹. Pour saisir la substance de cette racine commune, il faut se replonger dans le récit de la fondation de l'Église primitive dans le livre biblique des Actes des Apôtres⁶²⁰ ; on y découvre les prémices du Royaume de Dieu (où « *les derniers seront les premiers* »⁶²¹) : en se dépossédant de tout son patrimoine, chacun apporte selon ses moyens, ni plus, ni moins, et reçoit selon ses besoins, ni plus ni moins. Une des vocations de la communauté ecclésiale est donc *de facto* de permettre aux plus pauvres de jouir et de disposer de l'ensemble des biens qui lui sont confiés⁶²², sans créer de dette morale, ce qui en fait le seul modèle de véritable gratuité⁶²³. Cette charité ne crée pas de clientèle.

La poursuite du bien commun est donc une voie vers la justice sociale. Il semble même que, dans l'esprit des rédacteurs de la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail adoptée par la Conférence internationale du travail lors de sa 26^{ème} session à Philadelphie le 10 mai 1944 (dite « Déclaration de Philadelphie »), bien commun et pauvreté soient antinomiques⁶²⁴, si bien que là où il resterait ne serait-ce qu'un seul pauvre, le bien commun ne serait pas atteint.

⁶¹⁷ Cf. *supra* n° 189.

⁶¹⁸ Cf. *infra* n° 474.

⁶¹⁹ École du catholicisme social lyonnais et solidarité coopérative de l'École de Nîmes.

« Introduction », HOMBRES (D'), E. (Dir.), *Du solidarisme à l'économie solidaire : fonder et réaliser la solidarité*, Lyon, Chronique sociale, coll. Comprendre la société – l'essentiel, 2015, p. 9-21.

⁶²⁰ « *La multitude de ceux qui étaient devenus croyants n'avait qu'un cœur et qu'une âme, et nul ne considérait comme sa propriété l'un quelconque de ses biens ; au contraire, ils mettaient tout en commun. Une grande puissance marquait le témoignage rendu par les apôtres à la résurrection du Seigneur Jésus, et une grande grâce était à l'œuvre chez eux tous. Nul parmi eux n'était indigent : en effet, ceux qui se trouvaient possesseurs de terrains ou de maisons les vendaient, apportaient le prix des biens qu'ils avaient cédés et le déposaient aux pieds des apôtres. Chacun en recevait une part selon ses besoins* » (Ac. 4 : 32-35, TOB, version 2010).

⁶²¹ Mt. 20 :1 6.

⁶²² Cette vision du bien commun diverge radicalement de celle de Platon (*La République*, Livre V) qui, dans son utopie de la cité juste, réserve la communauté de vie aux rois-philosophes que sont « les gardiens », excluant ainsi les « auxiliaires » (guerriers) et les « producteurs » (tous les autres). Cette communauté de vie repose non seulement sur une mise en commun des biens, mais aussi sur l'abolition des liens de filiation et des liens matrimoniaux au sein de la communauté. Ainsi, les enfants seraient tous éduqués ensemble, et les femmes seraient pour tous.

⁶²³ DERRIDA, J., *Donner le temps. Tome 1 : la fausse monnaie*, Paris, Galilée, coll. Philo en effet, 1991.

⁶²⁴ Article 1^{er} :

« La Conférence affirme à nouveau les principes fondamentaux sur lesquels est fondée l'Organisation, à savoir notamment :

[...] (d) la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant

240. Subordonner l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre au bien commun et à l'intérêt général au moyen d'une réforme constitutionnelle. - Une proposition plus récente et plus audacieuse encore que la réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil, portée, *via* une autre tribune parue dans *Le Monde*⁶²⁵, par des avocats, des journalistes, des politistes, des enseignants de grandes écoles et d'éminents universitaires spécialisés en philosophie (tels que Cynthia FLEURY, Edgar MORIN et Cécile RENOARD), en sciences économiques (comme Thomas PIKETTY et les Antoine REBÉRIOUX, Richard SOBEL), en sciences de gestion (les Michel CAPRON, Olivier FAVEREAU et Jacques RICHARD), en sociologie (Alain CAILLÉ), en droit public (Olivier DUHAMEL et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS) et en droit privé (Gilles AUZERO, Mireille DELMAS-MARTY, Benoît GRIMONPREZ, Charley HANNOUN, Julien ICARD, Gilles LHUILLIER, Antoine LYON-CAEN, Judith ROCHFELD), consiste à subordonner l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre au bien commun et à l'intérêt général au moyen d'une révision de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« La loi détermine les mesures propres à assurer que l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre respecte le bien commun. Elle détermine les conditions dans lesquelles les exigences constitutionnelles ou d'intérêt général justifient des limitations à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété ».

241. L'intrapreneuriat social. - Il importe de signaler que, parallèlement à la convergence de tous ces courants de pensée occidentaux pour façonner une entreprise capitaliste plus morale, celle-ci connaît, de l'intérieur, une mutation, elle aussi mondiale, qui la rapproche du modèle social et solidaire par l'action de ses salariés, avec l'assentiment de l'employeur : c'est « l'intrapreneuriat social »⁶²⁶. Les salariés vont alors initier des projets à impact sociétal en lien avec l'activité principale de l'entreprise qui les emploie et s'organiser de manière autonome

sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun ».

⁶²⁵ DELMAS-MARTY, M., FAVEREAU, O., FLEURY, C. *et al.*, « Bien commun : "Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence" », *Le Monde*, 29 mai 2018. En ligne : <https://lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-une-urgence_5306399_3232.html> (consulté le 31 mai 2018).

⁶²⁶ JARROSSAY, B., « Le premier tour du monde de l'intrapreneuriat donne naissance à un docu », 6 octobre 2017. En ligne : <http://www.socialter.fr/fr/module/99999672/498/le_premier_tour_du_monde_de_lintrapreneuriat_donne_naissance_un_docu> (consulté le 23 décembre 2017).

pour les mener à bien. Au sein du groupe Suez, par exemple, des salariés ont créé Aquassistance, association ayant pour but de rendre l'eau accessible à tous.

242. Le bouleversement culturel en cours dans les entreprises. - Au-delà du discours politique, des réformes juridiques et de quelques initiatives dans les sphères de réflexion, la mue de l'entreprise capitaliste ne pourra s'opérer complètement que par des décisions de son centre névralgique et donc par des actes managériaux. Dans une autre tribune dans *Le Monde*, les gestionnaires Julie BATTILANA et Anne-Claire PACHE identifient quatre leviers principaux de ce qu'elles qualifient de développement d'une « culture hybride, dédiée non seulement à l'excellence opérationnelle et à la rentabilité, mais aussi à la mission sociale : la traduction opérationnelle de ces doubles objectifs dans l'organisation des activités ; la formation et la mobilisation des administrateurs, dirigeants et managers pour les rendre aptes à comprendre cette dualité d'objectifs et à les porter ; la mise en place de processus de mesure de la performance et de rémunération prenant en compte ces doubles objectifs ; la mise en œuvre de processus de délibération et de décision pour construire les réponses aux tensions générées par cette dualité »⁶²⁷. La culture hybride dont il est question renvoie à la notion de culture d'entreprise, définie en sciences de gestion comme l'ensemble de valeurs, rites, symboles, mythes partagés, qui résultent de l'histoire des dirigeants et des salariés et qui influence inconsciemment les pratiques de l'entreprise ainsi que les attitudes de la plupart des « parties constituantes » d'une entreprise. Par conséquent, parler de culture hybride revient à attribuer une double identité aux entreprises soucieuses de l'intérêt des associés, des parties prenantes et de la préservation des biens communs.

⁶²⁷ BATTILANA, J., PACHE, A-C, « Les entreprises doivent s'engager dans une transformation profonde », 26 janvier 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/26/des-organisations-tournees-vers-la-maximisation-du-profit-ne-changeront-pas-du-jour-au-lendemain_5247835_3232.html#j3VAk9OvKXhiO8x8.99> (consulté le 4 février 2018).

Conclusion du Chapitre 1^{er} du Titre II (Première partie)

Si la performance financière de la société classique n'est plus à démontrer, en droit commun des sociétés, la poursuite d'un but autre que le but lucratif au moyen de la prise en compte des parties prenantes non associées reste second par rapport à l'objectif de maximisation des dividendes, et tout aménagement statutaire contraire (*Benefit corporation*, SOSE, entreprise à mission...) est susceptible d'être remis en cause au moindre changement de contrôle tant que l'article 1832 du Code civil n'est pas révisé.

En revanche, le choix de devenir une société commerciale, sociale et solidaire est un engagement plus pérenne parce qu'au-delà d'une révision statutaire, il entraîne une profonde réforme du *business model* (« modèle économique ») et appelle à un renoncement clair et non équivoque des associés à une portion certaine de leurs dividendes.

Toutefois, l'étude des groupements civils et de la SAPO nous a amené à porter un regard critique sur le principal critère distinctif des entreprises de l'ESS vis-à-vis des sociétés classiques : la limitation du lucre au sein des sociétés. En considérant l'hypothèse selon laquelle tous les associés auraient la double qualité d'associés et de travailleurs, seraient dans une situation de fragilité économique (travailleurs agricoles, ouvriers spécialisés ou peu qualifiés par exemple) et auraient besoin de leur société commune pour espérer améliorer leur condition, il nous a paru évident qu'une lucrativité illimitée mais toujours proportionnelle au travail fourni par chaque associé (et non à son apport) ne constituerait pas un dévoiement des principes de l'ESS. Au contraire, elle accélérerait l'émancipation (*empowerment*) des associés et démultiplierait l'utilité sociale endogène de la société.

Si, en plus de soutenir les associés en difficulté, la société se charge d'une mission à très forte utilité sociale exogène, il ne devrait pas être nécessaire de limiter la distribution de dividendes entre les associés pour que la société accède aux financements propres à l'ESS (y compris les subventions et contrats aidés, en excluant toutefois les incitations fiscales au don et au mécénat, à réserver aux OSBL au sens fiscal) et aux commandes publiques réservées. L'utilité sociale exogène ultime correspondrait à la définition fiscale de l'utilité sociale dans l'appréciation du caractère non lucratif d'une entreprise : est d'utilité sociale l'entreprise qui répond à un besoin

non satisfait ou mal satisfait par le marché⁶²⁸, à cause d'une marge commerciale nulle voire d'une vente à perte en raison soit d'une clientèle peu solvable, soit d'une activité trop coûteuse pour être rentable. Les critères de l'agrément ESUS posés à l'article L. 3332-17-1 du Code du Travail, donnant droit à des aides sociales et fiscales et à des financements spécifiques, notamment grâce à un fléchage de l'épargne salariale solidaire, confortent cette approche : pour être agréée « ESUS », et donc pour être reconnue pour avoir une (très) forte utilité sociale, une société n'a pas nécessairement à limiter le versement des dividendes.

À l'opposé, les « entreprises responsables », « entreprises citoyennes » et autres « entreprises à mission » (*Benefit corporation*, *Società Benefit*, *Benefit Limited liability company*, *Social Purpose Corporation*, *SOSE*), sociétés classiques, à lucrativité illimitée, éventuellement cotées, dont les associés se portent bien et poursuivant leur activité économique dans les conditions du marché, ne devraient recevoir aucune incitation publique à la vertu. La seule reconnaissance financière de leur valeur sociétale devrait être celle qui découle du plébiscite du consommateur et de la réputation de l'entreprise. Néanmoins, leurs associés personnes physiques pourraient éventuellement bénéficier d'avantages fiscaux pour être incités à conserver leurs parts sociales à long terme : on pourrait imaginer leur accorder un abattement fiscal en cas de détention de ces titres pendant plus de sept ans pour l'aligner sur les titres associatifs⁶²⁹, rétablir la réduction fiscale « ISF-PME »⁶³⁰ et l'étendre, ainsi que « l'IR-PME », à ces entreprises à mission.

Nous allons à présent étudier les hybridations de formes juridiques de création législative et remplissant tous les critères substantiels distinctifs des entreprises de l'ESS tels qu'énoncés à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014.

⁶²⁸ Cf. *supra* n°97.

⁶²⁹ Cf. *infra* n°407.

⁶³⁰ Cf. *infra* n°410.

Chapitre II. Les statuts hybrides de l'ESS créées par le législateur dans un souci de performance financière

243. Les structures hybrides créées par le législateur et la performance financière. Plan.

- Outre les adaptations du droit des sociétés à l'utilité sociale (endogène ou exogène), certaines formes juridiques ont été créées dès l'origine par le législateur français avec une limitation du lucre et une finalité d'intérêt général. Il s'agit, nous l'avons dit plus haut⁶³¹, du fonds de dotation et de certaines sociétés sportives.

À mi-chemin entre capitalisme et associationnisme, ces structures ont en commun de faciliter le financement d'autres entreprises de l'ESS. De l'association, le fonds de dotation conserve le but non lucratif et une simplicité de formation et d'enregistrement, permettant à tous citoyens de s'emparer très concrètement des questions relevant du bien commun. Mais le fonds de dotation s'inscrit aussi dans le capitalisme puisqu'il a vocation à financer ses projets d'intérêt général par la capitalisation de ses dotations, et parce qu'il est un simple instrument philanthropique : il n'agit pas directement dans la résolution d'un problème de société, mais finance d'autres entités porteuses de projet d'intérêt général.

De même, les sociétés sportives non lucratives ou à lucrativité limitée empruntent à l'associationnisme la particularité d'affecter l'essentiel de leurs excédents à l'activité d'utilité sociale de leur association sportive « support », en charge du sport amateur. Cependant, elles restent formellement des sociétés capitalistes, commerciales par nature (puisqu'elles sont chargées de l'organisation de spectacles sportifs publics dans le cadre de l'activité sportive professionnelle), avec le double avantage d'être plus transparentes et de pouvoir recueillir plus facilement l'argent des investisseurs privés, qui complète les excédents des activités « lucratives », au sens de payantes : billetterie, droits de retransmission des matches, publicité et sponsoring, marchandisage⁶³².

⁶³¹ Cf. *supra* n°182.

⁶³² THOMAS, V., « L'évolution du statut des clubs sportifs professionnels : de l'association sportive au groupe sportif », *Bull. Joly*, n°7, 1^{er} juillet 2002, p. 755.

Nous démontrerons que ces statuts hybrides – fonds de dotation et sociétés sportives non lucratives ou à lucrativité limitée – créées par le législateur doivent figurer dans la liste des entreprises sociales et solidaires *per se* (Section 1). Il est intéressant d’observer également de plus près les innovations législatives étrangères qui auraient, elles aussi, toute leur place dans l’ESS (Section 2).

Section 1. Les hybridations légales françaises créées spécifiquement pour soutenir financièrement les entreprises de l’ESS

Les formes juridiques oubliées dans la loi du 31 juillet 2014 relative à l’ESS malgré leur performance financière. Plan. - Au moment de l’adoption de la définition légale française de l’ESS, le fonds de dotation (I) et certaines sociétés sportives (II) qui existaient déjà remplissaient tous les critères distinctifs de l’ESS n’ont pourtant pas été retenus comme étant par nature des formes d’entreprises sociales et solidaires. Pourtant, leurs normes impératives présentent des atouts au regard de la performance financière.

- I. Le fonds de dotation, une OSBL capitaliste créée dans un souci d’indépendance financière vis-à-vis des personnes publiques

244. Le succès du fonds de dotation. - Le fonds de dotation a été créé par l’article 140 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie, dite « loi LME ». Le Ministère chargé de l’Économie affirme qu’il « combine les atouts de l’association loi de 1901 et de la fondation, sans leurs inconvénients »⁶³³. D’après la même source, chaque mois, il s’en crée 25 en moyenne et au 31 décembre 2017, on comptait 2 494 fonds de dotation (contre 638 fondations reconnues d’utilité publique)⁶³⁴.

Pourquoi un tel succès ? Comme la fondation, le fonds de dotation peut être formé par une seule personne physique ou morale (de droit privé ou public, à l’exception des associations culturelles)

⁶³³ DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Fonds de dotation », 14 février 2017. En ligne : <<http://www.economie.gouv.fr/daj/fonds-dotations#xtor=RSS-11>> (consulté le 3 avril 2017).

⁶³⁴ CENTRE FRANÇAIS DES FONDS ET FONDATIONS (CFF), « Les derniers chiffres sur les fonds et fondations en France. Statistiques en date du 31 décembre 2017 produites par l’Observatoire de Philanthropie - Fondation de France. En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotations/le-secteur/les-derniers-chiffres-sur-les-fonds-et-fondations-en-france>> (consulté le 22 mars 2018).

puisque'il s'agit d'un groupement de biens et non de personnes. Et tout comme l'association, ses règles de gouvernance sont souples (sous réserve de constituer un Conseil d'administration d'au moins trois membres, y compris le président⁶³⁵), et son mode d'acquisition de la personnalité juridique est très simple. Toutefois, le fonds de dotation doit avoir un commissaire aux comptes dès que ses ressources annuelles dépassent 10 000 euros en fin d'exercice.

245. Définition légale du fonds de dotation. - Sa définition est donnée à l'article 140-I, alinéa 1^{er} de la loi du 4 août 2008 précitée :

« Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général ».

Pour la création de fonds de dotation, il n'existe pas de statuts-types mais un clausier⁶³⁶ mis en ligne par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie.

246. La relative mise en retrait des fonds de dotation dans la loi du 31 juillet 2014. - Nous ignorons si Wilfried MEYNET a raison de penser que le fonds de dotation a été victime de jalousie de la part des représentants des autres OSBL lors des débats parlementaires au sujet de la loi du 31 juillet 2014⁶³⁷. En tout cas, nous nous étonnons comme lui de la relégation du fonds de dotation dans le texte final : non seulement son appartenance à l'ESS est questionnée du fait de son absence de la liste des entreprises de l'ESS *per se* à l'article 1^{er}- II-1^o — même si le Titre VII de la loi s'intitule « Dispositions relatives au droit des fondations et fonds de dotation »⁶³⁸ — mais en plus le montant de sa dotation initiale se trouve désormais borné (entre

⁶³⁵ L. du 4 août 2008 préc., art. 140-V.

⁶³⁶ DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Fonds de dotation », 14 février 2017. En ligne : <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fondsdedotation/clausier/clausier-fds-dotation.pdf> (consulté le 3 avril 2017).

⁶³⁷ MEYNET, W., « Étude 69. Fonds de dotation », §69.01., in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., préc., p. 1474.

⁶³⁸ Stéphane COUCHOUX considère de manière assez singulière que les fonds de dotation forment une sous-catégorie de fondation – COUCHOUX, S., « Une fondation sur deux est un fonds de dotation ! », 26 avril 2017. En ligne : <<http://www.optionfinance.fr/droit-affaires/la-lettre-dooption-droit-affaires/la-lettre-du-26-avril-2017/une-fondation-sur-deux-est-un-fonds-de-dotation.html>> (consulté le 27 avril 2017).

15 et 30 000 euros) alors qu'auparavant, il était libre⁶³⁹. La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie précise cependant que :

« [Le minimum de 15 000 euros] n'est exigé qu'au moment de la création : durant la vie du fonds, et pour les fonds dont la dotation est consommable, celle-ci pourra être consommée en totalité pour la réalisation de la mission d'intérêt général. Cette nouvelle obligation est applicable aux fonds de dotation qui sont créés à compter du 25 janvier 2015 »⁶⁴⁰.

De même, le montant de la dotation peut être augmenté par la suite :

« Lorsque le montant de la dotation excède un million d'euros, les statuts du fonds de dotation prévoient la création, auprès du conseil d'administration, d'un comité consultatif, composé de personnalités qualifiées extérieures à ce conseil, et chargé de lui faire des propositions de politique d'investissement et d'en assurer le suivi. Ce comité peut proposer des études et des expertises »⁶⁴¹.

Certains ont cru que la dotation initiale à 15 000 euros minimum serait un frein à la création de fonds de dotation. La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie a effectivement noté un ralentissement en 2015, mais les créations de fonds sont finalement reparties de plus belle en 2016⁶⁴² et en 2017.

247. La complémentarité des fonds de dotation avec les autres OSBL. - Plutôt que d'y voir un rival, les associations et les fondations devraient concevoir le fonds de dotation comme un outil intéressant au service de leur propre performance financière. En effet, il s'avère être un complément à la capacité des associations de droit commun et une potentielle préfiguration de la fondation reconnue d'utilité publique.

S'agissant en particulier de l'association, la création d'une filiale ou d'une *joint-venture*⁶⁴³ (filiale commune) sous forme de fonds de dotation peut permettre d'exercer de nouvelles prérogatives (comme l'accès élargi à la propriété foncière) et de capter de nouvelles ressources

⁶³⁹ L. du 4 août 2008 préc., art. 140-II, al. 2 et décret n°2009-158 du 11 février 2009 relatif aux fonds de dotation.

⁶⁴⁰ Cf. note sous l'art. 12 du clausier préc. (p. 20).

⁶⁴¹ D. du 11 février 2009 préc., art. 2.

⁶⁴² DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Fonds de dotation », 14 février 2017. En ligne : <<http://www.economie.gouv.fr/daj/fonds-dotation#xtor=RSS-11>> (consulté le 3 avril 2017).

⁶⁴³ RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », préc., p. 81-82.

grâce à une incitation fiscale à l'ensemble des libéralités (dons manuels, donations et legs, qui n'ont pas à être autorisés par le Préfet par dérogation aux dispositions de l'article 910 du Code civil). L'association réalise ainsi un changement d'échelle par une stratégie de diversification (au lieu d'une stratégie d'accroissement), non pas nécessairement des activités d'utilité sociale, mais des actifs gérés en vue de financer ces activités : cette diversification sera alors qualifiée de « verticale » puisque les ressources financières générées par le fonds de dotation vont se placer en amont de la chaîne de valeur⁶⁴⁴.

248. Le caractère hybride du fonds de dotation, facteur de performance financière.

Plan. - Le fonds de dotation est une OSBL particulière : non lucratif, il est pourtant capitaliste dans sa gestion par la lettre même de la loi (1) avec une limitation des ressources d'origine publique qui obère sa performance financière (2).

1. Un objet social hybride : la capitalisation des dotations initiales *via* des produits financiers à caractère social

249. L'intangibilité des dotations. - Le paragraphe III de l'article 140 précise les ressources que le fonds de dotation peut mobiliser :

« Les ressources du fonds sont constituées des revenus de ses dotations, des produits des activités autorisées par les statuts et des produits des rétributions pour service rendu. Le fonds peut faire appel à la générosité publique après autorisation administrative dont les modalités sont fixées par décret. Les dons issus de la générosité publique peuvent être joints à la dotation en capital du fonds de dotation.

Le fonds de dotation dispose librement de ses ressources dans la limite de son objet social.

Il ne peut disposer des dotations en capital dont il bénéficie ni les consommer et ne peut utiliser que les revenus issus de celles-ci.

⁶⁴⁴ GALITOPOULOU, S., NOYA, A., *Synthèse sur le changement d'échelle et la maximisation de l'impact des entreprises sociales. Politiques d'entrepreneuriat social.* Luxembourg : OCDE, 2016, p. 6. En ligne : <<http://www.oecd.org/fr/cfe/leed/Policy-brief-Scaling-up-social-enterprises-FR.pdf>> (consulté le 3 avril 2017).

Toutefois, par dérogation aux dispositions du premier alinéa du I et de l'alinéa précédent, les statuts peuvent fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée.

Les modalités de gestion financière du fonds de dotation sont fixées par décret en Conseil d'État » (al. 4 à 9).

Sauf stipulations contraires, les dotations sont intangibles et le fonds ne vit que des fruits de ses activités et, sous réserve d'avoir obtenu l'autorisation préfectorale (là où les associations et les fondations n'ont qu'une simple obligation d'information préalable), des dons manuels provenant de l'appel public à la générosité (et qui n'auront pas été affectés aux dotations par le Conseil d'administration).

250. L'encadrement de l'appel public à la générosité. - Conformément à l'article 12 du décret du 11 février 2009 précité, le Préfet peut refuser l'appel public à la générosité pour l'un des motifs suivants :

- l'appel public ne vient pas au soutien d'une « cause scientifique, sociale, familiale, humanitaire, philanthropique, éducative, sportive, culturelle ou concourant à la défense de l'environnement » ;
- au cours des cinq années qui précèdent la demande d'autorisation, l'un des membres du Conseil d'administration a fait l'objet d'une condamnation pénale pour trafic de stupéfiant, escroquerie, abus de confiance, blanchiment, détournement de fonds, corruption active et trafic d'influence, corruption passive et active de personnel de justice, corruption et trafic d'influence passifs du personnel administratif des affaires étrangères, faux, corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique, participation à une association de malfaiteurs, fraude fiscale, abus de biens sociaux, banqueroute ;
- dans les conditions de l'article 140-VII, alinéa 3, le Préfet avait déjà soit suspendu l'activité du fonds de dotation en raison de dysfonctionnements graves affectant la réalisation de l'objet du fonds de dotation, soit demandé en justice la dissolution du fonds de dotation après avoir constaté que la mission d'intérêt général n'était plus assurée.

251. La restriction des possibilités de capitaliser les dotations. – Par application de l'article 1^{er} du décret du 11 février 2009, les dotations doivent être gérées selon une politique

d'investissement (capitaliste) définie par le Conseil d'administration. Cependant, l'article R. 931-10-21 du Code de la sécurité sociale dresse une liste limitative des placements
Le fonds de dotation peut investir dans d'autres OSBL au moyen des titres de créances négociables, mais il ne peut détenir de titres associatifs.

L'article R. 931-10-21 du Code de sécurité sociale a été abrogé par l'article 14 du décret n°2015-513 du 7 mai 2015 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II). Toutefois, comme cet article n'a pas été remplacé, il continue à servir de *guideline* aux praticiens.

252. Le contrôle fiscal de l'absence de but lucratif du fonds de dotation limité à la seule exigence d'une gestion désintéressée. – Aux termes de l'article 206-1 bis du Code général des impôts, pour être exonéré d'impôts commerciaux, le fonds de dotation doit remplir les conditions posées par l'Administration fiscale pour la qualification de « gestion désintéressée »⁶⁴⁵.

De plus, sont réputées lucratives les activités de gestion et de capitalisation, par les fonds de dotation, de dons, droits et legs dont les fruits sont versés :

- à des organismes autres que les associations loi 1901, les associations régies par la loi locale maintenue en vigueur dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, les fondations reconnues d'utilité publique, les syndicats, les fondations d'entreprise, les fonds de dotation et les congrégations, dont la gestion est désintéressée, dont les activités non lucratives restent significativement prépondérantes et dont le montant des recettes d'exploitation encaissées au cours de l'année civile au titre de leurs activités lucratives n'excède pas 62 250 euros, ou
- à des organismes publics pour l'exercice d'activités lucratives⁶⁴⁶.

253. L'incitation fiscale au don manuel et au mécénat étendue au fonds de dotation. - Comme pour les autres OSBL, les donateurs bénéficient des réductions d'impôts prévues aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Cf. *supra* n°94-95.

⁶⁴⁶ BOFiP-impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-30-50 du 4 avril 2018, § 100.

⁶⁴⁷ Cf. *infra* n°356.

2. L'interdiction des ressources financières d'origine publique

254. Les contours flous de la notion de « fonds publics ». - En revanche, l'interdiction de recevoir des fonds publics, sauf autorisation exceptionnelle explicite des Ministres chargés de l'Économie et du Budget (subventions, prêts d'honneur et même prix d'un marché public), peut être un problème. L'alinéa 3 de l'article 140-III dispose en effet :

« Aucun fonds public, de quelque nature qu'il soit, ne peut être versé à un fonds de dotation. Il peut être dérogé à cette interdiction, à titre exceptionnel, pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, au regard de son importance ou de sa particularité. Les dérogations sont accordées par arrêté conjoint des Ministres chargés de l'Économie et du Budget ».

Le Musée du Louvre a ainsi pu bénéficier d'une exception à deux reprises : par arrêtés du Ministre de l'Économie et du Ministre du Budget du 16 juillet 2009 et du 9 février 2018, le Louvre a été autorisé à recevoir une dotation publique de 120 millions d'euros puis une autre de 50 millions d'euros.

Par « fonds publics », il faut entendre les subventions, dotations, prêts... en nature, en numéraire ou en industrie (prêt de personnel), ce qui peut dissuader une personne publique de constituer un fonds de dotation ou d'y participer. Pour Colas AMBLARD, les « fonds publics » incluent même le prix versé par une personne publique en contrepartie d'un bien ou d'une prestation de services : redevance, rémunération, prix d'une commande publique⁶⁴⁸. En revanche, d'après Wilfried MEYNET, en sont exclus – et donc autorisés – les fonds publics étrangers⁶⁴⁹.

II. Les sociétés sportives, de potentielles entreprises de l'ESS au soutien financier de leur association sportive support

255. L'appartenance organique et matérielle du sport à l'ESS. - Le sport se situe

PERROTIN, F., « Encadrement des fonds de dotation », *LPA*, 26 janvier 2015, n°18, p. 4.

⁶⁴⁸ AMBLARD, C., *Fonds de dotation : une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{ème} édition, Paris, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2015, p. 113.

⁶⁴⁹ MEYNET, W., « Étude 69. Fonds de dotation », §69.81, préc., p. 1486.

incontestablement dans le champ *rationae personae* et *rationae materiae* de l'ESS. En effet, les clubs de sport choisissent le plus souvent de se constituer sous forme d'associations, ce qui explique que 90 % des clubs de sport relèvent de l'ESS⁶⁵⁰.

Sur le plan matériel, comme Bernard AMSALEM, ex-Président de la Fédération française d'athlétisme, le rappelle⁶⁵¹, l'article 1^{er} du Code du sport⁶⁵² dispose :

« Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale.

Elles contribuent notamment à la lutte contre l'échec scolaire et à la réduction des inégalités sociales et culturelles, ainsi qu'à la santé.

La promotion et le développement des activités physiques et sportives pour tous, notamment pour les personnes handicapées, sont d'intérêt général.

L'égal accès des hommes et des femmes aux activités sportives, sous toutes leurs formes, est d'intérêt général ».

De plus, aux termes de l'article L. 131-8, III du Code du sport, toutes les fédérations sportives agréées par le Ministre du Sport sont de plein droit des associations reconnues d'utilité publique.

256. Les sociétés sportives, hybrides par nature. - L'utilité sociale des entités juridiques et sportives au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014⁶⁵³ n'est donc plus à démontrer, quel que soit leur positionnement sur les questions du lucre et de la gouvernance (sur ce point, il est à noter que les sociétés sportives sont soumises à des normes impératives quant à leur contrôle, et ce afin d'éviter des conflits d'intérêts). Ce faisant, les sociétés sportives auxquelles le Titre II du Livre I^{er} du Code du sport est consacré, s'analysent nécessairement comme des

⁶⁵⁰ CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*, p. 9. En ligne : <<http://www.cncres.org/upload/gedit/12/file/observatoire/Panorama%20de%20l'ESS%202015-CNCRES.pdf>> (consulté le 2 octobre 2016).

⁶⁵¹ AMSALEM, B., *Rapport sport et économie sociale et solidaire présenté par Bernard AMSALEM au Conseil national du sport*, Bureau de la communication du Ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports (MVJS), 3 janvier 2017, p. 15. En ligne : <http://www.sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_cns2.pdf> (consulté le 5 avril 2017).

⁶⁵² Art. L. 100-1.

⁶⁵³ Cf. annexe unique.

structures hybrides, poursuivant simultanément le but lucratif posé à l'article 1832 du Code civil et l'intérêt général énoncé à l'article L. 100-1 du Code du sport précité. Cette affirmation demeure valable, selon nous, pour les sociétés sportives cotées.

257. La notion de société sportive. - Il résulte de la combinaison des articles L. 122-1, alinéa 1^{er}, et R. 122-1 du Code du sport que toute association sportive affiliée à une fédération sportive, qui participe habituellement à l'organisation de manifestations sportives payantes qui lui procurent des recettes d'un montant supérieur à 1,2 million d'euros ou qui emploie des sportifs dont le montant total des rémunérations excède 800 000 euros (ces deux seuils étant des moyennes calculées sur les trois derniers exercices comptables, dans le respect des dispositions des articles R. 122-2 et R. 122-3), a l'obligation de constituer une société sportive, de nature commerciale par détermination de la loi, pour la gestion de ces activités payantes⁶⁵⁴. En vertu de l'alinéa 2 de l'article L.122-1 du Code du sport, les associations sportives qui n'atteignent pas ces seuils peuvent quand même créer une société sportive dans les mêmes conditions, mais de manière facultative.

L'article L. 122-2 précise ensuite :

« La société sportive prend la forme :

- 1° Soit d'une société à responsabilité limitée ne comprenant qu'un associé, dénommée entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée ;
- 2° Soit d'une société anonyme à objet sportif ;
- 3° Soit d'une société anonyme sportive professionnelle ;
- 4° Soit d'une société à responsabilité limitée ;
- 5° Soit d'une société anonyme ;
- 6° Soit d'une société par actions simplifiée »⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Pour comprendre les motivations du législateur sur ce point : THOMAS, V., préc.

Pour connaître l'évolution du régime juridique des sociétés sportives de 1984 à nos jours : « 5555 - Sports (sociétés sportives) » in MESTRE, J., VELARDOCCIO, D. (Dir.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, Paris, Lamy, février 2018.

Pour une critique doctrinale approfondie du régime juridique des sociétés sportives : MARMAYOU, J.-M., RIZZO, F., « Groupements sportifs : organisation juridique des clubs. Chapitre 2 : sociétés sportives », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. Soc.*, Paris, Dalloz, septembre 2012.

⁶⁵⁵ Pour guider le praticien dans le choix de la forme juridique de société sportive : MARMAYOU, J.-M., MEYNET, W., « Les sociétés sportives : l'heure des choix », *JSS*, n°97, 1^{er} avril 2012, p. 13-26.

Par application de l'article L. 122-3, les trois premières formes sociales citées sont soumises à des statuts-types définis par décret en Conseil d'État :

- le décret n°2001-148 du 16 février 2001 relatif aux statuts types des entreprises unipersonnelles sportives à responsabilité limitée, codifié à l'annexe I-2 du Code du sport, auquel renvoie l'article R. 122-4 ;
- le décret n°86-409 du 11 mars 1986 relatif aux statuts types des sociétés à objet sportif
- le décret n°2001-149 du 16 février 2001 relatif aux statuts types des sociétés anonymes sportives professionnelles.

Les formes sociales citées aux trois derniers alinéas de l'article L. 122-2 sont des ajouts de la loi n°2012-158 du 1^{er} février 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs⁶⁵⁶.

Sociétés sportives et performance financière de l'association-support. Plan. - Il convient d'expliquer dans quelle mesure les sociétés sportives peuvent entrer dans le champ de l'ESS (1) et de présenter l'intérêt financier de leur association sportive fondatrice (ou « support ») à les créer au regard de leurs normes impératives (2).

1. Sociétés sportives et qualification d'« entreprises de l'ESS » : le droit de percevoir des subventions en jeu

258. Les sociétés sportives appartenant à l'ESS. - Dans sa version initiale, issue de l'article 13 de la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, l'article L.122-10 du Code du sport obligeait l'entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée et la société anonyme à objet sportif à affecter la totalité de leurs bénéfices à la constitution de réserves impartageables.

Cette règle souffre aujourd'hui une exception, posée à l'alinéa 2 de ce même article :

⁶⁵⁶ Pour une critique doctrinale approfondie de cette loi : BRIGNON, B., « Les sociétés sportives : *quid novi sub sole ?* », *Dr. Sociétés*, n°10, Octobre 2012, p. 36. — BRIGNON, B., « Les nouveaux enjeux des sociétés sportives », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°303, 5 juillet 2012. — PELTIER, M., « La loi visant à renforcer l'éthique du sport et le droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, n°7, juillet 2012, p. 9.

Sur la loi n°2017-261 du 1^{er} mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs (modifiant et complétant les dispositions de la loi du 1^{er} février 2012) : BRIGNON, B., RABU, G., « Une nouvelle loi éthique pour le sport », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°505, 6 avril 2017.

« Les sociétés anonymes à objet sportif peuvent distribuer leurs bénéfices aux actionnaires si des actions de la société ont fait l'objet d'une offre au public⁶⁵⁷ ou d'une admission aux négociations sur un marché réglementé ».

Par conséquent, les EURL sportives ainsi que les SA à objet sportif dont le capital est composé d'actions non cotées en bourse et n'ayant pas fait l'objet d'une offre au public au sens de l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier peuvent tout à fait être qualifiées de sociétés commerciales, sociales et solidaires si leur gouvernance est démocratique. Ces sociétés sont non lucratives. À notre sens, ce sont des OSBL et elles devraient être ajoutées à la liste restrictive des entités juridiques sociales et solidaires *per se*, au même titre que les fonds de dotation.

Quid des autres sociétés sportives ? Pour devenir des entreprises sociales et solidaires, il leur faudrait intégrer, dans leurs statuts, toutes les normes impératives de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014⁶⁵⁸, visant essentiellement à limiter la lucrativité.

Enfin, il convient d'ajouter que dans toute société sportive, « les membres élus des organes de direction de cette société ne peuvent recevoir aucune rémunération au titre de leurs fonctions. Le remboursement des frais est autorisé, sur justification »⁶⁵⁹.

259. L'indispensable égalité devant les subventions entre associations sportives et sociétés sportives non lucratives. - L'EURL et la SA sportives et non lucratives, et donc assimilables à des OSBL, devraient bénéficier d'une exception aux dispositions de l'article L. 122-11 du Code du sport, qui interdit formellement aux sociétés sportives de percevoir les aides au développement économique d'une région⁶⁶⁰ ainsi que les aides économiques municipales prévues à l'article L. 2251-3 du Code général des collectivités territoriales (aides pour le maintien d'un service nécessaire à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural

⁶⁵⁷Article L. 411-1 du Code monétaire et financier :

« L'offre au public de titres financiers est constituée par l'une des opérations suivantes :

1. Une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ;
2. Un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers ».

⁶⁵⁸ Cf. annexe unique.

⁶⁵⁹ Art. L. 122-5, al. 2.

⁶⁶⁰ CGCT, art. L. 1511-1 et s.

ou dans une commune comprenant un ou plusieurs quartiers prioritaires de la politique de la ville), au même titre que les associations sportives.

260. Le soutien légitime des collectivités territoriales aux sociétés sportives, sociales et solidaires via les subventions. - Un argument subsidiaire serait que l'on admettrait plus facilement qu'une société sportive qui remplit les conditions de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014⁶⁶¹, et qui serait donc à lucrativité (très) limitée et répercuterait son souci de l'utilité sociale sur sa grille tarifaire, puisse défaillir et avoir besoin d'aides publiques pour pouvoir continuer à proposer ses activités.

En revanche, les associations sportives ou les sociétés sportives peuvent déjà recevoir des subventions publiques pour des missions d'intérêt général⁶⁶², telles que les actions d'éducation, d'intégration ou de cohésion sociale, le perfectionnement et insertion scolaire ou professionnelle des jeunes sportifs accueillis dans les centres de formation, l'amélioration de la sécurité du public et la prévention de la violence dans les enceintes sportives⁶⁶³. Dans ce cas, le montant maximum des subventions que les associations sportives ou les sociétés qu'elles constituent peuvent recevoir des collectivités territoriales, de leurs groupements ou des établissements publics de coopération intercommunale, ne peut excéder 2,3 millions d'euros pour chaque saison sportive de la discipline concernée⁶⁶⁴.

En toute hypothèse, les collectivités territoriales ou leurs groupements ne peuvent accorder de garantie d'emprunt ni de cautionnement aux associations sportives et aux sociétés sportives⁶⁶⁵.

2. Le soutien financier de la société sportive à son association-support

261. Versement des dividendes à l'association-support. - Les sociétés sportives (autres que les EURL sportives et les SA à objet sportif dont le capital est composé d'actions non cotées

⁶⁶¹ Cf. annexe unique.

⁶⁶² C. sport, art. L. 113-2.

⁶⁶³ C. sport, art. R. 113-2.

⁶⁶⁴ C. sport, art. R. 113-1.

⁶⁶⁵ C. sport, art. L. 113-1.

en bourse et n'ayant pas fait l'objet d'une offre au public) peuvent verser des dividendes à leurs associés, et notamment à leur association-support.

Dans toutes les sociétés sportives, chaque part sociale donne droit à une partie des réserves distribuables et du boni de liquidation, sauf dans la SA à objet sportif où « le boni de liquidation ne peut être versé qu'à la fédération sportive à laquelle est affilié le groupement sportif qui a constitué la société »⁶⁶⁶.

262. Solidarité de la société sportive avec l'association-support en difficulté. - Si l'association-support est soumise à une procédure collective, sa société sportive est tenue d'exécuter solidairement avec elle le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁶⁶⁷. Pour prévenir ces difficultés et éviter les sanctions sportives de la part de l'organe de contrôle de gestion⁶⁶⁸, Jean-Michel MARMAYOU et Fabrice RIZZO recommandent aux sociétés sportives de prévoir des mécanismes d'assistance financière dans la convention (obligatoire⁶⁶⁹) qui les lie à leur association-support⁶⁷⁰.

Section 2. Un retour d'expériences étrangères d'hybridations créées par la loi

263. Une approche comparatiste de la diversification des formes juridiques hybrides et leurs attraits financiers. Plan. - Outre le fonds de dotation, les EURL sportives et les SA à objet sportif non cotées dont les actions pas fait l'objet d'un appel au public, le législateur français devrait-il faire entrer d'autres structures hybrides dans la famille des entités juridiques sociales et solidaires par détermination de la loi, notamment en raison des possibilités de financement qu'elles offrent ?

Nous étudierons dans les développements qui suivent les initiatives étrangères en la matière, tant en droit continental (I) que dans les systèmes de *Common Law* (II).

⁶⁶⁶ Annexe du décret n°86-409 du 11 mars 1986 relatif aux statuts types des sociétés à objet sportif, art. 32.

⁶⁶⁷ C. sport, art. L. 122-18.

⁶⁶⁸ C. sport, art. L. 132-2.

⁶⁶⁹ C. sport, art. L. 122-14 et L. 122-15.

⁶⁷⁰ MARMAYOU, J.-M., RIZZO, F., préc., §284.

I. Les sociétés commerciales de l'ESS en droit continental

264. Les principaux statuts hybrides en droit continental et leur performance financière. Plan. - En droit continental, deux statuts hybrides ont prouvé qu'ils avaient toute leur place au sein de l'ESS : la *sociedad anónima laboral* espagnole (1) et la société belge à finalité sociale (2). Un troisième hybride est né tout récemment au Luxembourg : la société d'impact sociétal, que nous observerons de manière théorique seulement, en l'absence d'un retour d'expérience (3). Nous tenterons d'évaluer l'intérêt financier de ces statuts eu égard à leurs normes impératives.

1. En Espagne : la *sociedad laboral*, une réponse à la crise économique des années 1980

265. Présentation générale de la *sociedad laboral*. – Pour des raisons de commodité linguistique, notre recherche partira de l'exposé académique et pratique d'août 2016 relatif à la *sociedad laboral* devant le Parlement européen dans sa version originale en anglais⁶⁷¹.

Entre SCOP et société commerciale, la *sociedad laboral* appartient à ses salariés et elle est gérée par eux. Elle n'est pas née d'un idéal collectiviste ou d'une politique économique et sociale : elle a été une réponse pragmatique et spontanée à la désertion des investisseurs à la fin du régime franquiste, qui coïncide avec les chocs pétroliers et la désindustrialisation de l'économie frappant les régions de Madrid, de Catalogne, de Valence, du Pays Basque et d'Andalousie. Pour les salariés, il s'agissait avant tout de sauver leur emploi en sauvant leur entreprise⁶⁷². L'utilité sociale au sens de l'article 2 de la loi française du 31 juillet 2014⁶⁷³ est donc inscrite dans leur « ADN » (utilité endogène s'agissant des salariés, exogène à l'échelle d'un bassin d'emplois). Ce n'est qu'une dizaine d'années plus tard que le législateur a consacré cette pratique par la loi n°15/1986 du 25 avril 1986 portant création des *sociedades anónimas laborales*. Douze mois après, le nombre de *sociedades anónimas laborales* a doublé : il est

⁶⁷¹ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., *Employee financial participation : Spain's Sociedades Laborales. Briefings for the Committee on Employment and Social Affairs (EMPL)*, IP/A/EMPL/2016-01, PE 587.300, Bruxelles, Parlement européen, Direction générale des Politiques internes de l'Union, Direction des politiques économiques et scientifiques, août 2016. En ligne : <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf)> (consulté le 5 avril 2017).

⁶⁷² *Ibid.*, p. 7.

⁶⁷³ Cf. annexe unique.

passé de 1 225 à 2 595 bien que la forme de société anonyme oblige à rassembler un capital social de 60 000 euros lors de la constitution de la société⁶⁷⁴. La loi n°4/1997 du 24 mars 1997 a ensuite permis d'abaisser cette exigence à 3 000 euros en constituant une *sociedad laboral de responsabilidad limitada* : le nombre de *sociedades laborales* a alors connu une croissance exponentielle. Cependant ce modèle résiste mal à l'explosion du chômage en Espagne : en 2014 et 2015, elles ont perdu deux millions de salariés⁶⁷⁵.

266. Examen approfondi du régime juridique de la *sociedad laboral*. - L'étude du régime légal impératif de la *sociedad laboral*, dont le respect est contrôlé par le Ministère du Travail et de la Sécurité sociale et le Ministère de l'Économie et des Finances en matière fiscale, nous conduit à rapprocher la *sociedad laboral* davantage des sociétés commerciales que des coopératives.

267. La composition du capital social : absence d'exclusivisme et de double qualité. - L'article 1^{er} de la loi du 25 avril 1986⁶⁷⁶ définit ce statut :

« Les sociétés anonymes dans lesquelles au moins 51 % du capital social appartiennent aux salariés qui leur fournissent leurs services rémunérés directement, pour une durée indéterminée et à temps plein, peuvent avoir le statut de *sociedad anónima laboral* (sociétés anonymes de travail) dans les conditions régies par la présente loi ».

La loi n°19/1989 du 25 juillet 1989 portant réforme partielle et adaptation de la législation du commerce aux directives de la CEE a abaissé cette exigence : « au moins 51 % » est remplacé par « la majorité »⁶⁷⁷. Les personnes publiques ainsi que les personnes morales qu'elles contrôlent peuvent détenir jusqu'à 49 % du capital social. Les autres actionnaires sont limités

⁶⁷⁴ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., préc., p. 10.

⁶⁷⁵ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., préc., p. 13.

À moyen terme⁶⁷⁵, les *sociedades laborales* s'avèrent aussi un peu moins résilientes que les sociétés classiques (53 % survivent au bout de cinq ans, contre 58 % pour les sociétés classiques).

⁶⁷⁶ «Las Sociedades Anónimas en las que al menos el 51 por 100 del capital social pertenezca a los trabajadores que presten en ellas sus servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y en jornada completa, podrán tener el carácter de Sociedades Anónimas Laborales en las condiciones reguladas por esta Ley» — AGENCIA ESTATAL, BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE), «Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales», BOE-A-1986-10626, núm. 103, de 30 de abril de 1986, páginas 15463 a 15465. En ligne : < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10626>> (consulté le 7 avril 2017).

⁶⁷⁷ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., préc., p. 10.

à 25 % du capital social chacun⁶⁷⁸. Il n'y a donc aucun exclusivisme capitalistique au sein de la *sociedad laboral*.

Réciproquement, par application de l'article 16, alinéa 1^{er} ⁶⁷⁹, dans les sociétés de moins de 25 salariés en contrat à durée indéterminée (CDI), au moins 75 % de ceux-ci devaient détenir des actions jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 25 juillet 1989, faisant passer cette proportion aux deux tiers⁶⁸⁰. Pour les sociétés de 26 salariés et plus en CDI, au moins 85 % d'entre eux doivent être actionnaires. La loi du 25 juillet 1989 a ensuite permis d'inclure les CDI à temps partiel dans ces calculs⁶⁸¹. Ces normes impératives ne limitent pas le recours au travail précaire (y compris à l'intérim, à la sous-traitance ou au portage salarial). Il n'y a donc aucun exclusivisme de relation d'affaires au sein de la *sociedad laboral*.

Par ailleurs, la fin du contrat de travail n'emporte pas nécessairement la perte de la qualité d'actionnaire (les dividendes entrent même dans le calcul des droits au chômage⁶⁸²). Si l'ex-travailleur ne cède pas ses titres, il change simplement de catégorie et devient actionnaire non salarié⁶⁸³. Le principe de la double qualité ne vaut donc pas pour la *sociedad laboral*.

268. Cession des actions sans *intuitu personae*. - Les actions sont nominatives⁶⁸⁴ (la société connaît alors l'identité de l'actionnaire) et les salariés ont un droit de préemption en cas de cession de titres par un autre salarié⁶⁸⁵, d'ordre public⁶⁸⁶. Sauf si l'héritier est un salarié, les statuts peuvent étendre ce droit de préemption à la transmission des titres lors du décès d'un salarié actionnaire, en faveur des actionnaires salariés ou non salariés⁶⁸⁷. En l'absence

⁶⁷⁸ L. du 25 avril 1986 préc., art. 5, al. 2 :

“Ninguno de los socios podrá poseer acciones que representen más del 25 por 100 del capital social. No obstante lo anterior, podrán participar en el capital de las Sociedades Anónimas Laborales, hasta un 49 por 100, las Entidades Públicas, así como las personas jurídicas en cuyo capital social participen mayoritariamente o pertenezca en su totalidad al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales”.

⁶⁷⁹ “En las Sociedades Anónimas Laborales el número de trabajadores cuya relación laboral sea por tiempo indefinido y que no tengan suscritas y desembolsadas acciones de la Sociedad, no podrán ser superiores al 15 por 100 en relación al total de socios trabajadores, excepto en las constituidas por menos de 25 socios trabajadores, en los que el porcentaje máximo será del 25 por 100”.

⁶⁸⁰ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., *Employee financial participation : Spain's Sociedades Laborales*, préc., p. 11.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ Art. 10.

⁶⁸⁴ Art. 6, al. 1^{er} : “Las acciones serán siempre nominativas”.

⁶⁸⁵ Art. 8.

⁶⁸⁶ Art. 12.

⁶⁸⁷ Art. 11.

d'agrément, même sur la part de capital détenue par les salariés, nous concluons à une absence d' *intuitu personae*.

Les cessions de titres sont négociées de gré à gré et les désaccords sur leur prix sont régis par l'article 9 :

« Le prix d'achat, en cas de litige, est de 75 % de la valeur réelle, selon l'évaluation d'un expert désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le juge »⁶⁸⁸.

269. Droit de vote non régi par le principe « une personne, une voix ». - Le principe « une personne, une voix » ne s'applique pas aux *sociedades laborales*. À cet égard, la gouvernance n'est donc pas démocratique mais ploutocratique.

Pour ces deux motifs (absence d'*intuitu personae* et vote non soumis au principe « une personne, une voix »), ces sociétés sont exclues du champ de l'ESS tel que défini en droit espagnol par les articles 2 et 4 (et en particulier 4a et 4b) de la loi n°5/2011 relative à l'économie sociale⁶⁸⁹.

270. Affectation du résultat. - Les dividendes se calculent au *pro rata* de la part de capital social détenue, et non à due proportion du travail fourni.

271. Limitation du lucre très modérée. - La lucrativité est limitée par une réserve obligatoire impartageable (appelée « fonds spécial de réserve ») qui s'ajoute aux autres réserves légales et statutaires et qui représente 10 % du bénéfice net annuel⁶⁹⁰.

Cependant, la fiscalité des *sociedades laborales* encourage la mise en réserve : à condition d'affecter 50% des bénéfices au fonds de réserve dans l'année où l'événement imposable se produit, elles peuvent bénéficier d'une réduction de 99% des droits d'enregistrement dus au

⁶⁸⁸ “El precio de adquisición, en caso de discrepancia, será el 75 por 100 del valor real, según la apreciación de un perito nombrado de común acuerdo por las partes o, en defecto del mismo, por el juez”.

⁶⁸⁹ Cf. supra (traduction française des articles 2 et 4).

AGENCIA ESTATAL, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (BOE), “Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social”, BOE-A-2011-5708, núm. 76, de 30/03/2011. En ligne : <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-5708>> (consulté le 7 avril 2017).

⁶⁹⁰ “Las Sociedades Anónimas Laborales, además de las reservas legales o estatutarias y con los mismos fines, vendrán obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva de carácter irrepartible, excepto en caso de liquidación, dotado con el 10 por 100 de los beneficios líquidos de cada ejercicio”.

titre de la constitution de la société, de l'augmentation du capital social et de tout autre acte transformant ou adaptant la société et elles peuvent déduire 99% des intérêts dus au titre d'emprunts, y compris des emprunts obligataires, utilisés pour investir dans des actifs immobilisés⁶⁹¹.

272. Représentation des actionnaires dans les organes de direction. - L'article 14 dispose :

« Dans le cas où il existe deux catégories d'actionnaires (salariés et non-salariés), les deux sont représentés proportionnellement à leurs apports au capital social dans les organes de direction de la société »⁶⁹².

273. Sociedad laboral et aides d'État. - La *sociedad laboral* a le droit de percevoir des subventions pour favoriser la préservation de l'emploi et la formation, pour la sauvegarde de l'entreprise en cas de difficultés économiques et pour lui permettre d'investir⁶⁹³.

274. Le décalogue CONFESAL. - En 1992, l'organisation représentative des *sociedades laborales*, la *Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España* (CONFESAL) a édicté un ensemble de dix principes, source de droit mou au sein des *sociedades laborales*⁶⁹⁴ :

- 1- L'entreprise est la propriété des travailleurs : la majorité du capital leur appartient et ils prennent les décisions.
- 2- Tout associé actionnaire a des droits et des devoirs dans l'intérêt du collectif et de la survie du projet.
- 3- Autogestion et fonctionnement démocratique.
- 4- Organisation du travail au service de l'homme et de la société et respect de la dignité.
- 5- Politique de rémunération équitable.
- 6- Principe de solidarité collective.

⁶⁹¹ Chapitre II de la loi du 25 avril 1986, intitulé « Régime fiscal ».

⁶⁹² Article 17 :

“En el caso de existir dos clases de accionistas, ambas estarán representadas proporcionalmente a sus aportaciones al capital social, en los órganos administradores de la Sociedad que serán los señalados en las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas”.

⁶⁹³ JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., *Employee financial participation : Spain's Sociedades Laborales*, préc., p. 9-10.

⁶⁹⁴ MUÑECAS HERRERAS, J., « Sociedades Laborales : modèle juridique et raisons de succès », in *Sociedades Laborales : sociétés de travailleurs associés. Entreprendre autrement : un modèle pour la Belgique*. Bruxelles, Conférence au Parlement fédéral, 21 mars 2003, p. 12. En ligne : <<http://www.employee-ownership.be/BE/SAL/CONFBXL/RAPPORT%20CONFERENCE%20SAL%20FR.pdf>> (consulté le 7 avril 2017).

7- Bénéfices recherchés mais sans principe spéculatif. Développement économique par l'accueil de nouveaux associés.

8- Conditions de travail correctes.

9- Développement de programmes d'éducation permanente et de formation des travailleurs.

10- Association volontaire avec les autres entreprises *via* les organisations représentatives telles que l'association basque des *sociedades laborales* (ASLE).

275. La *sociedad laboral*, entreprise de l'ESS au sens communautaire et français. - Indépendamment du respect de ces principes de responsabilité sociétale, et malgré la rigueur du droit espagnol de l'ESS sur la place du capital social dans la distribution du résultat et le droit de vote, nous affirmons que les *sociedades laborales* remplissent tous les critères d'appartenance à l'ESS, aussi bien communautaires⁶⁹⁵ que français⁶⁹⁶.

2. En Belgique : la société à finalité sociale, supplément d'âme des sociétés commerciales

276. La raison d'être des sociétés à finalité sociale. - La loi belge n°1995-04-13/50 du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, a créé une modalité de statut commercial à but non lucratif : la société à finalité sociale (SFS)⁶⁹⁷. Ce statut a été codifié aux articles 661 à 669, constituant le Livre X « Les sociétés à finalité sociale » du Code des sociétés⁶⁹⁸. L'idée était de permettre aux « associations sans but lucratif » (ASBL) de devenir de véritables entreprises⁶⁹⁹, et aux sociétés commerciales existantes de se consacrer à un objet sociétal.

⁶⁹⁵ Règlement (UE) n°346/2013, art. 3.1-d.

⁶⁹⁶ L. du 31 juillet 2014, art. 1^{er} – cf. annexe unique.

⁶⁹⁷ JUSTEL - LEGISLATION CONSOLIDÉE, « 13 AVRIL 1995. - Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 ». En ligne : <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1995041350&table_name=loi> (consulté le 11 avril 2017).

⁶⁹⁸ JUSTEL - LEGISLATION CONSOLIDÉE, « 7 MAI 1999. - CODE DES SOCIÉTÉS ». En ligne : <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1999050769%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=2&cn=1999050769&table_name=LOI&nm=1999A09646&la=F&dt=CODE+DES+SOCIETES&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27DES%27%26+%27SOCIETES%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=8#LNK0335> (consulté le 11 avril 2017).

⁶⁹⁹ Articles 668 et 669, formant le Chapitre III « Transformation d'une association sans but lucratif en société à

277. L'ordre public structurel des sociétés à finalité sociale. - L'article 661 du Code des sociétés énonce les stipulations statutaires obligatoires :

« Les sociétés dotées de la personnalité juridique énumérées à l'article 2, § 2⁷⁰⁰, à l'exception des sociétés européennes et des sociétés coopératives européennes, sont appelées sociétés à finalité sociale lorsqu'elles ne sont pas vouées à l'enrichissement de leurs associés et lorsque leurs statuts :

1° stipulent que les associés ne recherchent qu'un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial ;

2° définissent de façon précise le but social auquel sont consacrées les activités visées dans leur objet social et n'assignent pas pour but principal à la société de procurer aux associés un bénéfice patrimonial indirect ;

3° définissent la politique d'affectation des profits conforme aux finalités internes et externes de la société, conformément à la hiérarchie établie dans les statuts de ladite société, et la politique de constitution de réserves ;

4° stipulent que nul ne peut prendre part au vote à l'assemblée générale pour un nombre de voix dépassant le dixième des voix attachées aux parts ou actions représentées ; ce pourcentage est porté au vingtième lorsqu'un ou plusieurs associés ont la qualité de membre du personnel engagé par la société ;

5° stipulent, lorsque la société procure aux associés un bénéfice patrimonial direct limité, que le bénéfice distribué à ceux-ci ne peut dépasser le taux d'intérêt fixé par le Roi en exécution de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la coopération, appliqué au montant effectivement libéré des parts ou actions⁷⁰¹ ;

finalité sociale ».

⁷⁰⁰ Article 2 :

[...]

« § 2. Le présent code reconnaît en tant que société commerciale dotée de la personnalité juridique :

- la société en nom collectif, en abrégé SNC;
- la société en commandite simple, en abrégé SCS;
- la société privée à responsabilité limitée, en abrégé SPRL;
- la société coopérative, qui peut être à responsabilité limitée, en abrégé SCRL, ou à responsabilité illimitée, en abrégé SCRI;
- la société anonyme, en abrégé SA;
- la société en commandite par actions, en abrégé SCA;
- le groupement d'intérêt économique, en abrégé GIE.
- la Société européenne, en abrégé SE.
- la société coopérative européenne, en abrégé : SCE ».

⁷⁰¹ L'article 1^{er}, 5° de l'arrêté royal du 8 janvier 1962 fixant les conditions d'agrément des groupements de sociétés coopératives et des sociétés coopératives (dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} juin 2016) dispose :

« Le dividende octroyé aux associés sur les parts du capital social ne peut dépasser 6 pour cent de la valeur nominale des parts sociales après retenue du précompte mobilier ».

Le service public fédéral des finances donne la définition suivante du « précompte mobilier » :

6° prévoient que, chaque année, les administrateurs ou gérants feront rapport spécial sur la manière dont la société a veillé à réaliser le but qu'elle s'est fixé conformément au 2° ; ce rapport établira notamment que les dépenses relatives aux investissements, aux frais de fonctionnement et aux rémunérations sont conçues de façon à privilégier la réalisation du but social de la société ;

7° prévoient les modalités permettant à chaque membre du personnel d'acquérir, au plus tard un an après son engagement par la société, la qualité d'associé ; cette disposition ne s'applique pas aux membres du personnel qui ne jouissent pas de la pleine capacité civile ;

8° prévoient les modalités permettant que le membre du personnel qui cesse d'être dans les liens d'un contrat de travail avec la société perde, un an au plus tard après la fin de ce lien contractuel, la qualité d'associé ;

9° stipulent qu'après l'apurement de tout le passif et le remboursement de leur mise aux associés, le surplus de liquidation recevra une affectation qui se rapproche le plus possible du but social de la société.

Le rapport spécial visé au 6° sera intégré au rapport de gestion devant être établi conformément aux articles 95 et 96 ».

Le montant minimum du capital social de la SFS est de 6 150 euros, ce qui ne constitue pas une barrière insurmontable⁷⁰².

278. L'appartenance de la SFS à l'ESS en question. - Nous en concluons que le principe de lucrativité limitée est assuré par les conditions n°1 à 3, 5° et 9° de l'article 661, sans mise en réserve légale additionnelle mais avec un plafond de dividendes fixé à 6 % du résultat net ; que le principe de gouvernance démocratique est garanti par la mise en œuvre des conditions n°4 et 6 (complété par le dernier alinéa) à 8, laquelle demeure très libre ; qu'en revanche, l'utilité

« Les revenus des capitaux et biens mobiliers (dividendes, intérêts, redevances, droits d'auteur...), ainsi que certains revenus divers à caractère mobilier, constituent des revenus imposables en Belgique.

Le précompte mobilier normalement retenu sur ces revenus est une avance sur l'impôt se rapportant à ces revenus. Cependant, dans la plupart des cas, le précompte mobilier retenu est « libératoire » : le revenu sur lequel un précompte mobilier a été retenu ne doit plus être déclaré par le bénéficiaire. Le précompte mobilier retenu par le débiteur constitue dès lors l'impôt définitif ». — SERVICE PUBLIC FEDERAL DES FINANCES, « Précompte mobilier ». En ligne : <https://financien.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/Precomptes/precompte_mobilier> (consulté le 11 avril 2017).

⁷⁰² Art. 665.

sociale au sens de l'article 2 de la loi française du 31 juillet 2014⁷⁰³ n'est pas clairement énoncée : il n'est question que de la poursuite d'un « but social »⁷⁰⁴.

Sur ce point, la SFS ressemble davantage à la *Benefit corporation* qu'à une entreprise française de l'ESS : il s'agit davantage d'une société modérément capitaliste et consciencieuse quant à sa RSE, quoique la loi ne prévoise aucune évaluation externe de l'impact social de la SFS. De plus, il n'existe aucun contrôle *a priori* du respect des normes impératives du statut de SFS. Lorsque la qualification de SFS est utilisée à tort, la société s'expose à une dissolution dans les conditions de l'article 667.

Le Centre d'économie sociale de l'Université de Liège en dresse le bilan suivant : « *En pratique, on a pu constater que ce statut n'a pas eu le succès escompté. Le secteur de l'économie sociale relève en effet un échec quantitatif (fin 2005, on dénombrait moins de 400 SFS) et un échec qualitatif (la SFS reprend plus ou moins bien les valeurs de l'économie sociale sans apporter d'avantage particulier ni de dynamique d'entrepreneuriat)* »⁷⁰⁵.

279. La SFS, entreprise de l'ESS wallonne. - En Belgique, l'ESS relève davantage de la compétence des trois régions : la Wallonie, la Flandre et la Région de Bruxelles.

La Flandre n'offre pas encore de définition juridique de l'ESS.

En revanche, le décret wallon n°2008/204798 du 20 novembre 2008 relatif à l'économie sociale détermine le périmètre de l'ESS à son article 1^{er} :

« Par économie sociale, au sens du présent décret, on entend les activités économiques productrices de biens ou de services, exercées par des sociétés, principalement coopératives et/ou à finalité sociale, des associations, des mutuelles ou des fondations, dont l'éthique se traduit par l'ensemble des principes suivants :

1° finalité de service à la collectivité ou aux membres, plutôt que finalité de profit ;

2° autonomie de gestion ;

3° processus de décision démocratique ;

⁷⁰³ Cf. annexe unique.

⁷⁰⁴ Art. 661, 2° et 6°.

⁷⁰⁵ CENTRE D'ECONOMIE SOCIALE DE L'UNIVERSITE DE LIEGE, « SFS (société à finalité sociale) », 2010. En ligne : <http://www.ces.ulg.ac.be/fr_FR/services/cles/dictionnaire/s---t---u/sfs-societe-a-finalite-sociale> (consulté le 11 avril 2017).

4° primauté des personnes et du travail sur le capital dans la répartition des revenus.

Par son action, elle permet d'amplifier la performance du modèle de développement socio-économique de l'ensemble de la Région wallonne et vise l'intérêt de la collectivité, le renforcement de la cohésion sociale et le développement durable ».

En comparaison avec la définition française, la finalité sociale (condition n°1) est très vague et pourrait tout à fait accueillir de simples objectifs de RSE. Par conséquent, la SFS fait partie intégrante de l'ESS wallon.

280. La SFS, entreprise de l'ESS bruxelloise. - La définition bruxelloise posée à l'article 3 de l'ordonnance n°C – 2012/31222 du 26 avril 2012 relative à l'économie sociale et à l'agrément des entreprises d'insertion et des initiatives locales de développement de l'emploi en vue de l'octroi de subventions est sensiblement identique : elle ajoute simplement une liste de statuts juridiques de l'ESS *per se* incluant la SFS⁷⁰⁶.

La dilution des valeurs de l'ESS n'est donc pas cantonnée à la SFS, contrairement à ce que laisse entendre le Centre d'économie sociale de l'Université de Liège puisqu'à notre sens, la définition juridique de l'ESS en Belgique ne permet pas d'établir une distinction claire avec la RSE.

281. SFS et aides d'État. - Toutefois en raison de sa lucrativité limitée, la SFS donne droit à des subventions. D'après le Centre d'économie sociale de l'Université de Liège, « *en ce qui concerne l'accès aux aides publiques, même si certaines incertitudes subsistent, on peut affirmer ce qui suit : les programmes fédéraux de réduction de cotisations sociales patronales sont pour la plupart accessibles aux ASBL comme aux SFS ; seules les SFS pourront prétendre à l'octroi des aides liées aux lois d'expansion économique - les ASBL en sont clairement exclues; la possibilité d'engager des travailleurs dans le cadre des "programmes de résorption du chômage" est réduite pour les SFS.*

⁷⁰⁶ « Par économie sociale, on entend les activités économiques exercées par des sociétés, notamment coopératives ou à finalité sociale, des associations, des mutuelles ou des fondations, visant l'intérêt de la collectivité, le renforcement de la cohésion sociale ou le développement durable et qui s'efforcent de respecter les modes opérationnels suivants :

1° finalité de service à la collectivité ou aux membres, plutôt que finalité de profit;

2° autonomie de gestion;

3° processus de décision démocratique;

4° primauté des personnes et du travail sur le capital dans la répartition des revenus ».

Du point de vue fiscal, une SFS est en principe assujettie à l'impôt des sociétés (ISOC). Elle ne peut prétendre au régime de l'impôt des personnes morales (IPM) que si ses statuts stipulent expressément qu'aucun dividende ne pourra être distribué et si elle se livre exclusivement à des activités spécifiques et limitativement énumérées. Par ailleurs, une SFS ne bénéficie pas des taux réduits applicables aux ASBL en matière de droits d'enregistrement sur les donations qui lui sont faites. Il en va de même en ce qui concerne les droits de succession pour lesquels la SFS est soumise aux taux ordinaires. La SFS échappera par contre à la taxe compensatoire des droits de succession (taxe annuelle sur le patrimoine) qui vise les seules ASBL ».

282. La SFS et la réforme du Code des sociétés. - Le régime juridique de la SFS pourrait être impacté par la réforme du Code des sociétés belge, en débat actuellement au Parlement fédéral – code qui sera rebaptisé « Code des sociétés *et des associations* ». Le Ministre de la Justice Koen GEENS espérait que le texte final serait adopté d'ici fin juin 2018 pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2019⁷⁰⁷ mais le projet de réforme a été approuvé en Conseil des Ministres le 25 mai 2018 seulement⁷⁰⁸. La SFS n'a pas rencontré le succès escompté : en 2015, on en comptait seulement 404 parmi les 17 000 entreprises en Belgique⁷⁰⁹. En l'état actuel des discussions, il serait question de remplacer la SFS par un agrément « entreprise sociale » réservé aux coopératives, puisque *de facto* 85,5% des SFS sont à ce jour des « sociétés coopératives à responsabilité limitée » (SCRL)⁷¹⁰, étant précisé que le même projet de réforme prévoit en outre de supprimer les « sociétés coopératives à responsabilité illimitée »⁷¹¹.

⁷⁰⁷ BOMBAERTS, J.-P., « Le nouveau Code des sociétés est-il trop libéral ? », *L'Écho*, 17 janvier 2018. En ligne : <<https://www.lecho.be/entreprises/general/Le-nouveau-Code-des-societes-est-il-trop-liberal/9972959>> (consulté le 25 mars 2018).

⁷⁰⁸ Au moment du dépôt de cette thèse, le texte était encore débattu au Parlement belge.

⁷⁰⁹ CHORUM CIDES, « L'objet social élargi, une réalité européenne », 7 mars 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/lobjet-social-elargi-une-realite-europeenne/>> (consulté le 4 mai 2018).

⁷¹⁰ UNION DES ENTREPRISES A PROFIT SOCIAL, « Le Ministre de la Justice », 24 janvier 2018, p. 3. En ligne : <http://www.ufenm.be/IMG/pdf/nota_unipso_24012018.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

⁷¹¹ PEETERS LAW, « Code des Sociétés et des Associations - Droit futur », 10 janvier 2018. En ligne : <<https://www.peeters-law.be/Fr/news/Code-des-Societes-et-des-Associations-Droit-futur/921>> (consulté le 26 avril 2018).

3. Au Luxembourg : la société d'impact sociétal, agrément ESS des sociétés commerciales

283. La subordination légale de la société d'impact sociétal aux critères distinctifs de l'ESS luxembourgeoise. - Le Luxembourg s'est lui aussi doté d'une modalité d'hybridation des sociétés commerciales avec la loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal (SIS) et modifiant a) la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, b) la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, c) la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et d) la loi modifiée du 16 octobre 1934 relative à l'impôt sur la fortune⁷¹².

Cette loi donne au passage une définition de l'ESS luxembourgeoise à son article 1^{er} :

« L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent cumulativement les conditions suivantes :

1. Poursuivre une activité continue de production, de distribution ou d'échange de biens ou de services.

2. Répondre à titre principal à l'une au moins des deux conditions suivantes :

- a. Elles ont pour but d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité, soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des clients, des membres, des adhérents ou des bénéficiaires de l'entreprise ;

- b. Elles ont pour but de contribuer à la préservation et au développement du lien social, à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, culturelles et économiques, à la parité hommes-femmes, au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale, à la protection de l'environnement, au développement d'activités culturelles ou créatives et au développement d'activités de formation initiale ou continue.

3. Disposer d'une gestion autonome au sens où elles sont pleinement capables de choisir

⁷¹² JOURNAL OFFICIEL DU GRAND-DUCHE DU LUXEMBOURG, « Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal [...] », 15 décembre 2016. En ligne : <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/12/12/n1/jo>> (consulté le 11 avril 2017).

et de révoquer leurs organes directeurs ainsi que de contrôler et d'organiser l'ensemble de leurs activités.

4. Appliquer le principe selon lequel au moins la moitié des bénéfices réalisés sont réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise ».

284. Une définition de l'ESS affranchie des compromis politiques et plus opérante. -

Cette définition n'est pas sans rappeler la définition française, en particulier ses deux premiers points relatifs à la poursuite d'activités économiques d'utilité sociale. En revanche, le législateur luxembourgeois n'érige pas la gouvernance démocratique en critère distinctif en tant que tel, n'est pas dogmatique quant aux statuts juridiques pouvant être dans l'ESS, mais il est beaucoup plus clair sur deux points : la nécessité d'un centre autonome de décision (qui est indispensable en droit communautaire pour qu'une unité de production reçoive la qualification d'« entreprise ») et la limitation du lucre.

285. La SIS, une modalité s'ajoutant au régime d'une société commerciale. -

Par application de l'article 3, le respect des conditions de l'article 1^{er} de la loi du 12 décembre 2016 est un préalable à la qualification de SIS, qui fait l'objet d'un agrément *a priori* et d'un contrôle annuel par un réviseur d'entreprises agréé⁷¹³. La SIS n'est donc pas un statut mais une modalité qui se superpose aux statuts de SA (dont le capital social minimum est de 30 000 euros), de SARL (au capital social compris entre 1 et 12 000 euros) ou de coopérative luxembourgeoise (sans capital social minimum)⁷¹⁴.

286. Les garanties effectives de la poursuite de l'objet d'utilité sociale et de la mise en œuvre d'un processus décisionnel tendant vers une gouvernance démocratique. -

Pour recevoir l'agrément « SIS », les statuts de ces sociétés doivent également remplir les deux conditions suivantes :

1. Définir de façon précise l'objet social poursuivi conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, point 2 ;
2. Prévoir des indicateurs de performance permettant de vérifier de façon effective et fiable la réalisation de l'objet social poursuivi. Cette vérification se fait au moyen d'un rapport annuel

⁷¹³ Art. 6.

⁷¹⁴ BROTTES, J., *Les sociétés d'impact sociétal (SIS)*. Luxembourg, Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS), Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire, novembre 2016, p. 18. En ligne : <<https://www.gouvernement.lu/6523589/societes-impact-societal-sis.pdf>> (consulté le 11 avril 2016).

public et de la révision annuelle dans les conditions de l'article 6. Le Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire devrait publier prochainement une liste d'indicateurs standards sous forme de lignes directrices non contraignantes⁷¹⁵.

Cette dernière exigence, cumulée à l'exigence d'utilité sociale, authentifie véritablement le respect des principes de l'ESS et fait de la SIS une forme juridique d'entreprise de l'ESS sans concession, puisqu'implicitement, ces indicateurs de performance inscrivent l'ensemble des parties prenantes dans le processus de consultation et, indirectement, dans la prise de décision, ce qui revient en fait à consacrer le principe de gouvernance démocratique par des actes concrets.

287. Une lucrativité limitée et subordonnée à la réalisation effective de l'objet d'utilité sociale. - La limitation du lucre est renforcée par la composition originale du capital social, dont au moins 50 % ne doit pas donner lieu au versement de dividendes⁷¹⁶. Les parts sociales concernées sont appelées « parts d'impact ». Le reste du capital social, formé par des « parts de rendement » peut donner lieu à un versement de dividendes, pourvu que les indicateurs de performance fassent apparaître la bonne exécution des missions sociales de la société⁷¹⁷. L'utilité sociale prime donc effectivement la lucrativité. Par ailleurs, la rémunération des salariés est plafonnée à six fois le salaire minimum luxembourgeois⁷¹⁸, fixé à 1 998,59 euros brut au 1^{er} janvier 2017⁷¹⁹.

288. Les conventions interdites au sein de la SIS. - Autre originalité : l'article 8 établit une liste de conventions interdites au sein de la SIS, à peine de nullité, et ce, afin d'éviter les détournements de fonds d'après le guide pratique publié sur le site Internet du Gouvernement⁷²⁰. En effet, l'article 8 dispose :

(1) Il est interdit aux SIS de contracter, directement ou indirectement, des emprunts auprès de leurs associés et d'émettre des instruments de dette, directement ou indirectement, à destination de ces personnes.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Art. 4.

⁷¹⁷ Art. 4-1 et 7-2.

⁷¹⁸ Art. 5.

⁷¹⁹ GUICHET.LU, « Salaire social minimum et indexation des salaires », 7 janvier 2017. En ligne : <<http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/ressources-humaines/remuneration/paiement-remunerations/salaire/>> (consulté le 15 avril 2017).

⁷²⁰ BROTTES, J., préc., p. 16.

(2) Le rapport du réviseur d'entreprises agréé certifie annuellement le respect de cette obligation légale.

(3) Les emprunts contractés et les instruments de dette émis en contradiction avec les dispositions du paragraphe 1^{er} sont nuls et sans effet.

Des statuts-types sont mis à disposition sur le site Internet de l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS)⁷²¹.

289. La fiscalité de la SIS non lucrative. - Si le capital de la SIS est composée à 100 % de parts d'impact, et donc si elle est totalement non lucrative, elle peut être assujettie à l'impôt sur le revenu au lieu de l'impôt sur les sociétés et des autres impôts commerciaux et elle est exemptée de l'impôt sur le revenu des collectivités, de la taxe professionnelle et de l'impôt sur la fortune⁷²².

Toutefois, la SIS est assujettie à la TVA en toute hypothèse⁷²³, ce qui signifie que la TVA est neutre pour elle : la TVA payée à ses fournisseurs va venir en déduction de la TVA collectée auprès de ses clients.

Par application des dispositions des articles 109⁷²⁴ et 112-1-5^{o725} de la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu dans sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2017, les dons manuels au profit des SIS ouvrent droit aux mêmes avantages fiscaux que ceux en faveur des

⁷²¹ UNION LUXEMBOURGEOISE DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE (ULESS), « Société d'impact sociétal ». En ligne : <<http://www.uless.lu/fr/activites/defendre/societes-d-impact-sociales-sis>> (consulté le 11 avril 2017).

⁷²² Art. 14.

⁷²³ BROTTE, J., préc., p. 23.

⁷²⁴ L'article 109 dispose en effet :

« Sont déductibles du total des revenus nets, dans la mesure où elles ne sont à considérer ni comme dépenses d'exploitation ni comme frais d'obtention, les charges et dépenses suivantes, qualifiées de dépenses spéciales :

[...]

3. les libéralités visées à l'article 112 dans la mesure où elles ne dépassent pas vingt pour-cent du total des revenus nets, ni 1 000 000 euros.

Les montants dépassant les limites indiquées à la première phrase peuvent être reportés sur les deux années d'imposition subséquentes dans les mêmes conditions et limites. »

⁷²⁵ De même, l'article 112 dispose :

« 1) Sont à considérer comme dépenses spéciales au sens de l'alinéa 1^{er} numéro 3, de l'article 109 :

[...]

5. les dons en espèces à des sociétés d'impact sociétal dûment agréées, à condition que le capital social de telles sociétés soit constitué à 100 pour cent de parts d'impact.

[...]

3) Un règlement grand-ducal peut fixer un minimum en-dessous duquel les dons ne sont pas à prendre en considération ».

OSBL⁷²⁶.

290. Synthèse. - En conclusion de cette étude sur les structures hybrides en droit continental, nous retiendrons que le législateur luxembourgeois a su tirer les enseignements utiles de la doctrine française et des retours d'expérience espagnols et belges, avec des mesures fiscales plus incitatives en faveur des sociétés commerciales, sociales et solidaires et un champ d'application de l'ESS épuré de tout dogmatisme, fondé sur des critères distinctifs pragmatiques, et ouvert aux investissements à impact social⁷²⁷.

Il faudra toutefois attendre encore quelques années pour pouvoir apprécier l'attractivité de la SIS luxembourgeoise.

II. Les sociétés sociales et solidaires de *Common Law* limitant le lucre

La performance financière des sociétés de l'ESS de *Common Law*. - Comme nous l'avons vu⁷²⁸, dans les systèmes juridiques de *Common Law*, la première expérience législative d'hybridation entre société et association nous vient du Royaume-Uni, et s'est propagée dans certains pays du Commonwealth (1) et aux États-Unis (2). Comme précédemment, nous allons étudier l'impact de leurs normes impératives sur leur performance financière.

1. Dans le Commonwealth, une modalité statutaire très flexible pour les sociétés

291. La *Community Interest Company* britannique. - Plus proche de la société belge à finalité sociale, la CIC⁷²⁹, créée par les *Community Interest Company Regulations* en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005 au Royaume-Uni, permet, à l'entreprise d'assumer pleinement son

⁷²⁶ MEYNET, W., « Société d'impact sociétal : une innovation luxembourgeoise », *JA* n°557/2017, 15 avril 2017, p. 37.

LE GOUVERNEMENT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ADMINISTRATION DES CONTRIBUTIONS DIRECTES, « Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. Texte coordonné au 1er janvier 2017 (version actualisée au 10.02.2017) ». En ligne : <<http://www.impotsdirects.public.lu/content/dam/acd/fr/legislation/LIR/lir-texte-au-01012017.pdf>> (consulté le 15 avril 2017).

⁷²⁷ Cf. *infra* n°411.

⁷²⁸ Cf. *supra* n°180.

⁷²⁹ Cf. *supra* n°180.

COMMUNITY COMPANIES, "Community interest companies". En ligne : <<http://www.communitycompanies.co.uk/community-interest-companies#links>> (consulté le 11 avril 2017).

caractère commercial, de rémunérer ses dirigeants et d'intéresser ses créanciers aux conditions habituelles du marché, tout en affectant prioritairement son résultat excédentaire à son autofinancement *via* la mise en réserves impartageables, sans forcément limiter la libération de dividendes contrairement à ce qu'ont pu affirmer certains auteurs et praticiens français⁷³⁰. Par ailleurs, l'actif de la CIC ne peut être utilisé que pour les besoins de l'activité de *community interest* et ne peut être transmis qu'à une autre CIC ou à une *Charity* (organisation d'intérêt général)⁷³¹. Le but ultime de toutes les parties prenantes est de développer l'activité de "*community interest*" de cette société hybride. Le *community interest* est souvent traduit par « intérêt communautaire », qui est une notion à géométrie variable, en fonction de la cible des bénéficiaires de l'utilité sociale découlant de l'activité de la CIC, validée *a priori* par le *Regulator*⁷³², autorité publique de régulation qui délivre l'agrément « CIC », et qui contrôle annuellement la réalisation du "*community interest*" grâce au rapport annuel d'activité et à un *community interest test*.

292. CIC et lucre. - La CIC est une modalité qui peut s'ajouter à trois formes sociales :

- La CLG⁷³³, qui n'a pas de capital social et qui est initialement financée par des libéralités ; cette forme juridique est donc incompatible avec la distribution de dividendes.
- La *Private Company Limited by Shares*, dont les actions sont nominatives et peuvent comprendre des actions de préférence⁷³⁴ ; les dividendes vont pouvoir être distribués mais à un taux plafonné.
- La *Public Limited Company*, cotée.

293. CIC et aides d'État. - Seules les CIC dans le secteur de l'éducation et du médico-social peuvent bénéficier d'une exemption de TVA.

En outre, les collectivités territoriales peuvent accorder des avantages fiscaux⁷³⁵.

⁷³⁰ MASSET, E., « Vers la société à mission ? », *Rev. sociétés*, n°11, 10 novembre 2018, p. 635-638, §9-10.

⁷³¹ CO-OPERATIVES UK, "Simply legal – legal forms and organisational types for co-operatives and community-owned enterprises", septembre 2017. En ligne : <<https://www.uk.coop/sites/default/files/uploads/attachments/simply-legal-final-september-2017.pdf>> (consulté le 21 décembre 2017).

⁷³² DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, "Chapter 1: introduction", in *Office of the Regulator of Community Interest companies : Information and guidance notes*. Cardiff, Mai 2016, p. 10. En ligne : <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605411/cic-12-1333-community-interest-companies-guidance-chapter-1-introduction.pdf> (consulté le 11 avril 2017).

⁷³³ Cf. *supra* n°179.

⁷³⁴ Cf. *infra* n°439.

⁷³⁵ DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, "Chapter 7: Financing Community Interest companies", in *Office of the Regulator of Community Interest companies : Information and guidance notes*.

294. Les *Community Interest Company* canadiennes. - La *Community Interest Company Act*, adoptée en décembre 2012 en Nouvelle Écosse, est entrée en vigueur le 15 juin 2016. À la différence de son aînée britannique, la CIC canadienne limite le montant des dividendes et doit rendre publics ses documents comptables⁷³⁶, mais ne dispose pas (encore) d'un *Regulator*^{737,738}. Elle ne bénéficie d'aucun avantage fiscal.

La CIC a été reprise sous le nom de "*Community Contribution Company (C3)*" (« compagnie à contribution communautaire ») en Colombie britannique.

Certains États de *Common Law* tels que l'Australie⁷³⁹ ou la Nouvelle Zélande⁷⁴⁰ réfléchissent encore à l'opportunité de transposer la CIC.

2. Aux États-Unis, une modalité statutaire garantissant aux *Limited Liability Company* l'accès aux financements des fondations

295. Les motivations des créateurs de statuts hybrides américains. - Aux États-Unis, une demande d'hybridation législative s'est fait jour, et notamment, d'après Ofer ELDAR, pour :

- accéder aux capitaux ; cette demande procédait essentiellement des institutions de microfinance, des institutions financières de développement du crédit, et des entreprises d'investissement social (sociétés de capital-risque social)
- accroître la productivité, en particulier celle des entreprises de commerce équitable
- multiplier les opportunités d'emploi *via* les entreprises d'insertion professionnelle

Cardiff, Mai 2016, p. 13. En ligne : <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605419/14-1090-community-interest-companies-chapter-7-financing-cics.pdf> (consulté le 11 avril 2017).

⁷³⁶ NOVA SCOTIA CANADA, "Government Introduces New Business Designation", 15 juin 2016. En ligne : <<https://novascotia.ca/news/release/?id=20160615002>> (consulté le 11 avril 2017).

⁷³⁷ BRITISH COLUMBIA, MINISTRY OF FINANCE, "Questions and answers - Community contribution companies". En ligne : <<http://www.fin.gov.bc.ca/prs/ccc/caq.htm>> (consulté le 11 avril 2017).

⁷³⁸ BRAKMAN REISER, D., "Regulating Social Enterprise", 14 *UC Davis Business Law Journal* 231, 2014; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 396. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2501000> (consulté le 13 avril 2017).

⁷³⁹ BAUMFIELD, V. S., "Benefit Corporations and Other Hybrid Corporate Forms: What Are They? Should We Adopt Them in Australia?", in *2014 Corporate Law Teachers Association Conference*, 2014. En ligne : <http://works.bepress.com/victoria_baumfield/7/> (consulté le 11 avril 2017).

⁷⁴⁰ DEPARTMENT OF INTERNAL AFFAIRS, "Community Development Policy", 2016. En ligne : <<https://www.dia.govt.nz/Resource-material-Our-Policy-Advice-Areas-Community-Development-Policy#cv5>> (consulté le 11 avril 2017).

- améliorer le bien-être des consommateurs grâce aux commerces de détail *low-cost* (à bas coûts) et prestataires de services⁷⁴¹.

296. La Low-profit Limited Liability Company. - Créée en 2008 dans l'État du Vermont, la *Low-profit Limited Liability Company* (L3C)⁷⁴² existe maintenant dans neuf autres États fédérés⁷⁴³. Elle est surtout destinée aux OSBL qui souhaitent développer leurs activités commerciales et financières (grâce à des opérations de capitalisation et d'investissements) par filialisation sous forme de L3C, en acceptant toutefois de limiter les dividendes et de constituer des réserves impartageables. Il s'agit donc d'une société à lucrativité limitée.

La L3C est une modalité de statut de *Limited Liability Company* (LLC) : pour être une L3C, la LLC doit remplir les trois conditions suivantes :

1. Être destinée à poursuivre une mission sociale
2. Ne pas avoir pour finalité principale de générer des profits ou de procurer un avantage patrimonial
3. Ne pas avoir d'objet politique ou « législatif » ; autrement dit, elle ne doit pas faire du *lobbying* parlementaire (elle ne doit pas être un groupe de pression).

297. Les ressources financières de la L3C. - La L3C est éligible aux *Program-related investments* ou « PRI » (programmes d'investissement) des fondations américaines (sous forme de prêts, de garanties de prêt ou de prise de participation, par exemple)⁷⁴⁴. Les fondations américaines ont l'obligation de donner annuellement 5% de leurs actifs à des OSBL ou d'investir ces sommes dans des entreprises sociales dans le domaine caritatif ou éducatif afin d'être exonérées d'impôt fédéral sur les sociétés et sur le revenu sur le fondement de l'article 501(c)(3) de l'*Internal Revenue Code*.

Toutefois, elle ne bénéficie elle-même d'aucun avantage fiscal ni d'aucune aide publique, ni au niveau fédéral, ni au niveau local. Elle est soumise à la même fiscalité qu'une LLC classique.

⁷⁴¹ ELДАР, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 31-45.

⁷⁴² LEVILLAIN, K., préc., p. 8.

⁷⁴³ AMERICAN BAR ASSOCIATION, "Non-profit LLCs", 2 mars 2017. En ligne : <http://www.americanbar.org/publications/blt/2017/03/02_brewer.html> (consulté le 12 avril 2017).

⁷⁴⁴ LANE, M., "Social enterprises: a new business form driving social change". En ligne : <<http://www.marcjlane.com/news/2011/12/05/articles/social-enterprises-a-new-business-form-driving-social-change/>> (consulté le 24 mars 2018).

298. Le succès mitigé de la L3C. - Quels enseignements tirer avec dix ans de recul ? Il semble que la propagation de la L3C dans les législations fédérées a été subite, et ne s'est pas poursuivie. Le nombre d'États fédérés offrant des statuts hybrides est stable depuis le début de ce projet de thèse, en octobre 2013.

Cela s'explique principalement par la relative insécurité juridique autour de la notion de PRI, malgré la publication d'une instruction fiscale à l'attention des fondations⁷⁴⁵ et en dépit de l'existence d'une procédure similaire au rescrit fiscal français : les investissements des fondations dans les L3C ne sont pas automatiquement qualifiés de PRI et en cas de refus par l'Administration fiscale de la qualification de PRI, les fondations encourent un redressement fiscal et une lourde amende.

Ofer ELDAR fait également état du scepticisme de beaucoup d'Américains au sujet de l'utilité sociale véritable de la L3C, dû, selon lui, à la distension du lien entre ces sociétés et la communauté qu'elles entendent servir⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ INTERNAL REVENUE SERVICE (IRS), "Examples of Program-Related Investments", *Internal Revenue Bulletin*, n°2016-19, 9 mai 2016, T.D. 9762. En ligne : <https://www.irs.gov/irb/2016-19_IRB> (consulté le 25 mars 2018).

⁷⁴⁶ "Despite lobbying attempts to allow some form of tax subsidy for businesses that incorporate as a legal hybrid entity, no such subsidy has been introduced, mainly because these forms fail to credibly identify a particular organizational structure that performs a valuable function. As a result, they are unlikely to serve as a credible commitment device to subsidy-providers – the government, investors or consumers – that their subsidies will be used effectively." — ELDAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, préc., p. 57.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre II (Première partie)

Cette étude des structures hybrides créées *ad hoc* par le législateur, en France et à l'étranger, dans le champ de l'ESS telle que définie en droit français, est riche d'enseignements et nous fournit beaucoup d'idées de réforme du droit du financement des entreprises de l'ESS, toujours dans l'optique d'accroître leur performance financière.

La filialisation d'une association sous forme de fonds de dotation lui permet de jouir de la « grande capacité » juridique, réservée en principe aux associations et fondations reconnues d'utilité publique. Elle peut donc ainsi recevoir donations et legs, et accéder à la propriété d'immeubles de rapport, sans avoir à remplir tous les critères de la reconnaissance d'utilité publique pour une association (et en particulier le critère du rayonnement dans le temps et dans l'espace, imposant en pratique plus de 200 membres, si possible cotisants) ou pour une fondation (c'est-à-dire constituer une dotation irrévocable d'au moins 1,5 million d'euros). Elle peut aussi capitaliser les intérêts générés par les dotations du fonds au moyen des nombreux supports énumérés à l'article R. 931-10-21 du Code de la sécurité sociale. Le fonds de dotation améliore donc sensiblement la performance financière de l'association-mère à qui il redistribue les revenus de la capitalisation de ses dotations.

Sans toutefois porter atteinte à l'indépendance financière des fonds de dotation vis-à-vis des personnes publiques, il nous semble souhaitable que le législateur les autorise à répondre à des commandes publiques.

Il faudrait aussi permettre aux fonds de dotation d'acquérir des titres associatifs.

L'étude sur les hybridations existantes *ad hoc* nous aura permis de compléter l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014⁷⁴⁷ en incluant, dans la catégorie des entreprises de l'ESS *per se*, les EURL sportives ainsi que les SA à objet sportif non cotées dont les actions n'ont pas fait l'objet d'un appel au public en raison de leur non-lucrativité.

Selon nous, l'interdiction faite à l'EURL et à la SA sportives non lucratives, posée à l'article L. 122-11 du Code du sport, de recevoir des aides de la part des collectivités territoriales devrait

⁷⁴⁷ Cf. annexe unique.

être supprimée. De même, ces sociétés non lucratives ne devraient plus être systématiquement assujetties aux impôts commerciaux (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10, §10 du 5 avril 2017) mais devraient pouvoir bénéficier d'une exonération si elles remplissent tous les critères d'une OSBL au sens fiscal.

Ailleurs, en Espagne, en Belgique, l'octroi d'aides d'État (emplois aidés, subventions, réduction des charges sociales, diminution des impôts...) aux structures hybrides est corrélé à la limitation du lucre. Au Luxembourg, en cas de non-lucrativité, la SIS est même exonérée des impôts commerciaux, bien qu'elle soit autorisée à déduire la TVA, et ses donateurs bénéficient d'avantages fiscaux. Il nous paraît nécessaire d'adopter en France la même position vis-à-vis des sociétés commerciales, sociales et solidaires.

En conclusion de ce chapitre dédié aux normes impératives au sein des structures hybrides, nous retiendrons que la SIS luxembourgeoise est la forme la plus aboutie de société à double finalité (lucrative et sociale) : d'une part, son approche pragmatique en matière d'évaluation de l'utilité sociale va dans le sens d'une gouvernance démocratique et d'une efficience sociétale ; d'autre part, en fonction de la composition de son capital social, elle permet soit d'attirer les investissements à impact social en offrant des parts à rendement, soit d'attirer les dons par des incitations fiscales si son capital est composé à 100 % de parts à impact.

Reste cependant à préciser les modalités de l'évaluation de l'impact sociétal de la SIS. Le silence du Gouvernement luxembourgeois sur ce point fait craindre qu'il soit aussi difficile d'établir des indicateurs standards d'impact sociétal pour l'ESS que pour la labellisation de la RSE et des entreprises à mission. Finalement, l'approche britannique dans le cadre de la CIC, qui consiste à désigner une autorité nationale de régulation, impartiale et indépendante, garantissant un niveau satisfaisant de plus-value sociétale, semble plus viable et plus fiable.

Conclusion du Titre II de la Première partie

Ce Titre II consacré aux structures hybrides a permis de mettre en évidence la nécessité de d'élargir le périmètre de l'ESS et de rationaliser les conditions d'octroi des aides publiques réservées à l'ESS.

Il convient de réviser l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 à deux endroits pour aller plus loin dans la démarche inclusive du législateur : d'une part, il faut intégrer dans l'ESS les groupements civils d'utilité sociale, l'EURL sportive ainsi que la SA à objet sportif non cotée dont les actions n'ont pas fait l'objet d'un appel au public et, d'autre part, il faut prévoir une exception au critère de lucrativité limitée pour les sociétés dont les associés se trouvent dans une situation de fragilité prévue à l'article 2, 1^o de la loi (« fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social »).

Lorsqu'une société est complètement non lucrative, ce qui est le cas pour l'EURL sportive ainsi que la SA à objet sportif non cotée dont les actions n'ont pas fait l'objet d'un appel au public, elle devient assimilable à une OSBL et doit être traitée fiscalement comme telle, à l'instar de la SIS au Luxembourg. Ainsi, dès lors qu'elle remplit les conditions fiscales de la non-lucrativité, la société doit bénéficier d'une exonération des impôts commerciaux, tout en étant autorisée à déduire la TVA — comme nous l'avons d'ailleurs déjà suggéré pour les OSBL⁷⁴⁸ — et elle doit également bénéficier de libéralités défiscalisables et du bénévolat.

Toute entreprise de l'ESS, qu'elle soit une OSBL ou une société, devrait être tenue de définir ses objectifs d'impact sociétal avec ses parties prenantes, et le contrôle méthodologique de l'évaluation de cet impact sociétal – et non l'évaluation elle-même – devrait être confié à une autorité administrative indépendante nationale de régulation. Le résultat de cet examen devrait déterminer l'accès aux subventions ainsi que le droit de verser des dividendes aux actionnaires, comme pour la SIS luxembourgeoise. Un tel encadrement de l'évaluation aurait l'avantage de soumettre l'entreprise de l'ESS à une seule évaluation de son impact sociétal, tandis que la tendance actuelle est à la démultiplication des audits en autant de bailleurs de fonds, en

⁷⁴⁸ Cf. *supra*, conclusion partielle, p. 88.

particulier pour les organisations non gouvernementales (ONG)⁷⁴⁹.

⁷⁴⁹ Ainsi a-t-on pu lire qu'en 2015, l'ONG Handicap international a été soumise à pas moins de 136 audits. — HATCHUEL, A., « ONG : il faut “des contrôles qui maintiennent la confiance des donateurs, sans pour autant brider leur action” », *Le Monde*, 22 juin 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/22/ong-il-faut-des-contrôles-qui-maintiennent-la-confiance-des-donateurs-sans-pour-autant-brider-leur-action_5319739_3232.html> (consulté le 9 juillet 2018).

Conclusion de la Première partie

L'étude des normes impératives régissant les structures hybrides, et en particulier les sociétés hybrides, nous a contraint à clarifier d'abord les conditions selon lesquelles elles pouvaient être incluses dans l'ESS au regard de l'article 1832 du Code civil dans sa rédaction actuelle, pour pouvoir ensuite discuter de l'impact de ces normes impératives sur la performance financière des structures hybrides, et enfin repenser les conditions d'accès de toute entreprise de l'ESS aux aides d'État.

Qu'il s'agisse des personnes morales appartenant statutairement à l'ESS ou des structures hybrides que nous avons décidé d'inclure dans l'ESS, l'existence de normes impératives restreignant la capacité économique et financière ne suffit pas à affirmer que les entreprises de l'ESS ne sont pas performantes sur le plan financier, dès lors que ces contraintes sont contrebalancées par un ensemble d'avantages propres à chaque type de groupement et à sa finalité, lucrative, non lucrative ou à lucrativité limitée. Le statut choisi détermine en effet l'accès aux ressources financières : investissement dans le capital social ou *via* d'autres fonds propres ou quasi-fonds propres, offre publique de titres financiers ou appel public à la générosité, dons, subventions, mécénat de compétences, résultat d'exploitation commerciale, prêts – ce que nous allons étudier en détail dans la seconde partie de cette thèse.

Seconde partie. L'effet du choix de la forme juridique sur la captation et la capitalisation des ressources financières

Le but lucratif ou non lucratif procède de différences philosophiques qui se traduisent par des différences organiques voire « physiologiques », elles-mêmes entraînant des différences socioculturelles et psychologiques. Toutes ces caractéristiques produisent des effets, *in fine*, la performance financière.

Différences philosophiques entre les sociétés et les OSBL. - En transposant la thèse du philosophe Marcel HÉNAFF⁷⁵⁰ au droit des sociétés et des groupements, on pourrait affirmer que la lucrativité inscrit l'associé dans une logique d'apport utilitaire, dans une démarche intéressée, dans un échange marchand « donnant-donnant ». À l'inverse, le membre, le donateur ou le bénévole d'une OSBL se situe (en amont ou en aval) dans un circuit de don et de contredon, dans lequel le contredon, différé dans le temps, comporte une plus-value. Sans nier la recherche de reconnaissance ou de l'enjeu réputationnel (déjà évoqué⁷⁵¹) qui motive le donateur, on peut donc soutenir que la non-lucrativité, c'est finalement donner ou rendre plus que ce que l'on a reçu.

Différences organiques entre les sociétés et les OSBL. - Cette différence philosophique explique que toute partie prenante interne de la société attende une rétribution à sa contribution, dans un temps court. Ainsi les associés n'acceptent-ils de supporter le risque de l'entrepreneuriat, par leur apport, créance de dernier rang, que dans l'espoir d'un gain pécuniaire : le dividende. C'est pourquoi, dans la physionomie des personnes morales, il n'y a de capital social que là où l'on peut espérer des dividendes (ce qui explique d'ailleurs peut-être que dans une mutuelle, puisque le sociétaire escompte une économie via les ristournes, et non des dividendes, on ne trouve pas de capital social⁷⁵²).

Différences socioculturelles de perception des sociétés et des OSBL. - Quant à l'OSBL, elle réalise son contredon ou réinjecte la plus-value des contredons qu'elle reçoit dans la réalisation

⁷⁵⁰HÉNAFF, M., *Le Prix de la vérité : le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Seuil, coll. Couleur idées, 2002.

⁷⁵¹ Cf. *supra* n°79.

⁷⁵² Cf. *supra* n°138.

d'une activité d'utilité sociale. Cela en devient sa fonction sociale, son identité et le fondement de sa culture. On la reconnaît socialement et on la gratifie de formes de reconnaissance (aides d'État, dons) pour cela. Dans l'inconscient collectif, elle en a l'exclusivité dans la sphère privée, au détriment de la société.

Différences psychologiques de perception des sociétés et des OSBL. - Nous avons vu en introduction de cette thèse que l'OSBL n'occupe la fonction d'entreprise qu'incidemment, pour compenser le déclin de la reconnaissance pécuniaire de ses dons ou contredons⁷⁵³. Dans la psychologie sociale – y compris pour les OSBL elles-mêmes, l'activité entrepreneuriale des OSBL ne serait donc qu'une perversion. La réalisation de produits d'exploitation et de produits financiers est considérée comme illégitime et l'assujettissement au droit⁷⁵⁴ et aux impôts commerciaux se vit comme une sanction.

Impact de ces différences sur la performance financière. Plan. - Nous verrons qu'il en résulte que, bien plus que le statut juridique en lui-même, la finalité — non lucrative (Titre I^{er}) ou lucrative (Titre II) — conditionne très largement l'accès aux ressources financières pour les entreprises sociales et solidaires.

⁷⁵³ Cf. *supra* n°3.

⁷⁵⁴ Cf. *supra* n°76.

Titre I^{er}. Les ressources financières des entités non lucratives

299. La gêne de l'association au milieu des autres entreprises françaises et ses conséquences sur sa performance financière. Plan. - En 2012⁷⁵⁵ comme en 2017⁷⁵⁶, en période de campagne présidentielle ou en début de législature, la fiscalité a cristallisé les doléances du monde associatif, comme si les aides d'État et les libéralités consenties aux OSBL, incluant désormais pour nous les fonds de dotation, constituaient leurs seules ressources financières (Chapitre 1) et que les OSBL ne se sentaient pas encore pleinement légitimes en tant qu'entreprises pouvant dégager des marges et être rentables. Cette croyance, largement entretenue par les pouvoirs publics⁷⁵⁷, est limitante à deux niveaux : d'une part, elle obère la capacité d'autofinancement des OSBL, et, d'autre part, elle inhibe leur capacité d'endettement (Chapitre 2), à tel point qu'ESS France (ex-Chambre française de l'ESS) a dû prier les fédérations et réseaux de l'ESS de « *développer une culture des fonds propres et de l'endettement parmi les dirigeants de l'ESS* », en particulier les dirigeants d'associations⁷⁵⁸.

300. La circonspection des sociétés non lucratives face à l'Administration fiscale. - Nous observons là une symétrie entre, d'un côté, le comportement des sociétés commerciales, sociales et solidaires françaises qui ne conçoivent pas de demander à bénéficier des avantages fiscaux réservés aux OSBL, quand bien même elles s'interdiraient de verser des dividendes⁷⁵⁹, et, à l'opposé, les OSBL ayant une activité économique excédentaire, sans stratégie de

⁷⁵⁵ MARLAND-MILITELLO, M., *Livre blanc parlementaire. Libérer les générosités associatives*, juin 2012. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/livre-blanc-parlementaire-juin-2012.pdf>> (consulté le 18 avril 2017).

⁷⁵⁶ BUCHSER, J., « 2017 : le monde associatif attend des mesures efficaces pour lui permettre de remplir ses missions d'intérêt général », 7 avril 2017. En ligne : <<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2017/04/2017-monde-associatif-attend-mesures-efficaces-permettre-mieux-remplir-ses-missions-dinteret-general/>> (consulté le 19 avril 2017).

⁷⁵⁷ Cf. *supra* n°2.

⁷⁵⁸ Cf. proposition n°59 de son rapport sur le financement de l'ESS : « *Diffuser auprès de leurs membres une culture sur la nature et l'utilité des fonds propres et sur le bon endettement, en distinguant nettement ces deux leviers de financement et leurs conditions de rémunération* ». — ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, Paris, 16 mars 2017, p. 128-130. En ligne : <http://www.ess-france.org/sites/ess-france.org/files/ESS-FRANCE_rapport_financement.pdf> (consulté le 19 avril 2017).

⁷⁵⁹ HCVA, *Rapport du HCVA : les associations et l'entrepreneuriat social. Adopté en séance plénière le 28 mars 2017*, préc., p. 43.

Le Conseil d'État considère que l'Administration fiscale ne doit pas sanctionner pour acte anormal de gestion la société non lucrative et qui ne réalise pas de profits taxables dès lors que cette non-lucrativité procède de la volonté des associés qui sont les bénéficiaires de l'activité de la société. — LANDMANN, S., « Une société n'est pas génétiquement lucrative ». Comm. CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sect. réun., 25 nov. 2009, n°307227, « Min. c/ Compagnie Rhénane de Raffinage », *Les Nouvelles Fiscales*, n° 1047, 1^{er} juin 2010.

développement du haut de bilan. La force de la SIS luxembourgeoise est justement d'avoir su dépasser ces clivages dogmatiques qui, en France, se sont érigés en principe.

301. La théorie des spécificités méritoires pour justifier les avantages financiers octroyés aux OSBL. Plan. - Pourquoi les OSBL devraient-elles être les seules personnes morales de droit privé à pouvoir légitimement bénéficier d'aides d'État (Section 1) et de libéralités privées (Section 2) ? Pour reprendre la problématique posée par François BLOCH-LAINÉ, Haut fonctionnaire français, en amont du concept de « spécificités méritoires » : « *Qu'est-ce qui fait que ces associations ont effectivement une fonction originale et nécessaire dans la société ? De quelles différences manifestes avec les autres sortes d'intervenants faut-il leur savoir gré en leur faisant bénéficier de dispositions particulières ?* »⁷⁶⁰

Il est intéressant de s'arrêter un instant sur les deux mises en garde immédiatement énoncées à la suite de cette problématique contre toute tentation de réserver les libéralités à un statut juridique :

- « *Il n'y a guère de particularités qui justifient une sorte d'exclusivité pour les associations de service social. Tout au plus la mobilisation des générosités leur appartient-elle, presque à elles seules, les administrations et les entreprises étant mal placées pour faire la quête ou employer des bénévoles [...].*
- *L'argumentation est assez peu liée au statut juridique* »⁷⁶¹.

Les trois qualités propres aux associations, appelées « spécificités méritoires », et qui justifient qu'on leur accorde des libéralités sont d'un autre ordre, plus socioéconomique que juridique.

302. Les trois spécificités méritoires. - La première est leur « fonction d'avant-garde » : on leur reconnaît un rôle primordial dans l'innovation sociale, trop délicate à justifier politiquement pour les personnes publiques, et trop peu rentable pour les sociétés classiques⁷⁶².

⁷⁶⁰ BLOCH-LAINE, F., « Les spécificités méritoires des associations de service social », préc, p. 91.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² « *Le financement de l'innovation sociale, très risqué, à terme plus long que le financement de l'innovation technologique et de rendement moindre, reste également difficile pour les petites et moyennes entreprises (PME), en particulier faute de dispositif finançant l'ingénierie de projet* » — ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, préc., p. 8.

La deuxième est la « fonction d'accompagnement » *via* des interventions personalistes : tandis que les politiques publiques ne peuvent intervenir que sur des catégories de population, les associations vont, elles, faire de la personne humaine une priorité absolue et créer du lien social et des liens interpersonnels, aussi bien au sein du personnel salarié et bénévole qu'entre l'association et ses bénéficiaires, dans un contexte de délitement des liens familiaux, ruraux, religieux.

La troisième est « le moindre coût pour la collectivité » : dès lors que l'association vit de générosités (dons de temps et d'argent), son action est, de fait, moins coûteuse qu'une intervention directe des pouvoirs publics, même dans l'hypothèse où ces libéralités ouvrent droit à des avantages fiscaux en faveur des donateurs et des OSBL donataires.

Section 1. La justification et le contrôle des aides d'État octroyées aux OSBL

303. Le contrôle de conventionalité et de bonne gestion des aides d'État conditionnant la licéité et la pérennité de ces ressources financières. Plan. - Cette théorie des spécificités méritoires est à mettre en regard avec les légitimations des aides d'État en droit communautaire de la concurrence sur le fondement du TFUE, applicable à toutes les entreprises sur le territoire de l'Union européenne, lucratives ou non, et quelle que soit leur forme juridique (I). Ces avantages les obligent à se soumettre à des contrôles publics accrus de leur gestion financière (II).

304. La définition de l'entreprise en droit communautaire, sujet soumis au contrôle de conventionalité des aides d'État. - Au préalable, il faut rappeler que certaines entreprises de l'ESS échappent à l'application du droit communautaire de la concurrence. En effet, comme nous l'avons déjà dit, en droit communautaire de la concurrence⁷⁶³, ne peuvent être qualifiées d'« entreprises » (et donc se voir appliquer le droit de la concurrence) les organisations qui, d'une part, offrent des prestations sociales selon une logique de solidarité (la prestation est

⁷⁶³ CJCE, 17 février 1993, « Christian Poucet *c/* Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon », aff. C-159 et 160/91.

CJCE, 16 novembre 1995, « Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs *c/* Ministère de l'Agriculture et de la Pêche », aff. C-244/94.

CJCE, 26 mars 1996, « José García e.a. *c/* Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine e.a. », aff. C-238/94.

CJCE, 5 mars 2009, « Kattner », préc., points 33 à 68.

fournie dès que le risque social se produit effectivement, peu importe le montant des cotisations versées par le bénéficiaire, au contraire de la logique d'assurance) et, d'autre part, qui sont contrôlées par l'État (eu égard, non pas à la composition de leur capital social ou de leurs instances de direction comme en droit des sociétés et des groupements, mais aux modalités de calcul du montant des cotisations et à la liste exhaustive des prestations servies).

305. La distinction entre commande publique et aide d'État, objet du contrôle de conventionalité. - Il faut également distinguer commandes publiques et aides d'État.

306. Définition légale de la commande publique. - Par application de l'article 38, alinéa 1^{er} de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II », la commande publique est une notion générique assez vaste, qui comprend les marchés publics c'est-à-dire, aux termes de l'article 4 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics⁷⁶⁴, les contrats conclus pour satisfaire les besoins de la collectivité représentée par la personne publique pollicitante, et les contrats de concession, c'est-à-dire, au sens de l'article 4 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession⁷⁶⁵, les contrats par lesquels la personne publique confie à une personne privée la gestion d'un service public. Par conséquent, la commande publique est la contrepartie économique d'un prix, lequel ne saurait donc s'analyser comme une libéralité.

307. Le droit de préférence des entreprises de l'ESS dans l'attribution des marchés publics. – L'article 37 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée prévoit que certains marchés publics relatifs aux services de santé, sociaux ou culturels peuvent être réservés pour une durée maximale de trois ans aux entreprises de l'ESS ayant pour objectif d'assumer une mission de service public (sauf les fonds de dotation qui n'ont pas le droit de recevoir de fonds publics⁷⁶⁶). L'attribution d'un marché public réservé exclut toute autre attribution de ce type pendant trois ans.

⁷⁶⁴ Cette ordonnance (transposant la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, dite « directive "secteurs classiques" », et la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite directive « secteurs spéciaux ») a été ratifiée par la loi du 9 décembre 2016.

⁷⁶⁵ Cette ordonnance transposant la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions, a, elle aussi, été ratifiée par la loi du 9 décembre 2016.

⁷⁶⁶ Cf. *supra* n°254.

308. Définition juridique de l'aide d'État offerte par le droit mou et la jurisprudence. -

La communication n°2016/C 262/01 de la Commission européenne du 19 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1 du TFUE vient préciser la définition offerte par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans l'arrêt de principe « Altmark »⁷⁶⁷ et nous permet de dégager les quatre critères cumulatifs suivants :

1. L'aide consiste en un avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas pu obtenir dans les conditions normales du marché.
2. Cet avantage est accordé de manière sélective à une entreprise, à certaines entreprises, à des catégories d'entreprises ou à certains secteurs économiques.
3. L'aide est octroyée par l'« État » pris au sens large (c'est-à-dire y inclus l'ensemble des personnes publiques, dont les collectivités territoriales) et au moyen de ressources d'« État », directement ou indirectement.
4. Elle fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions et, par conséquent, affecte les échanges entre États membres.

309. Les principales aides d'État dans l'ESS. - Les avantages fiscaux⁷⁶⁸ (comme le droit de recevoir des dons manuels, donations et legs sans verser de droits de mutation, ou encore les incitations fiscales aux libéralités), les allègements de charges sociales⁷⁶⁹, les subventions, les fonds tels que le fonds de cohésion sociale⁷⁷⁰, les fonds structurels européens (destinés à réduire les inégalités de développement sur le territoire de l'Union européenne), et en particulier le Fonds européen de développement économique régional (FEDER) et le Fonds social européen (FSE), les contrats uniques d'insertion (CUI) remplacés par le parcours emploi compétences à compter du 1^{er} janvier 2018, les emplois d'avenir supprimés à compter du 1^{er}

⁷⁶⁷ CJCE, 24 juillet 2003, « Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH », C-280/00, point 85 : « Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence ».

⁷⁶⁸ Exonération des droits de mutation à titre gratuit (CGI, art.795), exonération de TVA (cf. *supra* n°92).

⁷⁶⁹ Abattement de 4 % sur la taxe sur les salaires (CGI, art. 231 A et BOFiP-Impôts, BOI-TPS-TS-35 du 4 mai 2017), supprimé à compter du 1^{er} janvier 2019 (L. n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, art. 87).

Exonération du « versement transport » (CGCT, art. L. 2333-64, L. 2531-2 et D. 2333-85).

⁷⁷⁰ Créé par l'article 80-III de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, le fonds de cohésion sociale est voué au crédit professionnel solidaire et au microcrédit personnel.

janvier 2018, le bénévolat, le travail d'intérêt général, le travail en milieu carcéral, le service civique des jeunes et le volontariat associatif des autres, la mise à disposition gratuite de locaux⁷⁷¹, etc., accordés aux entreprises de l'ESS et en particulier aux OSBL (sauf les fonds de dotation⁷⁷²) peuvent donc être qualifiés d'aides d'État.

310. Les autorités de l'exécutif compétentes pour décider de l'octroi d'aides d'État en France. - La loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (« loi NOTRe ») a supprimé la clause générale de compétence des départements et des régions⁷⁷³ dans le but de clarifier la répartition des compétences entre les différentes collectivités territoriales françaises. Deux instructions du Gouvernement du 22 décembre 2015⁷⁷⁴ présentent la nouvelle distribution territoriale des domaines d'intervention économique et permettent d'identifier l'autorité compétente pour décider de l'octroi d'aides. Très fine et trop éloignée de notre propos, cette répartition de compétences ne sera pas présentée dans cette thèse.

- I. Les aides d'État licites sont-elles toujours la contrepartie des « spécificités méritoires » ?

311. La légitimation des aides d'État en droit communautaire de la concurrence. - Pour être légales, les aides d'État doivent être « compatibles avec le marché intérieur » par application des paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE, qui disposent :

« 2. Sont compatibles avec le marché intérieur :

- a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
- b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,

⁷⁷¹ CGPPP, art. L. 2125-1, 4°.

⁷⁷² Cf. *supra* n°254.

⁷⁷³ CGCT, art. L.3211-1 et L4221-1.

⁷⁷⁴ Instruction du Gouvernement du 22/12/2015 NOR RDFB1520836N relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales.

Instruction du Gouvernement du 22/12/2015 NOR INTB1531125J relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi NOTRe.

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur :

a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349⁷⁷⁵, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,

b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,

c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission ».

312. Les deux niveaux de légitimation des aides d'État. - Ainsi, le paragraphe 2 énumère de manière limitative les aides autorisées sans notification préalable à la Commission européenne, tandis que le paragraphe 3 esquisse les lignes directrices des autres aides d'État, soumises, elles, à un contrôle *a priori*. Le défaut de notification préalable rend les aides illégales.

313. Les dispenses de notification préalable auprès de la Commission européenne. - Toutefois, le règlement (UE) n°1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* prévoit que les aides

⁷⁷⁵ La Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique, la Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, les Açores, Madère et les îles Canaries.

inférieures à 200 000 euros sur trois ans sont exemptées de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne.

Au-delà de ce seuil, une aide d'État peut encore être dispensée de notification préalable si elle entre dans le champ d'application du règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du TFUE (dit « règlement général d'exemption par catégorie »). Les catégories d'aides couvertes sont les suivantes :

- a) les aides à finalité régionale
- b) les aides en faveur des PME prenant la forme d'aides à l'investissement, d'aides au fonctionnement ou d'aides en faveur de l'accès des PME au financement
- c) les aides à la protection de l'environnement
- d) les aides à la recherche, au développement et à l'innovation
- e) les aides à la formation
- f) les aides à l'embauche et à l'emploi de travailleurs défavorisés et de travailleurs handicapés
- g) les aides destinées à remédier aux dommages causés par certaines calamités naturelles
- h) les aides sociales au transport en faveur des habitants de régions périphériques
- i) les aides en faveur des infrastructures à haut débit
- j) les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine
- k) les aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles
- l) les aides en faveur des infrastructures locales.

En définitive, les aides publiques accordées aux entreprises de l'ESS (hormis les fonds de dotation qui n'ont pas le droit de recevoir de fonds publics⁷⁷⁶) vont pouvoir être légitimées dans de nombreux cas.

314. Le traitement juridictionnel des aides d'État non conformes à l'article 107 du TFUE. - Conformément au point 26 de la communication de la Commission n°2009/C 85/01 du 9 avril 2009 relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, lorsque l'aide d'État est illégale, il appartient aux juridictions nationales :

- a) d'empêcher le versement de l'aide illégale

⁷⁷⁶ Cf. *supra* n°254.

- b) de récupérer l'aide illégale (qu'elle soit compatible ou non)
- c) d'ordonner le versement d'intérêts au titre de la période d'illégalité
- d) d'accorder des dommages et intérêts aux entreprises concurrentes et aux autres tiers
- e) d'ordonner des mesures provisoires contre l'aide illégale.

L'utilité sociale comme motif légitime de pérennisation des aides d'État pour l'ESS. Plan.-

Les OSBL, et en particulier les associations, peuvent se prévaloir d'une utilité sociale du fait de leurs fonctions d'avant-garde et d'accompagnement mises en évidence par François BLOCH-LAINÉ dans sa théorie des spécificités méritoires. Au nom de cette utilité sociale, nous plaidons en faveur d'une légitimation d'office des aides d'État destinées aux entreprises de l'ESS dans leur ensemble, qu'elles soient lucratives ou non, dans le TFUE même (1) et en faveur de la requalification des subventions en compensation de service d'intérêt général (2).

1. Les aides d'État présentant un lien direct avec la poursuite de l'utilité sociale : pour une révision de l'article 107, paragraphe 2 du TFUE en faveur de l'ESS

315. Les aides d'État consacrées à l'ESS dans le droit positif actuellement en vigueur. -

Parce qu'elles ont une utilité sociale au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014⁷⁷⁷, les entreprises de l'ESS (sauf les fonds de dotation) vont pouvoir bénéficier d'aides d'État remplissant les conditions du paragraphe 2 ou 3, ou du règlement général d'exemption par catégorie.

316. Plaidoyer en faveur d'une légitimation *per se* des aides d'État destinées à l'ESS. -

C'est donc l'utilité sociale qui va automatiquement légitimer les aides d'État en faveur de l'ESS. Dans un souci de clarté et de simplification du droit, il aurait alors été souhaitable d'accorder une autorisation d'office en faveur des entreprises de l'ESS au sein du paragraphe 2 de l'article 107, c'est-à-dire en faveur des entreprises qui remplissent les critères posés à

⁷⁷⁷ Cf. annexe unique.

l'article 2.2 du règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017⁷⁷⁸, et aussi dans la future norme de droit dérivé en cours d'élaboration relative au label européen d'économie sociale⁷⁷⁹.

Une autorisation expresse des aides d'État pour l'ESS serait également en phase avec les objectifs de l'Union européenne énoncés à l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE), dont le paragraphe 3 dispose :

« 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ».

Cela serait aussi cohérent avec la communication de la Commission européenne elle-même, du 25 octobre 2011, intitulée « Initiative pour l'entrepreneuriat social. Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », et en particulier avec les points 3 et 4 de son plan d'action tendant à la mobilisation de fonds européens en faveur de l'ESS :

« Action clé n°3.

• *Dans le cadre du Programme de l'Union européenne pour le Changement Social et de l'Innovation sociale, la Commission a proposé la mise en place d'un instrument financier européen de 90 millions d'euros visant à faciliter l'accès au financement pour*

⁷⁷⁸ Cf. *supra* n°9.

⁷⁷⁹ Résolution n°P8_TA-PROV(2018)0317 du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire.

les entreprises sociales pour leur démarrage, leur développement et leur expansion, grâce à des investissements dans des fonds d'investissement solidaire, qui mettent à disposition des instruments de capitaux propres et de financement par endettement.

Action clé n°4.

• La Commission a proposé l'introduction explicite d'une priorité d'investissement "entreprises sociales" dans les règlements FEDER et FSE à partir de 2014, afin de fournir une base juridique claire et permettre aux États membres et aux régions d'inclure des actions ciblées dans leurs programmes du FSE et du FEDER 2014-2020 ».

Enfin, une telle réforme du TFUE irait également dans le sens du point 33 de la résolution n°2014/2236 du Parlement européen du 10 septembre 2015 sur l'entrepreneuriat social et l'innovation sociale dans la lutte contre le chômage, par lequel le Parlement européen :

- *« souligne que les règles en matière d'aides d'État ne devraient pas faire obstacle au financement public des entreprises de l'économie sociale et solidaires et des services sociaux ;*
- *invite en ce sens la Commission à faire preuve de flexibilité dans l'application des règles relatives aux aides d'État en faveur de ces entreprises et services, ainsi qu'à aider les autorités locales et régionales à mieux comprendre et à mettre correctement en place les aides d'État destinées à cet effet ».*

Le Groupe d'experts de la Commission européenne sur l'entrepreneuriat social (GECES) fait également remarquer que les aides d'État peuvent avoir un effet de levier dans le cas d'un co-investissement à impact social mobilisant des investisseurs publics et privés, et avec 20 % des montants investis non remboursables⁷⁸⁰.

2. Les règles de conventionalité des compensations pour obligation de service public, argument juridique de pérennisation des subventions

317. Les compensations pour obligation de service public, prix d'une commande publique. - Après avoir traité des aides d'État accordées aux entreprises de l'ESS et en

⁷⁸⁰ COMMISSION EXPERT GROUP ON SOCIAL ENTREPRENEURSHIP (GECES), *Social enterprises and the social economy going forward. A call for action from the Commission Expert Group on Social Entrepreneurship*, 31 octobre 2016, p. 62. En ligne : http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=9024 (consulté le 22 avril 2017).

particulier aux associations au titre de leur utilité sociale, il nous faut maintenant aborder le cas des aides d'État à caractère compensatoire. En effet, la Direction générale « Concurrence » de la Commission européenne s'est surtout intéressée à l'ESS sous l'angle des « services d'intérêt économique général » (SIEG)⁷⁸¹, dont les services sociaux d'intérêt général (SSIG), englobant la sécurité sociale, l'emploi et les services de formation, les logements sociaux, la garde d'enfants, les soins de longue durée et les services d'assistance sociale⁷⁸², sont une sous-catégorie lorsqu'ils poursuivent une activité économique et peuvent être qualifiés d'entreprises⁷⁸³.

Les SIEG ne sont pas visés directement par l'article 107 du TFUE mais sont définis par l'article 106 paragraphe 2 du TFUE, qui dispose :

« 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

Par le versement de la compensation pour obligation de service public, il s'agit pour l'État de défrayer les coûts de gestion et d'exploitation d'un service public par une personne privée enjointe par « mandatement » de la puissance publique d'assurer un service public, avec toutes les obligations qui en découlent. « *Le service ne serait pas assuré spontanément par le prestataire s'il ne considérait que son intérêt commercial. Ainsi, ce mandatement va s'accompagner de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs (une exclusivité de prestation par exemple) et de compensations financières* »⁷⁸⁴. Ainsi, en principe, la compensation pour obligation de service public n'est pas constitutive d'une aide susceptible de fausser la concurrence, mais doit être regardée comme le prix d'une commande publique, et plus précisément d'une concession.

⁷⁸¹ IDOT, L., « Entreprise sociale et concurrence », *Concurrences*, n°1/2013, p.10, § 69-70.

⁷⁸² COMMISSION EUROPEENNE, « Services sociaux d'intérêt général ». En ligne : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=794&langId=fr> (consulté le 9 octobre 2017).

⁷⁸³ Cf. *supra* n°25.

⁷⁸⁴ TASCA, C., *Les services d'intérêt général après le traité de Lisbonne*, Rapport d'information n°376 (2007-2008) fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 4 juin 2008. En ligne : https://www.senat.fr/rap/r07-376/r07-376_mono.html#toc69 (consulté le 4 avril 2018).

Les quatre textes relatifs au SIEG et adoptés par la Commission européenne entre décembre 2011 et avril 2012 (trois de droit mou, un de droit dérivé) forment ce que l'on appelle le « Paquet Almunia » :

1. la décision de la Commission européenne n°2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2 du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général
2. la communication de la Commission européenne n°2012/C 8/02 du 11 janvier 2012 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général
3. la communication de la Commission européenne n°2012/C 8/03 du 11 janvier 2012 « Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public »
4. le règlement n°360-2012 de la Commission européenne du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.

Ce dispositif, qui prend fin au 31 décembre 2018, a été évalué en 2017⁷⁸⁵.

318. Compensations pour obligation de service public et aides d'État. - L'arrêt « Altmark », qui offre une première définition des aides d'État, pose également quatre conditions cumulatives pour que la compensation pour obligation de service public échappe à la qualification d'aide d'État⁷⁸⁶. Ces quatre conditions sont détaillées dans la communication de la Commission européenne n°2012/C 8/02 précitée. Ces quatre critères cumulatifs sont :

1. l'existence d'un SIEG, dont la mission est définie par l'État
2. l'existence d'un mandat confiant ce SIEG à une ou plusieurs entreprises.
3. l'absence de surcompensation,
4. la sélection de l'entreprise, qui doit « soit résulter d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, soit être établie en prenant comme référence une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires ».

⁷⁸⁵ Règlement (UE) n°360/2012, art. 5.

⁷⁸⁶ CJCE, 24 juillet 2003, « Altmark Trans », préc., points 87 à 93.

Les compensations ne remplissant pas ces critères peuvent encore être déclarées compatibles avec l'article 107 du TFUE sur le fondement du règlement (UE) n°360-2012 précité. Ce texte prévoit un seuil plus élevé que le règlement (CE) n°1998/2006 : en-dessous de 500 000 euros (au lieu de 200 000 pour les autres aides), les compensations pour SIEG n'ont pas à être notifiées au préalable à la Commission européenne.

De plus, la décision de la Commission européenne n°2012/21/UE précitée dresse une liste d'exemptions par catégorie :

- a) dans la limite du montant annuel de 15 millions d'euros dans des domaines autres que le transport et les infrastructures de transport ;
- b) pour les hôpitaux ;
- c) pour les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables ;
- d) pour des liaisons aériennes ou maritimes avec les îles, dont le trafic annuel moyen au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général n'a pas dépassé 300 000 passagers ;
- e) pour les aéroports et les ports dont le trafic annuel moyen au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général n'a pas dépassé 200 000 passagers pour les aéroports et 300 000 passagers pour les ports.

319. Les formes de mandatement. – Il convient de détailler la deuxième condition. Le mandatement est en principe un « *acte [positif] officiel, préalable, injonctif* »⁷⁸⁷, résultant de la loi, du règlement ou d'un acte administratif unilatéral (arrêté ou décision⁷⁸⁸), mais il peut aussi s'agir d'une convention (convention de délégation de service public, contrat de marché public, convention annuelle ou pluriannuelle d'objectifs⁷⁸⁹). Toutefois, « *un agrément ou une autorisation d'exercer octroyé par une autorité publique à un opérateur économique ne crée*

⁷⁸⁷ CHAUVIERE, M., HENRY, J., « Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne ? », *RDSS*, 2011, p. 1043-1058.

⁷⁸⁸ HCVA, *Avis du HCVA sur le Paquet Almunia*, 15 novembre 2012, p. 4. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/hcva_paquet_Almunia.pdf> (consulté le 22 avril 2017).

⁷⁸⁹ Le HCVA en déduit que l'association peut prendre l'initiative de gérer un SIEG. – *Ibid*.

pas, pour ce dernier, d'obligation de fournir le service. Ils ne peuvent donc constituer des mandats au sens du droit européen »⁷⁹⁰.

L'annexe 1 de la circulaire du Premier Ministre n°5811/SG du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations précise que ce mandat doit être écrit, et décrire la nature et la durée⁷⁹¹ du projet d'intérêt économique général réalisé par l'association, ainsi que les paramètres de calcul de la subvention, de contrôle et de révision de cette aide⁷⁹².

320. La subvention, une compensation de service d'intérêt général ? - La subvention ne pourrait-elle pas, elle aussi, être qualifiée de compensation pour obligation de service public ? Rappelons d'abord sa définition légale, posée à l'article 59, alinéa 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014, qui dispose :

« Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires ».

Dans sa circulaire du 29 septembre 2015, le Premier Ministre rappelle les conditions de conventionalité des aides d'État, applicables aux subventions, qui elles-mêmes peuvent être des compensations pour SIEG dont le mandat consisterait en une convention, un arrêté ou une décision d'attribution.

⁷⁹⁰ SECRETARIAT GENERAL DES AFFAIRES EUROPEENNES, *Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général (SIEG)*, 2015, p. 16. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_SIEG_du_SGAE.pdf> (consulté le 22 avril 2017).

⁷⁹¹ En principe, le mandat ne peut excéder dix ans (décision n°2012/21/UE, art. 2.2).

⁷⁹² *Ibid.*, p. 8.

Mais la même circulaire reconnaît le caractère discrétionnaire de la subvention⁷⁹³, que nous remettrons en question plus loin⁷⁹⁴ et qui la met en défaut vis-à-vis de la quatrième condition de conventionalité des SIEG.

À la lecture de la définition légale de la subvention, nous verrions plutôt dans l'octroi d'une subvention la reconnaissance *a posteriori* et tacite d'une attribution de marché public initiée volontairement par l'entreprise privée. Dans ce cas, la subvention remplirait toutes les conditions de conventionalité des SIEG posées dans l'arrêt « Altmark », et en particulier la quatrième.

Il convient de préciser que notre propos ne porte pas sur « la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent », au demeurant exclues de la définition légale de la subvention par l'alinéa 2 de l'article 59 précité. D'ailleurs, l'Administration fiscale va soumettre à la TVA de telles contributions, qui constituent en réalité le prix ou complément du prix versé en contrepartie d'un service rendu soit à la collectivité publique (lien direct) soit à un tiers bénéficiaire auquel la collectivité se substitue⁷⁹⁵.

321. L'impact économique de la révision de la notion de subvention. - Quel serait l'impact économique d'une telle révision de la qualification du mandatement dans la notion de subvention ? Toutes les subventions vaudraient reconnaissance *a posteriori* d'une attribution de marché public par application de l'article 59 de la loi du 31 juillet 2014, deviendraient des prix, et se transformeraient en dettes pour les autorités publiques, qui ne s'éteindraient définitivement qu'avec l'arrêt définitif de l'activité d'intérêt général, objet du marché public, et avec le paiement complet des sommes dues.

Une telle interprétation de l'article 59 conduirait non seulement à les pérenniser et à faire des subventions des ressources financières durables, ce qui n'est pas le cas actuellement⁷⁹⁶, mais

⁷⁹³ Annexe 1 de la circulaire du Premier Ministre n°5811/SG du 29 septembre 2015, p. 3.

⁷⁹⁴ Cf. *infra* n°338.

⁷⁹⁵ CE, Sect., 6 juillet 1990, n°88224, *Lebon*.

CLAVAGNIER, B., « Régime fiscal des subventions », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p.20-21.

⁷⁹⁶ « De toutes les difficultés soulevées par les associations, la première d'entre elles concerne la baisse des subventions publiques ; une partie non négligeable de ces financements prenant désormais la forme de commande publique (17 % en 2005 contre 25 % en 2011). Les financements publics (hors participation financée par les organismes d'État et directement versée aux bénéficiaires) représentent en effet près de la

aussi, indirectement, à libérer le potentiel d'innovation sociale de l'ESS. En effet, les entreprises de l'ESS se sentiraient encouragées à prendre spontanément en charge des SIEG dont les usagers sont non solvables en ayant l'assurance de recevoir une compensation.

Cela permettrait en outre d'endiguer la disparition des associations de taille trop modeste pour pouvoir proposer une réponse compétitive aux appels d'offres et « *insuffisamment outillées pour soumissionner à des marchés publics et qui pourtant contribuaient au lien social* »⁷⁹⁷.

322. Synthèse du I. - En conclusion, la légitimation des aides accordées aux entreprises de l'ESS (sauf les fonds de dotation⁷⁹⁸) par le truchement de l'État pris au sens large se fonde uniquement sur leur utilité sociale au sens fiscal de « réponse à un besoin de biens ou de services non satisfait ou mal satisfait par le marché »⁷⁹⁹. Or cette utilité sociale est rendue possible par au moins deux des trois spécificités méritoires mises en évidence par François BLOCH-LAINÉ : la fonction d'avant-garde et le moindre coût pour la collectivité.

En outre, cette théorie socio-économique nous oblige à distinguer, d'une part, les aides sans contrepartie, seules véritables aides d'État, et les subsides publics qui sont la contrepartie d'une prise en charge d'un de service public, qu'elle soit *a priori* (i.e. un mandatement) ou *a posteriori* (i.e. une reconnaissance d'intérêt général *via* l'octroi d'une subvention).

La théorie des spécificités méritoires nous permet également de comprendre pourquoi, de fait, les associations sont devenues les entités de l'ESS les plus à même de capter les libéralités, publiques comme privées, et comment, dans l'inconscient collectif et dans le discours politique, les sociétés de l'ESS (y compris historiques et à lucrativité limitée) s'en sont trouvées exclues.

moitié du budget total des associations (49 % en 2012), tous secteurs confondus. Dès lors, toute évolution à la baisse de ce type de financements impacte [sic] fortement les modèles économiques des acteurs concernés. Si selon la même étude, près d'une association sur deux continue de percevoir une subvention publique, toutes constatent cependant une forte diminution du montant de celles-ci, jusqu'à recevoir pour près de la moitié d'entre elles une subvention d'un montant symbolique, inférieur à 200 euros. Il apparaît que les financements sous forme de subventions publiques ont diminué en six ans de 17 %, soit une baisse annuelle moyenne de 3 %, tandis que les commandes publiques ont augmenté à un rythme très rapide : 73 % entre 2005 et 2011, soit 10 % en moyenne annuelle ». - in KPMG, « Rapport sur les stratégies des acteurs associatifs et propositions pour faire évoluer les modèles socio-économiques des associations », janvier 2017, p.3. En ligne : <http://udes.fr/sites/default/files/public/users/agathe/etude_kpmg_modeles_socio-economiques_associatifs_public_externe.pdf> (consulté le 28 avril 2017).

⁷⁹⁷ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 4.

⁷⁹⁸ Cf. *supra* n°254.

⁷⁹⁹ Cf. *supra* n°97.

II. Le contrôle exercé par l'État, pendant de l'intérêt général

323. Le contrôle budgétaire des entreprises subventionnées par les collectivités territoriales. - L'article L. 1611-4 du Code général des collectivités territoriales pose comme principe général de gestion des collectivités la faculté pour celles-ci de contrôler le budget et les comptes des entités subventionnées :

« Toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée.

Tous groupements, associations, œuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité.

Il est interdit à tout groupement ou à toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention d'en employer tout ou partie en subventions à d'autres associations, œuvres ou entreprises, sauf lorsque cela est expressément prévu dans la convention conclue entre la collectivité territoriale et l'organisme subventionné ».

324. Le contrôle budgétaire des entreprises ayant reçu le concours financier de l'État ou de l'UE. - Depuis le 1^{er} mai 2017, aux termes de l'article L. 133-3 du Code des juridictions financières, la même faculté de contrôle est reconnue à la Cour des comptes sur tout organisme ayant bénéficié du concours financier de l'État, d'une autre personne soumise à son contrôle ainsi que de l'Union européenne, quel qu'en soit le montant.

325. Les règles de compétence de la Chambre régionale des comptes en matière de contrôle budgétaire. - L'argent public injecté dans l'ESS est soumis au contrôle systématique de la Chambre régionale des comptes, qui va vérifier son affectation aux dépenses de l'entité bénéficiaire, quel que soit son statut juridique, dans trois cas, alternatifs, posés à l'article L. 211-4 du Code des juridictions financières :

1. lorsque les collectivités territoriales, leurs établissements publics ou les établissements publics nationaux dont le contrôle leur a été délégué apportent un concours

financier supérieur à 1 500 euros. Stéphanie DAMAREY, publiciste, précise que ce concours peut être en numéraire ou en nature, et qu'il s'agit pour l'essentiel de subventions⁸⁰⁰. C'est donc la poursuite de l'intérêt général qui expose à un contrôle renforcé des comptes annuels, bien plus que le seuil déclencheur, particulièrement bas et qui se calcule par la somme des concours financiers ainsi obtenus.

2. lorsque ces mêmes personnes publiques détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants,
3. lorsqu'elles exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

326. Le périmètre du contrôle budgétaire opéré par la Chambre régionale des comptes.-

L'article R. 211-3 du Code des juridictions financières délimite le périmètre du contrôle :

« Lorsque le concours financier [...] est attribué sous forme d'une subvention affectée à une dépense déterminée et qu'il ne dépasse pas 50 % des ressources totales du bénéficiaire, la vérification se limite au compte d'emploi que ce dernier doit établir. Si le compte d'emploi n'est pas tenu, le contrôle porte sur l'ensemble des comptes et de la gestion ».

327. L'effectivité du contrôle budgétaire par la Chambre régionale des comptes des entreprises déchargées d'obligation comptable par la loi. - Pour être effectif, ce contrôle suppose, au préalable, que l'entreprise de l'ESS tienne des comptes annuels (bilan, compte de résultats et annexe), alors qu'en théorie les associations n'ont pas d'obligation comptable (tenue de comptes annuels, désignation d'un commissaire aux comptes et d'un suppléant) en-deçà des trois seuils alternatifs prévus à l'article R. 612-1 du Code de commerce pour toutes personnes morales non commerçantes ayant une activité économique :

1. 50 salariés en CDI
2. 3,1 millions d'euros HT de chiffre d'affaires ou de ressources (i.e. montant des cotisations, subventions et produits de toute nature liés à l'activité courante)
3. 1,55 million d'euros pour le total du bilan (i.e. somme des montants nets des éléments d'actif).

⁸⁰⁰ DAMAREY, S., « Intervention de la Chambre régionale des comptes », *JA* n°547/2016, 1^{er} novembre 2016, p. 36.

Ces seuils pourraient être modifiés par la loi PACTE en vue d'une harmonisation européenne⁸⁰¹.

Notons au passage que les articles L. 612-2 et R. 612-3 du Code de commerce mettent à la charge de ces personnes morales une obligation comptable renforcée (situation de l'actif réalisable et disponible — valeurs d'exploitation exclues — et du passif exigible, compte de résultat prévisionnel, tableau de financement et plan de financement) dès que l'un des deux seuils suivants est atteint :

1. 300 salariés en CDI
2. 18 millions d'euros HT de chiffre d'affaires ou de ressources.

328. Un contrôle aboutissant à la communication d'un rapport à valeur d'avis consultatif. - L'article L. 243-5, alinéa 1^{er} du Code des juridictions financières donne la portée de ce contrôle :

« Les chambres régionales des comptes arrêtent leurs observations définitives sous la forme d'un rapport d'observations ».

Autrement dit, ce rapport ne produit pas d'effet juridique et a simplement valeur d'avis consultatif. Cela a été confirmé en section contentieuse par le Conseil d'État⁸⁰².

La portée de ce rapport est davantage politique :

« Le rapport d'observations est communiqué par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à son assemblée délibérante, dès sa plus proche réunion. Il fait l'objet d'une inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante ; il est joint à la convocation adressée à chacun des membres de l'assemblée et donne lieu à un débat »⁸⁰³.

⁸⁰¹ Art. 9 du projet de loi.

Le seuil de 50 salariés serait maintenu ; en revanche, le seuil de chiffre d'affaires passerait à 8 millions d'euros HT et celui de total de bilan passerait à 4 millions d'euros.

⁸⁰² CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sect. 8 février 1999, « Commune de la Ciotat » n°169047, *Lebon*, T. 658 : « *Les observations formulées, même définitivement, par une chambre régionale des comptes, sur la gestion d'une collectivité territoriale ou d'un ou plusieurs des établissements, sociétés, groupements et organismes [...], et en particulier, de ceux dans lesquels cette collectivité détient plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exerce un pouvoir prépondérant sur la gestion, ne présentent pas le caractère de décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif* ».

⁸⁰³ CJF, art. L. 243-5, al. 5.

Le dernier alinéa interdit toutefois la divulgation d'un tel rapport en période électorale.

329. L'office du ministère public dans la mise en mouvement d'une action pénale. -

Néanmoins, les infractions constatées par la Chambre régionale des comptes peuvent être signalées aux juridictions pénales compétentes. L'article R. 241-25 du Code des juridictions financières dispose en effet :

« Si, à l'occasion de ses contrôles, la Chambre régionale des comptes découvre des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale, le ministère public en informe le procureur de la République ainsi que le procureur général près la Cour des comptes qui avise le Garde des Sceaux.

Le ministère public transmet au procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, les décisions de déféré prises par la Chambre régionale des comptes ».

330. Le contrôle public de la gestion et de la performance financière des associations

fortement aidées. Plan. - D'autres contrôles ont vocation à produire des effets juridiques plus directs mais ne concernent que les associations fortement aidées. Ils portent à la fois sur la gestion courante de leurs affaires (1) et sur la réalisation de leurs objectifs d'intérêt général (2).

1. Les mécanismes de contrôle de gestion propres aux associations fortement subventionnées

331. La notion d'association fortement subventionnée et son régime juridique. -

En application des articles L. 612-4 et D. 612-5 du Code de commerce, dès qu'une association (loi 1901, loi 1905 ou organisation syndicale) reçoit un total de subventions en numéraire supérieur à 153 000 euros, celle-ci doit établir des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe et doit les publier. Elle doit également nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant. Lorsque ce montant de subventions est alloué par une autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial, celle-ci doit conclure une convention avec l'association qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée,

sauf lorsque la subvention est attribuée en vue de l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux⁸⁰⁴.

Comme les comptes annuels, le rapport du commissaire aux comptes doit être publié. En plus de vérifier la sincérité des comptes, celui-ci fera état du respect et de l'actualisation des statuts, de la gestion des risques et d'éventuels conflits d'intérêts. En effet, comme les autres entreprises de l'ESS soumises au contrôle d'un ou plusieurs commissaires aux comptes sous réserve de l'article L. 612-1 du Code de commerce, l'association fortement subventionnée doit remettre à ses membres un rapport sur les conventions dites « réglementées », c'est-à-dire conclues directement ou par personne interposée entre l'association et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social, par application des articles L. 612-5, R. 612-6 et R. 612-7 du Code de commerce. L'assemblée générale n'approuve ces conventions qu'*a posteriori*, sur la base de ce rapport, mais même invalidées, celles-ci continuent de produire leurs effets à l'égard des tiers. Les préjudices subis par l'association du fait de l'exécution de ces conventions pourront être imputés au dirigeant indélicat.

332. La prévention et le règlement des conflits d'intérêts en droit commun. - En cas de défaut de vigilance de l'assemblée générale (qui n'aurait pas relevé l'incompatibilité d'une convention réglementée avec son intérêt social) ou en l'absence d'un commissaire aux comptes, l'association ou toute autre entreprise de l'ESS pourra éventuellement invoquer le délit pénal d'abus de confiance ou, sur le plan civil, le détournement de pouvoirs sur le fondement du nouvel article 1157 du Code civil, qui dispose :

« Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

Au-delà des conflits d'intérêts, ces nouvelles dispositions permettent de faire annuler les actes pris par les mandataires sociaux au mépris de l'intérêt d'un groupement⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ L. n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, art. 10, al. 4.

⁸⁰⁵ RODRIGUEZ, K., « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », *Rev. sociétés*, n°2, 6 février 2017, p. 67-76, §22.

En revanche, les conventions présentant un conflit d'intérêts ne pourront pas être annulées sur le fondement du nouvel article 1161 du Code civil, qui ne s'applique plus aux personnes morales (contrairement à ce que prévoyait l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) et qui dispose désormais, dans la version de la loi portant ratification de l'ordonnance approuvée en commission mixte paritaire (CMP) du Parlement, réunie le 14 mars 2018 :

« En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts.

En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».

2. Le contrôle par l'État de la bonne réalisation des objectifs d'intérêt général : le cas de l'AFIJ

333. La justification du contrôle public de la réalisation des objectifs d'intérêt général.-

La publicité des comptes des associations fortement subventionnées, combinée au contrôle budgétaire exercé par les juridictions financières et au contrôle de gestion réalisé par les commissaires aux comptes et par l'assemblée générale, a pour effet de rendre les personnes publiques de plus en plus soucieuses de la réalisation des objectifs d'intérêt général conditionnant l'octroi de subventions, gage de la bonne utilisation des deniers publics.

Le cas de l'Association pour faciliter l'insertion professionnelle des jeunes diplômés (AFIJ) illustre la détermination des personnes publiques, et en particulier de l'État, à réserver leur concours financier aux activités dont l'intérêt général est objectivement démontré.

334. Un exemple de ce contrôle public : l'AFIJ. - L'AFIJ avait été créée le 4 août 1994 par des mutuelles et syndicats étudiants : pour les premières, la Mutuelle nationale des étudiants de France (MNEF), devenue La Mutuelle des étudiants (LMDE) et les Mutuelles étudiantes régionales (MER) ; pour les seconds, la Fédération des associations générales étudiantes (FAGE), l'Union nationale interuniversitaire (UNI), la Liste indépendante des

étudiants non syndiqués (LIENS), l'Association promotion et défense des étudiants (APDE), rejoints un an plus tard par l'Union nationale des étudiants de France (UNEF)⁸⁰⁶.

L'AFIJ vivait quasi-exclusivement de fonds publics : entre 70 et 85 % de subventions (essentiellement d'origine étatique), le reste composé presque uniquement de commandes publiques⁸⁰⁷. Elle a connu un pic de 5,5 millions d'euros de subventions en 2010.

335. Un contrôle faisant apparaître une trop grande dépendance financière vis-à-vis de l'État et une inefficience dans ses missions d'intérêt général. - Son modèle économique était donc complètement dépendant des pouvoirs publics et sa trésorerie s'est avérée insuffisante à trois reprises : par jugement du Tribunal de grande instance de Paris rendu le 17 janvier 2001, elle a été placée en redressement judiciaire et a bénéficié *in extremis* d'une subvention de 6,5 millions de francs (soit un million d'euros)⁸⁰⁸ ; le 12 décembre 2012, son Conseil d'administration a constaté un besoin de trésorerie de 800 000 euros minimum pour les mois à venir⁸⁰⁹ et a obtenu en janvier 2013 un second sauvetage financier, consistant en 500 000 euros de subvention exceptionnelle de la part du Ministère chargé de l'Emploi, 500 000 euros de subvention de la part du Ministère chargé de l'Enseignement supérieur et 78 000 euros de subvention de la part du Ministère de la Ville⁸¹⁰ ; enfin, son plan de trésorerie en date du 5 février 2013 a été jugé irréalisable par les corps d'inspection financière compétents, mandatés le 28 décembre 2012 par le Premier Ministre pour contrôler la gestion et évaluer l'utilité sociale de l'AFIJ. Le 14 novembre 2013, elle a été placée en liquidation judiciaire⁸¹¹.

Dans leur rapport commun daté du 28 mars 2013 et publié en juillet 2013, l'Inspection générale des finances (IGF), l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) et l'Inspection générale de l'administration de l'Éducation nationale et de la recherche (IGAENR) ont conclu, d'une part, à une inadéquation structurelle du mode de financement de l'AFIJ eu égard à la situation

⁸⁰⁶ COPPINGER, N., PELTIER, M., WACHEUX, F., *et al.*, *Contrôle de l'association pour faciliter l'insertion professionnelle des jeunes diplômés (AFIJ)*, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, juillet 2013, p.13. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000448/index.shtml>> (consulté le 8 mai 2017).

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 33-34.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁸¹¹ Annonce n°2281 du Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) A n°20140202 publié le 21 octobre 2014.

dégradée des finances publiques, aggravée par une masse salariale trop lourde et peu formée, et, d'autre part, à une redondance des services en matière d'insertion professionnelle des jeunes diplômés ne justifiant pas la sauvegarde de l'AFIJ, moins efficace dans ce domaine que Pôle emploi, les missions locales, les Universités ou encore l'Association pour l'emploi des cadres (APEC). Par conséquent, les corps d'inspection ont préconisé l'arrêt du versement de subventions étatiques, et, de fait, la liquidation de l'AFIJ. L'octroi de subvention ne constitue pas un droit, même lorsqu'une association est agréée par l'État et remplit toutes les conditions légales pour en bénéficier⁸¹². La décision appartient à la seule autorité publique, qui n'a pas à la motiver⁸¹³.

336. L'exigence d'efficience, contrepartie de la dépendance financière des associations fortement subventionnées à l'égard de l'État. - Le principal enseignement de cette affaire est qu'aujourd'hui, pour pérenniser les subventions dont elle bénéficie, l'association fortement subventionnée ne peut plus se suffire de la reconnaissance du caractère d'intérêt général de toute son activité économique, formalisée par le versement *a posteriori* de ces subventions. Une association fortement subventionnée doit se montrer plus efficace et plus compétitive que les personnes publiques et les autres entreprises qui offrent des services similaires, ce qui signifie qu'elle doit donner de meilleurs résultats, et donc avoir un plus grand impact social, pour un moindre coût pour les personnes publiques.

Cela peut paraître logique : après tout, l'État postmoderne lui-même doit rendre compte de l'efficience de son action. En contrepoint, il convient toutefois de rappeler que c'est l'État qui est à l'origine de cette mise en concurrence dans le domaine de l'insertion professionnelle. Ainsi, si au lieu d'une complémentarité, une redondance des services est observée, elle est d'abord le fait de l'État qui, dès 1981, a manqué de cohérence dans la mise en œuvre de sa politique de l'emploi, trop complexe.

337. L'exigence d'une diversification des ressources financières résultant du principe comptable de prudence. - Afin de paraître plus sérieuse aux yeux des contrôleurs publics externes de gestion, l'AFIJ aurait également dû diversifier ses sources de financement en recherchant le concours financier des personnes privées. C'est aussi en substance la position du

⁸¹² CE, 10^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 25 septembre 1995, n°155970.

⁸¹³ CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 10 octobre 2003, n°242810.

Tribunal administratif de Montpellier qui fait peser sur une association de musique actuelle une obligation de « *prudence compte tenu du caractère aléatoire des subventions [municipales] budgétées pour 2015 et 2016* »⁸¹⁴.

338. L'impérieuse nécessité d'une recherche permanente et collective de la satisfaction optimale de l'intérêt général. - En filigrane, ce qui est surtout reproché aux dirigeants de l'AFIJ, c'est un manque de réflexivité, de proactivité et de transparence ayant conduit à l'arrêt brutal du soutien de l'État. Pour être pérenne, la reconnaissance de l'intérêt général doit se fonder sur une réflexion continue du bienfondé et de la pertinence des actions menées et de l'adéquation des moyens mis en œuvre, réflexion associant toutes les parties prenantes : financeurs publics, mécènes, salariés, bénéficiaires⁸¹⁵, pollicitants-émetteurs d'appels d'offres, créanciers, pour en faire des partenaires de co-production. Cette exigence des pouvoirs publics est également une revendication des associations⁸¹⁶.

Certes, « *il en résulte une relative dissolution de l'intérêt général, au bénéfice d'une composition obligée entre des intérêts collectifs, des intérêts particuliers, et surtout avec une recherche du sens global, sens que la notion d'intérêt général donnait auparavant* »⁸¹⁷. Cependant il n'y a qu'ainsi que l'ESS pourra se dépêtrer de la définition verticale descendante, unilatérale, casuistique, discrétionnaire, voire arbitraire, de l'intérêt général. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille nier la légitimité de l'État comme arbitre entre des intérêts particuliers⁸¹⁸. « *Passer de l'intérêt collectif à l'intérêt général facilite la coproduction de*

⁸¹⁴ CLAVAGNIER, B., « Comment faire peser sur d'autres le coût de ses caprices politiques ? », *JA* n°560/2017 du 1^{er} juin 2017, p. 3 – Comm. TA Montpellier, 9 février 2017, n°1500374 et 1502914.

⁸¹⁵ L'idée d'associer les usagers à l'évaluation des services publics n'est pas nouvelle : elle figure déjà dans la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public (NOR: PRMX8910096C) rédigée par Michel ROCARD, alors Premier Ministre, à l'attention des membres de son Gouvernement : « *Il convient d'associer les usagers à l'amélioration des services publics. Les relations entre les administrations et les usagers ne seront vraiment améliorées que s'il est possible de ménager des occasions de réflexion en commun auxquelles seront associées les organisations syndicales. Il faut sortir du dilemme entre l'usager passif et l'usager critique. L'usager doit devenir un partenaire qui fait des suggestions et des propositions et qui prend aussi en compte les conditions de travail concrètes des personnels. C'est dans cet esprit qu'il faut créer de façon pragmatique à chaque fois que cela est possible des associations d'usagers. Leur travail pourrait contribuer à ce que l'appréciation des usagers devienne un des critères essentiels d'évaluation du fonctionnement des services publics* ».

⁸¹⁶ Proposition n°23 in MOUVEMENT ASSOCIATIF (LE), préc., p. 20-21.

AVISE, LA FONDA, LE LABO DE L'ESS, *ESS et création de valeur. Rapport d'étude n°2 : vers une nouvelle approche de l'impact social*. Étude 2017-2018 : Une approche prospective de l'impact social, juin 2018. En ligne : <<http://www.lelabo-ess.org/IMG/pdf/etudeessetcreationdevaleurrapport2juin2018light.pdf>> (consulté le 9 juillet 2018).

⁸¹⁷ CALLE, Ph., « Les associations, entre intérêt général et utilité sociale », *Recma*, n°382, 2002, p. 48.

⁸¹⁸ « *Il ne suffit pas d'élaborer des compromis ou de rechercher une conciliation entre divers intérêts privés ou publics pour dégager plus sûrement un intérêt général. L'intérêt général est, par nature, rarement consensuel*

politiques publiques »⁸¹⁹. Politique publique ou vision commune d'une société à espérer qui fait défaut lorsque le traitement politique (quinquennat) et médiatique et la situation des finances publiques nous enferment dans le court terme⁸²⁰.

339. Les laboratoires d'innovations publiques, outils à mobiliser au service de la co-construction de l'action publique. - Néanmoins, il existe depuis le 15 novembre 2016 un réseau de douze laboratoires d'innovations publiques, lauréats du Programme d'investissements d'avenir⁸²¹, au titre du fonds « Transition numérique de l'État et modernisation de l'action publique ». Ces laboratoires semblent être le lieu idoine de réflexion multipartite horizontale sur l'intérêt général. Regroupant des compétences pluridisciplinaires (experts sur une politique

et sa définition résulte d'inévitables confrontations d'intérêts, entre lesquels il faut, en fin de compte, choisir si l'on veut empêcher le blocage de la décision publique.

Cependant, si la conception transactionnelle de l'intérêt général est un symptôme de la crise qui affecte aujourd'hui la notion d'intérêt général, le remplacement, chaque fois que possible, des procédures de contrainte par des procédures de conviction peut néanmoins constituer une voie de solution permettant à la décision publique de retrouver une nouvelle légitimité. Dès lors que l'arbitrage ultime revient à l'autorité démocratiquement investie de la compétence pour formuler l'intérêt général, la légitimité des choix retenus sera renforcée par une meilleure association des citoyens à l'élaboration et à la mise en œuvre des décisions qui les concernent » — CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999 », 30 novembre 1999. En ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>> (consulté le 26 juin 2018).

⁸¹⁹ LAURENT, R., RICHEZ-BATTESTI, N., « Est-ce que l'économie sociale, au-delà des familles juridiques, n'est pas une méthode de dialogue entre les parties prenantes pour faire émerger des initiatives ? », 28 octobre 2009. En ligne : <<http://blog.demain-ecosociale.org/post/2009/10/28/Est-ce-que-l-economie-sociale%2C-au-delà-des-familles-juridiques%2C-n-est-pas-une-méthode-de-dialogue-entre-les-parties-prenantes-pour-faire-émerger-des-initiatives>> (consulté le 9 mai 2017).

Lire aussi :

- BUFFIER, D., « Entretien avec Jean-Louis Laville - L'essor associatif reste une véritable révolution invisible », *Le Monde*, 18 octobre 2017. En ligne : <http://www.lemonde.fr/accès-restreint/economie/article/2017/10/18/d7788dabf2f443082e4527265c7aba4f_5202380_3234.html> (consulté le 19 janvier 2018) : « *Un nouveau cadre de l'action publique devient nécessaire, qui résulte d'une coopération conflictuelle entre associations et pouvoirs publics. Aujourd'hui, sur tous les continents, on réfléchit à de nouveaux rapports entre associations et pouvoirs publics à travers la notion de coconstruction de l'action publique. C'est lorsque cette coconstruction se met en œuvre que l'on avance. Un exemple : le mouvement de la nouvelle institutionnalité, pour reprendre les termes utilisés en Catalogne et dans plusieurs villes espagnoles, où de nouvelles mairies s'allient avec les réseaux associatifs de l'économie solidaire pour concevoir des services publics non au rabais mais reconnus et nécessaires à la respiration de la ville. Un autre exemple nous vient du Québec où, après quarante ans de tâtonnements, il existe un nouveau service public de la petite enfance formé par les associations. Les pouvoirs publics assurent par leur financement une égalité d'accès et ce sont les associations elles-mêmes qui organisent les services* ».
- HEIDSIECK, Ch.-B., « L'intérêt général au cœur des débats », 25 janvier 2018. En ligne : <<http://www.isbl-consultants.fr/linteret-general-coeur-debats/>> (consulté le 25 janvier 2018) : « *En France, l'intérêt général est surtout traité sur le plan normatif, par le biais de la gestion régulatrice. Pourtant, un équilibre plus fécond pourrait être trouvé avec les deux autres leviers complémentaires : la Vision partagée et l'Action collective* ».

⁸²⁰ Échéance inférieure à un an.

⁸²¹ GOUVERNEMENT.FR, « Programme d'investissements d'avenir. Transition numérique de l'État et modernisation de l'action publique. Programme : « Transition numérique de l'administration territoriale de l'État ». Appel à projets "Laboratoires d'innovations territoriales". Cahier des charges ». En ligne : <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2016/04/aap_complet_laboratoires_innovations.pdf> (consulté le 4 février 2018).

publique donnée, *designers*, développeurs informatiques, communicants, statisticiens, coordinateurs...), leur rôle est « *d'œuvrer avec des structures publiques ou parapubliques, des collectivités, opérateurs publics, laboratoires universitaires, associations, citoyens, usagers, établissements d'enseignement, entreprises...* » afin de « *contribuer à la transparence de l'action publique, stimuler l'innovation économique et sociale, améliorer et moderniser le service public* », au moyen de différentes méthodes dont la co-construction⁸²², qui pourrait être définie comme un « *processus institué de participation ouverte et organisée d'une pluralité d'acteurs de la société civile à l'élaboration, au suivi et à l'évaluation des politiques publiques* »⁸²³.

Section 2. Les libéralités des autres agents économiques, encouragées par les aides d'État

340. OSBL et altruisme. - Statut centenaire, simple à constituer, l'association loi 1901 est LE lieu d'expérimentations collectives altruistes par excellence ; c'est ainsi qu'elle a pu revêtir les spécificités méritoires, reconnues postérieurement ou pas par l'État. Cependant, dans les autres OSBL — fondations et fonds de dotation — l'altruisme trouve aussi à s'exprimer, à leur demande ou spontanément.

341. Le régime transitoire de l'appel public à la générosité. - Lorsqu'une entreprise devient mécène ou lorsqu'un particulier fait un don ou un legs à une association, un fonds de dotation ou une fondation reconnue d'utilité publique, cela peut être en réponse à un appel à la générosité publique, qu'il convient désormais d'appeler « appel public à la générosité » par application de l'article 8 de l'ordonnance n°2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations, à valeur réglementaire depuis son entrée en vigueur par publication au Journal officiel le 24 juillet 2015, en l'absence de l'adoption du projet de loi de ratification par le Parlement⁸²⁴. Cependant l'entrée en vigueur des dispositions

⁸²² PREFECTURE ET LES SERVICES DE L'ÉTAT EN REGION AUVERGNE-RHONE-ALPES (LA), « Le Lab @RCHIPSL », 16 mars 2017. En ligne : < <http://www.prefectures-regions.gouv.fr/auvergne-rhone-alpes/Region-et-institutions/L-action-de-l-Etat/Innovation/RCHIPSL-Laboratoire-d-innovations-territoriales-de-l-Etat/Le-Lab-RCHIPSL/Le-Lab-RCHIPSL>> (consulté le 4 février 2018).

⁸²³ FRAISSE, L., « Co-construire l'action publique : apports et limites des politiques locales de l'économie sociale et solidaire en France », EMES Conferences Selected Papers Series, ECSP-P16-25, 2016, p. 1. En ligne : <<https://emes.net/publications/conference-papers/2nd-polanyi-emes-international-seminar/co-construire-laction-publique-apports-et-limites-des-politiques-locales-de-leconomie-sociale-et-solidaire-en-france/>> (consulté le 4 avril 2018).

⁸²⁴ LEGIFRANCE, *Dossiers législatifs - Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations*, 29 septembre 2016. En ligne :

de l'ordonnance devant être précisées par décret est différée au jour de la publication des décrets d'application en question.

L'article 8 n'a été que partiellement complété par le décret n°2017-908 du 6 mai 2017 portant diverses dispositions relatives au régime juridique des associations, des fondations, des fonds de dotation et des organismes faisant appel public à la générosité. En effet, ce décret, publié au Journal officiel du 10 mai 2017 (soit quatre jours avant la passation de pouvoir entre François HOLLANDE et Emmanuel MACRON à la Présidence de la République française), sans doute à la hâte, a omis de préciser le montant des dons collectés au cours de l'un des deux exercices précédents ou de l'exercice en cours au-dessus duquel l'appel public à la générosité doit être déclaré au Préfet de département où l'organisme a son siège social. Conséquence : l'article 8 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 n'est toujours pas entré en vigueur, et demeure dans l'attente d'un décret d'application apportant cette précision de seuil.

Ce décret d'application ainsi que la loi de ratification tardant à être adoptés, on se retrouve malheureusement encore dans l'ancien régime légal non simplifié : celui des articles 3, 3 bis et 4 de la loi n°91-772 du 7 août 1991 relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique, complétés par le décret n°92-1011 du 17 septembre 1992 relatif au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique (pour le fonds de dotation, nous renvoyons aux développements précédents relatifs à l'article 140-III de la loi du 4 août 2008 et à l'article 12 du décret du 11 février 2009⁸²⁵).

Ainsi, la validité de l'appel public demeure subordonnée à deux conditions : d'une part, une déclaration préalable au Préfet en toute hypothèse quelles que soient les sommes ainsi collectées, et, d'autre part, pour pouvoir démontrer la sincérité des comptes et la conformité de l'emploi des ressources à la finalité sociale avancée, la tenue d'un compte d'emploi annuel des ressources collectées auprès du public (qui précise notamment l'affectation des dons par type de dépenses) et, pour les associations et fondations, des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000031921085&type=general&typeLoi=proj&legislature=14> (consulté le 13 mai 2017).
⁸²⁵ Cf. *supra* n°250.

342. Définition légale de l'appel public à la générosité, encore en vigueur. - Il faut tout de même reconnaître une qualité au texte législatif de 1991 : contrairement à l'ordonnance vouée à le modifier, il a le mérite de définir clairement l'appel public à la générosité. Il s'agit d'une « campagne menée à l'échelon national soit sur la voie publique, soit par l'utilisation de moyens de communication » pour récolter des dons « afin de soutenir une cause scientifique, sociale, familiale, humanitaire, philanthropique, éducative, sportive, culturelle ou concourant à la défense de l'environnement »⁸²⁶.

343. Les sanctions du manquement à l'obligation de déclaration de l'appel public à la générosité ou de communication des comptes aux organes de contrôle. - Le paragraphe III du nouvel article 1^{er} du décret du 17 septembre 1992 (modifié par l'article 9 du décret du 6 mai 2017) dispose :

« L'amende prévue par le 5^o de l'article 131-13 du Code pénal⁸²⁷ pour les contraventions de la cinquième classe est applicable aux dirigeants d'organismes qui ne satisfont pas, au cours d'un exercice, à l'obligation de déclaration ou de communication des comptes aux corps de contrôle qui en font la demande. En cas de récidive, l'amende applicable est celle prévue par le 5^o de l'article 131-13 du même code pour la récidive des contraventions de la cinquième classe ».

Le montant de l'amende peut donc aller jusqu'à 1 500 euros, et jusqu'à 3 000 euros en cas de récidive.

Jusqu'à là, la seule sanction prévue et jamais prononcée, d'après Stéphanie DAMAREY⁸²⁸, consistait dans la suspension des avantages fiscaux par le Ministre des Finances.

Quels sont ces « corps de contrôle » auxquels l'article 1^{er} du décret du 17 septembre 1992 fait référence ? Les principaux⁸²⁹ sont :

- la Cour des comptes, qui détient une compétence générale en la matière⁸³⁰,

⁸²⁶ L. du 7 août 1991 préc., art. 3, al. 1^{er}.

⁸²⁷ L'article 131-13, 5^o du Code pénal dispose :

« Le montant de l'amende est le suivant : 1 500 euros au plus pour les contraventions de la 5e classe, montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit ».

⁸²⁸ DAMAREY, S., « Contrôle de la Cour des comptes et de l'IGAS », *JA* n°549/2016, 1^{er} décembre 2016, p. 27-29.

⁸²⁹ GUILLAUME, B., « Contrôle, mode d'emploi », *JA* n°504/2014, p. 31.

⁸³⁰ L. du 7 août 1991 préc., art. 7.

- l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) « dans les domaines de la sécurité sociale et de la prévoyance sociale, de la protection sanitaire et sociale, du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle »⁸³¹, et
- l'Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche (IGAENR) « dans les domaines de l'éducation, de l'enseignement supérieur, de la recherche et de la technologie, l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche »⁸³².

Selon Pierre ROLLAND, Conseiller référendaire à la Cour des comptes, le juge des comptes va « vérifier, en amont, l'information donnée aux donateurs potentiels sur l'utilisation des fonds collectés et, en aval, la matérialité et la nature des actions menées, leurs modalités de réalisation, la mesure de leurs résultats par l'organisme, les garanties présentées par celui-ci en termes de qualité de la gouvernance ou encore de pertinence des outils de contrôle, ainsi que la cohérence de la communication destinée aux donateurs avec les objectifs des appels aux dons »⁸³³.

344. L'inintelligibilité des données financières publiées : constat partagé et remèdes proposés par les autorités publiques et les acteurs. - Constatant que les comptes d'emploi annuel des ressources sont généralement peu compréhensibles pour le grand public⁸³⁴, la Cour des comptes a choisi non seulement de publier tous ses rapports d'investigation qui se veulent être une source d'information financière claire et complète, mais aussi, et surtout, de publier en 2007 un *vade mecum* en vue de l'amélioration de la qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique⁸³⁵. Mieux encore, dans sa décision rendue le 7 mai 2015 par son Premier Président, saisi en référé

DAMAREY, S., « Contrôle de la Cour des comptes : illustrations », *JA* n°504/2014, 15 septembre 2014, p. 25.

⁸³¹ L. n°96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, art. 42-II.

⁸³² C.éduc., art. L. 241-2-II.

⁸³³ ROLLAND, P., « La Cour des comptes joue un rôle essentiel dans la régulation du secteur », *JA* n°549/2016, 1^{er} décembre 2016, p. 25.

⁸³⁴ François JÉGARD, expert-comptable, commissaire aux comptes, préconise d'y substituer une notice simplifiée, faisant état des résultats des évaluations et contrôles opérés par les autorités de contrôle des comptes (commissaires aux comptes, cours des comptes, IGAS...) — JÉGARD, F., « Appel public à la générosité - Le CER sur la sellette », *JA* n°526/2015, 15 octobre 2015, p. 43. Pour une critique plus approfondie du dispositif en vigueur par ce praticien, lire JÉGARD, F., « Compte d'emploi des ressources : une réforme s'impose ! », *JA* n°494/2014, 1^{er} mars 2014, p. 29.

⁸³⁵ COUR DES COMPTES, *Rapport d'observations définitives de la Cour des comptes sur la qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique*, Paris, octobre 2007. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000612/>> (consulté le 14 mai 2017).

(n°72239)⁸³⁶, la Cour des comptes a adressé au Gouvernement une proposition de réforme du règlement comptable du Comité de réglementation comptable n°2008-12 du 7 mai 2008 afférent à l'établissement du compte d'emploi annuel des ressources des associations et fondations modifiant le règlement n°99-01 du Comité de réglementation comptable. Depuis, le Comité de réglementation comptable a entamé le processus de réforme de ce texte, toujours en cours à ce jour⁸³⁷.

Pour pallier cette inintelligibilité des données financières obérant la confiance des donateurs et potentiels donateurs, de grandes associations et fondations ont créé Le Don en confiance, association loi 1901 ayant pour objet le contrôle de conformité des OSBL faisant des appels publics à la générosité à une charte de déontologie « *basée sur des principes de transparence, de recherche d'efficacité, de probité et désintéressement, et de respect des donateurs, personnes physiques ou morales* »⁸³⁸ et aboutissant, en cas de conformité, à l'apposition du label « Don en confiance ». Pourtant, l'IGAS relève en novembre 2017 que près d'un tiers des organismes labellisés par Le Don en confiance ou d'autres entreprises similaires n'honorent pas leur obligation de publier leurs comptes⁸³⁹. Pour remédier à ce problème, l'IGAS recommande de « *faire de la vérification de la publicité des comptes et notamment du compte d'emploi des ressources une diligence obligatoire du commissaire aux comptes* » (recommandation n°5)⁸⁴⁰.

345. Utilité sociale, efficience et générosité. - Au-delà de la transparence financière, il s'agit aussi de rendre compte, là encore, de l'utilité sociale de l'OSBL, information qui trouverait davantage sa place, selon nous, dans un rapport moral d'activité que dans les documents comptables, rapports des commissaires aux comptes ou dans le compte d'emploi annuel des ressources⁸⁴¹.

⁸³⁶ COUR DES COMPTES, *Le compte d'emploi des ressources (CER) des organismes faisant appel à la générosité publique*, 21 juillet 2015. En ligne : <<http://www.ccomptes.fr/Publications/Publications/Le-compte-d-emploi-des-ressources-des-organismes-faisant-appel-a-la-generosite-publique>> (consulté le 14 mai 2017).

⁸³⁷ BUGUET-DEGLETAGNE, B., « Appel à la générosité publique : quelle transparence de l'emploi des fonds ? Rapport de capitalisation, édition 2017 », IGAS, n°2017-101R, novembre 2017, p. 3. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/igas_rapport_2017_appel_generosite_publique.pdf> (consulté le 5 avril 2018).

⁸³⁸ LE DON EN CONFIANCE, « Présentation : le Comité de la Charte du don en confiance ». En ligne : <http://www.donenconfiance.org/759_p_43942/qui-sommes-nous.html> (consulté le 14 mai 2017).

⁸³⁹ BUGUET-DEGLETAGNE, B., préc., p. 3.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁴¹ VERJAT, A., « Étude n°63. Les fondations d'utilité publique », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{me} éd., préc., § 63.190, p. 1400.

Nous verrons, dans les développements qui suivent immédiatement, que l'efficienne des OSBL est de plus en plus exigée par les donateurs, que la générosité soit spontanée ou appelée.

346. Libéralités et performance financière. Plan. - La générosité spontanée s'exprime au travers de l'objet statutaire d'abord, à finalité non lucrative et mobilisant la force de travail bénévole, au moyen des dotations initiales ensuite (nous l'avons dit, nous préférons cette qualification à celle d'apport⁸⁴²), et, tout au long de l'existence de l'OSBL, grâce aux libéralités, provenant des particuliers (I) comme des entreprises (II).

I. L'efficacité du dispositif fiscal encourageant les libéralités des particuliers au défi des innovations technologiques

347. Définition juridique des différentes formes de libéralités. - Revenons sur les quatre qualifications des libéralités que nous avons employées jusque-là sans les définir : les dons manuels, le mécénat, les donations et les legs.

348. Summa divisio entre legs et donations. - En toute rigueur, il conviendrait de n'opérer qu'une seule grande distinction conceptuelle entre, d'une part, *le* legs et, d'autre part, *les* donations, polymorphes.

349. Définition du legs. - Le legs « *est une disposition à titre gratuit, à cause de mort et par testament, d'un patrimoine, d'une partie de patrimoine ou d'un bien déterminé* »⁸⁴³. Pour stimuler le financement des OSBL qui y ont droit, et en particulier de la fondation reconnue d'utilité publique, et s'inspirant de la philanthropie aux États-Unis, Ève POL a proposé des dérogations à la réserve héréditaire⁸⁴⁴.

350. Définition commune à toutes les donations. - Les donations, elles, s'opèrent entre vifs.

⁸⁴² Cf. *supra* n°78.

⁸⁴³ HERAIL, J., « Legs », §1., *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2014.

⁸⁴⁴ POL, È., *La Fondation philanthropique et le droit*, Thèse de doctorat, droit privé, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2016, p. 308-312.

351. Variété de donations. - En droit fiscal, on parle de « mécénat » lorsque l'on souhaite préciser que le donateur est une personne morale de droit privé⁸⁴⁵.

Les donations peuvent être réalisées par acte notarié, rédigé en présence du donateur (personne physique ou morale) mû d'une intention libérale, et du donataire, qui accepte la libéralité : on parle alors de « donation ostensible » ou, pour Karine RODRIGUEZ, de « donation *stricto sensu* »⁸⁴⁶. En général, l'objet dont la propriété est transférée est d'une valeur pécuniaire importante.

En l'absence d'acte notarié, la donation est qualifiée de « don manuel ».

⁸⁴⁵ Cf. *infra* n°372 et s.

⁸⁴⁶ RODRIGUEZ, K., « Étude 26 - Libéralités : donation, legs », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., préc., § 26.76.

352. Rappel de la capacité juridique des différentes OSBL à recevoir des libéralités. -

Rappelons, dans le tableau de synthèse suivant, les restrictions d'ordre public de la capacité juridique des différentes OSBL à recevoir des libéralités.

		Dons manuels	Donations ostensibles	Legs	Exonération des droits de mutation
Association « loi 1901 » déclarée		Oui (L. 1 ^{er} juil. 1901, art. 6)	Sous condition d'intérêt général ou de RUP (L. 1 ^{er} juil.1901, art. 6 ; C.civ., art. 910-II)	Sous condition d'intérêt général ou de RUP (L. 1 ^{er} juil.1901, art. 6 ; C.civ., art. 910-II)	Sous conditions (CGI, art. 795, 4° et 5°)
Fondation (L. 23 juil. 1987)	RUP (art. 18)	Oui	Oui	Oui	Sous conditions (CGI, art. 795, 4° et 5°)
	D'entreprise (art. 19-8-4°)	Seulement ceux effectués par les salariés, mandataires sociaux, sociétaires, adhérents ou actionnaires de l'entreprise fondatrice ou des entreprises du groupe auquel elle appartient	Seulement ceux effectués par les salariés, mandataires sociaux, sociétaires, adhérents ou actionnaires de l'entreprise fondatrice ou des entreprises du groupe auquel elle appartient	Non	Non
	Partenariale (C.éduc., art. L. 179-13)	Oui	Oui	Oui	Oui (CGI, art. 795, 5°)
Fonds de dotation (L. 4 août 2008, art. 140-III)		Oui	Oui	Oui	Sous condition d'intérêt général (CGI, art. 200, 1°, g et 795, 14°)

353. Les règles de calcul des droits de mutation dus par le donataire. - En principe, la « tradition » de la libéralité (i.e. le transfert effectif de propriété) constitue, en droit fiscal, le fait générateur de l'assujettissement du donataire aux droits de mutation à titre gratuit (35 % pour les donations et legs d'une valeur inférieure ou égale à 24 030 euros ; 45% au-delà⁸⁴⁷).

En sont toutefois exonérés :

- les dons manuels qui n'ont pas été révélés à l'administration fiscale⁸⁴⁸
- les donations et legs visés à l'article 795 du Code général des impôts, qui dispose :

« Sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit :

1° Les dons et legs d'œuvres d'art, de monuments ou d'objets ayant un caractère historique, de livres, d'imprimés ou de manuscrits, faits aux établissements pourvus de la personnalité civile, autres que ceux visés au I de l'article 794⁸⁴⁹, si ces œuvres et objets sont destinés à figurer dans une collection publique ;

2° Les dons et legs consentis aux établissements publics ou d'utilité publique, dont les ressources sont exclusivement affectées à des œuvres scientifiques, culturelles ou artistiques à caractère désintéressé ;

3° (Abrogé) ;

4° Les dons et legs faits aux établissements publics charitables autres que ceux visés au I de l'article 794, aux mutuelles et à toutes autres sociétés reconnues d'utilité publique dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement naturel ou à la protection des animaux.

Il est statué sur le caractère de bienfaisance de la disposition par le décret rendu en conseil d'État ou l'arrêté préfectoral qui en autorise, le cas échéant, l'acceptation ;

5° Les dons et legs faits aux fondations universitaires, aux fondations partenariales et établissements d'enseignement supérieur reconnus d'utilité publique, aux sociétés d'éducation populaire gratuite reconnues d'utilité publique et subventionnées par l'État, aux associations d'enseignement supérieur reconnues d'utilité publique et aux

⁸⁴⁷ CGI, art. 777.

⁸⁴⁸ CGI, art. 757.

⁸⁴⁹ « Les régions, les départements, les communes, leurs établissements publics et les établissements publics hospitaliers ».

établissements reconnus d'utilité publique ayant pour objet de soutenir des œuvres d'enseignement scolaire et universitaire régulièrement déclarées ;

6° Les dons et legs de sommes d'argent ou d'immeubles faits aux établissements pourvus de la personnalité civile autres que ceux visés au I de l'article 794 avec obligation, pour les bénéficiaires, de consacrer ces libéralités à l'achat d'œuvres d'art, de monuments ou d'objets ayant un caractère historique, de livres, d'imprimés ou de manuscrits, destinés à figurer dans une collection publique, ou à l'entretien d'une collection publique ;

7° Les dons et legs faits aux organismes d'habitations à loyer modéré ou à leurs unions ;

8° (Périmé).

9° Les dons et legs faits à l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre ;

10° Les dons et legs faits aux associations culturelles, aux unions d'associations culturelles et aux congrégations autorisées ;

11° Les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique autres que ceux visés au I de l'article 794, aux sociétés particulières ou autres groupements régulièrement constitués, en tant qu'ils sont affectés, par la volonté expresse du donateur ou du testateur, à l'érection de monuments aux morts de la guerre ou à la gloire de nos armes et des armées alliées.

12° Conformément à l'article L. 322-8 du Code de l'environnement, les dons et legs d'immeubles faits au profit du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres.

13° Les dons et legs d'immeubles situés dans les cœurs des parcs nationaux, faits au profit de l'établissement public du parc national concerné.

14° Les dons et legs consentis aux fonds de dotation répondant aux conditions fixées au g du 1 de l'article 200 ⁸⁵⁰».

⁸⁵⁰ « Fonds de dotation :

1° Répondant aux caractéristiques mentionnées au b ou au f bis, c'est-à-dire :

b) D'œuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à

354. La stratégie globale du législateur pour faire des libéralités la principale ressource financière des OSBL. Plan. - Outre les avantages fiscaux prévus pour que les OSBL tirent le maximum de bénéfices des libéralités qu'elles reçoivent, le législateur a imaginé d'autres dispositions fiscales pour accroître le volume de ces libéralités. Ainsi, grâce à leurs libéralités, les donateurs aussi vont pouvoir bénéficier de certains avantages fiscaux (1), encore peu adaptés aux récentes mutations technologiques (2).

1. Les avantages fiscaux accordés aux donateurs pour inciter à la générosité : un dispositif efficace malgré la suppression de l'impôt sur la fortune

355. La réduction d'imposition successorale. - L'article 788 paragraphe III du Code général des impôts encourage les ayants droit redevables des droits de mutation par décès à faire don, de manière irrévocable et en pleine propriété, de tout ou partie de leur héritage à une association ou à une fondation reconnue d'utilité publique en leur permettant de réduire d'autant le montant de leur imposition successorale à la condition que cette donation intervienne dans les six mois suivant le décès, et lorsque le don est au bénéfice d'une association reconnue d'utilité publique, il doit impérativement être en numéraire.

356. La réduction d'impôt sur le revenu. - Mais un autre dispositif, plus connu et plus largement utilisé, incite les Français à être généreux envers les OSBL. Grâce à leurs libéralités au profit d'OSBL, les particuliers domiciliés en France peuvent bénéficier d'une réduction de leur impôt sur le revenu (IR) en application de l'article 200 du Code général des impôts et d'une

travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ;

f bis) D'associations d'intérêt général exerçant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse, par la prise de participations minoritaires, l'octroi de subventions ou encore de prêts bonifiés à des entreprises de presse, au sens du 1 de l'article 39 bis A).

2° Ou dont la gestion est désintéressée et qui reversent les revenus tirés des dons et versements mentionnés au premier alinéa du 1 à des organismes mentionnés aux a à f bis ou à la Fondation du patrimoine dans les conditions mentionnées aux quatre premiers alinéas du 2 bis, ou à une fondation ou association reconnue d'utilité publique agréée par le ministre chargé du budget dans les conditions mentionnées au dernier alinéa du même 2 bis. Ces organismes délivrent aux fonds de dotation une attestation justifiant le montant et l'affectation des versements effectués à leur profit ».

réduction de leur impôt de solidarité sur la fortune (ISF), devenu « impôt sur la fortune immobilière » (IFI) aux termes de l'article 964 du Code général des impôts créé par l'article 31 de la loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018.

Pour que les donataires personnes physiques puissent bénéficier de 66 % de réduction d'impôt sur le revenu (dans la limite de 20 % de leur revenu imposable), l'OSBL doit remplir les critères de la non-lucrativité au sens fiscal⁸⁵¹ ainsi que l'une des cinq conditions (simplifiées) suivantes :

- 1) Être « d'intérêt général »⁸⁵², c'est-à-dire
 - avoir un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel (sauf pour les œuvres à caractère pornographique ou incitant à la violence), ou concourir à la défense de l'environnement naturel et
 - ne pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes, en poursuivant « *des intérêts particuliers d'une ou plusieurs personnes clairement individualisables, membre(s) ou non de l'organisme. Sont ainsi considérés comme exerçant leur activité au profit d'un cercle restreint de personnes, des organismes qui ont pour objet de servir les intérêts particuliers, notamment matériels et moraux, d'une ou plusieurs personnes, familles ou entreprises, de quelques artistes ou de certains chercheurs, etc.* »⁸⁵³, ou
- 2) être une association ou un fonds de dotation exerçant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse, par la prise de participations minoritaires, l'octroi de subventions ou encore de prêts bonifiés à des entreprises de presse, au sens du 1 de l'article 39 bis A, ou
- 3) être une fondation reconnue d'utilité publique, une fondation universitaire ou une fondation partenariale, ou
- 4) être une fondation d'entreprise, mais dans ce cas, seuls les salariés des entreprises fondatrices ou des entreprises du groupe d'une entreprise fondatrice pourront bénéficier de cette réduction d'IR, ou

⁸⁵¹ Cf. *supra* n°93 et s.

⁸⁵² La doctrine fiscale oppose l'intérêt général aux initiatives bénéficiant à un cercle restreint de personnes, ce que conteste le HCVA, proposant l'ajout d'un nouvel alinéa à la fin du b) de l'article 200 et du a) de l'article 238bis ainsi rédigé : « *Les caractères énumérés à l'alinéa précédent s'apprécient indépendamment de la nature fermée ou non de l'organisme considéré* ». - HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 31.

⁸⁵³ BOFiP-Impôts, BOI-IR-RICI-250-10-10 §130 du 10 mai 2017.

5) être un fonds de dotation

- dont la gestion est désintéressée et
- qui reverse les revenus tirés des dons et versements aux organisations d'intérêt général ou à la Fondation du patrimoine à une fondation ou association reconnue d'utilité publique agréée par le Ministre chargé du Budget. Ces organismes délivrent aux fonds de dotation une attestation justifiant le montant et l'affectation des versements effectués à leur profit.

357. La super-réduction d'impôt sur le revenu prévue par l'amendement Coluche. -

L'article 200, 1 ter, appelé « amendement Coluche », dispose :

« Le taux de la réduction d'impôt visée au 1 est porté à 75 % pour les versements effectués au profit d'organismes sans but lucratif qui procèdent à la fourniture gratuite de repas à des personnes en difficulté, qui contribuent à favoriser leur logement ou qui procèdent, à titre principal, à la fourniture gratuite des soins mentionnés au 1° du 4 de l'article 261 à des personnes en difficulté. Ces versements sont retenus dans la limite de 530 euros à compter de l'imposition des revenus de l'année 2016. Il n'en est pas tenu compte pour l'application de la limite mentionnée au 1 ».

358. La procédure du rescrit fiscal. - En cas de doute sur la faculté d'émettre des reçus fiscaux, autrement dit sur le fait de remplir effectivement les conditions fiscales de l'intérêt général posées aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts, les entreprises de l'ESS peuvent, au préalable, interroger l'Administration fiscale selon la procédure de rescrit fiscal décrite à l'article L. 80C du Livre des procédures fiscales.

359. La réduction d'impôt sur la fortune immobilière. – Le nouvel article 978 du Code général des impôts créé par l'article 31 de la loi de finances pour 2018 maintient telle quelle l'incitation aux dons en direction des redevables à l'ISF en leur permettant de diminuer leur IFI de 75 % du montant de leur libéralité, dans la limite de 50 000 euros, lorsque la libéralité est faite au profit de l'une des entreprises de l'ESS suivantes :

- Des établissements de recherche ou d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés, d'intérêt général, à but non lucratif et des établissements d'enseignement supérieur consulaire mentionnés à l'article L. 711-17 du Code de commerce
- Des fondations reconnues d'utilité publique
- Des fondations universitaires et des fondations partenariales

- Des associations reconnues d'utilité publique de financement et d'accompagnement de la création et de la reprise d'entreprises ; l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 24 avril 2018 fixant la liste des associations reconnues d'utilité publique de financement et d'accompagnement de la création et de la reprise d'entreprises prévue au 10^o du I de l'article 978 du Code général des impôts précise qu'il s'agit de l'Association pour le droit à l'initiative économique (ADIE), du Réseau Entreprendre et d'Initiative France.
- Des associations intermédiaires facilitant l'insertion professionnelle
- Des entreprises d'insertion et des entreprises de travail temporaire d'insertion
- Des ateliers et chantiers d'insertion
- Des entreprises adaptées aux travailleurs handicapés
- Des groupements d'employeurs dans le domaine de l'insertion.

D'après le baromètre du don ISF-IFI d'Ipsos-Apprentis d'Auteuil réalisé en février 2018, moins d'un assujetti à l'ISI sur deux (49 %) sait qu'il pourra déduire autant qu'auparavant du montant de son IFI les dons qu'il aura accordés à des organismes caritatifs, et 54 % d'anciens assujettis à l'ISF non assujettis à l'IFI pensent qu'il faudrait mettre en place un nouveau dispositif compensatoire permettant de déduire une partie de ces dons de leurs impôts à la place de celui qui existait pour l'ISF pour qu'ils continuent à donner autant ou plus qu'en 2017⁸⁵⁴. En réalité, les dons qui n'auront pas pu donner lieu à une réduction d'IFI peuvent toujours être déduits de l'IR⁸⁵⁵.

360. IFI et démembrement de propriété. – La donation temporaire d'usufruit (DTU) à une OSBL, portant sur des biens immobiliers ou des parts de sociétés civiles immobilières (SCI)⁸⁵⁶ permet au donateur (nu-proprétaire) d'être totalement exonéré d'IFI sur le bien donné en usufruit à cinq conditions cumulatives⁸⁵⁷. Ainsi la DTU doit :

- prendre la forme d'une donation par acte notarié ;
- être réalisée au profit d'un organisme appartenant à l'une des catégories suivantes :
 - fondations ou associations reconnues d'utilité publique,

⁸⁵⁴ APPRENTIS D'AUTEUIL, « Enquête Ipsos : l'IFI et le don ». En ligne : <<https://www.apprentis-auteuil.org/comment-soutenir-apprentis-dauteuil/donner-au-titre-de-lifi/enquete-ipsos-lifi-et-le-don.html>> (consulté le 12 avril 2018).

⁸⁵⁵ TABUTEAU, A., « Dons à une association par un particulier : quelle est l'option fiscale la plus avantageuse ? », 30 juillet 2018. En ligne : <<https://www.eff.fr/actualites/associations/fiscalite/details.html?ref=R-744c30ad-761d-4046-b63d-926ebe74b25c>> (consulté le 3 août 2018).

⁸⁵⁶ GOATER, S., « Donation temporaire d'usufruit - Charmes discrets d'une solution philanthropique », *JA* n°582/2018, 1^{er} juillet 2018, p. 38-40.

⁸⁵⁷ BOFiP-Impôts, BOI-PAT-ISF-30-20-20 du 8 décembre 2014, § 200.

- associations culturelles ou de bienfaisance autorisées à recevoir des dons et legs ou établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle,
- établissements d'enseignement supérieur ou artistique à but non lucratif agréés. Il s'agit d'organismes d'intérêt général habilités à recevoir des donations. Il est rappelé que l'intérêt général se caractérise par l'exercice d'une activité non lucrative, le caractère désintéressé de la gestion et l'absence de fonctionnement au profit d'un cercle restreint de personnes ;
- être effectuée pour une durée au moins égale à trois ans (mais limitée à trente ans par l'article 619 du Code civil). Lorsqu'au-delà d'une première période de trois ans ou plus, la donation temporaire est prorogée, cette prorogation peut concerner une période plus courte ;
- porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire. Il peut s'agir :
 - d'une contribution financière. Préalablement à la transmission temporaire, l'organisme bénéficiaire doit alors avoir été mis en mesure de s'assurer que le rendement prévisionnel est substantiel,
 - ou d'une contribution matérielle (exemple : mise à disposition de locaux d'habitation au profit d'une association d'aide au logement) ;
- préserver les droits de l'usufruitier.

L'OSBL donataire peut être exonérée des droits de mutation⁸⁵⁸ et peut bénéficier d'un IS au taux réduit de 24 % sur les produits de l'usufruit (loyer, dividende)⁸⁵⁹.

361. Les prévisions d'impact de la réforme de l'ISF sur les ressources des bénéficiaires des dons-IFI. – L'IFI concernerait 150 000 foyers seulement (contre 350 000 pour l'ISF)⁸⁶⁰ et les premières estimations des dons-IFI collectés en 2018 font état d'une chute de 50 à 60 % des dons de 2017 à 2018 (soit 135 à 165 millions d'euros collectés en 2018 contre 273 millions en 2017)⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Cf. *supra* n°352.

⁸⁵⁹ Cf. *infra* n°401.

⁸⁶⁰ CASTAGNET, M., « L'IFI ne fait pas la fortune des associations », *La Croix*, 14 juin 2018. En ligne : <<https://www.la-croix.com/Economie/France/LIFI-fait-pas-fortune-associations-2018-06-14-1200947255>> (consulté le 9 juillet 2018).

⁸⁶¹ GRZYBOWSKI, L., « La réforme de l'ISF fait chuter les dons », *La Vie*, 6 juillet 2018. En ligne : <http://www.lavie.fr/actualite/societe/la-reforme-de-l-isf-fait-chuter-les-dons-03-07-2018-91233_7.php> (consulté le 9 juillet 2018).

362. La prise en compte des réductions d'impôt dans le système de prélèvement à la source. - Quelles seront les conséquences du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu prévu à l'article 60 de la loi n°2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, finalement reporté au 1^{er} janvier 2019 par l'ordonnance n°2017-1390 du 22 septembre 2017 relative au décalage d'un an de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu ? Comme d'habitude, au printemps 2019, les contribuables devront renseigner les libéralités effectuées en 2018 et conserver les reçus fiscaux émis par les donataires. Les réductions d'impôt seront appliquées lors de la régularisation à l'été 2019⁸⁶².

363. Les plus pertinentes propositions d'amélioration du dispositif de réduction d'IR et d'ISF-IFI. - Le HCVA plaide en faveur d'une extension du dispositif de réduction d'ISF-IFI à l'ensemble des associations reconnues d'utilité publique, dont le niveau de contrôle est identique à celui des fondations reconnues d'utilité publique⁸⁶³.

En 2013, dans son rapport « Pour une économie positive », le groupe de réflexion présidé par Jacques ATTALI a proposé le rehaussement du plafond des libéralités donnant droit à des réductions d'IR et d'ISF.

2. La vitalité du don manuel et ses mutations technologiques, un défi pour l'Administration fiscale

364. L'obsolescence du cadre fiscal des incitations aux libéralités. - Il nous paraît plus urgent de revoir le dispositif juridique et fiscal encadrant les dons manuels au vu des importantes mutations technologiques qu'ils ont connues récemment, tels que le don *via* les *Short message system* (SMS ou « textos »), courriel solidaire, plateformes de *crowdfunding* (littéralement « financement par la foule », ou « financement participatif » en français correct) et autres réseaux sociaux.

⁸⁶² MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, « Prélèvement à la source : quel impact pour les dons aux associations ? », 12 mars 2018. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/prelevement-a-la-source-quel-impact-pour-les-dons-aux-associations.html>> (consulté le 5 avril 2018).

⁸⁶³ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 32-33.

365. Les deux principales tendances d'évolution du don manuel : le *crowdfunding* et la générosité embarquée. - Il convient tout d'abord de distinguer, d'une part, les dons manuels simples tels que le bouton « faire un don » sur Facebook, HelloAsso ou encore la plateforme de *crowdfunding* KissKissBankBank (*crowdfunding*), et, d'autre part, la « générosité embarquée » ou « don indolore »⁸⁶⁴, opération par laquelle le don est l'accessoire d'une autre opération économique.

366. Les différentes techniques de générosité embarquée. - Parmi les pratiques innovantes de générosité embarquée, on peut citer l'arrondi sur salaire, l'arrondi en caisse, l'abandon de points de fidélité au profit d'une œuvre caritative, le don par SMS, le courriel solidaire (par exemple, don d'un euro réalisé automatiquement par l'organisateur de la collecte à partir d'un certain nombre d'e-mails envoyés ou de publicités solidaires ouvertes⁸⁶⁵), l'e-commerce solidaire (qui permet de donner quelques euros à la fin d'une commande en ligne⁸⁶⁶), la carte bancaire solidaire (qui permet d'effectuer un don à chaque retrait en distributeur automatique).

Autre don accessoire d'une opération économique, mais non dérisoire cette fois : le don partiel ou total des intérêts perçus par les particuliers au titre de leurs placements dits « de partage » (livrets contractuels ou assurance-vie) ainsi que le don d'une partie de leur capital ou des intérêts produits par le livret de développement durable et solidaire⁸⁶⁷, produit d'épargne réglementé remplaçant le livret de développement durable depuis le 11 décembre 2016, déjà commercialisé malgré l'absence de décret d'application sur les modalités de ce don, et notamment celles de la sélection des bénéficiaires par le client.

367. La générosité embarquée, inintéressante pour l'OSBL qui respecterait son obligation de délivrer des reçus fiscaux. – Toutes ces techniques sont autant de nouvelles formes d'appels publics à la générosité, soulevant le même problème juridique et fiscal : il

⁸⁶⁴ CENTRE D'ETUDE ET DE RECHERCHE SUR LA PHILANTHROPIE, *Les financements innovants des associations et fondations : État des lieux et perspectives*, décembre 2013. En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/donner-a-un-fonds-ou-une-fondation/documentation/etude-les-financements-innovants-des-associations-et-fondations-etat-des-lieux-et-perspectives>> (consulté le 22 mai 2017).

⁸⁶⁵ VIALLE, É., « L'e-mail solidaire fait du clic », 10 juin 2009. En ligne : <<http://www.youphil.com/fr/article/0585-l-email-solidaire-fait-du-clic?ypcli=ano>> (consulté le 22 mai 2017).

⁸⁶⁶ POUYAT, A., « cestbonesprit.fr, un nouveau site de e-commerce solidaire », 18 octobre 2016. En ligne : <<https://www.reforme.net/gratuit/cestbonesprit-fr-nouveau-site-de-e-commerce-solidaire/>> (consulté le 22 mai 2017).

⁸⁶⁷ CMF, art. L. 221-27.

s'agit certes le plus souvent de « micro-dons », d'une valeur dérisoire par rapport à celle de l'opération économique réalisée au principal, mais « *la remise d'un reçu fiscal n'en demeure pas moins obligatoire si le donateur demande à bénéficier de l'avantage fiscal, indépendamment du montant du don [...] Quant au coût de gestion du reçu fiscal, ne risquera-t-il pas d'être plus élevé que le montant du don lui-même en cas de don d'une somme très faible ?* »⁸⁶⁸L'opération demeure toutefois intéressante pour les OSBL qui ne sont pas d'intérêt général au sens fiscal et qui ne sont donc pas tenues de délivrer de reçu fiscal.

En attendant que le législateur exclue expressément les micro-dons du dispositif de réduction d'IR et d'IFI, les OSBL donataires remplissant les critères fiscaux de l'intérêt général n'ont plus qu'à espérer une renonciation des micro-donateurs à tout avantage fiscal, comme c'est généralement le cas en matière de dons en nature (vêtements, jouets, dons alimentaires, meubles, etc.). En effet, le problème n'a pas été résolu par l'article 94 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, créant l'article L.521-3-1 du Code monétaire et financier, qui est une transposition partielle de la directive n°2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE.

368. Le problème de l'inclusion du micro-don dans l'assiette de la TVA sur la vente principale. - S'agissant des dons par SMS, le HCVA rapporte que « *les quelques opérations humanitaires qui ont fait appel à cette technique ont échappé à la TVA, le plus souvent en raison d'un accord conclu avec l'État* »⁸⁶⁹. Le plus simple serait d'exempter purement et simplement ce type de dons de TVA (comme en République tchèque⁸⁷⁰) en distinguant l'opération principale de vente de bien ou de prestation de services et l'opération accessoire de don.

⁸⁶⁸ COUCHOUX, S., « Le don par SMS bientôt légalisé », 12 mai 2016. En ligne : <<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2016/05/don-sms-bientot-legalise/>> (consulté le 22 mai 2017).

⁸⁶⁹ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 39.

⁸⁷⁰ EUROPEAN CENTER FOR NOT-FOR-PROFIT LAW, INTERNATIONAL CENTER FOR NOT-FOR-PROFIT LAW, UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *The Regulatory Framework for Fundraising in Europe, 2017*, p. 48. En ligne : <http://ecnl.org/wp-content/uploads/2017/11/The-Regulatory-Framework-for-Fundraising-in-Europe_ECNL-research.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

369. La fiscalité du *crowdfunding* et les nouvelles perspectives offertes par la technologie *blockchain*. - S'agissant des dons simples dématérialisés *via* une plateforme⁸⁷¹ ou un réseau social (*crowdfunding*), en dehors des exigences de sécurisation des paiements en ligne, de l'encadrement de l'activité des plateformes et d'absence de contrepartie face à la pratique répandue des « dons avec récompense », encore appelés « dons contre dons », aucune difficulté fiscale particulière n'a été relevée, quand bien même ces dons s'exprimeraient en cryptomonnaie. L'immatriculation des plateformes de *crowdfunding* en tant qu'intermédiaire en financement participatif est facultative car cette activité ne contrarie aucun monopole légal.

Les cryptomonnaies (telles que le bitcoin) reposent sur la technologie appelée *blockchain*, qui est un logiciel permettant de stocker et de transférer en ligne tout élément dématérialisable (des informations, des documents, de la monnaie, des droits réels...), avec un niveau inégalable de traçabilité et de transparence puisque chaque opération est enregistrée de manière irréversible et l'historique des transactions peut être consulté par tout utilisateur de la *blockchain*. Ainsi, les dons en cryptomonnaies, au taux de change en cours, sont privilégiés par les organisations internationales (telles qu'UNICEF) ou non gouvernementales souhaitant se prémunir de tout soupçon de corruption. Certaines ONG ont même créé leur propre cryptomonnaie pour lever des fonds pour leur projet (par exemple Water, une ONG qui favorise l'accès à l'eau potable, a émis la cryptomonnaie CleanWater. La *blockchain* permet également aux donateurs de suivre l'affectation de leurs dons⁸⁷².

Une *blockchain* peut également être programmée pour verser un don à une OSBL sous la condition suspensive de la réalisation d'un ou plusieurs objectifs d'utilité sociale définis par avance, ce qui permet de combiner la technique du contrat à impact social⁸⁷³ avec l'outil de *crowdfunding*. C'est le cas d'Alice Smart Contracts, qui permet de faire de tels dons en monnaie stable⁸⁷⁴.

370. Le poids du *crowdfunding* en France. - D'après l'association Financement Participatif France, en 2017, les dons ont représenté 82,8 millions d'euros (contre 68,6 millions en 2016),

⁸⁷¹ Les plus connues sont KissKissBankBank, Ulule, MyMajorCompany, Bulb in Town.

⁸⁷² LEHR, D., LAMB, P., "Digital Currencies and Blockchain in the Social Sector", 18 janvier 2018. En ligne : <https://ssir.org/articles/entry/digital_currencies_and_blockchain_in_the_social_sector1?utm_source=Enews&utm_medium=Email&utm_campaign=SSIR_Now&utm_content=Title> (consulté le 19 janvier 2018).

⁸⁷³ Cf. *infra* n°411 et s.

⁸⁷⁴ GITHUB.COM, « alice-si/contracts ». En ligne : <<https://github.com/alice-si/contracts>> (consulté le 6 décembre 2018).

soit près de 25 % des 336 millions d'euros collectés au total grâce au *crowdfunding* dans son ensemble (i.e. *crowdgiving*, *crowdlending* ou « prêt participatif »⁸⁷⁵ et *crowd equity*⁸⁷⁶ ou « investissement participatif »), contre 30 % en 2016. Sur les sites de dons, le montant moyen récolté se situe entre 4 001 et 4 785 euros, selon que la plateforme offre ou non une contrepartie, pour des dons moyens compris entre 62 et 69 euros (entre 62 et 63,40 euros en 2016)⁸⁷⁷.

371. Le *crowdgiving*, alternative à l'impôt pour financer les projets des collectivités territoriales. - Le financement participatif, et en particulier le *crowdgiving*, peut être utilisé pour financer en tout ou partie des projets qui devraient relever des missions d'intérêt général des personnes publiques, et plus spécifiquement des collectivités territoriales. Certaines plateformes se sont même spécialisées dans la collecte de fonds au profit des projets des collectivités territoriales directement⁸⁷⁸. Quel regard porter sur ces tentatives politiques de transfert du coût des missions d'intérêt général ? C'est à peu près la question posée lors des Assises de la finance participative 2014 organisée par Financement Participatif France aux participants de la table ronde « *Le crowdfunding peut-il se substituer à la sphère publique ?* »⁸⁷⁹ sous la modération d'Arnaud POISSONNIER, Président de la plateforme de *crowdfunding* Babyloan.

David CLEMENT, Directeur Risques conformité contrôle interne à la Caisse des Dépôts confirme que « *dans l'ESS, il y a une forme de substitution* » du *crowdfunding* au financement public, et non une complémentarité de ces modes de financement. Or pour Anne de BETHENCOURT, Vice-Présidente de l'Institut de l'économie circulaire, une utilisation *up-bottom* (i.e. « du haut vers le bas ») où les collectivités se contenteraient de faire financer leurs projets par la foule, au lieu de co-construire les projets avec les citoyens⁸⁸⁰, reviendrait à créer une nouvelle forme d'impôt, auquel les contribuables adhèreraient de moins en moins. En

⁸⁷⁵ Cf. *infra* n°424.

⁸⁷⁶ Cf. *infra* n°456.

⁸⁷⁷ FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Baromètre du crowdfunding 2016 », avril 2017. En ligne : <<http://financeparticipative.org/wp-content/uploads/2017/02/Barometre-CrowdFunding-2016.pdf>> (consulté le 22 mai 2017).

FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Baromètre du crowdfunding 2017 », 18 janvier 2018. En ligne : <http://financeparticipative.org/wp-content/uploads/2018/01/Barometre-CrowdFunding-2017_KPMG-FPF_page-à-page.pdf> (consulté le 20 janvier 2018).

⁸⁷⁸ COLLECTICITY. « Pour les projets publics ». En ligne : <<https://www.collecticity.fr>> (consulté le 17 août 2017).

⁸⁷⁹ FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Assises 2014 - Civic crowdfunding », 30 décembre 2014. En ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=BvXk6ufl05Q>> (consulté le 17 août 2017).

⁸⁸⁰ Cf. *supra* n°338-339.

revanche, pour Marc LHERMITTE, Associé chez EY, les contribuables vont jouer le jeu du financement participatif si les personnes publiques parviennent à leur prouver que le financement citoyen participatif va réduire leurs impôts. Déborah MÜNZER, Maire adjointe de Nogent-sur-Marne, Vice-Présidente de la Fédération nationale des collectivités pour la culture abonde dans le sens de Marc LHERMITTE pour autant que les personnes publiques, d'une part, impliquent les citoyens dans l'élaboration de projets et, d'autre part, ne se désengagent pas du financement : elle cite l'exemple de la ville de New York qui recense les projets, les présente aux New-Yorkais et finance elle-même les projets plébiscités, ou l'exemple de l'ancienne région Poitou-Charentes qui abonde d'un euro chaque euro donné par les citoyens (« un euro pour un euro »).

Pour notre part, l'utilisation du *crowdfunding* par la puissance publique nous met mal à l'aise pour deux raisons : la première et la plus importante, c'est le fait que l'on assiste ainsi, de manière plus manifeste encore que les réductions fiscales sur les libéralités, à un glissement de la solidarité nationale par l'impôt pour financer les dépenses publiques d'intérêt général vers une solidarité « à la carte » *via* une plateforme de *crowdfunding*. La seconde, c'est la confirmation de la résolution de l'État et des collectivités territoriales à s'accaparer les ressources financières des OSBL⁸⁸¹.

II. Le mécénat de l'entreprise seule ou *via* ses salariés

372. Le mécénat, complément non négligeable des libéralités des particuliers. Plan. -

Les libéralités des entreprises, ou « mécénat », constituent une autre source importante de financement pour les OSBL. Le mécénat d'entreprise peut être mis en œuvre par l'entreprise seule (1) ou *via* ses salariés (2).

1. L'incitation de l'entreprise seule

373. Distinction entre mécénat et *sponsoring*. - On constate que la frontière entre mécénat et *sponsoring* (« parrainage ») est poreuse, même si les deux notions ont des fondements juridiques différents.

⁸⁸¹ Cf. *supra* n°2.

Le parrainage est défini par l'arrêté ministériel du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière.

« Parrainage.

Domaine : Économie/Finances.

Définition : Soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct.

Note : Les opérations de parrainage sont destinées à promouvoir l'image du parrain et comportent l'indication de son nom ou de sa marque ».

Le parrainage entraîne des dépenses de nature publicitaire.

Le mécénat d'entreprise, lui, se fonde sur l'article 238 bis du Code général des impôts. L'entreprise mécène bénéficie d'une réduction d'impôt sur les sociétés représentant 60 % du montant des libéralités (y compris les abandons de recettes, les dons agricoles, les dons d'invendus alimentaires ou vestimentaires⁸⁸² représentant des dons en nature⁸⁸³) accordées aux entreprises de l'ESS remplissant les mêmes conditions d'intérêt général que l'avantage fiscal prévu à l'article 200 pour les particuliers⁸⁸⁴, dans la limite de 0,5% de leur chiffre d'affaires hors taxes. Le cabinet FIDAL suggère d'inclure dans la valeur de la libéralité les frais de collecte et les frais de transport⁸⁸⁵, or l'Administration fiscale pourrait facilement lui opposer les frais de stockage ou de destruction évités grâce au don en nature.

Le mécénat d'entreprise est, en principe, sans contrepartie. Toutefois, et chose étrange, « il est considéré que l'association du nom de l'entreprise versante aux opérations réalisées par l'organisme relève du mécénat si elle se limite à la mention du nom du donateur, quels que soient le support de la mention (logo, sigle etc.) et la forme du nom, à l'exception de tout

⁸⁸² Cf. loi n°2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire. La feuille de route « économie circulaire » présentée par le Premier Ministre Édouard Philippe le 23 avril 2018 prévoit notamment de « faire valoir d'ici 2019 pour la filière textile les grands principes de la lutte contre le gaspillage alimentaire » (mesure n°15). Jusqu'ici, certaines grandes chaînes de prêt-à-porter brûlaient ou javellisaient les vêtements invendus. — MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, « La feuille de route économie circulaire ». En ligne : <<https://www.consultation-economie-circulaire.gouv.fr/la-feuille-de-route-economie-circulaire>> (consulté le 24 avril 2018).

⁸⁸³ BOFiP-impôts BOI-BIC-RICI-20-30-10-20 du 3 janvier 2018.

⁸⁸⁴ Cf. *supra* n°356.

⁸⁸⁵ Proposition n°19 in COUCHOUX, S. (Dir.), « Mécénat & Fondations en France : un nouveau souffle ! », septembre 2017, p. 24. En ligne : <[http://www.fidal-avocats-leblog.com/dl/2017/10/Etude-FIDAL-Mécénat-Fondation-Nouveau-souffle-Sept-2017.pdf](http://www.fidal-avocats-leblog.com/dl/2017/10/Etude-FIDAL-Mecénat-Fondation-Nouveau-souffle-Sept-2017.pdf)> (consulté le 13 juillet 2018).

message publicitaire », et « le fait que l'organisme accorde des contreparties à l'entreprise qui effectue un versement à son profit ne remet pas en cause l'intention libérale caractérisant l'éligibilité du versement à la réduction d'impôt dès lors que ce versement est manifestement disproportionné par rapport aux contreparties accordées »⁸⁸⁶. Pour les praticiens, cette contrepartie tolérée va jusqu'à 25 % du montant du don. « *Il pourra s'agir, dans le cas d'un mécénat attribué à un organisme culturel d'intérêt général, de billets pour les spectacles, de visites privées, de mise à disposition d'espaces de réception, de l'insertion du logo de l'entreprise sur un catalogue d'exposition, etc.* »⁸⁸⁷.

374. Mécénat et green- ou social washing. - Lorsque le mécénat d'entreprise passe par une OSBL à gestion désintéressée telle qu'une fondation ou un fonds de dotation, on parle de « mécénat en régie indirecte »⁸⁸⁸. En 2005, le mécénat en provenance de l'entreprise fondatrice ou des entreprises fondatrices représentait 99,8 % des ressources des fondations d'entreprises⁸⁸⁹. Malheureusement, on note parfois une dissonance (i.e. « *green washing* » ou « *social washing* », ou « écoblanchiment » en français) entre la politique de RSE mise en œuvre en régie indirecte et l'impact sociétal de l'activité économique de l'entreprise mécène elle-même⁸⁹⁰.

375. Les risques juridiques d'une collision entre mécénat et commande publique. - En outre, Brigitte CLAVAGNIER et Wilfried MEYNET font remarquer que le mécénat, en régie directe ou indirecte, frôle l'illégalité lorsque le donataire est une entreprise contrôlée par un établissement public ou une collectivité territoriale et que le mécène répond à titre habituel aux appels d'offres du donataire⁸⁹¹. À Marseille, par exemple, les mécènes engagés dans les fonds de dotation Marseille Patrimoine 2013-2020 et Marseille Art 2013-2020 passent régulièrement des marchés publics avec la Ville de Marseille, membre fondateur de ces deux fonds de

⁸⁸⁶ BOFiP-Impôts BOI-BIC-RICI-20-30-10-20 du 3 janvier 2018, § 160, al. 1^{er} et 3.

⁸⁸⁷ JEGARD, F., « Le mécénat, une autre source de financement », *JA* n°356/2007, 1^{er} avril 2007, p. 29.

⁸⁸⁸ LABO DE L'ESS (LE), « Le mécénat pour développer les projets de l'économie sociale et solidaire », 16 mai 2017. En ligne : <<http://lelabo-ess.org/le-mecenas-pour-developper-les-projets-de-l.html>> (consulté le 23 mai 2017).

⁸⁸⁹ LAURENS (DE), O., « Les Fondations en France en 2007 », p. 23. En ligne : <http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fondations-en-france-en-2007-1/les-fondations-en-france-en-2007> (consulté le 16 octobre 2016).

⁸⁹⁰ GUERARD, S., « Les fondations : un pied dans l'économie sociale, l'autre dehors », 7 juin 2016. En ligne : <<http://www.humanite.fr/les-fondations-un-pied-dans-leconomie-sociale-lautre-dehors-608864>> (consulté le 23 mai 2017).

⁸⁹¹ CLAVAGNIER, B., MEYNET, W., « Mécénat et collectivités territoriales : une clarification indispensable ! », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 3.

dotation⁸⁹². Ainsi en 2013, « en pleine négociation des contrats de l'eau à 3 milliards de Marseille Provence métropole, Suez et la Société des eaux de Marseille, délégataires sortants reconduits, ont versé respectivement 2 millions pour le palais Longchamp et 3 millions d'euros pour le musée d'histoire »⁸⁹³. De même, en 2012 et en 2013, un milliardaire sud-coréen mécène du Musée du Louvre et du Château de Versailles, respectivement à hauteur d'un million et un million et demi d'euros, avait pu exposer ses photographies pendant tout le mois de juillet 2012 au Jardin des Tuileries au Louvre puis au mois d'août 2013 au Château de Versailles, alors qu'il était un parfait inconnu dans ce domaine⁸⁹⁴.

Les sanctions encourues en cas de délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (encore appelé « délit de favoritisme ») sont des peines de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (C. pén., 432-14).

Pour éviter d'éveiller de tels soupçons, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) préconise⁸⁹⁵ l'adoption d'une charte déontologique sur le modèle de la charte du mécénat culturel publiée le 1^{er} décembre 2014, dont l'article 11 paragraphe g) stipule⁸⁹⁶:

« L'organisme bénéficiaire doit mettre tout en œuvre pour éviter qu'un mécène qui serait en passe de devenir son fournisseur ou son prestataire soit avantage par rapport à d'autres opérateurs dans une procédure de mise en concurrence. De la même manière, pour certains projets particulièrement sensibles (par exemple, la mise en place d'un schéma de sécurité des œuvres de musée), l'organisme bénéficiaire se réserve la

⁸⁹² GARCIA, C., « Marseille lance ses propres outils de mécénat », *La Tribune*, 5 décembre 2011. En ligne : <https://marseille.latribune.fr/Actualites/Marseille-lance-ses-propres-outils-de-mecenat-_674.html> (consulté le 3 août 2018).

⁸⁹³ VINZENT, J., « Fonds de dotation culturels : où vont les millions des entreprises ? », 1^{er} septembre 2014. En ligne : <<https://marsactu.fr/fonds-de-dotation-culturels-ou-vont-les-millions-des-entreprises/>> (consulté le 23 mai 2017).

⁸⁹⁴ CENA, O., « Ahae : le photographe, le milliardaire et autres faits divers », 23 juillet 2014. En ligne : <<http://www.telerama.fr/scenes/ahae-le-photographe-le-milliardaire-et-autres-faits-divers,115211.php>> (consulté le 16 février 2018).

⁸⁹⁵ HAUTE AUTORITE POUR LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE, *La déontologie dans les établissements publics culturels. Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication*, juin 2016, p. 15. En ligne : <<http://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/La-deontologie-dans-les-etablissements-publics-culturels.pdf>> (consulté le 16 février 2018).

⁸⁹⁶ MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, « Charte du mécénat culturel », 1^{er} décembre 2014. En ligne : <http://www.cinematheque.fr/static/apps/cinematheque_templates/files/mecenats/CHARTE%20mecenat%20culturel-2.pdf> (consulté le 16 février 2018).

possibilité de refuser le mécénat d'entreprises dont l'activité serait susceptible de laisser planer un doute quant à l'impartialité du choix des fournisseurs.

Dans un esprit voisin, l'organisme bénéficiaire se réserve la possibilité de ne pas accepter le mécénat d'une entreprise qui participerait (ou aurait participé récemment) à une mise en concurrence préalable à la passation d'un marché public, que l'objet du mécénat éventuel ait un lien direct ou non avec l'objet du marché.

De même, l'organisme bénéficiaire se réserve la possibilité de ne pas recevoir du mécénat de la part d'entreprises opératrices sur le marché des œuvres d'art, de telle sorte que ne puisse jamais être mise en doute l'intégrité des transactions que l'organisme bénéficiaire pourrait être amené à conduire avec elles dans le cadre de sa politique d'acquisition d'œuvres d'art ».

La praticienne Sandrine GOATER-MARION conseille d'annexer ce document aux conventions de mécénat⁸⁹⁷. Bien entendu, la conclusion d'un tel ensemble contractuel ne fera pas obstacle à une appréciation *in concreto* de la réalisation du délit de favoritisme par le juge.

376. Le poids du mécénat en France. - Le baromètre du mécénat d'entreprise en France, publié tous les deux ans par l'association reconnue d'utilité publique Admical, fait état en mai 2016⁸⁹⁸ — et pour la première fois depuis six ans — d'une augmentation, non seulement du nombre d'entreprises mécènes (de 12 % en 2014 à 14 % en 2016), mais surtout du montant des dons des entreprises, qui s'élève désormais à 3,5 milliards d'euros (+ 25 %)⁸⁹⁹.

377. Deux pistes pour développer le mécénat en France. - Ces chiffres pourraient encore s'accroître si deux types de réformes étaient adoptées : l'une visant à faciliter l'accès au mécénat pour les TPE et PME, et l'autre généralisant la défiscalisation du mécénat européen en faveur des entreprises de l'ESS françaises.

⁸⁹⁷ GOATER-MARION, S., « Prévenir le risque de porosité avec les marchés publics », *JA* n°573/2018, 15 février 2018, p. 37.

⁸⁹⁸ Au moment du dépôt légal de cette thèse, les chiffres de 2018 n'ont pas encore été publiés.

⁸⁹⁹ ADMICAL, « Baromètre du mécénat d'entreprise : les chiffres-clés 2016 », mai 2016. En ligne : <<http://admical.org/contenu/barometre-du-mecenas-dentreprise>> (consulté le 23 mai 2017).

Les TPE et PME représentent certes 72 % des entreprises mécènes en France, mais seulement 40 % du budget global du mécénat en France en 2016. Pourquoi ? Parce que les TPE et PME atteignent trop vite le plafond de 0,5 % du chiffre d'affaires HT, sachant que la définition de la PME contenue à l'article 51 de la loi « LME » du 4 août 2008 plafonne le chiffre d'affaires des PME à 50 millions d'euros HT ; par conséquent, le budget « mécénat » d'une PME ne saurait excéder 250 000 euros pour ouvrir entièrement droit à une réduction d'IS.

Le Conseil d'État défend le principe du plafonnement du mécénat : « *Notamment en matière de recherche, la prépondérance de la part du financement privé peut entraîner des risques de distorsion dans les priorités de santé publique* »⁹⁰⁰. Sans le remettre en cause tout en encourageant le mécénat des TPE, Admical, le Mouvement associatif et le HCVA proposent d'établir une franchise de 10 000 euros ; au-delà, le plafond de 0,5 % du chiffre d'affaires s'appliquerait⁹⁰¹. Stéphane COUCHOUX⁹⁰² et Wilfried MEYNET⁹⁰³ proposent quant à eux une progressivité du plafond annuel de dons en fonction de la taille de l'entreprise mécène. Cette approche nous paraît la meilleure.

La défiscalisation du mécénat étranger en faveur des entreprises de l'ESS françaises est possible au sein de l'Espace économique européen (EEE) au nom du principe de libre circulation des capitaux énoncé aux articles 63 et suivants du TFUE⁹⁰⁴ : c'est la portée principale de l'arrêt « Persche »⁹⁰⁵. L'entreprise mécène qui a fait un don à un organisme visé par les articles 200 et 238 bis du Code général des impôts peut alors profiter des avantages fiscaux de l'État membre dont elle est contribuable, en présentant le reçu fiscal français, sous réserve qu'un dispositif similaire de déduction fiscale existe dans cet autre État membre et que l'entreprise de l'ESS française bénéficiaire remplisse bien les conditions juridiques et fiscales pour entrer dans ce

⁹⁰⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Rendre plus attractif le droit des fondations. Étude adoptée par la Section de l'intérieur et la Section du rapport et des études du Conseil d'État siégeant en sections réunies les 27 et 28 novembre 1996*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1997, p. 103.

⁹⁰¹ MENANTEAU, B., « Un mécénat d'entreprise à plusieurs vitesses », *JA* n°504/2014, p. 24.

HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 45.

Proposition n°51 in MOUVEMENT ASSOCIATIF (LE), préc., p. 34.

⁹⁰² COUCHOUX, S. (Dir.), « Loi Aillagon : que retenir des 10 ans du “dispositif mécénat” ? », 23 janvier 2014, p. 8. En ligne : http://www.fidal.pro/documents/char1212/Brochure%20Enquête%20dispositif%20Mécénat_VV.pdf (consulté le 23 mai 2017).

⁹⁰³ MEYNET, W., « Ce n'est qu'un début... continuons le combat ! », *JAC* n°16/2014, p. 36.

⁹⁰⁴ ex art. 56 et s. du Traité CE.

⁹⁰⁵ CJCE, 27 janvier 2009, « Hein Persche c/ Finanzamt Lüdenscheid », aff. C-318/07, point 38.

DEFOSSEZ, A., SIBONY, A.-L., « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », *RTD Eur.* 2010, p. 129.

dispositif. Malheureusement, ce droit à défiscalisation est très peu connu et mérite d'être mis en avant, tout comme le droit des entreprises françaises de l'ESS donataires visées par les articles 200 et 238 bis du Code général des impôts d'étendre leur champ territorial d'activité à l'ensemble de l'EEE et de continuer à émettre des reçus fiscaux⁹⁰⁶.

378. Le mécénat encouragé par le Conseil d'État. – De son côté, le Conseil d'État a opéré un récent revirement de sa jurisprudence⁹⁰⁷ en autorisant finalement les entreprises à déduire de l'assiette de la CET les dons qu'elles accordent dans le cadre de leur politique de mécénat. La CET se compose de la CFE et de la CVAE. Le calcul de la CVAE est régi par l'article 1647 B sexies du Code général des impôts. L'assiette de la CVAE correspond à la valeur ajoutée de l'entreprise, c'est-à-dire globalement à la différence entre ses recettes et ses achats. Jusque-là, les dons n'étant pas des achats, ils ne pouvaient diminuer la valeur ajoutée de l'entreprise. Désormais, par interprétation des normes comptables⁹⁰⁸, le Conseil d'État considère que les dons peuvent être enregistrés soit dans un compte « services extérieurs », soit dans les charges exceptionnelles, soit encore dans les charges d'exploitation (en raison de leur « caractère récurrent, comme relevant de l'activité habituelle et ordinaire de l'entreprise ») et peuvent ainsi être déduits du chiffre d'affaires. Cette prise de position du Conseil d'État favorise le développement du mécénat.

2. L'incitation des salariés au travers de leur entreprise

379. La politique RSE de l'employeur, un levier du bénévolat des salariés. - Au lieu de faire un don, les entreprises peuvent également mettre leur personnel à la disposition des OSBL. L'article L. 2323-84 du Code du travail dispose :

« Les salariés sont informés de la politique de l'entreprise concernant ses choix de mécénat et de soutien aux associations et aux fondations ».

⁹⁰⁶ BOFiP-Impôts, BOI-BIC-RICI-20-30-10-10 du 10 mai 2017.

⁹⁰⁷ FIEVET, R., « Les entreprises incitées à donner ». Note sous CE, 9 mai 2018, n°388209, *Lebon, JA* n°583/2018, 15 juillet 2018, p. 10.

⁹⁰⁸ - le règlement n° 91-01 du 16 janvier 1991 du comité de la réglementation bancaire ;
- le règlement n° 99-03 du 29 avril 1999 du comité de la réglementation comptable ;
- le règlement n° 2002-03 du 12 décembre 2002 du comité de la réglementation comptable ;
- le règlement n° 2005-04 du 3 novembre 2005 du comité de la réglementation comptable.

Cette information a vocation à susciter le soutien personnel des salariés à la politique de mécénat de leur employeur, par des libéralités ou par du bénévolat.

380. Autres dispositifs législatifs favorisant le développement du bénévolat des salariés.

- Le bénévolat des salariés est stimulé par d'autres dispositions légales, d'ordre public : les articles L. 3142-36 et suivants du Code du travail prévoient trois motifs de congés d'ordre public dans le champ de l'ESS :

- le congé de formation des dirigeants associatifs bénévoles et des mandataires mutualistes bénévoles⁹⁰⁹
- le congé de représentation des dirigeants associatifs et mutualistes bénévoles⁹¹⁰
- le congé de solidarité internationale⁹¹¹.

381. Distinction entre mécénat de compétences et prêt de main-d'œuvre à titre non

lucratif. - Lorsque l'entreprise mécène met gratuitement ses salariés à la disposition d'une entreprise de l'ESS visée à l'article 238 bis du Code général des impôts, on parle de « mécénat de compétences ». Ce don de compétences s'analyse en un don manuel en nature : la réduction de 60 % de l'IS sera alors calculée sur la base du coût de revient pour l'entreprise mécène, c'est-à-dire sur la base de la rémunération brute chargée de la personne mise à disposition⁹¹², à laquelle s'ajoutent, le cas échéant, les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition⁹¹³.

Ce don de force de travail est une catégorie de « prêt de main-d'œuvre à titre non lucratif », qui englobe la refacturation de l'exact coût du personnel prêté à l'entreprise bénéficiaire, quelle que soit sa forme juridique. Dans ce cas, la refacturation n'ouvre pas droit à un avantage fiscal puisqu'il ne s'agit pas d'un don.

L'une des cinq ordonnances de la réforme Pénicaud (dites « ordonnances Macron » ou « ordonnances travail »), l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, crée, en son article 33, l'article L. 8241-

⁹⁰⁹ Art. L. 3142-54-1.

⁹¹⁰ Art. L. 3142-60.

⁹¹¹ Art. L. 3142-67.

⁹¹² JEGARD, F., « Valorisation et comptabilisation du mécénat de compétences », *JA* n°385/2008, 1^{er} octobre 2008, p. 19.

⁹¹³ C.trav., art. L. 8241-1, dernier al.

3 du Code du travail⁹¹⁴ qui précise le régime juridique du prêt de main-d'œuvre à titre non lucratif. Cet article autorise, outre les personnes morales dont la liste est fixée aux a à g du 1 de l'article 238 bis du code général des impôts, les entreprises qui ont au moins 5 000 salariés à prêter un ou plusieurs salariés à de jeunes (moins de huit ans d'existence), petites ou moyennes entreprises (d'au maximum deux cent cinquante salariés), à titre non lucratif voire contre un remboursement partiel du coût du personnel prêté (ce qui constituerait un don partiel de force de travail) pour une durée inférieure à deux ans. Jusque-là, la sous-facturation non assimilable à du mécénat de compétences était interdite car elle privait l'opération de caractère non lucratif en raison de l'économie qui en résultait pour l'entreprise bénéficiaire.

L'objectif de cette réforme est de permettre aux jeunes TPE ou PME bénéficiaires « d'améliorer la qualification de leur main-d'œuvre, de favoriser les transitions professionnelles ou de constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun ».

Les entreprises de l'ESS qui remplissent les conditions de l'article L. 8241-3 du Code du travail peuvent être bénéficiaires du prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

Le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif est interdit au sein d'un même groupe de sociétés⁹¹⁵, ce qui peut surprendre lorsque l'on sait que la mobilité du salarié entre les entités du groupe auquel son employeur appartient est permise par le législateur lorsqu'un licenciement économique ou un licenciement pour inaptitude médicale est envisagé. Nous serions favorables à la légalisation du prêt de main-d'œuvre au sein des groupes (d'ailleurs largement pratiquée dans les faits⁹¹⁶) dans les conditions de l'article L. 8241-3 afin d'endiguer le chômage et le recours au travail précaire, sous réserve bien sûr du consentement éclairé du salarié (en particulier sur les modifications éventuelles de ses fonctions, lieu de travail, durée de travail et rémunération), du maintien de son contrat de travail et de la continuité de ses droits auprès de

⁹¹⁴ L'article L. 8241-3 du Code du travail a été modifié par l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social puis par l'article 11, 22° de la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Il est complété par le décret d'application n°2017-1879 du 29 décembre 2017 relatif aux mises à disposition de travailleurs réalisées sur le fondement de l'article L. 8241-3 du code du travail).

⁹¹⁵ C.trav., art. L. 8241-3, 2°, al. 2.

⁹¹⁶ MORVAN, P., « Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés », *Dr. Social*, n°9-10, 10 septembre 2011, p. 888-894, §23.

son nouvel employeur, notamment ceux relatifs à son ancienneté. Pour le salarié, cette mobilité offrirait ainsi des garanties comparables à celles dont bénéficie le fonctionnaire détaché.

Conclusion du Chapitre 1^{er} du Titre I^{er} (Seconde partie)

Parmi les aides d'État nous avons été amenée à distinguer, d'une part, les aides sans contrepartie, seules véritables aides d'État, et les subsides publics qui sont la contrepartie d'un service d'intérêt général assurée par l'entreprise privée, qu'elle soit *a priori* (i.e. un mandatement) ou *a posteriori* (i.e. une reconnaissance d'intérêt général *via* l'octroi d'une subvention).

Eu égard à l'utilité sociale des entreprises de l'ESS, les aides d'État sans contrepartie octroyées à l'ESS devraient toutes être reconnues conformes non seulement à l'article 107 du TFUE, mais aussi aux objectifs généraux de l'Union européenne tels qu'énoncés à l'article 3 du TUE. En tant que telles, elles devraient faire l'objet d'une légitimation au paragraphe 2 de l'article 107 du TFUE ou, à défaut, devraient constituer une catégorie d'exemption réglementaire.

Quant aux aides publiques correspondant à la contrepartie d'un service d'intérêt général, elles doivent selon nous être assimilées en tout ou partie à un prix dû par la puissance publique.

Ces deux changements de qualification en droit de la concurrence auraient pour effet principal de pérenniser les subventions à destination de l'ESS et ainsi d'accroître la performance financière des entreprises de l'ESS, et en particulier celle des associations, les plus dépendantes des subventions.

Ce nouveau « droit à la subvention » s'accompagnerait d'obligations. Plus une association est dépendante des subventions, plus le contrôle public de sa gestion devient étroit : de la simple vérification de l'affectation de la subvention aux dépenses induites par la mission d'intérêt général, ce contrôle de gestion peut aller jusqu'à l'exigence d'une diversification des ressources financières, en passant par la confirmation de la réalisation des objectifs d'intérêt général et par la rationalisation des dépenses induites par la mission d'intérêt général dans une recherche d'efficience (un minimum de dépenses pour un maximum d'impact sociétal).

La vérification de la réalisation des objectifs d'intérêt général rejoint la question de l'évaluation de l'impact sociétal déjà évoquée⁹¹⁷. On en revient à la nécessité d'une évaluation « à 360° »

⁹¹⁷ Cf. *supra* n°19, 193, 202 et 278.

avec l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise concernée pour déterminer à la fois l'accès aux subventions et le droit de verser des dividendes aux actionnaires, comme pour la SIS luxembourgeoise. Pour s'assurer du sérieux méthodologique de cette évaluation, nous avons suggéré de la placer sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante nationale de régulation⁹¹⁸. Ce pourrait être le réseau de douze laboratoires d'innovations publiques, lauréats du Programme d'investissements d'avenir présenté plus haut⁹¹⁹.

Un détour par le droit fiscal nous a permis de mettre en évidence la stratégie du législateur pour faire des libéralités la principale source de financement des OSBL : il accorde des avantages fiscaux aussi bien aux donateurs (réduction d'IR, IFI, d'IS), pour développer le volume des dons, qu'aux OSBL (exonération de droits de mutation), pour qu'elles profitent au maximum des libéralités qui leur sont faites.

Pour compenser les pertes de ressources des OSBL dues au remplacement de l'ISF par l'IFI, nous pensons qu'il faudrait relever les plafonds de la réduction d'IR en accordant une réduction de 75 % (ce qui est actuellement le taux de l'Amendement Coluche) au lieu de 66 %, dans la limite de 30 % du revenu imposable au lieu de 20 %.

En raison d'un risque de délit de favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public, de délitement de la solidarité nationale par l'impôt, et d'assèchement des ressources libérales des OSBL, le législateur devrait interdire aux personnes publiques de l'accès aux dons défiscalisés des particuliers et des entreprises.

Le mécénat d'entreprise peut encore progresser moyennant une progressivité du plafond annuel de dons défiscalisés, au-delà de la limite de 0,5 % du chiffre d'affaires, en fonction de la taille de l'entreprise mécène. Cela favoriserait le mécénat à l'initiative des TPE et PME.

Accroître la confiance des donateurs, c'est libérer leur générosité. Ainsi, il faut que la réforme en cours d'élaboration par le Comité de réglementation comptable de son règlement comptable afférent à l'établissement du compte d'emploi annuel des ressources des associations et

⁹¹⁸ Cf. *supra* conclusion partielle, p. 225.

⁹¹⁹ Cf. *supra* n°339.

fondations parviennent à clarifier sensiblement les informations financières publiées dans le cadre des appels publics à la générosité.

Enfin, toujours en vue de décupler les libéralités en faveur des OSBL, il serait utile que l'Union européenne lance une campagne de communication pour faire savoir au plus grand nombre que les libéralités des particuliers résidant dans l'EEE et des entreprises ayant leur siège dans l'EEE peuvent bénéficier des avantages fiscaux existant dans leur État de résidence au titre des dons qu'ils ont effectués en faveur d'organismes établis dans d'autres États de l'EEE.

Chapitre II. Les produits d'exploitation, les produits financiers et les quasi-fonds propres : des ressources plus maîtrisables

382. Les revenus des OSBL tirés de leur activité entrepreneuriale. Plan. – Pour capter les ressources financières qui leur sont nécessaires, les OSBL ont dû sortir de leur passivité et cesser d'attendre de recevoir. Elles ont dû entreprendre : entreprendre avec courage pour tenter de prendre – avec le risque de perdre, mais aussi entreprendre avec sagesse, en ne dépensant pas tous les excédents pour l'activité d'utilité sociale d'aujourd'hui, mais en en gardant une partie pour l'accumuler simplement ou pour la réinvestir en vue d'un gain pour demain.

Est-ce à dire qu'elles devront désormais glisser d'une activité sociale désintéressée à une activité sociale rentable, du don avec une plus-value d'utilité sociale sur un temps long au troc marchand et utilitaire dans un temps court, des spécificités méritoires vers une logique purement entrepreneuriale ? L'attachement aux valeurs de l'ESS devrait ancrer toutes les entreprises de l'ESS, lucratives ou non, dans la défense et le partage avec tous de ce qui n'a pas de prix, que nous avons qualifiés plus haut de biens communs⁹²⁰, et dans la jouissance des ressources limitées (humaines et naturelles en particulier) avec modération pour leur pérennité. Par ailleurs, notre économie a besoin que les OSBL continuent de porter des activités d'utilité sociale non rentables. Pour que cela soit possible, il est nécessaire de leur conserver tout notre soutien et notre reconnaissance par des libéralités et des aides d'État.

Pour l'heure, les ressources financières des OSBL ne se limitent pas aux aides d'État et aux libéralités des personnes privées, qui sont des ressources financières malheureusement encore trop aléatoires. Elles s'étendent aux produits d'exploitation tirés de l'activité économique courante des OSBL (Section 1) et aux produits financiers tirés de leurs activités financières (Section 2).

⁹²⁰ Cf. *supra* n°235 et s.

Section 1. Les produits d'exploitation des OSBL : des ressources financières qui dépendent de la politique sociale et commerciale

383. Des revenus d'activité provenant des membres et des usagers. Plan. - Qu'elles soient des groupements de personnes (associations) ou de biens (fondations et fonds de dotation), les OSBL vont pouvoir financer leurs activités grâce à la participation de leurs membres (I) et aux opérations économiques avec leurs usagers (II).

- I. La participation des membres : une ressource financière modulable en fonction de la politique sociale de l'OSBL

384. Les produits d'exploitation générés par les membres. Plan. - En effet, aucune norme impérative n'interdit d'exiger dans les statuts le paiement de frais d'adhésion (1) et de cotisation ou licence annuelle (2) pour devenir et rester membre d'une OSBL.

1. L'adhésion et les droits et obligations qui en découlent

385. L'obligation conventionnelle de s'acquitter de frais d'adhésion. - Il résulte de la liberté contractuelle la liberté, pour l'OSBL, d'imposer à ses membres, les conditions *sine qua non* qu'elle veut, pourvu que ces dernières soient justifiées au regard de son objet statutaire et qu'elles ne contreviennent pas à l'ordre public, bien entendu.

L'OSBL est même libre de créer diverses catégories de membres, soumises à des conditions d'adhésion différentes. Il est ainsi fréquent de trouver, dans les statuts d'OSBL, une distinction entre membres « ordinaires », d'une part, et, d'autre part, « membres fondateurs », « membres de droit », « membres d'honneur », « membres bienfaiteurs » ou encore « membres à vie ».

Des frais d'adhésion peuvent être demandés à certaines de ces catégories de membres, et d'autres catégories peuvent en être exonérées en tout ou partie.

On peut également trouver, dans les statuts ou dans le règlement intérieur auquel les statuts renvoient, une progressivité des frais d'adhésion en fonction de la situation socio-professionnelle ou de la capacité financière des adhérents personnes physiques. Par exemple,

les étudiants, les jeunes de moins de 26 ans, les demandeurs d'emploi, les travailleurs handicapés vont pouvoir bénéficier de tarifs d'adhésion préférentiels, voire d'une adhésion gratuite à une OSBL culturelle et sociale. On peut aussi trouver des tarifs d'adhésion progressifs, par tranches de revenu imposable. Pour les personnes morales, les frais d'adhésion peuvent être modulés en fonction du type d'organisation (entreprise, association, collectivité territoriale) et de sa taille.

386. Le droit pour tout adhérent de participer à la vie de l'OSBL. - En contrepartie de son adhésion, gratuite ou payante, chaque membre pourra apporter son soutien (matériel, moral, en industrie) et participer aux délibérations collectives selon les modalités statutaires.

2. Les licences et les cotisations et les prestations qui s'y rattachent

387. L'obligation conventionnelle de s'acquitter de la cotisation ou licence annuelle. - Il n'est pas rare que les statuts ou le règlement intérieur exigent que, pour rester membres, les adhérents s'acquittent du paiement d'une cotisation ou licence annuelle, dont le montant peut varier lui aussi en fonction de la qualité du membre ou selon sa situation personnelle.

Les statuts et le règlement intérieur peuvent stipuler que le défaut de paiement dans le délai imparti constitue un motif légitime de radiation automatique, sans procédure disciplinaire.

388. Le paiement de la cotisation ou de la licence pour pouvoir bénéficier des prestations de l'OSBL. - Le paiement de la cotisation ou de la licence annuelle peut également être une condition d'accès aux prestations de services de l'OSBL.

II. La participation des usagers, ressource financière sous condition de marge commerciale

389. Les revenus tirés de l'activité marchande des OSBL. Plan. - Les OSBL tirent aussi des ressources financières de leurs opérations économiques à titre onéreux, c'est-à-dire avec une marge commerciale (i.e. le surplus entre le prix de vente et le coût d'achat des consommations intermédiaires ou « consommables »), qu'elles soient monétarisées (1) ou non (2).

1. La vente de biens et de prestations de services, source de marge commerciale monétarisée

390. La marge commerciale, une composante de la valeur ajoutée. - C'est cette marge commerciale, à laquelle on ajoute la différence entre la production de l'exercice (vendue, stockée et immobilisée) et les achats de « services extérieurs » (comme les sous-traitants, par exemple) pour déterminer la « valeur ajoutée », qui fait l'objet de la TVA. L'article 256 du Code général des impôts énumère les livraisons de biens et prestations de services effectuées à titre onéreux qui vont être soumises à la TVA dès lors qu'elles sont réalisées par un assujetti agissant en tant que tel⁹²¹.

391. *Summa divisio* française des opérations économiques soumises à la TVA et qualifications *sui generis* des opérations économiques en droit international privé communautaire. - On note que le législateur français opère une classification binaire des opérations économiques, tandis que le Parlement européen et le Conseil ont eu une approche plus nuancée à l'article 4 « Loi applicable à défaut de choix » du règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « règlement Rome I »), qui concède des qualifications juridiques autres que celles de « vente de biens » et de « prestations de services » : contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, contrat de franchise, contrat de distribution, contrat de vente de biens aux enchères, et système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers.

392. Les opérations économiques des OSBL exonérées de TVA. - Les OSBL à caractère social, éducatif, culturel ou sportif dont la gestion est désintéressée peuvent organiser jusqu'à six manifestations de bienfaisance ou de soutien (tels que des bals, concerts, spectacles folkloriques ou de variétés, séances de cinéma ou de théâtre, ventes de charité ou de solidarité, expositions, kermesses, tombolas, loteries, divertissements sportifs non soumis à l'impôt sur les spectacles) par exercice, exonérées de TVA et à leur profit exclusif⁹²².

⁹²¹ Sur l'assujettissement des OSBL aux impôts commerciaux : cf. *supra* n°91.

⁹²² CGI, art. 261-7-1° c.

2. L'échange sans soulte favorable à l'OSBL, source de marge commerciale en nature

393. Définition et régime fiscal de l'échange sans soulte. - Les mêmes opérations économiques peuvent être réalisées par une OSBL à titre onéreux, sans pour autant avoir comme contrepartie un prix exprimé au moyen d'une monnaie⁹²³. On pense ici à un contrat d'échange direct de biens, de services ou de bien(s) contre service(s), dont la différence de valeur pécuniaire est favorable à l'OSBL et n'est pas compensée par le versement par l'OSBL d'une « soulte »⁹²⁴. En cas de litige, cette soulte est susceptible d'être évaluée par les juges du fond et requalifiée en libéralité soumise à des droits de mutation à titre gratuit, mais pas l'objet de l'échange de valeur moindre. En l'absence de litige, on considèrera que les objets échangés se valent par convention entre les parties, et la transaction échappe ainsi à la TVA. Un exemple, qui n'est certainement pas une hypothèse d'école : des prestations intellectuelles, récurrentes ou ponctuelles, dans un domaine d'expertise contre la qualité de membre bienfaiteur donnant droit de vote permanent au Conseil d'administration.

394. L'échange sans soulte, une particularité du secteur non lucratif par convention sociale. - L'échange sans soulte ne nous paraît pas transposable aux relations économiques entre organisations lucratives, puisque les interactions dans le cadre lucratif sont nécessairement mues du désir de profiter d'un bénéfice ou d'une économie matérielle, même en dehors de la relation société-associé. La justification de notre position ne se fonde pas sur une règle de droit prohibant l'échange sans soulte entre entreprises lucratives, mais sur une norme sociale puisant plutôt dans la sociologie juridique, qui « reconnaît que tout le social n'est point juridique », ce qui est le point de départ de l'hypothèse du non-droit formulée par Jean CARBONNIER⁹²⁵. Pour nous, cette recherche systématique d'enrichissement matériel dans le cadre de l'organisation lucrative s'analyse en une norme sociale admise et observée par tous sans qu'il soit besoin de recourir à la contrainte juridique.

⁹²³ Nous excluons donc les devises, les monnaies locales complémentaires et les grains de « SEL » qui ont cours au sein des systèmes d'échange local (SEL) — CAILLE, C., « Échange », § 20, in SAVAUX, E. (Dir.), *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2016.

BRADBURN, S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 161, 2017, p. 59-97.

⁹²⁴ CAILLE, C., « Échange », préc., § 28.

⁹²⁵ CARBONNIER, J., « Chapitre II. L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2001. Réédition 2014, p. 25.

Section 2. Le fort potentiel de développement des ressources financières des OSBL

395. Les freins à la rentabilité des activités économiques des OSBL. - Réciproquement, par convention sociale mais aussi à cause des pratiques des collectivités territoriales⁹²⁶, les OSBL peinent encore à se faire accepter comme des entreprises pouvant dégager des marges, *a fortiori* lorsque leurs usagers forment un public économiquement et socialement fragile, et donc peu solvable. Cette posture est confortée par le comportement de l'État et des donateurs qui « *conçoivent difficilement d'apporter un financement à une association qui fait des bénéfices* »⁹²⁷ comme en témoigne Marie-Carmen CARLES-MONTFORT, Directrice de la recherche de fonds et Directrice générosité et philanthropie de l'association loi 1901 Secours catholique – Caritas France.

Cela se comprend d'autant plus que juridiquement et fiscalement, leur utilité sociale et leur non-lucrativité en dépendent. On s'attend alors à ce que les OSBL facturent à prix coûtant ou prestent gratuitement.

396. Émergence de la figure de l'OSBL investisseuse. Plan. - Les OSBL ont donc un long chemin à parcourir avant de se faire accepter en plus comme des investisseurs et des cibles d'investissement (I), tandis que, paradoxalement, les pouvoirs publics admettent communément leur financement par la dette (II), alors que le niveau des ressources propres va conditionner la décision d'octroi de crédit et son montant.

I. L'investissement, un important vecteur d'actif et de quasi-fonds propres

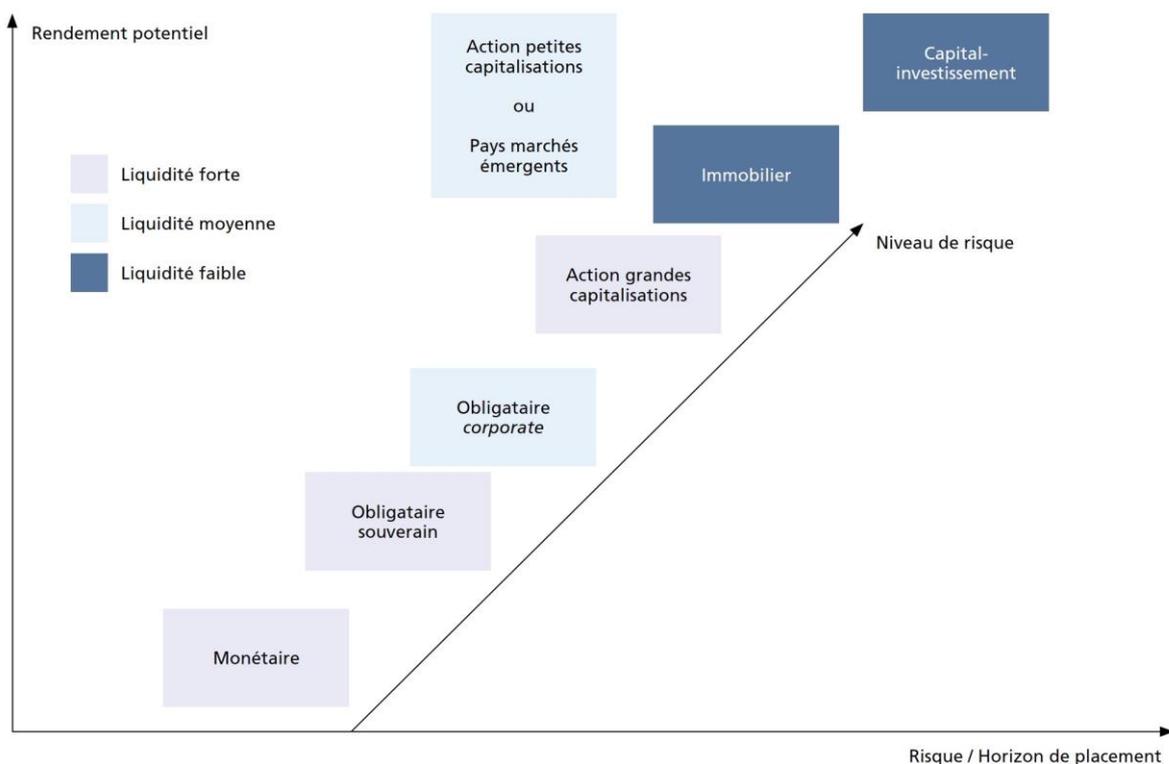
397. Les tenants et les aboutissants de la décision d'investir d'une OSBL. - Pourtant, sans faire d'entorse à une gestion « en bon père de famille », une OSBL disposant d'un excédent de trésorerie assez confortable pour pouvoir affronter un éventuel mauvais temps peut avoir à cœur de se constituer, avec ses fonds non affectés (et donc aliénables), un patrimoine, c'est-à-dire un « actif » et de le valoriser avec un meilleur rendement — et par conséquent avec plus de risques — que les livrets, les dépôts bancaires, les comptes à terme ou encore les contrats de

⁹²⁶ Cf. *supra* n°2.

⁹²⁷ CARLES, M.-C., « La fin du culte de l'équilibre », *JA* n°487/2013, p. 26.

capitalisation, si cela lui est permis dans son secteur d'activité⁹²⁸.

Couple rendement / risque selon les différentes classes d'actifs



Source : AMF, *Investir quand on est une association, une fondation ou une autre institution : les bonnes pratiques*, 23 juin 2016, p. 13.

398. Le patrimoine des OSBL, agrégateur d'investissements et les OSBL, cibles d'investissements. Plan. - L'actif d'une OSBL se distinguera de celui d'une société par l'absence de capital social et de fonds de commerce (pour l'instant⁹²⁹). En revanche, une OSBL pourra détenir, d'une part, des actifs immobilisés corporels, c'est-à-dire des immeubles (sous certaines conditions s'agissant des associations⁹³⁰ et dans aucun cas pour la fondation d'entreprise⁹³¹), et incorporels (i.e. les bases de données, les éditions, les frais de recherche et de développement, la conception de spectacles, etc.⁹³²) et, d'autre part, des actifs circulants,

⁹²⁸ L'article R. 314-95-I, al. 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles dispose par exemple :

« Les disponibilités de trésorerie des établissements ou services relevant du présent paragraphe [établissements et services sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes morales de droit privé à but non lucratif et relevant d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens] peuvent faire l'objet de placements financiers à la condition que ceux-ci soient sans risque de dépréciation ».

⁹²⁹ Cf. *supra* n°76.

⁹³⁰ Cf. *supra* n°81.

⁹³¹ Cf. *supra* n°123.

⁹³² BOUZAGA, B., « Les fonds propres passés au crible », *JA* n°487/2013, p. 22.

c'est-à-dire notamment des valeurs mobilières de placement. C'est sur ces derniers que les pratiques ont évolué de la manière la plus notable (1).

Par ailleurs, les OSBL sont devenues elles-mêmes des cibles d'investissement (2).

1. Les produits des placements des OSBL et les avantages fiscaux y afférents

399. Le traitement fiscal différencié des produits d'investissement des OSBL groupements de personnes et de ceux des OSBL groupements de biens. – Pour François JÉGARD, expert-comptable et commissaire aux comptes, les OSBL ont le devoir de demander à disposer de valeurs mobilières de placement d'utilité sociale. *« Le système bancaire ne s'adaptera que si les clients réclament et conditionnent leurs placements à certaines valeurs. Ne pas le faire serait probablement un abandon de pouvoir des associations au profit des acteurs bancaires traditionnels. Les placements financiers offrent donc un effet de levier pour l'action associative qui, de fait, est souvent sous-estimé. Doit-on créer des produits financiers dédiés aux financements du handicap, à la culture ou à l'insertion ? Voilà une ambition nouvelle que pourraient s'approprier bon nombre de fédérations associatives disposant, via leurs membres, d'un poids économique suffisant pour permettre aux acteurs associatifs d'être entendus sur ce sujet. Dans certains secteurs, ce type de réflexion représente une révolution culturelle importante. Néanmoins, si nous ne nous occupons pas de notre argent, la banque s'en chargera. Le débat mérite d'être lancé »*⁹³³.

L'Administration fiscale n'est pas opposée à ce que les OSBL fassent des investissements, mais pose des limites au-delà desquelles la non-lucrativité sera remise en question⁹³⁴ :

« Est réaffirmé le principe selon lequel il est légitime qu'un organisme non lucratif dégage, dans le cadre de son activité, des excédents, reflets d'une gestion saine et prudente. Cependant, l'organisme ne doit pas les accumuler dans le seul but de les placer. Les excédents réalisés, voire temporairement accumulés, doivent être destinés à faire face à des besoins ultérieurs ou à des projets entrant dans le champ de son objet non lucratif ».

Elle ajoute (§ 640) :

⁹³³ JEGARD, F., « Une démarche à valeur (sociale) ajoutée », *JA* n°452/2012, 1^{er} février 2012, p. 19.

⁹³⁴ BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, § 630, al. 1^{er}.

« La situation des fondations ou organismes assimilés (voir notamment BOI-IS-CHAMP-10-50-30-50-II pour la situation des « fonds de dotation »), qui tendent à la réalisation d'un projet déterminé en s'appuyant sur un patrimoine et qui sont dès lors contraints de placer en réserve une partie de leurs excédents, doit être ici clairement distinguée de celle des associations ».

On en déduit que, s'agissant d'une association comme d'une fondation ou d'un fonds de dotation, les placements réalisés devront s'inscrire dans un projet cohérent avec l'objet statutaire de l'OSBL (c'est le principe de spécialité), mais que les groupements de biens ont, eux, vocation à accumuler puis valoriser leur patrimoine afin d'en affecter les fruits à des œuvres d'intérêt général⁹³⁵, tandis que les associations, elles, sont invitées à préférer l'épargne liquide.

400. Les conseils de l'AMF aux OSBL pour élaborer une politique d'investissement conforme aux principes de spécialité et de prudence. - Sur ce point, l'Autorité des marchés financiers (AMF) préconise de formaliser une politique de placement dans un document validé par les organes de direction (Conseil d'administration, comité d'investissement⁹³⁶), et précisant notamment :

- les objectifs de la gestion financière et patrimoniale
- le rendement cible des capitaux placés ainsi que l'échéance considérée
- les actifs éligibles (en fonction de la réglementation applicable ou selon des contraintes fixées en interne). Ainsi, l'article 15 des statuts-types de l'association reconnue d'utilité publique stipule :

« Les actifs éligibles aux placements des fonds de l'association sont ceux énumérés à l'article R. 332-2 du Code des assurances »⁹³⁷.

Les placements des fonds de dotation sont, eux, limités par la liste exhaustive établie à l'article R. 931-10-21 du Code de la Sécurité sociale⁹³⁸.

⁹³⁵ GUILLAUME, B., « Fiscalité : des fonds à manier avec précaution », *JA* n°487/2013, p.34.

⁹³⁶ « Dans certaines institutions, comme les fonds de dotation, l'existence d'un comité d'investissement est même obligatoire au-delà de 1 000 000 d'euros de dotation ».

L'article 12 des statuts-types d'association reconnue d'utilité publique stipulait, dans la version de 2016, que : « L'assemblée générale doit être consultée pour tout acte de disposition ayant un impact majeur sur le patrimoine de l'association. L'association peut donc choisir de soumettre à l'assemblée générale d'autres actes de dispositions relatifs à des biens (notamment les valeurs mobilières) dont la valeur excède un seuil qu'elle aura fixé ». — SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 15 février 2016. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R34366>> (consulté le 28 mai 2017).

⁹³⁷ SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 6 août 2018, préc.

⁹³⁸ D. du 11 février 2009 préc., art. 1^{er}, al. 2 – cf. *supra* n°251.

- l'(es) indice(s) de référence retenu(s) à titre de comparaison et pour le suivi de la gestion dans le cadre des tableaux de bord
- l'organisation de la gestion (moyens mis en œuvre, définition des rôles, dispositif de contrôle) ;
- les modalités de *reporting* (rapport de gestion financière)
- le dispositif de gestion de crise »⁹³⁹.

Les OSBL peuvent procéder à l'investissement direct ou *via* une société de capital-risque dans les titres émis par des entreprises agréées « ESUS » en application de l'article L. 3332-17-1 du Code du travail sans craindre de violer le principe de spécialité.

Pour garantir une bonne gouvernance et de sages décisions d'investissement, l'AMF conseille d'appliquer la règle dite des « quatre yeux ». *« Il est important de toujours veiller à ce qu'au moins deux personnes soient impliquées dans le processus de prise de décision financière et ce, afin que l'une soit en mesure de prendre du recul sur le choix de l'autre avant qu'une quelconque action ne soit finalement entreprise. Cet aspect est particulièrement important dans des organisations de petite taille où le nombre de personnes est limité »*⁹⁴⁰.

Ces consignes, rédigées pour les placements mobiliers incorporels, sont transposables à l'investissement immobilier.

401. L'imposition des produits d'investissement des OSBL. - Lorsque la location des immeubles et des exploitations agricoles n'est pas l'accessoire de l'activité principale non lucrative d'une OSBL, les revenus qui en découlent sont taxés au taux réduit de 24 % d'impôt sur les sociétés⁹⁴¹. Sinon, ces revenus tombent dans l'assiette totale d'impôt sur le revenu.

La perception de dividendes par une OSBL est susceptible de remettre en cause son caractère non lucratif, suivant la réponse à apporter à la question : « La prise de participation concernée relève-t-elle d'une simple gestion de portefeuille ou bien l'OSBL-mère s'ingère-t-elle

⁹³⁹ AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Investir quand on est une association, une fondation ou une autre institution : les bonnes pratiques*, 23 juin 2016, p. 7. En ligne : <<http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F9dc34ecd-0886-447d-86f5-a036a71b4244>> (consulté le 27 mai 2017).

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁴¹ CGI, art. 206-5°, a et 219 bis, al. 1^{er}.

activement dans le contrôle et la gestion de sa filiale ? »⁹⁴² Dans le premier cas, l'OSBL demeure non lucrative et soumise à l'impôt sur le revenu, sauf pour ce qui est de ses dividendes, imposés au taux réduit de 15 % d'impôt sur les sociétés lorsqu'il s'agit d'une association, ou totalement exonérés lorsqu'il s'agit d'une fondation reconnue d'utilité publique ou d'un fonds de dotation dont les statuts ne prévoient pas la possibilité de consommer leur dotation en capital⁹⁴³. En revanche dans le second cas (celui de l'ingérence de l'OSBL-mère dans les affaires de sa société filiale), l'OSBL devient lucrative d'un point de vue fiscal si les dividendes et plus-values sur cessions de titres génèrent des ressources financières prépondérantes. L'OSBL-mère sera alors assujettie aux impôts commerciaux⁹⁴⁴ en application du régime fiscal mère-fille⁹⁴⁵.

Les revenus patrimoniaux des fondations reconnues d'utilité publique sont exonérés d'IS lorsque ces fondations n'exercent aucune activité lucrative ou lorsque ces revenus patrimoniaux sont rattachés au secteur non lucratif. Les fonds de dotation dont les statuts ne prévoient pas la possibilité de consommer leur dotation en capital sont exonérés d'IS. Dans les autres cas, les revenus patrimoniaux sont traités comme les revenus issus de l'activité lucrative (sectorisée ou non) et soumis à l'IS au taux normal de 28 % jusqu'à 75 000 euros de bénéficiaires, et 33,1/3 % au-delà.

Quant aux associations, même en étant assujetties à l'impôt sur le revenu, elles peuvent voir leurs revenus patrimoniaux soumis à l'IS, au taux réduit de 10, 15 ou 24 %, voire exonérés d'impôts⁹⁴⁶.

Sont en revanche exonérés de tout impôt :

- les intérêts du livret A⁹⁴⁷

⁹⁴² BOFiP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10 du 1^{er} avril 2015, §560-650.

⁹⁴³ CGI, art. 206-5° et 219 bis, 2°.

⁹⁴⁴ Cf. *supra* n°98.

⁹⁴⁵ CLAVAGNIER, B., MEYNET, W., « Associations et sociétés commerciales : les liaisons dangereuses », *JA* n°533/2016, 15 février 2016, p. 39-40.

FIÉVET, R., « Le Régime mère-fille alimente les débats », *JA* n°546/2016, 15 octobre 2016, p. 39-41.

⁹⁴⁶ DEVIC, L., « Les principaux placements et leur fiscalité », *JA*, n°452/2012, 1^{er} février 2012, p. 26.

MARECHAL-LAANIGRI, M., « Les revenus face aux impôts », *JA* n°496/2014, 1^{er} avril 2014, p. 40.

REVUE FIDUCIAIRE (LA), « Dossiers pratiques — Distributions perçues par une association : Impôt sur les sociétés à taux réduit des revenus du patrimoine », §1800-1807. En ligne : <<http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20132/20130612083015589.html>> (consulté le 15 juin 2017).

⁹⁴⁷ CGI, art. 206, 5° et 208 ter.

- les intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt négociables émis avant le 1^{er} janvier 1987 par l'État, les départements, communes et établissements publics français, les associations de toute nature et les sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles françaises, parce qu'ils ont déjà fait l'objet d'une retenue à la source aux taux de 15 % ou 17 %⁹⁴⁸.

Sont soumis au taux de 10 %⁹⁴⁹ :

- les produits des titres de créances négociables sur un marché réglementé en application d'une disposition législative particulière et non susceptibles d'être cotés
- les intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt négociables émis après le 1^{er} janvier 1987 par l'État, les départements, communes et établissements publics français, les associations de toute nature et les sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles françaises ;
- les primes de remboursement des emprunts émis après le 1^{er} janvier 1987
- les intérêts des contrats de capitalisation émis après le 1^{er} janvier 1987.

Sont soumis au taux de 15 % les dividendes distribués par les sociétés en France ou à l'étranger, y compris les sociétés d'investissement à capital variable dites « SICAV »⁹⁵⁰.

Sont soumis au taux de 24 %⁹⁵¹

- les bénéfices imposables distribués par les sociétés autrement que par la libération des dividendes⁹⁵², tels que
 - les sommes mises à la disposition des associés directement ou par personnes ou sociétés interposées à titre d'avances, de prêts ou d'acomptes
 - les sommes ou valeurs attribuées aux porteurs de parts bénéficiaires ou de fondateurs au titre de rachat de ces parts
 - les rémunérations et avantages occultes.

⁹⁴⁸ CGI, art. 119 bis-1, al. 1^{er} et 187-1, al. 2.

⁹⁴⁹ CGI, art. 219 bis, 1^o.

⁹⁵⁰ CGI, art. 219 bis, 2^o.

⁹⁵¹ CGI, art. 219 bis, al. 1^{er}.

⁹⁵² CGI, art. 109 à 111.

- les revenus de la location des immeubles bâtis et non bâtis dont ils sont propriétaires, et de ceux auxquels ils ont vocation en qualité de membres de sociétés immobilières de copropriété⁹⁵³
- le produit des biens mobiliers n'ayant pas été cités jusqu'ici⁹⁵⁴, et en particulier les intérêts, arrrages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt non négociables, tels que les dépôts et les comptes courants.

402. L'essor de la fondation actionnaire. - Il faut signaler le développement récent en France de la pratique des « fondations actionnaires » : « La fondation actionnaire ne va pas de soi. Elle inverse les rôles classiquement admis : ce n'est plus l'entreprise qui alloue ses bénéfices à une fondation périphérique mais la fondation qui détient l'entreprise elle-même, oriente directement ou indirectement sa stratégie, et finance, grâce aux dividendes qu'elle perçoit, des causes d'intérêt général [...] », expliquent *Virginie Seghers et Geneviève Ferone-Creuzet, les cofondatrices de Prophil, société de conseil en investissement philanthropique, qui vient de publier un panorama des fondations actionnaires en Europe* »⁹⁵⁵. Et « *il n'est pas rare de voir des fondations étrangères détenir une participation significative du capital de groupes industriels dans un but social, environnemental ou sociétal affiché, associé à une logique économique ou financière assumée* »⁹⁵⁶. Or en France, « *en moyenne, les revenus des placements ne représentent que 8 % des ressources des fondations, qui sont principalement constituées de recettes d'activité (42 % des ressources) et de dons et subventions (40 %), auxquels s'ajoutent des produits divers (10 %). L'allocation d'actifs moyenne des fondations privilégie très nettement les produits monétaires et obligataires (67 % des placements), au détriment des actions (28 %) et autres actifs (5 %). La baisse des taux constitue par conséquent un facteur de risque pour l'équilibre financier des fondations* »⁹⁵⁷.

Le législateur a choisi de mettre en exergue l'attrait des fondations actionnaires dans le cadre d'opérations de cession ou de transmission d'entreprise à l'article 18-3 de la loi du 23 juillet

⁹⁵³ CGI, art. 206, 5°.

⁹⁵⁴ CGI, art. 206, 5°.

⁹⁵⁵ PERROTIN, F., « Fondation actionnaire : panorama européen », *LPA*, 21 mai 2015, n°101, p. 4.

⁹⁵⁶ DUTHEIL, Ph-H., MANGAS, P. « Fondation et entreprise : un nouveau modèle de philanthropie à inventer ? », 10 avril 2017. En ligne : <<http://www.lopinion.fr/edition/economie/fondation-entreprise-nouveau-modele-philanthropie-a-inventer-124004>> (consulté le 27 mai 2017).

⁹⁵⁷ CAVAILLOLES, D., JEVAKHOFF, A., *Le rôle économique des fondations. Rapport n°2017-M-008 de l'Inspection générale des finances*, avril 2017. En ligne : <<http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2017/2017-M-008.pdf>> (consulté le 27 mai 2017).

1987 (depuis sa modification par l'article 29 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises dite « loi Dutreil ») : en pareille hypothèse, la fondation actionnaire, qu'elle soit actionnaire majoritaire ou jouissant seulement d'une minorité de blocage, permet en particulier de garder le contrôle et de stabiliser l'actionnariat, ce qui peut être intéressant surtout lorsque la société est cotée et donc sujette à des offres publiques hostiles d'achat.

Pour favoriser l'essor des fondations actionnaires, les praticiens Philippe-Henri DUTHEIL, Pierre MANGAS⁹⁵⁸ et Xavier DELSOL⁹⁵⁹, suggèrent notamment « *un assouplissement, voire la suppression du principe de spécialité* ». D'après ce dernier, il n'existerait pour l'instant que trois ou quatre fondations actionnaires en France⁹⁶⁰.

Le projet de loi PACTE, dans sa version adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018 prévoit, à l'article 61 octies, la création d'un nouveau statut de fondation, inspiré par la pratique de la fondation actionnaire. Cette nouvelle forme juridique d'entreprise de l'ESS s'appellerait un « fonds de pérennité ». Comme son nom l'indique, il contribuerait à pérenniser la ou les sociétés qu'il détient tout en finançant des projets d'intérêt général, comme toute fondation.

403. Les perspectives de financement de l'ESS offertes par les fondations actionnaires.-

La difficulté provient de ce qu'à l'étranger, et en particulier aux États-Unis, certains placements de fondations, certes rentables, ont pu susciter des doutes quant à leur caractère éthique⁹⁶¹. Le plus vertueux pour l'ESS serait d'élargir la capacité d'investir des fondations actionnaires uniquement aux entreprises de l'ESS. Pour l'heure, seuls 5 à 10 % des fonds dits « solidaires » proposés par les organismes de placement collectif (OPC) sont investis dans des titres solidaires⁹⁶². Or dans le rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé à l'Assemblée nationale le

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ DELSOL, X., « Pour maintenir les entreprises, leur capital, leurs emplois en France, créons des fondations actionnaires ! », 16 mars 2017. En ligne : <<http://www.lopinion.fr/edition/economie/maintenir-entreprises-leur-capital-leurs-emplois-en-france-creons-122051>> (consulté le 27 mai 2017).

⁹⁶⁰ DELSOL, X., « La (trop) rare fondation actionnaire », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 30-31.

⁹⁶¹ DIXON, R., PILLER, C., SANDERS, E. « Petits problèmes d'éthique. Les étranges placements de la Fondation Gates », 31 janvier 2007. En ligne : <<http://www.courrierinternational.com/article/2007/02/01/les-etranges-placements-de-la-fondation-gates>> (consulté le 27 mai 2017).

⁹⁶² AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Investir quand on est une association, une fondation ou une autre institution : les bonnes pratiques*, préc., p. 17.

9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques, les rapporteurs Yves BLEIN et Daniel FASQUELLE estiment les réserves des fondations à 20 milliards d'euros, ce qui pourrait utilement contribuer au financement de l'ESS⁹⁶³.

2. Le capital des investissements dans les OSBL, quasi-fonds propres très divers

404. Les instruments financiers que peuvent émettre les OSBL : les titres de créances.

- Intéressons-nous maintenant aux ressources provenant des investisseurs.

Le livre II du Code monétaire et financier, consacré aux produits financiers, s'ouvre sur la liste exhaustive des instruments financiers ⁹⁶⁴. Chaque instrument cité fait l'objet d'un développement (sous-section ou chapitre) dans le Titre I^{er} « Les instruments financiers ».

Le type d'instruments financiers que peuvent émettre les fondations et les associations correspond à la qualification juridique des « titres de créances » (chapitre III), définis à l'article L. 213-0-1, alinéa 1^{er} :

« Les titres de créances représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet ».

Le fonds de dotation n'est pas habilité à émettre de titres.

405. Les deux types de titres de créances pouvant être émis par des OSBL : les titres de créances négociables et les titres associatifs.

- Les OSBL ne sont concernées que par deux types de titres de créances : les titres de créances négociables et les obligations. Les associations peuvent être émettrices de ces deux types de titres⁹⁶⁵. Les fondations peuvent seulement émettre des obligations⁹⁶⁶, à condition d'être dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut les fondations abritées ⁹⁶⁷, les fondations universitaires ⁹⁶⁸ et toutes les fondations non

⁹⁶³ ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé le 9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques*, p. 39.

⁹⁶⁴ CMF, art. L. 211-1.

⁹⁶⁵ Cf. CMF, art. L. 213-3, 9° pour les titres de créances négociables, et art. L. 213-8 et s. pour les obligations.

⁹⁶⁶ CMF, art. L. 213-21-1 A.

⁹⁶⁷ Cf. *supra* n°112.

⁹⁶⁸ Cf. *supra* n°106.

enregistrées⁹⁶⁹. Les obligations émises par les fondations sont soumises au même régime juridique que celles émises par les associations. À titre d'exemple très récent, on peut citer celui de la Fondation pour le Logement Social qui a annoncé, le 5 octobre 2018, une émission d'obligations à hauteur de 10 à 15 millions d'euros au cours du mois de janvier 2019⁹⁷⁰.

Les obligations émises par les fondations et les associations s'appellent des « titres associatifs » (à ne pas confondre avec les « titres participatifs », qui, eux, concernent les coopératives et mutuelles⁹⁷¹).

406. Les titres de créances négociables. - « Les titres de créances négociables sont des titres financiers émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance »⁹⁷². La rémunération des titres de créances négociables est libre⁹⁷³. Les titres de créances négociables émis par les associations peuvent être à court ou moyen terme⁹⁷⁴.

407. L'évolution des titres associatifs. - Les titres associatifs avaient été imaginés par François BLOCH-LAINÉ, alors président du groupe de travail ayant remis le 13 juin 1984 à Jacques DELORS, Ministre des Finances, un rapport sur « le financement des associations exerçant des activités économiques »⁹⁷⁵. S'ils sont émis avec appel public à l'épargne, l'émission est soumise au contrôle de l'AMF⁹⁷⁶.

« L'objectif poursuivi par François Bloch-Lainé était de ne pas limiter le titre associatif à des émissions militantes, mais de créer un instrument susceptible d'intéresser les banques et les établissements financiers grâce à un taux d'intérêt attractif et à une certaine liquidité. La rémunération de ce titre devait comprendre a minima une partie fixe et, éventuellement, une

⁹⁶⁹ Cf. *supra* n°101.

⁹⁷⁰ ESS & SOCIETE, « Inédit dans le monde associatif : La FLS annonce le lancement d'un emprunt obligataire », 1er novembre 2018. En ligne : <<http://www.ess-et-societe.net/Inedit-dans-le-monde-associatif-La>> (consulté le 12 novembre 2018).

⁹⁷¹ Cf. *infra* n°466.

⁹⁷² CMF, art. L. 213-1.

⁹⁷³ CMF, art. D. 213-1-II.

⁹⁷⁴ CMF, art. D. 213-1-I.

⁹⁷⁵ DURAND, Y., *Rapport n°308 fait au nom de la commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'émission de certaines valeurs mobilières par les associations*, p. 9 et 29, Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 mai 1985. En ligne : <https://www.senat.fr/rap/1984-1985/i1984_1985_0308.pdf> (consulté le 17 juin 2017).

⁹⁷⁶ CMF, art. L. 213-12.

partie variable qui ne pouvait être calculée par référence au résultat de l'association afin d'éviter tout partage de bénéfices, mais pouvait, en revanche, selon François Bloch-Lainé, être assise sur un indicateur d'activité. La loi créant ce titre fut votée le 11 juillet 1985⁹⁷⁷, mais sans la partie variable dont le Conseil d'État avait considéré qu'elle était susceptible d'autoriser un partage de bénéfices contraire à l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901.

La suite est connue ! Le titre associatif demeura quasi confidentiel, au moins pour deux raisons : les dirigeants associatifs ne sont pas habitués à manier ce type d'instrument financier et, d'autre part, les institutions bancaires et financières se sont désintéressées d'un outil qui ne leur permettait pas de dégager une rémunération en rapport avec sa faible liquidité »⁹⁷⁸.

D'après le député Régis JUANICO, « depuis 30 ans, seulement quelques dizaines d'émissions de titres associatifs ont été réalisées »⁹⁷⁹.

L'article 70 de la loi du 31 juillet 2014 avait vocation à corriger ces failles afin de rendre les titres associatifs plus attractifs et ainsi permettre aux associations d'accroître leurs quasi-fonds propres.

Pour Martine PINVILLE, ex-Secrétaire d'État chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation et de l'ESS, il s'agissait surtout de proposer des titres remboursables à échéance fixe, et non plus à l'initiative exclusive des associations et fondations émettrices, moyennant un délai préfixe minimal de sept ans⁹⁸⁰.

Pour Thierry GUILLOIS, Président de la commission juridique et fiscale du HCVA, et pour la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, les pouvoirs publics avaient surtout voulu rendre les taux d'intérêts plus attractifs en étant à la fois variables et plus élevés⁹⁸¹ : « *Le principal changement porte sur la rémunération puisqu'une plus grande*

⁹⁷⁷ L. n°85-698 du 11 juill. 1985, JO du 12 ; CMF, art. 213-8 à 213-21.

⁹⁷⁸ GUILLOIS, Th., « Des outils essentiels », JA n°487/2013, p. 19.

⁹⁷⁹ JUANICO, R., *Avis n°1862 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif à l'économie sociale et solidaire*, Assemblée nationale, 9 avril 2014. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1862.asp>> (consulté le 9 avril 2014).

⁹⁸⁰ PINVILLE, M., « Assurer le développement des associations passe par une sécurisation de leurs sources de financement », JA n°539/2016, 15 mai 2016, p. 22.

⁹⁸¹ GUILLOIS Th., « Le succès escompté n'est pas au rendez-vous », JA n°539/2016, 15 mai 2016, p. 30.

*attractivité financière de ces titres est prévue par la loi : une rémunération supérieure de trois points au taux moyen du marché obligataire était déjà possible ; ce taux majoré est encore remonté de deux points et demi lorsque le remboursement des titres associatifs est subordonné à la réalisation d'excédents »*⁹⁸².

Gaylor RABU souligne quant à lui le fait que les fonds communs de placement à risques peuvent désormais acquérir des titres associatifs⁹⁸³.

La Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale ajoute que « *le dispositif adopté par la loi ESS a été quelque peu assoupli par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui a supprimé l'interdiction pour les personnes physiques ou morales de détenir directement des obligations émises par leur association* »⁹⁸⁴. Wilfried MEYNET salue cette réforme et précise que dans la pratique « *la réalité économique veut que des personnes qui prêtent des sommes importantes à une association se voient très souvent confier des mandats sociaux* »⁹⁸⁵.

408. Bilan mitigé des diverses réformes des titres associatifs. - Malgré toutes ces modifications, la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale constate à regret qu'en 2016 « *le bilan du nouveau régime des titres associatifs est assez modeste : seules deux émissions ont été lancées, l'une par l'ADIE (Association pour le droit à l'initiative économique), pour un montant de 10 millions d'euros en partenariat avec le Crédit coopératif ; l'autre par la CRESS PACA, pour une souscription de 500 000 euros* ». Dans le cas de l'ADIE, la valeur de chaque « ticket » d'obligation allait de 20 000 à un million d'euros d'après la Caisse des dépôts (ayant souscrit à 27,6 % du total des obligations)⁹⁸⁶. S'agissant de la Chambre régionale de l'économie sociale et solidaire (CRESS) Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), 100 titres d'une valeur de 5 000 euros chacun ont été émis⁹⁸⁷.

⁹⁸² ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé le 9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques*, préc., p. 34.

⁹⁸³ CMF, art. L. 214-28, I.

RABU, G., « Le regain d'activité des titres associatifs », *JSS* n°128, mars 2015, p. 52.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ MEYNET, W., « Un monde d'obligations », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 23-27.

⁹⁸⁶ CAISSE DES DEPOTS, « La Caisse des Dépôts investit dans l'innovation financière et sociale en souscrivant au titre associatif proposé par l'Adie », 22 décembre 2015. En ligne : <http://www.caissedesdepots.fr/sites/default/files/medias/cp_et_dp/cp_adie_-_caisse_des_depots_doc.pdf> (consulté le 18 juin 2017).

⁹⁸⁷ PETITES AFFICHES DES ALPES-MARITIMES (LES), « CRESS PACA : lancement des titres associatifs », 28 août

409. Critiques du dispositif. - Ces chiffres corroborent la thèse de Jean-Louis CABRESPINES, Président du CNCRES, selon laquelle « *les montants collectés ne peuvent concerner que des associations d'une certaine taille, répondant à des problématiques particulières et qui ont un modèle économique permettant de dégager une rentabilité suffisante à la rémunération et au remboursement des fonds* »⁹⁸⁸. D'où l'intérêt de pouvoir se grouper avec d'autres associations au sein d'un GIE en vue d'émettre des titres associatifs⁹⁸⁹. Pour l'émetteur, les intérêts servis constituent une charge financière qu'il conviendra de déduire des résultats de l'activité lucrative⁹⁹⁰.

Pour émettre des titres associatifs, il n'est donc pas suffisant d'avoir eu une activité économique effective au cours des deux derniers exercices, d'être immatriculée au RCS, d'avoir clarifié ses règles de direction, de représentation et de gouvernance dans ses statuts⁹⁹¹, ni même de satisfaire aux exigences de transparence, au moment de l'émission et tout au long de l'exécution du contrat⁹⁹², vis-à-vis à la fois des souscripteurs individuels et de la masse des obligataires, jouissant de la personnalité civile⁹⁹³, et par conséquent chargée de la défense de leurs intérêts communs.

Si, en théorie, sur le fondement de l'article L. 213-13 du Code monétaire et financier, les intérêts servis aux souscripteurs et comportant une part fixe et une part variable peuvent aller jusqu'à 6,45 % (somme du taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées, fixé à 0,95% au 8 février 2018⁹⁹⁴, des 3 % de majoration prévus par la loi LME du 4 août 2008, et des 2,5 % de majoration prévus à l'article 70, I-3°-b de la loi du 31 juillet 2014), en pratique, d'après Thierry GUILLOIS, les souscripteurs des titres CRESS PACA et ADIE ont dû concéder une rémunération à 2 % seulement, ce qui, à cette époque, était déjà plus proche des taux d'intérêt des prêts bancaires à long terme⁹⁹⁵.

2015. En ligne : <<http://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/economie,045/cress-paca-lancement-des-titres,6183.html>> (consulté le 18 juin 2017).

⁹⁸⁸ CABRESPINES, J.-L., « Enjeux du recours aux titres associatifs », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 21.

⁹⁸⁹ CMF, art. L. 213-20.

⁹⁹⁰ CGI, art. 39.

⁹⁹¹ CMF, art. L. 213-8 et L. 213-10.

⁹⁹² CMF, art. L. 228-69.

⁹⁹³ CMF, art. L. 228-46, al. 1^{er}.

⁹⁹⁴ TRESOR – DIRECTION GENERALE, « Taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées », 13 janvier 2017. En ligne : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/4164_taux-moyen-de-rendement-des-obligations-des-societes-privées> (consulté le 7 avril 2018).

⁹⁹⁵ GUILLOIS, Th., « Le succès escompté n'est pas au rendez-vous », préc.

Lorsque les titres associatifs ne sont pas remboursables à l'initiative de leur émetteur, l'événement générateur du droit d'être remboursé sera la constitution d'excédents supérieurs au montant nominal d'émission après l'extinction du délai de sept ans. Gaylor RABU y voit « *une certaine incertitude relativement à la date de maturité des titres, suggérant qu'ils présentent tous les traits de fonds propres. Les investisseurs doivent attendre la mise en œuvre d'une politique de désendettement de l'association, en principe largement postérieure à la date de réalisation du projet que l'émission a permis de financer. Ils peuvent également subir la liquidation de l'association consécutivement à sa dissolution judiciaire ou volontaire* »⁹⁹⁶. Cette dissolution peut être contrainte par la réduction de moitié des fonds propres par suite d'exercices déficitaires⁹⁹⁷. Or, en cas de procédure collective, les souscripteurs sont des créanciers de dernier rang de l'émetteur⁹⁹⁸.

410. Axe d'amélioration du régime des titres associatifs. - Pour les souscripteurs, le traitement fiscal⁹⁹⁹ des intérêts perçus va dépendre de leur qualité. Pour les sociétés ayant directement souscrit, les intérêts sont soumis au taux de droit commun de 28 ou 33,1/3 %¹⁰⁰⁰. Lorsqu'elles souscrivent *via* un fonds commun de placement à risques, les intérêts peuvent être exonérés d'impôt, sous certaines conditions¹⁰⁰¹.

Lorsqu'il s'agit d'une personne physique, ces intérêts tombent dans l'assiette de l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers¹⁰⁰². ESS France¹⁰⁰³ et le HCVA¹⁰⁰⁴ proposaient d'étendre à la souscription de titres associatifs le régime de l'« IR-PME »¹⁰⁰⁵ et de

⁹⁹⁶ RABU, G., « Le regain d'activité des titres associatifs », *JSS* n°128, mars 2015, p. 50.

⁹⁹⁷ CMF, art. L. 213-15.

⁹⁹⁸ CMF, art. L. 213-9, al. 2.

⁹⁹⁹ DAVOULT, N., GRANIER, Th., « Fiscalité applicable au financement de l'ESS », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p. 27-28.

préc., p. 27-28.

¹⁰⁰⁰ CGI, art. 39.

Ce taux est amené à décroître : « il est fixé à 31 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, à 28 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020 et à 26,5 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2021 » (CGI, art. 219, I).

¹⁰⁰¹ CGI, art. 219, I, a *sexies*.

¹⁰⁰² CGI, art. 118 et 119.

¹⁰⁰³ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 17.

¹⁰⁰⁴ ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, préc., proposition n°30, p. 158.

¹⁰⁰⁵ Dispositif introduit par l'article 26-I de la loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite « loi Madelin ».

« l'ISF-PME »¹⁰⁰⁶, c'est-à-dire de permettre aux souscripteurs personnes physiques de bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à hauteur de 18 % des sommes versées pour acquérir un ticket (ou 25 % pour les versements effectués jusqu'au 31 décembre 2018), dans la limite de 50 000 euros pour une personne seule et de 100 000 euros pour des époux¹⁰⁰⁷ ou de 50 % du montant des versements effectués par le redevable de l'ISF, dans la limite de 45 000 euros pour les investissements directs et 18 000 euros en cas d'investissement intermédiaire, c'est-à-dire *via* des fonds d'investissement de proximité et des fonds communs de placement dans l'innovation¹⁰⁰⁸. Problème : c'est cette exonération d'ISF-là qui a disparu sous le coup des réformes fiscales de l'ISF devenu IFI.¹⁰⁰⁹ Pour Frédéric TIBERGHIE, Président de Finansol, c'est un non-sens : « *Les entreprises solidaires, titulaires d'un agrément public, ne rémunérant pas ou très peu leurs parts de capital et celles-ci étant détenues en moyenne entre huit et neuf ans, la déduction fiscale compensait en partie la faible rentabilité du placement pour les particuliers et l'absence de plus-value à la sortie sur des titres non cotés* »¹⁰¹⁰.

411. Les social impact bonds, faux amis. - Comme nous l'avons dit en introduction de cette thèse¹⁰¹¹, l'*impact investing* ou « investissement à impact social » est le seul point relatif à l'ESS qui a fait l'objet d'une étude par le Commissariat général à la stratégie et à la prospective¹⁰¹², portant sur l'investissement social pris au sens large : épargne solidaire, fonds d'ISR, sociétés de capital-risque, banques coopératives, mutuelles, organismes de micro-crédit, *social impact bonds*, etc.¹⁰¹³. Depuis, France Stratégie s'est saisie du sujet en créant un groupe de travail sur la question de la mesure socioéconomique de l'impact de l'investissement social¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁶ Dispositif introduit par l'article 16-II de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite « loi TEPA ».

¹⁰⁰⁷ CGI, art. 199 terdecies-0-A.

BOFiP-Impôts, BOI-IR-RICI-90 du 9 mai 2014.

¹⁰⁰⁸ CGI, art. 885-0 V bis, abrogé.

BOFiP-Impôts, BOI-PAT-ISF-40-30-30-10 du 6 juillet 2016.

¹⁰⁰⁹ FEUERSTEIN, I., « Fin annoncée de l'«ISF-PME», maintien de l'ISF-dons », 12 septembre 2017. En ligne : <<https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/patrimoine-dirigeant/030548244468-la-fin-annoncee-de-l-isf-pme-313019.php?Ac1paZcAUcypUuqx.99>> (consulté le 8 octobre 2017).

¹⁰¹⁰ TIBERGHIE, F., « Que faire pour développer la finance solidaire après la suppression de l'ISF-PME solidaire ? », *JA* n°573/2018, 15 février 2018, p. 13.

¹⁰¹¹ Cf. *supra* n°4.

¹⁰¹² GUEZENEC, C., MALOCHET G., *L'Impact investing pour financer l'économie sociale et solidaire ? Une comparaison internationale*, Document de travail, préc.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 18-24.

¹⁰¹⁴ FRANCE STRATEGIE, *Lancement d'un groupe de travail sur la mesure socioéconomique de l'impact de l'investissement social*, 16 février 2018. En ligne : <<http://www.strategie.gouv.fr/actualites/lancement-dun-groupe-de-travail-mesure-socioeconomique-de-limpact-de-linvestissement>> (consulté le 7 avril 2018).

Contrairement à ce que la locution anglaise *Social impact bonds* (littéralement « obligations à impact social ») laisse entendre, cette forme d'investissement à impact social n'a pour support ni les titres de créances négociables (à court ou moyen terme), ni les titres associatifs (à long terme). Pour cette raison, le Ministère de l'Économie et des Finances préfère parler de « contrats à impact social ».

Le contrat à impact social est une opération tripartite, en deux temps¹⁰¹⁵. Dans un premier temps, une personne publique va commander une prestation de services auprès d'une entreprise de l'ESS (éventuellement à la suite d'un appel d'offres ou appel à projets¹⁰¹⁶) sur du moyen ou long terme¹⁰¹⁷. Martine PINVILLE se veut rassurante : « *Il ne s'agit pas d'agir en substitution des services publics mais de couvrir des besoins sociaux qui n'ont pas encore trouvé de réponse* »¹⁰¹⁸. Elle donne par ailleurs quelques exemples des domaines d'intervention les plus concernés par les contrats à impact social, essentiellement dans une optique préventive : l'exclusion, les addictions, la dépendance, l'accompagnement de mères célibataires en difficulté, la réduction du taux de récidive de détenus à leur sortie de prison¹⁰¹⁹. De fait, les entreprises de l'ESS les plus concernées par les contrats à impact social sont les associations (en raison de leurs spécificités moratoires et en particulier leur fonction d'avant-garde¹⁰²⁰).

¹⁰¹⁵ BESANÇON, E., CELLES, S., CHOCHOY, N., et ii, « L'Investissement à Impact Social : vers une financiarisation de l'économie sociale et solidaire ? Version provisoire », p. 13-23, in *XVèmes Rencontres du Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire (RIUESS)*, Reims, « La créativité de l'Économie sociale et solidaire est-elle soluble dans l'entrepreneuriat ? », 2015. En ligne : <http://base.socioeco.org/docs/besancon_chochoy.pdf> (consulté le 20 juin 2017).

HCVA, « Avis du HCVA relatif à l'appel à projets de « *social impact bonds* », 2 mars 2016. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Avis_du_HCVA_relatif_a_l_appel_a_projets_SIB_02-03-2016.pdf> (consulté le 20 juin 2017).

OCDE, *Understanding social impact bonds*, LEED, 2016. En ligne : <<http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>> (consulté le 20 juin 2017).

¹⁰¹⁶ MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Conférence sur l'investissement à impact social : dossier de présentation*, 24 novembre 2016. En ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/24112016_DPVF_conference_investissement_impactsocial.pdf> (consulté le 21 juin 2017).

¹⁰¹⁷ GUEZENEC, C., MALOCHET G., *L'Impact investing pour financer l'économie sociale et solidaire ? Une comparaison internationale*, Document de travail, préc., p. 15.

¹⁰¹⁸ MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, « Michel SAPIN et Martine PINVILLE signent les deux premiers contrats à impact social en présence du Président de la République », communiqué de presse, 24 novembre 2016. En ligne : <<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/21766.pdf>> (consulté le 21 juin 2017).

¹⁰¹⁹ ECONOMIE.GOUV.FR, « Contrats à impact social : faire grandir de nouvelles solidarités en France », 25 novembre 2016. En ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/contrat-impact-social>> (consulté le 20 juin 2017).

¹⁰²⁰ Cf. *supra* n°302.

Le contrat de prestation de services spécifiera les objectifs d'utilité sociale (au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014¹⁰²¹) que l'entreprise de l'ESS devra atteindre afin d'obtenir le paiement complet du prix convenu. Autrement dit, le prestataire est payé au résultat.

Dans un second temps, la personne publique va contracter des emprunts, auprès d'investisseurs privés (dans les pays anglo-saxons, il s'agit le plus souvent de fondations, de fonds de placement spécialisés ou de fonds d'investissement classiques), afin de financer le projet porté par l'entreprise de l'ESS.

Les prêteurs privés acceptent de supporter le risque financier lié à la très incertaine réussite de la prestation de services, sans demander aucune garantie (en présence très certainement de *disclaimers*, c'est-à-dire des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité) ; en contrepartie, la personne publique devra lui verser des intérêts à des taux élevés.

On peut quand même penser que les investisseurs disposent de certains recours en cas de mauvaise gestion de l'entreprise de l'ESS, de mauvaise information, de manœuvre dolosive, ou d'information trompeuse en phase précontractuelle ou pendant l'exécution du contrat, émanant de la personne publique ou de l'entreprise de l'ESS prestataire. Toutefois, cette question déborde du cadre de la présente thèse.

Pour la personne publique, « *il faut que les résultats (en termes d'impact pour les bénéficiaires et/ou en termes de coûts évités pour lui-même) puissent justifier du surcoût qu'ils engendrent* »¹⁰²². La Cour des comptes ainsi que les Chambres régionales des comptes y veilleront.

Parfois, le contrat à impact social fait intervenir un quatrième type de protagonistes, tiers intermédiaires : « *Un Special Purpose Vehicle, ou Fonds Commun de Titrisation, est une entité ad hoc créée spécifiquement pour assurer l'intermédiation entre les "parties prenantes". Elle contractualise en son nom, supervise l'action du ou des fournisseurs de services et gère les flux financiers : elle finance l'entreprise fournisseuse de service via l'achat de créances, et se refinance en émettant des titres de dettes ou de capital auprès d'investisseurs* »¹⁰²³.

¹⁰²¹ Cf. annexe unique.

¹⁰²² BESANÇON, E., CELLES, S., CHOCHOY, N., et ii, préc., p. 18.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 16.

412. La question lancinante de la méthode d'évaluation de l'impact sociétal. - La négociation de ce contrat intéresse davantage les sciences de gestion¹⁰²⁴ que le droit privé, au vu des questions essentielles qu'elle soulève : comment convaincre de son impact social ? Que mesurer : les effets sur les bénéficiaires (mesure descriptive), le rapport coûts/bénéfices (mesure analytique), le rapport moyens/objectifs ? Quels indicateurs choisir : des indicateurs quantitatifs (montants, fréquence...), qualitatifs (perceptions, déclarations, groupes de discussion...) ou mixtes ?

“*What gets measured, gets managed*”¹⁰²⁵. Pour justifier et stimuler les soutiens privés et publics dont bénéficie l'entreprise de l'ESS, son utilité sociale doit absolument être démontrée, évaluée voire quantifiée. Par « résultats », il faut comprendre les changements descriptibles ou mesurables directement imputables à l'entreprise de l'ESS. L'évaluation peut se faire *ex ante* (avant le démarrage de l'activité, au moment de la détermination de l'objet social en phase de formation de l'entité juridique), à mi-parcours ou *ex post* (i.e. après réalisation), à court (jusqu'à un an), moyen (un à cinq ans) ou long terme (plus de cinq ans).

C'est ainsi qu'apparaissent trois nouvelles approches de la performance en sciences de gestion, à la fois économique et sociale, qui gagnent toutes à faire l'objet de la concertation la plus large possible (bien que celle-ci génère elle-même un coût) : l'approche qualitative, l'approche quantitative en termes de coûts évités, et l'approche quantitative monétariste¹⁰²⁶.

L'approche qualitative rendra compte de la réunion (ou non) de critères distinctifs d'une amélioration de la condition sociale et de la qualité de vie sur des critères tels que l'amélioration de l'état de santé, les effets de socialisation, la promotion de pratiques civiques, la transmission de pratiques démocratiques, l'épanouissement, la valorisation du patrimoine, etc. Le résultat

¹⁰²⁴ AVISE, « Dossier spécial : impact social », 5 janvier 2017. En ligne : <<http://www.avise.org/dossiers/impact-social>> (consulté le 21 juin 2017).

AVISE, « Mode d'emploi. Évaluer l'impact social : un éclairage pour ceux qui financent une activité d'utilité sociale », 9 janvier 2018. En ligne : <<http://www.avise.org/actualites/mode-demploi-evaluer-limpact-social>> (consulté le 20 janvier 2018).

BAUDET, A., DURQUETY, E., « Enseignements du baromètre de la mesure d'impact social », *JA* n°558/2017, 1^{er} mai 2017, p.18-20.

MOUNIER-SAINTOYANT, B., « Quelles pratiques de l'évaluation ? », *JA* n°558/2017, 1^{er} mai 2017, p. 22-27.

¹⁰²⁵ Adage américain qui signifie « Ce qui est mesurable est maîtrisable ».

¹⁰²⁶ BRULE, J.-M. (Dir.), *Utilité sociale et mesure d'impact : quelle évaluation pour l'ESS ?*, Paris, L'Atelier, coll. Carnet de Chantier., 2013, p. 11-12.

qui sera rapporté à ces critères consiste avant tout en un ressenti. Ainsi, chaque partie prenante pourra décliner ses propres critères de satisfaction. C'est donc une méthode éminemment subjective.

L'approche quantitative en termes de coûts évités évaluera l'utilité sociale d'une entreprise de l'ESS au regard de la réduction des effets négatifs soit de son activité, soit du besoin social à résorber. Cette approche est privilégiée pour les activités de développement durable.

Enfin, l'approche quantitative monétariste mesurera le rendement des soutiens financiers par un rapport entre la ressource publique ou privée prodiguée (le plus souvent financière) et les résultats sociaux obtenus dans la poursuite de l'activité, exprimés en euros. Cette méthode est mise en œuvre par BPIFrance pour l'octroi des titres d'investissements réservés aux entreprises « à fort impact social »¹⁰²⁷. En supplantant la notion d'aide par celle d'investissement, on obtient la formule de calcul du « retour social sur investissement » (*social return on investment - SROI*), qui revient à appliquer à l'ESS une logique de recherche de rentabilité semblable au *return on equity*¹⁰²⁸.

La monétarisation a toutefois permis de proposer une méthode quantitative alternative : le calcul du bénéfice net de l'impact social¹⁰²⁹. Il s'agit du ratio entre le montant des contributions monétarisées (ressources matérielles, immatérielles, heures de travail, heures d'activité bénévole, ressources financières...) au dénominateur et, au numérateur, celui de l'impact social, lui aussi monétarisé (en additionnant les coûts évités et le coût d'une action correctrice pour améliorer chaque aspect de la condition sociale). Il peut se mesurer à l'échelle d'une catégorie de parties prenantes ou bien à l'échelle de l'entreprise de l'ESS tout entière.

Face à la complexité de ces questions, les parties peuvent décider d'externaliser l'évaluation de l'impact social. Ainsi, la Fondation pour l'investissement social et le développement humain (FISO) — à ne pas confondre avec le Fonds d'innovation sociale (FISO) de BPIFrance¹⁰³⁰ — a été créée à l'initiative de la puissance publique (Ministère des Affaires sociales et de la Santé)

¹⁰²⁷ Cf. *supra* n°19.

¹⁰²⁸ Cf. *supra* n°44.

¹⁰²⁹ BRANGER, V., GARDIN, L., JANY CATRICE, F., PINAUD S., « Évaluer l'utilité sociale de l'économie sociale et solidaire », p. 14-16, Corus'ESS, Alter' Guide, janvier 2015. En ligne : <<http://clerse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/AlterGuide-2014.pdf>> (consulté le 20 octobre 2016).

¹⁰³⁰ Cf. *infra* n°417.

avec pour objet, d'une part, de « *soutenir des projets de recherche destinés à évaluer des expérimentations sociales associant les pouvoirs publics, des entreprises et des associations* », et, d'autre part, d'« *identifier les projets les plus efficaces, pour encourager l'innovation en matière de politiques de solidarité* »¹⁰³¹. L'alerte du HCVA semble donc avoir été entendue sur ce point : en effet, dans un rapport de 2014, il soulignait que « *la mise en œuvre d'outils de pilotage et de tableaux de bord sociaux produit nécessairement un alourdissement des charges des associations intéressées et réduit d'autant leur capacité d'intervention* »¹⁰³².

Nous n'y voyons aucun inconvénient si notre proposition d'instaurer une autorité administrative indépendante de contrôle méthodologique est adoptée et que la FISO ne s'y substitue pas.

On en déduit aussi que l'outil MESIS de mesure de l'impact social développé par la Caisse des Dépôts¹⁰³³ ne parvient pas à s'imposer, soit par défaut d'adéquation aux attentes des acteurs, soit par manque d'envergure par rapport à un laboratoire d'innovations publiques.

413. La polémique autour des *social impact bonds*. - Même lorsque le contrat a été bien négocié, la bonne exécution des prestations demeure source de tensions. Comme le souligne le *think-tank* européen Pour la solidarité, « *du côté des opérateurs sociaux, la pression orchestrée par les investisseurs peut être intense et leur réputation en danger si les objectifs restaient hors d'atteinte. Par conséquent, ils peuvent être poussés à utiliser tous les moyens possibles afin d'assurer le succès du programme* »¹⁰³⁴. Des sociologues, économistes et travailleurs sociaux parlent d'injonctions paradoxales, qu'ils illustrent en prenant pour exemple l'une des premières expériences de contrats à impact social menées sous le Ministère de Martine PINVILLE dans le domaine de la protection de l'enfance : « *Ils [les professionnels] sont en effet sommés de répondre à la fois à une mission de protection de l'enfance et à la demande de réduction des placements [...]. Sommés de se concentrer sur la réduction du nombre de placements, les*

¹⁰³¹ MINISTÈRE DU TRAVAIL, « Lancement de la Fondation pour l'Investissement Social et le Développement Humain », 17 janvier 2017. En ligne : <<http://travail-emploi.gouv.fr/archives/archives-presse/archives-communiqués-de-presse/article/lancement-de-la-fondation-pour-l-investissement-social-et-le-developpement>> (consulté le 21 juin 2017).

¹⁰³² HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 5.

¹⁰³³ Cf. *supra* n°19.

¹⁰³⁴ DEBLIECK, H., STOKKINK, D. (Dir.), « *Social impact bonds : pour ou contre ?* », Pour la solidarité, décembre 2016, p. 8. En ligne : <<http://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/na-2016-sib.pdf>> (consulté le 21 juin 2017).

professionnels sont moins disponibles et leur attention au danger diminue [...]. Pris dans une situation intenable, à la fois juges et parties, ils devront évaluer leurs actions pour en démontrer les plus grands bénéfices, sans quoi ils disparaîtront : embauchés en complément du dispositif, leur contrat se justifie par l'atteinte de résultats »¹⁰³⁵. Une telle crise aurait pu être évitée si toutes les parties prenantes, y compris les éducateurs, les juges aux affaires familiales, les enfants à protéger, les familles d'origine et les familles d'accueil ou candidates à l'accueil, et pas seulement les services départementaux et régionaux compétents¹⁰³⁶ et les financeurs — avaient été associées à la définition des objectifs et des indicateurs d'impact social. La mesure de l'impact sociétal ne doit pas se confondre avec celle de la rentabilité ou du risque, ce qui exige un changement de paradigme pour les financeurs et en particulier les banques.

Sans cette réflexion centrée sur l'intérêt collectif et l'intérêt général, nous pressentons que les détracteurs de l'utilisation, par l'État, des contrats à impact social auront raison d'affirmer qu'« elle accentue la mise en concurrence des différentes structures de l'action sociale, fragilise les plus petites et surtout elle diminue le pouvoir de contrôle de l'État sur l'action sociale. Qui plus est, elle risque d'introduire au sein de l'action sociale auprès des populations les plus fragiles un processus de “sélection adverse” tel qu'il se pratique dans les assurances : afin d'obtenir une rentabilité plus forte ou de meilleurs résultats, on choisit d'aider ceux qui sont le moins en difficulté. Le risque est donc d'accroître encore les inégalités, voire les injustices, au sein même des populations les moins favorisées [...]. La compétition conduirait à financer de préférence les projets les plus lucratifs, ou ceux pour lesquels les indicateurs de réussite seront les plus facilement objectivables »¹⁰³⁷.

Bien avant l'introduction des *social impact bonds*, cette sélection avait déjà été amorcée par l'arrivée massive d'opérateurs économiques privés lucratifs sur les segments sociaux et médico-sociaux les plus profitables (crèches et *silver economy* i.e. hébergement médicalisé des personnes âgées et aide à domicile) reléguant les OSBL aux segments à faible rendement voire

¹⁰³⁵ ALIX, J.-S., AUTES, M., COUTINET, N., GARRIGUE, G., « Les contrats à impact social : une menace pour la solidarité ? », 16 janvier 2018. En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Les-contrats-a-impact-social-une-menace-pour-la-solidarite.html#.Wl4UsJzsbXA.linkedin>> (consulté le 20 janvier 2018).

¹⁰³⁶ La Direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations (DDCS) dans les gros départements, ou la Direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations (DDCSPP), et l'Agence régionale de santé (ARS) pour les questions sanitaires et de sécurité sociale.

¹⁰³⁷ ALIX, J.-S., AUTES, M., COUTINET, N., GARRIGUE, G., « Les contrats à impact social : une menace pour la solidarité ? », préc.

à perte (hébergement médicalisé des personnes handicapées, accueil de jour sans hébergement des personnes handicapées, accueil d'urgence)¹⁰³⁸.

Malgré toutes les difficultés soulevées, ESS France est favorable au développement des contrats à impact social. En effet, dans son rapport relatif au financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire publié en mars 2017, elle formule quatre propositions allant dans ce sens :

« Proposition 28 : Doter une ligne budgétaire susceptible d'apporter des fonds propres aux associations développant des projets d'utilité sociale, en vue d'atteindre certains objectifs pouvant être formalisés dans des conventions (V, C, 3, p. 131).

Proposition 58 : Mettre en place par secteur des outils de mesure de l'impact social environnemental de l'activité et des investissements (V, A, 2, p. 121).

Proposition 78 : Veiller au chiffrage aussi précis que possible des économies générées ou des coûts évités par la puissance publique en cas de financement de contrats à impact social (V, D, 2, p. 144).

Proposition 87 : Renforcer la transparence et la traçabilité sur l'emploi des fonds investis dans l'ESS, la mesure de leur impact et les conditions de rémunération de l'investisseur et de l'intermédiaire (V, J, 7, p. 173) »¹⁰³⁹.

Reste qu'en pratique, le montage de tels contrats est chronophage et n'a de sens que pour des projets d'au moins un million d'euros¹⁰⁴⁰.

414. Le programme national “French Impact”, un essaimage de social impact bonds ? –

Le 18 janvier 2018, Christophe ITIER, fraîchement nommé Haut-commissaire à l'Économie sociale et solidaire et à l'Innovation sociale, et Nicolas HULOT, Ministre de la Transition écologique et solidaire, ont annoncé le lancement du “French Impact”, un label pour encourager les initiatives en faveur de l'innovation sociale retenues au moyen d'un appel à candidatures au premier trimestre 2018, en les finançant et en dupliquant partout en France

¹⁰³⁸ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 4-5.

¹⁰³⁹ ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, préc.

¹⁰⁴⁰ BANQUE DES TERRITOIRES, « Les contrats à impact social font leur rentrée », 7 septembre 2018. En ligne : <<https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/Articles/Articles&cid=1250281584213>> (consulté le 14 octobre 2018).

celles à fort impact social, dans des domaines tels que « *le recyclage, l'éducation, l'inclusion sociale et professionnelle, l'emploi, la petite enfance, le sport et la santé etc.* »¹⁰⁴¹.

Il est important de rappeler ici la définition de l'innovation sociale à l'article 15-I de la loi du 31 juillet 2014 :

« I. - Est considéré comme relevant de l'innovation sociale le projet d'une ou de plusieurs entreprises consistant à offrir des produits ou des services présentant l'une des caractéristiques suivantes :

1° Soit répondre à des besoins sociaux non ou mal satisfaits, que ce soit dans les conditions actuelles du marché ou dans le cadre des politiques publiques ;

2° Soit répondre à des besoins sociaux par une forme innovante d'entreprise, par un processus innovant de production de biens ou de services ou encore par un mode innovant d'organisation du travail. Les procédures de consultation et d'élaboration des projets socialement innovants auxquelles sont associés les bénéficiaires concernés par ce type de projet ainsi que les modalités de financement de tels projets relèvent également de l'innovation sociale ».

Il s'agit donc avant tout de soutenir des projets difficilement finançables. Comment ? en mobilisant un milliard d'euros de financements publics (*via* la Caisse des Dépôts et BPIFrance) et privés (Crédit coopératif, BNP Paribas, France Active, INCO...) en cinq ans.

Outre le retour positif en termes d'image, qu'est-ce qui motiverait une grande banque à contribuer au financement d'un programme si coûteux et si risqué ? Nous supposons qu'il s'agit tout simplement de la généralisation des contrats à impact social lancés par Martine PINVILLE, finalement peu risqués et très lucratifs pour les investisseurs privés. Sur quels critères les projets seront-ils sélectionnés ? Quelle méthode sera retenue pour évaluer l'impact social ? Est-ce que le résultat de cette évaluation conditionnera le montant du financement ?

¹⁰⁴¹ MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, « French Impact : innover au service de l'intérêt général », 18 janvier 2018. En ligne : <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/french-impact-innover-au-service-linteret-general>> (consulté le 8 avril 2018).

- II. Des moyens de financement par la dette plutôt pensés pour les OSBL mais accessibles à toutes les entreprises de l'ESS

415. Une offre de prêts de plus en plus étoffée et à destination des associations en première intention. - Comme nous l'avons vu à propos des titres associatifs, les emprunts à long terme sont des quasi-fonds propres. Ici, nous nous intéresserons aux emprunts non pas en ce qu'ils constituent des investissements pour le prêteur, mais seulement en tant que renforcements de la capacité de financement de l'OSBL emprunteuse.

Un obstacle de taille à l'accès des associations au crédit a été relevé par ESS France : « *La Commission a noté que la médiation du crédit n'était pas habilitée à traiter des difficultés de financement des entreprises de l'ESS qui ne paient pas les trois impôts commerciaux mais a relevé que son approche au cas par cas pouvait l'amener à être saisie de quelques cas d'entreprises de l'ESS. Cette anomalie devrait être corrigée dans la mesure où ces entreprises sont essentiellement des TPE et des PME et où elles se heurtent à des difficultés de financement de leur fonds de roulement analogues à celles des entreprises commerciales* »¹⁰⁴².

Présentation des moyens de financement par la dette. Plan. - ESS France déplore que les entreprises de l'ESS, et en particulier les associations, manquent souvent de culture financière pour pouvoir concevoir qu'un « bon » endettement puisse exister et provoquer un effet de levier¹⁰⁴³. Or, depuis 2013, un certain nombre d'outils de financement par la dette, publics comme privés, autres que les titres associatifs, ont été créés spécifiquement pour les associations, sous l'égide de BPIFrance et de la Banque européenne d'investissement, même s'ils sont accessibles à l'ensemble des entreprises de l'ESS (1). Les OSBL peuvent également bénéficier de prêts privés échappant au monopole bancaire (2).

1. La raréfaction des prêts à l'initiative de la puissance publique nationale ou supra-étatique destinés aux entreprises de l'ESS

416. Le prêt ESS de BPIFrance. - Inaugurée en 2013¹⁰⁴⁴, la Banque publique

¹⁰⁴² ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, préc., p. 30.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 130.

¹⁰⁴⁴ DUFOURCQ, N., *Contribuer au financement de l'économie sociale et solidaire : renforcer l'existant*,

d'investissement BPIFrance proposait à l'origine aux entreprises de l'ESS un éventail assez large de solutions de financement par la dette : le prêt ESS, le prêt participatif social et solidaire, le fonds d'innovation sociale, le fonds de fonds et la garantie bancaire¹⁰⁴⁵. Actuellement, le prêt participatif social et solidaire et la garantie bancaire en partenariat avec SOGAMA Crédit associatif ne sont plus proposés (bien que SOGAMA Crédit associatif, établissement agréé par l'AMF, continue à proposer des garanties de prêt aux associations uniquement). Par ailleurs, l'ESS n'est plus une priorité ni dans le Programme d'investissements d'avenir (ex « Grand emprunt »)¹⁰⁴⁶, ni pour le fonds de fonds¹⁰⁴⁷, et le fonds dédié à l'ESS, « Impact coopératif », se recentre sans ambiguïté sur les entreprises à forme coopérative¹⁰⁴⁸.

Le prêt ESS de BPIFrance¹⁰⁴⁹ est d'une durée de cinq ans et d'un montant compris entre 10 000 et 50 000 euros, voire 100 000 euros en cas d'intervention de la région. Il sert à financer « *en priorité les dépenses immatérielles et l'augmentation du fonds de roulement liées au développement de l'activité ou à la réalisation d'un programme d'investissement corporel ou incorporel* ». Il n'est octroyé que dans l'hypothèse d'un co-financement extérieur et égalitaire (concours bancaire ou apport en fonds propres ou quasi-fonds propres). Il est ouvert à toute entreprise de l'ESS :

- implantée ou immatriculée en France
- qui produit des comptes annuels
- dont l'activité se situe dans un secteur autre que l'agriculture, l'intermédiation financière, la promotion ou la location immobilière
- de plus de trois ans d'existence (et donc sortie de sa phase d'amorçage)

approfondir les partenariats, innover – Rapport d'étape, préc.

¹⁰⁴⁵ ATELIER (L'), « BPI France : la création d'outils financiers dédiés à l'ESS ! », 15 octobre 2015. En ligne : <<http://www.atelier-idf.org/ressources/breves/2015-10-15,BPI-France-creation-outils-financiers-ess.htm>> (consulté le 22 juin 2017).

BANGOURA, K., HAFIANI, C., « Des outils en faveur de l'ESS », *JA* n°498/2014, p. 44.

BAZILLON, B., DESTREE, P., « Les outils dernier cri », *JA* n°487/2013, p. 27.

¹⁰⁴⁶ BPIFRANCE, « PIA (Programme d'Investissements d'Avenir) : de quoi s'agit-il ? », 15 février 2016. En ligne : <<http://www.bpifrance.fr/A-la-une/Actualites/PIA-Programme-d-Investissements-d-Avenir-de-quoi-s-agit-il-23197>> (consulté le 23 juin 2017).

¹⁰⁴⁷ BPIFRANCE, « L'activité fonds de fonds de Bpifrance, c'est quoi ? », 24 novembre 2015. En ligne : <<http://www.bpifrance.fr/A-la-une/Actualites/L-activite-fonds-de-fonds-de-Bpifrance-c-est-quoi-21660>> (consulté le 23 juin 2017).

¹⁰⁴⁸ Cf. *infra* n°454.

BPIFRANCE, « Impact coopératif : un nouveau fonds pour booster les entreprises de l'ESS », 22 novembre 2016. En ligne : <<http://www.bpifrance.fr/A-la-une/Actualites/Impact-cooperatif-un-nouveau-fonds-pour-booster-les-entreprises-de-l-ESS-28956>> (consulté le 23 juin 2017).

¹⁰⁴⁹ BPIFRANCE, « Prêt économie sociale et solidaire : le financement dédié aux projets de développement porteurs de valeurs collectives, sociales, environnementales ». En ligne : <<http://www.bpifrance.fr/Toutes-nos-solutions/Prets/Prets-thematiques/Pret-Economie-Sociale-et-Solidaire>> (consulté le 22 juin 2017).

- indépendante, ce qui implique qu'elle ne soit pas détenue à plus de 25 % par une ou plusieurs entités n'étant pas des PME
- correspondant elle-même à la définition européenne de la PME :
 - effectif inférieur à 250 salariés
 - soit un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros, soit un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.

417. Le Fonds d'innovation sociale de BPIFrance. - Lancé le 29 avril 2013 à titre expérimental pour une durée initiale de trois ans, le Fonds d'innovation sociale (FISO) de BPIFrance est soit une avance récupérable, soit un prêt à taux zéro (ou « prêt d'honneur ») permettant de faire face aux risques spécifiques liés au développement de projets socialement innovants¹⁰⁵⁰. En toute hypothèse, il nécessite le concours d'au moins un Fonds régional pour l'innovation. Seule l'avance récupérable est accessible aux entreprises de l'ESS en phase d'amorçage (i.e. de moins de trois ans d'existence). Son montant minimum est de 30 000 euros en avance récupérable ou de 50 000 euros en prêt à taux zéro, plafonné en toute hypothèse à la valeur des fonds propres ou quasi-fonds propres de l'entreprise.

418. Les prêts à moyen et long termes. - Enfin, depuis 1982, la Banque européenne d'investissement s'associe au Crédit coopératif pour octroyer des prêts à moyen ou long terme aux PME de l'ESS¹⁰⁵¹. Dans sa forme actuelle, ce prêt à titre onéreux, pouvant aller jusqu'à 25 millions d'euros et d'une durée de 5 à 15 ans, est octroyé en priorité « *aux projets d'énergie renouvelable (photovoltaïque, hydroélectricité, éolien)* »¹⁰⁵².

2. Les prêts non bancaires proposés par des acteurs du secteur privé

419. Les prêts octroyés par des OSBL. - Aux termes de l'article L. 511-6, 1° du Code monétaire et financier, les OSBL, « dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre

¹⁰⁵⁰ BPIFRANCE, « Fonds d'innovation sociale (FISO) ». En ligne : <<http://www.bpifrance.fr/Toutes-nos-solutions/Aides-concours-et-labels/Aides-a-l-innovation-projets-individuels/Fonds-d-innovation-sociale-FISO>> (consulté le 23 juin 2017).

¹⁰⁵¹ RESSOURCES SOLIDAIRES, « La BEI renforce son action au service des petites et très petites entreprises : signature d'un nouveau prêt PME de 100 M€ avec le Groupe Crédit Coopératif », 16 mai 2014. En ligne : <<http://www.ressources-solidaires.org/La-BEI-renforce-son-action-au>> (consulté le 25 juin 2017).

¹⁰⁵² CREDIT COOPERATIF, « Le prêt PME sur enveloppe BEI ». En ligne : <<http://www.credit-cooperatif.coop/offre-personnes-morales/credits-dinvestissement/pre-pei/>> (consulté le 25 juin 2017).

social, accordent, sur leurs ressources propres, des prêts à conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants », c'est-à-dire à leurs membres¹⁰⁵³.

420. Le microcrédit. - Malgré l'existence de garanties de prêt bancaire dédiées à l'ESS¹⁰⁵⁴ et le développement des offres commerciales de prêt des établissements de crédit à destination des entreprises de l'ESS, et en particulier des banques coopératives généralistes (Crédit Agricole, Banque populaire, Caisse d'Épargne, Crédit Mutuel, Banque française mutualiste) ou spécialistes de l'ESS (Crédit coopératif, La Nef, Caisse solidaire), la question de l'inclusion bancaire dans les pays développés reste prégnante pour les associations. Lassés du formalisme du prêt classique et des taux pratiqués par les banques conventionnelles (agios, frais de dossier et intérêts à l'emprunt), certaines entreprises de l'ESS et en particulier les petites associations se tournent vers le microcrédit pour microentreprises (moins de trois salariés), et notamment vers l'ADIE¹⁰⁵⁵, association spécialiste dans ce domaine et qui bénéficie d'une dérogation légale au monopole bancaire¹⁰⁵⁶. Ces prêts sont nécessairement à titre onéreux, à court ou moyen terme, en phase d'amorçage ou pour le développement de l'entreprise débitrice, et pour un montant maximum de 12 000 euros par entreprise¹⁰⁵⁷.

421. Les prêts entre entreprises liées économiquement. - Les SA, SAS et SARL dont les comptes font l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes peuvent également consentir, à titre accessoire à leur activité principale, des prêts d'une durée inférieure à deux ans à des microentreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des ETI avec lesquelles elles entretiennent des « liens économiques le justifiant »¹⁰⁵⁸. Ces liens doivent correspondre à l'une des situations énumérées de manière exhaustive à l'article R. 511-2-1-1, I et II du Code monétaire et financier :

- Les deux entreprises sont membres d'un même groupement d'intérêt économique ou d'un même groupement attributaire d'un marché public.

¹⁰⁵³ VERJAT, A., « On ne prête pas qu'aux riches », *JA* n°579/2018, 15 mai 2018, p. 44-45.

¹⁰⁵⁴ FRANCE ACTIVE, « Créez votre entreprise ». En ligne : <<https://www.franceactive.org/accellerer-votre-reussite/creer-votre-entreprise/>> (consulté le 6 avril 2018).

FRANCE ACTIVE, « Une garantie dédiée aux projets des quartiers », 9 septembre 2017. En ligne : <<https://www.franceactive.org/download/garantie-dediee-aux-projets-quartiers/>> (consulté le 6 avril 2018).

¹⁰⁵⁵ EXPRESS (L'), « Financer le social business », 12 août 2013. En ligne : <http://www.lexpress.fr/emploi/financer-le-social-business_1271685.html> (consulté le 25 juin 2017).

¹⁰⁵⁶ CMF, art. L. 511-6, 5°.

¹⁰⁵⁷ CMF, art. R. 518-61.

¹⁰⁵⁸ CMF, art. L. 511-6, 3°bis.

- Une des deux entreprises a bénéficié au cours des deux derniers exercices ou bénéficie d'une subvention publique dans le cadre d'un même projet labellisé par un pôle de compétitivité associant les deux entreprises et, le cas échéant, d'autres entités.
- L'entreprise emprunteuse ou un membre de son groupe est un sous-traitant direct ou indirect de l'entreprise prêteuse ou d'un membre de son groupe agissant en qualité d'entrepreneur principal ou de sous-traitant ou de maître de l'ouvrage.
- L'entreprise prêteuse a consenti à l'entreprise emprunteuse ou un membre de son groupe une concession de licence d'exploitation de brevet, une concession de licence d'exploitation de marque, une franchise ou un contrat de location-gérance.
- L'entreprise prêteuse est cliente de l'entreprise emprunteuse ou d'un membre de son groupe, pour un volume d'affaires d'au moins 500 000 euros ou représentant au minimum 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise emprunteuse ou du membre de son groupe concerné au cours du même exercice.
- L'entreprise prêteuse est liée indirectement à l'entreprise emprunteuse ou un membre de son groupe par l'intermédiaire d'une entreprise tierce, avec laquelle l'entreprise prêteuse ou un membre de son groupe et l'entreprise emprunteuse ou un membre de son groupe, chacun pour ce qui le concerne, ont eu une relation commerciale au cours du dernier exercice clos précédant la date du prêt ou ont une relation commerciale établie à la date du prêt, pour un volume d'affaires d'au moins 500 000 euros ou représentant au minimum 5 % du chiffre d'affaires du fournisseur.

Le total des prêts octroyés par l'entreprise prêteuse à l'entreprise emprunteuse doit, à chaque exercice, rester inférieur au plus élevé des deux plafonds suivants¹⁰⁵⁹ :

- 5% du plafond du total des prêts interentreprises consentis par l'entreprise prêteuse
- 10 000 euros.

Le plafond du total des prêts interentreprises consentis par l'entreprise prêteuse¹⁰⁶⁰ sera le plus bas des deux montants suivants :

¹⁰⁵⁹ CMF, art. R. 511-2-1-2, 4°.

¹⁰⁶⁰ CMF, art. R. 511-2-1-2, 3°.

- 50 % de la trésorerie nette ou 10 % de ce montant calculé sur une base consolidée au niveau du groupe de sociétés auquel appartient l'entreprise prêteuse
- 10 millions d'euros, 50 millions d'euros ou 100 millions d'euros pour les prêts accordés respectivement par une PME, une ETI ou une grande entreprise.

422. Le prêt intragroupe. - Une autre dérogation au monopole bancaire est accordée à l'article L. 511-7, 3° du Code monétaire et financier : toute entreprise, quelle que soit sa nature, a le droit de procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres. Il s'agit du prêt intragroupe.

Mais une OSBL, privée de capital, peut-elle faire partie d'un « groupe » ? L'OSBL-mère présente bien un lien capitalistique avec la société dans laquelle elle a acquis une participation (i.e. possession d'une fraction du capital social comprise entre 10 et 50 %¹⁰⁶¹) ou qui est sa filiale (i.e. possession de plus de la moitié du capital social %¹⁰⁶²), par analogie avec la situation d'une société-mère. Ce lien capitalistique peut lui conférer un pouvoir de contrôle effectif au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, qui dispose notamment qu'« une personne, physique ou morale, est considérée [...] comme en contrôlant une autre [...] lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société » (paragraphe I, 1°) et qu'« elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne » (paragraphe II). Par conséquent, si ces conditions de contrôle effectif sont remplies, un prêt intragroupe peut donc être conclu entre l'OSBL-mère et sa société filiale ou la société dont elle détient une participation.

L'article L. 233-16 du Code de commerce donne une autre définition du contrôle, qui permet de déterminer le périmètre de consolidation des comptes que les sociétés commerciales doivent établir et publier chaque année (paragraphe I). Dans cette perspective, on parle de contrôle « exclusif » (paragraphe II) ou « conjoint » (paragraphe III). Cet article s'applique-t-il aux OSBL ? Seulement de manière supplétive, conformément à l'article L. 233-28 du Code de

¹⁰⁶¹ C.com., art. L. 233-2.

¹⁰⁶² C.com., art. L. 233-1.

commerce, c'est-à-dire si elle choisit d'établir des comptes consolidés. L'article L. 233-16 du Code de commerce ne nous est donc pas utile pour identifier les sociétés avec lesquelles une OSBL peut contracter des prêts intragroupes.

423. L'extension souhaitable des prêts intragroupe aux OSBL. - Cette situation est quelque peu regrettable pour les OSBL, et en particulier pour les associations pour deux raisons. D'une part, eu égard à la définition légale du prêt intragroupe offerte par l'article L. 511-7, 3° du Code monétaire et financier, elles ne peuvent procéder à des prêts (ou des emprunts) intragroupes qu'avec des sociétés, et non avec des fondations ou des fonds de dotation. D'autre part, et puisque seul l'article L. 233-3 du Code de commerce offre une définition juridique d'un « groupe » opérante s'agissant de prêts intragroupe, seul le critère du lien capitalistique peut être retenu alors que l'article L. 233-16 du Code de commerce relatif aux comptes consolidés repose sur d'autres critères qui auraient permis de réceptionner en droit positif l'acception qu'Yves GUYON donnait à la notion de groupe d'associations, transposable aux autres OSBL¹⁰⁶³.

Pour définir le « contrôle exclusif », l'article L. 233-16 se fonde soit sur la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote, soit sur la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes de direction, soit encore sur le droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires. Or, pour Yves GUYON, le groupe d'associations recouvre trois cas d'école : d'abord, celui de l'association ayant pour membres d'autres associations (c'est le cas des fédérations d'associations) ; ensuite, celui de l'association ayant pour membre d'autres personnes morales, telles que des sociétés et des GIE ; enfin, celui de l'association membre d'une de ces personnes morales (donc, s'agissant de la société, c'est l'hypothèse de l'association-mère déjà traitée plus haut¹⁰⁶⁴). Dans les trois cas, une communauté d'objectifs se forme, doublée éventuellement d'un cumul de mandats de direction et de représentation entre les mains de quelques personnes physiques. La jurisprudence fournit des exemples de contrôle *acapitalistique* dans ces configurations. Nous en retiendrons un, récent et qui illustre parfaitement le propos d'Yves GUYON : une association membre d'une fédération qui « dominait » ses membres, notamment par l'adhésion obligatoire à son règlement intérieur, par

¹⁰⁶³ GUYON, Y., « Les groupes d'associations », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 585-595.

¹⁰⁶⁴ Cf. *supra* n°98 et 401.

la nomination du représentant légal des associations membres, et par le contrôle des comptes de celles-ci prévus dans les statuts¹⁰⁶⁵.

Par conséquent, afin d'autoriser les prêts intragroupes dans les groupes comprenant des OSBL, il conviendrait de réécrire l'article L. 511-7, 3° du Code monétaire et financier de manière à fonder le contrôle « effectif » sur les trois critères du contrôle « exclusif » de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

Plus simplement, le HCVA propose de contourner la difficulté de l'application de la notion de groupe à des OSBL par l'insertion d'un nouvel article L. 511-7-1 du Code monétaire et financier qui fournirait une nouvelle dérogation au monopole bancaire en matière de prêt :

*« Les interdictions définies à l'article L.511-5 ne font pas non plus obstacle à ce que des associations ou fondations reconnues d'utilité publique, fonds de dotation, associations régies par les articles 21 et suivants du Code civil local applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle puissent procéder entre elles à des opérations de trésorerie, dès lors qu'existent entre elles des relations croisées, fréquentes et régulières, ainsi qu'une stratégie commune définie par l'une d'entre elles »*¹⁰⁶⁶. Cependant, cette formulation ne nous convainc pas dans la mesure où la nature des relations entre les entités concernées n'est pas précisée, ce qui fait qu'elle « détonne » avec les articles L. 511-6 (liens économiques) et L. 511-7 (liens capitalistiques). Autre faiblesse : seules les relations entre OSBL sont envisagées, alors que l'on pourrait imaginer la présence d'une ou plusieurs sociétés dans ce maillage.

424. Le crowdlending. - Enfin, les entreprises de l'ESS vont pouvoir se tourner vers le *crowdfunding loan* ou *crowdlending*¹⁰⁶⁷, c'est-à-dire littéralement vers le « prêt financé par la foule » (constituée de personnes physiques et morales), ou « prêt participatif » en bon français (à ne pas confondre avec le prêt participatif et solidaire précité¹⁰⁶⁸).

¹⁰⁶⁵ Cass. soc., 5 novembre 2014, n°13-11.146 à 13-11.149.

RIEUBON, D., « Licenciements économiques - Le groupe d'associations : un nouveau périmètre ? » Comm. Cass. soc., 5 novembre 2014, n°13-11.146 à 13-11.149, JA n°510/2014, p. 11.

¹⁰⁶⁶ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 19.

¹⁰⁶⁷ PERRUCHOT-TRIBOULET, V., « L'encadrement juridique du prêt opéré par le biais d'une plateforme de financement participatif », *Bull. Joly*, n°12, 2014, p. 756.

¹⁰⁶⁸ Cf. *supra* n°416.

En 2014, l'association Financement Participatif France faisait état d'une levée de fonds moyenne par ce biais de 65 448 euros par projet, grâce à des contributions individuelles de 561 euros en moyenne pour le prêt rémunéré¹⁰⁶⁹. En 2017¹⁰⁷⁰, le montant total des sommes ainsi prêtées a doublé par rapport à 2016 : il est passé de 96,6 millions d'euros à 195,4 millions d'euros.

Pour ne pas faire d'entorse au monopole bancaire, les prêteurs doivent être soit des personnes physiques agissant à des fins non professionnelles, soit des personnes morales agissant à titre accessoire ou dans le cadre des exceptions au monopole bancaire susmentionnées (microcrédit, prêts entre entreprises liées économiquement, prêts intragroupe).

Le *crowdfunding* peut se faire par une demande de prêt direct sur la plateforme, ou au moyen de titres dédiés.

Les bons de caisse sont à la fois des produits d'épargne¹⁰⁷¹ et des titres puisque le législateur les définit comme des « titres nominatifs et non négociables comportant engagement par un commerçant de payer à échéance déterminée, délivrés en contrepartie d'un prêt »¹⁰⁷². Avant l'ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse, certaines plateformes de *crowdfunding* utilisaient les bons de caisse émis par les commerçants emprunteurs (remplissant les conditions posées à l'article L. 223-2 du Code monétaire et financier) comme supports de demandes de prêt, et ce afin de contourner l'ancien plafond réglementaire de 1 000 euros pour les prêts avec intérêts souscrits par des personnes physiques agissant dans un cadre non professionnel¹⁰⁷³.

Depuis le 31 octobre 2016, date d'entrée en vigueur du décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif (décret d'application de l'ordonnance du 28 avril 2016 précité), la contribution des personnes

¹⁰⁶⁹ CHALLENGES, « Le montant des levées de fonds *via* le crowdfunding a doublé en 2014 », 18 février 2015. En ligne : <https://www.challenges.fr/entreprise/financement-participatif-deux-fois-plus-d-investissements-en-2014_90052> (consulté le 25 juin 2017).

¹⁰⁷⁰ FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Baromètre du crowdfunding 2017 », préc.

¹⁰⁷¹ Cf. *infra* n°457.

¹⁰⁷² CMF, art. L. 223-1, al. 1^{er}.

¹⁰⁷³ CMF, art. D. 548-1 ancien.

HOVASSE, H., LE NORMAND-CAILLERE, S., « Fasc. 1950 : BONS DE CAISSE », *J.-Cl. Sociétés Traité*, Paris, LexisNexis, septembre 2017.

physiques est plafonnée à 2 000 euros pour les prêts à titre onéreux et 5 000 euros pour les prêts à titre gratuit et le montant maximum de la collecte est de 2,5 millions d'euros, à un taux plafonné au taux usuraire¹⁰⁷⁴.

Par ailleurs, l'ordonnance du 28 avril 2016 porte création d'un produit d'épargne dérivé des bons de caisse et dédié au *crowdlending* : le minibon. Seules les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée qui ont établi le bilan de leur troisième exercice commercial et dont le capital est entièrement libéré sont autorisées à émettre des minibons¹⁰⁷⁵. Le prêt *via* les minibons est soumis aux règles générales du *crowdlending* : le montant total des offres de minibons d'un même émetteur est plafonné à 2,5 millions d'euros sur douze mois¹⁰⁷⁶, et le taux d'intérêt est fixe et plafonné au taux usuraire¹⁰⁷⁷. Les plateformes Internet de *crowdlending* sont soumises aux mêmes obligations que celles de *crowd equity*¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁴ CMF, art. L511-6, 7°.

¹⁰⁷⁵ CMF, art. L. 223-7.

¹⁰⁷⁶ CMF, art. D. 223-2.

¹⁰⁷⁷ CMF, art. L. 223-10.

¹⁰⁷⁸ Cf. *infra* n°456.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre I^{er} (Seconde partie)

Cette étude des ressources financières des OSBL avec contrepartie appelle trois remarques qui concernent la performance financière de l'ensemble des entreprises de l'ESS, et même les entreprises à mission.

Premièrement, les fondations devraient être incitées à investir une partie de leurs 20 milliards d'euros de réserve dans les autres entreprises de l'ESS, plutôt que de s'engager sur la voie des fondations actionnaires participant à la globalisation financière et investissant dans des entreprises très rentables, mais peu éthiques.

Deuxièmement, il faut rétablir le dispositif ISF-PME pour les entreprises de l'ESS et les entreprises à mission¹⁰⁷⁹, en le transposant au nouvel IFI, et l'étendre, ainsi que l'IR-PME, aux titres associatifs détenus plus de sept ans.

Troisièmement, les premières expérimentations du contrat à impact social en France soulignent l'impérieuse nécessité de procéder à une concertation de l'ensemble des parties prenantes d'une entreprise pour choisir les critères d'évaluation de son impact sociétal afin de garantir un niveau satisfaisant d'utilité sociale. Dans un souci d'efficacité et de réduction des coûts, l'organisation de cette concertation peut tout à fait être sous-traitée à un tiers, tel que la Fondation pour l'investissement social et le développement humain, qui doit se contenter d'un rôle de sous-traitant. En revanche, l'entreprise évaluée et ce tiers doivent se soumettre au contrôle méthodologique public que nous avons envisagé plus haut¹⁰⁸⁰, c'est-à-dire au réseau des laboratoires d'innovations économiques, à refonder pour en faire des autorités administratives indépendantes.

S'agissant des OSBL à proprement parler, nous revenons ici sur deux de nos propositions.

D'une part, rien ne justifie que le fonds de dotation ne puisse émettre de titres associatifs, comme les fondations.

¹⁰⁷⁹ Cf. *supra* conclusion partielle p. 186.

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra* n°339.

D'autre part, afin d'autoriser les prêts intragroupes dans les groupes comprenant des OSBL, il conviendrait de réécrire l'article L. 511-7, 3° du Code monétaire et financier de manière à fonder le contrôle « effectif » sur les trois critères du contrôle « exclusif » de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

Conclusion du Titre I^{er} de la Seconde partie

Pour capter les capitaux, quelle qu'en soit la provenance (État, investisseurs privés, donateurs personnes physiques, entreprises mécènes...) et susciter davantage d'engagements (adhérents, bénévoles...), les entreprises de l'ESS, et *a fortiori* les OSBL, doivent pouvoir rendre compte de leur impact sociétal.

Pour accroître l'utilité sociale et, par ricochet, les flux de capitaux entrants, cette démarche d'évaluation de l'impact sociétal doit se faire à 360°.

Une première étape du travail méthodologique des laboratoires d'innovations économiques, envisagés comme des autorités administratives indépendantes, pourrait consister en une amélioration de l'outil de mesure et de suivi de l'impact social « MESIS » de NovESS - Le Fonds¹⁰⁸¹ à partir notamment des conclusions du groupe de travail créé par France Stratégie sur la question de la mesure socioéconomique de l'impact de l'investissement social¹⁰⁸².

Dans les développements qui suivent, nous allons nous pencher sur les ressources financières auxquelles les entreprises à forme lucrative de l'ESS ont accès.

¹⁰⁸¹ Cf. *supra* n°19 et 317.

¹⁰⁸² Cf. *supra* n°4.

Titre II. Les ressources financières des entités lucratives

425. Le financement des sociétés de l'ESS facilité par l'existence d'un capital social. –

Plan. - Intéressons-nous maintenant aux ressources spécifiques aux sociétés de l'ESS à lucrativité limitée, qu'elles soient sociales et solidaires *per se* (coopératives, mutuelles), ou bien hybrides entrant dans le champ d'application de la loi du 31 juillet 2014 (sociétés commerciales, sociales et solidaires incluant les sociétés sportives régies par l'article L. 122-10, al. 1^{er} du Code du sport¹⁰⁸³, ainsi que les groupements civils d'utilité sociale¹⁰⁸⁴).

À l'origine, le financement de l'ESS par la dette avait été davantage pensé pour les OSBL parce que les sociétés disposent de plus de facilités de constitution de fonds propres en raison de l'existence d'un capital social (à l'exception des mutuelles¹⁰⁸⁵) et d'instruments financiers capteurs d'investissements extérieurs (Chapitre 1). Cependant, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, ces prêts publics et privés à court ou moyen terme sont également accessibles aux sociétés de l'ESS à lucrativité limitée.

Parce que ce sont des sociétés, *a fortiori* quand elles sont commerciales, on attend de ces structures qu'elles trouvent à se financer uniquement sur les marchés économiques et financiers. Pourtant, leur poursuite d'une utilité sociale au sens de l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014¹⁰⁸⁶ et leur adhésion au principe de lucrativité limitée (sauf pour les groupements civils) les pousseront à faire émerger et à développer des solidarités nouvelles, sources d'économie, les rendront éligibles à certaines aides d'État et leur permettront de capter certaines libéralités (Chapitre 2).

¹⁰⁸³ Cf. *supra* n°255 et s.

¹⁰⁸⁴ Cf. *supra* n°205 et s.

¹⁰⁸⁵ Cf. *supra* n°138.

¹⁰⁸⁶ Cf. annexe unique.

Chapitre I. Les fonds propres et quasi-fonds propres pouvant être réunis aux différents stades de la vie des sociétés de l'ESS

426. La provenance des fonds propres et quasi-fonds propres des sociétés de l'ESS.

Plan. - Il convient de distinguer les fonds propres et quasi-fonds propres des sociétés de l'ESS en fonction de leur provenance : interne, lorsqu'ils sont apportés par les associés (Section 1) ou externe, lorsqu'ils proviennent des investisseurs non associés (Section 2).

Les fonds propres et quasi-fonds propres d'origine interne conditionnent l'existence et l'importance des fonds propres et quasi-fonds propres d'origine externe. En effet, qu'il s'agisse d'une entité lucrative ou non lucrative, la « mise de départ » de ses fondateurs indique la grandeur de la foi de ceux-ci en leur projet. Cette foi peut devenir contagieuse et attirer les investissements externes. Cela se vérifiera sans doute plus facilement dans les sociétés que dans les OSBL : dans les sociétés, les fonds propres et quasi-fonds propres internes sont un indicateur de la confiance des associés en la rentabilité du projet d'entreprise ; dans les OSBL, ils ne rapportent aux membres que la satisfaction morale d'avoir contribué à la réalisation d'un projet d'utilité sociale, mais ils peuvent quand même avoir un effet d'entraînement.

Section 1. L'apport des associés, condition première de la viabilité du projet d'entreprise

427. L'apport des associés en fonds propres et quasi-fonds propres. Plan. - Les associés ont la possibilité de renforcer les quasi-fonds propres ou emprunts à long terme de la société (I). Toutefois, ce que l'on exige légitimement d'eux en priorité, c'est un apport au capital social (II).

I. L'indispensable contribution des associés au renforcement des quasi-fonds propres

428. Le soutien direct et indirect des associés au financement en quasi-fonds propres.

Plan. - Pour soutenir le financement en quasi-fonds propres, les associés peuvent prêter directement à la société (1) ou garantir les prêts contractés par celle-ci (2).

1. Les comptes courants d'associés et les fonds des mutuelles d'assurance : des ressources pérennes

429. Définition du compte courant d'associé. - Un associé peut consentir un prêt à la société. On parle alors de « compte courant d'associé » ou encore d'« avance en compte courant »¹⁰⁸⁷.

430. Les clauses permettant de donner une priorité de remboursement aux prêts bancaires sur les comptes courants d'associés. - Lorsque la société recourt au prêt bancaire, l'établissement de crédit va, le plus souvent, exiger que les comptes courants d'associés soient remboursés après ce prêt bancaire, soit par l'insertion d'une clause dite de « blocage » dans la convention de compte courant, par laquelle l'associé prêteur s'engage à ne pas demander le remboursement de son prêt à la société avant un terme, soit par une « clause de subordination » par laquelle les associés prêteurs acceptent, en cas de liquidation de la société, de faire figurer leur créance au dernier rang, c'est-à-dire d'être les derniers créanciers à être remboursés.

Les clauses de blocage et de subordination ont pour effet de conférer aux comptes courants d'associés le statut de quasi-fonds propres.

431. Les intérêts servis aux associés et leur fiscalité. - La rémunération des comptes courants d'associés est libre. Cependant, pour que les intérêts versés par la société puissent être comptabilisés comme des charges déductibles du résultat imposable, il faut, d'une part, que le capital social soit entièrement libéré et, d'autre part, que le taux d'intérêt soit inférieur ou égal au taux moyen du marché¹⁰⁸⁸.

432. L'aide de la Société d'investissement France Active sous forme de compte courant d'associé. - La Société d'investissement France Active (SIFA), ayant pour actionnaires l'association France Active ainsi que des établissements financiers, des grandes entreprises, des groupes de protection sociale et des fonds communs de placement d'entreprises solidaires, peut intervenir *via* un compte courant d'associé afin de renforcer les quasi-fonds propres d'une

¹⁰⁸⁷ COZIAN, M., DEBOISSY, F., VIANDIER, A., *Droit des sociétés*, 30^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2017, § 521-532, p. 231-236.

Sur l'inexactitude juridique de l'expression d'« apport en compte courant » : RODRIGUEZ, K., « L'apport en numéraire et l'apport en compte courant », *JSS*, n°111, septembre 2013, p. 46-52.

¹⁰⁸⁸ CGI, art. 39-1-3^o.

société de l'ESS à lucrativité limitée. Dans ce cas, la SIFA doit détenir 5% minimum du capital social¹⁰⁸⁹. Lorsque cet investissement est garanti par la Région, l'opération entre dans le dispositif « Fonds régional d'investissement solidaire » (FRIS)¹⁰⁹⁰.

433. Le fonds d'établissement, substitut du capital social dans les mutuelles d'assurance. - Dans les mutuelles d'assurance, le fonds d'établissement remplace le capital social. Il est « destiné à faire face [...] aux dépenses des cinq premiers exercices et à garantir les engagements de la mutuelle »¹⁰⁹¹.

Le fonds d'établissement est constitué des droits d'adhésion versés par chacun des membres de la mutuelle et de l'union lorsque l'existence de ce droit a été prévue par les statuts. Il peut également être financé par un emprunt.

Le montant minimal du fonds d'établissement est de

- 400 000 euros lorsque la mutuelle d'assurance couvre les risques de responsabilité, de crédit et de caution, les assurances vie-décès, nuptialité-natalité, les opérations de capitalisation et les assurances liées à des fonds d'investissement, la gestion de fonds collectifs, ainsi que les opérations de réassurance¹⁰⁹².
- 381 100 euros au moins lorsque la mutuelle couvre les risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie, contracte des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, verse un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants et fait appel à l'épargne en vue de la capitalisation en contractant des engagements déterminés¹⁰⁹³.
- 228 600 euros au moins lorsqu'elle couvre les risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie, réalise des opérations de protection juridique et d'assistance aux personnes, couvre le risque de perte de revenus lié au chômage, apporte sa caution mutualiste aux engagements contractés par ses membres participants en vue de

¹⁰⁸⁹ AVISE, « Société d'investissement France Active (SIFA) », 29 juillet 2016. En ligne : <<http://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/societe-dinvestisment-france-active-sifa>> (consulté le 15 août 2017).

¹⁰⁹⁰ AVISE, « Fonds régional d'investissement solidaire (FRIS) », 23 mai 2017. En ligne : <<http://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/fonds-regional-dinvestisment-solidaire-fris>> (consulté le 15 août 2017).

¹⁰⁹¹ C.mut., art. R. 212-1, al. 1^{er}.

¹⁰⁹² C. assur., art. 321-1 et R. 322-44.

¹⁰⁹³ C.mut., art. L. 111-1, I, 1^o et R. 212-1, al. 3.

l'acquisition, de la construction, de la location ou de l'amélioration de leur habitat ou de celui de leurs ayants droit¹⁰⁹⁴.

- 240 000 euros pour les autres branches, soit principalement les assurances de dommages¹⁰⁹⁵.
- Du tiers de la marge de solvabilité des mutuelles d'assurance réalisant des opérations d'assurance directes et remplissant les critères cumulatifs suivants
 - a) Leurs statuts prévoient la possibilité de procéder à des rappels de cotisations ou à des réductions de prestations
 - b) Le montant annuel des cotisations émises, accessoires compris et annulations déduites, ne dépasse pas cinq millions d'euros
 - c) Elles ne couvrent pas les risques de caution directe ou indirecte
 - d) Lorsqu'elles couvrent les risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie, réalisent des opérations de protection juridique et d'assistance aux personnes, et couvrent le risque de perte de revenus lié au chômage, la moitié au moins de leurs cotisations est versée par leurs membres participants ou honoraires¹⁰⁹⁶.
- Du tiers de la marge de solvabilité des mutuelles d'assurance réalisant des opérations d'assurance directes et remplissant les critères alternatifs suivants
 - a) elles garantissent exclusivement des prestations en cas de décès lorsque le montant en capital n'excède pas 150 % du plafond mensuel de la sécurité sociale ou lorsque ces prestations sont servies en nature ou
 - b) elles remplissent cumulativement les conditions suivantes :
 - Leurs statuts prévoient la possibilité de procéder à des rappels de cotisations ou à des réductions de prestations
 - Le montant des cotisations émises, accessoires compris et annulations déduites, ne dépasse pas 5 millions d'euros annuellement¹⁰⁹⁷.

Le montant du fonds d'établissement doit être intégralement versé en espèces préalablement au dépôt par la mutuelle ou l'union de la demande d'agrément auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ C.mut., art. L. 111-1, I, 1° et R. 212-1, al. 3.

¹⁰⁹⁵ C. assur., art. R. 322-44.

¹⁰⁹⁶ C.mut., art. R. 212-1, dernier alinéa et R. 212-14.

¹⁰⁹⁷ C.mut., art. R. 212-1, dernier alinéa et R. 212-17.

¹⁰⁹⁸ C.mut., art. R. 212-1, al. 3.

434. Le fonds social complémentaire, apport en quasi-fonds propres pouvant être remboursés par les sociétaires des mutuelles d'assurance. - Outre le fonds d'établissement, dans les mutuelles d'assurance, « les projets de statuts peuvent prévoir la constitution d'un fonds social complémentaire destiné à procurer à la société les éléments de solvabilité dont elle doit disposer pour satisfaire à la réglementation en vigueur. Ce fonds est alimenté par des emprunts contractés en vue de financer un plan d'amélioration de l'exploitation ou un plan de développement à moyen ou long terme. Les sociétaires peuvent être tenus de souscrire aux emprunts »¹⁰⁹⁹.

2. Les garanties de prêt au soutien des quasi-fonds propres

435. Les sûretés personnelles offertes par les associés pour garantir les emprunts de la société. – En garantissant le remboursement des prêts à long terme par des sûretés réelles ou personnelles, les associés contribuent à renforcer les quasi-fonds propres.

Pour faciliter l'accès aux prêts bancaires ou institutionnels, les associés, et *a fortiori* ceux qui sont également dirigeants de la société, vont fréquemment se porter caution, autrement dit, s'engager personnellement à rembourser le prêt en cas de défaillance de la société. Il s'agira, le plus souvent, d'un cautionnement solidaire : le créancier pourra demander à n'importe quel associé-caution l'exécution du paiement sans que la société soit forcément insolvable. En sus, pour les SCOP, la SOFISCOP propose une garantie partielle de prêt (jusqu'à 50% des sommes empruntées, plafonnée à 250 000 euros¹¹⁰⁰).

436. Les sûretés réelles offertes par les associés pour garantir les emprunts de la société.- Les associés peuvent également s'engager *via* la garantie réelle d'un prêt : ils vont alors affecter un ou plusieurs biens de leur patrimoine personnel à la garantie de ce prêt.

¹⁰⁹⁹ C. assur., art. R. 322-49.

¹¹⁰⁰ LES-AIDES.FR, « Fonds de garantie SOFISCOP ». En ligne : <[https://les-aides.fr/fiche/ZpBmCW5Xzf\\$CGnhAU1LG\\$sudm/sofiscop-sud-est/fonds-regional-de-garantie-pour-les-projets-de-developpement-des-scop-et-scic-sofiscop-sud-est.html](https://les-aides.fr/fiche/ZpBmCW5Xzf$CGnhAU1LG$sudm/sofiscop-sud-est/fonds-regional-de-garantie-pour-les-projets-de-developpement-des-scop-et-scic-sofiscop-sud-est.html)> (consulté le 6 avril 2018).

II. Les apports capitalistiques et les réserves, fondements de la performance financière des sociétés de l'ESS

437. Les ressources décidées par les associés : apports, report à nouveau créateur et mise en réserve. Plan. – D'après Finansol, « *fin 2015, l'encours de l'investissement direct au capital d'une entreprise solidaire s'élève à 550 millions d'euros. On estime aujourd'hui qu'il y a plus de 100 000 actionnaires/sociétaires solidaires* »¹¹⁰¹.

En dehors de la mutuelle, qui est la seule société française dépourvue de capital social en toute hypothèse¹¹⁰², les sociétés de l'ESS nécessitent un apport de leurs associés, en numéraire, en nature ou en industrie (1).

Dans les coopératives de production, l'associé coopérateur reste propriétaire de son apport en nature (qui sera par la suite transformé ou revendu par la coopérative) et peut exercer un droit de reprise en cas de liquidation judiciaire de la coopérative¹¹⁰³.

Les sociétés de l'ESS peuvent-elles recevoir des apports en industrie ? Oui, pour ce qui est des SAS, SARL et sociétés civiles¹¹⁰⁴. Ce sera donc possible uniquement dans les coopératives à forme de SARL ou de SAS (cette dernière forme ne pouvant servir de socle qu'aux SCOP et aux SCIC), dans les EURL sportives (à condition bien sûr d'admettre que les entreprises unipersonnelles puissent entrer dans le champ de l'ESS¹¹⁰⁵), dans toutes les SAS et SARL ayant intégré dans leurs statuts les normes impératives de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014¹¹⁰⁶, et dans les groupements civils d'utilité sociale au sens de l'article 2 de cette même loi.

Considérant ici uniquement les fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les associés, nous traiterons seulement des apports en numéraire.

¹¹⁰¹ FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017, p. 10. En ligne : <https://www.finansol.org/_dwl/livre-blanc-10-propositions-pour-developper-la-finance-solidaire-finansol.pdf> (consulté le 19 août 2017).

¹¹⁰² Cf. *supra* n°138.

¹¹⁰³ Cass. com. 11 juillet 2006, n° 05-13.103, Bull. civ. IV, n° 181 ; *JCP* 2007, I, p.113, n° 13, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2007, p. 1907, n° 28, obs. Gros.

Pour Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT, la coopérative n'est que la mandante de l'associé coopérateur qui lui confie sa propre production pour la vendre ou la transformer. – GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « Apport », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, juin 2011, §259.

¹¹⁰⁴ COZIAN, M., DEBOISSY, F., VIANDIER, A., préc., §196-199, p. 73-74.

¹¹⁰⁵ Cf. *supra* n°24.

¹¹⁰⁶ Cf. annexe unique.

La mise en réserve et le report à nouveau créateur, votés par les associés réunis en assemblée générale ordinaire, constituent aussi des fonds propres et peuvent, par la suite, être incorporés au capital social (2).

1. La diversité des titres de capital dans l'ESS et la question de leur admission à la négociation sur les marchés libres

438. Particularités du capital social variable. - Rendue possible par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales dans son titre III « Dispositions particulières aux sociétés à capital variable »¹¹⁰⁷, la variabilité du capital social, définie aujourd'hui à l'article L. 231-1 du Code de commerce, est une simple modalité qui peut trouver sa place dans les statuts de n'importe quelle société, que celle-ci soit commerciale ou civile, de personnes ou de capitaux, sauf dans un cas expressément prévu par le législateur : dans la société anonyme, à moins qu'il ne s'agisse d'une coopérative¹¹⁰⁸ ou d'une SICAV, à laquelle les dispositions générales des articles L. 231-1 à L. 231-8 du Code de commerce ne peuvent s'appliquer en raison du principe *specialia generalibus derogant* ; il convient alors d'appliquer à cette dernière les dispositions des articles L. 214-15 à L. 214-19 du Code monétaire et financier.

Dans la pratique, les sociétés qui optent pour le régime du capital variable sont le plus souvent des coopératives¹¹⁰⁹, ce qui est conforme à l'intention originelle du législateur¹¹¹⁰. La variabilité du capital sied en effet davantage aux sociétés régies soit par le principe de la « porte ouverte »¹¹¹¹ permettant aux associés ou actionnaires d'entrer et sortir librement de la société¹¹¹², et l'on pense particulièrement aux banques coopératives et mutualistes ainsi qu'aux coopératives de production (surtout les SCOP d'amorçage dont le sociétariat est ouvert non seulement à tous les salariés mais aussi aux investisseurs tels que les sociétés de capital-

¹¹⁰⁷ L. du 24 juillet 1867, art. 48 à 54.

¹¹⁰⁸ C.com., art. L. 231-1, al. 1^{er}.

¹¹⁰⁹ PLENT, A., *Le capital variable*, Thèse de doctorat, droit privé, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2016, §86 p. 44.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, §2, p. 2.

¹¹¹¹ *Ibid.*, §46, p. 22.

Ibid., §201, p. 101.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 263-264.

C.com., art. L. 231-6, al. 1^{er}.

risque¹¹¹³), soit par un fort *intuitu personae* en présence de stipulations statutaires prévoyant une procédure d'exclusion¹¹¹⁴. Ainsi la variabilité du capital social suit-elle la variabilité du périmètre de l'actionnariat ou sociétariat avec rapidité et discrétion, sans les lourdeurs de l'organisation d'une assemblée générale et des formalités de publicité y afférentes¹¹¹⁵. Ainsi, « *nonobstant le fait que le statut général de la société coopérative instauré par la loi du 10 septembre 1947 présente la variabilité du capital social comme une faculté autorisée et non obligatoire, de nombreux statuts coopératifs spécifiques l'imposent. Il en sera ainsi des coopératives agricoles, des coopératives artisanales ou encore des coopératives ouvrières de production* »¹¹¹⁶.

L'article L. 231-5 du Code de commerce prévoit que les statuts déterminent une somme en-dessous de laquelle le capital souscrit ne peut être réduit. Pour les coopératives, ce « capital minimum irréductible » correspond au dixième du capital social stipulé dans les statuts et pour les autres sociétés, au montant minimal du capital exigé pour la forme de la société considérée par les dispositions législatives la régissant¹¹¹⁷.

439. Les actions de préférence dans les sociétés par actions pour stimuler les apports des actionnaires. - Comme dans toute société dotée d'un capital social, et donc indépendamment du principe « une personne, une voix », les associés d'une coopérative (ou actionnaires dans les sociétés par actions) reçoivent chacun un nombre de parts sociales (ou actions dans les sociétés par actions) proportionnel à la valeur vénale de leur apport.

Dans les sociétés par actions, pour inciter les actionnaires à apporter davantage, il est possible de leur proposer des actions de préférence régies par les articles L. 228-11 à L. 228-19 du Code de commerce créés par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale. Les actions de préférence ont vocation à

¹¹¹³ Pour une étude critique du régime juridique de la SCOP d'amorçage : GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « Les nouvelles SCOP permettent-elles le "choc coopératif" annoncé ? », *RLDA*, n° 101, 1^{er} février 2015.

¹¹¹⁴ C.com., art. L. 231-6, al. 2.

¹¹¹⁵ C.com., art. L. 231-3.

PLENT, A., préc., §16, p. 8.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, §95, p. 48-49.

¹¹¹⁷ C.com., art. L. 231-5, al. 2.

supplanter les certificats d'investissement¹¹¹⁸, les actions de priorité¹¹¹⁹ et les actions à dividende prioritaire sans droit de vote¹¹²⁰.

L'article 28, I, 2° du projet de loi PACTE prévoit la possibilité de créer des actions de préférence à droit de vote multiple dans les sociétés non cotées. Sous réserve de stipulations statutaires contraires, pour toute augmentation de capital en numéraire, il serait possible à compter de l'entrée en vigueur de la loi, de retirer le droit préférentiel de souscription à toutes les actions de préférence comportant des droits financiers limités, que ces actions soient assorties ou non de droits de vote¹¹²¹. L'objectif est de faciliter les augmentations de capital social¹¹²².

La « préférence », terme dont l'acception demeure débattue dans ce contexte¹¹²³, peut consister dans un avantage financier tel qu'un droit à dividende majoré ou « précipitaire », c'est-à-dire versé avant les dividendes des actions ordinaires, un intérêt plancher, une priorité dans le droit au boni de liquidation ou encore un droit au produit de la vente d'un actif social. Il peut également s'agir d'un avantage politique : voix supplémentaires, droit d'information renforcé, droit de veto, droit de représentation au sein des organes sociaux¹¹²⁴...

Hormis les coopératives agricoles de nature civile par détermination de la loi¹¹²⁵, toutes les coopératives peuvent avoir pour socle la SA ou la SAS, sociétés par actions, et peuvent donc dans ce cas émettre des actions de préférence¹¹²⁶. Toutefois, s'agissant des avantages politiques, seuls les associés non coopérateurs pourraient bénéficier de voix supplémentaires, mais seulement dans la mesure où « les statuts peuvent prévoir que ces associés non coopérateurs ou certaines catégories d'entre eux disposent ensemble d'un nombre de voix proportionnel au capital qu'ils détiennent »¹¹²⁷. En revanche, le droit de veto nous paraît totalement proscrit dans

¹¹¹⁸ C.com., art. L. 228-30 à L. 228-35.

¹¹¹⁹ Art. L-228-35-1.

¹¹²⁰ Art. L-228-35-2 à L-228-35-11.

¹¹²¹ MORTIER, R., VENDEUIL (DE), S., ZABALA, B., « Loi PACTE et sociétés : premières mesures », *JCP E*, n° 47, 22 novembre 2018, p. 1588, n°13.

¹¹²² COURET, A., DEVEZE J., PARACHKEVOVA, I., POULAIN-REHM, TH., TELLER, M. (Dir.), *Lamy droit du financement*, « Chapitre 3 : actions et parts sociales », Paris, Lamy, novembre 2018, n°419.

¹¹²³ NDIAYE, M., *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2017, §278-291, p. 151-159.

¹¹²⁴ PLENT, A., préc., p. 520-523.

¹¹²⁵ C.rur., art. L. 521-1, al. 2.

¹¹²⁶ PRUD'HOMME, P., « Les actions de préférence d'une société coopérative anonyme », *Recma*, n°327, 2013, p.104-112.

¹¹²⁷ L. n°47-1775 du 10 septembre 1947, art. 3 bis, al. 3.

les coopératives puisque les associés non coopérateurs ne peuvent détenir ensemble plus de 49 % du total des droits de vote¹¹²⁸.

Selon un rapport concernant les propositions relatives aux actions de préférence rendu le 26 janvier 2018 par le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, les actions de préférence restent sous-utilisées, pour plusieurs raisons¹¹²⁹ : elles ne sont pas standardisées et elles sont définies à l'avance dans les statuts et le conseil d'administration ou le directoire ne peuvent pas les modifier au moment où ils décident de les émettre¹¹³⁰. Ce rapport tend à pallier ces faiblesses et, plus généralement, à rendre les actions de préférence plus attractives, en formulant des propositions de réformes jugées modérées par Caroline COUPET¹¹³¹.

440. Le maintien en vigueur des parts coopératives spécifiques : parts sociales à avantage particulier, parts à intérêt prioritaire dépourvues de droit de vote et parts d'épargne. - Comme le précise David HIEZ, les parts coopératives spécifiques ne peuvent être supplantées par les actions de préférence puisqu'elles ont un régime juridique différent de celui des actions en voie d'extinction (actions de priorité et actions à dividende prioritaire sans droit de vote)¹¹³². Ainsi, les parts sociales à avantage particulier, les parts à intérêt prioritaire dépourvues de droit de vote ainsi que les parts d'épargne subsistent. Cette situation présente toutefois l'inconvénient de créer des doublons fonctionnels, dès lors que les actions de préférence peuvent avoir exactement la même utilité que ces parts coopératives spécifiques.

441. Les parts sociales à avantage particulier. - Les parts sociales à avantage particulier ont été créées par la loi n°92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives, modifiant l'article 11 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. Il s'agit de « parts sociales qui confèrent à leurs détenteurs des avantages particuliers », qui « ne peuvent être souscrites que par les associés » (coopérateurs ou non), sans confusion possible avec les actions à avantage particulier des articles L. 224-3, L. 225-8, L.

¹¹²⁸ Art. 3 bis, al. 2.

¹¹²⁹ HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris concernant les propositions relatives aux actions de préférence*, 26 janvier 2018. En ligne : <https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_13.pdf> (consulté le 18 octobre 2018).

¹¹³⁰ C.com., art. L. 225-129-1 et L. 225-129-2.

¹¹³¹ COUPET, C., « Société par actions - Proposition de réforme relative aux actions de préférence », *Dr. sociétés*, n° 6, juin 2018, p. 105.

¹¹³² HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014 : création, organisation, fonctionnement*, Paris, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, ce qu'il vous faut savoir, 2013, §61.28, p. 114.

225-147, L. 236-10 du Code de commerce, qui sont attribuées uniquement à titre personnel à un actionnaire ou à un tiers nommément désignés, à un groupe d'actionnaires ou à une catégorie d'actionnaires identifiables¹¹³³ et sont soumises à une procédure de vérification à l'occasion des quatre événements suivants de la vie sociale : la constitution de la société, une augmentation du capital, une fusion ou une transformation de la société¹¹³⁴. Dans les coopératives agricoles, l'avantage particulier consiste exclusivement dans le versement des dividendes de leurs filiales majorés de deux points maximum du taux moyen des obligations¹¹³⁵.

442. Les parts à intérêt prioritaire dépourvues de droit de vote. - Les parts sociales à intérêt prioritaire sans droit de vote sont régies par l'article 11 bis de la loi du 10 septembre 1947 (créé par la loi du 13 juillet 1992). Les parts à intérêt prioritaire sans droit de vote sont susceptibles d'être souscrites ou acquises par les associés non coopérateurs ou par des tiers non associés.

Les titulaires de parts à intérêt prioritaire n'ont pas de droit de vote à l'assemblée générale mais peuvent néanmoins exercer un pouvoir politique en assemblée spéciale dans des conditions fixées par le décret n°93-674 du 27 mars 1993 relatif à l'assemblée spéciale des porteurs de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote. L'assemblée spéciale se tient avant l'assemblée générale, le même jour¹¹³⁶. Elle statue à la majorité des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés.

Soit elle rend directement un avis qui est porté à la connaissance de l'assemblée générale, soit elle désigne un ou plusieurs mandataires chargés de représenter les porteurs de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote à l'assemblée générale des coopérateurs et, le cas échéant, d'y exposer leur avis avant tout vote de cette dernière. L'avis de l'assemblée spéciale ou des mandataires des porteurs de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote est consigné au procès-verbal de l'assemblée générale.

¹¹³³ NDIAYE, M., préc., §331-341, p. 178-183.

¹¹³⁴ GRANIER, Th., « Avantages particuliers », décembre 2010, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.

¹¹³⁵ C. rur., art. L. 523-5-1, al. 2.

¹¹³⁶ Décret du 27 mars 1993, art. 2.

« Toute décision modifiant les droits des titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale à la majorité des deux tiers des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés »¹¹³⁷.

Lorsque les avantages pécuniaires afférents aux parts à intérêt prioritaire sans droit de vote ne sont pas intégralement versés pendant trois exercices consécutifs, les porteurs de ces parts acquièrent un droit de vote dans les limites fixées à l'article 3 bis de la loi du 10 septembre 1947 pour les parts des associés non coopérateurs¹¹³⁸.

Les parts sociales à intérêt prioritaire sans droit de vote sont exclues des coopératives agricoles¹¹³⁹ et des coopératives artisanales¹¹⁴⁰.

443. Les parts d'épargne. - Les parts sociales d'épargne concernent uniquement les coopératives agricoles et ont été créées par la loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, introduisant l'article L. 523-4-1 du Code rural et de la pêche maritime.

Aux termes de l'article L. 524-2-1, e) du Code rural et de la pêche maritime, ces parts sont rémunérées après les parts à avantage particulier, les parts ordinaires, les dividendes des filiales, et la répartition classique des ristournes.

444. Licéité de la prime de fidélité dans les sociétés de l'ESS. - Une inégalité entre associés, attachée aux titres sociaux, est donc admise dans les sociétés de l'ESS, y compris dans les coopératives, mais *quid* d'une inégalité tenant à la personne même des associés ?¹¹⁴¹ Il nous semble possible d'appliquer à l'ensemble des sociétés commerciales de l'ESS l'article L. 232-14 du Code de commerce (L. 225-123 pour les sociétés par actions), qui permet de prévoir dans les statuts une « prime de fidélité » pour les associés, consistant soit en un droit de vote double (excepté dans les SAS¹¹⁴²), soit en une majoration de dividendes à un taux fixé par l'assemblée générale extraordinaire plafonné à 10 %, pour tout actionnaire qui justifie, à la

¹¹³⁷ L. du 10 septembre 1947, art. 11 bis, dernier al.

¹¹³⁸ Cf. *supra* n°163.

¹¹³⁹ C. rur., art. L. 523-1.

¹¹⁴⁰ L. n°83-657 du 20 juillet 1983, art. 11.

¹¹⁴¹ NDIAYE, M., préc., §258-261, p. 142-144.

¹¹⁴² C.com., art. L. 227-1, al. 3.

clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende.

445. La prohibition de la cotation des sociétés de l'ESS en bourse. - Les entreprises de l'ESS peuvent-elles lever des fonds propres en étant cotées en bourse ? La définition communautaire de l'entreprise sociale, posée à l'article 3.1-d du règlement (UE) n°346/2013, d'application directe, fait obstacle à ce qu'elle soit cotée en bourse sur un marché réglementé défini en droit communautaire à l'article 4, paragraphe 1, point 21) de la directive 2014/65/UE et en droit français à l'article L. 421-1 du Code monétaire et financier (en France, l'unique marché réglementé est Euronext Paris) ou dans un système multilatéral de négociation défini à l'article 4, paragraphe 1, point 22), de la directive 2014/65/UE et à l'article L. 424-1 du Code monétaire et financier (en France, Alternext).

446. La question de la négociation des actions des SA de l'ESS sur les marchés libres. - Mais qu'en est-il des marchés libres (en France, Euronext Access et Euronext Access + pour les titres de capital et les titres de fonds ou sociétés d'investissement de type fermé), non réglementés, échappant au contrôle de l'AMF et ayant vocation à accueillir les titres de PME ? Toutes les entreprises de l'ESS ne remplissent pas les critères d'admission aux négociations sur ces marchés énoncés dans les règles d'Euronext Access entrées en vigueur le 19 juin 2017¹¹⁴³.

Premièrement, comme sur tout marché financier de titres de capital, seules sont admises les sociétés par actions, à l'exclusion des SAS conformément aux dispositions de l'article L. 227-2 du Code de commerce. En conséquence, sont exclues les mutuelles, les coopératives à forme de SAS ou de SARL, les EURL sportives, les sociétés commerciales, sociales et solidaires à forme de SAS ou de SARL, les groupements civils. Sont également exclues les SA à objet sportif non lucratives dès lors que la négociation sur les marchés libres requiert une communication à qualifier d'appel au public sur le fondement de l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier. De plus, le but non lucratif de ces sociétés fait qu'elles ne présentent aucun intérêt pour les marchés libres.

¹¹⁴³ EURONEXT, « Euronext Access ». En ligne : <<https://www.euronext.com/fr/regulation/euronext-access>> (consulté le 8 novembre 2017).

Deuxièmement, les actions doivent être librement cessibles et négociables, ce qui exclut les coopératives parce qu'elles sont marquées par un fort degré d'*intuitu personae* à l'égard de celui qui envisage d'acquérir des parts sociales du fait du principe de double qualité (ne peuvent devenir et rester membres que ceux qui contribuent effectivement à l'activité économique de la coopérative), des clauses d'agrément et de la possibilité d'exclure un associé¹¹⁴⁴.

Ne sont donc formellement admissibles aux négociations sur les marchés Euronext Access et Euronext Access + que les sociétés commerciales, sociales et solidaires à forme de SA qui remplissent les critères cumulatifs de fond suivants :

- maintenir à jour un site internet afin de publier l'information relative à sa société, telle que la composition de son conseil d'administration, la structure de son actionnariat, ses points de contact et son activité, son prospectus ou document d'information (p. 10)
- pour l'admission sur Euronext Access +, démontrer que ses actions ont été diffusées dans le public pour un montant d'au moins un million d'euros (p. 11).

Cependant, les SA sociales et solidaires qui seraient admises aux négociations sur les marchés libres courent le risque de voir leur identité ESS (déjà questionnée par certains) remise en cause.

2. Les réserves, ressources abondantes du fait de la limitation du lucre et du collectivisme

447. Les règles d'affectation des excédents nets d'exploitation dans les coopératives. - Pour rappel¹¹⁴⁵, « les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l'article 16 »¹¹⁴⁶.

L'article 16, lui, détaille l'ordre d'affectation des excédents nets d'exploitation dans les coopératives comme suit :

1°) versement aux réserves légales obligatoires, qui comprennent notamment la réserve spéciale de participation des salariés¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁴ L. du 10 septembre 1947 préc., art. 11 et 12.

¹¹⁴⁵ Cf. *supra* n°154.

¹¹⁴⁶ L. du 10 septembre 1947, art. 1^{er}.

¹¹⁴⁷ C.trav., art. L. 3324-1 et s.

2°) versement des dividendes relatifs aux parts sociales à intérêt prioritaire sans droit de vote (art. 11 bis)

3°) versement des dividendes relatifs aux parts sociales ordinaires, au taux d'intérêt prévu à l'article 14

4°) si les statuts le prévoient, répartition de l'excédent disponible, au prorata du volume d'affaires de chaque associé avec la coopérative (art. 15) : c'est la ristourne coopérative.

5°) remboursement des parts sociales, à leur valeur nominale, des associés qui se retirent, qui sont radiés ou qui sont exclus, et versement éventuel de leur part de réserve statutaire prévue à cet effet (art. 18)

6°) rémunération des certificats coopératifs d'investissement¹¹⁴⁸ (art. 19 viciés)

7°) deux possibilités : les sommes disponibles sont soit

- soit mises en réserve
- soit attribuées sous forme de subvention à d'autres coopératives ou unions de coopératives, ou à des œuvres d'intérêt général ou professionnel.

448. Les règles d'affectation des bénéfices dans les sociétés commerciales, sociales et solidaires. - Les sociétés commerciales, sociales et solidaires, hybridations à partir de l'existant consacrées par les articles 1^{er} et 2 de la loi du 31 juillet 2014¹¹⁴⁹, doivent se conformer à cet esprit collectiviste des coopératives : leurs bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise. Concrètement, cela signifie

- qu'au moins 20 % des bénéfices de l'exercice (diminués, le cas échéant, des pertes antérieures) doivent être affectés à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire, dite « fonds de développement », tant que le montant total des diverses réserves n'atteint pas un cinquième du montant du capital social. Cette fraction ne peut excéder le montant du capital social.
- qu'au moins 50 % des bénéfices de l'exercice (diminués, le cas échéant, des pertes antérieures) doivent être affecté au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires¹¹⁵⁰.

À cela s'ajoutent

¹¹⁴⁸ Cf. *infra* n°468.

¹¹⁴⁹ Cf. annexe unique.

¹¹⁵⁰ L. du 31 juillet 2014, art. 1^{er}, II, 2 (cf. annexe unique).

Arrêté ministériel du 3 août 2015 pris en application de l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire fixant la fraction des bénéfices affectée au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires.

- la réserve légale commune à toutes les sociétés commerciales sur le fondement de l'article L. 232-10 du Code de commerce (correspondant au moins à 5% des bénéfices de l'exercice (diminués, le cas échéant, des pertes antérieures), et qui est obligatoire jusqu'à ce que la réserve légale atteigne le dixième du capital social
- les autres réserves légales, comme la réserve spéciale de participation des salariés¹¹⁵¹
- les éventuelles réserves statutaires¹¹⁵².
- les éventuelles réserves « dont l'assemblée générale a la disposition »¹¹⁵³, appelées « réserves libres » ou « facultatives ».

Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées. Elles servent à l'autofinancement de l'entreprise ou peuvent être utilisées pour augmenter le capital social.

En effet, « les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves constituées au titre de la présente loi et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites. La première incorporation ne peut porter que sur la moitié, au plus, des réserves disponibles existant à la clôture de l'exercice précédant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire ayant à se prononcer sur l'incorporation. Les incorporations ultérieures ne peuvent porter que sur la moitié, au plus, de l'accroissement desdites réserves enregistré depuis la précédente incorporation. En cas de liquidation ou, le cas échéant, en cas de dissolution, l'ensemble du boni de liquidation est dévolu soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire au sens du présent article, soit dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires spéciales qui régissent la catégorie de personne morale de droit privé faisant l'objet de la liquidation ou de la dissolution »¹¹⁵⁴.

449. La mise en réserve de la totalité des bénéfices dans l'EURL sportive et la SA à objet sportif non cotée dont les actions n'ont pas fait l'objet d'un appel au public. - S'agissant des hybridations créées *ad hoc* par le législateur, l'article L.122-10 du Code du sport oblige l'EURL et la société anonyme à objet sportif non cotée dont les actions n'ont pas fait l'objet

¹¹⁵¹ C.trav., art. L. 3324-1 et s.

¹¹⁵² C.com., art. L. 232-11, al. 1^{er}.

¹¹⁵³ C.com., art. L. 232-11, al. 2.

¹¹⁵⁴ L. du 31 juillet 2014, art. 1^{er}, I, 3^o, b – cf. annexe unique.

d'un appel au public à affecter la totalité de leurs bénéfices à la constitution de réserves impartageables.

450. La lucrativité illimitée des groupements civils. - En revanche, comme nous l'avons déjà vu, la lucrativité des groupements civils est illimitée et la mise en réserve est libre¹¹⁵⁵, y compris au sein du GIE¹¹⁵⁶.

Section 2. L'apport des investisseurs extérieurs dans une perspective de développement des sociétés de l'ESS

451. Définition de la notion d'« investisseurs extérieurs » et présentation de leur contribution à la performance financière de la société. Plan. - Les capitaux injectés dans les sociétés de l'ESS peuvent provenir d'associés temporaires, dépourvus de réel *affectio societatis* et que l'on nommera « investisseurs extérieurs ». Après avoir identifié ces tiers apporteurs (I), nous présenterons les instruments financiers dont ils se servent pour investir (II).

I. Les investisseurs extérieurs à attirer vers l'ESS

452. Les deux grandes catégories d'investisseurs extérieurs. Plan. - On distinguera, parmi les tiers investisseurs, les investisseurs directs (1) et les épargnants (2) dont le portefeuille d'instruments financiers va être géré par des entreprises d'investissement ou des établissements de crédit.

¹¹⁵⁵ Cf. *supra* n°205.

¹¹⁵⁶ Cf. *supra* n°208.

1. Les investisseurs directs : des soutiens à développer

453. Les trois types d'investisseurs extérieurs directs. Il existe trois catégories d'investisseurs extérieurs directs : les investisseurs institutionnels, les sociétés de capital-risque et les investisseurs en *crowd equity*.

454. Les investisseurs institutionnels. - Dans son rapport d'information déposé le 9 mars 2016 à l'Assemblée nationale, la Commission des affaires économiques recensait quatre fonds d'investissement public existants ou annoncés et appelait à « *simplifier les procédures, rassembler les guichets et accompagner les acteurs du secteur* », en particulier les « *petites structures, pour qui ce financement est indispensable pour assurer leur développement mais qui ne disposent pas des compétences financières et juridiques requises pour monter les dossiers* »¹¹⁵⁷.

Le premier consistait dans une dotation de 100 millions d'euros dans le cadre du Programme d'investissements d'avenir (PIA) à l'action « Financement de l'économie sociale et solidaire » gérée par la Caisse des dépôts pour le compte de l'État. Ces fonds étaient investis dans les entreprises de l'ESS remportant les appels à projets lancés par la Caisse des dépôts. Deux appels à projets avaient été lancés en 2013 : « *Le premier lancé en janvier 2013 ciblait la santé et les services sociaux, l'habitat coopératif, la mobilité durable et le numérique ; le deuxième, lancé en décembre 2013, se concentrait sur l'économie circulaire, les circuits courts et l'insertion des personnes éloignées de l'emploi* ». D'après le Gouvernement, « *à fin décembre 2014, l'action "Financement de l'ESS" a engagé près de 72 millions d'euros* ». En 2015, un nouvel appel à projets s'adressait aux secteurs de la transition écologique et énergétique, du tourisme, de l'économie du partage et de la revitalisation des territoires ruraux¹¹⁵⁸. Toutefois, depuis 2016, on constate que l'ESS ne figure plus parmi les priorités du PIA¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé le 9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques*, préc., p. 45.

¹¹⁵⁸ MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, « Lancement d'un nouvel appel à projets "Financement de l'économie sociale et solidaire" », Communiqué de presse n°360, 29 janvier 2015. En ligne : <<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/18640.pdf>> (consulté le 15 août 2017).

¹¹⁵⁹ BPIFRANCE, « PIA (Programme d'Investissements d'Avenir) : de quoi s'agit-il ? », 15 février 2016, préc.

Le deuxième fonds d'investissement public est le FISO de BPIFrance dont nous avons déjà parlé s'agissant du financement par la dette¹¹⁶⁰. Pour le renforcer, la France pourrait s'inspirer de Big Society Capital, banque privée britannique affectant à l'ESS les « fonds dormants » sur les comptes bancaires inactifs qui lui sont confiés par les autres banques en application du *Dormant Bank and Building Society Accounts Act 2008*¹¹⁶¹. Cette proposition est soutenue par ESS France¹¹⁶². Le FISO de BPIFrance pourrait aussi se voir confier les « biens mal acquis » (biens provenant de détournements de fonds publics¹¹⁶³). De telles recommandations viennent à l'encontre des mesures quelque peu népotistes portées par le HCVA et consistant à réserver ces ressources au FDVA¹¹⁶⁴.

Le troisième est le fonds Impact coopératif. Créé en octobre 2015 avec le soutien de BPIFrance, du Crédit coopératif et de la Confédération générale des SCOP, le fonds réunit seize souscripteurs pour un montant total de 74 millions d'euros. Il investit essentiellement dans des entreprises à forme coopérative, avec la meilleure performance économique et à fort impact social¹¹⁶⁵.

Le dernier est le Fonds NovESS créé fin juin 2016 par la Caisse des dépôts à l'occasion de son bicentenaire. Doté de 100 millions d'euros, il finance à 90 % en fonds propres et quasi-fonds propres les entreprises de l'ESS « *porteuses de projets de grande envergure (investissements compris entre un et 5 millions d'euros)* » et sélectionnées sur la base de leur impact social grâce

¹¹⁶⁰ Cf. *supra* n°417.

¹¹⁶¹ WWW.PARLIAMENT.UK, "Parliamentary Commission on Banking Standards. Written evidence from the Big Society Capital", 8 février 2013. En ligne : <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtpcbcs/27/27viii_we_f11.htm> (consulté le 17 avril 2018).

BIG SOCIETY CAPITAL, "FAQs". En ligne : <<https://www.bigsocietycapital.com/faqs>> (consulté le 17 avril 2018).

¹¹⁶² ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, préc., p. 165.

¹¹⁶³ LAVRIC, S., « Affaire des "biens mal acquis" : recevabilité de la constitution de partie civile ». Note sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *D.* 2010, p. 2707.

¹¹⁶⁴ HCVA, *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*, préc., p. 48-49.

Le Conseil constitutionnel a considéré que l'affectation des fonds dormants des associations au FDVA par les articles 45 et 48 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté constituait des cavaliers législatifs et donc inconstitutionnels – Cons. Const., 26 janvier 2017, n°2016-745 DC, §190).

¹¹⁶⁵ BPIFRANCE, « Impact coopératif : un nouveau fonds pour booster les entreprises de l'ESS », 22 novembre 2016, préc.

GRUPE CAISSE DES DEPOTS, « Bpifrance participe au lancement du fonds Impact coopératif », 9 octobre 2015. En ligne : <<http://www.caissedesdepots.fr/bpifrance-participe-au-lancement-du-fonds-impact-cooperatif>> (consulté le 15 août 2017).

à l'outil « MESIS » créé par le fonds ¹¹⁶⁶. D'après Finansol, NovESS est ouvert aux investisseurs institutionnels comme les assureurs ou les caisses complémentaires de retraite de la fonction publique¹¹⁶⁷. Ce qui pose question, c'est sa gestion, confiée à une société privée de gestions d'actifs, Mandarine Gestion, qui déclare sans ambages « *gérer les investissements du fonds NovESS comme des entreprises cotées* »¹¹⁶⁸.

Il existe également un investisseur institutionnel non mentionné dans le rapport du 9 mars 2016 et dédié aux SCOP en création, en développement ou en difficulté, qui leur accorde des prêts d'une durée de trois à cinq ans : la Société coopérative de développement et d'entraide (SOCODEN)¹¹⁶⁹.

455. Les sociétés de capital-risque. - L'attraction du *private equity* ou en français des « sociétés de capital-risque », qui investissent en fonds propres dans les sociétés-cibles non cotées en devenant actionnaires (généralement minoritaires) et qui sont rémunérées par leurs dividendes et par la plus-value de la cession de leurs actions, est un objectif communautaire depuis 2006. Pour faciliter l'accès de ce type d'investisseurs aux PME, et en particulier aux PME innovantes, la Commission européenne a voulu sécuriser les aides d'État allant dans ce sens, d'abord en prévoyant une exemption de notification des aides d'État inférieures à 15 millions d'euros par entreprise à compter du 1^{er} juillet 2014 et jusqu'au 31 décembre 2020, contre 1,5 million auparavant¹¹⁷⁰. Ensuite, pour les aides d'État d'un montant supérieur à 15 millions d'euros par entreprise-cible dans le cadre financier pluriannuel 2014-2020, la Commission européenne a adopté des lignes directrices à l'attention des États membres afin qu'ils sachent par avance à quelles conditions les aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques sont autorisées par la Commission. L'aide d'État est autorisée sous condition impérative de co-financement privé en fonds propres, quasi-fonds propres, prêts et ou garanties avec une prise de participation privée comprise entre 10 et

¹¹⁶⁶ GROUPE CAISSE DES DEPOTS, « La Caisse des Dépôts lance NovESS - Le Fonds ESS », 30 juin 2016. En ligne : <<http://www.caissedesdepots.fr/la-caisse-des-depots-lance-novess-le-fonds-ess>> (consulté le 15 août 2017).

¹¹⁶⁷ FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017, préc., p. 13.

¹¹⁶⁸ RSEDATANEWS, « Patrick Savadoux : "gérer les investissements du fonds NovESS comme des entreprises cotées" (Mandarine Gestion) », 8 avril 2018. En ligne : <<https://www.rsedatanews.net/article/article-financement-patrick-savadoux--gerer-les-investissements-du-fonds-novess-comme-des-entrepre-20>> (consulté le 9 avril 2018).

¹¹⁶⁹ AVISE, « SOCODEN », 29 juillet 2016. En ligne : <<https://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/socoden>> (consulté le 6 avril 2018).

¹¹⁷⁰ Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, art. 4.1 g

60 % selon que l'entreprise-cible est en phase de démarrage, de croissance ou de transmission¹¹⁷¹.

Ce dispositif, qui pourrait pourtant profiter aux SA de capital-risque Institut de développement de l'économie sociale (IDES) et FinanCités¹¹⁷², ou encore aux sociétés coopératives de capital-investissement Cigales¹¹⁷³, Equisol, Garrigue¹¹⁷⁴ et INCO, est considéré par ESS France (et Finansol¹¹⁷⁵) comme inadapté à la situation des entreprises de l'ESS :

« Les statuts de l'ESS imposent des contraintes qui ont des conséquences financières très importantes et rendent spécifique l'investissement dans l'ESS et son financement :

- *lorsqu'il n'y a pas de capital, on ne peut pas en mobiliser au stade de la création et il ne peut y avoir ultérieurement ni introduction en bourse, ni OPA, ni sortie avec réalisation d'une plus-value sur les titres cédés comme dans le capital-risque traditionnel ;*
- *si le principe de lucrativité limitée n'interdit pas de réaliser des bénéfices, il interdit de les partager ou encadre l'ampleur de ce partage lorsqu'il est possible ; la rémunération de l'investisseur s'en trouve fortement contrainte ;*
- *avec le principe « une personne, une voix », la participation à la gouvernance est nécessairement limitée et surtout partagée.*

Cette spécificité fait que l'assimilation faite depuis toujours par la Commission européenne, en dernier lieu dans son règlement d'exemption par catégorie n°651/2014 du 17 juin 2014, de l'investissement dans l'ESS au capital-risque privé, qui se rémunère par une plus-value sur titres à la sortie, est abusive et désavantage structurellement l'ESS. Car des contraintes supplémentaires pèsent depuis ce règlement sur les entreprises de l'ESS bénéficiaires d'éventuelles aides d'État (elles doivent avoir moins de 7 ans d'ancienneté et ne peuvent pas recevoir une aide supérieure à 15 millions d'euros entre 2015 et 2020).

Il faudra donc que ESS France insiste pour que le gouvernement français négocie pour la période suivante une sortie complète de l'ESS de ce régime du capital-risque privé, qui ne

¹¹⁷¹ Communication de la Commission, lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques n°2014/C 9/04 publiées le 22 janvier 2014.

¹¹⁷² FINANCITES, « Histoire ». En ligne : <<http://www.financites.fr/qui-sommes-nous/>> (consulté le 16 août 2017).

¹¹⁷³ ESFIN GESTION, « Origine ». En ligne : <<http://www.esfingestion.fr/origine.html>> (consulté le 16 août 2017).

¹¹⁷⁴ GARRIGUE. En ligne : <<http://www.garrigue.net>> (consulté le 16 août 2017).

¹¹⁷⁵ FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017, préc., p. 18.

*correspond pas du tout à la plupart des modèles de financement de l'ESS ».*¹¹⁷⁶

Ici, l'objectif d'ESS France est de pousser la Commission européenne à mettre au point une politique incitant le capital-investissement vers les sociétés à lucrativité limitée valorisant davantage la finalité d'une plus-value sociale et environnementale que la finalité de rendement économique de l'investissement, cette dernière étant nécessairement limitée dans l'ESS, ce qui serait un véritable changement de paradigme dans ce secteur, sauf pour certains acteurs très altruistes tels que le Fonds Afrique¹¹⁷⁷.

Ce changement de paradigme ne nous paraît possible que par l'entremise de l'État, *via l'impact investing*, et avec les réserves que nous avons déjà émises¹¹⁷⁸.

Pour l'heure, il nous semble plus réaliste d'exploiter au maximum les possibilités d'incitation fiscale offertes par le règlement d'exemption et par les lignes directrices de 2014, et notamment les incitations fiscales en faveur des investisseurs-personnes physiques (les fameux *business angels*).

En souscrivant au capital d'une entreprise solidaire, l'actionnaire solidaire bénéficie des réductions d'impôts liées à l'investissement au capital des PME. Le redevable peut imputer sur l'IR 18 % des versements effectués au titre des souscriptions en numéraire, dans la limite annuelle de 50 000 euros pour les contribuables célibataires, veufs ou divorcés, et de 100 000 euros pour les contribuables mariés ou liés par un pacte civil de solidarité soumis à imposition commune¹¹⁷⁹. De plus, le compte PME innovation (CPI), qui peut être ouvert auprès d'un établissement de crédit, de la Caisse des dépôts, de la Banque de France ou d'une société d'investissement¹¹⁸⁰, permet aux contribuables de reporter l'imposition des plus-values de cession de titres pendant toute la durée de leur réinvestissement dans le capital de jeunes PME ou entreprises innovantes. Le CPI n'est pas plafonné.

¹¹⁷⁶ ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, Paris, 16 mars 2017, p. 112, préc.

¹¹⁷⁷ CHATEAU TERRISSE, P., « Les mécanismes de coordination de pactes d'actionnaires dans la finance solidaire », *Revue française de gestion*, 2015/1, n°246, p. 111-126.

¹¹⁷⁸ Cf. *supra* n°411 et s.

¹¹⁷⁹ CGI, art. 199 terdecies-0 A.

¹¹⁸⁰ CMF, art. L. 221-32-4 et s.

Comme nous l'avons déjà dit, nous regrettons la suppression du dispositif ISF-PME, qui permettait au redevable d'imputer sur l'impôt de solidarité sur la fortune 50 % des versements effectués au titre des souscriptions en numéraire, dans la limite de 45 000 euros d'impôts par an pour les investissements directs et 18 000 euros en cas d'investissement intermédié, c'est-à-dire *via* des fonds d'investissement de proximité et des fonds communs de placement dans l'innovation¹¹⁸¹.

Dans une communication¹¹⁸², nous avons déjà plaidé en faveur du rétablissement de l'exonération totale d'impôts sur les sociétés pour les *business angels* constitués sous forme de sociétés unipersonnelles d'investissement à risque (SUIR), à forme de SASU, au cours de leurs dix premiers exercices¹¹⁸³, et qui ne s'applique malheureusement pas aux SUIR immatriculées après le 1^{er} juillet 2009.

Les sociétés de capital-risque, au sens de l'article 1-1 de la loi n°85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, sont exonérées d'impôt sur les sociétés sur les produits et plus-values nets provenant de leur portefeuille ainsi que sur les prestations accessoires qu'elles sont, le cas échéant, autorisées à réaliser à condition qu'elles aient opté pour ce régime fiscal particulier¹¹⁸⁴.

456. Les investisseurs en *crowd equity*. - L'investissement en fonds propres peut aussi se faire *via* une plateforme de *crowdfunding* : on parle alors de *crowd equity*, (plus rarement appelé *equity-based crowdfunding* et appelé par la plupart des auteurs français *crowdfunding equity*) ou, en français, « investissement participatif en fonds propres ». En contrepartie, les investisseurs reçoivent des titres de la société et, lorsqu'il s'agit d'actions, en deviennent ainsi associés.

Il convient de préciser qu'outre les actions ordinaires (c'est-à-dire les actions auxquelles est attaché un droit de vote au moins proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent), les actions à droit de vote double dans les conditions de l'article L.225-123 du Code de

¹¹⁸¹ CGI, article 885-0 V bis, abrogé.

¹¹⁸² RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », préc., p. 81.

¹¹⁸³ CGI, art. 208 D.

¹¹⁸⁴ CGI, art. 208, 3^o septies ; BOFiP-Impôts BOI-IS-CHAMP-30-50-20 du 29 avril 2013.

commerce, et les actions de préférence¹¹⁸⁵, la liste des supports éligibles au *crowd equity* comprend limitativement¹¹⁸⁶ :

- les obligations à taux fixe,
- les obligations convertibles en actions,
- les titres participatifs dont le contrat d'émission prévoit qu'ils sont remboursables à l'expiration d'un délai déterminé, qui ne peut être supérieur à dix années (adapté aux coopératives).

En sont donc pour le moment exclues les parts sociales, ce qu'il convient de corriger.

À notre connaissance, il n'existe qu'une seule plateforme de *crowd equity* dédiée aux entreprises à mission et à l'ESS : Lita.co.

Au moment de la publication du décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif, qui est la dernière réforme en date du *crowdfunding*, Nicolas LESUR, Président de l'association Financement Participatif France, avait considéré que le succès du *crowd equity* restait mitigé : « Sur l'*equity*, [les plateformes] *Wiseed* et *Anaxago* ne disposent que de quelques dizaines de milliers d'investisseurs actifs [...]. Il faudrait un abattement annuel sur l'impôt sur le revenu, comme pour l'assurance-vie »¹¹⁸⁷. Cela signifie que lorsque les titres seraient cédés avant leur quatrième année de détention, leurs produits seraient imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu, ou sur option, au prélèvement libératoire de 35 %. Lorsque la cession interviendrait entre la quatrième et la huitième année, les produits seraient imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu, ou, sur option, au prélèvement libératoire de 15 %. Au-delà de la huitième année, les produits seraient exonérés d'IR¹¹⁸⁸.

Le montant total des sommes investies en *crowd equity* a chuté de 15 % en 2017¹¹⁸⁹ : il est passé de 68,2 millions d'euros en 2016 à 57,5 millions d'euros en 2017.

¹¹⁸⁵ Cf. *supra* n°439.

¹¹⁸⁶ CMF, art. D. 547-1.

¹¹⁸⁷ LETY, B., « Le crowdfunding peut-il passer la seconde ? », 9 novembre 2016. En ligne : <<http://www.cbanque.com/actu/60582/le-crowdfunding-peut-il-passer-la-seconde#BVwtKvs3Lbsd2vkm.99>> (consulté le 18 août 2017).

¹¹⁸⁸ CGI, art. 125-0 A.

¹¹⁸⁹ FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Baromètre du crowdfunding 2017 », préc.

Le *crowd equity* est plus encadré que les autres formes de *crowdfunding* afin de réduire les risques spécifiques que Bénédicte FRANÇOIS a identifiés, à savoir « *le risque d'investir dans une entreprise au premier stade de son fonctionnement, l'illiquidité éventuelle des titres, le manque de transparence et l'asymétrie de l'information, l'inexpérience de certains investisseurs, la possibilité de défaillance de l'entreprise ou de fermeture de la plateforme, la fraude, la menace de concentration du secteur et le cybercrime* »¹¹⁹⁰.

La plateforme Internet a le choix entre deux statuts professionnels :

- celui de « prestataire de services d'investissement » agréé par l'ACPR et doté d'un capital social minimum de 50 000 euros, ou
- celui de « conseiller en investissements participatifs » (CIP) habilité par l'AMF, immatriculé sur le registre unique des intermédiaires géré par l'organisme pour le registre des intermédiaires en assurance (ORIAS) et adhérent d'une association professionnelle chargée du suivi de ses membres dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF.

De son côté, la société émettrice doit faire des efforts de transparence.

Tout d'abord, elle doit transmettre à la plateforme toutes les informations requises par l'AMF dans son instruction « Informations à fournir aux investisseurs par l'émetteur et le conseiller en investissements participatifs ou le prestataire de services d'investissement dans le cadre du financement participatif », référencée DOC 2014-12 du 1^{er} octobre 2014.

Ensuite, elle doit rendre ses comptes annuels publics¹¹⁹¹, nonobstant la faculté prévue par l'article L. 232-25 du Code de commerce pour les microentreprises de déclarer que les comptes annuels qu'elles déposent ne seront pas rendus publics.

Enfin, s'il s'agit d'une SAS, son régime juridique va se trouver modifié par les normes impératives des dispositions de l'article L. 227-2-1 du Code de commerce tendant vers plus de « démocratie actionariale » pour reprendre l'expression utilisée par Bénédicte FRANÇOIS.

¹¹⁹⁰ FRANÇOIS, B., « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.

¹¹⁹¹ CMF, art. L. 411-2. - I *bis*, dernier alinéa.

Une fois que la société émettrice s'est acquittée de ses obligations, la plateforme Internet procède à des vérifications et à d'éventuelles demandes d'informations complémentaires avant de publier l'offre de la société émettrice avec toutes les informations requises par l'AMF, qui comprend un seuil de levée de fonds en-dessous duquel les souscripteurs sont remboursés. Le plafond de la levée de fonds est fixé à 2,5 millions d'euros sur une période de douze mois¹¹⁹². Néanmoins, les offres excédant le montant d'un million d'euros ne peuvent pas porter sur des titres de capital qui représentent plus de 50 % du capital de l'émetteur.

La plateforme Internet doit conserver l'attestation de chaque souscripteur par laquelle il reconnaît avoir pris connaissance des informations transmises par la société émettrice. Les souscripteurs peuvent poser des questions en ligne à la société émettrice.

La plateforme Internet accepte ensuite la souscription.

Lorsque l'opération de *crowd equity* porte sur des titres de capital et que le montant total des souscriptions atteint le seuil fixé par la société émettrice, l'augmentation de capital est réalisée.

La commission de la plateforme Internet en contrepartie de ses services (publicité et animation du réseau des membres, sélection des dossiers, due diligences, mise en ligne et suivi), est généralement supportée par la société émettrice. D'après les praticiens Charles VAN DEN BROECK et Pierre-Antoine DEGROLARD, cette commission représente « *entre 5 % et 12 % des montants libérés (avec parfois des frais de référencement compris entre 500 et 1.500 euros)* » et « *de rares plateformes prélèvent leur commission au niveau de l'investisseur (barème dégressif compris entre 5 % et 0,5 % des sommes investies)* »¹¹⁹³.

¹¹⁹² CMF., art. D. 411-2.

¹¹⁹³ C., DEGROLARD, P.A., VAN DEN BROECK, « Le vade-mecum du crowdfunding », 4 décembre 2014. En ligne : <https://www.challenges.fr/tribunes/le-vade-mecum-du-crowdfunding_90056> (consulté le 18 août 2017).

2. L'investissement indirect des épargnants : une abondante ressource financière à drainer de toutes les formes d'épargne

457. L'épargne solidaire en France. - Les SICAV et fonds communs de placement solidaires, appelés « fonds 90/10 » parce qu'ils investissent 5 à 10 % de leur encours en actions et en obligations d'entreprises sociales et de financeurs solidaires, drainent l'épargne *via*

- les plans d'épargne en actions PME¹¹⁹⁴
- les livrets contractuels d'épargne solidaire¹¹⁹⁵
- les contrats d'assurance-vie solidaires,
- l'épargne salariale.

Un autre produit d'épargne peut servir à financer les entreprises de l'ESS : le bon de caisse (chapitre III « Les bons de caisse » du Livre II, Titre II « les produits d'épargne »¹¹⁹⁶).

Frédéric FOURRIER, Responsable de l'Observatoire de la finance solidaire à Finansol, se réjouit de ce que fin 2016 « *on passe le seuil symbolique des deux millions de produits d'épargne solidaire souscrits et on est désormais très proche des 10 milliards d'euros déposés* »¹¹⁹⁷ alors qu'au même moment¹¹⁹⁸, l'épargne des Français sur les livrets et plans réglementés pèse 4 765 milliards d'euros. Autrement dit, en France, l'épargne solidaire équivaut à 0,2 % de l'épargne réglementée. L'objectif de 1 % est fixé à l'horizon de 2025¹¹⁹⁹.

Deux facteurs généraux sont à prendre en considération : d'une part, les ménages français préfèrent les placements les plus liquides et les moins risqués, quitte à obtenir un faible rendement et, d'autre part, les investisseurs institutionnels préfèrent le financement par la dette au financement en fonds propres¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁴ CMF, art. L221-30 et s.

¹¹⁹⁵ LAPALUS, D., « Les taux des livrets d'épargne solidaire », 5 août 2017. En ligne : <<https://www.francetransactions.com/comparateurs/taux-livret-solidaire.html>> (consulté le 19 août 2017).

¹¹⁹⁶ Cf. *supra* n°424.

¹¹⁹⁷ HUSSON, S., « L'épargne citoyenne, terreau fertile pour les projets solidaires », 22 mai 2017. En ligne : <<http://www.la-croix.com/Economie/Economie-et-entreprises/Lepargne-citoyenne-terreau-fertile-projets-solidaires-2017-05-22-1200849058>> (consulté le 19 août 2017).

¹¹⁹⁸ Au 31 décembre 2017, l'encours total de l'épargne salariale est de 11,5 milliards d'euros. – PLOQUIN, J.-CH., TIBERGHEN, F.(Dir.), « Finance solidaire : le Baromètre », *La Croix*, 28 mai 2018, p. 2. En ligne : <https://www.finansol.org/_dwl/barometre-finance-solidaire.pdf> (consulté le 31 mai 2018).

¹¹⁹⁹ FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017, préc., p 3.

¹²⁰⁰ LEDERER, E., « L'épargne française reste trop peu investie dans les entreprises », 12 avril 2017. En ligne : <https://www.lesechos.fr/12/04/2017/lesechos.fr/0211967013613_1-epargne-francaise-reste-trop-peu-investie-dans-les-entreprises.htm#70HuROQwzqJ0HdU7.99> (consulté le 19 août 2017).

D'après un sondage réalisé par OpinionWay en février 2017, le comportement des épargnants s'explique par une défiance des Français à l'égard des banques et des assurances : « *Fustigeant l'opacité des banques et des assurances quant à l'utilisation de leurs capitaux à une écrasante majorité (85 % et plus des personnes interrogées), les personnes sondées ont le sentiment que leur épargne n'est pas mise au service de la croissance économique et de la création d'emploi* »¹²⁰¹.

458. Les propositions pour développer l'épargne solidaire. - Cependant, les pistes de développement de l'épargne solidaire ne s'attaquent pas aux motivations et à la culture financière des épargnants mais s'axent plutôt sur l'amélioration de la technique de captation de l'épargne solidaire. D'après Frédéric TIBERGHIEU, Président de Finansol, comme pour l'épargne salariale, où les fonds communs de placement d'entreprises solidaires sont obligatoirement présents dans tous les plans d'épargne-entreprise (PEE) et les plans d'épargne-retraite collective (PERCO)¹²⁰², il faudrait obliger les banques et assurances à proposer au moins un fonds solidaire pour chacun de leurs produits d'épargne¹²⁰³. Toutefois, dans son baromètre 2018-2019 de la finance solidaire, Finansol note une très nette progression de l'épargne solidaire *via* les banques et les mutuelles : 18,7 % de hausse en un an pour atteindre 3,62 milliards d'euros¹²⁰⁴, soit près d'un tiers du total de l'épargne solidaire (31,77 %). Selon Frédéric FOURRIER, il faut y voir le fruit des « *efforts commerciaux très volontaristes* » des banques en faveur de l'ESS, qu'elles y appartiennent historiquement ou pas. Les banques n'ont donc pas attendu d'être contraintes par le législateur pour s'engager dans cette voie, certainement poussées par l'engouement de leurs clients pour les produits responsables ou solidaires.

¹²⁰¹ FINANCE POUR TOUS (LA), « Les Français et l'épargne : des envies de "proximité" », 7 avril 2017. En ligne : <<http://www.lafinancepourtous.com/Actualites/Les-Francais-et-l-epargne-des-envies-de-proximite>> (consulté le 19 août 2017).

¹²⁰² C.trav., art. L. 3332-17 et L. 3334-1.

¹²⁰³ PORIER, J., « Extension du domaine des produits solidaires », *Le Monde*, 4 novembre 2014. En ligne : <http://www.lemonde.fr/argent/article/2014/11/04/extension-du-domaine-des-produits-solidaires_4517806_1657007.html> (consulté le 11 novembre 2016).

MASSE, A., TIBERGHIEU, F. (Dir.), « Réforme des retraites : "Pour une généralisation de l'épargne-retraite solidaire" », *Le Monde*, 23 juin 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/23/reforme-des-retraites-pour-une-generalisation-de-l-epargne-retraite-solidaire_5320134_3232.html> (consulté le 9 juillet 2018).

¹²⁰⁴ PLOQUIN, J.-CH., TIBERGHIEU, F. (Dir.), préc., p. 5.

L'épargne salariale solidaire pourrait continuer à progresser sous l'effet de l'adoption du projet de loi PACTE, dont l'un des objectifs est de développer l'épargne salariale dans les TPE et les PME.

Finansol plébiscite surtout l'assurance-vie solidaire : « *rendre obligatoire la présentation d'un contrat d'assurance-vie solidaire dans la gamme de tout assureur-vie* », c'est même la première de ses dix propositions pour développer la finance solidaire (développées et motivées dans un livre blanc)¹²⁰⁵. Jean-Louis BANCEL, Président du groupe Crédit coopératif, soutient cette proposition : « *L'intérêt principal, c'est que cela permettrait de disposer de ressources sur des horizons de placement plus longs* »¹²⁰⁶.

Dans la même veine, ESS France propose de « *mobiliser les fonds d'épargne retraite [individuelle] pour qu'ils contribuent au financement long des entreprises de l'ESS* » [ce que Finansol voudrait insérer dans les débats sur la loi PACTE¹²⁰⁷, mais qui ne figure pas dans le projet de loi présenté le 18 juin 2018] et de « *dédier en tout ou en partie des livrets d'épargne régionaux au financement de projets émanant de l'ESS* »¹²⁰⁸.

Il est à noter que pour l'heure, pour bénéficier d'un financement *via* l'épargne salariale solidaire, l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale »¹²⁰⁹ est impératif.

II. Les titres financiers autres que les titres de capital : des outils diversifiés et intéressants pour préserver l'*affectio societatis* et verrouiller le droit de vote

459. Les investissements extérieurs en quasi-fonds propres. Plan. – L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier définit les titres financiers comme l'ensemble formé par les actions, les titres de créances (ou valeurs mobilières) et les valeurs mobilières de placement (VMP).

¹²⁰⁵ FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017, préc.

¹²⁰⁶ LABO DE L'ESS (LE), « Et si on remettait la finance au service de la société ? Le moment est venu du changement d'échelle des finances solidaires », Compte-rendu de la rencontre du 7 février 2013, les Publications du Labo, février 2013, p. 11. En ligne : <https://www.llelabo-ess.org/IMG/pdf/CR_rencontrefinance_LaboESS-07022013.pdf> (consulté le 11 novembre 2016).

¹²⁰⁷ PLOQUIN, J.-CH., TIBERGHEN, F.(Dir.), préc., p. 8.

¹²⁰⁸ ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, Paris, 16 mars 2017, p. 155 et 167, préc.

¹²⁰⁹ C.trav., art. L. 3332-17-1.

Lorsque nous avons présenté les investisseurs extérieurs des sociétés de l'ESS, c'était surtout sous l'angle des titres de capital (actions ou parts sociales), ce qui rendait leur distinction d'avec les associés et actionnaires possible seulement en insistant sur l'absence d'*affectio societatis* : les investisseurs extérieurs ne sont pas acteurs du projet de société mais seulement des soutiens d'appoint à ce projet, intéressés surtout par les dividendes et les plus-values de cession (ils exercent d'ailleurs rarement leurs droits politiques).

Mais comme nous l'avons vu s'agissant de certains investisseurs institutionnels (le FISO et le Fonds NovESS) et pour le *crowd equity*, les investisseurs extérieurs disposent d'autres titres financiers que les titres de capital : les titres de créances et les VMP. L'investissement sera alors en quasi-fonds propres, et non plus en fonds propres.

Nous présenterons l'ensemble des titres de créances et VMP des sociétés à lucrativité limitée, en distinguant ceux qui peuvent être émis par toutes les sociétés commerciales (1) et ceux qui sont propres aux coopératives et aux mutuelles (2).

1. Le vaste choix de titres de créances dans les sociétés par actions

460. Les trois types de créances que peuvent émettre les sociétés de l'ESS. - Les titres de créances que les sociétés de l'ESS peuvent émettre sont principalement des obligations, mais il peut également s'agir de titres subordonnés à durée indéterminée ou de titres innommés¹²¹⁰.

461. Les obligations. - Les obligations sont communes aux sociétés par actions et aux SARL de plus de trois exercices comptables et ayant franchi l'un des trois seuils suivants : un total de bilan de 1 550 000 euros, un montant hors taxes du chiffre d'affaires de 3 100 000 euros et une moyenne de 50 salariés permanents employés au cours de l'exercice¹²¹¹. Dans les sociétés par actions, les obligations peuvent être « au porteur » (lorsque la société émettrice ne connaît pas l'identité du propriétaire du titre) ou nominatives¹²¹². Dans les SARL, elles sont nécessairement nominatives¹²¹³.

¹²¹⁰ COZIAN, M., DEBOISSY, F., VIANDIER, A., préc., §1330-1350, p. 545-551.

¹²¹¹ C.com., art. L. 223-11, L. 223-35 et R. 823-7-1, al. 1^{er}.

¹²¹² C.com., art. L. 228-2-I, al. 4.

¹²¹³ C.com., art. L. 223-11, al. 1^{er}.

Contrairement aux autres sociétés et groupements civils¹²¹⁴, les GIE, eux, sont autorisés à émettre des obligations, mais seulement lorsqu'ils sont constitués de sociétés ou d'associations pouvant elles-mêmes émettre des obligations¹²¹⁵.

Les mutuelles peuvent aussi émettre des obligations¹²¹⁶.

Dans les sociétés par actions comme dans les SARL, les obligations peuvent être ordinaires, convertibles, échangeables, incorporées ou attachées à des actions, ou encore remboursables en actions.

Les obligations ordinaires sont cessibles sans formalité.

Les obligations convertibles peuvent être converties en actions¹²¹⁷ dans les proportions et délais stipulés dans le contrat d'émission.

Les obligations échangeables¹²¹⁸ peuvent être échangées contre des actions, là encore selon les termes du contrat d'émission. *Idem* pour les obligations remboursables¹²¹⁹.

L'obligation incorporée ou attachée à une action¹²²⁰ peut être détachée de cette même action afin d'être cédée séparément.

462. Les titres subordonnés à durée indéterminée. - Les titres subordonnés à durée indéterminée sont les titres de créances de l'article L. 228-97 du Code de commerce, applicable uniquement aux sociétés par actions, et qui dispose :

« Lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts

¹²¹⁴ DUCOULOUX-FAVARD, Cl., « Valeurs mobilières et instruments financiers », in MAYAUD, Y. (Dir.), *Rép. pén.*, Paris, Dalloz, mai 2018, §21-26.

¹²¹⁵ C.com., art. L. 251-7.

¹²¹⁶ Cf. *supra* n°139.

¹²¹⁷ C.com., art. L. 228-68, al. 2.

¹²¹⁸ C.com., art. L. 228-103, dernier al.

¹²¹⁹ C.com., art. L. 228-103 dernier al.

¹²²⁰ C.com., art. L. 228-105 al. 2.

participatifs et de titres participatifs, nonobstant les dispositions de l'article L. 228-36 du présent code et celles des articles L. 313-13 et suivants du Code monétaire et financier ».

463. Les titres innommés. - Enfin, derniers titres de créances, les titres innommés, eux aussi propres aux sociétés par actions, voient leur existence consacrée par le législateur à l'article L. 228-36 du Code de commerce :

« Les sociétés par actions peuvent émettre toutes valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance dans les conditions du présent livre ainsi que toutes autres valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance dans les conditions prévues par les statuts ou, le cas échéant, par le contrat d'émission ».

Cette catégorie pourrait accueillir une transposition en droit français du titre financier imaginé par Dana BRAKMAN REISER et Steven A. DEAN : le *flexible low yield paper* dit "*FLY paper*"¹²²¹ (en français, « titres à faible rendement »). Il s'agirait d'un titre de créance convertible à tout moment en actions, même après le transfert de l'entreprise par cession de toutes les actions. L'objectif est d'inciter les investisseurs porteurs de *FLY papers* à maintenir leurs capitaux dans l'entreprise le plus longtemps possible.

464. Les valeurs mobilières de placement. – Les VMP sont « les parts ou actions d'organismes de placement collectif »¹²²² c'est-à-dire soit des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), soit des fonds d'investissement alternatifs (FIA)¹²²³.

La différence entre OPCVM et FIA réside essentiellement dans le public auquel chacun de ces organismes de placement collectif s'adresse. L'OPCVM est destiné au grand public, et de ce fait, est soumis à des règles de prudence consistant en une obligation accrue de proposer des VMP diversifiées et liquides afin de limiter les risques pour les investisseurs. Les FIA, eux, sont généralement réservés à des investisseurs professionnels ou avertis qui connaissent très bien les marchés financiers. Par conséquent, ils ont en principe moins de contraintes à respecter dans leur gestion.

¹²²¹ BRAKMAN REISER, D., AND DEAN, A. S., "Hunting Stag with FLY Paper: A Hybrid Financial Instrument for Social Enterprise", 2 avril 2013, *Boston College Law Review*, 2013, En ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2243833>> (consulté le 21 août 2017).

¹²²² CMF, art. L. 211-1, 3°.

¹²²³ CMF, art. L. 214-1.

En application de l'article L. 214-153-1 du Code monétaire et financier (introduit par l'article 14 de la loi du 31 juillet 2014), deux sous-catégories de FIA peuvent être labellisés « EuSEF », ce qui signifie *European social entrepreneurship funds* (« fonds d'entrepreneuriat social européens ») : les fonds professionnels spécialisés (à forme de SICAV, de fonds commun de placement ou de société en commandite simple) et les fonds professionnels de capital investissement (à forme de fonds communs de placement ou de sociétés d'investissement à capital variable). Le fonds professionnel de capital investissement favorise l'investissement dans les sociétés non cotées puisqu'au moins 50 % de son actif doit être constitué de titres qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché¹²²⁴. Le fonds professionnel spécialisé¹²²⁵, bien que régulé par l'AMF, bénéficie d'une très grande souplesse puisque les statuts ou le règlement du fonds fixent librement la nature des actifs éligibles¹²²⁶, les ratios d'investissement ainsi que les règles de gestion du passif.

De 2013 à 2017, dans toute l'UE, seuls sept FIA ont été labellisés EuSEF¹²²⁷. Ce label a donc été réformé par le règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017 modifiant le règlement (UE) n°345/2013 relatif aux fonds de capital-risque européens et le règlement (UE) n°346/2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2018. Désormais, le label est ouvert à un plus grand nombre de gestionnaires¹²²⁸, la procédure d'enregistrement des gestionnaires est simplifiée¹²²⁹, le niveau de fonds propres exigées de la part des gestionnaires est abaissé¹²³⁰, les États membres ont l'interdiction d'imposer des frais et d'autres charges aux gestionnaires pour la commercialisation de ces fonds si aucune tâche de surveillance n'est à effectuer¹²³¹ et les entreprises éligibles à ces investissements sont plus nombreuses¹²³².

¹²²⁴ AMF, « Le capital investissement », 27 mai 2014. En ligne : <<https://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Produits-et-SICAV/FIA/Capital-investissement?>> (consulté le 9 août 2018).

¹²²⁵ AMF, « Les fonds professionnels spécialisés », 9 octobre 2015. En ligne : <<https://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Produits-et-SICAV/FIA/Fonds-professionnels-specialises?>> (consulté le 9 août 2018).

¹²²⁶ Sous réserve des dispositions de l'article L. 214-154 du Code monétaire et financier.

¹²²⁷ BARTNIK, M., FAVIER, A., POGORZELSKI, C., SCARDONI, G., « EuVECA et EuSEF amendés : une seconde opportunité de succès ? », 16 octobre 2017. En ligne : <<https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/partenaire/partenaire-1241-euveca-et-eusef-amendes-une-seconde-opportunite-de-succes-314615.php>> (consulté le 19 avril 2018).

¹²²⁸ Règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017, art. 2-1.

¹²²⁹ Règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017, art. 2-6 et 2-7.

¹²³⁰ Règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017, art. 2-3.

¹²³¹ Règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017, art. 2-8.

¹²³² Règlement (UE) n°2017/1991 du 25 octobre 2017, art. 2-2, a.

2. Les titres propres aux coopératives et mutuelles

465. Les coopératives et mutuelles soumises au régime des titres de créances et VMP commun à toutes les sociétés commerciales. - Les coopératives à forme de SA et SAS peuvent émettre les titres de créances des sociétés par actions, et les coopératives à forme de SARL ceux des SARL.

Il importe de préciser que les mutuelles peuvent émettre des obligations et titres subordonnés dans les conditions prévues par les articles L. 228-1 à L. 228-97 du Code de commerce, ce qui renforce leur qualification de sociétés.

466. Les titres participatifs coopératifs et mutualistes. - Les titres financiers propres aux coopératives et aux mutuelles ont déjà été évoqués mais il nous paraît judicieux de les rapprocher des titres de créances des sociétés commerciales.

Les titres participatifs sont des titres de créances propres aux sociétés du secteur public, aux coopératives constituées sous la forme de SA ou de SARL¹²³³, aux coopératives agricoles¹²³⁴ et aux mutuelles¹²³⁵. David HIEZ propose de permettre aux coopératives à forme de SAS d'en émettre¹²³⁶. Selon lui, c'est la ressource en quasi-fonds propres privilégiées des coopératives souhaitant attirer des investisseurs extérieurs¹²³⁷ (à l'exception des coopératives bancaires qui lui préfèrent le certificat coopératif¹²³⁸). Nous expliquerions cet engouement, non par le fait que ces titres ne donnent pas droit au vote au sein de l'assemblée générale¹²³⁹ puisque c'est aussi le cas des certificats coopératifs¹²⁴⁰, mais par trois autres facteurs : d'abord, les titres participatifs

¹²³³ C.com, art. L. 228-36 et -37.

¹²³⁴ C.rur., art. L. 523-8.

¹²³⁵ C.mut., art. L. 144-44.

¹²³⁶ HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, préc., §222.11, p. 127 et §222.15, p. 128-129.

¹²³⁷ *Ibid.*, §222.15, p. 128-129.

Ainsi par exemple l'Union régionale des SCOP Auvergne-Rhône-Alpes a-t-elle récemment proposé à ses membres un apport en quasi-fonds propres au moyen de titres participatifs d'au moins 50 000 euros sur sept ans minimum — Union régionale des SCOP Auvergne-Rhône-Alpes, « SCOP Invest ». En ligne : <<http://www.scop.org/accueil/lunion-regionale/outils-financiers/scop-invest/>> (consulté le 6 avril 2018).

¹²³⁸ Cf. *infra* n°468.

¹²³⁹ Cependant, les représentants de la masse de porteurs de titres participatifs y ont voix consultative (C.com., art. L. 228-37 et R. 228-50).

¹²⁴⁰ Les titulaires de certificats coopératifs jouissent du même droit d'information que les associés (L. 10 septembre 1947, art. 19 octodécies) et se réunissent en assemblée spéciale dans les conditions prévues par le décret n°91-

sont éligibles au *crowd equity*¹²⁴¹ ; ensuite, contrairement aux certificats coopératifs, ils sont cessibles ; enfin leur rémunération, non plafonnée, est soumise à un IS au taux dérogatoire de 10%¹²⁴². Toutefois, ils ne sont remboursables qu'en cas de liquidation de la société ou, à l'initiative de la coopérative, à l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à sept ans et dans les conditions prévues au contrat d'émission¹²⁴³.

Les titres participatifs sont rémunérés par une partie fixe et une partie variable calculée par référence à des éléments relatifs à l'activité ou aux résultats de la société et assise sur le nominal du titre. L'assiette de la partie variable de la rémunération des titres participatifs ne peut être supérieure à 40 % du montant nominal du titre¹²⁴⁴.

S'agissant des titres participatifs mutualistes, la partie variable ne peut être calculée par référence à un critère représentatif du volume d'activité de la mutuelle, union ou fédération émettrice.

467. Les certificats mutualistes. - Les mutuelles peuvent émettre des certificats mutualistes¹²⁴⁵ à la rémunération plafonnée mais éligibles au plan d'épargne en actions (PEA) en application de l'article 157, 5° du Code général des impôts – ces certificats étant en principe incessibles et ne pouvant être remboursés qu'au moment de la liquidation de la mutuelle¹²⁴⁶.

468. Les certificats coopératifs. - Les coopératives ont aussi leurs certificats coopératifs d'investissement pouvant être émis par tous types de coopératives¹²⁴⁷ ou « certificats coopératifs d'associés » pour les établissements de crédit coopératif ou mutualiste¹²⁴⁸ et qui, comme leur nom l'indique, sont réservés aux associés.

14 du 4 janvier 1991 relatif à l'assemblée spéciale des titulaires de certificats coopératifs d'investissement.

¹²⁴¹ CMF, art. D. 547-1.

¹²⁴² CGI, art. 219, 1°.

¹²⁴³ C.com., art. L. 228-36, al. 1^{er}.

¹²⁴⁴ C.com., art. R. 228-49.

¹²⁴⁵ Cf. *supra* n°139.

¹²⁴⁶ C.mut., art. L. 221-19 et art. L. 221-20.

¹²⁴⁷ L. 10 septembre 1947, art. 19 sexdecies.

¹²⁴⁸ Art. 19 terdecies.

La rémunération des certificats coopératifs est au moins égale à celle versée aux parts sociales¹²⁴⁹. D'après David HIEZ, seules les coopératives bancaires, et en particulier le Crédit Agricole ont montré un véritable intérêt pour cette ressource en quasi-fonds propre¹²⁵⁰.

¹²⁴⁹ L. 10 septembre 1947, art. 19 viciés.

¹²⁵⁰ HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, préc., §222.27, p. 131.

Conclusion du Chapitre 1^{er} du Titre II (Seconde partie)

Il est urgent de développer l'investissement direct externe à destination des entreprises de l'ESS, et en particulier des sociétés de l'ESS. Pour ce faire, nous proposons cinq grands axes d'amélioration.

Premièrement, le financement de l'ESS devrait redevenir une priorité pour le PIA.

Deuxièmement, il faudrait renforcer le FISO de BPIFrance en y affectant les fonds dormants et les biens mal acquis.

Troisièmement, pour stimuler l'activité de *social business angels*, il importe de rétablir l'exonération totale d'impôts sur les sociétés prévue à l'article 208 D du Code général des impôts pour toutes les sociétés unipersonnelles d'investissement à risque investissant très largement dans les sociétés de l'ESS (peut-être à hauteur de 70 à 75 % de l'ensemble de leurs investissements).

Quatrièmement, il est nécessaire de rendre les parts sociales éligibles au *crowd equity*.

Cinquièmement, le *crowd equity* mériterait d'être stimulé par un abattement annuel d'impôt sur le revenu similaire à ce qui se pratique en matière d'assurance-vie.

S'agissant de l'investissement indirect (i.e. celui des épargnants), une anomalie devrait être corrigée : il convient d'autoriser les coopératives à forme de SAS à émettre des titres participatifs.

Plus généralement, au vu de l'appétence des Français pour les produits d'épargne peu risqués et de leur durée de détention, il faudrait obliger les banques et assurances à proposer au moins un fonds solidaire pour chacun de leurs produits contractuels d'épargne (assurances-vie, solutions d'épargne retraite et livrets bancaires d'épargne) et en faire de même pour les fonds d'épargne retraite (individuelle) et les livrets régionaux.

Reste à aiguïser le fléchage de l'ensemble de l'épargne solidaire (produits contractuels d'épargne, plan d'épargne en actions PME, épargne salariale et, pourquoi pas, bons de caisse solidaires). L'épargne salariale solidaire finance uniquement les entreprises agréées « entreprise solidaire d'utilité sociale », ce qui provoque chez nous un malaise immédiat : toute entreprise de l'ESS n'est-elle pas censée être « solidaire » et d'« utilité sociale » ? Pourquoi cet agrément ? En réalité, il ne saurait masquer tout à fait le défaut initial d'acuité de la définition de l'entreprise de l'ESS¹²⁵¹ vers laquelle tout financement dit « solidaire » devrait logiquement être fléché¹²⁵².

¹²⁵¹ Cf. *supra* n°15 et s.

¹²⁵² RASOLONOROMALAZA, K., « L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités », préc.

Chapitre II. Le résultat des sociétés de l'ESS soutenu par un potentiel économique et financier structurellement fort

469. Des effets bénéfiques de la coopération sur la performance financière des sociétés de l'ESS. Plan. - Du fait même de l'originalité de leur structuration, les sociétés historiques à lucrativité limitée que sont les coopératives et les mutuelles mais aussi les GAEC et GIE d'utilité sociale vont pouvoir actionner des leviers singuliers internes (à ne pas confondre avec les instruments contractuels de coopération et de partenariats interentreprises¹²⁵³) pour accroître leurs résultats d'exploitation (Section 1), en plus des produits financiers et exceptionnels dont ils bénéficient, au même titre que les autres sociétés (Section 2).

Section 1. Les facteurs d'accroissement du résultat d'exploitation dans les sociétés de l'ESS

470. La coopération, accélérateur de croissance économique. Plan. - En effet, les mutuelles, coopératives et les groupements civils d'utilité sociale vont pouvoir bénéficier à la fois du dynamisme économique conjugué de leurs membres (I) et d'économies d'échelle par mutualisation des facteurs de production (II).

- I. Le dynamisme économique des efforts conjugués des associés coopérateurs, des sociétaires mutualistes et des membres du groupement civil

471. Coopérer pour partager un bénéfice ou profiter d'une économie en accroissant le chiffre d'affaires. Plan. - Qu'il s'agisse d'une coopérative de production, d'un groupement civil d'utilité sociale (1), d'une mutuelle ou d'une coopérative de consommation (2), les membres vont jouer un rôle de premier plan dans la réalisation du chiffre d'affaires de la société, agrégeant la valeur de leurs activités économiques respectives.

¹²⁵³ RASOLONOROMALAZA, K., « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », préc.

472. Définition préalable des notions de coopératives de « production » et de « consommation ». – Il convient au préalable de préciser les notions de coopératives de production et de consommation.

Par coopératives de « production », nous entendons les coopératives ayant pour objet la mise en commun de la production de chacun des associés coopérateurs, nécessaire à l'activité économique de la coopérative (comme dans les SCOP et les coopératives agricoles), ou la redirection de la demande vers les associés coopérateurs (comme dans les coopératives de transport et les coopératives médicales).

Par coopérative de « consommation », nous entendons les coopératives ayant pour objet l'achat groupé de consommations intermédiaires ou finales et la mutualisation des autres charges d'exploitation ainsi que des outils de production (comme dans les coopératives de commerçants, d'artisans, les coopératives maritimes ou encore les coopératives d'habitation).

Certains statuts particuliers de coopératives, comme la coopérative agricole, les coopératives de transport ou les coopératives médicales, sont à la fois des coopératives de production et de consommation.

1. La participation des associés coopérateurs producteurs et des membres des groupements civils au chiffre d'affaires

473. L'union des forces qui se sont choisies pour accroître le bénéfice commun. - Malgré son ouverture à des associés et à des clients non coopérateurs¹²⁵⁴, la coopérative demeure marquée par le principe de double qualité et son corollaire, l'exclusivisme, principe qu'elle partage avec les mutuelles et qui ne souffre aucune exception au sein du GAEC et du GIE. Ce faisant, dans une coopérative de production ou dans un groupement civil (*a fortiori* d'utilité sociale), la qualité d'associé coopérateur incite à optimiser sa contribution à l'activité économique de la coopérative afin de maximiser le chiffre d'affaires, et par là, les dividendes ou ristournes.

¹²⁵⁴ Cf. *supra* n°157 et s.

2. La participation des associés coopérateurs consommateurs et des sociétaires mutualistes à la réduction des dépenses et à l'augmentation de la ristourne

474. L'addition des pouvoirs de marché d'acheteurs et la dilution des risques. - Dans les coopératives de consommation et dans les mutuelles, l'associé coopérateur aura à cœur d'ajouter sa consommation propre à une consommation groupée afin de profiter d'une économie, ce qui motivera son *affectio cooperatis*.

Au fondement même de la mutuelle, on trouve la « mutualité », c'est-à-dire la volonté des sociétaires d'augmenter leur capacité de défense en supportant à plusieurs les dépenses générées par la réalisation d'un risque¹²⁵⁵, qui prime la volonté de profiter d'une ristourne dans le cas où ce risque ne surviendrait pas. De même, à l'origine des banques coopératives et mutualistes, on retrouve cette idée de mutualité des dépôts afin de faciliter l'accès chacun au crédit.

Plus les associés coopérateurs seront nombreux, plus les économies réalisées seront importantes. Plus les sociétaires seront nombreux, plus le total des cotisations sera important ; plus le total des cotisations sera important, plus les risques seront couverts et plus les ristournes seront importantes. Ces deux cercles vertueux vont dans le sens d'un effet de taille : prix de gros dans les coopératives de consommation et dilution des risques dans les mutuelles.

- II. Les économies réalisées grâce aux coopératives ayant pour seul objet la mutualisation du capital technique et de la force de travail

475. Les formes de coopération lucrative autres que les sociétés de l'ESS. - Les groupements civils, coopératives et mutuelles portent la mutualisation dans leur ADN mais n'en ont pas le monopole (nous l'avons vu lorsque nous avons évoqué les fédérations d'associations sportives¹²⁵⁶), pas plus que les entreprises de l'ESS (il faut ici rappeler notre étude du GFA¹²⁵⁷ et de la SCM¹²⁵⁸).

¹²⁵⁵ FRANCE ACTIVE, « Association & coopération : jouez collectif ! », octobre 2015, p. 6. En ligne : <http://www.franceactive.org/upload/uploads/File/ressources_documentaires/152727_Guide_Cooperer-web.pdf> (consulté le 29 septembre 2017).

¹²⁵⁶ Cf. *supra* n°261.

¹²⁵⁷ Cf. *supra* n°207.

¹²⁵⁸ Cf. *supra* n°209.

De plus, il n'est nul besoin de créer une personne morale faîtière pour profiter d'une mutualisation, et en particulier d'une mutualisation de moyens : de nombreux autres modes de coopération, strictement contractuels, permettent de partager l'usage et les coûts engendrés par les facteurs de production : *cluster* (réseau local d'entreprises qui peut prendre la forme d'un pôle de compétitivité)¹²⁵⁹, *consortium* (« groupement momentané d'entreprises » pour les juges et l'administration¹²⁶⁰ ou d'« opérateurs économiques » pour le législateur¹²⁶¹), pôle territorial de coopération économique (PTCE)¹²⁶², etc.

En outre, tous les facteurs de production sont mutualisables : le capital technique, qu'il soit matériel (locaux, machines, véhicules, supports de communication, etc.) ou immatériel (fichiers clients et prospects, i.e. apport d'affaires, appui technique, logiciels, signes distinctifs tels que marque et slogans, réseau relationnel, etc.) aussi bien que le capital humain ou force de travail (groupement d'employeurs, unité économique et sociale, mutualisation des fonctions supports au sein d'un groupe de sociétés ou d'associations, etc.).

476. Coopérer pour bénéficier d'économies d'échelle par mutualisation des facteurs de production. Plan. - Ces quelques remarques préalables nous permettent d'introduire la présentation des coopératives dont l'objet social est uniquement de mutualiser le capital technique, mais qui, contrairement au GFA¹²⁶³ et à la SCM¹²⁶⁴, ont bien une activité économique : la coopérative d'utilisation de matériel agricole (CUMA), la coopérative d'espaces bureautiques (1) et la coopérative d'activité et d'emploi ou « CAE » (2).

¹²⁵⁹ FRANCE CLUSTERS, « Les *clusters* : définition ». En ligne : <<http://franceclusters.fr/les-clusters-francais/les-clusters-definition/>> (consulté le 14 avril 2018).

¹²⁶⁰ «Un groupement momentané d'entreprises est un accord momentané entre des entreprises pour élaborer une offre commune en réponse à un marché ». – SERVICE DES ACHATS DE L'ÉTAT (SAE), « Le groupement momentané d'entreprises (GME) ». En ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/sae/doc/gme.pdf> (consulté le 14 avril 2018).

¹²⁶¹ CMP, art. 51, abrogé¹²⁶¹ ; décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics¹²⁶¹, art. 45.

¹²⁶² Les PTCE sont définis à l'article 9, paragraphe I de la loi du 31 juillet 2014 :

« Les pôles territoriaux de coopération économique sont constitués par le regroupement sur un même territoire d'entreprises de l'économie sociale et solidaire, au sens de l'article 1^{er} de la présente loi, qui s'associent à des entreprises, en lien avec des collectivités territoriales et leurs groupements, des centres de recherche, des établissements d'enseignement supérieur et de recherche, des organismes de formation ou toute autre personne physique ou morale pour mettre en œuvre une stratégie commune et continue de mutualisation, de coopération ou de partenariat au service de projets économiques et sociaux innovants, socialement ou technologiquement, et porteurs d'un développement local durable ».

¹²⁶³ Cf. *supra* n°207.

¹²⁶⁴ Cf. *supra* n°209.

1. La coopérative d'utilisation de matériel agricole et la coopérative d'espaces bureautiques

477. La coopérative d'utilisation de matériel agricole (CUMA). - Une CUMA a pour objet la mise à disposition d'un capital technique agricole et, parfois, d'un personnel, à ses associés exclusivement (son objet est donc plus large que celui du GFA¹²⁶⁵). En contrepartie, les associés lui versent une participation financière.

Le décret n°2016-1402 du 18 octobre 2016 portant abrogation de l'article D. 521-4 du Code rural et de la pêche maritime supprime la limitation du nombre de salariés de la CUMA pouvant être mis à disposition des associés ; par conséquent, la CUMA peut pleinement jouer le rôle d'un groupement d'employeurs.

Sans qu'elle ait besoin de le prévoir dans ses statuts, une CUMA peut réaliser des travaux agricoles ou d'aménagement rural conformes à son objet, pour le compte des communes de moins de 3 500 habitants, des groupements de communes comprenant au moins trois quarts de communes de moins de 3 500 habitants ou de leurs établissements publics, à condition que l'un des adhérents de la coopérative ait le siège de son exploitation agricole dans le ressort territorial de l'une de ces collectivités ou établissements, et que le montant de ces travaux ne dépasse pas 25 % du chiffre d'affaires annuel de la coopérative, dans la limite de 10 000 euros, ou de 15 000 euros en zone de revitalisation rurale¹²⁶⁶.

Les chiffres-clés 2017 des CUMA sont les suivants : on compte 12 600 CUMA en France, chacune ayant en moyenne 25 adhérents et générant 53 000 euros de chiffre d'affaires¹²⁶⁷.

478. La coopérative d'espaces bureautiques. - La coopérative d'espaces bureautiques de *coworking* (« espace de travail à partager »)¹²⁶⁸ n'a pas encore connu de consécration législative mais elle existe bel et bien dans la pratique. Il ne s'agit finalement que de la transposition du régime de la CUMA au secteur tertiaire : le capital technique mis à la

¹²⁶⁵ Cf. *supra* n°207.

¹²⁶⁶ C. rur., art. L. 522-6.

¹²⁶⁷ CUMA, « les chiffres-clés des CUMA ». En ligne : <<http://www.cuma.fr/content/les-chiffres-cles-des-cuma>> (consulté le 30 septembre 2017).

¹²⁶⁸ DESKMAG, « 6 bonnes raisons de créer votre coopérative de *coworkers* ». En ligne : <<http://www.deskmag.com/fr/6-bonnes-raisons-de-creer-votre-cooperative-de-coworkers>> (consulté le 15 avril 2018).

disposition des associés se compose de bureaux avec ordinateurs, logiciels bureautiques, téléphone, Internet, imprimantes, scanners, photocopieurs, fax, salles de réunion. Il peut éventuellement être complété d'un personnel de secrétariat. En contrepartie, l'associé verse non pas un loyer, mais une participation financière, tout en percevant des dividendes, ce qui les distingue des SCM qui n'offrent qu'une économie. Par ailleurs, les SCM sont dédiées uniquement aux professions libérales.

2. La coopérative d'activité et d'emploi (CAE)

479. Définition de la coopérative d'activité et d'emploi (CAE). - Créée par la loi du 31 juillet 2014¹²⁶⁹, la CAE offre aux personnes physiques le statut original d'« entrepreneur salarié », préfigurant, pour une durée maximale de trois ans¹²⁷⁰, celui d'« entrepreneur salarié *associé* » avec un salaire (composé d'une part fixe versée mensuellement (dont le montant est déterminé forfaitairement en fonction des objectifs d'activités minimales définis dans le contrat de l'entrepreneur salarié) et une part variable (calculée pour chaque exercice en fonction du chiffre d'affaires), compatible avec l'allocation chômage et les minima sociaux, des congés payés, une protection sociale (y compris contre les risques de chômage, d'accident de travail et de maladie professionnelle¹²⁷¹), des actions de prévention pour leur sécurité et leur santé en lien avec leur activité comme si elles étaient salariés, une mutuelle d'entreprise dans les conditions fixées par le décret n°2015-1363 du 27 octobre 2015 relatif aux coopératives d'activité et d'emploi et aux entrepreneurs salariés, mais sans lien de subordination avec la CAE.

Toutes les activités économiques peuvent être portées par une CAE, à l'exception des professions réglementées. Toutes les formes de coopératives peuvent être des CAE¹²⁷².

La CAE assure l'ensemble des obligations légales, réglementaires et contractuelles inhérentes à l'exercice de l'activité économique de chaque entrepreneur salarié, et en particulier les obligations fiscales, sociales et comptables. Elle met également en œuvre un accompagnement individualisé des entrepreneurs salariés (comprenant au moins deux entretiens individuels) et

¹²⁶⁹ L. du 31 juillet 2014, art. 47 et s.

¹²⁷⁰ C.trav., art. L. 7331-3.

¹²⁷¹ C.trav., art. L. 7332-2 et L. 7332-3.

¹²⁷² Art. 26-41, al. 3.

des services mutualisés¹²⁷³ déterminés en assemblée générale. Il peut s'agir notamment de services de formation, d'automatisation des tâches administratives, d'espace numérique de travail (ENT), de développement commercial, de *networking* (« réseautage ») ou d'une mise à disposition d'espaces de *coworking*¹²⁷⁴. En revanche, la CAE n'est pas un apporteur d'affaires : elle ne fournit pas de prospects ou de clients à ses entrepreneurs salariés. Il ne s'agit donc pas d'une coopérative de production¹²⁷⁵.

La CAE est responsable des engagements pris vis-à-vis des tiers dans le cadre de l'activité économique développée par l'entrepreneur salarié associé¹²⁷⁶. C'est elle qui souscrit une assurance de responsabilité civile professionnelle pour le compte de l'entrepreneur salarié porté.

En contrepartie, l'entrepreneur salarié verse une contribution.

La CAE est une bonne option pour tester la viabilité d'un projet de création d'entreprise, plus sécurisante que l'auto-entreprise. Le contrat d'entrepreneur salarié peut prévoir une période d'essai d'une durée maximale de huit mois, renouvellement compris¹²⁷⁷. En cas d'échec, l'entrepreneur salarié quitte la CAE sans avoir contracté de dette.

480. Distinction entre CAE, couveuse et société de portage salarial. - La CAE ne doit pas être confondue avec les couveuses ou avec les sociétés de portage salarial. Contrairement à la CAE, la couveuse (généralement de forme associative) accompagne les entrepreneurs sur une durée limitée (uniquement pendant la phase de démarrage d'activité), sans leur offrir le statut protecteur de salarié et se rémunère sur le chiffre d'affaires réalisé.

La société de portage salarial, elle, n'a pas vocation à protéger et à promouvoir la création d'entreprise et n'affranchit pas du lien de subordination avec la société de portage : elle permet

¹²⁷³ L. du 10 septembre 1947, art. 26-41, al. 2.

¹²⁷⁴ ALVAREZ, C., « Les coopératives, une alternative à l'ubérisation de l'économie selon Sandrino Graceffa », 17 juillet 2017. En ligne : <<http://www.novethic.fr/empreinte-sociale/conditions-de-travail/isr-rse/sandrino-graceffa-les-cooperatives-une-alternative-a-l-uberisation-de-l-economie-144631.html>> (consulté le 30 septembre 2017).

Cf. *supra* n°478.

¹²⁷⁵ Cf. *supra* n°472.

¹²⁷⁶ C.trav., art. L. 7332-5.

¹²⁷⁷ C.trav., art. L. 7332-1.

seulement au salarié de tirer profit de la flexibilité et de rester indépendant vis-à-vis de l'entreprise cliente tout en se libérant des contraintes administratives et juridiques.

Section 2. Le contraste entre les possibilités infinies de produits financiers et le caractère exceptionnel des aides d'État et libéralités aux sociétés de l'ESS

481. Les produits d'investissement des sociétés de l'ESS et les aides qu'elles reçoivent.

Plan. – Dans le chapitre précédent, nous avons envisagés les investissements vers les sociétés de l'ESS, sources de fonds propres et de quasi-fonds propres, et non les investissements réalisés par elles, générant des produits financiers (I). Nous avons aussi évoqué les aides d'État et libéralités non spécifiques aux OSBL¹²⁷⁸, sans toutefois préciser à quelles conditions elles pouvaient être versées à des sociétés (II).

- I. La totale liberté d'investir, une caractéristique du libéralisme économique qui profite aussi aux sociétés de l'ESS

Un régime juridique et fiscal favorable aux investissements. Plan. - Le régime juridique (1) et fiscal (2) des produits d'investissement des sociétés de l'ESS est aussi favorable que celui de droit commun.

1. Des possibilités d'investissement illimitées

482. L'absence d'investissement interdit. - La valorisation du patrimoine des sociétés de l'ESS est sans grande originalité : si on s'attend à ce que leurs investissements soient en cohérence avec les valeurs de l'ESS et avec leur objet statutaire en vertu du principe de spécialité, on ne requiert pas que ces derniers produisent un faible rendement et aucun investissement ne leur est interdit *a priori*.

¹²⁷⁸ Cf. *supra*, Seconde partie, titre I^{er}, chapitre 1^{er} .

Tout investissement licite est donc permis aux sociétés de l'ESS, aussi bien l'investissement dans des actifs immobilisés corporels, dans des actifs immobilisés incorporels que dans des actifs circulants.

2. Une fiscalité des produits de l'investissement indifférente au but lucratif de la société

483. Une fiscalité des produits financiers dépendant de leur nature. - Comme la fiscalité des revenus tirés de ces différents éléments du patrimoine dépend de la nature de ceux-ci et non de la qualification du détenteur du patrimoine, les taux d'imposition énumérés plus haut¹²⁷⁹ s'appliquent également aux investissements des sociétés de l'ESS.

Pour rappel, sont exonérés de tout impôt :

- les intérêts du livret A¹²⁸⁰
- les intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt négociables émis avant le 1^{er} janvier 1987 par l'État, les départements, communes et établissements publics français, les associations de toute nature et les sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles françaises, parce qu'ils ont déjà fait l'objet d'une retenue à la source aux taux de 15 % ou 17 %¹²⁸¹.

Sont soumis au taux de 10 %¹²⁸² :

- les produits des titres de créances négociables sur un marché réglementé en application d'une disposition législative particulière et non susceptibles d'être cotés
- les intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt négociables émis après le 1^{er} janvier 1987 par l'État, les départements, communes et établissements publics français, les associations de toute nature et les sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles françaises ;
- les primes de remboursement des emprunts émis après le 1^{er} janvier 1987

¹²⁷⁹ Cf. *supra* n°401.

¹²⁸⁰ CGI, art. 206, 5° et 208 ter.

¹²⁸¹ CGI, art. 119 bis-1, al. 1^{er} et 187-1, al. 2.

¹²⁸² CGI, art. 219 bis, 1°.

- les intérêts des contrats de capitalisation émis après le 1^{er} janvier 1987.

Sont soumis au taux de 15 % les dividendes distribués par les sociétés en France ou à l'étranger, y compris les sociétés d'investissement à capital variable dites « SICAV »¹²⁸³.

Sont soumis au taux de 24 %¹²⁸⁴

- les bénéfices imposables distribués par les sociétés autrement que par la libération des dividendes¹²⁸⁵, tels que
 - les sommes mises à la disposition des associés directement ou par personnes ou sociétés interposées à titre d'avances, de prêts ou d'acomptes
 - les sommes ou valeurs attribuées aux porteurs de parts bénéficiaires ou de fondateurs au titre de rachat de ces parts
 - les rémunérations et avantages occultes.
- les revenus de la location des immeubles bâtis et non bâtis dont ils sont propriétaires, et de ceux auxquels ils ont vocation en qualité de membres de sociétés immobilières de copropriété¹²⁸⁶
- le produit des biens mobiliers n'ayant pas été cités jusqu'ici¹²⁸⁷, et en particulier les intérêts, arrérages et tous autres produits des obligations, titres participatifs, effets publics.

¹²⁸³ CGI, art. 219 bis, 2^o.

¹²⁸⁴ CGI, art. 219 bis, al. 1^{er}.

¹²⁸⁵ CGI, art. 109 à 111.

¹²⁸⁶ CGI, art. 206, 5^o.

¹²⁸⁷ CGI, art. 206, 5^o.

- II. Les aides d'État et les libéralités : des produits exceptionnels qui doivent devenir des produits d'exploitation pour les sociétés de l'ESS

La compatibilité de la forme sociétaire avec la perception d'aides d'État. Plan. - L'utilité sociale des sociétés de l'ESS leur donne droit à certaines aides d'État par détermination de la loi (1) et, dans certains cas, elles peuvent recevoir des libéralités sans être redevables de droits de mutation à titre gratuit (2).

1. La justification de l'octroi d'aides d'État aux entités lucratives de l'ESS à travers quelques exemples législatifs et jurisprudentiels

484. L'application du droit de la concurrence à toutes les entreprises, quelle que soit leur finalité. - Pour rappel en droit communautaire de la concurrence, le caractère lucratif n'entre pas en ligne de compte pour apprécier la validité des compensations pour obligations de service public versées aux SIEG¹²⁸⁸ et des aides d'État¹²⁸⁹. Le droit communautaire de la concurrence est applicable à toutes les entreprises sur le territoire de l'Union européenne, quelle que soit leur forme juridique¹²⁹⁰.

485. La légitimation par la CJUE des aides d'État aux coopératives. – Saisie par la Cour suprême de cassation italienne d'une question préjudicielle relative à la compatibilité avec l'ancien article 87 du TCE (actuel article 107 du TFUE) des exonérations d'impôt direct accordées par la loi nationale aux coopératives italiennes de production et de travail, la CJUE rappelle, dans l'arrêt « Paint Graphos » déjà évoqué¹²⁹¹, les caractéristiques des coopératives telles qu'elles ressortent des débats sur le règlement (CE) n°1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la coopérative européenne et de la communication de la Commission européenne du 23 février 2004 au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la promotion des sociétés coopératives en Europe [COM(2004) 18 final]¹²⁹² :

¹²⁸⁸ Art. 106 paragraphe 2 du TFUE.

¹²⁸⁹ Art. 107, paragraphes 2 et 3 du TFUE.

¹²⁹⁰ Cf. *supra* n°303.

¹²⁹¹ CJUE, 8 septembre 2011, « Paint Graphos », préc. (cf. *supra* n°145 et 153).

¹²⁹² *Ibid.*, points 55 à 60.

- le principe de la prééminence de la personne, qui se concrétise par des dispositions spécifiques concernant les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des membres ;
- en cas de dissolution, l'actif net et les réserves doivent être distribués à une autre entité coopérative poursuivant des objectifs d'intérêt général similaires ;
- les coopératives ne sont pas gérées au profit d'investisseurs extérieurs ;
- le contrôle de la société est assumé à parts égales entre ses membres, reflétant ainsi la règle « un homme, une voix » ;
- les réserves et les actifs sont détenus en commun, ils sont indivisibles et doivent être consacrés aux intérêts communs des membres ;
- les coopératives ont pour finalité le bénéfice mutuel de leurs membres, qui sont en même temps des utilisateurs, des clients ou des fournisseurs, de sorte que chacun d'entre eux perçoit le bénéfice des activités de la coopérative en fonction de sa participation dans celle-ci ainsi que de ses transactions avec cette société ;
- les coopératives n'ont pas ou peu accès aux marchés des capitaux, de sorte que leur développement dépend de leurs fonds propres ou du crédit. Cette situation est due au fait que les parts des sociétés coopératives ne sont pas cotées en bourse et que, partant, elles ne sont pas négociables ;
- la rémunération du capital emprunté et des participations est limitée, ce qui rend l'investissement dans une société coopérative moins avantageux ;
- la marge bénéficiaire de ce type spécifique de société est nettement inférieure à celle des sociétés de capitaux, lesquelles peuvent mieux s'adapter aux exigences du marché.

La CJUE en déduit que dans l'hypothèse où les coopératives italiennes en cause dans cette affaire réunissent toutes ces caractéristiques spécifiques, elles ne se trouvent pas dans des situations de fait et de droit comparables à celle des sociétés commerciales, ce qui justifierait alors un traitement fiscal différent¹²⁹³.

La Cour pose ensuite trois conditions pour que ce traitement fiscal différencié, consistant en des exonérations fiscales, échappe à la qualification d'aide d'État¹²⁹⁴ :

- les coopératives distribuent l'ensemble de leurs profits à leurs membres et l'impôt est perçu au niveau de leurs membres ;

¹²⁹³ *Ibid.*, point 61 à 63.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, point 64 à 75.

- les exonérations fiscales ne portent pas sur les bénéficiaires provenant d'échanges avec des tiers non membres de la coopérative et le résultat imposable n'est pas obtenu par déduction des sommes versées à ces derniers à titre de rémunérations ;
- conformément au principe de proportionnalité, les exonérations fiscales n'excèdent pas les limites de ce qui est nécessaire, en ce sens que l'objectif légitime poursuivi d'utilité sociale endogène ne pourrait pas être atteint par des mesures de moindre ampleur. On peut ainsi imaginer une exonération partielle.

On peut s'interroger au moins sur le sens, sinon sur la pertinence de la première de ces trois conditions au regard de la mise en réserve et des ristournes : sont-ils indirectement profitables aux associés ou font-ils obstacle, selon la CJUE, à l'exonération d'impôt direct de la coopérative ? Nous pencherions pour la première interprétation, tout en relevant que le législateur français n'a tout simplement pas repris ce critère dans l'article 207, 1 du Code général des impôts énumérant les (nombreuses) coopératives et autres entreprises de l'ESS pouvant bénéficier d'une exonération d'IS¹²⁹⁵.

486. Un droit aux aides d'État reconnu par le législateur aux SCIC et aux SCOP. - La situation des coopératives consolide nos développements précédents en faveur d'une exemption par catégorie pour les entreprises de l'ESS ou d'une légitimation *per se* au sein même de l'article 107 du TFUE du fait de leur utilité sociale¹²⁹⁶.

Ainsi, les SCIC sont expressément autorisées par le législateur français à percevoir « des subventions, encouragements et autres moyens financiers versés à la société par les collectivités publiques, leurs groupements et les associations »¹²⁹⁷. Les subventions versées par les collectivités territoriales¹²⁹⁸ doivent réunir les conditions fixées par les articles 8 à 12 du décret n°2002-241 du 21 février 2002 relatif à la société coopérative d'intérêt collectif.

¹²⁹⁵ Sur l'incidence de l'exonération d'IS sur les crédits d'impôt et sur l'émission de certificats coopératifs : HIEZ, D., *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, préc., §361.15 et 361.16, p. 302.

¹²⁹⁶ Cf. *supra* n°315-316.

¹²⁹⁷ L. du 10 septembre 1947, art. 19 nonies, al. 3.

¹²⁹⁸ L. du 10 septembre 1947, art. 19 decies.

De même, « les sociétés coopératives de production [...] peuvent également recevoir de l'État des encouragements spéciaux sous forme de subventions et d'avances. Elles peuvent recevoir des subventions des collectivités locales »¹²⁹⁹.

S'agissant des SCIC, la part des excédents mis en réserves impartageables est encore totalement déductible de l'assiette de l'impôt sur les sociétés¹³⁰⁰, mais cet avantage est remis en cause par l'article 11, alinéa 14 du projet de loi de finances pour 2019 déposé à l'Assemblée nationale le 24 septembre 2019. Il serait désormais question de ne déduire que « les dotations mises en réserves impartageables qui excèdent celles afférentes aux réserves obligatoires en application du deuxième alinéa de l'article 16 et du premier alinéa de l'article 19 nonies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération ».

487. Le service civique, une aide d'État octroyée par détermination de la loi aux entreprises agréées ESUS. - La situation des entreprises agréées ESUS en application du II de l'article L. 3332-17-1 du Code du travail, qui peuvent être des sociétés, renforce elle aussi notre plaidoyer pour une exemption par catégorie en faveur de l'ESS pour l'application de l'article 107 du TFUE. En effet, l'article 18 de la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté leur reconnaît le droit d'accueillir des jeunes en service civique, alors que ce droit était réservé jusque-là aux OSBL (hormis les associations culturelles, politiques, congrégations, fondations d'entreprise et comités d'entreprise) et aux personnes morales de droit public. Les observateurs de l'ESS saluent « *un premier pas pour dépasser la lecture aujourd'hui trop fiscale de l'intérêt général et prendre en compte l'avancée de la loi ESS avec l'agrément ESUS qui a reconnu l'utilité sociale indépendamment du statut juridique* »¹³⁰¹.

2. La survivance de la notion de société d'utilité publique en droit fiscal, une opportunité pour les sociétés d'être exonérées de droits de mutation à titre gratuit

488. Le droit pour les sociétés de recevoir des libéralités sous réserve de s'acquitter des droits de mutation à titre gratuit. - Rien ne fait obstacle juridiquement à ce qu'une société bénéficie de libéralités. Ainsi, par exemple, les entreprises de l'ESS en formation, quelle que

¹²⁹⁹ L. du 19 juillet 1978, art. 53.

¹³⁰⁰ CGI, art. 209, paragraphe VIII.

¹³⁰¹ CHOCTEAU, G., « L'utilité sociale bouscule enfin l'intérêt général ! », 25 janvier 2017. En ligne : <<http://www.ressources-solidaires.org/L-utilite-sociale-bouscule-enfin-l>> (consulté le 9 octobre 2017).

soit leur forme juridique, vont pouvoir recevoir un don manuel de 20 000 euros maximum de la part de l'association France Active pour financer leur étude de faisabilité¹³⁰².

Toutefois, sur le plan fiscal, la société donataire devra s'acquitter des droits de mutation à titre gratuit, sans pouvoir bénéficier d'une exonération totale ou partielle¹³⁰³, excepté s'agissant des « mutuelles et toutes autres sociétés reconnues d'utilité publique dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement naturel ou à la protection des animaux »¹³⁰⁴.

489. La capacité des SCOP et des coopératives de consommation à recevoir dons et legs.

- Le législateur reconnaît expressément à certaines coopératives le droit de recevoir des dons et legs : il en va ainsi des SCOP (« les sociétés coopératives de production et leurs unions sont autorisées à recevoir des dons et legs »¹³⁰⁵) et des coopératives de consommation régies par la loi du 7 mai 1917 (« les sociétés et unions de sociétés prévues ci-dessus sont autorisées à recevoir des dons et legs »¹³⁰⁶).

490. La notion de société reconnue d'utilité publique et son incidence fiscale. - Est-ce à dire que sur le plan fiscal, elles doivent être considérées comme des sociétés reconnues d'utilité publique ? L'article 795 du Code général des impôts dispose :

« Sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit :

[...]

4° Les dons et legs faits aux établissements publics charitables autres que ceux visés au I de l'article 794 [les régions, les départements, les communes, leurs établissements publics et les établissements publics hospitaliers], aux mutuelles et à toutes autres **sociétés reconnues d'utilité publique** dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement naturel ou à la protection des animaux.

Il est statué sur le caractère de bienfaisance de la disposition par le décret rendu en Conseil d'État ou l'arrêté préfectoral qui en autorise, le cas échéant, l'acceptation ;

¹³⁰² FRANCE ACTIVE, « Finalisez votre projet ». En ligne : <<https://www.franceactive.org/accellerer-votre-reussite/finaliser-votre-projet/>> (consulté le 6 avril 2018).

¹³⁰³ CGI, art. 792-0 bis et s.

¹³⁰⁴ CGI, art. 795, 4°.

¹³⁰⁵ L. du 19 juillet 1978, art. 53, al. 1^{er}.

¹³⁰⁶ L. du 7 mai 1917, art. 9.

5° Les dons et legs faits aux fondations universitaires, aux fondations partenariales et établissements d'enseignement supérieur reconnus d'utilité publique, aux **sociétés d'éducation populaire gratuite reconnues d'utilité publique** et subventionnées par l'État, aux associations d'enseignement supérieur reconnues d'utilité publique et aux établissements reconnus d'utilité publique ayant pour objet de soutenir des œuvres d'enseignement scolaire et universitaire régulièrement déclarées ;

[...]

11° Les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique autres que ceux visés au I de l'article 794, aux **sociétés particulières ou autres groupements régulièrement constitués**, en tant qu'ils sont affectés, par la volonté expresse du donateur ou du testateur, à l'érection de monuments aux morts de la guerre ou à la gloire de nos armes et des armées alliées ».

Hélas, il ne s'agit pas de l'hypothèse d'une société au sens de l'article 1832 du Code civil ayant décidé d'affecter la totalité de ses bénéficiaires à une œuvre, et devenue ainsi non lucrative, mais d'une « société » au sens vieilli qui se traduirait en anglais par le mot *society*¹³⁰⁷ et qui a préfiguré l'association ou la fondation reconnue d'utilité publique. Ainsi par exemple le Musée social (fusionné depuis avec l'Office central des œuvres de bienfaisance au sein du nouveau Centre d'études, de documentation, d'information et d'action sociales – CEDIAS, fondation reconnue d'utilité publique¹³⁰⁸) a-t-il eu le statut de « société reconnue d'utilité publique » par décret du 31 août 1894¹³⁰⁹, comme avant lui la Société protectrice des animaux (1860)¹³¹⁰, l'Union centrale des arts décoratifs (1882)¹³¹¹, et après lui la Société des amis du Louvre (1898).

Aujourd'hui, de telles « sociétés » peuvent être exonérées de droits de mutation gratuite à la double condition que, d'une part, leurs bénéficiaires nets soient entièrement affectés aux causes énoncées au 4° (comme les « sociétés de secours mutuel », ancêtres des mutuelles et de la Sécurité sociale¹³¹²), au 5° (comme les sociétés d'éducation populaire gratuite¹³¹³) et au 11° de

¹³⁰⁷ Cf. *supra* n°179.

¹³⁰⁸ CEDIAS-MUSEE SOCIAL, « Présentation ». En ligne :

<http://www.cedias.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=6&id_rubrique=37> (consulté le 15 avril 2018).

¹³⁰⁹ GALlica BNF, « Le Musée social, société reconnue d'utilité publique par décret en date du 31 août 1894. En ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5526277v>> (consulté le 15 avril 2018).

¹³¹⁰ SPA (La), « Notre histoire ». En ligne : <<https://www.la-spa.fr/notre-histoire>> (consulté le 15 avril 2018).

¹³¹¹ LAROUSSE, « L'Union centrale des arts décoratifs ». En ligne :

<<http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/décoratifs/111272>> (consulté le 15 avril 2018).

¹³¹² BOFiP-Impôts BOI-ENR-DMTG-10-20-20 du 6 juillet 2016, §60.

¹³¹³ BOFiP-Impôts BOI-ENR-DMTG-10-20-20 du 6 juillet 2016, §140.

l'article 795 du Code général des impôts et que, d'autre part, s'agissant des causes du 4° (sauf les sociétés de secours mutuel¹³¹⁴) et du 5°, elles aient été reconnues d'utilité publique par un décret rendu en Conseil d'État ou par un arrêté préfectoral.

Le maintien de la référence à la notion de société reconnue d'utilité publique à l'article 795 du Code général des impôts ne nous paraît alors pas justifié dès lors qu'après 1901, elles ont toutes épousé la forme associative, pour finalement se transformer en mutuelles en 1945 pour les sociétés de secours mutuel ou en fondations après 1987 pour certaines d'entre elles, de sorte qu'elles gardent la marque de la « société » de la première moitié de la III^{ème} République seulement dans leur dénomination sociale. D'ailleurs, l'article 795 du Code général des impôts est la seule disposition légale à continuer à faire mention de cette forme désuète d'OSBL.

Mais peut-être que les sociétés de l'ESS devenues non lucratives devraient s'engouffrer dans cette brèche pour revendiquer l'accès à une reconnaissance d'utilité publique, avec les avantages fiscaux qui en découlent. Ainsi, par exemple, et, les SCOP recevant des dons et legs conformément à l'article 53, al. 1^{er} de la loi du 19 juillet 1978 et qui remplissent les conditions précitées de l'article 795 du Code général des impôts devraient être exonérées de droits de mutation à titre gratuit sur les dons et legs qu'elles reçoivent.

¹³¹⁴ BOFiP-Impôts BOI-ENR-DMTG-10-20-20 du 6 juillet 2016, §60.

Conclusion du Chapitre 2 du Titre II (Seconde partie)

Les coopératives, mutuelles et groupements civils restent tous mus par leur vocation originelle d’agir en faveur de l’émancipation, du bien-être et de la prospérité de tous leurs membres en recherchant des gains d’efficacité économique par la force du nombre, ce qui devrait leur permettre de capter et capitaliser plus facilement des ressources financières.

Mais les coopératives se démarquent par leur constante adaptation aux besoins sociaux de leurs contemporains. Ainsi peut-on voir dans la coopérative d’espaces de *coworking* et dans la coopérative d’activité et d’emploi (CAE) des réponses sociales et solidaires aux mutations du travail et du marché de l’emploi (caractérisé par un chômage de masse, l’exigence entrepreneuriale de « flexisécurité » qui caractérise les dernières réformes en droit du travail, la précarisation de l’emploi, la généralisation du phénomène des « slasheurs » cumulant plusieurs activités professionnelles), et au discours politique (notamment la valorisation, par Emmanuel MACRON, de la création d’entreprises, l’éloge des *start-up*, l’alignement de la protection sociale des travailleurs indépendants sur celle des salariés...).

Quant aux autres sociétés de l’ESS, comme nous l’avons déjà dit, nous sommes favorable à ce qu’elles soient traitées fiscalement comme des OSBL lorsqu’elles s’interdisent de verser des dividendes à leurs associés. Cela implique, nous le savons, la possibilité pour la société d’être exonérée d’impôts commerciaux (mais en bénéficiant de la neutralité de la TVA comme la SIS luxembourgeoise à parts d’impact) ainsi que la possibilité pour ses donateurs-personnes physiques et ses entreprises-mécènes de déduire une partie de leurs dons de leurs revenus imposables (respectivement à l’IR, à l’IFI et à l’IS)¹³¹⁵. Cependant, nous allons plus loin en soulevant la question de la reconnaissance, aux sociétés non lucratives, de la possibilité de demander la reconnaissance d’utilité publique dans les conditions de l’article 795, 4°, 5° et 11° du Code général des impôts pour être exonérées de droits de mutation à titre gratuit.

¹³¹⁵ Cf. *supra* conclusion partielle p. 223-224.

Conclusion du Titre II de la Seconde partie

Les sociétés de l'ESS ont su profiter de l'évolution du rapport au travail (coopératives d'espaces bureautiques, CAE) et des technologies de l'information et des communications (capital-risque, *crowd equity*) en agréant les forces de leurs associés pour capter des ressources financières.

Comme les OSBL, elles peuvent accéder au financement par la dette, à l'épargne solidaire, aux libéralités et à certaines aides d'État et elles doivent rendre compte de leur impact sociétal.

Pour que les sociétés non lucratives soient qualifiées d'OSBL en droit fiscal, faut-il leur interdire de manière irrévocable, par une norme impérative, la distribution de dividendes comme au Luxembourg ? De prime abord, nous serions tenté d'offrir aux associés une réversibilité de leur modèle économique d'un exercice fiscal à l'autre et de prévoir la possibilité de transformer leur société en association à tout moment, ce que ne permet pas la loi du 31 juillet 2014.

Conclusion de la Seconde partie

Les OSBL, et en particulier l'association, groupement de personnes à but non lucratif, ne risquent-elles pas de perdre leur attractivité face aux sociétés non lucratives, si l'on reconnaît à ces dernières les mêmes avantages fiscaux qu'elles ?

Il nous semble permis de croire que l'association et la société non lucrative (mais pouvant le devenir) n'attireront pas les mêmes entrepreneurs sociaux. D'ailleurs, l'association n'est devenue une entreprise que par nécessité, et sa non-lucrativité absolue fonde ses trois spécificités méritoires : la fonction d'avant-garde, la fonction d'accompagnement et le moindre coût pour la collectivité¹³¹⁶. Elle restera le foyer du militantisme. En revanche, la société de l'ESS à finalité réversible s'adresserait à des créateurs d'entreprise engagés dans la résolution d'un problème sociétal mais n'excluant pas d'en vivre en partie.

Mais en repensant aux écueils identifiés à la naissance de ce projet de thèse¹³¹⁷, nous préférons conserver l'étanchéité entre entreprises lucratives et OSBL.

¹³¹⁶ Cf. *supra* n°302.

¹³¹⁷ Cf. *supra* n°57.

Conclusion générale

On se souvient des deux objectifs du législateur dans l'élaboration de la loi du 31 juillet 2014 : la reconnaissance (I) et le développement, notamment financier, de l'ESS (II).

I. – Rendre l'ESS facilement identifiable, c'est favoriser la prise en compte systématique et transversale de l'ESS dans toutes les politiques publiques communautaires et nationales. Notre démarche en droit comparé à la fois « interne » (nous ayant conduit à rechercher des formes juridiques d'entreprise proches, en esprit, des entreprises de l'ESS telles que définies à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014) et international (limitée à l'Occident) nous a amené à considérer, *a minima*, une extension de la liste des formes juridiques d'entreprise appartenant de droit à l'ESS et figurant au paragraphe II de l'article 1^{er} (on ajouterait alors le fonds de dotation, l'EURL sportive ainsi que la SA à objet sportif non cotée dont les actions n'ont pas fait l'objet d'un appel au public), ou de manière plus ambitieuse, à défendre un renoncement total à l'approche statutaire (fût-elle inclusive à l'égard des sociétés commerciales) à la faveur du droit positif communautaire et du droit luxembourgeois, système de droit qui s'est avéré le plus pragmatique. Reste à établir les critères distinctifs de l'ESS.

En premier lieu, il nous semble important de rappeler, dans la loi française, les deux caractéristiques essentielles de l'entreprise en droit : la poursuite d'une activité économique, déjà mentionnée dans le paragraphe I de l'article 1^{er}, mais aussi l'existence d'un centre autonome de décision. Et pour mettre définitivement un terme à la controverse sur les formes juridiques pouvant ou non entrer dans le champ de l'ESS, il convient de rappeler que l'absence de personnalité morale ne remet pas en cause la qualification d'entreprise.

Viennent ensuite les caractéristiques de l'ESS en elle-même. Tant au niveau communautaire que national, il existe un large consensus sur les trois composantes de l'essence stable de l'ESS : l'utilité sociale, la non-lucrativité ou lucrativité limitée, et la gouvernance démocratique. Cela étant, entre les sociétés civiles qui doivent prendre toutes leurs décisions collectives à l'unanimité, les entreprises unipersonnelles (EURL, SASU, et potentiellement les fonds de dotation et fondations) et les coopératives où la prégnance du principe « une personne, une voix » dépend de leur taille et du degré d'engagement des associés, force est de constater que

la gouvernance démocratique est le critère le moins opérant pour identifier l'entreprise de l'ESS, à moins de sortir d'une vision organique de la gouvernance pour articuler cette dernière avec le critère d'utilité sociale. La concertation à 360° des parties prenantes, à la fois pour définir l'objet de l'entreprise de l'ESS et pour évaluer son impact sociétal, pourrait servir de nouveau référentiel de la gouvernance démocratique.

L'étude des groupements civils, et en particulier du GAEC, nous a amené à plaider en faveur d'une modération du critère de lucrativité limitée en fonction de la situation personnelle des associés. En effet, lorsque ces derniers se retrouvent très majoritairement dans l'un des cas décrits à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014, il nous paraît souhaitable de lever cette condition.

Après avoir ainsi révisé la définition légale des entreprises de l'ESS (en conformité avec le label européen d'économie sociale en cours d'élaboration législative¹³¹⁸), le législateur français devrait s'attacher à améliorer l'articulation des procédures d'autorisation, d'agrément, de conventionnement et de reconnaissance dans l'ESS pour clarifier encore davantage le périmètre de l'ESS et affûter le fléchage des fonds publics et privés qui lui sont réservés.

II. - La loi du 31 juillet 2014 représente un très grand pas pour le développement de l'ESS. Néanmoins, s'attaquer au droit des OSBL, des sociétés et des groupements et au droit financier ne suffit pas, selon nous, à créer un écosystème financier propice. Il aurait fallu, comme nous l'avons fait, explorer le droit fiscal, le droit de la concurrence, et s'appuyer sur la comptabilité générale et les sciences économiques pour passer en revue les spécificités de l'allocation des ressources financières et de leur capitalisation pour chaque grande famille d'entreprises de l'ESS, et remettre en question ces spécificités.

Au terme de nos recherches, nous exposons la présente synthèse de nos propositions de réforme en matière de financement des entreprises de l'ESS (développées dans nos conclusions de chapitres) autour de cinq axes.

Premièrement, pour que les normes impératives n'entravent plus la performance financière des OSBL (y inclus le fonds de dotation ainsi que les sociétés ne distribuant aucun dividende), il

¹³¹⁸ Résolution n°P8_TA-PROV(2018)0317 du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire.

nous paraît urgent de reconnaître l'absence de lien automatique entre les trois impôts commerciaux, d'assujettir à la TVA toutes les OSBL ayant une activité économique (qu'elles soient fiscalement lucratives ou non), de relever le plafond de rémunération des dirigeants d'OSBL à une fois et demie le SMIC au lieu des trois-quarts du SMIC dans l'appréciation fiscale du caractère désintéressé de la gestion, de requalifier les apports irrévocables en libéralités (avec toutes les conséquences fiscales que cela entraîne), d'autoriser les fonds de dotation à répondre aux commandes publiques, à acquérir et à émettre des titres associatifs, de permettre aux sociétés sportives non lucratives de recevoir des aides de la part des collectivités territoriales, et de permettre aux associations simplement déclarées et aux fondations d'entreprise de posséder des immeubles de rapport sans condition. Par ailleurs, il faudrait étendre les prêts intragroupes aux groupes comprenant des OSBL. Enfin, pour compenser les pertes de ressources des OSBL dues au remplacement de l'ISF par l'IFI, nous pensons qu'il faudrait non seulement relever les plafonds de la réduction d'IR et/ou de la limite du revenu imposable, mais aussi prévoir une progressivité du plafond annuel des dons défiscalisés des entreprises mécènes en fonction de leur taille. Surtout, nous sommes opposés à ce que les personnes publiques puissent recevoir des dons défiscalisés de la part des particuliers et des entreprises dès lors qu'elles sont déjà financées par l'impôt.

Deuxièmement, pour favoriser l'investissement dans les entreprises de l'ESS, il faut, selon nous, rétablir le dispositif IR-PME et ISF/IFI-PME pour les entreprises de l'ESS ainsi que pour les entreprises à mission, affecter les fonds dormants des banques et les biens mal acquis au FISO de BPIFrance, exonérer d'IS les sociétés de capital-risque et *business angels* dont au moins 70 ou 75 % des investissements sont dirigés vers l'ESS, rendre les parts sociales éligibles au *crowd equity*, stimuler ce dernier au moyen d'un abattement d'IR calqué sur le régime fiscal de l'assurance-vie, autoriser les coopératives à forme de SAS à émettre des titres participatifs, et obliger les banques, les assurances et les fonds d'épargne retraite à proposer au moins un fonds solidaire pour chacun de leurs produits contractuels d'épargne.

Troisièmement, toute entreprise de l'ESS, quelle que soit sa forme juridique, devrait être tenue de définir ses objectifs d'impact sociétal avec l'ensemble de ses parties prenantes, et le contrôle méthodologique de l'évaluation de cet impact sociétal – et non l'évaluation elle-même – devrait être confié à une autorité administrative indépendante nationale, qui déterminerait par la même occasion si l'entreprise de l'ESS en passe d'être évaluée poursuit une mission d'utilité sociale, d'intérêt général ou d'utilité publique (y compris pour les sociétés, grâce à la survivance de la

notion de société d'utilité publique dans le Code général des impôts). En outre, le résultat final de l'évaluation devrait déterminer l'accès aux aides d'État, aux prix des contrats à impact social et autres commandes publiques, ainsi que le droit de verser des dividendes aux associés, comme pour la SIS luxembourgeoise. S'agissant des fondations, par exemple, l'évaluation de l'impact social pourrait valoriser leur utilité sociale lorsqu'elles investissent dans des entreprises de l'ESS, et la déprécier lorsqu'elles investissent dans des entreprises peu éthiques.

Quatrièmement, s'agissant des subventions et autres aides d'État, nous soutenons qu'il convient de distinguer, d'une part, les aides d'État octroyées en raison de l'utilité sociale inhérente aux entreprises de l'ESS (et donc eu égard à leur impact sociétal) et, d'autre part, les compensations pour obligations de service public. Les premières devraient être déclarées licites à l'article 107, paragraphe 2 du TFUE, sous réserve de la démonstration de leur utilité sociale au moyen de l'évaluation de l'impact sociétal. Les secondes devraient être considérées comme des prix dus par la puissance publique, sous réserve des différents contrôles de gestion prévus en droit public, et notamment le contrôle de la bonne réalisation des objectifs d'intérêt général.

Enfin, cinquièmement, légèrement en marge de l'ESS, nous sommes favorable à la révision des articles 1832 et 1833 du Code civil proposée dans la tribune publiée dans le journal *Le Monde* le 15 novembre 2016, mais sans la référence aux biens communs, notion dont la réception en droit positif pose problème. L'inscription, dans la définition légale de la société, d'une possible double finalité, lucrative et sociétale, permettrait de rendre pérennes les aménagements statutaires des sociétés en faveur d'une mission sociétale, autrement que par la transformation des sociétés commerciales en sociétés de l'ESS impliquant une stricte limitation du lucre. Afin d'encourager la prise en charge d'une mission sociétale sur le long terme par les associés de sociétés classiques, nous recommandons de soumettre les parts sociales et actions de ces sociétés à mission à un IS au taux dérogatoire de 10% dès lors qu'elles sont détenues pendant au moins sept ans.

Nous avons borné nos travaux de recherche à l'étude des formes juridiques simples. Il serait cependant intéressant de la prolonger par une réflexion sur l'apport financier des diverses possibilités de restructuration : transformation, filialisation, fusion, scission et création d'une structure faîtière (union ou fédération).

Nous aimerions également étudier en profondeur les formes d'expression de la démocratie au sein de l'entreprise, sans nous limiter à l'ESS.

Nous devons avouer que notre entreprise demeurera inexorablement inaboutie tant qu'aucun juriste en droit public ne se portera volontaire pour la terminer. La posture de l'État postmoderne nous a amené à envisager de nouveaux axes d'amélioration de la performance financière des entreprises de l'ESS, que nous sommes malheureusement bien incapable de développer : articuler les différents agréments et reconnaissances en lien avec l'utilité publique et l'intérêt général, clarifier la définition de ces notions, permettre un rapprochement de ces notions avec celles d'intérêt collectif, d'intérêt commun et d'intérêt communautaire en droit privé, réduire les délais de paiement des personnes publiques, quelle que soit la nature de la dette, et développer la commande publique auprès des entreprises de l'ESS.

Annexe

Annexe unique. Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (extraits)

Annexe unique. Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (extraits)

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Titre I^{er} : DISPOSITIONS COMMUNES

Chapitre I^{er} : Principes et champ de l'économie sociale et solidaire

Article 1

I. - L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;

2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ;

3° Une gestion conforme aux principes suivants :

a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ;

b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées. Les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves constituées au titre de la présente loi et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites. La première incorporation ne peut porter que sur la moitié, au plus, des réserves disponibles existant à la clôture de l'exercice précédant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire ayant à se prononcer sur l'incorporation. Les incorporations ultérieures ne peuvent porter que sur la moitié, au plus, de l'accroissement desdites réserves enregistré depuis la précédente incorporation. En cas de liquidation ou, le cas échéant, en cas de dissolution, l'ensemble du boni de liquidation est dévolu soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire au sens du présent article, soit dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires spéciales qui régissent la catégorie de personne morale de droit privé faisant l'objet de la liquidation ou de la dissolution.

II. - L'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre :

1° Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er

juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

2° Par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes :

a) Elles respectent les conditions fixées au I du présent article ;

b) Elles recherchent une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi ;

c) Elles appliquent les principes de gestion suivants :

- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire et au moins égale à 20 % des bénéfices de l'exercice, affecté à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire, dite « fonds de développement », tant que le montant total des diverses réserves n'atteint pas une fraction, définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire, du montant du capital social. Cette fraction ne peut excéder le montant du capital social. Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;

- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire et au moins égale à 50 % des bénéfices de l'exercice, affecté au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires. Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;

- l'interdiction pour la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la continuité de son activité, dans des conditions prévues par décret. Le rachat de ses actions ou parts sociales est subordonné au respect des exigences applicables aux sociétés commerciales, dont celles prévues à l'article L. 225-209-2 du code de commerce.

III. - Peuvent faire publiquement état de leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficier des droits qui s'y attachent les personnes morales de droit privé qui répondent aux conditions mentionnées au présent article et qui, s'agissant des sociétés commerciales, sont immatriculées, sous réserve de la conformité de leurs statuts, au registre du commerce et des sociétés avec la mention de la qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire.

IV. - Un décret précise les conditions d'application du présent article, et notamment les règles applicables aux statuts des sociétés mentionnées au 2° du II.

Article 2

Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes :

1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ;

2° Elles ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ;

3° Elles concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité

internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°.

Article 3

I. - Le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire adopte, sur proposition de ses membres, un guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la présente loi. Ces conditions tiennent compte des spécificités de chacune des différentes formes juridiques d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et des obligations légales, réglementaires et conventionnelles existantes répondant déjà, totalement ou partiellement, aux informations demandées.

Le conseil détermine les conditions dans lesquelles ces informations sont portées à la connaissance des salariés.

Ces bonnes pratiques concernent notamment :

1° Les modalités effectives de gouvernance démocratique ;

2° La concertation dans l'élaboration de la stratégie de l'entreprise ;

3° La territorialisation de l'activité économique et des emplois ;

4° La politique salariale et l'exemplarité sociale, la formation professionnelle, les négociations annuelles obligatoires, la santé et la sécurité au travail et la qualité des emplois;

5° Le lien avec les usagers et la réponse aux besoins non couverts des populations ;

6° La situation de l'entreprise en matière de diversité, de lutte contre les discriminations et d'égalité réelle entre les femmes et les hommes en matière d'égalité professionnelle et de présence dans les instances dirigeantes élues.

II. - A l'occasion de la tenue de leur assemblée générale annuelle, les entreprises de l'économie sociale et solidaire présentent des informations sur l'application des pratiques définies par le guide et, le cas échéant, organisent un débat sur les réalisations et les objectifs de progrès concernant les pratiques mentionnées au I.

III. - Ce guide est adopté au plus tard douze mois après la publication du décret en Conseil d'État prévu au VII de l'article 4 de la présente loi. Le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire suit l'application de ce guide et publie tous les trois ans un rapport d'évaluation du dispositif comprenant des données qualitatives et statistiques.

IV. - Le II s'applique au plus tard deux ans après la publication du guide pour les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés et au plus tard un an après cette publication pour les entreprises d'au moins deux cent cinquante salariés. Les modalités de calcul des effectifs autres que salariés présents dans l'entreprise sont précisées par décret.

*

* *

Bibliographie

I. Traités et ouvrages généraux

- BARRAUD, B., *La recherche juridique : sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016.
- BERGEL, J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Themis droit privé, 2001.
- COZIAN, M., DEBOISSY, F., VIANDIER, A., *Droit des sociétés*, 30^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2017.
- DAMAREY, S., GUILLOIS, Th., *Code des associations et fondations*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz.
- DREYFUS, S., NICOLAS-VULLIERME, L., *La thèse de doctorat et le mémoire : étude méthodologique*, Paris, Cujas, 2000.
- JAILLARDON, É., ROUSSILLON, D., *Outils pour la recherche juridique : méthodologie de la thèse de doctorat et du mémoire de master en droit*, Paris, édition des Archives contemporaines, 2007.
- MACKAAY, E., ROUSSEAU, S., *Analyse économique du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz-Sirey, coll. Méthodes du droit, 2008.
- MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz-Sirey, coll. Université LMD, 2017.
- MARAIN, G., *Méthode et aspects formels de la recherche. Petit manuel à l'usage des juristes*, 2^{ème} édition, Paris, L'Harmattan, 2017.
- MARCHESNAY, M., *Économie d'entreprise*, Paris, Eyrolles, 1991.
- MARTINET A.-C., SILEM, A. (Dir.), *Lexique de gestion et de management*, Paris, Dunod, coll. Lexiques et dico, 2008.
- MESTRE, J., PANCRAZI-TIAN, M.-È. (Dir.), *Droit commercial : droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} édition, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Manuel, 2012.
- MEYNET, W., *Code de l'économie sociale et solidaire en France*, 2012, Bruxelles, Larcier, 2012.
- RAYNAUD, B., *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, coll. Joly éditions, 2014.
- ROMI, R., *Méthodologie de la recherche en droit : master et doctorat*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, coll. Objectif Droit, 2010.
- THOMAS, Ph., *Ingénierie financière*, 2^{ème} édition, Paris, RB Édition, coll. Les Essentiels de la banque et de la finance, 2014.

II. Ouvrages spéciaux, mémoires et thèses

- ALIX, N., CASTRO, S., *L'entreprise associative. Aspects juridiques de l'intervention économique des associations*, Paris, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1990.
- AMBLARD, C., *Associations et activités économiques : contribution à la théorie du tiers secteur*, Thèse de doctorat, droit privé, Saint-Quentin en Yvelines, Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines, 1998.
- , C., *L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations*, Mode d'Emploi, Voiron, Territorial Éditions, coll. Les Guides pratiques d'Associations, 2006.
- , *Fonds de dotation : une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, Rueil-Malmaison, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2010.
- , *Fonds de dotation : une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{ème} édition, Paris, Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2015.
- ANDRE-LAMAT, V., *Les "biens communs" : chose commune, bien public, bien commun et Bien commun, bien public mondial. Tentative de bilan/d'état des lieux sur le sujet*, 29 mars 2009. En ligne : < http://intranet.ades.cnrs.fr/IMG/doc/Biens_communs_et_cie_vero.doc > (consulté le 26 mars 2017).
- ARCHAMBAULT, É., *Le secteur sans but lucratif : associations et fondations en France*, Paris, Economica, 1996.
- ARTIS, A., *Introduction à la finance solidaire*, Grenoble, PUG, coll. L'Économie en plus, 2013.
- ATTALI, J. (Dir.), *Pour une économie positive*, Paris, Fayard / La Documentation française, 2013.
- BARBIER, J.-Cl. (Dir.), *Économie sociale et solidaire et État : à la recherche d'un partenariat pour l'action*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, coll. Gestion publique, 2017.
- BARTHELEMY, A., KELLER, S., SLITINE, R., *Stratégie et financement des entreprises sociales et solidaires : le grand livre*, Paris, Rue de l'échiquier, 2014.
- BEN REJEB, W., *Gouvernance et performance dans les établissements de soins en Tunisie, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Études Approfondies en Management*, 2003. En ligne : <<http://www.memoireonline.com/02/06/110/gouvernance-performance-etablissements-soins-tunisie.html>> (consulté le 20 octobre 2016).
- BOCCON-GOBOD, TH. CRETOIS, P., *État social, propriété publique et biens communs*, Lormont, Le Bord de l'eau, coll. Les Voies du politique, 2015.

- BOLLEE, S., LAITHIER, Y.-M., PERES, C. (Dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, n°33, 2010.
- BONFILS, S., FRISON-ROCHE, M.-A., *Les grandes questions du droit économique : introduction et documents*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 2005.
- BONNAFOUS-BOUCHER, M., DAHL RENDTORFF, J., *La théorie des parties prenantes*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2014.
- BORE, L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997.
- BORZAGA, C., DEFOURNY, J., *The Emergence of Social Enterprise*, London and New York, Routledge, 2002.
- BOUDON, R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1977.
- BOURDON, W., QUEINNEC, Y., *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale, Sherpa, série Cahiers de propositions, décembre 2010. En ligne : <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/CDP-francais.pdf> (consulté le 18 mars 2017).
- BRADBURN, S., *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 161, 2017.
- BRULE, J.-M. (Dir.), *Utilité sociale et mesure d'impact : quelle évaluation pour l'ESS ?* Paris, L'Atelier, coll. Carnet de Chantier., 2013.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2001. Réédition 2014.
- CHAMPAUD, Cl. (Dir.), *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2013.
- CHAMPAUD, Cl., *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise : sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2011.
- CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 4^{ème} édition, coll. Droit et société. Série politique, n°35, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014.
- CHIBANI-JACQUOT, Ph., LESCUYER, Th., *Guide de l'entrepreneur social*, Paris, Rue de l'échiquier, 2013.
- COLOMBIE, P., PILLET, E., *Guide pratique. Entreprise sociale et solidaire : créer, gérer et développer une structure*, Paris, Eyrolles, Éditions d'Organisation et Les Échos éd., 2011.
- CORNU, M., ORSI, F., ROCHFELD, J. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2017.

- CUZACQ, N., *La difficile introduction des fonds de pension dans le droit positif français*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université Paris I, 2000.
- DEBENE, M. (Dir.), *Entreprise, intérêt général et marché unique. Journée d'études du Centre de recherches de droit des activités économiques, 30 janvier 1992*. Rouen, Les Publications de l'Université de Rouen, 1995.
- DELMAS-MARTY, M., *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Seuil, 2013.
- DERRIDA, J., *Donner le temps. Tome 1 : la fausse monnaie*, Paris, Galilée, coll. Philo en effet, 1991.
- DRAPERI, J.-F., *Comprendre l'économie sociale : fondements et enjeux*, Paris, Dunod, 2007.
- , *Comprendre l'économie sociale : fondements et enjeux*, 2^{ème} édition, Paris, Dunod, 2014.
- DUPUY, J.-P., *Libéralisme et justice sociale : le sacrifice et l'envie*, coll. Pluriel, Paris, Hachette Littératures, 2009.
- DURAND, H., *La gouvernance des associations*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 143, 2015.
- DUROCH-PORTES, J., *La société coopérative d'intérêt collectif à l'épreuve du statut de la coopération et du droit des sociétés*, Thèse de doctorat, droit privé, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2017.
- DUVERGER, T., *L'économie sociale et solidaire : une histoire de la société civile en France et en Europe de 1968 à nos jours*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2016.
- ELDAR, O., *The Role of social enterprise and hybrid organizations*, John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Research Paper No. 485, 2014. En ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2379012 > (consulté le 11 mai 2015).
- ELLUL, J., *Le fondement théologique du droit*, Paris, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2008.
- FARJAT, G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004.
- FRANCOUAL, P., *L'entreprise sociale : essai de renouvellement des théories de l'entreprise à la croisée du droit des groupements et du droit du travail*, Thèse de doctorat, droit privé, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2017.
- HATCHUEL, A., LEVILLAIN, K., SEGRESTIN, B., VERNAC, S. (Dir.), *La « Société à objet social étendu »*, Paris, Presse des Mines, coll. Économie et gestion, 2015.
- HENAFF, M., *Le Prix de la vérité : le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Seuil, coll. Couleur idées, 2002.
- HIEZ, D., *Coopératives 2013/2014 : création, organisation, fonctionnement*, Paris, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, ce qu'il vous faut savoir, 2013.
- , *Sociétés coopératives : création, organisation, fonctionnement*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2018.

- HOMBRES (D'), E. (Dir.), *Du solidarisme à l'économie solidaire : fonder et réaliser la solidarité*, Lyon, Chronique sociale, coll. Comprendre la société – l'essentiel, 2015.
- HURSTEL, D., *La nouvelle économie sociale : Pour réformer le capitalisme*, Paris, Odile Jacob, 2009.
- LAMARCHE, Th., *Le comité d'entreprise : une entreprise de l'économie sociale*, Lyon, Juris service, 1996.
- LIEUTIER, J.-Ph., *Le modèle de l'actionnariat salarié*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. du Centre de Droit Social, 2012.
- MAS-BELLISSENT, C., RAKOTOVAHINY, M., *Droit coopératif*, Paris, Ellipses, coll. Mise au point, 2016.
- MASSON, F., *La Propriété commune*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2016.
- MOULIN, J.-M. (Dir.), *Droit de la finance alternative*, Bruxelles, Bruylant, coll. Économie sociale et solidaire, 2017.
- MOUVES, *L'efficacité économique au service de l'intérêt général. Le livre blanc des entrepreneurs sociaux*, Paris, Rue de l'échiquier, 2012.
- NAUDET, J.-Y., *La doctrine sociale de l'Église : une éthique économique pour notre temps*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. du Centre d'Éthique économique, 2011.
- OSTROM, E., *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, coll. Planète en jeu, 2010.
- NDIAYE, M., *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, droit privé, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2017.
- PELTIER, M., *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. du Centre de recherches administratives, 2007.
- PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 2016.
- POL, È., *La Fondation philanthropique et le droit*, Thèse de doctorat, droit privé, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2016.
- PLENT, A., *Le capital variable*, Thèse de doctorat, droit privé, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2016.
- RODRIGUEZ, K., *Le droit commun des personnes morales*, Thèse de doctorat, droit privé, Pau, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2 vol., 2001.
- , *L'évolution du droit des personnes morales*, Habilitation à diriger des recherches, Droit privé, Pau, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2009.
- ROUSSEAU, J.-J., *Les Confessions suivies des Rêveries du promeneur solitaire*, Tome second, Taylor Institution, Genève, 1783.

- SCHILLER, S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*. Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002.
- SUNSTEIN, C. R., THALER, R. H., *Nudge : La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, coll. Pocket, 2010.
- SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2015.
- , *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- THELEN, J., *Développement et financement des associations*, Thèse de doctorat, droit privé, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2014.
- WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992.
- YUNUS, M., *Pour une économie plus humaine*, Paris, Le Livre de poche, coll. « Littérature & Documents », 2012.

III. Encyclopédies, répertoires et fascicules

- « 5555 - Sports (sociétés sportives) » in MESTRE, J., VELARDOCCIO, D. (Dir.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, Paris, Lamy, février 2018.
- AMBLARD, C., « Étude 815 – Fondations d'entreprise », in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t. 2, Paris, Lamy, 2015.
- COURET, A., DEVEZE J., PARACHKEVOVA, I., POULAIN-REHM, TH., TELLER, M. (Dir.), *Lamy droit du financement*, « Chapitre 3 : actions et parts sociales », Paris, Lamy, novembre 2018.
- DUCOULOUX-FAVARD, Cl., « Valeurs mobilières et instruments financiers », in MAYAUD, Y. (Dir.), *Rép. pén.*, Paris, Dalloz, mai 2018.
- DUPEYRON, Ch., ROUSSEL, F., « Fasc. E-226 : Groupements fonciers agricoles (GFA) », in *J.-Cl. Notarial*, Paris, LexisNexis, août 2016.
- FRANÇOIS, B., « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.
- GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « Apport », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, juin 2011.
- GRANIER, Th., « Avantages particuliers », décembre 2010, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.
- HAUSER, J., LEMOULAND, J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », § 80 et 184-213, in SAVAUX, E. (Dir.), *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2016.
- HERAIL, J., « Legs », §1., in SAVAUX, E. (Dir.), *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, juin 2014.

- HOVASSE, H., LE NORMAND-CAILLERE, S., « Fasc. 1950 : BONS DE CAISSE », *J.-Cl. Sociétés Traité*, Paris, LexisNexis, septembre 2017.
- LETELLIER, C., NOWACZYK, J.-L., MILLET-URSIN, C., « Fasc. 840 : MUTUALITÉ. Règles générales applicables à l'ensemble des mutuelles, unions et fédérations », *J.-Cl. Travail Traité*, Paris, LexisNexis, juin 2012.
- MARMAYOU, J.-M., RIZZO, F., « Groupements sportifs : organisation juridique des clubs. Chapitre 2 : sociétés sportives », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. Soc.*, Paris, Dalloz, septembre 2012.
- MAURY, F., « Sociétés civiles professionnelles », janvier 2017, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.
- MEYNET, W., « Étude 69 – Fonds de dotation », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 1473-1497.
- MESCHERIAKOFF, A.-S., « Étude 825 – La fondation universitaire », in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t. 2, Paris, Lamy, 2018.
- OLSZAC, N., « Chapitre 1 - Groupement agricole d'exploitation en commun », in *Agriculture (Groupements et sociétés agricoles)*, janvier 2016, in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.
- RODRIGUEZ, K., « Associations », in MAGNIER, V. (Dir.), *Rép. soc.*, Paris, Dalloz, février 2017.
- , « Étude 2 – Nature de l'association », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 23-50.
- , « Étude 26 – Libéralités : donation, legs », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 599-616.
- , « Fasc. 1699 : Association », *J.-Cl. Commercial*, Paris, LexisNexis, juillet 2016.
- SOUSI, G., « Étude 117- Contrat d'association – Apport de biens », in MAYAUD, Y., POURTAU, S., SOUSI, G. (Dir.) *Lamy associations*, t.1, Paris, Lamy, 2015.
- VERJAT, A., « Étude n°63 – Les fondations d'utilité publique », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 1367-1403.

IV. Articles de périodiques, communications et contributions à des monographies

- AGLIATA, F., FERRONE, C., TUCCILLO, D., “The Role of financial instruments on the growth of Italian social cooperatives”, *American Journal of Economics and Business Administration*, 6 (1): p.

19-33, 2014.

ALCARAS, J.-R., GIANFALDONI, P., GLOUKOVIEZOFF, G., RICHEZ-BATTESTI, N., « Banques coopératives et innovations sociales », *Recma*, n°301, 2006, p.26-41.

ALCARAS, J.-R., GIANFALDONI, P., LE FRIANT, M., OGIER-BERNAUD, V., « Économie sociale et démocratie sociale : le sociétariat en question », in BOURREAU-DUBOIS, C., JEANDIDIER, Br. (Dir.), *Économie sociale et droit, t. 2 : Économie sociale et solidaire, famille et éducation, protection sociale et pauvreté*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 7-22.

ALFANDARI, É., « Le Droit au sein des rapports entre l'économique et le social », in COUVRAT P. (Dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 31-44.

ALIX, N., « Créer un cadre européen favorable à des solutions d'économie sociale et solidaire », *L'Option de Confrontations Europe*, 12 mars 2017, p. 80-85. En ligne : <<http://www.rencontres-montblanc.coop/page/pour-un-cadre-europ-en-en-faveur-de-l-economie-sociale-et-solidaire>> (consulté le 22 avril 2017).

———, « Économie sociale et entreprise sociale : quelle cohérence entre le droit et la politique économique dans l'Union européenne ? Réflexions sur les évolutions depuis 1990 », *Recma*, n°327, 2013, p. 88-94.

ALPHANDERY, Cl., *et al.*, « Pour une nouvelle définition de l'entreprise, comme collectif humain créateur de richesses », 29 mars 2017. En ligne : <http://www.lemonde.fr/accès-restreint/idees/article/2017/03/29/8baaf6bdb6022516296146b505028f1f_5102638_3232.htm> (consulté le 17 avril 2017).

AMBLARD, C., « Cent ans de pratique associative : un point de vue juridique (Ire partie) », *Recma*, n°282, 2001, p. 33-41.

———, « Cent ans de pratique associative : un point de vue juridique (Ile partie) », *Recma*, n°283, 2002, p. 32-45.

———, « Coopération et regroupement des associations : aspects juridiques et fiscaux », *Recma*, n°326, 2012, p. 64-70.

———, « Réforme de la TVA : quel avenir pour la coopération associative ? », *JA* n°532/2016, 1^{er} février 2016, p. 38-39.

AMINTAS, A., GOUZIEU, A., PERROT, P., « L'économie sociale est-elle conciliable avec l'économie libérale ? », in *Les chantiers de l'économie sociale et solidaire : actes du colloque des 10 et 11 avril 2003*, Rennes, PUR, coll. Des sociétés, 2005, p. 291-306.

ARCHAMBAULT, É., « François Bloch-Lainé, une œuvre pour les associations », *Recma*, n°275-276, 2000, p.88-89.

- ATIAS, C., « L'analyse économique du droit. Deux colloques : Corte, janvier 1986, Aix-en-Provence, mai 1986 (numéro spécial) », 1987-2-n°XII-29, *RRJ*, 1987, p. 409-785.
- , « Chronique : pistes pour la pensée juridique », 2008-2, *RRJ*, 2008, p. 615-622.
- AURIAC, V., « L'épargne solidaire au service des fonds propres », *JA* n°487/2013, 1^{er} novembre 2013, p. 32.
- AVARE, P., SPONEM, S., « Le Managérialisme et les associations », in HOAREAU, C., LAVILLE, J-L., *La gouvernance des associations : économie, sociologie, gestion*, Toulouse, Erès, 2013, p. 139-160.
- BADRE, B., BARBAROUX, C., DURAND, R. *et al.*, « Plaidoyer en faveur d'une « économie de marché responsable », *Le Monde*, 16 novembre 2016. En ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/11/16/la-france-doit-passer-a-une-economie-de-marche-responsable_5031791_3232.html#3gfesytK3iW17eC9.99 (consulté le 18 mars 2017).
- BANGOURA, K., HAFIANI, Ch., « Des outils en faveur de l'ESS », *JA* n°498/2014, 1^{er} mai 2014, p. 44.
- BARTHELEMY, J., « L'intérêt de l'entreprise », *Les Cahiers du DRH*, n° 146, 1^{er} septembre 2008.
- BARTHET, É., « 2017 : année record pour l'emploi en France », *Le Monde*, 3 juillet 2018. En ligne : http://www.lemonde.fr/economie/article/2018/07/03/2017-annee-record-pour-l-emploi_5325297_3234.html (consulté le 30 juillet 2018).
- BARTNIK, M., FAVIER, A., POGORZELSKI, C., SCARDONI, G., « EuVECA et EuSEF amendés : une seconde opportunité de succès ? », 16 octobre 2017. En ligne : <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/partenaire/partenaire-1241-euveca-et-eusef-amendes-une-seconde-opportunite-de-succes-314615.php> (consulté le 19 avril 2018).
- BAS LORANT, Q., « L'économie sociale et solidaire redoute l'arrivée d'une nouvelle concurrence », *La Croix*, 4 mars 2018. En ligne : <https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/Leconomie-sociale-...edoute-larrivee-dune-nouvelle-concurrence-2018-03-04-1200918044> (consulté le 26 avril 2018).
- BATTILANA, J., PACHE, A.-C., « Les entreprises doivent s'engager dans une transformation profonde », 26 janvier 2018. En ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/26/des-organisations-tournees-vers-la-maximisation-du-profit-ne-changeront-pas-du-jour-au-lendemain_5247835_3232.html#j3VAk9OvKXhiO8x8.99 (consulté le 4 février 2018).
- BAUDET, A., DURQUETY, E., « Enseignements du baromètre de la mesure d'impact social », *JA*, n°558/2017, 1^{er} mai 2017, p.18-20.

- BAUDET, I., « Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français », *RIODD*, 29 juillet 2016, Saint-Étienne. En ligne : <hal-01349950> (consulté le 22 mars 2017).
- BAUMFIELD, V. S., “Benefit Corporations and Other Hybrid Corporate Forms: What Are They? Should We Adopt Them in Australia?”, in *2014 Corporate Law Teachers Association Conference*, 2014. En ligne : <http://works.bepress.com/victoria_baumfield/7/> (consulté le 11 avril 2017).
- BAYO, B. « Des placements qui ont la cote », *JA* n°452/2012, 1^{er} février 2012, p. 30
- BAZILLON, B., DESTREE, P., « Les outils dernier cri », *JA* n°487/2013, 1^{er} novembre 2013, p. 27.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., « La notion d'entreprise en droit communautaire », in DEBENE, M. (Dir.), *Entreprise, intérêt général et marché unique. Journée d'études du Centre de recherches de droit des activités économiques, 30 janvier 1992*. Rouen, Les Publications de l'Université de Rouen, 1995, p. 19-26.
- BENOIT-MOURY, A., « La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Actualités du droit*, 1997, p. 701-716. En ligne : <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1997_BenoitMoury.pdf> (consulté le 11 avril 2017).
- BERNARD, A., « Law and Economics, une science idiote ? », *Revue de droit Henri Capitant* 2010, n°1. En ligne : <<http://henricapitantlawreview.org/article.php?id=226>> (consulté le 16 octobre 2016).
- BESANÇON, E., CELLES, S., CHOCHOY, N., et ii, « L'Investissement à Impact Social : vers une financiarisation de l'économie sociale et solidaire ? Version provisoire », in *XVèmes Rencontres du Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire (RIUESS)*, Reims, « La créativité de l'Économie sociale et solidaire est-elle soluble dans l'entrepreneuriat ? », 2015. En ligne : <http://base.socioeco.org/docs/besancon_chochoy.pdf> (consulté le 20 juin 2017).
- BESSEDE, L., « Transformation en fondation reconnue d'utilité publique », *JA* n°555/2017, 15 mars 2017, p. 36-37.
- BILLAUDEAU, V., GLEMAIN, P., « Finances solidaires et gestion des biens communs : l'expérimentation du fonds de dotation Angers mécénat », *Marché et organisations*, 2018/1, n°31, p. 125-150.
- BLIN-FRANCHOMME, M-P., « L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau “sujet de droit naissant ” », *RLDA*, 1^{er} décembre 2013, suppl. n°88.

- BLOCH-LAINE, F., « Les Spécificités méritoires des associations de service social », *Recma*, n°275-276, 2000, p. 90-94.
- BOMBAERTS, J.-P., « Le nouveau Code des sociétés est-il trop libéral ? », *L'Écho*, 17 janvier 2018.
En ligne : <<https://www.lecho.be/entreprises/general/Le-nouveau-Code-des-societes-est-il-trop-liberal/9972959>> (consulté le 25 mars 2018).
- BRAKMAN REISER, D., “ For-Profit Philanthropy”, *Fordham Law Review*, printemps 2009, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 124. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1295419> (consulté le 12 avril 2017).
- , “Hunting Stag with FLY Paper: A Hybrid Financial Instrument for Social Enterprise”, 2 avril 2013, *Boston College Law Review*, 2013, En ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2243833>> (consulté le 21 août 2017).
- , “Regulating Social Enterprise” , 14 *UC Davis Business Law Journal* 231, 2014; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 396. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2501000> (consulté le 13 avril 2017).
- BRAKMAN REISER, D., DEAN, S., “Financing the Benefit Corporation” , *Seattle University Law Review*, Vol. 40, p. 793, 2017; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 487. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940267> (consulté le 12 avril 2017).
- BRÄUER, S., “The Development of social entrepreneurs in Germany. Stepping stone for understanding their role in creating social inclusion”, 2014. En ligne : <http://www.uni-oldenburg.de/fileadmin/user_upload/konferenzen/inclusive-europe/Inclusive_Eurpoe_Conference_Braeuer_Paper.pdf> (consulté le 23 décembre 2015).
- BRIGNON, B., « Les nouveaux enjeux des sociétés sportives », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°303, 5 juillet 2012.
- , « Les sociétés sportives : *quid novi sub sole* ? », *Dr. Sociétés*, n°10, Octobre 2012, p. 36.
- BRIGNON, B., RABU, G., « Une nouvelle loi éthique pour le sport », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°505, 6 avril 2017.
- BOUZAGA, B., « Les fonds propres passés au crible », *JA* n°487/2013, 1^{er} novembre 2013, p. 22.
- BUFFIER, D., « Entretien avec Jean-Louis Laville - L'essor associatif reste une véritable révolution invisible », *Le Monde*, 18 octobre 2017. En ligne : <http://www.lemonde.fr/acces-restreint/economie/article/2017/10/18/d7788dabf2f443082e4527265c7aba4f_5202380_3234.html> (consulté le 19 janvier 2018)
- BUR., C., GUILLOIS, Th., « Comment financer l'intérêt général », *JA* n°572/2018, 1^{er} février 2018, p. 37-38.

- BUSCHER, J., GAUDINEAU, B., « Capacité juridique : juste une mise au point », *JA* n°542/2016, 1^{er} juillet 2016, p. 18-21.
- CABRESPINES, J.-L., « Enjeux du recours aux titres associatifs », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 20-21.
- CALLE, Ph., « Les associations, entre intérêt général et utilité sociale », *Recma*, n°382, 2002, p. 46-52.
- CALLISON, J. W., VESTAL, A., “The L3C Illusion: Why Low-Profit Limited Liability Companies Will Not Stimulate Socially Optimal Private Foundation Investment in Entrepreneurial Ventures”, Drake University Law School Research Paper No. 11-07; *Vermont Law Review*, Vol. 35, p. 273, 2010. En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1755283> (consulté le 13 avril 2017).
- CARLES, M.-C., « La fin du culte de l'équilibre », *JA* n°487/2013, 1^{er} novembre 2013, p. 26.
- CARRASCO-DAËRON, M., « Économie sociale et solidaire - La société commerciale au cœur de l'économie sociale et solidaire : pertinence ou altération ? », *Dr. sociétés*, n°1, janvier 2017, étude 1.
- CASTAGNET, M., « L'IFI ne fait pas la fortune des associations », *La Croix*, 14 juin 2018. En ligne : <<https://www.la-croix.com/Economie/France/LIFI-fait-pas-fortune-associations-2018-06-14-1200947255>> (consulté le 9 juillet 2018).
- CASTINEL, G., « Intervention du Commissaire à la fusion, à la scission ou aux apports », *JA* n°555/2017, 15 mars 2017, p. 43-45.
- CENA, O., « Ahae : le photographe, le milliardaire et autres faits divers », 23 juillet 2014. En ligne : <<http://www.telereama.fr/scenes/ahae-le-photographe-le-milliardaire-et-autres-faits-divers,115211.php>> (consulté le 16 février 2018).
- CHAIGNEAU, A., « L'entreprise à la croisée des doctrines du “bien commun” », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 155-174.
- CHATAIN-AUTAJON, L., « Proposition de loi relative à la rémunération du capital des sociétés coopératives », *Bull. Joly*, n°4, 2016, p. 196.
- CHATEAU TERRISSE, P., « Les mécanismes de coordination de pactes d'actionnaires dans la finance solidaire », *Revue française de gestion*, 2015/1, n°246, p. 111-126.
- CHAULIAC, S., « Lancement du French Impact, l'accélérateur national de l'innovation sociale », 18 janvier 2018. En ligne : <<https://www.rsedatanews.net/article/article-initiatives-lancement-du-french-impact-l-accelerateur-national-de-l-innovation-social-201801>> (consulté le 20 janvier 2018).

- CHAUVIERE, M., HENRY, J., « Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne ? », *RDSS*, 2011, p. 1043-1058.
- CHOPARD, B., ZIANE, Y., « Droit et choix de financement des entreprises », in DEFFAINS, B., LANGLAIS, É., *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2009, p. 193-226.
- CLAVAGNIER, B., « Les entreprises à mission sont-elles nécessaires ? », *JA* n°576/2018, 1^{er} avril 2018, p. 3.
- , « L'ESS en clair-obscur », *JA* n°574/2018 du 1^{er} mars 2018, p. 31-33.
- , « Mécénat et collectivités territoriales : une clarification indispensable ! », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 3.
- , « Régime fiscal des subventions », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p.20-21.
- , « TVA et mutualisation de personnels et de moyens », *JA* n°555/2017, 15 mars 2017, p. 3.
- CLAVAGNIER, B., MEYNET, W., « Associations et sociétés commerciales : les liaisons dangereuses », *JA* n°533/2016, 15 février 2016, p. 39-40.
- CHOMEL, Ch., « Le cadre juridique des coopératives d'entreprises : un cadre fragmenté, mais des logiques communes. Essai de droit comparé », *Recma*, n°307, 2008, p. 10-28.
- CLERC, C., FAVEREAU, O. *et al.*, « Tribune. La codétermination est une idée porteuse d'avenir qui doit trouver sa place dans la loi ». *Le Monde*, 6 octobre 2017. En ligne : <http://mobile.lemonde.fr/idees/article/2017/10/05/la-codetermination-est-une-idee-porteuse-d-avenir-qui-doit-trouver-sa-place-dans-la-loi_5196511_3232.html> (consulté le 20 janvier 2018).
- COTTIN-MARX, S., HELY, M., JEANNOT, G., SIMONET, M., « La recomposition des relations entre l'État et les associations : désengagements et réengagements », *Revue française d'administration publique*, 2017/3 (n°163), p. 463-476.
- COUARD, J., « L'Économie sociale et solidaire enfin consacrée ! Présentation de la loi du 31 juillet 2014 », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 12-17.
- , « Le droit comptable dans l'économie sociale et solidaire », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 18-24.
- COUPET, C., « Intérêt social - Une révolution sociale ? », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2018, p. 3.
- , « Société par actions - Proposition de réforme relative aux actions de préférence », *Dr. sociétés*, n° 6, juin 2018, p. 105.
- COURET, A., « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D.* 2017, p. 222.
- DAIGRE, J.-J., « Libres propos sur l'avenir du droit des sociétés d'assurances mutuelles », *Rev. sociétés*, n°1, 2000, p.139.

- DAMAREY, S., « Contrôle de la Cour des comptes : illustrations », *JA* n°504/2014, 15 septembre 2014, p. 25.
- , « Contrôle de la Cour des comptes et de l'IGAS », *JA* n°549/2016, 1^{er} décembre 2016, p. 27-29.
- , « Focus sur l'association transparente », *JA* n°546/2016, 15 octobre 2016, p. 36-38.
- 2016, p. 27-29.
- , « Intervention de la Chambre régionale des comptes », *JA* n°547/2016, 1^{er} novembre 2016, p. 36.
- DAVIAU, R., LULEK, M., « La société anonyme à participation ouvrière (Sapo) : entre centenaire et nouvel horizon », *Recma*, n°346/2017, octobre 2017, p. 42-57.
- DAVOULT, N., GRANIER, Th., « Fiscalité applicable au financement de l'ESS », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p. 24-28.
- DEFOSSEZ, A., SIBONY, A-L., « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », *RTD Eur.*, 2010, p. 129.
- DEGROLARD, P.A., VAN DEN BROECK, C., « Le vade-mecum du crowdfunding », 4 décembre 2014. En ligne : <https://www.challenges.fr/tribunes/le-vade-mecum-du-crowdfunding_90056> (consulté le 18 août 2017).
- DELMAS-MARTY, M., FAVEREAU, O., FLEURY, C. *et al.*, « Bien commun : “Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence” », *Le Monde*, 29 mai 2018. En ligne : <https://lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-une-urgence_5306399_3232.html> (consulté le 31 mai 2018).
- DELL'ORO, J.-L., « La Vérité cachée sur les déboires du CCE d'Air France », 16 janvier 2013. En ligne : <<http://www.challenges.fr/entreprise/20130116.CHA5135/la-verite-cachee-sur-les-deboires-du-cce-d-air-france.html?xtor=RSS-16>> (consulté le 29 octobre 2016).
- DELSOL, X., « La (trop) rare fondation actionnaire », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 30-31.
- DEVIC, L., « Fondations : pour la fin du millefeuille », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 12.
- , « Les principaux placements et leur fiscalité », *JA* n°452/2012, 1^{er} février 2012, p. 26.
- DIXON, R., PILLER, C., SANDERS, E. « Petits problèmes d'éthique. Les étranges placements de la Fondation Gates », 31 janvier 2007. En ligne : <<http://www.courrierinternational.com/article/2007/02/01/les-etranges-placements-de-la-fondation-gates>> (consulté le 27 mai 2017).
- DONDERO, B., « Vers la société-association ? », *Bull. Joly*, n°01, 2012, p. 1.

- DOUENCE, J.-Cl., « L'objet du service public local. Chapitre 1 (folio n°6027) - La notion de service public local », §26-34, in PAILLER, G., SPRUNGARD, S. (Dir.), *Encyclopédie des collectivités locales*, mars 2018.
- DUPRE, M. « Disparition mystérieuse de la RSE dans la loi Macron », 30 décembre 2014. En ligne : <http://www.alternatives-economiques.fr/entreprise/mathilde-dupr%25c3%25a9/disparition-mysterieuse-de-la-rse-dans-la-loi-macron-201412300951-00000513.html?page=7> (consulté le 18 mars 2017).
- DUPUY, J.-P., « L'individu libéral, cet inconnu : d'Adam Smith à Friedrich Hayek », in AUDARD, C. (Dir.) *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Le Seuil, coll. Points-Politique, 1988, p. 73-126.
- DURAND, H., « L'Association, un support pertinent ? (2^{de} partie) », *JA* n°543/2016, 15 juillet 2016, p. 40-43.
- DURFORT (DE), B., « Évolutions et transitions », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 16-17.
- ELHAUGE, E., "Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest", *New York University Law Review*, vol. n°80, juin 2005, n°3, p. 733-763. En ligne : <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-80-number-3/sacrificing-corporate-profits-public-interest> (consulté le 18 mars 2017).
- ESPOSITO, R., "The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation", 2013, 4-2, *William & Mary Business Law Review*, p. 639 et s. En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2134022 (consulté le 20 octobre 2016).
- EXPRESS (L'), « Financer le social business », 12 août 2013. En ligne : http://www.lexpress.fr/emploi/financer-le-social-business_1271685.html (consulté le 25 juin 2017).
- FARJAT, G., « Le droit, l'économie et le fondamental », t. XIX-4, *RID éco.*, 2005, p. 431-455.
- FEUERSTEIN, I., « Fin annoncée de l'ISF-PME, maintien de l'ISF-dons », 12 septembre 2017. En ligne : <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/patrimoine-dirigeant/030548244468-la-fin-annoncee-de-l-isf-pme-313019.php?Ac1paZcAUcypUuqx.99> (consulté le 8 octobre 2017).
- FIEVET, R., « Le Régime mère-fille alimente les débats », *JA* n°546/2016, 15 octobre 2016, p. 39-41.
- FRAISSE, L., « Co-construire l'action publique : apports et limites des politiques locales de l'économie sociale et solidaire en France », EMES Conferences Selected Papers Series, ECSP-

- P16-25, 2016. En ligne : <<https://emes.net/publications/conference-papers/2nd-polanyi-emes-international-seminar/co-construire-l'action-publique-apports-et-limites-des-politiques-locales-de-leconomie-sociale-et-solidaire-en-france/>> (consulté le 4 avril 2018).
- FRETEL, A., « De la partition du fait associatif à la loi de 2014 affirmant l'unité de l'économie sociale et solidaire : l'histoire d'une construction politique », *Recma*, 2018/3 (N°349), p. 27-41.
- GARCIA, C., « Marseille lance ses propres outils de mécénat », *La Tribune*, 5 décembre 2011. En ligne : <https://marseille.latribune.fr/Actualites/Marseille-lance-ses-propres-outils-de-mecenat-_674.html> (consulté le 3 août 2018).
- GIRE, H., « L'Économie sociale au Portugal. Avec traduction inédite en français de la loi-cadre sur l'économie sociale », janvier 2014, p. 14. En ligne : <http://base.socioeco.org/docs/1.es_es_portugal.pdf> (consulté le 24 décembre 2015).
- GOATER, S., « Donation temporaire d'usufruit - Charmes discrets d'une solution philanthropique », *JA* n°582/2018, 1^{er} juillet 2018, p. 38-40.
- GOATER-MARION, S., « Prévenir le risque de porosité avec les marchés publics », *JA* n°573/2018, 15 février 2018, p. 35-37.
- GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p. 35, §27.
- , « Les nouvelles SCOP permettent-elles le “*choc coopératif*” annoncé ? », *RLDA*, n° 101, 1^{er} février 2015.
- GRANDVUILLEMIN, S., « La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et le droit coopératif », *JCP E.*, n°39, 25 septembre 2014, p. 1478.
- , « La société coopérative d'intérêt collectif. Un statut inutile ? », *JCP E.*, n°51-52, 20 décembre 2012, p. 1775.
- GROS, L., « Avantages, limites et inconvénients du droit coopératif français actuel », *Recma*, n°317, 2010, p. 31-38.
- GROS, L., NAET, C., « Droit coopératif, es-tu là ? », *Recma*, n°317, 2010, p. 17-30.
- GRZYBOWSKI, L., « La réforme de l'ISF fait chuter les dons », *La Vie*, 6 juillet 2018. En ligne : <http://www.lavie.fr/actualite/societe/la-reforme-de-l-isf-fait-chuter-les-dons-03-07-2018-91233_7.php> (consulté le 9 juillet 2018).
- GUERARD, S., « Les fondations : un pied dans l'économie sociale, l'autre dehors », 7 juin 2016. En ligne : <<http://www.humanite.fr/les-fondations-un-pied-dans-leconomie-sociale-lautre-dehors-608864>> (consulté le 23 mai 2017).
- GUILLAUME, B., « Contrôle, mode d'emploi », *JA* n°504/2014, 15 septembre 2014, p. 31.
- , « Fiscalité : des fonds à manier avec précaution », *JA* n°487/2013, 1^{er} novembre 2013, p.34.

- GUILLUY, T, JEREMIASZ, J., SIBILLE, H., VIDOR, H., « Entreprises à mission et ESS : attention aux effets de bord ! », *Les Échos*, 5 mars 2018. En ligne : < <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/0301362816417-entreprises-a-mission-et-ess-attention-aux-effets-de-bord-2158394.php#xtor=CS1-33>> (consulté le 26 avril 2018).
- GUYON, Y., « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 » in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 483-499.
- , « Faut-il réformer la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations ? », *LPA*, n°50, 24 avril 1996, p.15.
- , « La fraternité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 439-448.
- , « Les groupes d'associations », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 585-595.
- HATCHUEL, A., « ONG : il faut “des contrôles qui maintiennent la confiance des donateurs, sans pour autant brider leur action” », *Le Monde*, 22 juin 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/22/ong-il-faut-des-controles-qui-maintiennent-la-confiance-des-donateurs-sans-pour-autant-brider-leur-action_5319739_3232.html> (consulté le 9 juillet 2018).
- HEINICH, J., « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. soc.*, 2018, n°10, 8 octobre 2018, p. 568-574, §5.
- HEINICH, J., PATRICIO, F., « La protection des actionnaires minoritaires : état des lieux et perspectives », *JCP E*, n°15-16, 12 avril 2018, p. 1185.
- HELY, M., « De l'économie sociale “historique” à “l'économie sociale et solidaire” : une nouvelle configuration des relations entre monde associatif et collectivités publiques », *Revue française d'administration publique* 2017/3 (n°163), p. 543-556.
- HERAIL, M., « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Recma*, n°278, 2000, p.1-11.
- HIEZ, D., « §16. Révision coopérative (Ord. n°2006-1225, 5 oct. 2006 et D. n°2006-1528, 5 déc. 2006) » in HIEZ, D. (Dir.), « Droit coopératif – Chroniques, *JCP E.*, n°29, 19 juillet 2007, p. 1907.
- , « Le cadre juridique de l'entreprise non capitaliste, clef de distinction entre l'entreprise sociale et l'entreprise d'économie sociale et solidaire ? », *Recma*, n°327, 2013, p. 95-103.
- , « Les instruments de fonds propres des coopératives : vingt ans d'innovation législative », *Recma*, n°295, 2005, p. 20-37.
- , « La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant », *Recma*, n°334, 2014, p. 44-56.

- , « La nouvelle orientation du droit coopératif avec la loi Économie sociale et solidaire », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 28-36.
- , « La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire », in HIEZ, D., LAVILLUNIERE, E. (Dir.), *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 311-331.
- , « La perméabilité du droit des sociétés à l'ESS », *JA* n°522/2017, 1^{er} juillet 2015, p. 27-28.
- , « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, n°3, 2015, p. 147-163.
- , « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, n°317, 2010, p. 44-60.
- HIEZ, D., LAURENT, R., « La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire : l'intérêt général ? », *Recma*, n°319, 2011, p. 36-56.
- HURSTEL, D., « Proposition 2 : Organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit », p. 45-60, in GIRAUD, G., RENOARD, C. (Dir.), *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, 2^{ème} édition, Paris, Flammarion, coll. Champs essais, 2012.
- HUSSON, S., « L'épargne citoyenne, terreau fertile pour les projets solidaires », 22 mai 2017. En ligne : <http://www.la-croix.com/Economie/Economie-et-entreprises/Lepargne-citoyenne-terreau-fertile-projets-solidaires-2017-05-22-1200849058> (consulté le 19 août 2017).
- IDOT, L., « Entreprise sociale et concurrence », *Concurrences*, n°1/2013, p.1-14.
- JACQUET, S., « Loi sur l'économie sociale et solidaire : des nouveautés approuvées par les mutuelles », *JSS*, n°128, mars 2015, p. 53.
- JAMIN, C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in GOUBEAUX, G., GUYON, Y., JAMIN, C. (Dir.), *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, 2^{nde} édition, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015, p. 441-472.
- , « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *LPA*, n°99, 2005, p. 54.
- JARROSSAY, B., « Le premier tour du monde de l'intrapreneuriat donne naissance à un docu », 6 octobre 2017. En ligne : http://www.socialter.fr/fr/module/99999672/498/le_premier_tour_du_monde_de_lintrapreneuriat_donne_naissance__un_docu (consulté le 23 décembre 2017).
- JAZOTTES, G., « L'entreprise de l'économie sociale et solidaire dans le jeu de la concurrence », *RLDA*, 1^{er} décembre 2013, suppl. n°88.
- JEGARD, F., « Appel public à la générosité - Le CER sur la sellette », *JA* n°526/2015, 15 octobre 2015, p. 43.
- , « Compte d'emploi des ressources : une réforme s'impose ! », *JA* n°494/2014, 1^{er} mars 2014, p. 29.

- , « Le mécénat, une autre source de financement », *JA* n°356/2007, 1^{er} avril 2007, p. 29.
- , « Une démarche à valeur (sociale) ajoutée », *JA* n°452/2012, 1^{er} février 2012, p. 19.
- , « Valorisation et comptabilisation du mécénat de compétences », *JA* n°385/2008, 1^{er} octobre 2008, p. 19.
- KELLEY, T. A., “Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier”, 2 avril 2009. En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1372313 (consulté le 12 avril 2009).
- KAMINSKI, Ph., « L’effort commercial des mutuelles de santé », *Recma*, n°287, 2003, p. 41-67.
- KATZ, R. A., PAGE, A., “The truth about Ben and Jerry’s”, *Stanford Social Innovation Review*, automne 2012. En ligne : https://ssir.org/articles/entry/the_truth_about_ben_and_jerrys (consulté le 24 mars 2017).
- LAMARCHE, Th., « La notion d’entreprise », *RTD com.*, 2006, p. 709.
- LAVILLE, J.-L., VAILLANCOURT, Y., « Associations et État : l’hypothèse solidaire », in LECLERC, H., PELLISSIER, J., *À but non lucratif 1901-2001 : Cent ans de liberté d’association*, Paris, Fischbacher, 2001, p. 173-188.
- LE BERRE, P., « Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération : un rajeunissement et un assouplissement de ses règles par la loi ESS du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés*, n°11, novembre 2014, étude 20.
- LE CANNU, P., « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l’article 1832 du Code civil », *Bull. Joly*, n°9, 2012, p. 672.
- LECOURT, A., « L’impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD Com.*, 2016, p. 767-816.
- LEDERER, E., « L’épargne française reste trop peu investie dans les entreprises », 12 avril 2017. En ligne : https://www.lesechos.fr/12/04/2017/lesechos.fr/0211967013613_1-epargne-francaise-reste-trop-peu-investie-dans-les-entreprises.htm#70HuROQwzqJ0HdU7.99 (consulté le 19 août 2017).
- LEHR, D., LAMB, P., “Digital Currencies and Blockchain in the Social Sector”, 18 janvier 2018. En ligne : https://ssir.org/articles/entry/digital_currencies_and_blockchain_in_the_social_sector1?utm_source=Enews&utm_medium=Email&utm_campaign=SSIR_Now&utm_content=Title (consulté le 19 janvier 2018).
- LEROY, Y., « La notion d’effectivité du droit », *Droit et société*, 3/2011 (n°79), 2011, p. 715-732.
- LESEUL, G., « Évaluations, reporting et pratiques de reddition », in BAYLE, E., DUPUIS, J.-Cl. (Dir.), *Management des entreprises de l’économie sociale et solidaire : identités plurielles et spécificités*, Bruxelles, De Boeck, Méthodes & Recherches management, 2012, p. 215-230.

- LORENZI, J.-H., PASTRE, O., « Le mutualisme, un remède contre la crise », *Les Échos*, 9 septembre 2015. En ligne : <https://www.lesechos.fr/09/09/2015/LesEchos/22019-041-ECH_le-mutualisme--un-remede-contre-la-crise.htm#cR7r8LUBD7d1Xr0R.99> (consulté le 7 mars 2017).
- MAÏA, J., « Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique. Avant-propos », *RFDA*, 2016, p. 197.
- MALAURIE, M., « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, p. 274.
- MALLEVILLE, M.-H., « Critères communs d'une structure méconnue : les mutuelles », *JCP E.*, n°43, 22 octobre 1992, p. 182.
- MANNINO, V., « Le “bien commun” : la fausse impasse du droit romain et du droit savant », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 35-50.
- MARECHAL-LAANIGRI, M., « Les revenus face aux impôts », *JA* n°496/2014, 1^{er} avril 2014, p. 40.
- MARMAYOU, J.-M., MEYNET, W., « Les sociétés sportives : l'heure des choix », *JSS*, n°97, 1^{er} avril 2012, p. 13-26.
- MARLY, P.-G., « Un nouvel outil de financement : le certificat mutualiste ou paritaire », *RTDF*, n°3, 2014, p. 158-159.
- MARTIN, D., PORACCHIA, D., « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés*, 2012, p. 475-484.
- MARTY, J.-Cl., « Régime juridique de la fondation d'entreprise », *JA* n°535/2016, 15 mars 2016, p.23-25.
- MASCLET DE BARBARIN, M., « Faut-il avoir peur des activités lucratives ? », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p.29-31.
- MASSE, A., TIBERGHEN, F. (Dir.), « Réforme des retraites : “Pour une généralisation de l'épargne-retraite solidaire” », *Le Monde*, 23 juin 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/23/reforme-des-retraites-pour-une-generalisation-de-l-epargne-retraite-solidaire_5320134_3232.html> (consulté le 9 juillet 2018).
- MASSET, E., « Vers la société à mission ? », *Rev. sociétés*, n°11, 10 novembre 2018, p. 635-638.
- MAUGET, R., « Filialisation », in *L'économie sociale de A à Z*, coll. Hors-série, n°22, Alternatives économiques pratique, Paris, 2006.
- MAZUIR, V., « “Pacte” : la loi Le Maire pour faire “grandir” les entreprises », 22 décembre 2017. En ligne : <<https://www.lesechos.fr/economie-france/dossiers/030779419384/030779419384-la-loi-entreprises-2125131.php#qo5KwdzumGJ3Ls7Y.99>> (consulté le 26 décembre 2017).

- MEUNIER, F., « La surveillance des dirigeants par les actionnaires a disparu des grands groupes cotés », 21 février 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/02/21/la-surveillance-des-dirigeants-par-les-actionnaires-a-disparu-des-grands-groupes-cotes_5260066_3232.html#wHkdYKJYihlPf56V.99> (consulté le 27 février 2018).
- MEYNET, W., « L'adoption et l'évolution du statut coopératif en France : les passerelles existantes entre les formes sociales coopératives et les formes sociales non coopératives », in HIEZ, D. (Dir.), *Droit comparé des coopératives européennes*, Bruxelles, Larcier, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, 2009, p. 37-56.
- , « Ce n'est qu'un début... continuons le combat ! », *JAC* n°16/2014, p. 36.
- , « Du groupement de moyens à la restructuration : enjeux fiscaux », *JA* n°534/2016, 1^{er} mars 2016, p. 32-33.
- , « Fondation hospitalière : la fondation de trop... mais un exemple à suivre ! », *JA* n°578/2018, 1^{er} mai 2018, p. 29.
- , « Société d'impact sociétal : une innovation luxembourgeoise », *JA* n°557/2017, 15 avril 2017, p. 36-37.
- , « Un monde d'obligations », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 23-27.
- MOINE-DUPUIS, I., « Santé et biens communs : un regard de juriste. », *Développement durable et territoires*, Dossier n°10, 2008. En ligne : <<http://journals.openedition.org/developpementdurable/5303>> (consulté le 14 juillet 2018).
- MONNET, J., « L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales », *Dr. Sociétés*, n°11, novembre 2014, étude 22.
- MONSERIE-BON M.-H., « Les nouvelles sociétés du secteur de l'économie sociale : progrès ou dévoiement ? », *RLDA*, 1^{er} décembre 2013, suppl. n°88.
- MORIN, A., « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD Com.*, 2000, p. 299.
- MORTIER R., « Benefit corporation : a model for France? », *Actes prat. ing. sociétaire*, n°128/2013, p. 28-32.
- MORTIER, R., VENDEUIL (DE), S., ZABALA, B., « Loi PACTE et sociétés : premières mesures », *JCP E*, n° 47, 22 novembre 2018, p. 1588, n°13.
- MORVAN, P., « Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés », *Dr. Social*, n°9-10, 10 septembre 2011, p. 888-894, §23.
- MOUIAL-BASSILANA, E., « Droit des sociétés et bien commun », *Bull. Joly*, n°3, 1^{er} mars 2018, p. 125.
- MOUNIER-SAINTOYANT, B., « Quelles pratiques de l'évaluation ? », *JA* n°558/2017, 1^{er} mai 2017, p. 22-27.

- MOUSSERON, P., « Quelques voies de simplification du droit coopératif », *Recma*, n°317, 2010, p. 39-43.
- MOUZON, C., « L'économie sociale et solidaire n'a pas encore gagné la bataille des idées », *AlterEco+ Alterecoplus*. En ligne : <<http://www.alterecoplus.fr/economie/leconomie-sociale-et-solidaire-na-pas-encore-gagne-la-bataille-des-idees-201502140700-00000822.html>> (consulté le 18 mai 2015).
- MUÑECAS HERRERAS, J., « *Sociedades Laborales* : modèle juridique et raisons de succès », in *Sociedades Laborales : sociétés de travailleurs associés. Entreprendre autrement : un modèle pour la Belgique*. Bruxelles, Conférence au Parlement fédéral, 21 mars 2003. En ligne : <<http://www.employee-ownership.be/BE/SAL/CONFEBXL/RAPPORT%20CONFERENCE%20SAL%20FR.pdf>> (consulté le 7 avril 2017).
- MUIR-WATT, H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in DEFFAINS, B., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil : actes du colloque organisé les 28 et 29 juin 2000*, Paris, Cujas, 2002, p. 37-45.
- NAHAPETIAN, N., « Les comités d'entreprise, entre contre-pouvoir et activités sociales », *Alternatives économiques* n°248 - juin 2006. En ligne : <http://www.alternatives-economiques.fr/page.php?controller=article&action=htmlimpression&id_article=23481&id_p arution=201> (consulté le 29 octobre 2016).
- NOTTE, G., « Projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire : aperçu rapide », Act. n°587-31-34, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2013, p. 9-12.
- OLIVIER, A., SARLAT, J-J., « La servitude conventionnelle environnementale », *JCP Environnement*, n°6, juin 2011, étude 7.
- ORSI, F., « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RID éco.*, n°3, t. XXVIII, 2014, p. 371-385.
- OSTROM, E., SCHLAGER, E., "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", *Land Economics*, 68/3, 1992, p. 249-262.
- PAILLER, P., « La place des modèles coopératif et mutualiste dans les secteurs de la banque et de l'assurance », *RD banc. fin.*, n°2, mars 2016, alerte 21.
- PELTIER, M., « La loi visant à renforcer l'éthique du sport et le droit des sociétés », *Dr. Sociétés*, n°7, juillet 2012, p. 9.
- PERROTIN, F., « Dix ans de mécénat : résultats et évolutions attendues », *LPA*, 30 janvier 2014, n°22, p. 4.
- , « Encadrement des fonds de dotation », *LPA*, 26 janvier 2015, n°18, p. 4.

- , « Fondation actionnaire : panorama européen », *LPA*, 21 mai 2015, n°101, p. 4.
- , « Mécénat : un bilan exceptionnel », *LPA*, 14 juin 2016, n°118 p. 4.
- , « Zoom sur les SARL de famille », *LPA*, n°30, 11 février 2015, p. 4.
- PERRUCHOT-TRIBOULET, V., « L'encadrement juridique du prêt opéré par le biais d'une plateforme de financement participatif », *Bull. Joly*, n°12, 2014, p. 756.
- PETITES AFFICHES DES ALPES-MARITIMES (LES), « CRESS PACA : lancement des titres associatifs », 28 août 2015. En ligne : <<http://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/economie,045/cress-paca-lancement-des-titres,6183.html>> (consulté le 18 juin 2017).
- PETRELLA, F., RICHEZ-BATTESTI, N., "Social entrepreneur, social entrepreneurship and social enterprise: semantics and controversies", *Journal of Innovation Economics & Management*, n°14-2, 2014, p. 143-156.
- PFRUNDER, F., « Penser une évaluation "hors norme" : un enjeu de taille pour les associations », *JA* n°538/2017, 1^{er} mai 2017, p. 21.
- PINVILLE, M., « Assurer le développement des associations passe par une sécurisation de leurs sources de financement », *JA* n°539/2016, 15 mai 2016, p. 22.
- PORIER, J., « Extension du domaine des produits solidaires », *Le Monde*, 4 novembre 2014. En ligne : <http://www.lemonde.fr/argent/article/2014/11/04/extension-du-domaine-des-produits-solidaires_4517806_1657007.html> (consulté le 11 novembre 2016).
- POUYAT, A., « cestbonesprit.fr, un nouveau site de e-commerce solidaire », 18 octobre 2016. En ligne : <<https://www.reforme.net/gratuit/cestbonesprit-fr-nouveau-site-de-e-commerce-solidaire/>> (consulté le 22 mai 2017).
- PRUD'HOMME, P., « Les actions de préférence d'une société coopérative anonyme », *Recma*, n°327, 2013, p.104-112.
- RABU, G., « Le regain d'activité des titres associatifs », *JSS* n°128, mars 2015, p. 52.
- RAKOTOVAHINY, M., « Prolégomènes sur l'existence d'un intérêt coopératif », *RTD com.*, 2018, p. 307-316.
- RASOLONOROMALAZA, K., « L'inclusion des structures hybrides dans la définition légale des entreprises de l'économie sociale et solidaire : fatalité, risques et opportunités », in ABECASSIS, Ph., COUTINET, N. (Dir.), *Économie sociale : crises et renouvelaux. Actes des XXXV^{èmes} journées de l'Association d'économie sociale (AÉS)*, Presses universitaires de Louvain, Cahiers du CIRTES, Hors-série n°5, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 451-465.
- , « Les Instruments juridiques de coopération et de partenariat entre entreprises sociales et entreprises capitalistes », in GARDIN, L., JANY-CATRICE, F. (Dir.), *L'Économie sociale et*

solidaire en coopérations, Presses universitaires de Rennes, Économie et société, Rennes, 2016, p. 73-84.

———, « La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire est-elle une loi de régulation économique ? », in *XVèmes Rencontres du Réseau interuniversitaire de l'économie sociale et solidaire (RIUESS)*, Reims, La créativité de l'Économie sociale et solidaire est-elle soluble dans l'entrepreneuriat ?, 2015. En ligne : <http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-3983_fr.html> (consulté le 4 août 2015).

RAYNOUARD, A., « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ? », dans *Actes de la journée d'études du 6 juin 2008, L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, coll. Cahiers de méthodologie juridique, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 2509-2521.

REVUE FIDUCIAIRE (LA), « Dossiers pratiques — Distributions perçues par une association : Impôt sur les sociétés à taux réduit des revenus du patrimoine », §1800-1807. En ligne : <<http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20132/20130612083015589.html>> (consulté le 15 juin 2017).

REYGOBELLET, A., « De quelques conséquences imprévues de l'ordonnance du 25 mars 2004 en matière de location-gérance », D. 2005. p. 220.

RHATTAT, R., « L'élaboration d'un cadre juridique européen de l'entrepreneuriat social à l'épreuve des obstacles juridiques, fiscaux et administratifs nationaux », t. XXVIII-2 *RID éco.*, 2014, p. 157-181.

RSEDATANEWS, « Patrick Savadoux : "gérer les investissements du fonds NovESS comme des entreprises cotées" (Mandarine Gestion) », 8 avril 2018. En ligne : <<https://www.rsedatanews.net/article/article-financement-patrick-savadoux--gerer-les-investissements-du-fonds-novess-comme-des-entrepr-20>> (consulté le 9 avril 2018).

RIGAUD, B., « Le contrôle financier des associations et fondations », *JA* n°296/2004, 1^{er} avril 2004, p.14.

ROCHSFELD, J., « Quel(s) modèle(s) juridiques pour les "communs" ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », § 17-18, in *Propriété et communs : les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, Séminaire international, Paris, 25-26 avril 2013. En ligne :

<http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/25-26_avril/rochfeld_modeles-juridiques.pdf> (consulté le 24 mars 2017).

RODRIGUEZ, K., « L'apport en numéraire et l'apport en compte courant », *JSS*, n°111, septembre 2013, p. 46-52.

- , « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », *Rev. Sociétés*, n°2, 6 février 2017.
- , « La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un *statu quo*, un toilettage ou une refonte ? », *Bull. Joly*, n°4, 2006, p. 447.
- ROLLAND, P., « La Cour des comptes joue un rôle essentiel dans la régulation du secteur », *JA* n°549/2016, 1^{er} décembre 2016, p. 25.
- SAINT VICTOR (DE), J., « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in PARANCE, B., SAINT VICTOR (DE), J. (Dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 51-79.
- SCHMIDT, D., « Entreprises : "Comment trancher en faveur de l'intérêt commun ?" ». 6 février 2018. En ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/02/06/entreprises-comment-trancher-en-faveur-de-l-interet-commun_5252631_3232.html#OF5acVxAsJvxV5Gy.99> (consulté le 27 février 2018).
- SEEBERGER, L., « Historique de l'évolution du droit des coopératives, de ses origines à nos jours », *Recma*, n°333, 2014, p. 60-76.
- SELINSKY, V., « Les sociétés coopératives et le droit de la concurrence », *JSS*, n°55, 1^{er} juin 2008, p. 52-57.
- SENTIS, P., « L'Évaluation financière des coopératives modernes », *Revue française de gestion*, 2014/5 (n°242), 2014, p. 135-148.
- SIBILLE, H., « Il n'y a pas de bon statut, mais des statuts adaptés à un projet ! », *JA* n°581/2018, 15 juin 2018, p. 16-17.
- , « Jeux d'acteurs, enjeux pour les acteurs », *JA* n°538/2017, 1^{er} mai 2017, p. 16-17.
- SIBONY, A.-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in FATIN-ROUGE STEFANINI M., GAY L., VIDAL-NAQUET A., *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012, p. 61-84.
- SIMON, J.-Ch., « Contraindre *a priori* l'objet social de l'entreprise serait une forme de prohibition par de nouvelles ligues de vertu », 22 janvier 2018. En ligne : <lemonde.fr/idees/article/2018/01/22/contraindre-a-priori-l-objet-social-de-l-entreprise-serait-une-forme-de-prohibition-par-de-nouvelles-ligues-de-vertu_5245251_3232.html> (consulté le 4 février 2018).
- SOUCHE, J.-P., « À Nîmes, Benoît Hamon s'en prend à la Banque publique », *Midi Libre*, 6 décembre 2014. En ligne : <<http://www.midilibre.fr/2014/12/02/benoit-hamon-s-en-prend-a-la-banque-publique,1091219.php>> (consulté le 10 novembre 2016).
- SOULAGE, F., HIPSZMAN, M., « La loi du 20 juillet 1983, première loi d'économie sociale », *Recma*, n°291, 2004, p. 48-58.

- STEEL, W., "Directors' statutory general duties", *Insight Westlaw*, 5 juillet 2016. En ligne : <<http://login-westlaw-co-uk.lama.univ-amu.fr/maf/wluk/app/document?docguid=I1AC5730042AA11E6BBCFD56F4511DC47>> (consulté le 25 février 2018).
- TALMON, V., « Économie sociale et solidaire : entreprendre autrement, ça marche ! », *Les Échos Entrepreneur*, 12 mars 2012. En ligne : <<http://business.lesechos.fr/entrepreneurs/idees-de-business/10017715-economie-sociale-et-solidaire-entreprendre-autrement-ca-marche-34843.php>> (consulté le 13 octobre 2016).
- THOMAS, V., « L'évolution du statut des clubs sportifs professionnels : de l'association sportive au groupe sportif », *Bull. Joly*, n°7, 1^{er} juillet 2002, p. 755.
- TIBERGHIEU, F., « Que faire pour développer la finance solidaire après la suppression de l'ISF-PME solidaire ? », *JA* n°573/2018, 15 février 2018, p. 13.
- TREBULLE F.-G., « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'entreprise citoyenne », *Rev. sociétés*, 2006, p. 41.
- URBAIN-PARLEANI, I., « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. sociétés*, n°11, 10 novembre 2018, p. 623-628.
- VERJAT, A., « On ne prête pas qu'aux riches », *JA* n°579/2018, 15 mai 2018, p. 44-45.
- VERLHAC, J., « Étude 4 – Droit comparé », in DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), *Droit des associations et fondations*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz-Juris Éditions, coll. Le Juris Corpus, 2016, p. 59-88.
- VINZENT, J., « Fonds de dotation culturels : où vont les millions des entreprises ? », 1^{er} septembre 2014. En ligne : <<https://marsactu.fr/fonds-de-dotation-culturels-ou-vont-les-millions-des-entreprises/>> (consulté le 23 mai 2017).
- VIUDES, P., « L'Association locataire à bail commercial », *JA* 541/2016, 15 juin 2016, p.36-38.
- VLIET (VAN), N., « Les collectivités à l'heure du mécénat », *JA* n°569/2017, 1^{er} décembre 2017, p.19.
- WIENER, C., « Crise et science de la législation en France », in BANKOWSKI, Z., *La Science de la législation : journée d'études organisée par le Centre de philosophie du droit, 4 avril 1987, Paris*, coll. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris, PUF, 1988, p. 87-93.
- WILSON-COURVOISIER, S., « Une ou des politiques publiques nationales de l'ESS ? Trente ans de tâtonnements politiques et administratifs », *Recma*, n°325, 2012, p. 78-93.

V. Jurisprudence

1. DECISIONS DES JURIDICTIONS EUROPEENNES

CJCE, 13 juillet 1962, « Mannesmann AG c/ Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », aff. n°9/61

CJCE, 14 février 1978, « United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita », aff. n°27/76

CJCE, 12 juillet 1984, « Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas », aff. 170/83

CJCE, 17 février 1993, « Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon », aff. C-159 et 160/91

CJCE, 15 décembre 1994, « Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c/Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA », aff. C-250/92

CJCE, 12 décembre 1995, « H. G. Oude Luttikhuis et autres c/ Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA », aff. C-399/93

CJCE, 16 novembre 1995, « Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche », aff. C-244/94

CJCE, 26 mars 1996, « José García e.a. c/ Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine e.a. », aff. C-238/94

CJCE, 24 juillet 2003, « Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH », aff. C-280/00

CJCE, 27 janvier 2009, « Hein Persche c/ Finanzamt Lüdenscheid », aff. C-318/07

CJCE, 5 mars 2009, « Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft », aff. C-350/07

CJUE, 8 septembre 2011, « Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c/ Paint Graphos Soc. coop. Arl (aff. C-78/08, C-79/08), et Michele Franchetto (aff. C-80/08)

2. DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC

Cons. const., 25 juillet 1984, n°84-176 DC

Cons. const., 7 janvier 2016, n°2015-510-QPC

Cons. const., 26 janvier 2017, n°2016-745 DC

3. ORDRE ADMINISTRATIF

3.1. Décisions du Conseil d'État

CE, 2^{ème} et 6^{ème} sous-sect. réun., 11 mai 1987, n°62459, Lebon

CE, Sect., 6 juillet 1990, n°88224, Lebon

CE, 10^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 28 juillet 1995, n°146878, Lebon

CE, 10^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 25 septembre 1995, n°155970

CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sect. 8 février 1999, n°169047, Lebon

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réun., 10 octobre 2003, n°242810

CE, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sect. réun., 4 août 2006, n°271964

CE, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sect. réun., 21 mars 2007, n°281796, Lebon

CE, 25 novembre 2009, n°307227

- *Les Nouvelles Fiscales*, n° 1047, 1^{er} juin 2010, comm. S. LANDMANN

CE 21 juin 2017, n°392692

- *JA* n°569/2017, 1^{er} décembre 2017, p.39, comm. X. DELSOL, A. LAROCHE

CE, 9 mai 2018, n°3888209, Lebon

- *JA* n°583/2018, 15 juillet 2018, p. 10, note R. FIEVET

CE Plén., 13 juin 2018, n°395495, Lebon

3.2. Décisions des juges du fond

TA Montpellier, 9 février 2017, n°1500374 et 1502914

- *JA* n°560/2017, 1^{er} juin 2017, p. 3, comm. B. CLAVAGNIER

CAA Paris, 4^{ème} ch., 9 octobre 2018, n°17PA00397

3.3. Décisions des juridictions spécialisées

CDBF, 20 juillet 2017, n°215-765

- *JA* n°570/2017, 15 décembre 2017, p. 9, comm. S. DAMAREY

4. ORDRE JUDICIAIRE

4.1. Décisions de la Cour de cassation

Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1976, n°74-10.990, Bull. 1976, I, n°80 p. 65

Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1977, n°75-15.120, Bull. 1977, I, n°91 p.70

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, n°86-13.158, Bull. 1988, I, n°52 p. 35

Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1996, n°93-17.255, Bull. 1996, I, n°360 p. 252

- *Bull. Joly*, n°5, 1^{er} mai 1997, p. 468, note N. RONTCHEVSKY
- *RTD Com.*, n°1, 1997, p. 85, note J. DERRUPPE

Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1989, n°88-11.524, Bull.1989, III, n°126, p. 70.

Cass. 3^{ème} civ., 16 février 2000, n°98-15.842, Bull. 2000 III n°34 p. 24

Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2004, n°01-17.687, Bull. 2004 III n°4 p. 2

Cass. 3^{ème} civ., 4 février 2009, n°08-11.433, Bull. 2009, III, n°31

Cass. 3^{ème} civ., 5 septembre 2012, n°11-23.209

Cass. 3^{ème} civ., 12 septembre 2012, n°11-17.948, Bull. 2012, III, n° 121

- *Bull. Joly*, n°12, 2012, p. 831, note D. PORACCHIA

Cass. 3^{ème} civ., 26 janvier 2017, n°15-27.580, Bull.

- *RTD civ.*, 2017, p. 372-374, comm. H. BARBIER

Cass. ch. réun., 11 mars 1914

Cass. com., 18 avril 1961, Bull. civ. III, n°175

Cass. com., 17 décembre 1963, Bull., n°552

Cass.com., 9 décembre 1965, Bull. civ., III, n°635

Cass. com., 13 mai 1970, n°69-11.268, Bull., n°158, p. 141

Cass. com. 2 mai 1972, n°71-11.216, Bull., n°128, p. 130

Cass. com., 17 mars 1981, n°79-14.117, Bull., n°149

Cass. com., 12 février 1985, n°83-10.864 et 83-11.286, Bull. 1985, IV, n°59, p. 50

Cass. com., 28 avril 1987, n°85.18-062, *Bull.* 1987, IV, n°104, p. 79,

- *Rev. Soc.*, 1977, p. 81, note F. BENAC-SCHMIDT

Cass. com., 19 janvier 1988, n°85-18.443, Bull. 1988, IV, n°33 p. 23

Cass. com., 10 mars 1992, n°90-16.298, Bull. 1992, IV, n°111, p. 81

Cass. com., 8 novembre 1994, n°92-17.994, Bull. civ. IV, n°325

Cass. com., 22 février 2000, n°97-17.020, Bull. 2000, IV, n°35, p. 29

- *Bull. Joly*, n°5, 1^{er} mai 2000, p. 552, note PH. NEAU-LEDUC
- *Gaz. Pal.*, n°137, 16 mai 2000, p. 21, note F. GILLAIN

Cass. com, 20 novembre 2001, n°98-21.708, Bull. 2001, IV, n° 180, p. 171

- *Rev. sociétés*, n°2, 2002, p. 316, note J.-J. DAIGRE

Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092, Bull. civ. IV, n°84

- *D.*, 2003, p. 2623, comm. B. DONDERO

Cass. com. 11 juillet 2006, n° 05-13.103, Bull. civ. IV, n° 181

- *JCP* 2007, I, p.113, no 13, obs. M. Cabrillac
 - *JCP E* 2007, p. 1907, no 28, obs. Gros
- Cass. com., 7 juillet 2009, n°07-21.957
- Cass. com., 30 mai 2012, n°11-16.272, Bull. 2012, IV, n° 111
- *RTDF* n°3, 2012, p. 93-96, comm. D. PORACCHIA
- Cass. com., 30 mai 2012, n°11-18.024
- *RTDF* n°3, 2012, p. 93-96, comm. D. PORACCHIA
- Cass. com., 6 mai 2014, n°13-11.427, Bull. 2014, IV, n° 77
- *Rev. Sociétés*, 2014, p. 574, note A.-C. MULLER
- Cass. com., 8 février 2017, n°15-15.005, Bull.
- Cass. com., 8 février 2017, n°15-23.050, Bull.
- *Bull. Joly*, n°5, 1^{er} mai 2017, p. 324, comm. M. BEHAR-TOUCHAIS
 - *Contrats, conc. consom.*, n° 4, avril 2017, p. 78, comm. N. MATHEY
 - *Rev. sociétés*, 2017, p. 636, note D. HIEZ
 - *RTD civ.*, 2017, p. 372-374, comm. H. BARBIER
- Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864, Bull.
- *AJ Contrat*, 2018, p. 31-33, note G. PARLEANI
 - *Bull., lamy conc.*, n°69, 1^{er} février 2018, note S. BEAUMONT, C. MAUGERE
 - *Contrats, conc. consom.*, n°1, janvier 2018, p. 9, comm. N. MATHEY
- Cass. crim. 9 novembre 2010, n°09-88.272
- *D.* 2010, p. 2707, note S. LAVRIC
- Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, Bull. 2012, V, n° 83
- Cass. soc., 5 novembre 2014, n°13-11.146 à 13-11.149
- *JA* n°510/2014, p. 11, comm. D. RIEUBON
- Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-19.732, Bull.
- Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 18-60.030, Bull.

4.2.Décisions des juges du fond

- CA Paris, 5^{ème} ch., sect. B, 4 juillet 1996, n°94/21940
- CA Pau, 2^{ème} ch., sect. 13 avril 2012, n°11/00429
- *RTDF* n°3, 2012, p. 93-96, comm. D. PORACCHIA
- CA Paris, Pôle 5, 1^{ère} ch., 12 décembre 2012, n°10/10 996
- *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°325, 31 janvier 2013, comm. B. BRIGNON.

VI. Rapports officiels, avis, réponses ministérielles et communiqués

AMSALEM, B., *Rapport sport et économie sociale et solidaire présenté par Bernard AMSALEM au Conseil national du sport*, Bureau de la communication du Ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports (MVJS), 3 janvier 2017. En ligne : <http://www.sports.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_cns2.pdf> (consulté le 5 avril 2017).

ASSEMBLEE NATIONALE, *Assemblée nationale - Deuxième séance du mardi 13 mai 2014*. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2013-2014/20140201.asp>> (consulté le 11 mai 2015).

ASSEMBLEE NATIONALE, *Assemblée nationale - Première séance du mardi 13 mai 2014*. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2013-2014/20140200.asp>> (consulté le 11 mai 2015).

ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire déposé le 9 mars 2016 par la Commission des affaires économiques*. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i3557.asp>> (consulté le 27 mai 2017).

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Investir quand on est une association, une fondation ou une autre institution : les bonnes pratiques*, 23 juin 2016. En ligne : <<http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F9dc34ecd-0886-447d-86f5-a036a71b4244>> (consulté le 27 mai 2017).

AVENEL, C., BOISSON-COHEN, M., DAUPHIN, S. *et al.*, *L'investissement social : quelle stratégie pour la France ?*, La Documentation Française, Paris, novembre 2017. En ligne : <http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/cnaf_linvestissement_social_web.pdf> (consulté le 19 avril 2018).

BARFETY, J.-B., NOTAT, N., SENARD, D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail*, 9 mars 2018. En ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf> (consulté le 9 mars 2018).

BAZIN, C., DUROS, M., LEGRAND, F. *et al.*, « La France associative en mouvement », 15^{ème} édition, septembre 2017. En ligne : <

https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/france_associative_en_mouvement_2017.pdf

(consulté le 27 juillet 2018).

BLEIN, Y., *Assemblée Nationale - Rapport de mission : 50 mesures de simplification pour les associations*, 9 octobre 2014. En ligne :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000663.pdf>

(consulté le 28 janvier 2017).

BOCQUET, A., DUMAS, F., *Assemblée nationale - Rapport sur les difficultés du monde associatif*, 2383, Paris, Assemblée nationale, 2014. En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-enq/r2383-tI.pdf>.

BOURVEN, M., CREYSSEL, J., DURON, J. *et al.*, *Construire l'avenir par une France plus forte et plus solidaire*, rapport public, Paris, Conseil économique, social et environnemental (CESE), 2010. En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000101/> (consulté le 11 mai 2015).

BROTTE, J., *Les sociétés d'impact sociétal (SIS)*. Luxembourg, Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS), Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire, novembre 2016, p. 18. En ligne : <https://www.gouvernement.lu/6523589/societes-impact-societal-sis.pdf> (consulté le 11 avril 2016).

BUGUET-DEGLETAGNE, B., « Appel à la générosité publique : quelle transparence de l'emploi des fonds ? Rapport de capitalisation, édition 2017 », IGAS, n°2017-101R, novembre 2017. En ligne :

http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/igas_rapport_2017_appel_generosite_publicque.pdf (consulté le 5 avril 2018).

CAVAILLOLES, D., JEVAKHOFF, A., *Le rôle économique des fondations. Rapport n°2017-M-008 de l'Inspection générale des finances*, avril 2017. En ligne :

<http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2017/2017-M-008.pdf> (consulté le 27 mai 2017).

CLAVERIE, C., SIBIEUDE, T., *La mesure de l'impact social : Après le temps des discours, voici venu le temps de l'action*. Rapport du 8 décembre 2011, Groupe de travail du CSESS sur la mesure de l'impact social, p. 8. En ligne : http://www.avise.org/sites/default/files/atoms/files/20140204/201112_CSESS_Rapport_ImpactSocial.pdf (consulté le 5 mai 2017).

- CNCRES, *Panorama de l'ESS en France – édition 2015*. En ligne : <<http://www.cncres.org/upload/gedit/12/file/observatoire/Panorama%20de%20l'ESS%202015-CNCRES.pdf>> (consulté le 2 octobre 2016).
- COMITE D'AIDE POUR LE DEVELOPPEMENT, *Glossaire des principaux termes relatifs à l'évaluation et la gestion axées sur les résultats*, OCDE. En ligne : <<http://www.oecd.org/dac/evaluation/dcdndep/45810943.pdf>> (consulté le 20 octobre 2016).
- COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *Avis n°1584/2011 du Comité économique et social européen sur le thème « Entrepreneuriat social et entreprise sociale » 2011*. En ligne : <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.int-opinions.19124>> (consulté le 11 mai 2015).
- COMMISSION EXPERT GROUP ON SOCIAL ENTREPRENEURSHIP (GECES), *Social enterprises and the social economy going forward. A call for action from the Commission Expert Group on Social Entrepreneurship*, 31 octobre 2016. En ligne : <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=9024> (consulté le 22 avril 2017).
- CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2000, jurisprudence et avis de 1999 : les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Paris, La Documentation française, coll. Études et Documents du Conseil d'État, 2000.
- , « Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999 », 30 novembre 1999. En ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>> (consulté le 26 juin 2018).
- , *Rendre plus attractif le droit des fondations. Étude adoptée par la Section de l'intérieur et la Section du rapport et des études du Conseil d'État siégeant en sections réunies les 27 et 28 novembre 1996*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1997, p. 103.
- COPPINGER, N., PELTIER, M., WACHEUX, F., et al., *Contrôle de l'association pour faciliter l'insertion professionnelle des jeunes diplômés (AFIJ)*, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, juillet 2013. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000448/index.shtml>> (consulté le 8 mai 2017).
- COUR DES COMPTES, *Le compte d'emploi des ressources (CER) des organismes faisant appel à la générosité publique*, 21 juillet 2015. En ligne : <<http://www.ccomptes.fr/Publications/Publications/Le-compte-d-emploi-des-ressources-des-organismes-faisant-appel-a-la-generosite-publique>> (consulté le 14 mai 2017).
- , *Rapport d'observations définitives de la Cour des comptes sur la qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité*

publique, Paris, octobre 2007. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000612/>> (consulté le 14 mai 2017).

DUFOURCQ, N., *Contribuer au financement de l'économie sociale et solidaire : renforcer l'existant, approfondir les partenariats, innover – Rapport d'étape*, Paris, BPI France, 2013. En ligne : <<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/15091.pdf>> (consulté le 11 mai 2015).

DURAND, Y., *Rapport n°308 fait au nom de la commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'émission de certaines valeurs mobilières par les associations*, Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 mai 1985. En ligne : <https://www.senat.fr/rap/1984-1985/i1984_1985_0308.pdf> (consulté le 17 juin 2017).

ECONOMIE.GOUV.FR, « L'économie sociale et solidaire », 24 décembre 2015. En ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/ess-economie-sociale-solidaire>> (consulté le 26 avril 2018).

ESS FRANCE, *Le financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Rapport de la commission présidée par Frédéric Tiberghien*, Paris, 16 mars 2017. En ligne : <http://www.ess-france.org/sites/ess-france.org/files/ESS-FRANCE_rapport_financement.pdf> (consulté le 19 avril 2017).

———, *Stratégie de développement des entreprises de l'ESS. Note de synthèse des travaux menés au sein d'ESS France*, Paris, 16 mars 2017. En ligne : <http://www.ess-france.org/sites/ess-france.org/files/ESS-FRANCE_strategie-developpement.pdf> (consulté le 18 avril 2017).

EUROPEAN CENTER FOR NOT-FOR-PROFIT LAW, INTERNATIONAL CENTER FOR NOT-FOR-PROFIT LAW, UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *The Regulatory Framework for Fundraising in Europe, 2017*, p. 48. En ligne : <http://ecnl.org/wp-content/uploads/2017/11/The-Regulatory-Framework-for-Fundraising-in-Europe_ECNL-research.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

FRANCE STRATEGIE, *Lancement d'un groupe de travail sur la mesure socioéconomique de l'impact de l'investissement social*, 16 février 2018. En ligne : <<http://www.strategie.gouv.fr/actualites/lancement-dun-groupe-de-travail-mesure-socioeconomique-de-limpact-de-linvestissement>> (consulté le 7 avril 2018).

GALITOPOULOU, S., NOYA, A., *Synthèse sur le changement d'échelle et la maximisation de l'impact des entreprises sociales. Politiques d'entrepreneuriat social*. Luxembourg : OCDE, 2016. En ligne : <<http://www.oecd.org/fr/cfe/leed/Policy-brief-Scaling-up-social-enterprises-FR.pdf>> (consulté le 3 avril 2017).

- GUEZENNEC, C., MALOCHET, G., *L'Impact investing pour financer l'économie sociale et solidaire ? Une comparaison internationale*, Document de travail, Paris, Commissariat général à la stratégie et à la prospective – Premier Ministre, n°2013-02, juin 2013. En ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/dt_-_impact_investing_-_vu_hm_final_le_21-06vcg9h00.pdf> (consulté le 17 novembre 2016).
- HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris concernant les propositions relatives aux actions de préférence*, 26 janvier 2018. En ligne : <https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_13.pdf> (consulté le 18 octobre 2018).
- HAUT CONSEIL A LA VIE ASSOCIATIVE (HCVA), *Avis du HCVA sur le Paquet Alumnia*, 15 novembre 2012, p.4. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/hcva_paquet_Almunia.pdf> (consulté le 22 avril 2017).
- , *Rapport définitif du HCVA sur le financement privé du secteur associatif. Adopté le 13 mars 2014*. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/hcva-rapport_definitif_financement.pdf> (consulté le 26 janvier 2018).
- , *Rapport du HCVA : les associations et l'entrepreneuriat social. Adopté en séance plénière le 28 mars 2017*, p. 43. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_hcva_asso_entrep_ess_adopté_en_seance_pleniere_le_28_mars_2017-2.pdf> (consulté le 18 avril 2017).
- , *Rapport sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations*, Adopté en séance plénière le 25 mai 2016. En ligne : <http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_du_HCVA_sur_l_interet_general.pdf> (consulté le 9 mai 2017).
- HAUTE AUTORITE POUR LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE, *La déontologie dans les établissements public culturels. Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication*, juin 2016, p. 15. En ligne : <<http://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/La-deontologie-dans-les-etablissements-publics-culturels.pdf>> (consulté le 16 février 2018).
- ICF CONSULTING SERVICES LIMITED, WILKINSON, C., *A map of social enterprises and their ecosystems in Europe. Synthesis Report*, European Commission, Luxembourg, 2015. En ligne : <ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=12987&langId=en> (consulté le 31 mai 2018).
- INSEE, « Entre 2010 et 2015, les inégalités de patrimoine se réduisent légèrement », 7 novembre 2016. En ligne : <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2496232>> (consulté le 29 janvier 2018).

- INTERNAL REVENUE SERVICE (IRS), “Examples of Program-Related Investments”, *Internal Revenue Bulletin*, n°2016-19, 9 mai 2016, T.D. 9762. En ligne : <https://www.irs.gov/irb/2016-19_IRB> (consulté le 25 mars 2018).
- JAJARDA GARCIA, I-G., MUÑECA, J., SAN JOSE, J., *Employee financial participation : Spain's Sociudades Laborales*, IP/A/EMPL/2016-01, PE 587.300, Bruxelles, Parlement européen, Direction générale des Politiques internes de l'Union, Direction des politiques économiques et scientifiques, août 2016. En ligne : <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf)> (consulté le 5 avril 2017).
- JUANICO, R., *Avis n°1862 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif à l'économie sociale et solidaire*, Assemblée nationale, 9 avril 2014. En ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1862.asp>> (consulté le 9 avril 2014).
- LEHALLE, M., HAINQUE, M., *CGEFi - Rapport sur le projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire*, 12.09.36, Paris, Ministère de l'Économie et des Finances, 2013. En ligne : <<http://www.cress-bn.org/files/En%20bref/2013%2001%2015%20Rapport%20final%20CGEFI%20ESS.pdf>>.
- LEGIFRANCE, *Dossiers législatifs - Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations*, 29 septembre 2016. En ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000031921085&type=general&typeLoi=proj&legislature=14>> (consulté le 13 mai 2017).
- , *Guide de légistique / Droit français*. En ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>> (consulté le 6 juillet 2015).
- LENANCKER, P., ROIRANT, J.-M., *Avis du Conseil économique, social et environnemental - Entreprendre autrement : l'économie sociale et solidaire*, 22 janvier 2013. En ligne : <<http://www.lecese.fr/travaux-publies/entreprendre-autrement-leconomie-sociale-et-solidaire>> (consulté le 11 mai 2015).
- LIENEMANN, M.-N., *Rapport d'information par le groupe de travail sur l'économie sociale et solidaire*, Session extraordinaire de 2011-2012, 707, coll. Commission des affaires économiques, Paris, Sénat, 2012. En ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r11-707/r11-7071.pdf>>.
- LIPIETZ, A., *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale : rapport remis au Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, rapport public, Paris, Ministère de l'Emploi et de la

Solidarité, 2000. En ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001813/index.shtml>> (consulté le 11 mai 2015).

MARLAND-MILITELLO, M., *Livre blanc parlementaire. Libérer les générosités associatives*, juin 2012. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/livre-blanc-parlementaire-juin-2012.pdf>> (consulté le 18 avril 2017).

MENDELL, M., ENJOLRAS, B., NOYA, A., *L'économie sociale au service de l'inclusion au niveau local : Rapport sur deux régions de France : Alsace et Provence – Alpes – Côte d'Azur*, OECD Local Economic and Employment Development (LEED) Working Papers, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010. En ligne : <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/workingpaper/5kg0nvxwgbp-en>> (consulté le 18 mai 2015).

MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET, Rép. min., question n°130690 : JOAN, 17 avril 2012, p. 2999.

———, Rép. min., question n°458 : JOAN, 9 avril 2013, p. 3858.

———, décision du 24 avril 2015, n°MAAF/DGPE 24/04/2015. En ligne : <http://mesdemarches.agriculture.gouv.fr/spip.php?action=accéder_document&arg=283&cle=51475211711f97b0b0f68243583389e72e0382ef&file=pdf%2FStatuts_types_GAEC_2015-1.pdf> (consulté le 29 mars 2017).

MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, « Charte du mécénat culturel », 1^{er} décembre 2014. En ligne : <http://www.cinematheque.fr/static/apps/cinematheque_templates/files/mecenats/CHARTE%20mecenat%20culturel-2.pdf> (consulté le 16 février 2018).

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Conférence sur l'investissement à impact social : dossier de présentation*, 24 novembre 2016. En ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/24112016_DPVF_conference_investissement_impactsocial.pdf> (consulté le 21 juin 2017).

———, « Michel SAPIN et Martine PINVILLE signent les deux premiers contrats à impact social en présence du Président de la République », communiqué de presse, 24 novembre 2016. En ligne : <<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/21766.pdf>> (consulté le 21 juin 2017).

MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, « Prélèvement à la source : quel impact pour les dons aux associations ? », 12 mars 2018. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/prelevement-a-la-source-quel-impact-pour-les-dons-aux-associations.html>> (consulté le 5 avril 2018).

MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, « La feuille de route économie circulaire ». En ligne : <<https://www.consultation-economie-circulaire.gouv.fr/la-feuille-de-route-economie-circulaire>> (consulté le 24 avril 2018).

———, « French Impact : innover au service de l'intérêt général », 18 janvier 2018. En ligne : <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/french-impact-innover-au-service-linteret-general>> (consulté le 8 avril 2018).

MINISTERE DE LA VILLE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS, *Associations, pouvoirs publics : un cadre partenarial rénové. Guide d'usage de la subvention 2017*, 23 mars 2017. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/le-guide-d-usage-de-la-subvention.html>> (consulté le 24 avril 2017).

———, « Nombre d'associations en France en 2015 ». En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/10829-nombre-associations-en-france.html>> (consulté le 28 janvier 2017).

MINISTRE DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT, DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DES SERVICES, Rép. min., question n°20153 : JOAN, 27 mai 2008, p. 4396.

MINISTRY OF LABOUR FAMILY AND SOCIAL AFFAIRS (Republic of Slovenia), *Social entrepreneurship Act*. En ligne : <http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/zaposlovanje/Act_SE_rev_clear.pdf> (consulté le 23 décembre 2015).

MONZON CAMPOS, J. L., CHAVES ÁVILA, R., Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), *L'Économie sociale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Comité économique et social européen, 2012. En ligne : <<http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-790-fr-c.pdf>>.

MOUVEMENT ASSOCIATIF (LE), *Pour une politique de vie associative ambitieuse et le développement d'une société de l'engagement*. Rapport remis au Premier Ministre le 8 juin 2018. En ligne : <https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_complet_chantier_vie_asso_lma.pdf> (consulté le 9 juillet 2018).

OCDE, *Understanding social impact bonds*, LEED, 2016. En ligne : <<http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>> (consulté le 20 juin 2017).

OCDE, Union européenne, *Favoriser le développement des entreprises sociales : recueil de bonnes pratiques*, éd. OCDE, 2017. En ligne : <https://read.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/favoriser-le-developpement-des-entreprises-sociales_9789264288157-fr#page1> (consulté le 18 mai 2018).

- SECRETARIAT GENERAL DES AFFAIRES EUROPEENNES, *Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général (SIEG)*, 2015, p. 16. En ligne : http://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_SIEG_du_SGAE.pdf (consulté le 22 avril 2017).
- SERVICE DES ACHATS DE L'ÉTAT (SAE), « Le groupement momentané d'entreprises (GME) ». En ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/sae/doc/gme.pdf (consulté le 14 avril 2018).
- SUDREAU, P. (Dir.), *Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise remis au Président de la République et au Premier ministre le vendredi 7 février 1975*, Paris, La Documentation française, 1975.
- TASCA, C., *Les services d'intérêt général après le traité de Lisbonne*, Rapport d'information n°376 (2007-2008) fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 4 juin 2008. En ligne : https://www.senat.fr/rap/r07-376/r07-376_mono.html#toc69 (consulté le 4 avril 2018).
- UK DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (DTI), *Social Enterprise: A Strategy for Success. An introduction*, 2002, p. 2. En ligne : <http://www.dti.gov.uk/socialenterprise> (consulté le 23 décembre 2015).
- UN INTER-AGENCY TASK FORCE ON SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY, *Mapping of Intergovernmental Documentation on Social and Solidarity Economy (SSE)*, Sustainable Development Goals, Knowledge Hub Resources, Version 1.0, Mai 2018. En ligne : [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/httpNetITFramePDF?ReadForm&parentunid=9143B54AE8D57E27C125829B002BE6ED&parentdoctype=paper&netitpath=80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/9143B54AE8D57E27C125829B002BE6ED/\\$file/UNTFSSSE---KH-Resources-Mapping%20of%20Intergovernmental%20Documentation%20on%20Social%20and%20Solidarity%20Economy%20\(SSE\).pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/httpNetITFramePDF?ReadForm&parentunid=9143B54AE8D57E27C125829B002BE6ED&parentdoctype=paper&netitpath=80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/9143B54AE8D57E27C125829B002BE6ED/$file/UNTFSSSE---KH-Resources-Mapping%20of%20Intergovernmental%20Documentation%20on%20Social%20and%20Solidarity%20Economy%20(SSE).pdf) (consulté le 30 mai 2018).
- VERCAMER, F., *Rapport sur l'économie sociale et solidaire - L'économie sociale et solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi, rapport public*, Paris, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 2010. En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000206/> (consulté le 11 mai 2015).
- WWW.PARLIAMENT.UK, "Parliamentary Commission on Banking Standards. Written evidence from the Big Society Capital", 8 février 2013. En ligne :

<https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtpcbs/27/27viii_we_f11.htm>
(consulté le 17 avril 2018).

VII. Sites Internet officiels

AGENCIA ESTATAL, BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE), “Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social”, BOE-A-2011-5708, núm. 76, de 30/03/2011. En ligne : <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-5708>> (consulté le 7 avril 2017).

AGENCIA ESTATAL, BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE), “Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales”, BOE-A-1986-10626, núm. 103, de 30 de abril de 1986, páginas 15463 a 15465. En ligne : <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10626>> (consulté le 7 avril 2017).

AMF, « Le capital investissement », 27 mai 2014. En ligne : <<https://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Produits-et-SICAV/FIA/Capital-investissement?>> (consulté le 9 août 2018).

———, « Les fonds professionnels spécialisés », 9 octobre 2015. En ligne : <<https://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Produits-et-SICAV/FIA/Fonds-professionnels-specialises?>> (consulté le 9 août 2018).

APCE, « Création d’entreprise, créer sa société, l’auto-entrepreneur, reprendre une entreprise, aides à la création d’entreprise ». En ligne : <<http://www.apce.com/>> (consulté le 18 mai 2015).

ASSOCIATIONS.GOUV.FR, « Association en Alsace-Moselle : quelles sont les formalités de formation ? », 21 octobre 2016. En ligne : <<http://www.associations.gouv.fr/association-en-alsace-moselle-queelles-sont-les-formalites-de-creation.html>> (consulté le 21 décembre 2017).

BRITISH COLUMBIA, MINISTRY OF FINANCE, “Questions and answers - Community contribution companies (C3s)”. En ligne : <<http://www.fin.gov.bc.ca/prs/ccc/caq.htm>> (consulté le 11 avril 2017).

CCI MARSEILLE PROVENCE, « CCIMP - Pour la croissance des entreprises et du territoire ». En ligne : <<http://www.ccimp.com/>> (consulté le 18 mai 2015).

CNCRES, « Sociétés commerciales de l’économie sociale et solidaire. Note juridique et réglementaire à destination des entreprises », 8 septembre 2016. En ligne : <http://www.cncres.org/upload/iedit/12/529_2008_CNCRESS_Note_Societes_commerciales_de_IESS_2016.pdf> (consulté le 22 mars 2017).

CO-OPERATIVES UK, “Simply legal – legal forms and organisational types for co-operatives and community-owned enterprises”, septembre 2017. En ligne :

<<https://www.uk.coop/sites/default/files/uploads/attachments/simply-legal-final-september-2017.pdf>> (consulté le 21 décembre 2017).

DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, “Chapter 1: introduction”, in *Office of the Regulator of Community Interest companies: Information and guidance notes*. Cardiff, mai 2016. En ligne : <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605411/cic-12-1333-community-interest-companies-guidance-chapter-1-introduction.pdf> (consulté le 11 avril 2017).

———, “Chapter 7: Financing Community Interest companies”, in *Office of the Regulator of Community Interest companies: Information and guidance notes*. Cardiff, mai 2016. En ligne : <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605419/14-1090-community-interest-companies-chapter-7-financing-cics.pdf > (consulté le 11 avril 2017).

DEPARTMENT OF ENERGY AND CLIMATE CHANGE, “Policy paper: DECC Overview on co-operative societies and community benefit societies”, 19 mars 2015. En ligne : <<https://www.gov.uk/government/publications/community-energy-strategy-update/decc-overview-on-co-operative-societies-and-community-benefit-societies>> (consulté le 21 décembre 2017).

DEPARTMENT OF INTERNAL AFFAIRS, “Community Development Policy”, 2016. En ligne : <<https://www.dia.govt.nz/Resource-material-Our-Policy-Advice-Areas-Community-Development-Policy#cv5>> (consulté le 11 avril 2017).

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Fonds de dotation », 14 février 2017. En ligne : <<http://www.economie.gouv.fr/daj/fonds-dotation#xtor=RSS-11>> (consulté le 3 avril 2017).

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Fonds de dotation », 14 février 2017. En ligne : <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/fondsdedotation/clausier/clausier-fds-dotation.pdf> (consulté le 3 avril 2017).

FICI, A., “The New Italian Law on Social Enterprise”, 2006, p. 2. En ligne : <<http://www.oecd.org/cfe/leed/37508649.pdf>> (consulté le 23 décembre 2015).

GOUVERNEMENT.FR, « Programme d’investissements d’avenir. Transition numérique de l’État et modernisation de l’action publique. Programme : « Transition numérique de l’administration territoriale de l’État ». Appel à projets “Laboratoires d’innovations territoriales”. Cahier des charges ». En ligne : <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2016/04/aap_complet_laboratoires_innovations.pdf> (consulté le 4 février 2018).

GOV.UK, “Unincorporated associations”. En ligne : <<https://www.gov.uk/unincorporated-associations>> (consulté le 21 décembre 2017).

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, « Déclaration de Luxembourg - Feuille de route vers la création d'un écosystème plus complet pour les entreprises de l'économie sociale », 4 décembre 2015. En ligne : <<http://www.eu2015lu.eu/fr/actualites/communiqués/2015/12/04-declaration-luxembourg/>> (consulté le 2 octobre 2016).

GUICHET.LU, « Salaire social minimum et indexation des salaires », 7 janvier 2017. En ligne : <<http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/ressources-humaines/remuneration/paiement-remunerations/salaire/>> (consulté le 15 avril 2017).

JUSTEL, Législation consolidée. En ligne : <<http://www.ejustice.just.fgov.be>> (consulté le 11 avril 2017).

INSEE, « Insee - Définitions et méthodes - Secteur d'activité ». En ligne : <<http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/secteur-d-activite.htm>> (consulté le 18 mai 2015).

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, « Lancement d'un nouvel appel à projets “Financement de l'économie sociale et solidaire” », Communiqué de presse n°360, 29 janvier 2015. En ligne : <<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/18640.pdf>> (consulté le 15 août 2017).

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, « Contrats à impact social : faire grandir de nouvelles solidarités en France », 25 novembre 2016. En ligne : <<https://www.economie.gouv.fr/contrat-impact-social>> (consulté le 20 juin 2017).

———, « Carole Delga a réuni le Conseil supérieur de l'Economie sociale et solidaire | Le portail des ministères économiques et financiers ». En ligne : <<http://www.economie.gouv.fr/carole-delga-a-reuni-le-conseil-superieur-de-l-ess-28-octobre-2014>> (consulté le 18 mai 2015).

NOVA SCOTIA CANADA, “Government Introduces New Business Designation”, 15 juin 2016. En ligne : <<https://novascotia.ca/news/release/?id=20160615002>> (consulté le 11 avril 2017).

PREFECTURE ET LES SERVICES DE L'ÉTAT EN REGION AUVERGNE-RHONE-ALPES (LA), « Le Lab @RCHIPSL », 16 mars 2017. En ligne : <<http://www.prefectures-regions.gouv.fr/auvergne-rhone-alpes/Region-et-institutions/L-action-de-l-Etat/Innovation/RCHIPSL-Laboratoire-d-innovations-territoriales-de-l-Etat/Le-Lab-RCHIPSL/Le-Lab-RCHIPSL>> (consulté le 4 février 2018).

SERVICE-PUBLIC-ASSO.FR, « Association reconnue d'utilité publique », 20 février 2018. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F1131>> (consulté le 25 mars 2018).

———, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 15 février 2016. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R34366>> (consulté le 28 mai 2017).

———, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 15 février 2018. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R34366>> (consulté le 25 mars 2018).

———, « Modèle de statuts d'association reconnue d'utilité publique », 6 août 2018. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R34366>> (consulté le 24 septembre 2018).

———, « Modèle de statuts de fondation reconnue d'utilité publique », 6 août 2018. En ligne : <<https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/R31090>> (consulté le 24 septembre 2018).

SERVICE PUBLIC FEDERAL DES FINANCES, « Précompte mobilier ». En ligne : <https://financien.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/Precomptes/precompte_mobilier> (consulté le 11 avril 2017).

TRESOR – DIRECTION GENERALE, « Taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées », 13 janvier 2017. En ligne : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/4164_taux-moyen-de-rendement-des-obligations-des-societes-privées> (consulté le 18 juin 2017).

UNION LUXEMBOURGEOISE DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE (ULESS), « Société d'impact sociétal ». En ligne : <<http://www.uless.lu/fr/activites/defendre/societes-d-impact-sociales-sis>> (consulté le 11 avril 2017).

VIII. Autres sites Internet

ACEDO, S., « Le Mutualisme : une opportunité dans l'après-crise ? » <<http://www.argusdelassurance.com/acteurs/le-mutualisme-une-opportunité-dans-l-apres-crise.69364>> (consulté le 16 octobre 2016).

ADMICAL, « Baromètre du mécénat d'entreprise : les chiffres-clés 2016 », mai 2016. En ligne : <<http://admical.org/contenu/barometre-du-mecenat-dentreprise>> (consulté le 23 mai 2017).

AFEP, ANSA, MEDEF, « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Contribution de l'AFEP, de l'ANSA et du MEDEF sur les aspects de droit des sociétés », novembre 2017. En ligne : <<http://www.afep.com/wp-content/uploads/2018/01/Consultation-PACTE-Aspects-de-droit-des-sociétés-contribution-AFEP-ANSA-MEDEF-27-novembre-2017.pdf>> (consulté le 26 février 2018).

- AGRESTE, la statistique, l'évaluation et la prospective agricole, « Enquête sur la structure des exploitations agricoles 2013 et recensement agricole 2010 ». En ligne : <<http://agreste.agriculture.gouv.fr/thematiques/structures-agricoles-880/exploitations-881/>> (consulté le 29 mars 2017).
- ALIX, J.-S., AUTES, M., COUTINET, N., GARRIGUE, G., « Les contrats à impact social : une menace pour la solidarité ? », 16 janvier 2018. En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Les-contrats-a-impact-social-une-menace-pour-la-solidarite.html#.W14UsJzsbXA.linkedin>> (consulté le 20 janvier 2018).
- ALVAREZ, C., « Les coopératives, une alternative à l'ubérisation de l'économie selon Sandrino Graceffa », 17 juillet 2017. En ligne : <<http://www.novethic.fr/empreinte-sociale/conditions-de-travail/isr-rse/sandrino-graceffa-les-cooperatives-une-alternative-a-l-uberisation-de-l-economie-144631.html>> (consulté le 30 septembre 2017).
- AMBLARD, C., « “Statut ne vaut pas vertu”, oui mais... », 30 avril 2018. En ligne : <<http://www.isbl-consultants.fr/statut-ne-vaut-vertu-oui/>> (consulté le 3 mai 2018).
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, « Non-profit LLCs », 2 mars 2017. En ligne : <http://www.americanbar.org/publications/blt/2017/03/02_brewer.html> (consulté le 12 avril 2017).
- ANNUAIRE NATIONAL DES AMAP, « Qu'est-ce qu'une AMAP ? », en ligne : <<http://www.reseau-amap.org/amap.php>> (consulté le 22 février 2017).
- APPRENTIS D'AUTEUIL, « Enquête Ipsos : l'IFI et le don ». En ligne : <<https://www.apprentis-auteuil.org/comment-soutenir-apprentis-dauteuil/donner-au-titre-de-lifi/enquete-ipsos-lifi-et-le-don.html>> (consulté le 12 avril 2018).
- ASSOCIATHEQUE.FR, « Modèle de statuts des fondations reconnues d'utilité publique ». En ligne : <https://www.assoiatheque.fr/fr/fichiers/guides/creer/modele_de_statuts_des_fondations_reconnues_dutilite_publique.doc> (consulté le 28 mai 2017).
- ATELIER (L'), « BPI France : la création d'outils financiers dédiés à l'ESS ! », 15 octobre 2015. En ligne : <<http://www.atelier-idf.org/ressources/breves/2015-10-15,BPI-France-creation-outils-financiers-ess.htm>> (consulté le 22 juin 2017).
- , « Fermeture de l'Atelier – Centre de ressources régional de l'économie sociale et solidaire en Île-de-France », 9 janvier 2017. En ligne : <<http://www.atelier-idf.org/ressources/breves/2017-01-09,fermeture-atelier-ess.htm>> (consulté le 12 mars 2017).
- AVISE, « Choisir la forme juridique adaptée à son projet ». En ligne : <<http://www.avise.org/ressources/kit-choisir-la-forme-juridique-adaptee-a-son-projet>> (consulté le 17 décembre 2016).

- , « Dossier spécial : impact social », 5 janvier 2017. En ligne : <http://www.avise.org/dossiers/impact-social> (consulté le 21 juin 2017).
- , « Fonds régional d'investissement solidaire (FRIS) », 23 mai 2017. En ligne : <http://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/fonds-regional-dinvestissement-solidaire-fris> (consulté le 15 août 2017).
- , « Mode d'emploi. Évaluer l'impact social : un éclairage pour ceux qui financent une activité d'utilité sociale », 9 janvier 2018. En ligne : <http://www.avise.org/actualites/mode-demploi-evaluer-limpact-social> (consulté le 20 janvier 2018).
- , « Société d'investissement France Active (SIFA) », 29 juillet 2016. En ligne : <http://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/societe-dinvestissement-france-active-sifa> (consulté le 15 août 2017).
- , « SOCODEN », 29 juillet 2016. En ligne : <https://www.avise.org/annuaire-des-acteurs/socoden> (consulté le 6 avril 2018).
- AVISE, LA FONDA, LE LABO DE L'ESS, *ESS et création de valeur. Rapport d'étude n°2 : vers une nouvelle approche de l'impact social*. Étude 2017-2018 : Une approche prospective de l'impact social, juin 2018. En ligne : <http://www.lelabo-ess.org/IMG/pdf/etudeessetcreationdevaleurrapport2juin2018light.pdf> (consulté le 9 juillet 2018).
- , « Rapport I – La mesure d'impact social : caractéristiques, avantages et limites des démarches existantes », *ESS et création de valeur : une approche prospective de la mesure d'impact social*, 22 décembre 2017. En ligne : http://www.lelabo-ess.org/IMG/pdf/avisefondalaboess_171220_esscreationvaleur_rapporti_0.pdf (consulté le 20 janvier 2018).
- BANQUE DES TERRITOIRES, « Les contrats à impact social font leur rentrée », 7 septembre 2018. En ligne : <https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/Articles/Articles&cid=1250281584213> (consulté le 14 octobre 2018).
- BENEFIT CORPORATION, «How to become a Benefit corporation», 2017. En ligne : <http://benefitcorp.net/businesses/how-become-benefit-corporation> (consulté le 12 avril 2017).
- , «State by state status of legislation». En ligne : <http://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status> (consulté le 13 avril 2017).
- BORNET, A., BOUZAGA, B., GEROME, F., « Entreprises sociales et solidaires : les solutions de financement, édition 2016 ». En ligne :

<http://www.avise.org/sites/default/files/atoms/files/20161129/france_active_guide_financement_ess_2016.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

BOUDES, M., RENOUL, Q., « L'économie sociale et solidaire face à la réforme de l'entreprise », 5 avril 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/leconomie-sociale-et-solidaire-face-a-la-reforme-de-lentreprise-93670>> (consulté le 26 avril 2018).

BRANGER, V., GARDIN, L., JANY CATRICE, F., PINAUD, S., « Évaluer l'utilité sociale de l'économie sociale et solidaire », Corus'ESS, Alter' Guide, janvier 2015. En ligne : <<http://clerse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/AlterGuide-2014.pdf>> (consulté le 20 octobre 2016).

BUCHSER, J., « 2017 : le monde associatif attend des mesures efficaces pour lui permettre de remplir ses missions d'intérêt général », 7 avril 2017. En ligne : <<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2017/04/2017-monde-associatif-attend-mesures-efficaces-permettre-mieux-remplir-ses-missions-dinteret-general/>> (consulté le 19 avril 2017).

CABRESPINES, J.-L., « Deux ans et demi après ? », in CIRIEC, « *Brèves* », n°104-105 (décembre 2016 - janvier 2017), p. 5-8. En ligne : <http://www.ciriec-france.org/ciriec/custom/module/cms/content/file/newsletters/Breves-2016/BREVES_DECEMBRE_2016-JANVIER_2017.pdf> (consulté le 28 janvier 2017).

CAISSE DES DEPOTS, « La Caisse des Dépôts investit dans l'innovation financière et sociale en souscrivant au titre associatif proposé par l'Adie », 22 décembre 2015. En ligne : <http://www.caissedesdepots.fr/sites/default/files/medias/cp_et_dp/cp_adie_-_caisse_des_depots_doc.pdf> (consulté le 18 juin 2017).

CEDIAS-MUSEE SOCIAL, « Présentation ». En ligne : <http://www.cedias.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=6&id_rubrique=37> (consulté le 15 avril 2018).

CENTRE FRANÇAIS DES FONDS FONDATIONS, « Annuaire des fondations abritantes ». En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/cercles-themes/cercles/fondations-abritantes/annuaire/annuaire-des-fondations-abritantes>> (consulté le 1^{er} mars 2017).

———, « Étude - Les Financements innovants des associations et fondations : État des lieux et perspectives ». En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/donner-a-un-fonds-ou-une-fondation/documentation/etude-les-financements-innovants-des-associations-et-fondations-etat-des-lieux-et-perspectives>> (consulté le 18 mai 2015).

———, « Fondations abritantes, fondations sous égide : un écosystème au service de l'intérêt général. Enjeux, nouveaux acteurs, diversification des modèles », novembre 2017. En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/publications-du->

centre/guides-et-etudes/cff-livvable-fondations-abritantes-web.pdf> (consulté le 20 janvier 2018).

———, « Les derniers chiffres sur les fonds et fondations en France. Statistiques en date du 31 décembre 2016 produites par l’Observatoire de la Fondation de France. En ligne : <<http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-derniers-chiffres-sur-les-fonds-et-fondations-en-France>> (consulté le 3 avril 2017).

CHALLENGES, « Le montant des levées de fonds *via* le crowdfunding a doublé en 2014 », 18 février 2015. En ligne : <https://www.challenges.fr/entreprise/financement-participatif-deux-fois-plus-d-investissements-en-2014_90052> (consulté le 25 juin 2017).

CHAVE, F., « Thomas Barreto : les coopératives et les raisons qui freinent leur développement. Sébastien Gand : les firmes démocratiques et leur logique organisationnelle. Stéphane Vernac : les projets récents de réforme de l’entreprise », *Séminaire « Propriété de l’entreprise », Formes alternatives et projets de réforme de l’entreprise*, Collège des Bernardins, Département Économie, Homme, Société, séance du 24 juin 2010. En ligne : <https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/seminaires/11_cr_10_06_24_-_complet.pdf > (consulté le 22 mars 2017).

CHIODINI, S. R., “Goodbye Flexible Purpose Corporation, Hello Social Purpose Corporation”. En ligne : <<http://www.lawforchange.org/NewsBot.asp?MODE=VIEW&ID=6384>> (consulté le 13 avril 2017).

CHORUM-CIDES, « Entreprise et intérêt général : inquiétudes sur l’émergence d’une entreprise sociale “light” », 14 février 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/entreprise-et-interet-general-inquietudes-sur-lemergence-dune-entreprise-sociale-light/>> (consulté le 26 avril 2018).

———, « L’objet social élargi, une réalité européenne », 7 mars 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/lobjet-social-elargi-une-realite-europeenne/>> (consulté le 4 mai 2018).

———, « Un pacte de croissance pour l’ESS avant les vacances », 29 mai 2018. En ligne : <<https://www.chorum-cides.fr/actualite/un-pacte-de-croissance-pour-less-avant-les-vacances/>> (consulté le 31 mai 2018).

CIC ASSOCIATION, “What is a CIC?”. En ligne : <<http://www.cicassociation.org.uk/about/what-is-a-cic>> (consulté le 21 mars 2017).

CIRIEC FRANCE, *La lettre mensuelle du CIRIEC France*, Brèves n°118, mars 2018. En ligne : <<http://www.ciriec->

france.org/ciriec/custom/module/cms/content/file/newsletters/Breves_2018/BREVES_MARS_2018.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

CLAIE, « La Gouvernance participative : pourquoi pas nous ? Guide pratique à l’usage de toute structure — sans pré-requis. Pour une meilleure implication des acteurs au sein d’un projet », 2013. En ligne :

<http://www.claie06.org/getfile.php?fi_id=COM17bbba00e913b768d94a67711e2bfa820> (consulté le 11 mai 2015).

CNCRES, « Hors-Série Juris Association - n°2 ». En ligne : <<http://pvevent1.immanens.com/fr/pvPage2.asp?puc=2464&pa=1&nu=2>> (consulté le 18 mai 2015).

COMMUNITY COMPANIES, “Community interest companies”. En ligne : <<http://www.communitycompanies.co.uk/community-interest-companies#links>> (consulté le 11 avril 2017).

COMMUNITY SHARE, “Case Studies”. En ligne : <<http://communityshares.org.uk/case-studies>> (consulté le 21 décembre 2017).

CONFEDERATION GENERALE DES SCOP, « Scop - Transmettre son entreprise à ses salariés », en ligne : <jetransmetsamessalaries.fr> (consulté le 18 mai 2015).

COOP FR, « Les entreprises coopératives, Chiffres-clés 2014 ». En ligne : <<http://www.entreprises.coop/decouvrir-les-cooperatives/chiffres-cles.html>> (consulté le 8 mars 2017).

———, « La voie coopérative, une façon ouverte et responsable de “faire entreprise”. Coop FR contribue aux débats sur la réforme de l’entreprise », 29 janvier 2018. En ligne : <http://www.entreprises.coop/images/documents/CP/cp2018/cp_coopfr_reforme_entreprise_panorama_coop_2018.pdf> (consulté le 2 février 2018).

COORDINATION SUD, « Coordination nationale des ONG françaises de solidarité internationale (Coordination Sud) ». En ligne : <<http://www.coordinationsud.org/>> (consulté le 18 mai 2015).

COUCHOUX, S., « Le don par SMS bientôt légalisé », 12 mai 2016. En ligne : <<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2016/05/don-sms-bientot-legalise/>> (consulté le 22 mai 2017).

———, « Loi Aillagon : que retenir des 10 ans du “dispositif mécénat” » ? », 23 janvier 2014, p.8. En ligne : <http://www.fidal.pro/documents/char1212/Brochure%20Enquête%20dispositif%20Mécénat_VV.pdf> (consulté le 23 mai 2017).

- , « Mécénat & Fondations en France : un nouveau souffle ! », septembre 2017. En ligne : <[http://www.fidal-avocats-leblog.com/dl/2017/10/Etude-FIDAL-Mécénat-Fondation-Nouveau-souffle-Sept-2017.pdf](http://www.fidal-avocats-leblog.com/dl/2017/10/Etude-FIDAL-Mecénat-Fondation-Nouveau-souffle-Sept-2017.pdf)> (consulté le 13 juillet 2018).
- , « Une fondation sur deux est un fonds de dotation ! », 26 avril 2017. En ligne : <<http://www.optionfinance.fr/droit-affaires/la-lettre-dooption-droit-affaires/la-lettre-du-26-avril-2017/une-fondation-sur-deux-est-un-fonds-de-dotation.html>> (consulté le 28 avril 2017).
- CREDIT COOPERATIF, « Le prêt PME sur enveloppe BEI ». En ligne : <<http://www.credit-cooperatif.coop/offre-personnes-morales/credits-dinvestissement/prest-bei/>> (consulté le 25 juin 2017).
- CUMA, « Les chiffres-clés des CUMA ». En ligne : <<http://www.cuma.fr/content/les-chiffres-cles-des-cuma>> (consulté le 30 septembre 2017).
- DEBLIECK, H., STOKKINK, D. (Dir.), « *Social impact bonds* : pour ou contre ? », Pour la solidarité, décembre 2016. En ligne : <<http://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/na-2016-sib.pdf>> (consulté le 21 juin 2017).
- DECARRE, O., « Les ménages français détiennent un patrimoine moyen de 375 000 euros », 19 décembre 2016. En ligne : <<http://argent.boursier.com/epargne/actualites/les-menages-francais-detiennent-un-patrimoine-moyen-de-375-000-euros-3955.html>> (consulté le 12 mars 2017).
- DELSOL, X., « Pour maintenir les entreprises, leur capital, leurs emplois en France, créons des fondations actionnaires ! », 16 mars 2017. En ligne : <<http://www.lopinion.fr/edition/economie/maintenir-entreprises-leur-capital-leurs-emplois-en-france-creons-122051>> (consulté le 27 mai 2017).
- DESKMAG, « 6 bonnes raisons de créer votre coopérative de coworkers ». En ligne : <<http://www.deskmag.com/fr/6-bonnes-raisons-de-creer-votre-cooperative-de-coworkers>> (consulté le 15 avril 2018).
- DUTHEIL, Ph.-H. (Dir.), « ESS : quelles perspectives pour les mesures proposées ? Le regard d'EY », 1^{er} janvier 2018. En ligne : <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees/\\$File/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees/$File/ey-queelles-perspectives-pour-les-mesures-proposees.pdf)> (consulté le 9 mars 2018).
- DUTHEIL, Ph.-H., MANGAS, P. « Fondation et entreprise : un nouveau modèle de philanthropie à inventer ? », 10 avril 2017. En ligne : <<http://www.lopinion.fr/edition/economie/fondation-entreprise-nouveau-modele-philanthropie-a-inventer-124004>> (consulté le 27 mai 2017).
- ESFIN GESTION, « Esfin Gestion annonce la création du Fonds impact coopératif : 74 millions d'euros pour accompagner le développement des entreprises coopératives ». Communiqué de

- presse du 8 octobre 2015. En ligne : <<http://www.esfingestion.fr/files/esfin/documents%20a%20telecharger/Impact%20Cooperatif%20Communique%20de%20presse%20du%2020151008.pdf>> (consulté le 1er décembre 2016).
- , « Origine ». En ligne : <<http://www.esfingestion.fr/origine.html>> (consulté le 16 août 2017).
- EURONEXT, « Euronext Access ». En ligne : <<https://www.euronext.com/fr/regulation/euronext-access>> (consulté le 8 novembre 2017).
- ESS & SOCIETE, « Inédit dans le monde associatif : La FLS annonce le lancement d’un emprunt obligataire », 1er novembre 2018. En ligne : <<http://www.ess-et-societe.net/Inedit-dans-le-monde-associatif-La>> (consulté le 12 novembre 2018).
- FARGUES, H., « La RSE bientôt inscrite dans le Code civil ? », 1^{er} décembre 2014. En ligne : <<http://www.youphil.com/fr/article/07789-rse-projet-loi-activite-egalite-chances-economiques-emmanuel-macron-code-civil?ypcli=ano>> (consulté le 16 octobre 2016).
- FEDERATION DU COMMERCE COOPERATIF ET ASSOCIE (FCA), « Loi Macron : Adoption par l’Assemblée nationale de l’article 10-A de l’amendement Brottes », 22 juin 2015. En ligne : <<https://www.commerce-associe.fr/loi-macron-adoption-par-l-assemblee-nationale-de-l-article-10-de-l-amendement-brottes/>> (consulté le 9 mars 2017).
- FINANCE POUR TOUS (LA), « Les Français et l’épargne : des envies de “proximité ” », 7 avril 2017. En ligne : <<http://www.lafinancepourtous.com/Actualites/Les-Francais-et-l-epargne-des-envies-de-proximite>> (consulté le 19 août 2017).
- FINANCEMENT PARTICIPATIF FRANCE, « Assises 2014 - Civic crowdfunding », 30 décembre 2014. En ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=BvXk6ufl05Q>> (consulté le 17 août 2017).
- , « Baromètre du crowdfunding 2016 », avril 2017. En ligne : <<http://financeparticipative.org/wp-content/uploads/2017/02/Barometre-CrowdFunding-2016.pdf>> (consulté le 22 mai 2017).
- , « Baromètre du crowdfunding 2017 », 18 janvier 2018. En ligne : <http://financeparticipative.org/wp-content/uploads/2018/01/Barometre-CrowdFunding-2017_KPMG-FPF_page-à-page.pdf> (consulté le 20 janvier 2018).
- FINANCITES, « Histoire ». En ligne : <<http://www.financites.fr/qui-sommes-nous/>> (consulté le 16 août 2017).
- FINANSOL, « Livre blanc : 10 propositions pour développer la finance solidaire », mars 2017. En ligne : <https://www.finansol.org/_dwl/livre-blanc-10-propositions-pour-developper-la-finance-solidaire-finansol.pdf> (consulté le 16 juin 2017).

FRANCE ACTIVE, « Association & coopération : jouez collectif ! », octobre 2015, p. 6. En ligne : <http://www.franceactive.org/upload/uploads/File/ressources_documentaires/152727_Guide_Cooperer-web.pdf> (consulté le 29 septembre 2017).

———, « Créez votre entreprise ». En ligne : <<https://www.franceactive.org/accelerer-votre-reussite/creer-votre-entreprise/>> (consulté le 6 avril 2018).

———, « Finalisez votre projet ». En ligne : <<https://www.franceactive.org/accelerer-votre-reussite/finaliser-votre-projet/>> (consulté le 6 avril 2018).

———, « Une garantie dédiée aux projets des quartiers », 9 septembre 2017. En ligne : <<https://www.franceactive.org/download/garantie-dediee-aux-projets-quartiers/>> (consulté le 6 avril 2018).

FRANCE CLUSTERS, « Les clusters : définition ». En ligne : <<http://franceclusters.fr/les-clusters-francais/les-clusters-definition/>> (consulté le 14 avril 2018).

FREROT, A., HURSTEL, D. (Dir.), « Le rôle sociétal de l'entreprise : éléments de réflexion pour une réforme », Le Club des Juristes, Commission ad hoc, avril 2018, p. 100-104. En ligne : <<http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/role-societal-de-lentreprise-elements-de-reflexion-reforme/>> (consulté le 26 avril 2018).

FUMAROLI, S., « Comment fut créée la société des amis du Louvre ? ». En ligne : <http://www.amisdulouvre.fr/sites/default/files/fichiers/publication/comment_amis_du_louvre.pdf> (consulté le 15 avril 2018).

GALLICA BNF, « Le Musée social, société reconnue d'utilité publique par décret en date du 31 août 1894. En ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5526277v>> (consulté le 15 avril 2018).

GARRIGUE, En ligne : <<http://www.garrigue.net>> (consulté le 16 août 2017).

GATTAZ, P., « Code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise et "parties prenantes" », 23 février 2018. En ligne : <https://www.linkedin.com/pulse/code-afepmedef-de-gouvernement-dentreprise-et-parties-pierre-gattaz/?trackingId=0LJaUkrmbbIZET%2B5DLEKNg%3D%3D&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BnrYyWMbHQoq36h%2B8QVIHpQ%3D%3D&licu=urn%3Ali%3Acontrol%3Ad_flagship3_feed-object> (consulté le 26 février 2018).

GEMA, « La Chambre française de l'économie sociale et solidaire est née ! | GEMA - Assureurs Mutualistes ». En ligne : <<http://www.gema.fr/actualites/la-chambre-francaise-leconomie-sociale-et-solidaire-est-nee.html>> (consulté le 18 mai 2015).

GILBERT, J. C., « The Real Truth About Ben & Jerry's and the Benefit Corporation: Part 1 », 1^{er} octobre 2012. En ligne : <<http://www.csrwire.com/blog/posts/559-the-real-truth-about-ben-jerrys-and-the-benefit-corporation-part-1>> (consulté le 25 mars 2017).

GITHUB.COM, « alice-si/contracts ». En ligne : <<https://github.com/alice-si/contracts>> (consulté le 6 décembre 2018).

GOMEZ, P-Y, « Vers la loi PACTE : consensus et ambiguïtés », 21 février 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/vers-la-loi-pacte-consensus-et-ambigu-tes-92155>> (consulté le 27 février 2018).

GOOGLE.ORG, “A better word, faster”. En ligne : <<https://www.google.com/intl/en/giving/>> (consulté le 25 février 2018).

GRET, « GRET - Professionnels du développement solidaire ». En ligne : <<http://www.gret.org/>> (consulté le 18 mai 2015).

GRUPE CAISSE DES DEPOTS, « Bpifrance participe au lancement du fonds Impact coopératif », 9 octobre 2015. En ligne : <<http://www.caissedesdepots.fr/bpifrance-participe-au-lancement-du-fonds-impact-cooperatif>> (consulté le 15 août 2017).

———, « La Caisse des Dépôts, en partenariat avec le Groupe BNP Paribas et des investisseurs privés et publics, lance NovESS - Le Fonds ESS, une nouvelle initiative de place pour faire changer d'échelle l'économie Sociale et Solidaire », 28 juin 2016. En ligne : <http://www.caissedesdepots.fr/sites/default/files/medias/cp_et_dp/cp_novess.pdf> (consulté le 15 août 2017).

HEIDSIECK, Ch.-B., « L'intérêt général au cœur des débats », 25 janvier 2018. En ligne : <<http://www.isbl-consultants.fr/linteret-general-coeur-debats/>> (consulté le 25 janvier 2018).

JANUEL, P., « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », *Dalloz actualité*, 21 juin 2018. En ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/projet-de-loi-pacte-revue-d-un-catalogue-legislatif#.W0DliC2EjUI>> (consulté le 12 juillet 2018).

JENNY KASSAN, “The Curious Case of Ben & Jerry’s: A Cautionary Tale for Social Entrepreneurs”, 9 mars 2016. En ligne : <<http://www.jennykassan.com/blog/curious-case-ben-jerrys-cautionary-tale-social-entrepreneurs/>> (consulté le 24 mars 2017).

JUILLIARD, P., « 1 milliard pour l'innovation sociale : on l'a proposé...et c'est acté ! », 18 janvier 2018. En ligne : <<http://mouves.org/accelerer-innovation-sociale/1-milliard-linnovation-sociale-on-propose-cest-acte/>> (consulté le 20 janvier 2018).

KPMG, « Rapport sur les stratégies des acteurs associatifs et propositions pour faire évoluer les modèles socio-économiques des associations », janvier 2017, p.3. En ligne : <http://udes.fr/sites/default/files/public/users/agathe/etude_kpmg_modeles_socio-economiques_associatifs_public_externes.pdf> (consulté le 28 avril 2017).

LABO DE L'ESS (LE), « Entrepreneuriat social : phase deux ? - Le Labo de l'économie sociale et solidaire ». En ligne : <<http://lelabo-ess.org/?Entrepreneuriat-social-phase-deux>> (consulté le 18 mai 2015).

———, « Et si on remettait la finance au service de la société ? Le moment est venu du changement d'échelle des finances solidaires », Compte-rendu de la rencontre du 7 février 2013, les Publications du Labo, février 2013, p. 11. En ligne : <https://www.lelabo-ess.org/IMG/pdf/CR_rencontrefinance_LaboESS-07022013.pdf> (consulté le 11 novembre 2016).

———, « Le mécénat pour développer les projets de l'économie sociale et solidaire », 16 mai 2017. En ligne : <<http://lelabo-ess.org/le-mecenat-pour-developper-les-projets-de-l.html>> (consulté le 23 mai 2017).

LANE, M., “Social enterprises: a new business form driving social change”. En ligne : <<http://www.marcjlane.com/news/2011/12/05/articles/social-enterprises-a-new-business-form-driving-social-change/>> (consulté le 24 mars 2018).

LAPALUS, D., « Les taux des livrets d'épargne solidaire », 5 août 2017. En ligne : <<https://www.francetransactions.com/comparateurs/taux-livret-solidaire.html>> (consulté le 19 août 2017).

LAURENS (DE), O., « Les Fondations en France en 2007 », p. 23. En ligne : [http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fondations-en-france-en-2007-1/les-fondations-en-france-en-2007_\(consulté le 16 octobre 2016\).](http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fondations-en-france-en-2007-1/les-fondations-en-france-en-2007_(consulté%20le%2016%20octobre%202016).)

<[http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fondations-en-france-en-2007-1/les-fondations-en-france-en-2007_\(consulté le 16 octobre 2016\).html](http://www.centre-francais-fondations.org/fondations-fonds-de-dotation/le-secteur/les-fonds-et-fondations-en-france/panoramas-des-fonds-et-fondations-depuis-2005/les-fondations-en-france-en-2007-1/les-fondations-en-france-en-2007_(consulté%20le%2016%20octobre%202016).html)> (consulté le 6 avril 2018).

LAURENT, R., RICHEZ-BATTESTI, N., « Est-ce que l'économie sociale, au-delà des familles juridiques, n'est pas une méthode de dialogue entre les parties prenantes pour faire émerger des initiatives ? », 28 octobre 2009. En ligne : <<http://blog.demain-ecosociale.org/post/2009/10/28/Est-ce-que-l-économie-sociale%2C-au-delà-des-familles-juridiques%2C-n-est-pas-une-méthode-de-dialogue-entre-les-parties-prenantes-pour-faire-émerger-des-initiatives>> (consulté le 9 mai 2017).

LES-AIDES.FR, « Fonds de garantie SOFISCOP ». En ligne : <[https://les-aides.fr/fiche/ZpBmCW5Xzf\\$CGnhAU1LG\\$udm/sofiscop-sud-est/fonds-regional-de-LETY,](https://les-aides.fr/fiche/ZpBmCW5Xzf$CGnhAU1LG$udm/sofiscop-sud-est/fonds-regional-de-LETY,B.,)
B., « Le crowdfunding peut-il passer la seconde ? », 9 novembre 2016. En ligne : <<http://www.cbanque.com/actu/60582/le-crowdfunding-peut-il-passer-la-seconde#BVwtKvs3Lbsd2vkm.99>> (consulté le 18 août 2017).

- LEVILLAIN, K., “Dermot Hikisch : B Corporations and Benefit corporations. A New Type of Companies for a New Economy”. *L’entreprise : propriété, création collective, monde commun*. Collège des Bernardins, Département Economie, Homme, Société, séance du 6 septembre 2012. En ligne : <https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche12-14/2012_09_06_ehs_cr_hikisch_2.pdf> (consulté le 22 mars 2017).
- MAX HAVELAAR, « Une opportunité majeure s’ouvre pour les producteurs du système Fairtrade / Max Havelaar ». En ligne : <<http://maxhavelaarfrance.org/actualites/actualites/a-la-une/285-programme-appvisionnement-fairtrade.html>> (consulté le 18 mai 2015).
- MEDEF, « Gouvernance des entreprises : L’AfeP et le Medef lancent une consultation publique », 27 février 2018. En ligne : <<http://www.medef.com/fr/communique-de-presse/article/gouvernance-des-entreprises-lafep-et-le-medef-lancent-une-consultation-publique>> (consulté le 26 avril 2018).
- MEKKI, M., « Le projet “Macron” et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », 1^{er} décembre 2014. En ligne : <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/le-projet-macron-et-le-nouvel-article-1833-du-code-civil-quand-la-force-du-droit-vient-de-la/h/ab58af973d31526e3f37a8c66b1ce8d7.html>> (consulté le 18 mars 2017).
- PAYSAN BRETON, « Terrafine, première coopérative de portage foncier », 13 janvier 2017. En ligne : <<http://www.paysan-breton.fr/2017/01/terrafine-premiere-cooperative-de-portage-foncier/>> (consulté le 9 mars 2017).
- PEETERS LAW, « Code des Sociétés et des Associations - Droit futur », 10 janvier 2018. En ligne : <<https://www.peeters-law.be/Fr/news/Code-des-Societes-et-des-Associations-Droit-futur/921>> (consulté le 26 avril 2018).
- PETITJEAN, O., « Michel Capron : “Réformer la définition de l’objet social de l’entreprise dans le code civil, c’est toucher au cœur même du système” », 20 février 2018. En ligne : <<https://multinationales.org/Michel-Capron-Reformer-la-definition-de-l-objet-social-de-l-entreprise-dans-le>> (consulté le 27 février 2018).
- PLOQUIN, J.-CH., TIBERGHEN, F.(Dir.), « Finance solidaire : le Baromètre », *La Croix*, 28 mai 2018, p. 2. En ligne : <https://www.finansol.org/_dwl/barometre-finance-solidaire.pdf> (consulté le 31 mai 2018).
- POUR UN RESEAU FRANCOPHONE DE BIENS COMMUNS, « Finance - Groupe de travail sur la finance comme biens communs ». En ligne : <<https://mail.cfcloud.fr/bienscommuns.org/info/finance>> (consulté le 18 mars 2017).

- RAMEAU (LE), « Rayonnement des Associations par le Mécénat d'Entreprises, d'Administrations et d'Université (Le RAMEAU) ». En ligne : <<http://www.lerameau.fr/>> (consulté le 18 mai 2015).
- RENCONTRES DU MONT-BLANC (Les), « Déclaration finale des 7èmes Rencontres du Mont-Blanc (RMB) – Forum International des Dirigeants de l'Économie Sociale et Solidaire », 28 novembre 2015. En ligne : <http://www.rencontres-montblanc.coop/sites/default/files/declaration_des_7eme_rencontres_du_mont-blanc_0.pdf> (consulté le 2 octobre 2016).
- RESSOURCES SOLIDAIRES, « La BEI renforce son action au service des petites et très petites entreprises : signature d'un nouveau prêt PME de 100 M€ avec le Groupe Crédit Coopératif », 16 mai 2014. En ligne : <<http://www.ressources-solidaires.org/La-BEI-renforce-son-action-au>> (consulté le 25 juin 2017).
- RICHER, M., « L'entreprise contributive. 21 propositions pour une gouvernance responsable », 5 mars 2018. En ligne : <<http://tnova.fr/rapports/l-entreprise-contributive-21-propositions-pour-une-gouvernance-responsable>> (consulté le 26 avril 2018).
- RTES, « La législation relative à l'économie sociale et solidaire : analyse comparée France/Europe », note d'actualité n°4, avril 2014, p. 9. En ligne : <http://rtes.fr/IMG/pdf/2014-04_Note_d_actu_4_Legislation_ESS.pdf> (consulté le 25 avril 2018).
- SCHMITE, V., VALIERGUE, M., VICTORIA, P., « Rapport Entreprises engagées : comment concilier l'entreprise et les citoyens », Fondation Jean Jaurès, 3 février 2018, p. 1. En ligne : <<https://jean-jaures.org/nos-productions/entreprises-engagees-comment-concilier-l-entreprise-et-les-citoyens>> (consulté le 27 février 2018).
- SEYE, F., « Intérêt général : le HCVA invite à la clarté », 6 avril 2018. En ligne : <<https://www.associationmodeemploi.fr/article/interet-general-le-hcva-invite-a-la-clarte.63984>> (consulté le 26 avril 2018).
- TABUTEAU, A., « Dons à une association par un particulier : quelle est l'option fiscale la plus avantageuse ? », 30 juillet 2018. En ligne : <<https://www.evl.fr/actualites/associations/fiscalite/details.html?ref=R-744c30ad-761d-4046-b63d-926ebe74b25c>> (consulté le 3 août 2018).
- TYLER, J., WEXLER, R. A., "Update on hybrids and social enterprise organizations. 32nd annual representing and managing tax-exempt organizations", 23 avril 2015. En ligne : <<http://www.law.georgetown.edu/cle/materials/TaxExemptOrganizations/2015/06%20Update%20on%20Hybrids%20and%20Social%20Enterprise%20Organizations/Update%20on%20H>

ybrids%20and%20Social%20Enterprise%20Organizations%20Wexler%203-19.pdf>

(consulté le 24 mars 2018).

UNION DES ENTREPRISES A PROFIT SOCIAL, « Le Ministre de la Justice », 24 janvier 2018, p. 3. En ligne : <http://www.ufenm.be/IMG/pdf/nota_unipso_24012018.pdf> (consulté le 26 avril 2018).

UNION REGIONALE DES SCOP AUVERGNE-RHONE-ALPES, « SCOP Invest ». En ligne : <<http://www.scop.org/accueil/lunion-regionale/outils-financiers/scop-invest/>> (consulté le 6 avril 2018).

VIALLE, É., « L'e-mail solidaire fait du clic », 10 juin 2009. En ligne : <<http://www.youphil.com/fr/article/0585-l-email-solidaire-fait-du-clic?ypcli=ano>> (consulté le 22 mai 2017).

VILETTE, M., « Loi PACTE : vers une réforme purement cosmétique ? », 23 mars 2018. En ligne : <<https://theconversation.com/loi-pacte-vers-une-reforme-purement-cosmetique-93557>> (consulté le 26 avril 2018).

XERFI CANAL, « Loi PACTE : l'entreprise, une création collective », 5 décembre 2018. En ligne : <https://www.xerficanal.com/strategie-management/emission/Blanche-...estin-Loi-PACTE-l-entreprise-une-creation-collective_3746599.html> (consulté le 14 décembre 2018).

ZAPALSKI, É. « 40 % des structures de l'ESS rencontrent des problèmes de trésorerie », *Localtis.info* - *Caisse des Dépôts* (15 juillet 2014). En ligne : <<http://www.localtis.info/cs/ContentServer?pagename=Localtis/LOCActu/ArticleActualite&jid=1250267498226&cid=1250267460533&np=ex3403989>> (consulté le 4 août 2015).

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

Action de préférence : 146, 292, 439, 440, 465

Affectio cooperationis : 212

Affectio cooperatis : 145, 212, 474

Affectio societatis : 199, 200, 210, 212, 451, 459

Agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » : 14, 20, 59, 203, 400, 458, 487

Aide d'État : 3, 19, 145, 161, 195, 273, 281, 293, 299, 301-322, 382, 425, 455, 481-487

Appel public à l'épargne : 190, 407

Appel public à la générosité : 21, 82, 113, 140, 249, 250, 341-344, 367

Apport

- — dans les associations : 78, 79, 94, 179, 346
- — dans les sociétés : 127, 138, 144, 206, 220, 230, 239, 272, 437, 439
- — en industrie : 206, 211, 437

Association

- activité économique : 73, 74, 93
- activité commerciale : 73, 75, 76
- grande capacité juridique : 81, 83
- liberté d'— : 69-71, 73, 85
- petite capacité juridique : 81
- — reconnue d'utilité publique : 81-83, 255, 353, 355, 356, 359, 360, 363, 376, 400

Associationnisme : 180, 211, 243

Assurance-vie : 128, 366, 456-458

Autorité administrative indépendante : 412

Autorité des marchés financiers : 177, 397, 400, 403, 407, 416, 446, 456, 464

B

Benefit Corporation : 47, 177, 182, 192, 193-200, 202, 213, 214, 220, 278, 294

Bénévolat : 49, 309, 379, 380

Biens communs

- définition : 235
- théorie des — : 235-240

Bien immeuble : 84, 123, 207, 251, 360, 391, 400

Bien mal acquis : 454

Blockchain : 369

Bon de caisse : 424, 457

Boni de liquidation : 63, 170, 183, 261, 439, 448

BPIFrance : 19, 20, 412-417, 454

Business angel : 455

C

Caisse des Dépôts : 3, 19, 141, 371, 408, 412, 414, 454, 455

Capital social

- augmentation de — : 169, 271, 439, 441, 456
- Cf. aussi *réserve (incorporation des réserves au capital social)*

- substituts du — dans les mutuelles : 139, 433
- — variable : 438

Certificat

- — coopératif : 168, 447, 466, 468, 485
- — mutualiste : 139, 251, 467

Chambre régionale des comptes : 325-329

Co-construction : 338, 339, 371

Coluche (amendement —) : 357

Collectivité territoriale : 2, 3, 4, 11, 21, 22, 121, 193, 195, 259, 260, 293, 307, 310, 323, 325, 328, 371, 375, 385, 386, 395, 475

Commande publique : 2, 254, 305, 306, 317, 321, 334, 375

Commissaire aux comptes : 327, 331, 332, 333, 344, 345, 399, 421

Community interest : 212, 291

Community Interest Company : 180, 181, 291-294

Comptes annuels : 283, 325, 327, 331, 341, 416, 456

Compte courant d'associé : 229, 429-432

Compte d'emploi annuel des ressources : 341, 344, 345

Compte PME innovation : 455

Concession : 286, 306, 317, 421

Coopérative

- — d'activité et d'emploi : 148, 168, 476, 479, 480
- — d'espaces bureautiques : 149, 476, 478
- — d'utilisation de matériel agricole : 148, 165, 476-478
- — de consommation : 27, 148, 152, 161, 163, 164, 171

- distinction entre — de consommation ou de production : 471-474
- société — d'intérêt collectif : cf. *Société coopérative d'intérêt collectif*
- société — de production : cf. *Société coopérative de production*

Cour des comptes : 324, 329, 343, 344, 411

Cotisation : 22, 49, 81, 91, 113, 130, 135, 136, 138, 140, 213, 281, 304, 327, 378, 384, 387, 388, 433, 474

Crowdfunding : 364, 365, 370, 371, 424, 456

- *crowdgiving* : 365, 369-371
- *crowdlending, crowdfunding loan* : 370, 424
- *crowd equity* : 370, 424, 453, 456, 459, 466

Cryptomonnaie : cf. *blockchain*

Culture d'entreprise : 191, 242

D

Délit de favoritisme : 375

Dividende : 45, 49, 73, 126, 134, 138, 168, 179, 182, 185, 188, 206, 211, 212, 261, 267, 270, 277, 278, 281, 287, 291, 292, 294, 296, 300, 360, 401, 402, 439-444, 447, 455, 459, 473, 478, 483

Don manuel : 79, 81, 116, 247, 249, 253, 289, 309, 347, 351-353, 364, 365, 381, 488

Donation : 79, 83, 84, 247, 281, 309, 347, 348-355, 360

Dotation : 78, 79

Double qualité : 124, 125, 151, 157, 158, 161, 166, 167, 170, 206, 212, 267, 446, 473

Droit du financement : 58

Droits de mutation à titre gratuit : 140, 309, 353, 393, 483, 487, 488, 490

E

Économie sociale et solidaire (ESS)

- définition
 - européenne : 8, 11, 12
 - française : 3, 4, 5, 7, 10
- économie sociale : 3
- économie solidaire : 3
- entreprise de l'— (définition) : 11, 13, 14, 15, 16, 23
- entreprise sociale : cf. *Société commerciale, sociale et solidaire*
- entreprise solidaire d'utilité sociale : cf. *Agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale »*
- label européen de l'— : cf. *Label européen d'économie sociale*
- statuts historiques : 62, 63, 200, 206
- statuts hybrides : 185, 264

École de Rennes : 218, 227

Échange sans soule : 393, 394

Entente : 22, 91, 159, 161

Entreprise

- définition juridique :
 - générale : 22
 - en droit de la concurrence : 22, 304, 484
- — à mission : 3, 199, 456
- — agréée « entreprise solidaire d'utilité sociale » : cf. *Agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale »*
- — sociale : cf. *Société commerciale, sociale et solidaire*
- petites et moyennes — : cf. *Petite et moyenne entreprise*
- projet d'— : 48, 220, 221

Épargne

- — salariale : 20, 49, 457, 458
 - Plan d'—entreprise : 458
 - Plan d'—retraite collective : 458
- Fonds d'— retraite : 458
- Livret d'— régional : 458

État

- aides : cf. *Aide d'État*
- État postmoderne : cf. *Postmodernité*
- État providence : 1, 2

Euronext Access, Euronext Access + : cf. *Marché libre*

Évaluation

- — de l'impact social ou impact sociétal : 3, 19, 21, 193, 198, 278, 412, 414
- — de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 : 4, 403, 407, 454
- — de la responsabilité sociétale de l'entreprise : 177
- — des politiques publiques : 2, 339

Exclusivisme : 158, 166, 167, 206, 212, 267, 473

F

Fédération : 99, 132, 135, 141, 173, 251, 255, 257, 261, 299, 304, 334, 371, 399, 423, 466, 475

Filialisation : 191, 296

Fondation

- — actionnaire : 186, 402, 403
- définition : 101
- — d'entreprise : 29, 104, 117-123, 252, 356, 374, 487
- — reconnue d'utilité publique : 14, 20, 104-114, 244, 247, 252, 341, 355, 356, 359, 363, 401, 423, 490

Fonds commun de placement : 251, 407, 410, 432, 455, 457, 458, 464

Fonds d'entrepreneuriat social européen : 3, 7, 9, 184, 464

Fonds d'établissement : 139, 433, 434

Fonds d'investissement alternatif : 464

Fonds de commerce : 75, 76, 398

Fonds de dotation : 21, 24, 29, 66, 67, 78, 84, 99, 109, 182, 203, 244-254, 299, 340, 341, 352, 353, 356, 375, 399, 401, 404, 423

Fonds dormants : 454

Fonds social complémentaire : 139, 434

Frais d'adhésion : 384, 385

France Active : 19, 414, 420, 432, 474, 488

G

Garantie de prêt : 297, 416, 420, 435, 436

Générosité embarquée : 365-367

Gestion désintéressée : 18, 21, 90, 94, 178, 203, 252, 374

Gouvernance démocratique : 9, 10, 17, 24, 25, 27, 48, 63, 64, 68, 101, 124, 127, 128, 142, 154, 201, 202, 206, 278, 284, 286

Green washing : 374

Groupe (de personnes morales) : 150, 177, 231, 352, 356, 381, 402, 421-423, 475,

Groupement civil

- groupement agricole d'exploitation en commun : 155, 206, 209, 210, 212, 469, 473
- groupement d'intérêt économique : 76, 205, 208, 210, 277, 409, 421, 423, 450, 461, 469, 473

I

Impact social, impact sociétal :

- bénéfice net de l'— : 412
- contrat à — : cf. *Social impact bonds*
- évaluation de l'—, mesure de l'— : cf. *Évaluation de l'impact sociétal*
- investissement à — : 4, 19, 191, 316, 411

- société d'— : cf. *Société d'impact sociétal*

Impôts commerciaux

- taxe sur la valeur ajoutée : 91, 92, 289, 293, 309, 320, 368, 390, 391, 392, 393
- impôt sur les sociétés : 91, 92, 122, 289, 360, 373, 401, 455, 466
- contribution économique territoriale : 91, 92, 212, 378

Impôt sur la fortune, impôt sur la fortune immobilière : 283, 289, 356, 359, 360, 361, 363, 367, 410

Impôt sur le revenu : 79, 283, 289, 356, 357, 359, 362, 363, 367, 401, 410, 455, 456

Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche : 334, 335, 343

Inspection générale des affaires sociales : 334, 335, 343, 344

Intérêt

- — collectif : 17, 20, 21, 97, 147, 148, 162, 168, 173, 178, 194, 198, 199, 202, 212, 227, 235, 236, 338, 413, 488
- — commun : 11, 21, 189, 198, 214, 220, 224, 227, 233, 234, 311, 381, 409, 485
- — communautaire : cf. *Community interest*
- — de l'entreprise : 218
- — général
 - définition fiscale : 356
 - définition juridique : 21
 - méthodes de détermination de l'— : 21, 338
- — social : 11, 24, 48, 182, 198, 200, 219, 224, 226, 227, 332
- — supérieur : 217, 218, 224

Intrapreneuriat social : 191, 241

Intuitu personae : 157, 206, 208, 209, 212, 268, 269, 438, 446

Investissement socialement responsable : 182, 411

J

Jus fraternitatis : 212, 224

L

Label européen d'économie sociale : 9, 59, 316

Laboratoire d'innovations publiques : 339, 412

Legs : 2, 79, 83, 84, 121, 140, 247, 252, 309, 341, 347-349, 351, 353, 360, 489, 490

Libéralité

- don, don manuel : cf. *Don manuel*
- donation : cf. *Donation*
- legs : cf. *Legs*

Licence : 236, 384, 387, 388, 421

Livret A : 141, 401, 483

Livret contractuel d'épargne solidaire : 366, 457

Livret de développement durable et solidaire : 141, 366

Location-gérance : 75, 76, 421

Loyer : 148, 168, 353, 360, 478

Lucrativité limitée : 10, 11, 18, 25, 54, 64, 65, 124, 126, 129, 138, 142, 168, 206, 212, 278, 281, 287, 296, 322, 425, 432, 455, 459, 469

M

Mandatement : 317, 319, 321, 322

Manifestation de bienfaisance et de soutien : 392

Marché libre : 446

Marché public : 24, 254, 306, 307, 318-321, 375, 421, 475

Marge commerciale : 41, 58, 389, 390

Mécénat : 2, 56, 119, 191, 203, 253, 347, 351, 372-381

Mécénat de compétences : 191, 381

Microcrédit : cf. *Prêt privé non bancaire*

Minibon : 424

Mutualité : 63, 130, 131, 132, 133, 135, 138, 141, 251, 474

Mutualisation : 470, 472, 474, 475, 476

Mutualisme : 16, 134, 239

Mutuelle : 130-141

N

New public management : 2

Norme impérative

- définition : 60
- ordre public structurel : 57, 60, 61

Nullité : 60, 61, 76, 132, 288, 332

O

Obligation (titre) : 76, 113, 139, 251, 401, 405, 407-411, 441, 456, 457, 460, 461, 465, 483

Obligations fiduciaires : 188, 189, 190, 193

Organisation sans but lucratif

- — britannique : 179
- définition de la notion d'organisation : 66
- association loi 1901 : cf. *Association*

- but non lucratif :
 - définition fiscale : 116
 - définition juridique : 18
- fondation : cf. *Fondation*
- fonds de dotation : cf. *Fonds de dotation*

P

PACTE (projet de loi « plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises ») : 14, 58, 199, 219, 223, 226, 227, 231, 327, 402, 458

Paracommercialité : 3, 73, 76

Part sociale

- — à avantage particulier : 440, 441
- — à intérêt prioritaire : 168, 442, 447
- — d'épargne : 443

Participation : (au capital social) : 168, 211, 227, 297, 353, 356, 422, 455, 485

Participationnisme : 211

Partie prenante :

- théorie des — : 4, 227
- partie constituante : 228, 242

Performance

- définition : 35
- — du droit : 36-39
- — économique : 40-42, 58, 454
- — financière : 5, 6, 22, 30, 44-58, 62, 65, 67, 71, 129, 132, 139, 151, 154, 156, 185, 247
- — sociale : 43

Petite et moyenne entreprise : 86, 120, 302, 313, 377, 381, 410, 415, 416, 418, 421, 446, 455, 457

Plan d'épargne en actions : 467

Porte ouverte (principe de la —) : 438

Position dominante : 133, 159, 161

Postmodernité

- entreprise postmoderne : 3
- État postmoderne : 1, 2, 3, 4, 336
- société postmoderne : 1

Pratiques restrictives de concurrence : 86, 159, 160

Prêt de main-d'œuvre à titre gratuit : 191, 381

Prêt participatif :

- — : cf. *crowdfunding*
- — social et solidaire : 416

Prêt public : 425

Prêt privé non bancaire

- microcrédit : 24, 182, 309, 420, 424
- prêt entre entreprises liées économiquement : 421, 424
- prêt intragroupe : 422-424

Prime de fidélité : 444

Programme d'investissement d'avenir : 416, 454

Progressive Corporate Law : 189, 216

Projet d'entreprise : cf. *entreprise*

R

Régime fiscal mère-fille : 401

Rennes (École de —) : cf. *École de Rennes*

Report à nouveau : 203, 437

Retour social sur investissement : 412

Réserve

- fonds de développement : 169, 201, 448
- incorporation des — au capital social : 63, 168, 448
- — légale : 168, 169, 201, 271, 278, 447, 448
- — libre ou facultative : 448

- — statutaire : 168, 201, 447, 448

Responsabilité sociale et environnementale, responsabilité sociétale de l'entreprise : 3, 176, 177, 193, 202, 213, 214, 217, 226-228, 275, 278-280, 374, 379

Révision coopérative : 16, 153, 167, 171, 172-175

Ristourne

- — coopérative : 168, 206, 447
- — mutualiste : 138

S

Salaire : 18, 45, 49, 77, 94, 168, 206, 287, 309, 366, 479

Sectorisation : 98

Service civique : 309, 487

Social impact bonds : 411, 413, 414

Social washing: cf. *Green washing*

Sociedad Laboral : 265-275

Société

- — à finalité sociale : 214, 275-282
- — à objet social étendu : 192, 198-200, 214
- — anonyme à participation ouvrière : 211, 212
- — civile : 1, 3, 4, 19, 21, 50, 138, 155, 177, 189, 191, 208, 209, 339
- — commerciale, sociale et solidaire : 13, 185, 201, 258, 290, 300, 425, 446, 448
- — coopérative d'intérêt collectif : 17, 22, 97, 142, 146, 162, 164, 173, 178, 202, 437, 486
- — coopérative de production : 142, 145, 146, 148, 150, 152, 162, 165, 169, 171, 265, 435, 437, 438, 454, 466, 471, 472, 473, 479, 486, 489, 490
- — d'impact sociétal : 264, 283-290, 300

- — d'investissement à capital variable : 251, 401, 438, 457, 464, 483
- — de capital-risque : 295, 400, 411, 438, 453, 455
- — reconnue d'utilité publique : 140, 353, 488, 490
- — sportive : 255-262, 425

Solidarisme : 189, 216, 239

Spécificités méritoires (théorie des —) : 301-303, 322, 340, 411

Subvention (publique) : 2, 3, 49, 71, 82, 86, 89, 91, 116, 121, 141, 195, 254, 259, 260, 273, 280, 281, 309, 319-323, 325-327, 331, 333-337, 402, 421, 486, 490

T

Tiers secteur : 2, 3

Titre de créance

- définition : 404, 405, 406
- *FLY paper* : 463
- obligation : cf. *Obligation*
- titre associatif : cf. *Titre associatif*
- — innommé : 460, 463
- — négociable : 251, 401, 405, 406, 411, 483
- titre subordonné : cf. *Titre subordonné*

Titre associatif : 251, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 415

Titre participatif : 139, 251, 401, 405, 456, 462, 466, 483

Titre subordonné : 139, 251, 460, 462, 465

U

Une personne, une voix : 17, 124, 127, 144, 179, 205, 206, 269, 439, 455

Utilité sociale

- définition fiscale : 97
- définition juridique : 10, 19, 48

- — organisationnelle : 48, 49
- — endogène : 205, 209, 211, 485
- — exogène : 212, 213

Utilité publique : cf. *association reconnue d'utilité publique, fondation reconnue d'utilité publique* et *société reconnue d'utilité publique*

V

Valeur ajoutée : 77, 213, 378, 390

Valeur mobilière de placement : 398, 399, 459, 464, 465

Table des matières

AVERTISSEMENT	VI
REMERCIEMENTS	VIII
LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES, ACRONYMES ET ABREVIATIONS.....	X
SOMMAIRE.....	XVI
INTRODUCTION GENERALE	1
Section 1. Les entreprises de l'économie sociale et solidaire	9
I. Définition légale des « entreprises de l'ESS » à l'article 1 ^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014	10
1. La réception du droit communautaire privilégiant une approche fonctionnelle.....	10
2. La singularité portugaise et française : le choix de maintenir le critère distinctif formel	16
II. Un attachement à l'approche formelle contestable	20
1. Les oppositions dogmatiques à un contrôle systématique de la conformité des structures de l'ESS aux trois critères distinctifs	20
2. Propositions de révision de l'article 1 ^{er} de la loi du 31 juillet 2014 <i>a priori</i>	28
Section 2. La performance financière des entreprises de l'ESS.....	35
I. L'apport de la terminologie issue des sciences de gestion	36
1. Performance, efficacité, efficience et productivité en sciences de gestion et en légistique.....	36
2. La performance financière dans l'ESS	38
II. Posture et méthode de recherche d'un écosystème financier adéquat	41
1. La prévalence de l'utilité sociale sur la performance financière dans la posture de recherche	41
2. Les outils interdisciplinaires mobilisés et la méthode pour rechercher la performance financière	47
PREMIERE PARTIE. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES ENTREPRISES DE L'ESS	53
TITRE I^{ER}. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES FORMES JURIDIQUES SOCIALES ET SOLIDAIRES PER SE.....	55
<i>Chapitre I. L'inadaptation des normes impératives des entités non lucratives de l'ESS historique au besoin de performance financière.....</i>	<i>57</i>
Section 1. Les limites à la constitution de fonds propres par les associations loi 1901	58
I. Les limites à la constitution d'un actif.....	60
1. L'absence d'incitation fiscale aux dotations.....	64
2. Un accès restreint à la propriété foncière et aux donations et legs.....	66
II. Les limites des produits d'exploitation : l'exemple didactique et notoire des Associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (AMAP)	70
1. La remise en cause de la licéité de la paracommercialité dans le Code de commerce sous l'angle de la concurrence déloyale	70
2. L'encadrement fiscal de la non-lucrativité	72
Section 2. Les obstacles à la création et au développement des fondations dotées de la personnalité juridique.....	80
I. Les obstacles à la création et au développement d'une fondation reconnue d'utilité publique.....	82

1.	Les restrictions à la création même d'une fondation reconnue d'utilité publique.....	82
2.	Des ressources financières limitées	85
II.	Les obstacles à la création et au développement des fondations d'entreprise.....	86
1.	Un dispositif conçu pour les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises.....	87
2.	Un patrimoine et des ressources limités	88
	Conclusion du chapitre 1 ^{er} du Titre I ^{er} (Première partie).....	91
	<i>Chapitre II. L'adaptation des normes impératives des entités à lucrativité limitée de l'ESS historique au besoin de performance financière</i>	<i>93</i>
	Section 1. Les normes impératives, facteur du succès économique des mutuelles	94
I.	L'attractivité des principes mutualistes.....	96
1.	La détermination populaire du montant des cotisations et du niveau de prestation	97
2.	Le principe de non-discrimination.....	98
II.	Une capacité financière très vaste.....	99
1.	Une société sans capital mais avec d'autres actifs.....	99
2.	Une société bénéficiant de ressources financières propres aux OSBL	101
	Section 2. L'assouplissement contrôlé des normes impératives régissant les coopératives en vue de soutenir leur performance financière	102
I.	L'ouverture des coopératives à de nouvelles relations d'affaires.....	111
1.	L'ouverture du capital social à des associés non coopérateurs	114
2.	L'extension de l'activité économique à des usagers non associés	116
II.	Le contrôle accru de la fidélité aux valeurs coopératives, centrées sur la lucrativité limitée	117
1.	Le maintien des limitations du lucre.....	117
2.	La généralisation de la révision coopérative.....	120
	Conclusion du Chapitre 2 du Titre I ^{er} (Première partie)	125
	CONCLUSION DU TITRE I ^{ER} DE LA PREMIERE PARTIE	127
	TITRE II. L'EFFET DES NORMES IMPERATIVES SUR LA PERFORMANCE FINANCIERE DES STRUCTURES HYBRIDES	129
	<i>Chapitre I. Les sociétés hybrides, des sociétés au service de l'utilité sociale</i>	<i>135</i>
	Section 1. Comment concilier l'article 1832 du Code civil et l'utilité sociale ?.....	137
I.	L'avènement de la doctrine de la <i>Progressive Corporate Law</i>	138
1.	La défense classique de l'objectif impérieux de maximiser les profits des actionnaires	138
2.	La priorité donnée à l'intérêt général sur la maximisation des profits au cœur de la doctrine de la <i>Progressive Corporate Law</i>	140
II.	Les statuts permettant de poursuivre un objectif d'utilité sociale sans limiter le lucre	143
1.	Les nouvelles sociétés d'intérêt collectif à lucrativité illimitée	144
2.	Les statuts civils et commerciaux capitalistes les plus solidaires	157
	Section 2. Vers une révision des articles 1832 et 1833 du Code civil ?.....	167
I.	Rappel des récentes propositions de révision.....	170
1.	Des propositions peu médiatisées au projet de loi PACTE.....	171
2.	La tribune du 15 novembre 2016.....	174
II.	Critique juridique de ces propositions	177
1.	Arguments <i>contra</i>	177
2.	Arguments <i>pro</i>	180
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er} du Titre II (Première partie)	195

<i>Chapitre II. Les statuts hybrides de l'ESS créées par le législateur dans un souci de performance financière</i>	197
Section 1. Les hybridations légales françaises créées spécifiquement pour soutenir financièrement les entreprises de l'ESS	198
I. Le fonds de dotation, une OSBL capitaliste créée dans un souci d'indépendance financière vis-à-vis des personnes publiques	198
1. Un objet social hybride : la capitalisation des dotations initiales <i>via</i> des produits financiers à caractère social 201	
2. L'interdiction des ressources financières d'origine publique	204
II. Les sociétés sportives, de potentielles entreprises de l'ESS au soutien financier de leur association sportive support.....	204
1. Sociétés sportives et qualification d'« entreprises de l'ESS » : le droit de percevoir des subventions en jeu 207	
2. Le soutien financier de la société sportive à son association-support.....	209
Section 2. Un retour d'expériences étrangères d'hybridations créées par la loi.....	210
I. Les sociétés commerciales de l'ESS en droit continental	211
1. En Espagne : la <i>sociedad laboral</i> , une réponse à la crise économique des années 1980	211
2. En Belgique : la société à finalité sociale, supplément d'âme des sociétés commerciales.....	216
3. Au Luxembourg : la société d'impact sociétal, agrément ESS des sociétés commerciales	222
II. Les sociétés sociales et solidaires de <i>Common Law</i> limitant le lucre	226
1. Dans le Commonwealth, une modalité statutaire très flexible pour les sociétés.....	226
2. Aux États-Unis, une modalité statutaire garantissant aux <i>Limited Liability Company</i> l'accès aux financements des fondations	228
Conclusion du Chapitre 2 du Titre II (Première partie)	231
CONCLUSION DU TITRE II DE LA PREMIERE PARTIE.....	233
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	235

SECONDE PARTIE. L'EFFET DU CHOIX DE LA FORME JURIDIQUE SUR LA CAPTATION ET LA CAPITALISATION DES RESSOURCES FINANCIERES..... 237

TITRE I ^{ER} . LES RESSOURCES FINANCIERES DES ENTITES NON LUCRATIVES.....	239
<i>Chapitre I. Les aides et libéralités, des ressources vitales à sécuriser</i>	241
Section 1. La justification et le contrôle des aides d'État octroyées aux OSBL	242
I. Les aides d'État licites sont-elles toujours la contrepartie des « spécificités méritoires » ?.....	245
1. Les aides d'État présentant un lien direct avec la poursuite de l'utilité sociale : pour une révision de l'article 107, paragraphe 2 du TFUE en faveur de l'ESS	248
2. Les règles de conventionalité des compensations pour obligation de service public, argument juridique de pérennisation des subventions	250
II. Le contrôle exercé par l'État, pendant de l'intérêt général	257
1. Les mécanismes de contrôle de gestion propres aux associations fortement subventionnées.....	260
2. Le contrôle par l'État de la bonne réalisation des objectifs d'intérêt général : le cas de l'AFIJ	262
Section 2. Les libéralités des autres agents économiques, encouragées par les aides d'État	267
I. L'efficacité du dispositif fiscal encourageant les libéralités des particuliers au défi des innovations technologiques	272

1.	Les avantages fiscaux accordés aux donateurs pour inciter à la générosité : un dispositif efficace malgré la suppression de l'impôt sur la fortune	277
2.	La vitalité du don manuel et ses mutations technologiques, un défi pour l'Administration fiscale ...	282
II.	Le mécénat de l'entreprise seule ou <i>via</i> ses salariés	287
1.	L'incitation de l'entreprise seule	287
2.	L'incitation des salariés au travers de leur entreprise	293
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er} du Titre I ^{er} (Seconde partie)	297
	<i>Chapitre II. Les produits d'exploitation, les produits financiers et les quasi-fonds propres : des ressources plus maîtrisables.</i>	301
	Section 1. Les produits d'exploitation des OSBL : des ressources financières qui dépendent de la politique sociale et commerciale	302
I.	La participation des membres : une ressource financière modulable en fonction de la politique sociale de l'OSBL.....	302
1.	L'adhésion et les droits et obligations qui en découlent	302
2.	Les licences et les cotisations et les prestations qui s'y rattachent	303
II.	La participation des usagers, ressource financière sous condition de marge commerciale	303
1.	La vente de biens et de prestations de services, source de marge commerciale monétarisée	304
2.	L'échange sans soulte favorable à l'OSBL, source de marge commerciale en nature.....	305
	Section 2. Le fort potentiel de développement des ressources financières des OSBL	306
I.	L'investissement, un important vecteur d'actif et de quasi-fonds propres.....	306
1.	Les produits des placements des OSBL et les avantages fiscaux y afférents.....	308
2.	Le capital des investissements dans les OSBL, quasi-fonds propres très divers.....	315
II.	Des moyens de financement par la dette plutôt pensés pour les OSBL mais accessibles à toutes les entreprises de l'ESS	330
1.	La raréfaction des prêts à l'initiative de la puissance publique nationale ou supra-étatique destinés aux entreprises de l'ESS	330
2.	Les prêts non bancaires proposés par des acteurs du secteur privé.....	332
	Conclusion du Chapitre 2 du Titre I ^{er} (Seconde partie)	341
	CONCLUSION DU TITRE I ^{ER} DE LA SECONDE PARTIE.....	343
	TITRE II. LES RESSOURCES FINANCIERES DES ENTITES LUCRATIVES	345
	<i>Chapitre I. Les fonds propres et quasi-fonds propres pouvant être réunis aux différents stades de la vie des sociétés de l'ESS.</i>	347
	Section 1. L'apport des associés, condition première de la viabilité du projet d'entreprise.....	347
I.	L'indispensable contribution des associés au renforcement des quasi-fonds propres.....	347
1.	Les comptes courants d'associés et les fonds des mutuelles d'assurance : des ressources pérennes	348
2.	Les garanties de prêt au soutien des quasi-fonds propres	351
II.	Les apports capitalistiques et les réserves, fondements de la performance financière des sociétés de l'ESS	352
1.	La diversité des titres de capital dans l'ESS et la question de leur admission à la négociation sur les marchés libres	353
2.	Les réserves, ressources abondantes du fait de la limitation du lucre et du collectivisme	360
	Section 2. L'apport des investisseurs extérieurs dans une perspective de développement des sociétés de l'ESS...	363
I.	Les investisseurs extérieurs à attirer vers l'ESS.....	363
1.	Les investisseurs directs : des soutiens à développer.....	364

2.	L'investissement indirect des épargnants : une abondante ressource financière à drainer de toutes les formes d'épargne	373
II.	Les titres financiers autres que les titres de capital : des outils diversifiés et intéressants pour préserver l' <i>affectio societatis</i> et verrouiller le droit de vote	375
1.	Le vaste choix de titres de créances dans les sociétés par actions	376
2.	Les titres propres aux coopératives et mutuelles	380
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er} du Titre II (Seconde partie)	383
	<i>Chapitre II. Le résultat des sociétés de l'ESS soutenu par un potentiel économique et financier structurellement fort</i>	385
	Section 1. Les facteurs d'accroissement du résultat d'exploitation dans les sociétés de l'ESS	385
I.	Le dynamisme économique des efforts conjugués des associés coopérateurs, des sociétaires mutualistes et des membres du groupement civil	385
1.	La participation des associés coopérateurs producteurs et des membres des groupements civils au chiffre d'affaires	386
2.	La participation des associés coopérateurs consommateurs et des sociétaires mutualistes à la réduction des dépenses et à l'augmentation de la ristourne	387
II.	Les économies réalisées grâce aux coopératives ayant pour seul objet la mutualisation du capital technique et de la force de travail	387
1.	La coopérative d'utilisation de matériel agricole et la coopérative d'espaces bureautiques	389
2.	La coopérative d'activité et d'emploi (CAE)	390
	Section 2. Le contraste entre les possibilités infinies de produits financiers et le caractère exceptionnel des aides d'État et libéralités aux sociétés de l'ESS	392
I.	La totale liberté d'investir, une caractéristique du libéralisme économique qui profite aussi aux sociétés de l'ESS	392
1.	Des possibilités d'investissement illimitées	392
2.	Une fiscalité des produits de l'investissement indifférente au but lucratif de la société	393
II.	Les aides d'État et les libéralités : des produits exceptionnels qui doivent devenir des produits d'exploitation pour les sociétés de l'ESS	395
1.	La justification de l'octroi d'aides d'État aux entités lucratives de l'ESS à travers quelques exemples législatifs et jurisprudentiels	395
2.	La survivance de la notion de société d'utilité publique en droit fiscal, une opportunité pour les sociétés d'être exonérées de droits de mutation à titre gratuit	398
	Conclusion du Chapitre 2 du Titre II (Seconde partie)	403
	CONCLUSION DU TITRE II DE LA SECONDE PARTIE	405
	CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	407
	CONCLUSION GENERALE	409
	ANNEXE	415
	<i>Annexe unique. Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (extraits) ..</i>	<i>417</i>
	BIBLIOGRAPHIE	421
	INDEX ALPHABETIQUE	477
	TABLE DES MATIERES	485

Résumé

Titre : Recherche sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires.

Plus que jamais, le financement de l'économie sociale et solidaire (ESS) se trouve au centre des préoccupations des acteurs et des observateurs de celle-ci. La question de savoir comment le droit peut faciliter le financement des entreprises de l'ESS mérite donc qu'on y consacre une analyse systémique.

Le cadre juridique du financement de l'ESS est posé par les normes impératives en droit des sociétés et des groupements de l'ESS. La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'ESS dresse une liste limitative des formes juridiques appartenant automatiquement à l'ESS : associations loi 1901, fondations, coopératives et mutuelles. Elle laisse néanmoins la porte ouverte aux sociétés commerciales, sous certaines conditions. Afin de mettre en évidence et de discuter les normes impératives ayant un impact sur le financement des entreprises de l'ESS, la première partie de cette thèse reconstitue l'offre de statuts et leur régime juridique, en dépit d'une législation en millefeuille et de régimes juridiques en îlots, fruits de l'Histoire.

En découle, dans la seconde partie, une critique ordonnée de l'accès aux ressources financières, selon qu'elles sont destinées aux organisations sans but lucratif (OSBL) ou aux sociétés, libérales ou avec une contrepartie, qu'elles soient le fruit d'un investissement ou qu'elles proviennent d'une des parties prenantes.

Cette thèse aboutit à cinq séries de propositions de réformes : la redéfinition de l'ESS pour un fléchage plus affûté des ressources financières dédiées ; la révision des normes impératives entravant la performance financière des OSBL ; la stimulation de l'investissement dans l'ESS ; la sécurisation des ressources des entreprises de l'ESS au moyen de l'évaluation de l'impact social par l'ensemble des parties prenantes ; la pérennisation des aides d'État eu égard à l'utilité sociale ainsi que des compensations pour obligation de service public.

Mots clés : économie sociale et solidaire – financement – droit du financement – droit financier – droit des organismes sans but lucratif – droit des sociétés et des groupements – droit fiscal – droit de l'entreprise – droit de la concurrence – droit comparé – droit des obligations – droit des biens.

Abstract

Title: Research on Finance Law of Social Enterprises.

Today more than ever before, the financing of the Social and Solidarity Economy (SSE) lies at the forefront of the concerns plaguing operators and observers in the sector. Therefore, how can SSE financing be eased by law is an issue that deserves a systemic analysis.

The legal framework for SSE financing has been set by peremptory norms of SSE Corporate Law. French Act No. 2014-856 of 31 July 2014 on the SSE establishes a restrictive list of legal forms that automatically belong to the SSE: non-profit organisations, foundations, cooperatives and mutual societies. However, the SSE may include commercial companies under certain conditions. With a view to highlighting and discussing the peremptory norms which affect the financing of social enterprises, the first section of this thesis gives an overview of the SSE statutes and their legal regime, despite a multi-layered legislation and isolated legal regimes, which have been created through History.

As a result, the second section provides a sorted review of the access to financial resources, whether they are intended for not-for-profit or for-profit organisations, with or without consideration, and whether they stem from an investment or are provided by a stakeholder.

This thesis leads to five series of reform proposals: redefining the SSE for a better earmarking of the dedicated financial resources; revising the peremptory norms that hinder the financial performance of not-for-profit organisations; stimulating investments in the SSE; securing the resources for social enterprises through the assessment of the social impact by all the stakeholders; perpetuating state aids, regarding social utility, and compensations for public service obligations.

Keywords: Social and Solidarity Economy – Financing – Finance Law – Not-for-profit Law – Corporate Law – Tax law – Finance Law – Business Law – Competition Law – Comparative Law – Contract Law – Property Law.