RIODD
Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement Durable
RIODD 2016
Energie, environnement et mutations sociales
Dans le cadre du Bicentenaire
1816 2016
Du 6 au 8 juillet 2016
École des mines de Saint Etienne

Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ?

Analyse du choix de leur intégration par le législateur français

Isabelle BAUDET
Professeur associé en Droit des Affaires
Groupe Sup de Co La Rochelle
Membre de l'IRSI (Institut de la Responsabilité Sociétale par l'Innovation)
E-mail : baudeti@esc-larochelle.fr

Résumé

Dans un contexte de crise systémique, l'économie sociale et solidaire a montré sa capacité à s'adapter et à résister en adoptant un modèle alternatif à la logique capitaliste dominante. Aussi, les gouvernants ont compris l'importance qu'il y avait à encourager et donc à soutenir financièrement les acteurs de ce secteur porteur de richesses et d'emplois. Il convient alors de délimiter juridiquement le champ de l'économie sociale et solidaire afin d'identifier les bénéficiaires des moyens qu'il convient de mettre en place au déploiement de cette nouvelle économie. En France, la loi sur l'économie sociale et solidaire adoptée en juillet 2014 a posé pour la première fois les bases d'une reconnaissance juridique à ce secteur que le gouvernement français ne pouvait plus ignorer en raison de son poids croissant dans l'économie nationale. La création d'une structure juridique unique et homogène de l'entreprise de l'économie sociale et solidaire à l'instar de ce qui s'est fait dans certains pays d'Europe a été d'emblée écartée au profit d'une définition construite à partir d'une élaboration des critères communs aux acteurs de l'économie sociale et solidaire. Toutefois, la grande nouveauté de cette réforme réside incontestablement dans le choix politique d'ouvrir le périmètre de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales. Cet article propose d'analyser dans un premier temps le choix de cette intégration, encouragé par un contexte d'initiatives normatives de plus en plus prégnant sur le nouveau rôle assigné aux sociétés capitalistiques. Puis, nous examinerons la place que la loi réserve à ces nouvelles sociétés de l'économie sociale et solidaire en s'interrogeant sur ce qui les distingue des acteurs traditionnels de ce secteur et des entreprises capitalistiques sociétalement responsables.

Mots-clés : ESS, Loi ESS de juillet 2014, Sociétés capitalistiques, RSE, Utilité sociale

Introduction

Longtemps délaissée, l'économie sociale et solidaire (ci-après ESS) conduit, avec la crise économique, à s'intéresser de près à ce modèle économique qui s'illustre par savitalité. Ce dynamisme n'a pas échappé aux autorités publiques qui ont voulu encourager ce modèle émergent qui allie à la fois performance économique, innovation et utilité sociale. Afin de répondre à cet objectif, la loi votée en juillet 2014 s'est attachée à appréhender l'ESS dans toute sa diversité. Une première approche aurait pu consister à délimiter ce secteur aux activités produites par les acteurs traditionnels de l'ESS en facilitant leur développement. Que ce soit en effet dans le secteur de l'économie sociale ou de l'économie solidaire la quasi-totalité des organisations de l'ESS se développent en prenant appui sur les quatre grands types de statuts que sont l'association, la coopérative, la mutuelle et la fondation. Cependant, cette solution n'a pas été retenue au profit d'une approche plus ouverte afin d'encourager tous les acteurs économiques à s'orienter dans cette nouvelle voie. Aussi, la question d'intégrer la société commerciale de droit commun comme support de l'activité sociale et solidaire s'est naturellement posée, d'autant que cette réflexion s'inscrit dans une dynamique normative plus globale sur la nécessité de transformer l'entreprise fondée uniquement sur la maximisation des profits. Dès lors, il convient de restituer, dans ce contexte (1) la place offerte par le législateur aux sociétés commerciales, par nature capitalistiques, dans la sphère de l'ESS (2)

1. Une place encouragée par l'appréhension normative[1] d'un nouveau modèle d'entreprise sociale et responsable.

En définissant l'ESS comme un mode d'entreprendre auquel adhèrent des personnes morales de droit privé, la loi s'est inspirée d'initiatives normatives visant à concevoir un nouveau modèle d'entreprise dite sociale ou responsable qui cherchent à se démarquer du modèle classique de l'entreprise capitalistique.

1.1 Les initiatives visant à concevoir un modèle d'entreprise sociale

Ce mouvement en faveur de l'entreprise sociale s'est tout d'abord manifesté dans le monde anglo-saxon puis a gagné l'Europe où certains états ont pris des dispositions pour

[1] L'appréhension normative est ici prise dans le sens d'une appréhension par le droit et non par des référentiels communs comme les normes de type ISO.

intégrer ce nouveau modèle d'entreprise dans leur législation économique (Draperi, 2010). Toutefois, les approches diffèrent en raison des contextes socio- économiques et culturels propres à ces deux grandes régions. Aux USA, le concept est fortement marqué par la culture philanthropique des classes fortunées, du rôle joué par les fondations soutenant des projets sociaux innovants ou par des grandes entreprises pour subvenir à un certain nombre de besoins, que ce soit dans l'éducation, la santé ou dans la culture. En Europe, les entreprises sociales sont étroitement liées à la tradition de l'économie sociale du pays dont elles émanent et de la fonction exercée par l'État dans la prise en charge des services d'intérêt général. Il en est résulté un cloisonnement entre les organisations ayant une activité économique lucrative et celles ayant une finalité sociale.

Selon le concept anglo-saxon, l'entreprise sociale recouvre un grand nombre de situations puisqu'elle vise aussi bien les organisations qui déploient une activité commerciale pour poursuivre une finalité sociale (école des ressources marchandes), qu'un profil d'entrepreneur social qui se caractérise essentiellement par sa capacité à innover (école de l'innovation sociale) pour répondre à des besoins sociétaux (Defourny et Nyssens ,2011). Le système économique capitaliste et le modèle de l'entreprenariat issue du marché, loin d'être critiqués, vont au contraire être utilisés pour la réalisation de projets à caractères sociaux ou sociétaux. Aussi, la notion d'entreprise sociale ou d'entrepreneuriat social, selon la vision américaine, intègre tout type d'organisation et d'initiatives à visée large : des sociétés commerciales qui poursuivent des objectifs sociaux ou environnementaux, des entreprises porteuses de projets philanthropiques financées par des fondations ou d'autres,qui s'engagent dans des missions caritatives ou dans une démarche de responsabilité sociétale.

La démarche entrepreneuriale, l'innovation et l'utilisation du modèle commercial pour résoudre des problèmes sociaux sont des notions également très présentes dans la définition donnée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). Selon l'OCDE, l'entreprise sociale fait référence *« à toute activité privée d'intérêt général, organisée à partir d'une démarche entrepreneuriale et n'ayant pas comme raison principale la maximisation des profits mais la satisfaction de certains objectifs économiques et sociaux,*

ainsi que la capacité de mettre en place, dans la production de biens et de services des solutions innovantes aux problèmes de l'exclusion et du chômage »[2] .

En Europe, le réseau EMES[3] a développé une approche différente des deux écoles américaines (Defourny, 2004). S'appuyant sur des modèles nationaux existants dans les pays européens, le réseau EMES propose trois séries de critères définissant l'entreprise sociale. Si on retrouve dans son analyse le rapprochement entre la dimension économique et sociale, à savoir des entreprises produisant des biens ou de services pour l'accomplissement d'une finalité sociale, cette définition diffère des écoles de pensées précédentes en ce qu'elle intègre un troisième critère lié au mode de gouvernance propre à l'entreprise sociale. Ce concept insiste en effet sur la mise en œuvre d'un modèle de gouvernance participatif et démocratique non basé sur la détention de capital, lequel serait indispensable à la réalisation du projet social et en serait même le garant.

L'Union européenne s'est emparée de cette nouvelle forme d'entreprendre pour l'intégrer dans ses politiques. Elle trouve toute sa place dans les priorités de la nouvelle stratégie de l'Union européenne « Europe 2020 » en faveur d'une « croissance intelligente, durable et inclusive »[4].Cet intérêt s'est dans un premier temps porté sur les organisations traditionnelles de l'ESS et sur leurs statuts. C'est dans ce contexte qu'a été créée en 2003 la société coopérative européenne[5] et que des statuts européens sur les mutuelles et les fondations sont également envisagés. Dans la même lignée, les acteurs de l'ESS se sont vus regrouper au sein d'une organisation européenne au pour défendre leurs intérêts[6]. Puis, sous l'impulsion du Parlement européen et du Comité Économique et Social Européen (CESE),[7] la Commission a dépassé le cadre statutaire de ses acteurs traditionnels, et s'est davantage attachée à la finalité et à l'impact social des activités des entreprises ayant la capacité « *à*

[2] OCDE, « Les entreprises sociales dans les pays membres de l'OCDE », Paris, 1998, Service du développement territorial, Rapport pour le secrétariat.

[3] Fondé en 1996, EMES est un réseau réunissant des centres de recherche universitaires dont les travaux portent sur des thématiques liées à l'ESS.

[4] Communication de la Commission européenne «Europe 2020 : une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive», 3 mars 2010, COM (2010) 2020 final.

[5] Règlement (CE) n° 1435 /2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *JO,* L 207,18 août 2003.

[6] Appelée à l'origine la Conférence européenne permanente des coopératives, mutualités, associations et fondations (la CEP-CMAF), cette organisation a changé de nom en 2008 et est devenue « *SOCIAL ECONOMY EUROPE ».*

[7]Rapport d'initiative sur l'économie sociale, rapport « TOIA » Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250(INI)) ; Avis du CESE sur la « diversité des formes d'entreprises » (2009/C 318/05).

apporter des réponses innovantes aux défis économiques, sociaux et dans certains cas environnementaux actuels, en développant des emplois pérennes et très peu délocalisables, l'intégration sociale, l'amélioration des services sociaux locaux et la cohésion territoriale. »[8] . Elle a reconnu la vocation à ces entreprises dites sociales –quelles que soient leurs formes juridiques – à intégrer la sphère de l'ESS dès lors qu'elles ont pour finalité la production d'effets sociaux positifs et mesurables et a souhaité promouvoir ce nouveau modèle d'entreprise en améliorant leur environnement juridique (Rhattat, 2014). Afin d'identifier les bénéficiaires de ces mesures, la Commission européenne a amorcé une définition de l'entreprise sociale. Rejoignant dans ces grandes lignes les trois dimensions du réseau EMES, elle reconnait qu'il s'agit d'entreprises :

- *« pour lesquelles l'objectif social ou sociétal d'intérêt commun est la raison d'être de l'action commerciale, qui se traduit souvent par un haut niveau d'innovation sociale,*
- *dont les bénéfices sont principalement réinvestis dans la réalisation de cet objet social*
- *et dont le mode d'organisation ou le système de propriété reflète la mission s'appuyant sur des principes démocratiques ou participatifs, ou visant à la justice sociale.* »[9].

Aussi, tout en acceptant que les entités à statut spécifique, traditionnelles de l'ESS (association, coopératives, etc.) sont particulièrement adaptées, elle considère que l'ESS rassemble également des entreprises sous forme de *« société privée ou de société anonyme »* dès lors qu'elles répondent aux critères de l'entreprise sociale. C'est également, toutes formes juridiques confondues, que l'entreprise sociale pouvant accéder aux fonds d'entrepreneuriat social européens a été définie. L'entreprise éligible à ces fonds est une entreprise qui 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 »*[10] . A ce critère lié à la

[8] Communication de la Commission européenne, « Initiative pour l'entrepreneuriat social : construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », 25 octobre 2011, COM(2011) 682 final, p.2.
[9] Communication de la Commission européenne, « Initiative pour l'entrepreneuriat social : construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », 25 octobre 2011, COM(2011) 682 final.
[10] Règlement (UE) n° 346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, *JO,* L 115,25 avril 2013, point 13.

mesure de l'impact social, s'ajoute deux autres critères sur la gestion transparente et l'obligation de rendre des comptes aux parties prenantes.

Parmi les pays d'Europe, plusieurs initiatives législatives récentes ont construit des cadres juridiques nouveaux ou complémentaires censés être mieux adaptés à des dynamiques entrepreneuriales qui s'inscrivent dans un projet social (Chavez, 2012). Mais la tendance est souvent d'élaborer des statuts idoines, en reprenant les structures déjà existantes, notamment de type coopératif, avec les adaptations qui s'imposent pour la réalisation d'objectifs sociaux ciblés et prédéfinis par la réglementation, généralement dans le domaine de l'insertion et des activités de service à la personne[11]. En effet, rares sont les législations à l'exception de la Belgique avec la « société à finalité sociale » et de la Grande-Bretagne avec la société d'intérêt communautaire (Community Interest Company) à avoir choisi la forme juridique de société comme cadre potentiel (Hiez, 2012). En France, la reconnaissance d'entreprises qui placent l'efficacité économique au service de l'intérêt général a été également fortement revendiquée par le Mouvement des entrepreneurs sociaux (Mouves). Outre la poursuite d'une utilité sociale, sociétale ou environnementale de leur activité, une autre particularité est avancée par ce mouvement : une gestion selon un mode de gouvernance participative avec une lucrativité limitée et ce, quelle que soit la structure juridique adoptée, société de droit commun ou autre.

1.2 La montée en puissance de la responsabilité sociétale des entreprises

Plus largement, avec l'entrée de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), des entreprises fondées sur le modèle capitaliste se convertissent de plus en plus aux exigences du développement durable. L'intégration des enjeux du développement durable a eu pour effet d'introduire une nouvelle dynamique dans la pratique, la production et la promotion des activités des entreprises. Elle invite l'entreprise à participer activement au progrès sociétal, à dialoguer avec ses parties prenantes et à adopter un autre mode de gestion et de management.

[11]En raison de leurs succès, les coopératives sociales en Italie sont souvent citées comme exemple de ce nouveau modèle. Ce modèle a inspiré en France les promoteurs de la société coopérative d'intérêt collectif dont l'objet est « la production et la fourniture de biens et de services qui présentent un caractère d'utilité sociale ». On peut également mentionner l'Espagne avec la création des coopératives d'initiative sociale, le Portugal avec la coopérative de solidarité sociale ou plus récemment en Pologne avec la coopérative sociale.

Aussi, les caractéristiques de la RSE présenteraient par certains côtés des similitudes avec les valeurs et principes de l'ESS (Stokkink, 2012).

Les initiatives visant à promouvoir la RSE ont également été encouragées au sein de l'Union européenne. Fondée à l'origine sur le volontariat des organisations [12], la politique de l'Union européenne consistait à encourager et à accompagner les bonnes démarches RSE initiées par les entreprises afin de développer la croissance et l'emploi dans une perspective de développement durable.

Toutefois, passée la première décennie des années 2000, le climat marqué par les crises économiques et environnementales successives change la donne et le discours tend à se radicaliser. La RSE est de moins en moins conçue comme une démarche volontaire mais devient progressivement un instrument juridique générateur d'obligations pour les entreprises. Dans sa communication intitulée *« Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011 2014»*[13] , la Commission européenne introduit une nouvelle définition de la RSE comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ».* La démarche volontaire n'apparait plus et l'accent est désormais mis sur l'entreprise en tant qu'agent responsable des impacts sociaux et environnementaux que son activité produit sur la communauté. Juridiquement, cette responsabilité sociétale s'est traduite par un certain nombre d'obligations réglementaires signalant les premiers pas d'un renoncement de l'approche « soft law » jusqu'ici adoptée. Ne souhaitant pas contraindre les entreprises à intégrer une démarche RSE, c'est essentiellement par le biais du reporting ou d'une obligation de rendre des comptes sur leurs attitudes responsables que les institutions européennes ont orienté leurs décisions comme en témoigne la directive du 22 octobre 2014 visant à renforcer la transparence des grandes sociétés en matière sociale et environnementale ainsi que sur les politiques de diversité qu'elles mènent[14] .Les États membres vont devoir se plier à ces nouvelles obligations bien que certains d'entre eux sont allés, à l'instar de la France, bien au-delà des exigences communautaires. La

[12]la Commission européenne définissait alors la RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » . Livre vert de la Commission européenne « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », 18 juillet 2001, COM(2001) 366 final.

[13] Communication de la Commission européenne, «Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011 2014 », 25 octobre 2011, COM(2011) 681 final. A noter que la Commission adoptera le même jour la communication précitée sur l'entrepreneuriat social

[14] Directive européenne 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

réglementation française s'est en effet démarquée pour avoir exigé, dès 2001, la publication d'informations sociales et environnementales dans les rapports de gestion des entreprises cotées[15]. Ce dispositif étendu désormais aux grandes sociétés non-cotées oblige les entreprises à communiquer non seulement sur les aspects sociaux et environnementaux de leurs activités mais à rajouter à la liste de ces informations, leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable. Constitue un autre exemple de l'attention portée à la responsabilité sociétale, l'obligation pour des entreprises de grande taille d'intégrer des salariés avec voix délibérative au sein de leur conseil d'administration[16] .Cette disposition annonce les prémisses d'une intégration des parties prenantes qui, sans participer au capital, pourront faire valoir leur point de vue.

L'évolution vers un cadre juridique contraignant tend à rapprocher les sociétés dites « responsables » des entreprises de l'ESS, sans toutefois les assimiler. Dans les organisations de l'ESS, l'objectif recherché est en priorité l'utilité sociale et le service rendu à la communauté qui est leur raison d'être. Si l'adoption d'une démarche RSE, amène les entreprises à faire face à leurs responsabilités sociétales, ces dernières ne renoncent pas à leur finalité première qui est la recherche du profit et la rentabilité du capital investi (Persais, 2012).

2. Une place soumise au respect de conditions restrictives

En raison de la grande variété des réalités que le secteur de l'ESS recouvre, le législateur français a fait le choix d'une approche pragmatique afin d'intégrer toutes ses dimensions.

2.1 Le choix d'une approche pragmatique

La France se distingue par la grande variété des structures dédiées à cette économie, y compris au sein d'une même famille. L'exemple des coopératives illustre de cette grande diversité. Plusieurs typologies de coopératives se côtoient avec des règlementations qui leur sont propres. Selon l'organisation représentative du mouvement coopératif français, on

[15] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
[16] Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, art.9.

distingue les coopératives d'utilisateurs ou d'usagers, les banques coopératives, les coopératives d'entreprises, les sociétés coopératives et participatives ou coopératives de production, et enfin, les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC). Les coopératives se distinguent des associations dont le but est, en principe, moins lié aux activités économiques. Néanmoins ces dernières ne leur sont pas interdites. Conçue à l'origine comme totalement étrangère au secteur marchand, l'association a connu cependant un engouement qui la place parmi les entreprises « sociales » les plus répandues[17]. Quant aux mutuelles, elles se rapprochent des coopératives dans la mesure où leur objet est orienté vers l'intérêt de ses membres, mais s'en distingue par son mode de fonctionnement. Enfin les fondations constituent une catégorie qui se démarque très nettement des autres acteurs. Alors que l'association, la coopérative et la mutuelle visent toutes les trois la réalisation collective d'un projet commun qui suppose, à des degrés divers, une implication des bénéficiaires, la fondation se présente davantage comme un organisme gestionnaire de fonds dédiés à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Ces distinctions ont été confortées au fil du temps, au gré des besoins et des revendications propres à chacune d'elles. Cela explique en partie l'absence de réglementation qui affirme leurs principes communs et l'existence d'une mosaïque de textes.

Au-delà des statuts qui leur sont propres, on constate un rapprochement des entreprises traditionnelles de l'ESS dans l'univers économique des sociétés de droit commun. Ces entreprises occupent 30% des emplois dans le secteur de la banque et de l'assurance et 40 %, soit plus de 160 000 salariés, dans l'agroalimentaire en France et connaissent en raison de leur dimension des contraintes qui ne sont pas si éloignées de celles des entreprises du secteur lucratif. Dès lors qu'elles exercent une activité économique, elles sont soumises comme les sociétés commerciales au droit de la concurrence. Elles sont également dans certaines situations, assujetties aux mêmes règles fiscales que les sociétés (Durand, 2013). S'agissant des coopératives, ces dernières ont la possibilité, pour attirer les investisseurs, d'emprunter des moyens juridiques et financiers de développement jusqu'alors réservés aux sociétés commerciales. (Saintourens, 1996). Elle se comportent comme de véritables entreprises avec des modes de management et des pratiques commerciales proches de ceux adoptés par les

[17]85 % des entreprises « sociales » sont des associations (Observatoire National de l'Économie Sociale et Solidaire, Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire, JA Hors-Série, éd. Juris, 2012, p. 18).

sociétés capitalistiques (Branellec ,2013). On voit bien là les différences structurelles et culturelles qui animent ces organisations. La législation française se devait de prendre en compte cette grande diversité rendant impossible la création d'un statut unique de l'entreprise sociale comme cela a été suggérée mais rapidement écartée (Lipietz ,2001).

Finalement, la loi s'est inspirée des spécificités propres aux formes existantes et de la reconnaissance de l'entreprise sociale par les institutions européennes pour définir l'ESS comme un *« mode d'entreprendre et de développement économique […] auquel adhèrent des personnes morales de droit privé […]* » dont les conditions sont ensuite détaillées. Puis, selon une approche statutaire, elle regroupe, sous la notion d'entreprise de l'économie sociale et solidaire, les associations, les mutuelles, les coopératives et les fondations. Elle propose aussi d'y inclure les sociétés commerciales à finalité sociale et d'offrir ainsi la possibilité aux créateurs d'entreprise, adeptes de ce nouveau modèle, d'opter pour la forme de société commerciale de droit commun. Mais, pour limiter toutes dérives d'*« éco-social-blanchiment»*, cet accueil est assorti de conditions supplémentaires à celles des organisations traditionnelles de l'ESS qui bénéficient de par leur statut d'une présomption d'appartenance . Ainsi, aux termes de la loi, ces sociétés devront au-delà des conditions communes à l'ensemble des organisations relevant de l'ESS prouver que leur activité économique a pour objet la recherche d'une utilité sociale et devront appliquer des règles de gestion spécifiques lesquelles sont bien plus strictes que celles habituellement mises en œuvre dans les structures classiques de l'ESS. S'inspirant de la définition de l'entreprise sociale par des institutions européennes (voir *supra*), la société commerciale, pour être éligible, doit être :

- une société à finalité sociale ;
- dont le but poursuivi est autre que le seul partage des bénéfices majoritairement consacrés au développement de l'activité ;
- et dont le mode de gouvernance est démocratique et participatif.

2.2. Une société d'utilité sociale

La revendication de la qualité d'entreprise de l'ESS pour les sociétés commerciales de droit commun ne sera possible que si elles poursuivent un objectif d'utilité sociale. Le recours au critère de l'utilité sociale a été souvent mis en avant pour délimiter le secteur de

l'ESS (Lipietz, 2001) et préféré à la nature de l'activité dont on a vu qu'elle pouvait aussi bien relever du domaine marchand, que non marchand. L'histoire des organisations de l'ESS révèle en effet que la plupart de leurs activités sont nées et se sont développées le plus souvent pour répondre à des besoins sociétaux délaissés par les pouvoirs publics ou ignorés. Cette notion d'utilité sociale est bien connue des économistes qui lui ont consacré de nombreuses études tant pour la déterminer et en cerner les principales caractéristiques, que pour en mesurer l'impact (Gadrey, 2006). Cette référence à l'utilité sociale est également présente en droit positif dans diverses règlementations[18] mais n'avait jamais été appréhendé par loi dans sa globalité. Il convenait donc de donner une définition à cette notion consubstantielle de l'ESS laquelle était par ailleurs fortement sollicitée par les organisations de l'ESS dont l'absence nuisait à leur reconnaissance (Parodi, 2010). À ce sujet, on peut s'étonner que ce critère, pourtant déterminant de l'économie sociale ne soit exigé que pour les sociétés commerciales et non pour les autres structures qu'elle accueille en son sein. En raison de la forme juridique associative, coopérative ou mutualiste choisie, ces structures peuvent s'affranchir de cette condition et poursuivre un objectif qui ne rentre pas dans le cadre de l'utilité sociale visée par la loi [19].

Pour la définir, la loi a opté pour une énumération des finalités poursuivies par l'activité économique de ces sociétés. Cette approche par les finalités permet d'inclure les multiples dimensions (sociales, territoriales, économiques et sociétales) du concept et de son caractère éminemment contingent et évolutif dans le temps. L'objectif d'utilité sociale doit être formalisé dans les statuts de la société soumis à contrôle du greffe pour faire publiquement état de sa qualité d'entreprise de l'ESS.

Aux termes de la loi, sont considérées comme poursuivant une utilité sociale, les entreprises dont l'objectif à titre principal est :

- *« 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*

[18]Elle est intervenue au sujet des sociétés coopératives d'intérêts collectifs dont l'objet est « la production et la fourniture de biens et de services qui présentent un caractère d'utilité sociale ». L'activité « d'utilité sociale » est également visée dans la loi relative à la lutte contre les exclusions ; dans le cadre de la politique d'aide au logement ou de la politique de l'emploi des jeunes.Dans le même sens, l'agrément « Entreprise solidaire »remplacé aujourd'hui par l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (C. trav., art. L. 3332171) dont l'objectif consiste dans la recherche d'utilité sociale.

[19] Par exemples des associations qui œuvrent dans le domaine de l'art, de la culture ou du patrimoine.

d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise » ;

- 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*. » ;

Enfin, le texte ouvre aussi la notion d'utilité sociale lorsque l'entreprise concourt *« au développement durable, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale* » sous réserve, précise la loi, que son activité soit liée aux objectifs mentionnés ci-dessus (inclusion sociale, lutte contre les discriminations, soutien au public fragile, etc.). La réserve formulée dans cette dernière dimension de l'intérêt social évite qu'une entreprise se déclare de l'ESS en mettant en place quelques actions en faveur du développement durable alors que son activité ne poursuit, à titre principal, aucune utilité sociale. Ainsi, des sociétés sociétalement responsables se livrant à des actions caritatives, en plus d'une bonne gouvernance, ne pourront pas revendiquer la qualité d'entreprise de l'ESS à défaut d'exercer une activité principale d'utilité sociale telle que définie par la loi. De même, un fabricant des panneaux solaires (donc contribuant au développement durable) ne verra son activité reconnue d'utilité sociale que si elle favorise le lien social, l'inclusion sociale ou participe au soutien de publics fragiles[20].

2.3. Une société poursuivant un but autre que le seul partage des bénéfices, majoritairement affectés au développement de l'activité de l'entreprise

À l'objectif spécifique d'utilité sociale, la loi soumet la société commerciale à une condition commune qui est celle de poursuivre un but autre que le seul partage des bénéfices.Le législateur suit en cela une caractéristique propre aux entreprises traditionnelles de l'ESS qui se démarquent par l'absence de recherche des bénéfices en tant qu'objectif principal (Hiez, 2013). Ces organisations sont en effet soumises soit à une obligation de non distribution de ces derniers, comme dans les associations, soit à un encadrement limité de leur partage, comme dans les coopératives. Le profit n'est pas exclu, mais doit tendre principalement à la réalisation des objectifs sociaux. Ce principe rejoint l'approche de

[20] Exemples donnés lors des débats parlementaires

l'entreprise sociale telle que définie par la Commission européenne, comme l'entreprise « *dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires », et qui « utilise ses excédents principalement à des fins sociales* »[21]. A l'inverse, cette ingérence dans l'affectation des bénéfices l'éloigne de l'approche libérale anglo-saxonne de l'entreprise sociale, pour laquelle il n'existe pas de restriction quant à l'utilisation des bénéfices et quant au mode de gouvernance abordé plus loin.

Pour y parvenir, la loi oblige donc la société à renoncer à ce que la prospérité de son activité profite en priorité à l'enrichissement individuel de ses actionnaires. Elle doit inscrire dans ses statuts des règles strictes et contraignantes sur l'affectation des bénéfices majoritairement consacrés au développement de l'activité, et à la constitution de réserves obligatoiresimpartageables. S'agissant des réserves, l'obligation de les alimenter se révèle particulièrement contraignante puisqu'elle impose aux dirigeants de prélever sur les résultats de l'entreprise un pourcentage d'au moins 70%. Enfin, il est interdit à la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction de celui-ci non motivée par des pertes.

2.4 Une société à gouvernance démocratique

Dès lors que le profit n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service de l'activité de la société à finalité sociale, la gouvernance, qui renvoie à un mode d'organisation et d'exercice du pouvoir (Persais, 2006), autre condition exigée par la loi, doit reposer sur un modèle démocratique et multi partenarial. Le législateur s'est là aussi inspiré des principes de gestion démocratique des structures de l'ESS. Contrairement aux sociétés de droit commun où la maitrise des décisions appartient à l'associé ou l'actionnaire dont le droit de vote est proportionnel à l'apport en capital, les organisations de l'ESS associent d'autres personnes que des investisseurs et chaque membre se voit attribuer un droit de vote selon le principe « un homme = une voix ».

Aux termes de la loi , les sociétés commerciales de l'ESS doivent organiser et définir dans leurs statuts une *« gouvernance démocratique prévoyant l'information et la participation […] des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de*

[21]Comm. UE, communication, Initiative pour l'entrepreneuriat social, 25 oct. 2011, préc., p. 2.

l'entreprise ». On ne peut s'empêcher de voir dans cette règle une proximité très forte avec le concept de responsabilité societale selon lequelle l'entreprise ne doit pas être gérée uniquement dans le seul intérêt des actionnaires, mais également dans celui des stakeholders et à reconnaitre la légitimité de ses autres parties prenantes à peser dans les prises de décisions (Cazal, 2013).

Cependant, à la différence de la gestion des bénéfices, strictement encadrée, la loi laisse le soin aux sociétés commerciales de définir les modalités de cette gouvernance démocratique et participative. Il revient donc à ces sociétés d'identifier dans un premier temps ses parties prenantes puis, d'envisager leur degré de participation dans la gouvernance. Cette participation peut être, au choix, plus ou moins étendue. Elle peut aller par exemple de leur simple présence avec ou non avis consultatif, jusqu'à leur participation par le vote avec la possibilité d'opter, à l'instar de la société coopérative d'intérêt collectif, pour une pondération des voix en fonction de leur participation à l'activité.

Conclusion

Avec un but autre que le partage des bénéfices, la mise en place d'une gouvernance démocratique et un objet qui poursuit une utilité sociale, de nouvelles entreprises peuvent désormais être reconnues comme faisant partie de l'économie sociale et solidaire. L'approche inclusive adoptée présente l'avantage de fédérer un grand nombre d'acteurs de l'ESS. Toutefois, elle demeure, par certains côtés, critiquable. L'inégalité de traitement en est un, dans la mesure où les sociétés commerciales, soumises à des conditions plus restrictives, devront justifier de leur appartenance à l'ESS, alors que cette dernière est de droit pour les structures traditionnelles. Ces disparités risquent, en effet, de décourager les sociétés qui souhaitent s'engager dans cette voie puisque le recours aux statuts classiques se révèle moins contraignant. La complexité des règles de gestion en est un autre, et constitue un frein à l'engouement supposé pour cette nouvelle forme d'entreprendre dont les avantages, que ce soit en termes d'image ou d'aides financières, peineront à compenser. Quoi qu'il en soit, cette loi ouvre de nouvelles perspectives de recherche. Il sera intéressant d'étudier comment ces

sociétés commerciales mettront en pratique les conditions exigées par la loi pour revendiquer leur appartenance à l'ESS.

Bibliographie :

BLIN-FRANCHOMME M.P., 2013, *L'entreprise de l'économie sociale et solidaire: un nouveau « sujet de droit naissant »*, Revue Lamy Droit des Affaires,n°88, pp. 11-19.

BORGETTO M., 2006, *L'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit* ?, in Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire, sous la direction de Chopart J.N., Neyret G.et Rault D., Paris, La Découverte, pp.205-236.

BRANELLEC G., 2013, *Vers une justification par les entreprises de leur appartenance au secteur de l'économie sociale et solidaire*, Gestion 2000, vol. 30, pp.103-119.

CHAVEZ R., MOZON J.-L.,2012, *L'économie sociale dans l'Union Européenne* , Bruxelles, rapport d'information élaboré pour le Comité économique et social européen par le Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC).

CAZAL D., 2013, *Parties prenantes*, in Dictionnaire critique de la RSE, Paris, Septentrion,pp. 352-355.

DEFOURNY J., 2004, L'émergence *du concept de l'entreprise sociale*, Reflet et perspectives de la vie économique, 2004/3, pp. 9-23.

DEFOURNY J., NYSSENS M., 2011,*Approches européennes et américaines de l'entreprise sociale : une perspective comparative*, Recma, n° 319 pp. 18-35.

DRAPERI J-F., 2010, *L'entrepreneuriat social : du marché public au public marché*, Revue internationale de l'économie sociale, n° 316, pp. 18-40.

DURAND H., 2013, *L'association comme entreprise de l'économie sociale et solidaire*, Revue Lamy Droit des Affaires, n°88, pp. 37-41.

GADREYJ., 2006, *L'utilité sociale en question : à la recherche de conventions, de critères et de méthodes d'évaluation*, in Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire, sous la direction de

HIEZ D., LAURENT R., 2011, *La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire*, Recma n° 319, pp. 36-56.

HIEZ D., 2012,*Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, Revue des Sociétés, pp. 671-995.

HIEZ D.,2013,*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, pp. 95-103.

IDOT L., 2013, *Entreprise sociale et concurrence*, Concurrences, n°1, pp. 1-24.

LIPIETZ A., 2001, *Du halo sociétal au tiers secteur : pour une loi-cadre sur les sociétés à vocation sociale*, in La nouvelle économie sociale, sous la direction de Fourel C., Paris, Syros.

PARODI M., 2010, *L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale*, Recma, n°315, pp.40-55.

PERSAIS E., 2006, *Bilan sociétal : la mise en œuvre du processus RSE au sein du secteur de l'économie sociale*, Recma, n° 302, pp.14-39.

PERSAIS E., 2012, *Entreprise sociale et socialement responsable : le fossé est-il si grand ?*, Management international, vol. 16, n° 4, pp. 41-56.

PERSAIS E., 2013, *RSE et gouvernance partenariale*, Gestion 2000, vol. 30, n° 1, pp. 69-86.

RHATTAT, R. 2014, *l'élaboration d'un cadre juridique européen de l'entrepreneuriat social à l'épreuve des obstacles juridiques et fiscaux et administratifs nationaux*, Revue Internationale de droit économique, n°2, pp. 157-181.

SAINTOURENS B., 1996,*Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*, Revue des sociétés, pp. 1-10.

STOKKINK D., HOUSSIERE A., MAURICE-DEMOURIOUX N., 2012, *ESS, RSE, entreprise sociale et développement durable*, Working Papers, Pour la Solidarité, pp. 4-19.

VERCAMER F., 2010, *L'Économie Sociale et Solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi,* Paris, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, La Documentation Française.