



# RESTRUCTURATIONS ET ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

En plus d'une formalisation institutionnelle, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, entrée en vigueur le 2 août 2014, a conféré un véritable statut à cette économie a-capitaliste qui est devenue un véritable acteur économique.

C'est dire l'importance de ce thème dont la présente étude collective, codirigée par trois auteurs Marie Rakotovahiny, Karine Rodriguez et Deen Gibirila, met en exergue un des aspects importants : « *Restructurations et économie sociale et solidaire* ».

## 9 Propos introductifs

Deen Gibirila,  
Professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole,  
(Co-directeur scientifique du dossier)

## 11 L'obscure clarté de la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté

Marie Rakotovahiny,  
Maître de conférences-HDR, Université Toulouse III  
Paul Sabatier, (Co-directrice scientifique du dossier)

## 15 La reprise de l'entreprise par les salariés : à la recherche d'un régime juridique efficace (Droit à l'information, RES, SCOP et autres mesures)

Florence Maury,  
Maître de conférences à l'Université de Bordeaux,  
Membre de l'IRDAP (Institut de recherche en droit  
des affaires et du patrimoine), Membre de l'Institut  
du travail de Bordeaux

## 19 De l'indépendance de la profession libérale à la coopérative de professionnels libéraux

Bastien Brignon,  
Maître de conférences HDR à l'Université  
d'Aix-Marseille, Membre du Centre de droit  
économique (EA 4224) et de l'Institut de droit  
des affaires (IDA), Directeur du master  
professionnel Ingénierie des sociétés

## 23 La filialisation de l'activité économique des associations

Karine Rodriguez,  
Maître de conférences HDR, Responsable du M2  
Droit de la consommation, Université de Pau et des  
Pays de l'Adour, (Co-directrice scientifique  
du dossier)

## 31 La prise de participation dans une coopérative

David Hiez,  
Professeur, Université du Luxembourg

## 39 Modalités pratiques de fusions d'associations depuis la loi ESS du 31 juillet 2014

Luc Athlan,  
Chargé d'enseignement à l'EDHEC et à l'Université  
Paris-Sud, Responsable Droit des sociétés Orange,  
Secrétaire du Conseil de l'AFJE  
Christine Lebel,  
Maître de conférences HDR (CRJFC, EA 3225),  
UFR SJPEG, Université de Franche-Comté

## 42 Les groupes de l'économie sociale et solidaire

Philippe Giraudel,  
Directeur juridique au sein d'un groupe  
d'assurances mutuelles



**Deen Gibirila,**  
**Professeur émérite,**  
**Université Toulouse 1 Capitole,**  
**(Co-directeur scientifique du dossier)**

# Propos introductifs

Depuis mai 2012, l'économie sociale et solidaire est représentée au sein du gouvernement français. À cette date, un ministre délégué a été rattaché au ministre de l'Économie ; il est devenu secrétariat d'État en avril 2014. Le décret n° 2015-1653 du 11 décembre 2015 a institué un délégué à l'économie sociale et solidaire auprès du directeur général du Trésor. En outre, un Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire a été créé par le décret n° 2006-826 du 10 juillet 2006, abrogé et remplacé par le décret n°2015-732 du 24 juin 2015.

Mais, qu'est-ce que véritablement l'Économie sociale et solidaire (ESS) ?

Une des approches requises pour déterminer ce que contient l'ESS implique de s'appuyer sur la nature des structures qui la composent : les associations, les coopératives, les mutuelles et les fondations en font partie. La question se pose pour les sociétés commerciales dont certaines en font partie, à condition qu'elles aient une vocation sociale, sociétale ou environnementale.

Ces différentes structures sont mues par des valeurs communes :

- le principe de solidarité et d'utilité sociale, l'intérêt général ou collectif, tel que la lutte contre l'exclusion, l'insertion sociale ou professionnelle, la lutte contre le gaspillage alimentaire ;
- une gouvernance fondée sur la démocratie, notamment une personne, une voix ;
- une lucrativité limitée, en particulier un encadrement des échelles des salaires, une répartition équitable des bénéfices...
- une approche territoriale afin de satisfaire aux besoins concrètement identifiés, les activités étant non délocalisables.

Elles encadrent strictement l'utilisation des bénéfiques qu'elles réalisent : le profit individuel est prohibé et les résultats sont réinvestis. Leurs ressources financières sont généralement en partie publiques. Elles bénéficient d'un cadre juridique renforcé par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire entrée en vigueur le 2 août 2014.

Parmi les points communs entre les divers groupements relevant de l'économie sociale et solidaire figurent les restructurations. Elles font l'objet de la présente étude collective.

Il en va ainsi de la cession ou de la reprise qui peut intervenir de diverses manières (1). Les pouvoirs publics incitent de plus en plus les salariés à reprendre leur entreprise (en difficulté) sous forme de SCOP. Forme déjà ancienne, la SCOP est une structure issue de l'économie sociale et solidaire. Devenue le parangon de la reprise d'une entreprise en difficulté, la SCOP est fortement sollicitée par les salariés et promue par les pouvoirs publics. Mais cette solution idoine relève-t-elle de l'évidence ? Les salariés ont-ils la mesure de la tâche qui est la leur dans le cadre de la reprise d'une entreprise en difficulté ? Cette forme de l'économie sociale et solidaire est-elle un gage de reprise efficace d'une entreprise en difficulté ? Telles sont, entre autres les interrogations qui se posent et qui vont mettre en lumière le fait que la reprise d'une entreprise en difficulté sous forme de SCOP par des salariés s'accompagne de difficultés.

S'agissant de la reprise de l'entreprise par les salariés, elle constitue également une question complexe située au croisement du droit du travail, du droit commercial, du droit des sociétés et du droit fiscal (2). Les interventions du législateur y sont constantes depuis 1984, mais ne suffisent pas à rendre l'opération attrayante. Ces dernières années, en amont de toute reprise afin de la faciliter, le législateur a périodiquement et ponctuellement développé des mesures d'information des salariés. Les incitations à la reprise demeurent toutefois timides. Les salariés ne bénéficient d'aucun droit de préemption, de préférence ou de priorité pour une reprise de leur entreprise. Quant aux techniques de la reprise, elles sont soit indirectes, en ce qu'elles opèrent par « *rachat de l'entreprise par les salariés* » (RES) et création d'une société holding intermédiaire, soit directes (acquisition du fonds de commerce ou des titres de la société qui organise l'entreprise). Le législateur semble toutefois avoir délaissé le RES au profit de l'acquisition directe par le biais de la SCOP (société coopérative ouvrière de production), remettant au goût du jour de vieilles recettes du droit des sociétés, sous l'angle nouveau de l'économie sociale et solidaire. La création d'un véritable régime juridique de la reprise de l'entreprise par les salariés reste la bienvenue... à moins que le blocage provienne d'une incompatibilité entre les notions et qualités d'entrepreneur et de salarié.

Qu'en est-il des professions libérales dans le cadre de l'Économie sociale et solidaire (3) ? À n'en

1) M. Rakotovahiny, L'obscurité de la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté : *Journ. sociétés* sept. 2018.

2) F. Maury, La reprise de l'entreprise par les salariés : à la recherche d'un régime juridique efficace : *Journ. sociétés* sept. 2018.

3) B. Brignon, De l'indépendance de la profession libérale à la coopérative de professionnels libéraux : *Journ. sociétés* sept. 2018.

4) K. Rodriguez, La filialisation de l'activité économique des associations : *Journ. sociétés* sept. 2018.

5) D. Hiez, La prise de participation dans une coopérative : *Journ. sociétés* sept. 2018

6) L. Athlan et Ch. Lebel, Approche pratique des opérations de restructurations des associations depuis la loi ESS du 31 juillet 2014 : l'exemple de la fusion : *Journ. sociétés* sept. 2018.

7) Ph. Giraudel, Les groupes de l'Économie sociale et solidaire : *Journ. sociétés* sept. 2018

point douter, ces professions sont indépendantes par essence, qu'elles soient réglementées ou non. Cette indépendance ne saurait être altérée par le mode d'exercice, en individuel ou en société, de cette activité professionnelle. Cela étant, certaines professions libérales peuvent créer des SCOP, c'est-à-dire des sociétés gouvernées par le principe « *un homme une voix* » et par un mode de fonctionnement altruiste, aux antipodes de l'individualisme qui caractérise assez souvent des professionnels libéraux, même réunis en société. L'article confronte ainsi l'indépendance des professionnels libéraux aux principes gouvernant la SCOP : est-elle altérée ou, à l'inverse, protégée lorsque les libéraux font le choix d'un exercice en coopérative ? Tel est l'objet de la contribution à l'étude collective.

Quant à la filialisation d'une activité pour une personne morale, elle consiste à transférer au profit d'une filiale préexistante ou créée pour l'occasion une partie de l'activité qu'elle exerce. Cette restructuration s'avère particulièrement opportune au profit des associations qui exercent de manière régulière une activité économique voire commerciale. D'une manière générale, cette opération permet à l'association d'utiliser un outil capitaliste sans se compromettre elle-même, c'est-à-dire sans porter atteinte à son caractère désintéressé. Valable, la technique de la filialisation des activités non-lucratives des associations mérite donc d'être étudiée, tant du point de vue de son opportunité que de ses modalités (4)

En effet, si les associations disposent de la faculté d'exercer des activités économiques et commerciales, des incitations essentiellement fiscales les amènent à transférer celles-ci à des sociétés filiales. Il s'agit notamment pour elles d'accéder aux moyens d'action du secteur lucratif et de bénéficier d'avantages fiscaux, tout en recueillant des dividendes distribués par la société. Après avoir choisi la structure sociétaire appropriée, l'association lui apporte une branche autonome d'activité. Elle va alors tenter de prendre le contrôle de la filiale, tout en se gardant d'une immixtion excessive qui ruinerait les avantages fiscaux escomptés de la filialisation.

En ce qui concerne la prise de participation au sein d'une coopérative, elle se distingue radicalement de celle qui peut être faite dans une société de capitaux (5). En effet, la recherche d'un contrôle politique ou d'une rétribution financière – contrepartie traditionnelle du financement accordé à l'entreprise – est complètement bouleversée par le droit coopératif, qu'il s'agisse du principe « *une personne une voix* », ou de la lucrativité limitée. Cela conduit inévitablement à appréhender différemment tant la politique de la coopérative dans sa recherche d'appui financier que les mobiles et, par conséquent, la physionomie des potentiels investisseurs.

Par ailleurs, les fusions, scissions et apports partiels d'actif constituent des opérations de restructurations essentielles en matière

d'associations (6). On ne saurait donc en faire abstraction, sauf à commettre une grave omission. En effet, la loi ESS n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a, par de nouvelles règles, encadré les opérations de restructurations des associations, plus particulièrement les fusions et les scissions. L'article 71 de ce texte a ajouté l'article 9 bis à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 qui pose les grands principes liés à ces opérations de fusions, de scissions et d'apports partiels d'actifs. Il est complété par le décret n° 2015-832 du 7 juillet 2015 « *qui précise le contenu du projet de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif ainsi que les modalités et les délais de publication du projet* ». En effet, la fusion d'associations suppose la rédaction d'un traité de fusion et la réalisation d'actes et d'opérations annexes destinés à informer et à protéger les intérêts des personnes concernées directement ou indirectement par l'opération de restructuration.

Enfin, à l'instar des sociétés commerciales, les entreprises de l'économie sociale et solidaire éprouvent le besoin de se regrouper afin de faire face à la concurrence et de se développer ou, pour celles qui opèrent dans le secteur de la banque et des assurances, afin de répondre aux exigences réglementaires de solidité financière (7).

L'outil traditionnel de regroupement qu'est l'union de mutuelles ou de coopératives permet à ces entreprises de mettre en commun leurs moyens et leurs activités. Néanmoins, le principe de gouvernance démocratique ne permet pas à l'union d'imposer des politiques communes à ses membres, contrairement à la société mère d'un groupe de sociétés contrôlées par le capital. Les décisions impliquant le groupe doivent donc obtenir un large consensus. À défaut, la stabilité du groupe est menacée, car les membres qui y ont adhéré volontairement, peuvent s'en retirer.

À cet égard, des outils de gouvernance renforcée des groupes d'entreprises de l'économie sociale et solidaire ont été créés. Une structure de coordination centralisée des décisions des entités du groupe est habilitée par la loi à définir et à veiller à la mise en oeuvre d'une stratégie et de politiques de groupe. Cela confère au groupe une meilleure stabilité, sans toutefois remettre en cause le caractère volontaire de l'adhésion des membres au groupe et la faculté de s'en extraire.

Une autre approche de gouvernance renforcée est celle introduite dans le droit des coopératives de production par la loi ESS, avec la faculté pour ces coopératives de construire des groupements caractérisés par la détention par une coopérative de 51 % des voix à l'assemblée générale d'une autre coopérative membre du groupe. Cette faculté est assortie de l'obligation pour la société participante d'accepter les salariés de ces autres coopératives en qualité d'associés dans une proportion fixée dans les mêmes termes par les statuts de toutes les coopératives du groupement.



# L'obscurité clarté de la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté

**Marie Rakotovahiny,**  
Maître de conférences-HDR,  
Université Toulouse III Paul Sabatier,  
(Co-directrice scientifique du dossier)

SEA France, GBM, Fralib (1), l'usine de crème glacées Pilpa devenue la Fabrique du Sud (...), des exemples emblématiques, des exemples médiatisés d'entreprises en difficulté reprises sous la forme d'une SCOP ; cette forme de reprise est devenue un leitmotiv, la solution de la dernière chance (2) (...). Existant depuis le 19<sup>e</sup> siècle, la SCOP est revenue sous les « feux de la rampe » comme le moyen de sauver une entreprise en difficulté, alors que la « substantifique moelle » de la SCOP n'est pas la reprise d'une entreprise en difficulté. « Sauver une entreprise industrielle menacée de faillite en facilitant sa reprise par ses salariés, telle est l'image d'Epinal associée aux créations de sociétés coopératives et participatives » (3). Fin 2016, seulement 11 % des SCOP correspondaient à la reprise d'entreprises en difficulté. Mais la surmédiatisation d'une telle opération associée de manière presque réhabilitatrice SCOP et entreprise en difficulté.

D'un point de vue juridique, la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté ne « déchaîne pas les passions » et n'a d'intérêt qu'au regard de son revêtement : la SCOP. Les gestionnaires sont plus « friands » de cette actualité qu'ils n'hésitent pas à traiter sous l'angle du management, du pilotage de l'entreprise. Juridiquement, l'entreprise en difficulté ne peut être reprise sous la forme d'une SCOP que dans le cadre d'un plan de cession en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La reprise d'entreprise peut prendre la forme d'un rachat par une société ou la reprise par une personne physique (4). Cette reprise n'est souvent envisagée qu'en l'absence de reprenneur crédible et sérieux.

Structure de l'économie sociale et solidaire, définie par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014 comme « un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine (...) », le régime de la SCOP relève de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1978. Cet article définit les SCOP comme « formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leurs professions dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux et en leur sein. Les sociétés coopératives de production peuvent exercer toutes activités professionnelles, sans

autres restrictions que celles résultant de la loi. Les associés se groupent et se choisissent librement ». Comment une SCOP, structure de l'ESS et regroupement de travailleurs, peut constituer une alternative raisonnable à la cession d'une entreprise en difficulté ? L'inspiration coopérative, les arguments mis en avant à titre de justification de ce mode d'entreprendre en constituent certainement des raisons : pérennité de l'entreprise, absence de rémunérations excessives du capital au détriment de la survie de l'entreprise, répartition des bénéfices décidés par les coopératives. Mais surtout cette forme coopérative replace le salarié au cœur de l'entreprise, entendue comme activité économique.

La reprise d'une entreprise en difficulté sous la forme d'une SCOP est une aventure dans la mesure où il y a un changement du mode d'entreprendre, les principes qui gouvernent la forme juridique ne sont plus identiques à ceux qui régissaient initialement l'entreprise. Pourquoi donc inciter à la reprise d'une entreprise en difficulté en SCOP ? Des raisons juridiques impérieuses justifient-elles ce besoin ? Souvent abordée comme un outil qui garantit un emploi pérenne, un outil de proximité, est-ce suffisant pour expliquer un tel engouement à mettre une entreprise en difficulté sous la forme d'une SCOP (I) ? N'y a-t-il pas un risque de dévoiement des fondements coopératifs par l'application de la SCOP à la reprise d'une entreprise en difficulté (II) ?

## I. Les fondements de la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté

### A. Les arguments généraux relatifs au mode de gestion

Dans une époque où l'éthique, le développement durable sont avancés comme des arguments de bonne conduite des entreprises et mêmes comme un outil de communication à l'égard des parties prenantes, la SCOP est un vecteur non négligeable de RSE. En effet, la participation au développement durable de la communauté, la centralité des parties prenantes au sein de la SCOP, la pérennité de l'activité (5) sont autant d'alibis traduisant l'intégration de la RSE dans le

1) <http://www.gouvernement.fr/argumentaire/ex-fralib-c-est-l-histoire-d-une-lutte-d-une-volonte-d-un-espoir-2318>

2) L. Garcia, V. Beltrami, SCOP et reprise d'entreprise en difficultés : perspectives pour une efficacité renforcée, *Revue des sciences de gestion, Direction et gestion*, n° 269-270, p.121.

3) M. Bertrel, La SCOP, d'un idéal social à un modèle entrepreneurial, *Entreprendre et innover*, avril 2013, p.69.

4) L. Garcia, V. Beltrami, *op.cit.*, p.122.

5) G. Goffaux-Callebaut, Les réponses du droit des sociétés- Les techniques sociétaires du montage SEA France-, *RLDA*, avril 2014, p.96.

6) Art. 1 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

7) Chambre régionale de l'économie sociale et solidaire de Midi-Pyrénées, Regards sur l'économie sociale et solidaire en France, *RLDA*, déc.2013, p.7.

8) Chambre régionale de l'économie sociale et solidaire de Midi Pyrénées, Regards sur l'économie sociale et solidaire en France, *RLDA*, déc.2013, p.8.

9) Art. 24 de la loi du 31 Juillet 2014. Cf. Serlooten, *Coopérative et entreprise sociale et solidaire, RLDA*, Décembre 2013, p.29.

10) G. Goffaux-Callebaut, art. précité, p. 95.

11) M. Bourgeois-Bertrel, La reprise en SCOP - Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *Rev sociétés*, 2017, p. 276.

12) M. Bertrel, La SCOP, d'un idéal social à un modèle entrepreneurial, *Entreprendre & Innover*, 2013/1 n° 17, p.69.

13) [http://www.xerfi-precepta-strategiques-tv.com/emission/Emilie-Bourlier-Bargues-Reprise-en-SCOP-le-risque-de-hold-up-des-dirigeants\\_3745073.html](http://www.xerfi-precepta-strategiques-tv.com/emission/Emilie-Bourlier-Bargues-Reprise-en-SCOP-le-risque-de-hold-up-des-dirigeants_3745073.html)

14) M. Bertrel, La SCOP, d'un idéal social à un modèle entrepreneurial, *Entreprendre & Innover*, 2013/1 n° 17, p.65.

fondement et le fonctionnement d'une coopérative quelle qu'elle soit. La SCOP est une organisation conférant au salarié une place prédominante dans son fonctionnement.

Le but premier d'une SCOP, structure de l'ESS (6), n'est pas de reprendre une entreprise en difficulté. Son but est à la fois large et précis. La loi du 31 mars 2014 définit l'économie sociale et solidaire comme un mode d'entreprendre et de développement économique. Cette économie sert un intérêt général et social, promeut une autre économie basée sur des valeurs et un mode de gouvernance spécifique, des groupements divers et variés qui se définissent comme des groupements de personnes et non des capitaux, porteurs d'un projet (7). Plusieurs principes communs à toutes les structures de l'ESS et reposant sur les valeurs de solidarité, liberté et égalité les regroupent : « la personne et l'objet social, la gestion collective, une lucrativité absente ou limitée, des principes de solidarité et de responsabilité » (8). Mais au-delà d'être une structure de l'ESS, la SCOP est une coopérative définie comme « 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 (...) » (9).

Pourquoi promouvoir la reprise d'entreprise en difficulté par une SCOP? Outil de proximité (10) au profit des salariés, la SCOP est aussi une alternative au chômage de masse. La SCOP est une technique d'organisation de la structure sociétariaire que le législateur a dupliqué. À cet égard, il a créé la SCOP d'amorçage, moyen de reprise d'une entreprise saine par ses salariés. Cette création ne vient-elle pas justifier le fait que la SCOP puisse être un moyen légitime de reprendre une entreprise en difficulté ? Cette volonté de replacer les salariés au cœur de l'activité ne pouvait se faire qu'au travers d'une structure a-capitaliste même si le revêtement juridique de cette technique demeure la structure sociétariaire.

La SCOP place les salariés au cœur de l'activité dans la mesure où ils connaissent leur outil de travail, ils défendent et préservent un savoir-faire, ils garantissent la pérennité de leur emploi. Se développe alors une nouvelle forme d'entrepreneuriat garantissant la longévité de l'activité et de l'emploi. N'est ce pas la préservation de ces mêmes objectifs qu'affichent le droit des entreprises en difficulté par le biais de règles d'ordre public ?

Inciter à la reprise de l'entreprise par des salariés sous la forme d'une SCOP, c'est penser une continuité dans le management. Le fait de céder une entreprise à un autre dirigeant pourrait amener une rupture dans le management (11). La transmission de l'entreprise sous la forme de SCOP permet d'assurer une continuité du management.

En participant à l'aventure SCOP, le salarié devient alors co-entrepreneur. Il apporte non seulement son capital, mais également ses compétences. Le rapport hiérarchique se transforme. « *Le salarié devenant co-entrepreneur, le rapport hiérarchique n'est plus le même. Le salarié est davantage impliqué dans la gestion, mais aussi dans le fonctionnement et le partage des résultats de l'entreprise* » (12). Le salarié devenu gestionnaire et propriétaire de l'outil de production est plus impliqué dans l'activité mais également dans la prise de décisions. L'entrepreneuriat salarié sort renforcé de cette situation. Cette dernière, idyllique, peut aussi prendre la forme d'un « *holdup des dirigeants* » (13) par l'institution d'un droit d'entrée élevé au sociétariat qui limite alors l'accès à la SCOP. Ceci est sans doute vrai dans la reprise d'entreprise saine. Dans la reprise d'entreprise en difficulté, la motivation des salariés, facteur déterminant de cette reprise de leur activité fragilisée et permettant que chacun puisse participer à l'aventure, limite à certains égards ce risque.

D'un point de vue strictement sociétariaire, la transformation d'une entreprise en SCOP ne crée pas une nouvelle personne morale selon l'article 48 de la loi du 19 Juillet 1978. Pour garantir une adhésion au projet de reprise au-delà de la modification des droits sociaux, la loi précise que « *Les associés ou actionnaires qui se seraient opposés à la transformation peuvent opter, dans un délai de trois mois, soit pour le rachat de leurs parts sociales dans un délai de deux ans, soit pour l'annulation de ces parts et l'inscription de leur contre-valeur sur un compte à rembourser, portant intérêt au taux légal, et remboursable dans un délai de cinq ans. Ces différents délais s'entendent à compter de la publication de la décision de transformation de la société* ». Ces dispositions légales ne font que confirmer qu'adopter la forme de SCOP, c'est adopter un moyen d'organisation bien spécifique à une structure sociétariaire. L'adoption de ce moyen d'organisation a été facilité récemment par le fait que la SCOP peut désormais prendre la forme d'une SAS. L'admission de la SAS pour une SCOP permet d'introduire de la souplesse, de la créativité au niveau de la structure.

L'attrait pour la SCOP résulte aussi du fait qu'elle est une organisation atypique à mi-chemin entre l'association et la société (14). Comme telle, la SCOP est considérée comme une structure à long terme et pérenne, d'une part par la mise en œuvre des principes coopératifs et d'autre part en raison de la place et du rôle que sont appelés à jouer les salariés. Cette organisation particulière qui est fondamentalement une technique d'organisation tend à privilégier le long terme en associant conjointement l'apport de capital et l'apport en travail. Mais dans le même temps, cette structure repose sur une idéologie qui valorise le travail et pérennise l'entreprise plutôt que la rémunération du capital. La durabilité promue par la SCOP résulte également du fait que le but poursuivi par cette structure tend à satisfaire le besoin commun des membres. La satisfaction de ce besoin explique



que SCOP et associé coopérateur soient engagés dans un lien particulier, le lien coopératif (15). Les arguments généraux sont étayés par des arguments plus spécifiques en lien avec le régime juridique de la SCOP.

## B. Les arguments fondés sur le régime de la SCOP envisagée comme organisation

Comme technique d'organisation d'une activité économique (16), la SCOP repose sur la double qualité de l'associé-coopérateur et le lien coopératif qui l'unit à la société (17). Cette relation particulière permet et développe une motivation et une implication qu'il n'aurait pas eu dans une société classique ordinaire. « On ne peut être associé sans prendre l'engagement de participer aux activités de la société, de même qu'il n'est pas possible de profiter des services de cette dernière sans avoir la qualité d'associé » (18). Le statut particulier de l'associé d'une SCOP a des conséquences sur son investissement, son implication dans la société. Ainsi, le travailleur possède à la fois le statut de salarié et celui de sociétaire (lié à sa participation au capital de l'entreprise). Gestionnaire et propriétaire de l'outil de travail, ces deux « statuts » sont détenus par des personnes différentes, aux objectifs généralement contradictoires dans des sociétés dites classiques. De ce fait, les salariés-associés seraient davantage impliqués dans l'entreprise (19). Cette technique d'organisation n'est légitime que parce qu'elle repose sur la motivation et la responsabilisation des salariés dans la mesure où tous ont vocation à devenir collaborateurs (20). La nature du sociétariat en fait une technique d'organisation destinée à garantir la pérennité de l'activité.

Le particularisme du sociétariat qui explique la spécificité de la SCOP au regard de l'assurance de la pérennité de l'emploi et d'une stabilité du sociétariat se traduit à travers une valorisation du travail et sa rémunération. La rémunération du travail est clairement privilégiée par rapport à celle du capital. Ainsi par exemple, dans la SCOP, les associés ont droit à des bénéfices certes, mais la logique de distribution est différente d'une société classique. Une partie des bénéfices est fonction du travail et donc suppose plus d'implication du salarié. À cet égard, la répartition des excédents nets de gestion se fera soit au prorata des salaires touchés soit au prorata du temps de travail fourni en sachant que la fraction des excédents concernés ne peut être inférieure à 25 %. En outre, la rémunération du capital prend la forme d'intérêts et non pas de dividendes strictement encadrés. Cette rémunération du travail plutôt que du capital se traduit également, lorsqu'un salarié souhaite quitter la SCOP. Celui-ci a droit à la valeur nominale de ses parts, il ne réalise pas de plus-value à sa sortie (21).

Cette stabilité et fonctionnalité du sociétariat est réelle dans la SCOP mais elle est nuancée par le fait qu'une SCOP peut comprendre des employés non associés ou des associés non coopérateurs. Pour cette dernière catégorie, il s'agit d'investisseurs

extérieurs qui intègrent la coopérative en vue de la réalisation de ses objectifs. L'admission d'une telle catégorie d'associé constitue une dérogation au principe du lien coopératif, mais permet à la SCOP de trouver des financements et d'augmenter ses capitaux propres. L'investisseur et le coopérateur ne partagent pas les mêmes valeurs et les mêmes attentes, ce qui peut rendre la cohabitation difficile (22).

Pour conserver la quintessence de ce qu'est une SCOP, les statuts encadrent la participation des associés non coopérateurs en limitant le nombre des parts détenus par ceux-ci, le nombre de mandats de direction (23). L'admission du principe de la révision coopérative « destiné à vérifier la conformité de leur organisation et de leur fonctionnement aux principes et aux règles de la coopération et à l'intérêt des adhérents constitue une sécurité juridique du bon fonctionnement » (24). Mais cette stabilité, cette garantie d'activité continue ne sont pas dénuées de critiques.

## II. Appréciation critique des fondements de la reprise en SCOP d'une entreprise en difficulté

La reprise d'une entreprise en difficulté sous la forme de SCOP par les salariés serait un acte de résistance, un combat face à la disparition d'une entreprise, à la perte d'un emploi. Des mesures fiscales avantageuses (25) et fortement incitatives – contrepartie de l'utilité sociale de cette forme (26) – ne doivent pas masquer que la SCOP est d'abord une technique d'organisation. Elle repose sur une structure sociétaire classique comme la SA, la SARL, la SAS. Ce particularisme soulève la question de l'autonomie du droit coopératif qui a fait l'objet de nombreux débats (27).

Comme coopérative appartenant à l'ESS, inciter à la reprise d'une entreprise en difficulté sous la forme d'une SCOP n'est-ce pas dévoyer l'esprit de la loi ? En reprenant leur activité sous forme de SCOP, les salariés ont-ils vraiment en tête ce mode d'entrepreneuriat particulier ou n'est-ce pas plutôt la solution de la dernière chance ? De ce fait, dans le public, des réticences voire même des résistances se sont manifestées pour adopter ce type d'entrepreneuriat. La raison de la défiance réside dans l'image qui lui est attachée et qui est trop souvent associée à l'entreprise en difficulté.

En adoptant la forme d'une SCOP, les salariés deviennent des entrepreneurs. Mais peut-on vraiment s'improviser entrepreneur ? Des connaissances financières sont nécessaires pour la compréhension des comptes de l'entreprise et de certains documents comme le business plan. En outre, les salariés ont-ils les capacités financières pour souscrire un certain nombre de parts puisque le capital doit être détenu par eux à 51 % ? Alors même qu'ils subissent le sort d'une entreprise en difficulté, ils doivent parfois emprunter pour investir dans une nouvelle structure, mettre leurs indemnités de

15) M. Herail, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *RECMA* n° 278, p.3, « La coopérative nous apparaît comme une structure-outil en ce qu'elle est un instrument au service des activités des partenaires dont les intérêts sont directement liés aux besoins des membres du groupe (...). La coopération, quant à elle, se fonde sur une participation économique active des partenaires ».

16) M. Herail Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *RECMA* n° 278, p.1.

17) D. Hiez, Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de la double qualité dans les SCOP, *RECMA*, 1996, n° 299, p. 34

18) M. Herail, art. précité, p.7.

19) Y. Duport, Implication et risques des salariés dans une société ouvrière de production, *Responsabilité et environnement*, n° 55, Juillet 2009, p.25.

20) L. Garcia, V. Beltramini, *op.cit.*, p.122.

21) En ce sens, M. Bertrel, La reprise en SCOP-Après la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *Rev. Soc.*, p.280.

22) D. Hiez, Les instruments de fonds propres des coopératives : 20 ans d'innovation législative, *RECMA*, 2005, n° 295, p.22.

23) Art. 15 de la loi du 19 juillet 1978.

24) Art. 54 bis de la loi du 19 juillet 1978.

25) *Répertoire Dalloz*, Coopérative ouvrière de production, n° 32 et s.

26) L. Garcia, V. Beltramini, art. précité, p.122.

27) F. Espagne, *Le droit coopératif français : une autonomie à conquérir ou à confirmer*, *RECMA*, 2010, n°317, p.61, « Le droit coopératif n'est pas autonome. Lucien Coutant l'affirme et le professeur Hiez le confirme » ; L. Gros et C. Naett, *Droit coopératif*, Es-tu là ?, *RECMA*, 2010, n°317, p.17.

28) L. Garcia, V. Beltramini, art. précité, p.122-123.

29) L. Garcia, V. Beltramini, art. précité, p.122.

30) En ce sens, L. Garcia, V. Beltramini, art. précité, p.127.

31) Les statuts déterminent le nombre de parts détenus par chacun des associés en tenant compte de deux limites qui ne peuvent être dépassées : un maximum fixé par les statuts et au plus la moitié du capital de la société. En ce sens art.24 de la loi du 19 juillet 1978.

32) Art. 19 quinquies de la loi du 10 sept. 1947, « *Les sociétés coopératives d'intérêt collectif sont des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés à responsabilité limitée à capital variable régies, sous réserve des dispositions de la présente loi, par le code de commerce. Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement* ».

33) N. Olszak, Coopérative ouvrière de production, *Répertoire Dalloz société*, n°67.

34) D. Hiez, Les instruments de fonds propres des coopératives : 20 ans d'innovation législative, *RECMA*, 2005, p.30.

licenciement, leurs économies dans la SCOP. Ces salariés doivent également intégrer le principe des réserves impartageables.

Il est vrai qu'il existe un accompagnement pour soutenir l'effort d'un certain nombre des salariés. Pour cela, il existe le réseau SCOP, réseau structuré et fortement développé qui fournit aux salariés « *un soutien technique, en termes de formation, de relation avec les administrations et d'accès à des solutions de financement spécifiques Ce besoin d'accompagnement par le réseau sera d'autant plus nécessaire que l'opération de reprise portera sur une entreprise en difficulté, qui traverse une période de faiblesse, de tension et qui doit être conseillée, notamment sur son financement* » (28). Ce soutien est procuré également à travers des outils de financement spécifiques (29). Pour préparer en amont les salariés à cette éventualité, ne faudrait-il pas instituer un droit préférentiel (30) à l'instar de ce qui existe pour le contrat de bail ? Cette solution permettrait en amont d'anticiper l'accompagnement à dispenser aux salariés intéressés.

Reprendre une entreprise implique d'injecter des fonds, de regagner la confiance des investisseurs, des fournisseurs, de reconquérir la clientèle. Pour toutes ces actions, la SCOP a besoin de financements pour se lancer, se développer. Certes la loi prévoit la possibilité d'intégrer des investisseurs étrangers à la structure en sachant que leur participation restera souvent minoritaire (31), que leur rémunération sera loin de ce qu'ils pourraient espérer dans une société classique. Mais ne faudrait-il pas s'orienter directement vers une forme comme la SCIC (32), forme coopérative caractérisée par le multisociétariat? À cet égard, reprendre une entreprise en difficulté ne peut être envisagé comme une aventure solitaire. Elle

nécessite le soutien, l'appui d'un certain nombre de partenaires comme les collectivités locales, les municipalités, l'URSCOP, les CCI comme c'est le cas actuellement.

La loi donne également la possibilité d'émettre des certificats coopératifs d'investissement, valeur mobilière dont le but est de permettre de recourir aux fonds propres (33). Par le biais de ces titres, la structure coopérative augmente ces fonds propres sans qu'intervienne la question du droit de vote. La rémunération de ces titres est fondée sur les résultats de la coopérative (34).

Comme technique d'organisation, la SCOP invite à se demander si cette structure est bien « *équipée* » face à la réalité d'un marché complexe. Ainsi, l'une des caractéristiques d'une SCOP réside dans le fait que les salariés participent activement à la politique menée par la coopérative, à sa stratégie. Les décisions peuvent être prises collectivement par les salariés. Mais dans le cas d'une entreprise en difficulté où la rapidité doit prévaloir, il est peut-être nécessaire de limiter les décisions collectives à l'assemblée générale et de conserver le fonctionnement classique d'une société. En outre, le principe démocratique d'un homme égal une voix peut constituer un frein à l'exigence de rentabilité demandée à une entreprise en difficulté.

La reprise d'une entreprise en difficulté sous forme de SCOP tend à replacer le salarié – ou du moins le travailleur – au centre des préoccupations de l'entreprise et lui redonner le pouvoir qu'il aurait perdu. Mais cette reprise spécifique aux mutations profondes implique que le projet soit réfléchi en amont et accompagné par un certain nombre de partenaires pour que le projet de reprise ait une légitimité.

# JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

## Annonces Légales et Formalités

8, rue Saint Augustin, 75080 Paris cedex 02  
 tél. : 01 47 03 10 10 - fax : 01 47 03 99 00 - web : [www.jss.fr](http://www.jss.fr)

Directrice Générale : Myriam DE MONTIS



# La reprise de l'entreprise par les salariés : à la recherche d'un régime juridique efficace

## (Droit à l'information, RES, SCOP et autres mesures)

**Florence Maury,**  
**Maître de conférences à l'Université de Bordeaux,**  
**Membre de l'IRDAP (Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine),**  
**Membre de l'Institut du travail de Bordeaux**

La reprise de l'entreprise par les salariés emporte, sans aucun doute, notre pensée vers de belles histoires. Celle de la marque « 1336 », qui doit son nom au nombre de jours de lutte entre les salariés de l'usine Fralib et Unilever, en est une illustration célèbre. En 2014, Fralib, fabricante en France des thés et tisanes Lipton et Éléphant, condamnée à la fermeture par le groupe néerlandais, a été reprise par certains de ses salariés très déterminés à sauver leur usine et leurs emplois. Réalisée grâce à la constitution d'une société coopérative ouvrière de production (SCOP), dénommée « Scop-TI », la reprise a permis de sauver l'établissement, devenu une entreprise de l'économie sociale et solidaire, l'usine fabricant désormais des produits biologiques. L'histoire est belle. On pressent immédiatement que la reprise de l'entreprise par les salariés rime naturellement avec l'idée d'une restructuration nouvelle génération, emprunte d'éthique et d'innovation. L'histoire aurait toutefois été formidable si les 182 salariés présents sur le site en 2010 y travaillaient encore ; ils n'étaient plus que 41 en 2017.

La réalité est que la reprise d'une entreprise par ses salariés – objet de notre étude – est une opération difficile, faute de véritable régime juridique. Peu commune, elle pourrait être plus fréquente. Statistiquement, « sur 200 000 entreprises de type PME et ETI, les opérations de cession en 2010 ont concerné 1,4 millions d'emplois pour 12.000 sociétés reprises. C'est au moins 50 000 emplois qui disparaissent ainsi chaque année ; 10 % des PME ferment faute de repreneurs » (1). Les dispositions visant à favoriser la reprise d'entreprises par leurs salariés ont été multipliées ces dernières années, mais elles restent ponctuelles, éparpillées et difficiles à mettre en oeuvre.

La question de la reprise de l'entreprise par les salariés se pose généralement lorsque l'employeur souhaite céder sa

société (conflit entre associés, départ à la retraite, volonté de s'installer dans un pays à la main d'œuvre moins onéreuse...), ou une partie de sa société (abandon d'un secteur d'activité...), ou encore parce qu'il est contraint de se retirer (inaptitude, décès, difficultés financières...). Cette opération peut être perçue, tantôt comme une belle issue pour tous les protagonistes, tantôt comme la victoire d'une riposte des salariés contre l'employeur. Si elle reste exceptionnelle, c'est que l'opération ne s'improvise pas. Elle n'est pas non plus adaptée à tous les cas de restructuration. Les salariés sont confrontés au diagnostic du risque entrepreneurial avant de se lancer, et doivent faire appel à des professionnels des restructurations, pour réaliser l'opération (2).

La reprise d'une entreprise par les salariés peut en effet s'opérer selon deux modalités : soit en reprise directe (par rachat classique de l'entreprise ou des titres de la société qui l'organise), soit en reprise indirecte par la technique spéciale du « rachat de l'entreprise par les salariés (RES) ». Notre sujet concerne la « reprise » de l'entreprise par les salariés dans un sens large, et non uniquement son « rachat » dans le cadre d'un RES. Le RES suppose la création, *ab initio*, d'une autre société, dite « holding », ayant pour seul objet le rachat de la société cible, employeur des salariés. Le RES consiste à permettre aux salariés de racheter l'entreprise avec son propre argent en permettant un remboursement de leurs emprunts grâce aux profits attendus (3). Le levier est juridique, financier et fiscal (4).

Cette technique du RES, inspirée du LMBO (Leverage Management Buy Out) (5) né aux États-Unis dans les années 1970, est la première pierre posée à l'édifice de la réglementation de la reprise de l'entreprise par ses salariés. Cette première intervention législative a résulté de la loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique qui a intégré dans le Code général des impôts l'avantage essentiel

1) T. Jeantet, B. Dondero, Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?, *Revue de droit du travail* 2014, p. 10.

2) P. Morvan, Restructurations en droit social, 2017, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis.

3) P. Serlooten, Impôt sur les sociétés, Sociétés créées pour le rachat du capital d'une entreprise par ses salariés, Fasc. 1126-50, 1<sup>er</sup> juin 2002, *Lexis 360°*.

4) S. Lacroix-de Sousa, Le rachat de l'entreprise par les salariés : une stratégie payante ?, *Droit social* 2014, p. 517.

5) Littéralement : « rachat par les cadres avec l'effet levier ».

6) J.-P. Foucault, Le management buy out, nouvelle technique pour permettre aux cadres de reprendre leur entreprise, *Gaz. Pal.* 1985, I, chron. 230 ; J.-P. Le Gall, Lorsque l'initiative administrative développe l'initiative économique : les premiers agréments en matière de LMBO (L. 9 juill. 1984, art. 11 à 14), *JCP E* 1985, 14331 et 14408 bis.

7) Loi n° 87-416 du 17 juin 1987, art. 26, sur l'épargne (applicable temporairement aux rachats effectués entre le 15 avril 1987 et le 31 décembre 1991), codifiée aux articles 220 quater A ; 220 quater B et 160 A et en annexe du CGI. J.-L. Courtier, Le rachat d'une entreprise par ses salariés, *Journal spécial des sociétés*, 1990, n° 76 p. 3 et n° 79, p. 2.

8) M. Bouilly, Rachat d'entreprises par les salariés (RES), 87<sup>e</sup> congrès des notaires de France, patrimoine privé, stratégie fiscale, *Petites affiches* 1991, n° 49, p. 35 ; J.-F. Bulle, LBO et levier fiscal, *Bull Joly* 1991, n° 4, p. 375 ; M. Chadeaux, La régularité fiscale d'une opération de LBO suivie de l'absorption rapide de la cible par la société holding, *Dr. fisc* 1993, n° 8, p. 377 ; J.-L. Courtier, Le RES, Principes économiques, financiers, patrimoniaux, *Petites Affiches* 1992, n° 150, 14 déc. 1992, p. 10 s.

9) Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

10) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* 16 juin 2013.

11) M. Storck, Cadre juridique de la gestion alternative : transposition en droit français de la directive AIFM par l'ordonnance du 25 juillet 2013, *RTD com.* 2013, 533.

12) Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 relative à la reconquête de l'économie réelle ; C. Constit. n° 2014-692-DC, 27 mars 2014, *JCP E* 2014, actu. 250.

13) Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire.

14) Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi « Macron ». Vauville, le droit d'information des salariés aménagés bienvenus, *Defrénois* 2015, 915 ; Bringuier, Thomas, Information des salariés préalablement à certaines opérations de cession d'entreprises, *Journ. Sociétés* déc. 2015, 35.

15) T. Jeantet, B. Dondero, *préc.*

16) C. trav., art. L. 1233-57 et s. et R. 1233-15 et s.

pour les salariés de la déduction des intérêts de l'emprunt contracté pour souscrire au capital de la société holding, cette dernière bénéficiant également d'un crédit d'impôt pour le remboursement des intérêts qu'elle doit (6). Le succès de la réglementation restant modeste, le législateur est de nouveau intervenu en 1987, instaurant une réglementation fiscale temporaire (7). Dans un deuxième temps, la loi n° 91-1322 du 30 décembre 1991 a adopté une approche différente en limitant les avantages fiscaux du RES aux salariés repreneurs qui pouvaient opter entre une déduction des intérêts d'emprunts sur leurs revenus imposables ou une réduction d'impôts (8). Le régime a par la suite été de nouveau modifié à plusieurs reprises, notamment en 2006 (9). Par la suite, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi devait créer de nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés à l'entreprise, sans toutefois rénover le RES (10). Puis, une ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 relative au cadre juridique de la gestion d'actifs a légèrement modifié les dispositions du Code du travail relatives au fonds dédié au rachat des titres par les salariés (11).

Depuis, le législateur s'est détourné de la technique du RES, préférant développer, ponctuellement, des mesures « d'information », en amont de la réalisation de l'opération, visant à informer des salariés sur les projets de vente ou de cession de leur entreprise pour leur permettre, éventuellement, de faire une offre de reprise. Ainsi, la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 dite loi « Florange », prévoit que l'administrateur informe les représentants du personnel de la possibilité qu'ils ont de soumettre une ou plusieurs offres (12). La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a consacré un titre sur « les dispositions facilitant la transmission des entreprises à leurs salariés » (13) et remis au goût du jour la société coopérative. Mais ces textes ont rapidement été modifiés par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (14) dite loi « Macron ». À la croisée des droits spéciaux que sont le droit du travail, le droit commercial, le droit des sociétés et le droit fiscal, la reprise de l'entreprise par les salariés reste une question complexe.

L'intervention législative sur ce thème est certes constante depuis près de quarante ans, mais reste sans grande envergure. Ce thème reste à la recherche d'un véritable régime juridique (15). L'objectif d'une économie plus sociale et solidaire donnera peut-être un nouveau souffle à cette question qui sera probablement un jour dotée d'un ensemble structuré de règles juridiques, fiscales, financières et sociales,

favorisant efficacement l'opération : tant en amont de sa réalisation (I) que dans sa mise en œuvre pratique (II). Pour l'heure, les règles d'incitation restent timides et les techniques de réalisation éclatées.

## I. La timidité des mesures préalables, destinées à favoriser la reprise de l'entreprise par les salariés

Pour l'essentiel, dans un souci de favoriser la reprise d'entreprise par les salariés et d'éviter les fermetures et la disparition d'emplois faute de repreneur, le législateur, depuis quelques années, a instauré des droits à l'information des salariés, dans les grandes entreprises (A) mais aussi dans les entreprises plus modestes (B).

### A. Le droit à l'information préalable dans les grandes entreprises

En vertu de dispositions du Code du travail (16), depuis la loi dite « Florange » n° 2014-384 du 29 mars 2014, lorsqu'une entreprise d'au moins mille salariés envisage la fermeture d'un établissement et un licenciement collectif pour motif économique donnant lieu à un plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit en informer le comité social et économique, représentant des salariés, ou le comité central d'entreprise, la Direccte et le maire de la Commune où est situé l'établissement concerné. Toutefois, il ne doit rechercher un repreneur que dans les cas où le projet de fermeture entraîne un licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une période de trente jours. Cette obligation ne concerne pas l'entreprise soumise à une procédure collective. Le respect de cette obligation conditionne la régularité de la procédure de licenciement collectif, ainsi que l'homologation du PSE : l'obligation reste donc limitée. En outre, aucune obligation n'est imposée à l'employeur en vue d'assurer une reprise par les salariés, faute de repreneur extérieur. C'est également le cas dans les TPE et PME.

### B. Le droit à l'information préalable dans les TPE et PME

Le droit à l'information légalisé des salariés est tantôt récurrent, pour les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés, tantôt ponctuel, sur les projets de cessions d'entreprises.

En premier lieu, un droit à l'information périodique des salariés a été instauré par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire précitée



(modifiée par la loi Macron du 6 août 2015). Désormais, au moins tous les trois ans, les salariés des sociétés ayant moins de deux cent cinquante salariés, doivent être informés sur « *les conditions juridiques de la reprise d'une entreprise par ses salariés, ses avantages et ses difficultés ainsi que sur les mécanismes d'aides disponibles* », et sur « *les orientations générales de l'entreprise relatives à la détention de son capital* ». Certains auteurs ont dénoncé à ce propos « *les méfaits d'un formalisme excessif* » (17), l'information devant être dispensée à chacun des deux cent cinquante salariés, ce qui est effectivement en contradiction avec la volonté actuelle de simplification du droit. Ces auteurs auraient préféré un droit des salariés d'informer leurs employeurs de leur volonté de devenir associés.

En second lieu, des droits à l'information ponctuelle des salariés en cas de projet de vente de fonds de commerce ou de cession de contrôle d'une société commerciale ont été prévus.

Ainsi, tout d'abord, pour faciliter la transmission des TPE et PME aux salariés, le législateur a mis à la charge du propriétaire ou de l'exploitant du fonds de commerce une obligation d'information des salariés (18). Cette obligation n'est toutefois pas générale (19). En outre, l'obligation résulte de deux séries de textes, redondants, en fonction de la taille de l'entreprise et de l'obligation de mise en place d'un « *comité d'entreprise* » (remplacé au plus tard le 31 décembre 2019 par le fameux comité social et économique).

Ainsi, en vertu de l'article L. 141-23 du Code de commerce, dans les entreprises de moins de 50 salariés, lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce souhaite le vendre, les salariés doivent en être informés (20). Le délai de deux mois doit séparer l'information reçue par les salariés et la vente éventuelle (21), sauf si, en l'absence de représentants du personnel, chaque salarié a fait connaître sa décision de ne pas présenter d'offre. Il s'agit de permettre à l'un ou plusieurs d'entre eux de présenter une offre d'acquisition. En vertu de l'article L. 141-28, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, et se trouvant, à la clôture du dernier exercice, dans la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) (22), lorsqu'il veut vendre un fonds de commerce, son propriétaire notifie sa volonté de vendre à l'exploitant du fonds. Puis, ce dernier informe et consulte le comité d'entreprise (comité social et économique à l'avenir) et en même temps, les salariés et leur indique qu'ils peuvent lui présenter une offre d'achat (23).

Dans tous les cas, l'exploitant notifie sans délai au propriétaire toute offre

d'achat présentée par un salarié, mais le propriétaire n'est pas obligé d'accepter l'offre des salariés (24). La timidité des textes est flagrante.

En vertu de l'article L. 141-26, la vente du fonds intervient dans un délai maximal de deux ans après l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article L. 141-23. Au-delà de ce délai, toute vente est à nouveau soumise à l'obligation d'information du projet de cession. Est-ce bien nécessaire ?

En outre, en cas de manquement à ces obligations d'information, le législateur a fait marche arrière puisque la loi Macron du 6 août 2015 précitée a remplacé la sanction de la nullité de la vente, par la simple possibilité de solliciter des dommages et intérêt et/ou la condamnation au paiement d'une amende civile (25).

Les mêmes règles d'informations ponctuelles s'appliquent à tout projet de cession de plus de 50 % des parts de SARL ou d'actions de sociétés par actions (SA, SAS, SCA, société européenne).

Ces quelques mesures démontrent une absence de volonté du législateur d'allouer de véritables droits de reprise de l'entreprise aux salariés. Les communes, par exemple, disposent d'un droit de préemption en cas de vente de fonds de commerce sur leur territoire (26), tel n'est pas le cas des salariés. Ces derniers ne bénéficient d'aucune priorité dans la reprise de leur entreprise, d'aucun droit de préférence par rapport à d'autres investisseurs (27), quelle que soit la technique de reprise choisie.

## II. L'éclatement des techniques de reprise de l'entreprise par les salariés

Les techniques de reprise de l'entreprise par les salariés sont doubles : elles sont soit indirectes par le biais d'un RES (A), soit directes (B). Ce sont probablement les secondes qui ont la faveur du législateur actuel.

### A. La reprise indirecte par la technique du RES

Une recherche rapide dans les index des codes du travail, de commerce et autre, ne permet pas d'accéder à une entrée spécifique « RES ». Seuls les ouvrages de restructurations et d'ingénierie financière traitent de la question. L'opposition capital-travail et la complexité des règles applicables expliquent probablement la stagnation de l'opération.

De manière indirecte, pour « *racheter l'entreprise* » (28), les salariés vont créer une société holding qui aura pour seul objet social l'acquisition de la société cible qui

17) B. Dondero, *préc.*

18) A. Couret, Delage, Obligation pour le cédant d'informer les salariés de sa volonté de céder le contrôle de l'entreprise, *JCP E* 2014, n° 1434 ; B. Dondero, Information des salariés sur la cession d'une entreprise commerciale, *Gaz. Pal* 2014, 2932 ; REZK, transmission d'entreprises et information préalable des salariés, *JCP N* 2014, n° 1355

19) L'obligation d'information n'est pas applicable dans trois cas : 1° en cas de vente familiale (à un conjoint, ascendant, descendant) ; 2° en cas de procédure collective ; 3° si, au cours des douze mois qui précèdent la vente, celle-ci a déjà fait l'objet d'une information au titre de la loi de 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (C. com. L. 141-27 et L. 141-32).

20) L'information des salariés peut être effectuée par tout moyen, précisé par voie réglementaire, de nature à rendre certaine la date de sa réception par ces derniers. Lorsque l'information est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de réception de l'information est la date de la première présentation de la lettre. Les salariés sont tenus à une obligation de discrétion s'agissant des informations, sauf à l'égard des personnes dont le concours est nécessaire pour leur permettre de présenter une offre d'achat (C. com., art. L. 141-25 et L. 141-30).

21) Lorsque le propriétaire du fonds n'en est pas l'exploitant, cette information est notifiée à l'exploitant du fonds et le délai court à compter de la date de cette notification. C'est alors l'exploitant du fonds qui porte sans délai à la connaissance des salariés cette notification, en les informant qu'ils peuvent lui présenter une offre d'achat.

22) Au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : moins de 250 salariés, chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros et total au bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.

23) Les textes précisent également que les salariés peuvent se faire assister pour les aider dans leurs démarches par un représentant de la chambre de commerce et de l'industrie régionale, de la chambre régionale d'agriculture, de la chambre régionale de métiers et de l'artisanat territorialement compétentes en lien avec les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire et par toute personne désignée par les salariés (C. com. art. L. 141-24 et L. 141-29).

24) « Beaucoup de complications pour pas grand-chose » : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, éd. LexisNexis, 30<sup>e</sup> éd., 2017, n° 1950

25) Lorsqu'une action en responsabilité est engagée, la juridiction saisie peut, à la demande du ministère public, prononcer une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 % du montant de la vente.

26) Obligation de faire une déclaration préalable auprès de la commune, exigée à peine de nullité de la vente : C. urb., art. L. 214-1 et s.

27) T. Jeantet, *préc.*

28) Le terme « rachat » est trompeur, il laisse à penser que les salariés deviennent propriétaires de l'entreprise cible qui les emploie, alors qu'ils deviennent associés de la holding qui en est seule propriétaire : S. Lacroix-de Sousa, *préc.*

29) J.-M. Moulin, *Droit de l'ingénierie*

financière, *Lextenso* éd., 4<sup>e</sup> éd. 2013, n° 808 et s. ; B. Bédaride, s. Pla Busiris, « Comment organiser un groupe de sociétés à travers une holding ? », *JCP E* 2014, 1407

30) Ainsi, par exemple, il peut être créé une SARL holding par les salariés repreneurs qui va racheter la société cible, SA transformée en SAS pour plus de souplesse, qui emploie les salariés.

31) Exemple du financement d'une entreprise évaluée à 5 millions d'euros par des apports de 500.000 € par 6 salariés réalisés pour la constitution de la société holding qui obtient un crédit-vendeur des associés cédants de 1,5 million euros et 3.000.000 euros de prêts bancaires.

32) « *En fin de compte, c'est cette dernière qui aura indirectement financé son propre rachat* » : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc. n° 1923.

33) Pour bénéficier du crédit d'impôt, l'entreprise ne doit pas déjà bénéficier d'autres exonérations d'impôts (jeune entreprise innovante –JEI-, par exemple).

34) Dans cette hypothèse, le résultat n'est pas garanti et la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que la société holding endettée à la suite d'un tel montage pouvait bénéficier d'une procédure de sauvegarde : Com. 8 mars 2011 : B. Grelon, La loi de sauvegarde prise à la lettre : à propos de l'arrêt Cœur Défence, *Rev. sociétés* 2011, 404.

35) Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, *JO* 11 sept. 1947, p. 9 088.

36) La différence essentielle entre une SCOP et une société classique vient du fait que, dans la SCOP, les salariés sont associés majoritaires et détiennent au moins 51 % du capital social et 65 % des droits de vote. Si tous les salariés ne sont pas associés, tous ont vocation à le devenir. Le salarié est au cœur du projet. Le partage du profit est plus équitable puisqu'une partie des bénéfices est reversée à l'ensemble des salariés sous la forme de participation et d'intéressement, tandis qu'une autre est reversée aux salariés associés. Le reste des bénéfices est consacré au développement du projet de l'entreprise et à celui de cette dernière.

37) M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc., n° 82.

les emplois. Ici, la société holding constitue un instrument de rachat d'entreprise grâce à l'effet levier qu'elle autorise (29). Peu importe la forme juridique de la société holding (société civile, de personnes ou de capitaux) (30).

L'objectif du financement est de compenser le coût de l'emprunt de rachat par les bénéfices de la société rachetée. Les apports réalisés par les salariés au capital de la holding peuvent être moindres par rapport au coût du rachat prêté par un ou plusieurs établissements de crédit (31). Le capital de la holding constitue un passif important avec l'endettement au bilan, l'actif étant constitué de la valeur des titres de l'entreprise. Les avances à court terme faites par les associés peuvent être remboursées grâce à la vente d'actifs inutiles de la société, tandis que les prêts à long terme sont remboursés grâce aux dividendes versés par la société cible à la holding (32).

Une société créée uniquement pour le rachat d'une entreprise peut bénéficier d'un crédit d'impôt dans les conditions fixées à l'article 220 nonies du Code général des impôts. En premier lieu, l'entreprise rachetée et la société doivent être assujetties à l'impôt sur les sociétés (IS) et ne pas faire partie d'un même groupe. En deuxième lieu, le capital de la société nouvelle doit être détenu, soit par au moins quinze salariés de la société reprise, soit par au moins 30 % des salariés de cette société si l'effectif ne dépasse pas cinquante salariés. Enfin, troisième condition, la reprise doit obligatoirement faire l'objet d'un accord d'entreprise (33).

Plutôt que d'améliorer ce mécanisme juridiquement et financièrement risqué qui ne saurait être adopté que pour le rachat d'entreprises cibles économiquement rentables (34), le législateur s'est davantage intéressé, dernièrement, à la reprise directe de l'entreprise par les salariés, dans un but d'économie plus sociale et solidaire.

## B. La reprise directe de l'entreprise par les salariés, plus sociale et solidaire

Sans passer par la constitution d'une holding intermédiaire, technique prisée des grands groupes industriels, les salariés,

de subordonnés, peuvent devenir des investisseurs directement en rachetant l'entreprise individuelle ou les titres de la société qui l'organise, et la diriger et gérer librement. Le législateur, en 2014, a remis pour ce faire au goût du jour de vieilles « recettes », faisant tout particulièrement appel au droit des sociétés coopératives (35).

L'opération de reprise directe est probablement plus simple pour les salariés, les dispositions étant classiques. Il s'agit ici d'une reprise grâce à une opération de cession de bien (fonds de commerce par exemple), ou de droits sociaux de la société reprise. Dans ce dernier cas, la réalisation d'une cession de contrôle confère à l'opération un caractère commercial et l'application des règles spécifiques du droit commercial.

La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire favorise la reprise de l'entreprise par les salariés grâce à la création d'une SCOP (société coopérative ouvrière de production) (36). Les salariés bénéficient ainsi d'un délai de sept ans pour en acquérir la majorité, tout en leur permettant dès l'origine d'obtenir des avantages fiscaux (déduction des intérêts d'emprunts, réductions et exonérations d'impôts). Elle permet dans certains cas de percevoir des subventions régionales ou départementales, en plus de la somme apportée par les salariés et du ou des emprunts bancaires éventuels. L'aide peut en outre provenir d'une autre coopérative dite « *coopérative d'activité et d'emploi* » (CAE), créée par la même loi, à laquelle la SCOP peut adhérer pour être déchargée de la gestion comptable et fiscale, mutualisée entre les coopérateurs.

Cette alternative est probablement moins risquée que le RES et plus progressive. Toutefois, certains auteurs s'interrogent sur la présence en l'espèce d'un salariat de complaisance, le développement d'un projet d'entreprise tout en étant salarié étant difficilement conciliable avec la nécessité du lien de subordination (37). La prévalence du capital sur l'emploi semble difficile à combattre, même en cas de reprise d'une entreprise par ses salariés, au point qu'ils pourraient en perdre leur qualité. Les notions et qualités d'entrepreneur et de salarié sont-elles si incompatibles ?



# De l'indépendance de la profession libérale à la coopérative de professionnels libéraux

**Bastien Brignon,**  
**Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille,**  
**Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA),**  
**Directeur du master professionnel Ingénierie des sociétés**

Conformément à l'article 29, I, de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, « *Les professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant* ». S'il existe une multitude de professions libérales en France (1), et plus généralement au sein de l'Union Européenne, un professionnel libéral se caractérise par son indépendance, quelle que soit sa profession, quel que soit son mode d'exercice, quelle que soit sa situation, quel que soit son statut.

Au regard des dernières évolutions législatives et réglementaires depuis la loi du 6 août 2015 dite « Macron », cette notion d'indépendance, essentielle, peut toutefois paraître mise à mal. En effet, il est aujourd'hui possible pour les professions du droit par exemple, de s'associer entre elles, tout en conservant un objet social mono-professionnel. Ainsi, une société d'avocats peut décider d'accueillir dans son capital une autre des professions du droit, telles qu'un notaire, un huissier, un mandataire judiciaire, etc. Pour l'exercice de la profession, la société d'avocats doit comporter au moins un avocat qui, cependant, n'a plus à être majoritaire ni en capital ni en droit de vote, de sorte que la question se pose de l'indépendance de l'avocat dont la société serait détenue majoritairement par un autre professionnel du droit. Autrement dit, une société ayant pour objet la profession d'avocat, mais dont le capital et les droits de vote sont majoritairement détenus par un autre professionnel du droit, comporte-t-elle toujours un ou des avocats indépendants ? On peut douter dans un tel schéma de l'indépendance capitalistique, financière et décisionnelle. De même, le fait que le dirigeant de cette société puisse être un professionnel issu d'une profession ne constituant pas l'objet social renforce l'idée de la perte d'indépendance du professionnel exerçant la profession objet de la société (2).

On voit ainsi que, selon la structuration adoptée, l'indépendance du professionnel concerné peut se trouver altérée, du moins substantiellement modifiée. Sans parler de perte ou de fin de l'indépendance, il faut avouer que la notion évolue ou, le cas échéant, peut évoluer selon le schéma sociétaire mis en place.

Au demeurant, il n'a pas fallu attendre la loi « Macron » pour observer une évolution de l'indépendance des professions libérales. On peut citer le droit des entreprises en difficulté qui estime qu'un professionnel libéral qui passe d'un exercice individuel à un exercice en société perd toute indépendance (3). De même, le droit fiscal considère qu'un entrepreneur qui passe d'un exercice individuel à un exercice en société cesse toute activité, ce qui donne lieu à l'imposition immédiate des bénéfices non encore imposés à la date de la cessation d'activité ou plutôt à la date du passage en société. En droit des sociétés, un autre exemple peut être trouvé au sein des SCOP.

*« Les sociétés coopératives de production sont formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leurs professions dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux ou en leur sein. Les sociétés coopératives de production peuvent exercer toutes activités professionnelles, sans autres restrictions que celles résultant de la loi (4).*

*Les associés se groupent et se choisissent librement. Les sociétés coopératives de production peuvent prendre l'appellation de "sociétés coopératives de travailleurs" ou de "sociétés coopératives ouvrières de production" ou encore de "sociétés coopératives et participatives", lorsque leurs statuts le prévoient (5) Ces sociétés sont régies par les dispositions de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 et, en ce qu'elles ne sont pas contraires à celles-ci, par celles de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de coopération, et par celles du chapitre I<sup>er</sup> du titre III du livre II de la partie législative du Code de commerce (6). Les sociétés coopératives de production sont des sociétés à capital variable constituées sous forme soit de SARL, soit de société anonyme, soit de société par actions simplifiée. Elles peuvent, à tout moment, par une décision des*

1) Les professions libérales sont soit réglementées soit non réglementées. Pour celles réglementées, elles sont en général classées en trois catégories : les professions juridiques et judiciaires, les professions techniques et les professions médicales et de santé.

2) Par exemple, une société d'avocat dont le dirigeant ne serait pas avocat mais notaire ou administrateur judiciaire ou huissier. Ou encore une société ayant pour objet la profession d'huissier mais dont le dirigeant serait un avocat ou un mandataire judiciaire ou un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

3) Cass. com., 9 févr. 2010, 3 arrêts, nos 08-15.191, 08-17.144 et 08-17.670, FS-PBRI : Bull. civ. 2010, IV, nos 35, 36 et 38 ; D. 2010, chron. C. cass. p. 1 113, obs. I. Orsini ; D. 2010, *act. jurispr.* p. 434, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2010, p. 391, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *Defrénois* 2010, p. 1474, obs. D. Gibirila ; JCP E 2010, 1296, spéc. n° 1, obs. P. Pétel et 1267, note A. Cerati-Gauthier ; JCP G 2010, 220 et 602, note J.-J. Barbière ; LEDEN mars 2010, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Act. proc. coll.* 2010, n° 70, obs. J. Vallansan ; *Dr. sociétés* 2010, n° 76, note J.-P. Legros ; *Gaz. Pal.* 14-16 mars 2010, p. 8, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Gaz. Pal.* 2-3 juill. 2010, p. 19, obs. F. Reille ; *Rev. proc. coll.* 2010, n° 131, obs. C. Lebel, et n° 148, obs. B. Saintourens ; RJDA 2010, n° 538 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, 489, note J.-J. Daigre ; *Dr. et patrimoine* oct. 2010, 83, obs. C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* mars 2011, p. 12, note V. Martineau-Bourgninaud ; *Rev. proc. coll.* 2010, étude 6, concl. R. Bonhomme ; RJDA 5/2010, n° 538 ; *ibid.* 6/2010, p. 564, chron. D. Gibirila. – V. également CA Aix-en-Provence, ord. réf. Prem. prés., 19 sept. 2014, n° 14/00507 : *Lexbase Hebdo éd. professions* 18 déc. 2014, note B. Brignon. – Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17.147, F-P+B : D. 2014, p. 1869 ; *Bull. Joly Sociétés* nov. 2014, p. 449, note J. Malet-Vigneaux ; JCP E 2014, 1550, note A. Cerati-

Gauthier ; *Journ. sociétés* nov. 2014, chron. CEDI, obs. B. Brignon. - CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. A, 20 nov. 2007, n° 07/03359 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 210, note N. Tagliarino-Vignal, et Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-13.460 : *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2011, p. 240, note N. Tagliarino-Vignal. - V. également Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 sept. 2014, n° 13-24.662, F-P+B : *Bull. Joly Sociétés* nov. 2014, p. 438, note J.-F. Barbiéri. - Sur les conséquences de la perte d'indépendance, V. A. Cerati-Gauthier, *Avocat et droit des entreprises en difficulté : Journ. sociétés* janv. 2012, dossier « Avocat et droit des affaires », n° 94, p. 26. - J.-F. Barbiéri, *Exercice professionnel en SEL : responsabilités civiles : Journ. sociétés* févr. 2014, dossier « Le renouveau des SEL et des SPFPL », p. 27, spéc. n° 12. - A. Reygrobellet, *Responsabilités professionnelles et sociétés d'exercice professionnel*, in *Les Cahiers du chiffre et du droit : RJ com.* 2013, p. 31. - B. Brignon, *L'impact des réformes 2014 des procédures collectives sur la profession d'avocat : Lexbase Hebdo éd. professions* 6 nov. 2014, n° 181.

4) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30).

5) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 1<sup>er</sup>, al. 2 et 3, modifiés par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30.

6) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 2, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30 et 31.

7) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 3, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30 et 31.

8) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés commerciales*, 2018, n° 5271.

9) B. Brignon, *Société civile professionnelle ou société d'exercice libéral ? Plaidoyer pour un choix raisonné et adapté à l'entreprise libérale*, in Dossier « Les sociétés civiles 40 ans après la loi du 4 janvier 1978 », ss. dir. D. Gibirila, *Journal des sociétés* janvier 2018, p. 45.

10) Pour ne prendre qu'un exemple, alors que dans les SEL les associés voient leur compte courant limité, pareille limite n'existe pas au sein des SEDC.

11) Art. R. 6223-70 et s. du Code de la santé publique.

12) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5284 et s.

13) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5344 et s.

*associés prise dans les conditions requises pour la modification des statuts, passer de l'une à l'autre de ces formes, sans que cette modification entraîne création d'une personne morale nouvelle (7) » (8).*

Régies par les loi de 1978, 1947 et 2014, ainsi que les décrets d'application propres à chacun des secteurs ou professions concernés, les SCOP sont donc des sociétés coopératives de type SARL, SAS ou SA, dont les associés majoritaires sont les salariés. Réunis autour d'un même projet économique et des mêmes valeurs, ils s'impliquent totalement dans l'entreprise. De plus, les SCOP peuvent être créées dans tous les secteurs d'activités : commerce, industrie, artisanat, services, multimédia et mêmes certaines professions libérales réglementées. Ces dernières pouvant créer des SCOP sont, notamment, les architectes, les géomètres-experts, les experts-comptables et les vétérinaires.

Lorsqu'une profession libérale souhaite exercer en société, elle a le choix, en principe, entre des sociétés civiles, essentiellement la société civile professionnelle dite « SCP » (9), et des sociétés commerciales. Si la société d'exercice libéral, dite « SEL », a longtemps été le seul modèle de sociétés commerciales pour les professions libérales – excepté pour certaines professions qui pouvaient créer des SARL, SA et SAS – aujourd'hui, la plupart des professions libérales peuvent créer des sociétés d'exercice de droit commun, dites « SEDC ». Ainsi, les libéraux ont le choix entre la SCP, la SEL et la SEDC. Les SEL et SEDC sont des sociétés très proches, mais elles nous paraissent disposer de formes sociales différentes dans la mesure où leur assimilation n'est pas totale (10).

Outre ce choix, certaines professions libérales peuvent opter pour la coopérative. Tel est le cas des architectes, des géomètres-experts, des experts-comptables, des vétérinaires et des laboratoires de biologie médicale (11). La coopérative ressemble un peu à la SEL, en ce sens qu'elle dispose d'un droit commun applicable à toutes les SCOP (12), et d'un droit spécial, ou plutôt d'une multitude de droits spéciaux (13).

Le sujet qui nous occupe est celui de l'indépendance des professionnels libéraux réunis en SCOP. Aussi, il ne nous paraît pas utile d'entrer dans le détail technique de la SCOP et des règles particulières. En revanche, il est nécessaire d'en étudier les grandes lignes afin de mesurer l'indépendance des libéraux qui optent pour cette forme d'exercice. Or, tantôt l'indépendance est préservée (I) tantôt elle est atténuée (II).

## I. L'indépendance préservée

Le capital des SCOP est majoritairement détenu par des associés coopérateurs. Les sociétés coopératives de production sont fondées sur le principe de double qualité. Les travailleurs, usagers de la coopérative, sont en principe également associés. Néanmoins, les sociétés coopératives de production peuvent employer des personnes n'ayant pas la qualité d'associé.

« Les sociétés coopératives de production doivent

*comprendre un nombre minimal d'associés employés dans l'entreprise. Ce nombre est de deux lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société à responsabilité limitée ou de société par actions simplifiée et de sept lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société anonyme. Le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société coopérative de production si le nombre des associés employés dans l'entreprise est réduit à moins de deux ou de sept depuis plus d'un an. Il peut accorder à la société coopérative de production un délai maximum d'un an pour régulariser la situation (14) » (15).*

Cependant, les statuts peuvent prévoir l'admission en qualité d'associé de personnes morales ainsi que de personnes physiques non employées dans l'entreprise. Ces associés disposent des droits attribués à tous les associés. Les statuts peuvent prévoir que ces associés non coopérateurs ou certains d'entre eux disposent ensemble d'un nombre de voix proportionnel au capital qu'ils détiennent. Cependant, ils ne peuvent détenir ensemble plus de 49 % des droits de vote et pas plus de 35 % de ces droits s'ils n'ont pas le statut de sociétés coopératives (16). En outre, la loi du 19 juillet 1978 limite l'influence des associés les plus importants. Le nombre de parts sociales susceptibles d'être détenues par une même personne ne peut excéder un maximum fixé par les statuts et au plus la moitié du capital (17). Toutefois, « pendant une période de sept ans à compter de la transformation en société coopérative ouvrière de production d'une société existante, cette limite n'est pas applicable aux associés dont les parts proviennent d'une conversion des parts (18) » (19).

Par conséquent, le principe dans la SCOP est que les adhérents cumulent un double statut : d'un côté, ils sont des associés ayant participé à la constitution du capital social et, de l'autre, ils sont des coopérateurs, c'est-à-dire des fournisseurs ou clients, se trouvant soumis à un engagement d'activité envers la personne morale. Mais ce principe d'exclusivisme est désormais loin d'être absolu puisque la coopérative peut accueillir des coopérateurs non associés, dont l'existence est prévue par l'article 3 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, dans des termes qui, depuis la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, sont les suivants : « Sous réserve des 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 » (20).

Ensuite, l'article 3 bis de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, issu de la réforme de 1992, et modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, prévoit que les coopératives peuvent admettre comme associés non coopérateurs, dans les conditions et limites fixées par leurs statuts, des personnes physiques, notamment leurs salariés, ou morales qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services ou dont elles n'utilisent pas le travail mais qui entendent contribuer notamment par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative. Or, ces associés ne peuvent détenir ensemble plus de 49 % du total des droits



de vote, sans que les droits des associés qui ne sont pas des sociétés coopératives puissent excéder la limite de 35 %. 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. Lorsque la part de capital que détiennent les associés non coopérateurs définis au premier alinéa excède, selon le cas, 35 % ou 49 % du total des droits de vote, le nombre de voix attribué à chacun d'entre eux est réduit à due proportion (21). Il y a donc une indépendance des associés coopérateurs vis-à-vis des capitaux extérieurs qui ne sauraient être majoritaires.

Les associés salariés détiennent au minimum 65 % des voix, et 51 % des parts. Aucun associé ne peut détenir plus de la moitié du capital. Ces associés salariés participent aux choix stratégiques de l'entreprise lors de l'assemblée générale. Tout nouvel embauché a vocation à devenir associé s'il le souhaite, et selon les modalités fixées par les statuts de la société. La loi crée un lien spécifique entre les deux statuts, salarié et associé. Ainsi, sauf dispositions contraires des statuts de la société, la renonciation à la qualité d'associé entraîne la rupture simultanée du contrat de travail et la rupture du contrat de travail entraîne la perte de la qualité d'associé (sauf retraite, licenciement économique, invalidité). Quant aux associés extérieurs « investisseurs », ce sont des personnes physiques ou personnes morales, qui ne travaillent pas dans l'entreprise et restent minoritaires. Ils ont 35 % des droits de vote au maximum et détiennent 49 % des parts au maximum. Comme tout associé de SCOP, ils peuvent aussi investir en titres participatifs, qui ne leur donnent pas de droit de vote, mais leur attribuent une rémunération plus forte, composée d'une partie fixe et d'un complément variable d'autant plus élevé que les résultats de l'entreprise sont bons. Le nombre de salariés extérieurs dépend donc du nombre d'associés salariés.

Un autre marqueur de l'indépendance est la responsabilité professionnelle. Ainsi et par exemple, dans les laboratoires de biologie médicale constitués sous forme de SCOP, chaque associé supporte seul la responsabilité des actes professionnels qu'il accomplit (22). Le fait d'être associé au sein d'une SCOP ne crée pas une solidarité entre les associés, tout au contraire.

Un autre exemple de l'indépendance peut être trouvé dans la gouvernance. De manière générale, dans les SCOP, tout associé peut être nommé en qualité de gérant, directeur général, membre du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance ou de l'organe de direction lorsque la forme de société par actions simplifiée a été retenue. Quand la société comporte des associés non employés dans l'entreprise, il ne peut leur être attribué plus du tiers des mandats de gérants, d'administrateurs, de membres du directoire ou du conseil de surveillance ou de l'organe de direction lorsque la forme de société par actions simplifiée a été retenue (23).

Lorsque la société coopérative de production est constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions simplifiée, les gérants ou les membres de l'organe

de direction sont nommés par l'assemblée des associés, pour une durée qui ne peut excéder quatre ans. Un conseil de surveillance est constitué si la société compte plus de vingt associés. Il est composé de trois membres au moins et de neuf membres au plus, désignés par l'assemblée des associés et en son sein, pour une durée que les statuts déterminent et qui ne peut excéder quatre ans. Les fonctions de gérant et de membre du conseil de surveillance sont incompatibles. Les gérants et les membres du conseil de surveillance sont, sauf stipulations contraires des statuts, rééligibles ; ils peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée des associés, même si la question n'a pas été inscrite à l'ordre du jour. Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par les gérants ou les membres de l'organe de direction. À toute époque de l'année, il opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer tout document qu'il estime utile à l'accomplissement de sa mission ou demander au gérant un rapport sur la situation de la société. Il présente à l'assemblée des associés un rapport sur la gestion de la société. Les statuts peuvent subordonner à son autorisation préalable la conclusion des opérations qu'ils énumèrent. La responsabilité des membres du conseil de surveillance est soumise aux dispositions de l'article L. 225-257 du Code de commerce (24). L'octroi des mandats sociaux ne fait pas perdre le bénéfice du contrat de travail (25) pas plus que le fait de s'en démettre ou d'en être révoqué (26). Enfin, il est possible de fixer un plafond en cas de rémunération proportionnelle des dirigeants, ce qui évitera d'éventuels excès. Par exemple, au sein d'une coopérative d'architecture, la société est administrée par un ou plusieurs gérants, dont majoritairement des architectes, le mandat de gérant est limité à quatre ans et, en cas de pluralité de gérants, les associés investisseurs ne peuvent bénéficier de plus du tiers des mandats.

Ces quelques exemples montrent que la SCOP n'est pas, pour les associés coopérateurs, synonyme de perte d'indépendance. Le verrouillage du capital, tout comme le contrôle de la gouvernance, au service des coopérateurs, permettent à ces derniers de conserver leur indépendance. Néanmoins, d'autres caractéristiques des SCOP attestent, à l'inverse, d'une perte d'indépendance, du moins d'une atteinte à l'indépendance qui s'en trouve atténuée.

## II. L'indépendance atténuée

D'autres aspects nous paraissent au contraire porter atteinte à l'indépendance des professionnels libéraux.

Le premier est la règle du vote par part virile selon le principe « un homme une voix ». C'est le propre de la SCOP (27). Si tous les associés disposent du même nombre de voix, indépendamment du niveau de leur détention capitalistique, ils deviennent tous dépendants les uns des autres.

Cela étant, il est possible de déroger à ce grand principe. D'une part, la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 a institué la faculté pour les statuts de prévoir

14) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 5, al. 2 et 3, modifiés par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30.

15) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5275.

16) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 3 bis.

17) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 24, modifié par L. n° 2014-856, 31 juillet 2014, art. 31.

18) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 49 bis, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 27 et 31 ;

19) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5275.

20) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5290.

21) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5291.

22) Article R. 6223-75 du code de la santé publique.

23) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 15, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30 et 31, citée in J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5276.

24) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 16, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30 et 31.

25) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 15, al. 1<sup>er</sup>.

26) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 18, modifié par L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 30 et 31.

27) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5276 ; P. Mousseron, Le choix de la coopérative, *Journ. sociétés*, juin 2008, p. 38.

28) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 11, al. 2, 3 et 4 ; réd. L. n° 92-643, 13 juill. 1992.

29) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 3 bis.

30) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 11 bis ; Réd. L. n° 92-643, 13 juill. 1992, citée in J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5298.

31) J. Mestre, A.-S. Mestre-Chami et D. Velardocchio, *op. cit.*, 2018, n° 5298 ; P. Prud'homme, Les actions de préférence d'une société coopérative anonyme, *JCP E* 2013, n° 1149.

32) v. encore L. Grosclaude, Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles, *Droit et patrimoine* n° 204, 1<sup>er</sup> juin 2011. - V. égal. J.-P. Bertrel, Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société ?, *Droit et patrimoine* n° 96, septembre 2001, p. 34.

33) Depuis des décrets de juin 2016, les avocats également, dans une certaine mesure, ne sont plus soumis à l'unicité d'exercice : B. Brignon et H. Chemouli, L'unicité d'exercice des avocats, *Gaz. Pal.* 22 mai 2018, n° 18, p. 23, n° GPL322q3.

34) Il n'est exclu par aucun texte.

35) Pour la SARL : total du bilan supérieur à 1,5 millions d'euros, chiffre d'affaires ou ressources supérieur à 3,1 millions d'euros, nombre de salariés supérieur à 50. Pour les SAS : total du bilan supérieur à 1 million d'euros, chiffre d'affaires ou ressources supérieur à 2 millions d'euros, nombre de salariés supérieur à 20.

l'émission par la coopérative de « *parts sociales qui confèrent à leurs détenteurs des avantages particuliers* ». Les statuts déterminent les avantages attachés à ces parts « *dans le respect des principes coopératifs* » ; ces parts ne peuvent être souscrites que par les associés, et sont librement négociables entre eux (28). Il est même possible pour les statuts de prévoir la création de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote susceptibles d'être souscrites ou acquises par les associés visés à l'article 3 bis de la loi de 1947 (29) ou par des tiers non associés, en déterminant les avantages pécuniaires conférés à ces parts. Lorsque ces avantages 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 précité. Les titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote sont réunis en assemblée spéciale dans des conditions fixées par décret. Tout titulaire de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote peut participer à l'assemblée spéciale. Toute clause contraire est réputée non écrite. L'assemblée spéciale peut émettre un avis avant toute décision de l'assemblée générale. Elle statue alors à la majorité des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés. L'avis est transmis à la société. Il est porté à la connaissance de l'assemblée générale et consigné à son procès-verbal. 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 (30).

D'autre part, une SCOP peut émettre des actions de préférence, telles que visées par les articles L. 228-11 et suivants du Code de commerce (31), étant rappelé que le principe de « *un homme une voix* » s'oppose certainement à l'émission d'actions de préférence à droit de vote double. Des actions de préférence sans droit de vote sont plus plausibles.

Ces possibilités, qui peuvent permettre un retour à meilleure fortune de l'indépendance au sein de la SCOP (32), ne sont cependant pas légion, si bien que le principe du vote « *un homme une voix* » quel que soit le nombre de titres détenus, qui demeure la norme au sein des SCOP, place les associés sur le même plan, les rendant dépendant des uns des autres.

On peut encore évoquer le cas des professionnels libéraux ayant la possibilité d'exercer dans plusieurs structures. Tel est le cas, par exemple, et ce depuis 2010, des vétérinaires (33). Ainsi, conformément à l'article R. 241-103 du Code rural et de la pêche maritime, sous réserve du respect des dispositions du présent code, notamment du IV et du VI de l'article R. 242-48, un vétérinaire peut exercer concomitamment dans plusieurs sociétés d'exercice en commun autorisées dans lesquelles il peut détenir des parts de capital social ou non. Il peut également exercer concomitamment à titre individuel et au sein d'une ou plusieurs sociétés d'exercice en commun autorisées dans lesquelles il peut détenir ou non des parts de capital social. Ce multi-exercice n'est pas propre aux SCOP de vétérinaires mais spécifiques

aux vétérinaires en général, si bien que le multi-exercice paraît possible également en SCOP (34).

Le manque d'indépendance est notable également dans la répartition des résultats, ventilé en trois :

- **Une part entreprise**, elle-même découpée de la manière suivante :

- une fraction minimale de 15 % est affectée à la constitution de la réserve légale (ce prélèvement cesse lorsque le montant de la réserve s'élève au montant le plus élevé atteint par le capital).

- une fraction est affectée à une réserve statutaire dite « *fonds de développement* » (le seuil est fixé par les statuts, au minimum à hauteur de 1 %).

Une partie des réserves peut être modifiée en provision pour investissement (PPI). Il s'agit d'un engagement pris par la SCOP d'investir en matériel sous quatre ans. Ainsi, les PPI sortent de l'assiette fiscale de l'IS.

- **Une part « salariés »**

Une « part travail » est attribuée aux salariés associés ou non (minimum : 25 % mais globalement 40 % en moyenne). Cette part peut tenir lieu de réserve spéciale de participation dans le cadre d'un accord de participation avec blocage pendant cinq ans (ainsi, pas de charges sociales ni patronales sur ces sommes, seules la CSG et la CRDS sont dues).

- **Une part « associés »**

Cette part « *capital* » est versée aux associés sous forme d'intérêts aux parts sociales (équivalent à des dividendes). Elle ne peut être supérieure ni aux réserves ni à la « *part travail* ».

En outre, un autre indice du manque d'indépendance réside dans la désignation d'un commissaire aux comptes et dans la révision coopérative. Les SCOP SA doivent désigner un commissaire aux comptes et réaliser une révision coopérative tous les cinq ans. Les SARL et SAS qui n'atteignent pas deux des trois seuils classiques (35) n'ont pas l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes. En revanche, elles doivent, procéder annuellement à la révision coopérative. Cette dernière consiste en un examen analytique de la gestion administrative, financière et sociale de la coopérative. Elle est assurée par des réviseurs agréés par le ministère du Travail (URSCOP notamment).

Enfin, en cas de dissolution de la coopérative, la loi réserve ici l'affectation de l'éventuel *boni* de liquidation « *soit à d'autres coopératives ou unions de coopératives, soit à des œuvres d'intérêt général ou professionnel* ». Les associés coopérateurs de la coopérative n'en bénéficient donc pas directement, si bien qu'ils ne sont pas libres de décider leur affectation.

La SCOP n'est pas, au sein des professions libérales, le modèle sociétaire le plus répandu. Il est même l'un des plus rares. La raison première en est que peu de libéraux acceptent, dans leur législation, une telle forme sociétaire. Certainement est-ce dû au fait que la SCOP, par essence altruiste, n'est pas la forme la plus adaptée à une activité libérale, par nature indépendante avec des associés parfois très individualistes.



# La filialisation de l'activité économique des associations

**Karine Rodriguez,**  
Maître de conférences HDR,  
Responsable du M2 Droit de la consommation,  
Université de Pau et des Pays de l'Adour,  
(Co-directrice scientifique du dossier)

Filialiser une activité pour une personne morale consiste à transférer au profit d'une filiale préexistante ou créée pour l'occasion une partie de l'activité qu'elle exerce (1). Toute personne morale peut opérer une filialisation, à des fins variées, de réorganisation de l'activité ou de protection contre des risques éventuels. Mais il s'agit toujours de se développer et de s'organiser en réseau pour gagner en rationalité.

Cette restructuration s'avère particulièrement opportune au profit de certaines associations, celles qui exercent de manière régulière une activité économique voire commerciale. Si cette activité ne leur est pas interdite (2), il peut néanmoins être opportun pour ces dernières de confier cette activité lucrative à une société qui serait une « filiale » de l'association au sens large du terme (3) et dont elle conserverait en ce sens le contrôle. Cela permet à l'association d'utiliser un outil capitaliste sans se compromettre elle-même, c'est-à-dire sans porter atteinte à son caractère désintéressé.

Qu'on le regrette dans la mesure où il y a une part d'hypocrisie à confier à une filiale une activité lucrative dont l'association récupère les fruits, ou qu'on s'en félicite au titre d'un réalisme concernant les besoins financiers des associations conjugué à une volonté de rationalisation des pratiques, la filialisation de l'activité lucrative d'une association est parfaitement légale. Les débats idéologiques se sont inclinés devant les nécessités de la pratique.

Du côté des textes, l'article 1832 du Code civil n'interdit pas aux associations d'être associées de sociétés, tandis que l'article 6 de la loi de 1901 qui régit la question de la capacité des associations ne leur interdit pas de détenir des titres de sociétés. Bien au contraire, l'association a le droit d'acquérir des biens meubles corporels, et donc des valeurs mobilières (4), ce que valide une réponse ministérielle du 2 février 1995 (5). Il convient simplement de respecter le principe de spécialité de sorte que, outre que de manière négative, la filialisation ne doit pas être un moyen pour l'association de distribuer des bénéfices, cette technique doit, de manière positive, contribuer à la réalisation de l'objet de l'association, soit parce que l'activité de la société est complémentaire à celle de l'association, soit parce qu'elle permet de dégager des bénéfices dont l'association tirera profit pour réaliser son but désintéressé.

On notera que la question de la validité de la filialisation a également été largement discutée en matière de

sociétés coopérative, avec la crainte similaire d'une incompatibilité entre l'identité coopérative qui impose le respect des principes coopératifs et l'identité capitaliste qui ne respecte pas ces principes coopératifs (6). Là encore, les impératifs de la pratique l'ont emporté pour admettre la filialisation, aucune règle de droit positif ne s'y opposant (7). La technique a donc été validée, à la fois de manière indirecte et conditionnée par la réglementation des prises de participation de certains coopératives dans d'autres personnes morales (8), mais aussi de manière directe par une validation de la filialisation de l'activité des coopératives de commerçants par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 qui prévoit les activités qui peuvent être exercées pour le compte de leurs membres « *directement ou indirectement* » (C.Com., art. L. 124-1).

Dans le domaine associatif comme coopératif, la validation de la filialisation se situe parfaitement dans l'air du temps avec la consécration et la stimulation du domaine de l'Économie Sociale et Solidaire qui assume et promet ce que l'on pourrait appeler un « mélange des genres », le genre non lucratif et coopératif d'un côté, et le genre lucratif de l'autre. L'idée d'un mélange de genres est d'ailleurs quelque peu inadaptée aujourd'hui dès lors que l'Économie Sociale et Solidaire constitue désormais un genre en elle-même. L'« ESS » a une identité propre. C'est une notion définie à l'article 1<sup>er</sup> de la **Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire**, qui transcende les formes juridiques traditionnelles. En outre, dans les deux cas de filialisation, il s'agit pour la « filiale » de prolonger l'objet et l'activité de l'entité « mère », dans le respect d'une certaine spécificité de cette dernière et de son objet. Pour les coopératives, il s'agit de rendre des services aux membres, de satisfaire leurs intérêts, au moyen d'une filiale dont la forme lui permet une insertion plus aisée sur les marchés. En matière d'associations, cela se traduit par la nécessité de réinvestir les dividendes de la filiale dans l'objet désintéressé de l'association ainsi que par une panoplie de règles fiscales spécifiques incitant au respect de l'esprit associatif (9). La validité de la restructuration, ce faisant, ne saurait être contestée.

Valide, cette filialisation est parfois obligatoire dans certaines associations. C'est le cas d'associations sportives, témoignant vraisemblablement des limites du modèle associatif pour affronter un modèle de gestion lucratif. En effet, en vertu de l'article L. 122-1 du Code du sport, toute association sportive affiliée à une

1) Par extension, cela visera également le fait pour une association d'établir un lien de filiation avec une société préexistante et dont l'activité intéresse l'association.

2) V. *Infra*.

3) Le terme de filiale sera ici entendu au sens large, autrement dit il ne supposera pas nécessairement la détention d'au moins 50 % du capital ainsi que l'exige l'article L. 233-1 du Code de commerce.

4) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, article 6 : « *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 ; 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'allègement des procédures. »*

5) Rép. Min. Justice n° 8532, à M. Herment, JO Sénat Q n°5, 2 février 1995, p.279 : Sous réserve de l'appréciation souveraine des cours et tribunaux, aucune disposition de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association et de celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales n'interdit à une association d'être associée d'une SARL et donc, le cas échéant, d'être ou de devenir associée unique d'une EURL. Sous cette même réserve, les sociétaires doivent néanmoins veiller à ce que l'objet social de cette EURL soit conforme à l'objet de l'association et, bien qu'il s'agisse d'une personne morale juridiquement distincte, à ce que son activité, si elle est de nature commerciale, s'exerce dans les limites et les conditions actuellement fixées par la jurisprudence de la cour de cassation, qui ont été rappelées dans une précédente réponse ministérielle (RM n° 1737 ; *Journal officiel*, débats, Assemblée nationale, 3 octobre 1988, p. 2 751). L'association ne pouvant devenir elle-même gérant, en raison des dispositions de l'article 49, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 qui réserve cette fonction aux seules personnes physiques, le ou les gérants devront être choisis parmi des tiers, dans les conditions prévues par les statuts.

6) Pour une étude exhaustive des arguments favorables et défavorables à la filialisation en matière de coopérative, V. D. Hiez, *Coopératives, Création organisation fonctionnement*, p.303, n° 171.11 et s.

7) C. Mas-Bellissent et M. Rakotovahiny, *Droit coopératif, Ellipses*, 2016, p.107.

8) V. par exemple pour les sociétés coopératives agricoles, l'article L. 623-5 du Code rural

fédération sportive, qui participe habituellement à l'organisation de manifestations sportives payantes qui lui procurent des recettes d'un montant supérieur à 1,2 millions d'euros ou qui emploie des sportifs dont le montant total des rémunérations excède 800 000 euros doit constituer pour la gestion de ces activités une société commerciale. Dans ce cas, la société sportive prend la forme soit d'une société à responsabilité limitée ne comprenant qu'un associé dite entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée (EUSRL), soit d'une société anonyme à objet sportif (SAOS), soit d'une société anonyme sportive professionnelle (SASP), soit d'une société à responsabilité limitée, soit d'une société anonyme, soit d'une société par actions simplifiée. Elle se conforme aux statuts-types définis par décret en Conseil d'État. Le non-respect de l'obligation de filialisation dans le délai d'un an est sanctionné par l'exclusion des compétitions organisées par les fédérations sportives. De manière surprenante, l'article L. 122-10 du Code du sport dispose que le bénéficiaire de l'entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée et de la société anonyme à objet sportif est affecté à la constitution de réserves qui ne peuvent donner lieu à aucune distribution. En revanche, 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 public ou d'une admission aux négociations sur un marché réglementé.

Mais hors cette hypothèse de filialisation obligatoire, la filialisation de l'activité lucrative des associations reste facultative. Et dès lors que la question de sa validité ne se pose plus, ne manque pas de se poser celle de l'intérêt de l'opération pour l'association. Nous discuterons donc dans un premier temps de l'opportunité de filialiser l'activité lucrative de l'association, avant de nous interroger sur sa faisabilité d'un point de vue juridique, autrement dit, sur les modalités de cette filialisation.

## I. Opportunité de la filialisation de l'activité économique des associations

Si la filialisation se justifie d'un point de vue juridique, cela reste circonscrit, et en pratique, ce sont souvent des raisons fiscales qui expliquent la filialisation de l'activité lucrative des associations. Néanmoins, les avantages fiscaux ne sont pas absolus et dépendent de la façon dont est géré le lien avec la filiale. L'intérêt juridique de cette filialisation est donc limité tandis que son intérêt fiscal est conditionné.

### A. Un intérêt juridique limité

L'intérêt juridique de la filialisation n'est pas de permettre aux associations d'exercer une activité économique ou commerciale via une société. En effet, malgré les réticences originelles liées au cantonnement traditionnel des associations dans le domaine des activités non lucratives, il a progressivement été admis qu'une association puisse exercer une activité économique ou commerciale, en l'absence d'interdiction dans la loi, pour faire face à l'accroissement de ses besoins financiers (10). Car le texte de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 n'interdit que le

partage de bénéfices, non la réalisation de bénéfices destinés à financer le but désintéressé de l'association. Aussi, la jurisprudence admet que l'association peut exercer une activité économique ou commerciale et donc lucrative (11), suivie en cela par le législateur (12), dans la double mesure où les bénéfices ne sont pas partagés entre les membres conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, et où cela est prévu dans les statuts en application de l'article L. 442-7 du Code de commerce (13). Néanmoins, la jurisprudence n'a jamais été jusqu'à qualifier l'association de commerçante (14) et n'appliquerait aux associations les lois réservées aux commerçants que dans la mesure où elles ne lui accorderaient pas une situation privilégiée, ce que d'aucuns ont qualifié de « commercialité-sanction », de « paracommercialité » ou encore de « commercialité de fait ». En particulier, elle subit les règles du droit de la concurrence et la liberté de la preuve sans jouir de la possibilité de s'immatriculer au RCS (15) et de bénéficier du statut des baux commerciaux.

En revanche, grâce à la filialisation, l'association bénéficie indirectement du statut des sociétés. Ce faisant, elle a accès à des moyens nouveaux et à une logique de gestion plus attractive.

En premier lieu, l'association a accès à de nouveaux moyens, constat qui doit toutefois être relativisé. Il est vrai que le statut de société immatriculée au RCS donne *ipso facto* accès au statut des baux commerciaux qui est refusé aux associations en raison du fait qu'elles ne sont pas immatriculées au RCS. Toutefois, si effectivement une association n'a aucun droit à faire valoir en la matière en vertu de l'article L. 145-1 du Code de commerce, exercerait-elle une activité commerciale, les associations peuvent se soumettre à ce statut de manière conventionnelle dès lors que le bailleur accepte expressément de s'y soumettre et que la volonté des parties n'est pas équivoque (16).

Par ailleurs, la société filiale peut se constituer un patrimoine immobilier, alors que les associations ont une capacité limitée en la matière. Là encore, il convient de relativiser l'affirmation dans la mesure où une association déclarée peut acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, d'une part, le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres (local destiné à la réunion de l'assemblée, du conseil ou du bureau), et d'autre part, les immeubles *strictement* nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose (par exemple des logements pour une association ayant vocation à loger des sans-abris) (17). Cela exclut, certes, les immeubles de rapport, mais précisément, les associations reconnues d'utilité publique peuvent désormais faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts (18), ce qui comprend l'acquisition de biens immobiliers de rapport (et plus seulement comme auparavant (19), les « *immeubles nécessaires aux buts qu'elle se propose* »). En outre, l'article 6 de la loi de 1901 précise que peuvent posséder et administrer des immeubles acquis à titre gratuit 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 ainsi que les 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'allègement des procédures.

Enfin, contrairement aux sociétés, les associations ont une capacité limitée à recevoir des libéralités. En effet, une association déclarée n'a pas la capacité d'acquiescer à titre gratuit qu'il s'agisse de dons ou de legs sous peine de nullité absolue. Néanmoins, ces associations ont la capacité de recevoir des dons manuels et des dons d'établissements d'utilité publique. En outre, certaines associations ont la capacité de recevoir à titre gratuit dans le respect des conditions de l'article 910 du Code civil : les associations reconnues d'utilité publique, 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 et enfin, sans condition d'ancienneté, les 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'allègement des procédures. S'il en résulte certes que la société a en droit positif une capacité de recevoir à titre gratuit plus importante que l'association, on peut légitimement se demander si elle ne resterait pas théorique. Est-il réaliste d'envisager qu'une société bénéficie largement d'actes à titre gratuit ? En dehors de quelques actes à titres gratuits effectués par les associés comme la renonciation au remboursement des avances faites en compte courant, les legs ou donations effectués à des sociétés restent bien rares.

**En second lieu**, la filialisation permet indirectement aux associations d'accéder à la **gestion plus attractive** des groupements à but lucratif. En particulier, elle permet l'intéressement et la participation du personnel, ce qui est délicat dans les associations en raison de l'interdiction du partage des bénéfices et de la nécessité d'avoir une gestion désintéressée pour éviter la soumission aux impôts commerciaux (20). Les fondateurs bénévoles ou autres personnes particulièrement investies dans l'association pourront être associés de la société et bénéficier de dividendes à ce titre ; ils pourront également être salariés ou dirigeants et bénéficier à ce titre de rémunérations confortables qu'ils ne peuvent pas avoir au sein d'une association sous peine de la voir soumise aux impôts commerciaux pour cause de gestion intéressée (à nuancer toutefois en raison des conséquences fiscales qui en résultent, V. *Infra*). En termes d'image également, la structure sociétaire inspire davantage confiance que la structure associative pour nouer des relations commerciales avec des partenaires. Attractive pour les partenaires, la gestion sociétaire l'est également indirectement pour l'association elle-même. D'abord, la filialisation rationalise la gestion en permettant une séparation comptable et financière nette des

gestions de l'association et de la société, et donc, des secteurs non lucratif et lucratif. Ensuite, l'association capte au travers de la société de nouveaux moyens de financement tels que les avances en compte courant et les apports en capital avec l'émission de valeurs mobilières au profit de nouveaux investisseurs. Si une association peut émettre des obligations, ce que le législateur tend d'ailleurs à favoriser en permettant aux associations de se doter d'outils de financement mieux adaptés et plus attractifs (les lois n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques en témoignent dans leur réécriture des articles L. 213-8 et s. du CMF). Les sociétés disposent d'outils plus élaborés encore pour attirer les investisseurs, avec notamment la possibilité d'émettre des actions représentatives du capital. Enfin, la société peut utiliser les moyens de publicité sans craindre que cela n'entraîne la soumission de l'association aux impôts commerciaux (21).

De ce fait, l'activité lucrative peut se développer de manière optimale tout en permettant la remontée des bénéfices au profit de l'association qui bénéficie de la distribution des dividendes éventuels et qui, en qualité d'associé de la société peut en outre organiser son contrôle sur cette société (V. *Infra*). Il n'empêche qu'en général, ce ne sont pas ces arguments juridiques qui, à eux seuls, emportent la décision d'opérer la filialisation d'une activité lucrative d'une association. Les arguments principaux sont fiscaux.

## B. Un intérêt fiscal conditionné

Une association est soumise aux impôts dits « commerciaux » (Impôt sur les sociétés au taux de droit commun, TVA et CET) lorsqu'elle a une « activité lucrative » en vertu de l'article 206-5 du CGI. L'instruction du 18 décembre 2006 (22) a précisé cette notion d'activité lucrative. Elle estime que l'activité est lucrative, ce qui engendre une absence d'exonération de l'association, dans trois cas :

- Soit l'association a pour activité de rendre des services à des entreprises membres qui en retirent un avantage concurrentiel ; par exemple, une association qui favorise les échanges de services entre entreprises pour leur permettre de faire des économies.
- Soit la gestion de l'association est intéressée. Or, sont désintéressées les associations gérées à titre bénévole par des personnes n'ayant aucun intérêt dans les résultats de l'exploitation, ne procédant pas à une distribution de bénéfices, et dont les membres ne sont pas tributaires d'une part de l'actif. Néanmoins, les instructions font part de certaines tolérances : le conseil d'administration peut comprendre des salariés dans la limite du quart des membres ou lorsqu'ils y figurent en qualité de représentant élu du personnel dans le cadre d'un accord concernant le personnel ; les dirigeants peuvent bénéficier d'une rémunération dans la limite des 3/4 du SMIC, le seuil étant apprécié par année et par dirigeant.
- Soit l'association exerce une activité en

et de la pêche. Des conditions sont alors posées relatives avec notamment un contrôle *a posteriori*, par le Haut conseil de la coopération agricole.

9) V. I. B. p.24

10) V. V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerciale, *RTDCom.*, 1997, p.537 et s. ; M. Malaurie, « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, Chr., p.274 ; J.-M. Do Carmo, « Les associations et le commerce au regard du droit commercial », *LPA*, n°81, 7 juillet 1995, p.21 ; S. Castro, Les associations exerçant une activité commerciale. Contribution à la théorie de l'entreprise, *Thèse, Paris I*, 1987 ; M. Keita, L'activité commerciale des associations, *Thèse, Bordeaux*, 1997.

11) En ce sens, V. Cass.Com. 17 mars 1981, *Rev. Soc.*, 1982, p.124, note G. Soussi ; D., 183, p.23, R. Plaisant.

12) Le législateur a reconnu implicitement aux associations la faculté d'exercer une activité économique dans la loi du 11 juillet 1985, en permettant l'émission d'obligations par les associations qui exercent des activités économiques, ainsi que la faculté d'exercer une activité commerciale au sein de l'article L. 442-7 du Code de commerce.

13) C.Com. L. 442-7 : « 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. »

14) V. Cass.Com. 12 février 1985, *JCP*, G, 1985, IV, p.152.

15) Cass.Com. 1<sup>er</sup> mars 1994, *BJS*, 1994, §156, Jeantin ; Cass.Com. 15 novembre 1994, *LP*, 26 juillet 1995, n° 89, D. Gibirila.

16) V. Notamment, Cass. Civ.3<sup>e</sup> 9 février 2005, D., 2005, p.643 : L'immatriculation du preneur au RCS n'est alors pas une condition impérative du droit au renouvellement.

17) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, article 6.

18) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, article 11.

19) Avant la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

20) En ce sens, V. Mémento Pratique Francis Lefebvre, Associations, n° 88005.

21) V. Instruction, Instruction Fiscale 4 H -5- 06 n°208 du 18 décembre 2006, spéc. n°13 et s. En effet, une association qui entend remplir les critères de non-lucrativité ne doit pas en principe recourir à la publicité commerciale.

22) *Ibid.*

23) CE, 13 février 2013, n°342953, Assoc. Groupe de plongée de Carantec, *Dr. Soc.*, 2013, n°170, J.-L. Pierre.

24) Les effets concernant la CET sont inexistant car les activités non lucratives ne sont jamais taxables.

25) Instruction, préc., §6.

26) Concernant TVA, la constitution d'un secteur lucratif est de droit en cas d'activité lucrative accessoire et fait l'objet de règles spécifiques.

27) Hors recettes perçues à l'occasion des six manifestations annuelles de bienfaisance ou de soutien.

28) V. Instruction préc., §134.

29) S'ils sont communs, ils sont répartis en fonction du temps d'utilisation.

30) On s'interroge sur l'hypothèse d'un organisme qui pratiquerait une activité à l'égard d'un public défavorisé et assurerait par ailleurs des prestations classiques pour financer les premières ou, pour reprendre l'exemple vu *supra*, sur l'association qui vendrait des prestations de plongée sous-marine à un prix normal pour un public classique, et qui vendrait par ailleurs des prestations à un prix bien inférieur pour un public particulier (des écoliers ou des personnes défavorisées par exemple). Peut-être serait-il possible dans ce cas-là de justifier une mutualisation des moyens mais une distinction comptable des secteurs d'activités serait indispensable.

31) Le régime fiscal applicable aux organismes sans but lucratif a été profondément

concurrence avec les entreprises du secteur lucratif en exerçant une activité dans des conditions similaires par le produit qu'elle propose, le public qui est visé, le prix qu'elle pratique et la publicité qu'elle fait, ce que l'on appelle « la règle des 4 P », ces critères s'appréciant dans l'ordre décroissant. Seule la concurrence réellement exercée est prise en compte et pas celle qui n'est que potentielle. Elle s'apprécie en fonction de la situation géographique de l'organisme et à un niveau fin et non par comparaison de catégories générales d'activités. Il convient de se demander s'il existe localement une entreprise du secteur lucratif qui donne également satisfaction au besoin exprimé. Quant aux « 4 P », ils ne doivent pas traduire le fait que l'association s'adresse à un public qui n'a pas accès aux services offerts par les entreprises commerciales (des prix différents selon les capacités financières étant un indice en ce sens) ni le fait qu'elle intervient dans un domaine où les besoins sont insuffisamment couverts par le secteur lucratif. Il a par exemple été jugé qu'une association de plongée qui organise des stages de plongée sous-marine pour ses adhérents dans une zone géographique tenue est assujettie aux impôts commerciaux dès lors qu'elle exerce cette activité en concurrence avec des entreprises du secteur commercial dans des conditions qui ne sont pas différentes de ces entreprises (23).

La difficulté apparaît lorsque l'association exerce à la fois une activité non lucrative et une activité lucrative. Car dans ce cas, l'activité lucrative entraîne la fiscalisation en matière d'IS et de TVA (24) de la totalité de l'association (25), sans faire de distinction selon l'activité. C'est alors sur l'ensemble de son activité que l'association sera redevable des impôts.

Toutefois, l'assujettissement à ces deux impôts porte au plus sur l'activité lucrative si l'activité non lucrative est prépondérante. Néanmoins, en matière d'IS (26), l'assujettissement des seules activités lucratives est subordonné au respect d'une des deux techniques qui permettent d'éviter cette « contagion » de l'activité non lucrative par l'activité lucrative : la sectorisation et la filialisation. Dans les deux cas, il s'agit d'isoler l'activité lucrative, dans le premier cas dans un secteur comptable différent, et dans le second cas, au sein d'une filiale, de manière à ne pas contaminer l'activité non lucrative de l'association. Bien entendu, il est inutile de mettre en œuvre ces techniques lorsque les recettes provenant des activités lucratives sont inférieures à 60 000 euros (27) dans l'année civile dans la mesure où il existe une franchise à hauteur de cette somme dès lors que l'association a une gestion désintéressée et que ses activités non lucratives sont significativement prépondérantes (28).

La sectorisation des activités lucratives non prépondérantes permet donc de constituer un secteur lucratif par une séparation des activités lucrative et non lucrative avec une exacte répartition de leurs charges respectives et de leurs moyens d'exploitation (29), afin que l'impôt sur les sociétés porte sur ce seul secteur. Toutefois, la technique suppose de pratiquer des prestations ou activités par nature différentes, ce qui pose parfois des difficultés. Ainsi, si l'activité non lucrative a pour objet le développement de la

clientèle ou l'accroissement des résultats de l'activité lucrative, ces deux activités ne sont pas considérées comme dissociables. Elles le sont en revanche, en cas de simple complémentarité (vente de tee-shirts fussent-ils revêtus du logo de l'association, vente d'un journal même si le thème correspond à l'objet social de l'organisme ou exploitation d'une buvette) ou lorsque l'objet de l'organisme justifie que les activités lucratives et non lucratives soient réalisées en employant les mêmes moyens simultanément, pour assurer la mixité sociale par exemple, auquel cas la dissociation qui ne s'opère qu'au niveau comptable est admise, à condition qu'il soit possible de dissocier comptablement les charges et les produits se rattachant aux différentes activités (30).

Quand la sectorisation n'est pas possible ou n'est pas choisie, la filialisation permet également d'isoler l'activité lucrative. Ce faisant, la filiale sous forme de société sera soumise aux impôts, mais pas l'association qui remplit à nouveau les critères d'exonération, c'est-à-dire de non-lucrativité de l'activité, tels que prévus à l'article 206-5 du CGI et précisés au sein de l'instruction fiscale du 18 décembre 2006 n° 4 H-5-06 (31). Néanmoins, des conditions doivent à encore être remplies afin que la filialisation soit véritablement efficace du point de vue fiscal, de sorte qu'en réalité, il convient de distinguer trois hypothèses de filialisation :

1 – Si l'association mère détient moins de la majorité du capital et qu'elle n'assume pas la gestion, elle ne sera pas assujettie. C'est ce que l'on appelle la **gestion purement patrimoniale** qui ne remet pas en cause le caractère non lucratif de l'association (32). Seule la filiale sera assujettie.

2 – Si l'association intervient de façon importante et concrète dans la gestion de sa filiale (détention de la majorité du capital de sa filiale ; existence de liens économiques entre les deux entités ; contrôle assuré par l'intermédiaire de ses dirigeants), la gestion des titres par l'association est une activité lucrative pour laquelle elle doit créer un secteur lucratif auquel cas, elle applique les règles de la sectorisation, sauf si ce secteur devient plus important que le secteur non lucratif. C'est ce que l'on appelle la **gestion active de la filiale** qui permet, lorsque l'activité de gestion des titres n'est pas prépondérante et grâce à une sectorisation, de créer un secteur imposable correspondant à la gestion des titres, lequel peut d'ailleurs échapper à l'imposition sur les dividendes en cas d'option pour le régime des sociétés mères et filiales lorsque les conditions en sont remplies, sans remise en cause de la non-lucrativité de toute l'association.

3 – Si l'une des deux conditions n'est pas respectée et qu'une complémentarité commerciale unit l'association à sa filiale (répartition de clientèle, échange de services, prise en compte par la société de charges relevant normalement de l'activité non lucrative...), l'association sera intégralement assujettie. Ce sont les **relations privilégiées avec la filiale** qui entraînent la lucrativité de l'ensemble de l'organisme. La notion de complémentarité commerciale désigne à la fois la situation dans laquelle l'activité non lucrative tend à développer l'activité de la société commerciale et celle dans laquelle cette dernière confère à l'activité non lucrative



de l'association par contagion de ses propres buts et pratiques commerciales, tout ou partie des avantages liés au recours au marché. Dans ce cas, l'association retrouve son caractère lucratif dans son ensemble et il ne peut plus y avoir de sectorisation.

Dans ces conditions, la filialisation permet parfois d'éviter la soumission aux impôts commerciaux, tout au moins à l'IS, de l'ensemble de l'activité de l'association. Mais il résulte de l'instruction fiscale que pour obtenir l'effet fiscal optimum recherché, il convient d'être extrêmement prudent concernant les relations entre l'association et sa filiale en évitant de mutualiser les moyens et de mélanger les activités, les comptes, ou les dirigeants des deux activités, lucrative et non lucrative. C'est à ces conditions que la filialisation peut réellement être opportune. Si de telles perspectives sont envisageables, il est nécessaire de s'interroger alors sur les modalités de la filialisation elles-mêmes.

## II. Modalités de la filialisation de l'activité économique des associations

Le choix de la structure juridique de la filiale est déterminant. Mais une fois la forme sociale identifiée, il convient pour l'association d'établir le lien avec cette société, ce dont nous verrons les modalités.

### A. Le choix de la structure sociétaire pour la filiale

Bien entendu, la filiale prend la forme d'une société et non d'une association (ou autres formes juridiques telles qu'un GIE ou une fondation par exemple), non pas que cela ne soit pas envisageable (33), mais seule la forme sociétaire permettra à l'association de bénéficier directement des dividendes et indirectement des avantages de la structure sociétaire (V. *Supra*). Parmi toutes les sociétés, certaines formes sont déconseillées, tandis que d'autres peuvent être proposées avec prudence, la troisième catégorie restant privilégiée.

Les **formes déconseillées** le sont en raison de leur spécificité ou de l'importante responsabilité encourue par les associés. À ce titre, les sociétés coopératives sont peu attractives dans la mesure où elles rendent le contrôle de l'association sur sa filiale difficile, chaque membre ne disposant que d'une voix de sorte que tous ont le même pouvoir. Si la coopérative est une forme intéressante en cas de complémentarité de l'activité d'une association et d'une coopérative, elle n'est pas toujours la forme idéale pour filialiser l'activité lucrative d'une association. Sont également déconseillées toutes les formes qui impliquent la responsabilité indéfinie de leurs associés. Ainsi, l'association ne choisira pas la forme juridique de la société en nom collectif et ne prendra pas la qualité de commandité d'une société en commandite pour ne pas acquérir celle de commerçant indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales, la qualité de commerçant n'étant de toute façon pas offerte aux associations. Quant aux sociétés civiles, elles présentent de nombreux intérêts : permettre la gestion d'un patrimoine immobilier, y compris à titre de placement, ce que ne peut pas faire une association déclarée (34), tout en facilitant le contrôle par l'association puisque la gérance peut y être exercée par

une personne morale et que les cessions s'autorisent à l'unanimité, ce qui permet à l'association de maîtriser l'identité des associés. Toutefois, les associés de ces sociétés ont une responsabilité indéfinie, même si elle n'est plus que conjointe (35).

D'autres formes peuvent être choisies mais nécessitent une **prudence** toute particulière. Il s'agit des formes unipersonnelles. Constituer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiée unipersonnelle permet à l'association d'être seule associée d'une société, tout en limitant sa responsabilité. Dans ces conditions, la maîtrise par l'association de sa filiale serait, par conséquent, absolument complète. La forme unipersonnelle présente toutefois un inconvénient non négligeable car à sa dissolution, en vertu de l'article 1844-5 du Code civil, le patrimoine de la société fait l'objet d'une transmission universelle, à l'association qui serait ainsi redevable du passif. En outre, d'un point de vue fiscal, la forme unipersonnelle implique une prudence extrême afin d'éviter l'identification par l'administration fiscale de relations privilégiées de l'association avec la filiale, plus aisées à caractériser en présence d'un associé unique qu'en présence d'une multiplicité d'associés, ce qui réduirait à néant l'intérêt fiscal de la filialisation (V. *Supra*).

Enfin, les formes qui permettent de limiter la responsabilité de l'association sont à ce titre **conseillées** : les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées. Selon la forme juridique adoptée, la situation de l'association variera.

La société anonyme est rarement la forme idoine. Cette forme sociale correspond aux grandes sociétés ouvertes au public, exigeant un minimum de 37 000 euros de capital, même si désormais elle se contente de deux actionnaires, et requérant un contrôle obligatoire par un commissaire aux comptes sans conditions de seuils. Par ailleurs, avec cette forme, l'association prend le risque de perdre le contrôle sur sa filiale du fait, soit de la cession d'actions à des tiers, soit de son absence au sein des organes de contrôle. L'association peut toutefois conforter sa position, en détenant le maximum de capital et de droits de vote, en renforçant la majorité exigée pour certaines décisions et en s'impliquant dans les organes de direction par l'élection aux postes d'administrateurs de représentants permanents de l'association, au risque de voir sa responsabilité engagée (36). D'ailleurs, le contrôle d'une SA peut être obtenu grâce à la détention de titres quantitativement moindre que dans les autres sociétés, tant le capital y est souvent dilué. En somme, la société anonyme n'est d'une manière générale pas la société à risque limité la plus adaptée pour la filialisation de l'activité d'une association, sauf à ce que l'activité à transférer à la société soit particulièrement volumineuse ou dotée d'une valeur importante.

En revanche, la société à responsabilité limitée dispose d'un fonctionnement moins contraignant que celui de la société anonyme, d'un capital librement déterminé, et d'un risque réduit de cession de parts à des tiers puisque l'agrément y est exigé. En revanche, l'association ne pourra pas être gérante, le gérant ne pouvant être qu'une personne physique. De même, la société par actions simplifiée est également une

renouvelé par la publication de l'instruction 4 H-5-98. L'instruction de 2006 a pour objet de présenter dans un document unique le régime fiscal d'ensemble de ces organismes tel qu'il a été défini par cette instruction ainsi que par les instructions 4 H-1-99, 4 H-3-00, 4C-2-00 et 4 H-6-01.

32) Les titres font alors partie du patrimoine de l'association, qui demeure un organisme non lucratif. Les dividendes sont soumis aux règles de l'article 206-5 du CGI et à ce titre, s'agissant d'une société française, ils sont exonérés sauf si l'apport partiel d'actif avait été placé sous le régime fiscal des fusions.

33) Pour aller plus loin sur le sujet, V. Lamy associations, Étude 248.

34) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, Art.6.

35) C.Civ. Art. 1857.

36) V. *Infra*.

37) En matière de SA, il peut être double.

38) C.Com., L. 223-18.

39) C.Com., L. 227-7.

40) *Contra*, V. Néanmoins : L'attribution aux dirigeants et l'association ou à ses salariés de sièges d'administrateurs ou conseil d'administration de la filiale, en raison du lien en capital entre les deux entités ne suffit pas à remettre en cause le caractère non lucratif de l'association mère, dès lors que les dirigeants bénévoles de l'association ne perçoivent pas de rémunération au titre de leurs fonctions dans la filiale susceptibles de remettre en cause le caractère désintéressé de la gestion de l'association : Rép. De Courson, AN, 7-6-1999, p. 3 459.

41) Si l'association mère est reconnue d'utilité publique et qu'elle a adopté la disposition des statuts-types des associations reconnues d'utilité publique, elle doit les respecter. Notamment, la décision doit être prise en assemblée conformément à l'article 10 des statuts-types.

42) V. notamment, CJCE, 23 mai 1986, aff.294/83, D.1987, jur. P.77 : *Rev. Soc.* 1987, p.238, note Guyon.

43) V. Cass. Soc. 2 mars 1999, n°97-20535.

structure de la filiale intéressante dans la mesure où son fonctionnement est particulièrement souple et son capital librement déterminable. Sa direction étant librement aménageable, nul doute que le contrôle par l'association pourrait être organisé. SARL et SAS, qui peuvent d'ailleurs toutes deux être unipersonnelles, sont donc, d'une manière générale, des formes beaucoup plus adaptées à la filialisation de l'activité lucrative de l'association.

Le choix de la forme sociale s'accompagne en outre d'un certain nombre d'**autres choix** que l'association mère devra effectuer, seule ou avec ses associés. Ils varient selon la forme sociale car la liberté d'organisation y est plus ou moins grande, certaines formes prévoyant déjà ou interdisant certaines règles. En réalité, l'objectif est double. Il s'agit d'organiser dans la mesure du possible le contrôle de l'association sur sa filiale, tout en choisissant opportunément ses partenaires dans un souci d'éviter l'application de certaines règles défavorables, notamment fiscales.

Le **contrôle de la société filiale par l'association** est naturellement recherché puisque l'association se sert de sa filiale pour atteindre ses fins. L'association mère n'a donc, en général, pas vocation à accorder son indépendance à la filiale. L'association doit avoir un rôle important dans la détermination des décisions, relatives notamment à l'orientation de l'activité de la filiale ou à l'affectation des bénéfices éventuels, de manière à ce que la filiale se conforme à la stratégie d'ensemble impulsée par l'association. À cette fin, il peut être judicieux d'insérer dans les statuts des clauses d'agrément, dès lors que le statut de la société ne l'emporte pas *ipso facto* comme en matière de SARL. L'association pourra ainsi maîtriser non seulement l'entrée de tiers parmi les associés, mais également les participations des différents associés et donc le pouvoir de chacun d'eux au sein de la société afin d'éviter un équilibre qui lui serait défavorable. L'association cherchera également à détenir la majorité des droits de vote ou au moins une minorité de blocage. En particulier, la SAS permet de conférer des actions à droits de vote multiple à l'association (37). Enfin, elle pourra participer à la direction de la société, en qualité de personne morale dans les sociétés qui le permettent. Si ce n'est pas le cas du gérant de SARL (38), un président ou dirigeant de SAS peut être une personne morale auquel cas, les dirigeants de l'association sont responsables au même titre que l'association dans leurs fonctions de direction de la société (39).

Néanmoins, cette dernière suggestion doit être relativisée. En effet, le choix de ceux que l'on pourrait qualifier de « partenaires », ce qui vise les associés, les dirigeants ou les salariés, doit tenir compte d'un autre impératif non négligeable : il est nécessaire d'éviter la « *contamination fiscale* ». Aussi, le fait que les membres de l'association ou ses dirigeants soient également associés ou salariés de la société et donc rémunérés à ce titre par des dividendes ou des salaires, pourrait entraîner la qualification d'intéressée de la gestion de l'association. De même, le fait que les dirigeants de l'association soient dirigeants de la société, pourrait être perçu comme des signes de communauté d'intérêt entre l'association et la société relevant des relations privilégiées de l'association avec sa filiale (40). En outre, l'immixtion de l'association dans la gestion de la filiale peut avoir des conséquences

lourdes pouvant aller jusqu'à une extension de la procédure collective. L'association risque en effet une **action en responsabilité** en qualité de dirigeant (de droit mais aussi de fait selon les circonstances), la qualification de société créée de fait entre l'association et la société, ainsi que le prononcé, en cas de liquidation judiciaire de la société, de la responsabilité de l'association pour insuffisance d'actif en qualité de dirigeant de droit ou de fait de la société conformément à l'article L. 651-2 du Code de commerce, voire une **extension de la procédure collective** à son encontre conformément à l'article L. 621-2 du Code de commerce. Une prudence s'impose donc afin que le contrôle d'une association souhaitant légitimement instaurer sur sa filiale ne remette pas en cause son statut fiscal et sa santé financière.

## B. L'établissement du lien de filiation

Le lien de filiation s'établit avant tout grâce à des liens structurels, mais il est souvent conforté par des liens contractuels. **D'abord, les liens structurels** peuvent naître de différentes manières, selon que l'association souhaite transférer une activité qu'elle a déjà développé en son sein, ou selon qu'elle souhaite participer à une entreprise qui existe déjà. En effet, la filialisation consiste aussi bien pour les associations à créer une filiale spécialement pour la filialisation ou à devenir associée au sein d'une filiale préexistante. Deux formules sont donc à la disposition des associations pour filialiser une activité commerciale : soit l'association constitue *ab initio* une société à laquelle elle effectuera un apport, soit elle prend une participation dans une société préexistante.

Dans la première hypothèse, l'association crée une société et lui consent un apport, seule dans le cadre d'une société unipersonnelle ou avec d'autres fondateurs dans l'hypothèse d'une société pluripersonnelle. Cet apport peut se faire en numéraire mais aussi en nature, et concerner un bien isolé, un immeuble par exemple qui serait apporté à une SCI (41). L'association peut se contenter d'apporter la jouissance de son bien tout en conservant la propriété, par le biais d'un apport en jouissance. Mais en règle générale, il s'agit davantage de l'apport en pleine propriété d'une branche d'activité, l'opération étant alors qualifiée d'apport partiel d'actif. D'un point de vue fiscal, il semble que cet acte d'apport d'une branche autonome et complète d'activité puisse être soumis au régime spécial des scissions. D'un point de vue juridique, la situation est plus complexe, en l'absence, à l'heure actuelle, d'encadrement juridique dans la loi de la technique de l'apport partiel d'actif comme il en existe en droit des sociétés. Si l'apport partiel d'actif est désormais partiellement règlementé, quand il s'opère au profit d'une association au sein de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, il ne l'est pas lorsqu'il est effectué au profit d'une société. À tout le moins peut-on estimer que le principe de transmission universelle du patrimoine est acquis (42). C'est une branche autonome d'activité qui est transmise, à titre universel, avec son actif et son passif (43). Mais le doute persiste quant à ses effets à l'égard des tiers, c'est-à-dire quant à son opposabilité. Il est donc recommandé de respecter le droit commun des apports en nature, celui d'un fonds de commerce



en particulier, avec possibilité, semble-t-il, de se conformer au régime spécial des scissions qui organise une procédure particulière (44). D'autres règles relevant du droit commun semblent en outre devoir être respectées, notamment sur le maintien du contrat de travail (45) et sur l'information et la consultation des salariés ou des organismes qui les représentent.

En contrepartie, l'association acquiert des titres de la société filiale dont elle est associée, qui lui permettent de participer aux assemblées grâce à un droit de vote d'ordre public et de bénéficier de droits financiers, notamment le droit aux dividendes. Les droits acquis par l'association sont en principe proportionnels à la valeur de l'apport effectué (46). Elle doit également participer aux pertes, ce qui explique l'importance de choisir une société où les risques sont limités.

L'association peut aussi prendre une participation dans une société. Ce faisant, elle n'a pas à créer une activité mais simplement à profiter d'un fonds existant et dont l'activité l'intéresse. Dès lors qu'elle a la personnalité morale, l'association peut en effet acquérir des titres de sociétés civiles ou commerciales, des parts sociales ou des actions. Aucune réglementation spécifique n'existe sur ce point mais l'article 6 de la loi de 1901 ne l'interdit pas. En outre, l'article 11 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association confère aux associations reconnues d'utilité publique la possibilité de faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts. L'association peut donc parfaitement acquérir des droits sociaux en souscrivant à une augmentation de capital d'une société ou en devenant cessionnaire de droits sociaux, parts ou actions de sociétés, dans le respect des règles de droit commun : celles de la souscription de titres, avec le cas échéant renonciation des anciens associés à leur droit préférentiel de souscription, ou le droit commun de la cession des titres qui nécessite dans certaines sociétés – les SARL notamment – l'agrément des autres associés.

Concernant la prise de décision, qu'il s'agisse de l'organe compétent et des modalités de la prise de décision, il convient de s'en référer aux statuts. À défaut de disposition en la matière, il semblerait légitime de donner compétence à l'assemblée des membres, organe souverain, en application d'une jurisprudence qui prescrit la compétence de l'assemblée dès lors qu'une décision ne relève pas de la gestion courante (47). En effet, il s'agit d'un acte de disposition sur le patrimoine de l'association, et qui plus est, d'un acte de disposition relatif à un bien important de l'association. On notera qu'un apport partiel d'actif effectué entre associations relève d'une « délibération » en vertu de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 (48). Mais cette référence n'aide pas dans la mesure où une délibération résulte aussi bien d'une assemblée que d'un organe collégial de direction, un conseil d'administration par exemple. Néanmoins, la filialisation emporte souvent une modification des statuts. Cette modification concerne au premier chef l'objet social qui peut être revu dans le cadre d'une redéfinition des projets globale, mais *a minima*, l'association qui se sépare de son activité lucrative va réduire son objet social pour ôter l'activité lucrative qui y figurait nécessairement en vertu de l'article L. 442-7 du Code de commerce. Dans ce cas, un vote en assemblée s'impose, qui relèvera d'une décision extraordinaire. En outre, le régime

spécial de l'apport partiel d'actif, soumis au régime des scissions impose la consultation des associés (49). En revanche, lorsqu'il s'agit simplement de souscrire à des titres ou d'acquérir des titres, sans que l'association n'ait à se séparer d'un bien ou d'une activité importante, ne serait-il pas envisageable de considérer l'acte comme un simple acte de gestion, un simple placement, ne relevant plus nécessairement d'une décision à prendre en assemblée ? Ainsi que l'opère fréquemment le juge dans le cadre d'un raisonnement par analogie par le juge (50), cela reviendrait à transposer les règles du droit des sociétés (51).

La décision est une décision d'autorisation de l'opération, mais aussi de détermination des caractéristiques de l'opération dans le respect du projet associatif et des statuts de l'association. Il convient d'identifier la nature de l'apport à effectuer ou encore le montant à souscrire. Ce faisant, il est important de ne pas violer le principe de spécialité en respectant l'objet de l'association. Bien entendu, s'il s'agit simplement de faire un placement rentable, l'objet de la société importera moins que s'il s'agit de constituer un ensemble cohérent dans lequel la société contribue à la réalisation de l'objet social de l'association sous le contrôle de cette dernière.

Les **liens contractuels** naissent ensuite grâce à des contrats conclus entre l'association et sa filiale. Par exemple, la société qui vend les biens fabriqués par une association de personnes handicapées conclura un contrat d'exclusivité avec l'association. Il peut s'agir plus généralement de contrats de vente, de bail, de mise à disposition de locaux ou de personnel ou encore de prestation de services. Mais ces contrats nécessitent de prendre certaines précautions. Il convient d'être prudent, en particulier lorsqu'il s'agit de « *conventions réglementées* », soumises de ce fait, à une procédure particulière, au sein de la société ou au sein de l'association, à moins, bien entendu, qu'il s'agisse d'une convention courante conclue à des conditions normales. Ainsi, sont concernées :

- dans les SARL, les conventions conclues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés (C.Com., art. L. 223-19) ; ces conventions nécessitent une approbation par l'assemblée sous peine de mise en jeu de la responsabilité des gérants ou associés en cas de préjudice subi par la société. Ainsi, si l'association choisit la forme d'une SARL pour sa filiale, tout contrat qu'elle conclura avec la société sera une convention réglementée soumise à approbation *a posteriori* de l'assemblée, quelle que soit la part détenue par l'association dans le capital de la société. Pour prendre en compte l'hypothèse de l'EURL, il est ajouté que lorsque l'associé unique contracte avec la société, il en est seulement fait mention au registre des décisions. Les formalités seront donc allégées si la filiale de l'association est une EURL.
- dans les SA, les conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs ou l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ainsi que les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux

44) Par transposition de l'article L. 236-22 du Code de commerce.

45) C.Travail, art. L. 1224-1.

46) V. *Supra* néanmoins, sur concernant l'opportunité pour l'association de disposer de votes doubles ou multiples.

47) À défaut de disposition statutaire, les dirigeants ne disposeraient pas du pouvoir de faire des actes de gestion dépassant la gestion courante, et donc par exemple d'aliéner un immeuble appartenant à l'association. En ce sens, V. Rouan, 15 septembre 1981, *RTDCom.*, 1981, 787, obs. E. Alfandari.

48) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, art. 9 Bis : « *L'apport partiel d'actif entre associations est décidé par des délibérations concordantes adoptées dans les conditions requises par leurs statuts.* »

49) V. C.Com. art.L. 236-16 et s.

50) Sur le sujet, V. Karine Rodriguez, Nature de l'association, In : *Droit des associations et fondations*, Dalloz, spéc. 2.105 et s.

51) C.Com. art. L.225-35.

52) C.Com., art. L. 225-38, al. 3.

53) C.Com. art. L. 227-10.

54) C.Com. art. L. 223-21.

55) C.Com. L. 225-43.

56) C.Com. art. L. 227-12.

57) En ce sens, V. E. Alfandari, [Dir], Dalloz, Action, Associations, 2000, *Dalloz*, p.449.

58) Cass. Com. 4 février 1985, n°84-91581 : D. 1985, 47 note Ohl ; *JCP, E*, 1985, II, 14614, W. Jeandier. Il s'agit d'éviter la qualification d'abus de biens sociaux ou d'abus de confiance notamment. On observera que l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier permet désormais aux SA et SARL dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes de consentir à titre accessoire des prêts de moins de deux ans à des microentreprises ou des PME dès lors qu'elles ont des liens économiques avec elles.

59) Pour un refus, antérieur à l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004, V. Cass.com., 19 janvier 1988, n°85-18443, Association dite Foyer Léo Lagrange.

60) Il est responsable désormais des dettes contactées par le locataire-gérant avant cette publication. V. C.Com. Art.447-7 dans sa version issue de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin II.

61) CGI, art.1684, 3°.

délégués ou l'un des administrateurs de la société est dirigeant de cette entreprise (C.Com., art. L. 225-38) ; ces conventions requièrent une autorisation préalable par le conseil et une approbation *a posteriori* par l'assemblée, l'absence d'autorisation préalable étant sanctionnée en cas de préjudice par la nullité et le défaut d'approbation *a posteriori* par la mise en jeu de la responsabilité en cas de préjudice subi par la société. Seront donc concernées par ce contrôle, l'association qui détient une fraction des droits de vote supérieure à 10 % et l'association qui sera dirigeant de sa filiale. Il pourrait s'agir également de l'hypothèse d'un contrat conclu entre l'association et la société filiale lorsqu'elles sont des dirigeants communs et que l'association peut être qualifiée d'entreprise conformément à l'alinéa 3 dudit article (52).

- dans les SAS, les conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction de droit de vote supérieure à 10 % (53) avec une procédure qui est proche de celle prévue en matière de SARL car il s'agit d'une seule approbation *a posteriori* par l'assemblée sous peine de mise en jeu de la responsabilité de la personne intéressée en cas de préjudice subi par la société. Si la procédure ressemble à celle de la SARL, le domaine des conventions règlementées est plus proche de celui des SA dans la mesure où dirigeants et associés ne sont pas à égalité : seuls les associés les plus importants verront leurs contrats soumis à ce contrôle et donc tout dépendra du pourcentage de droits de vote détenu par l'association. Bien entendu, il convient d'espérer qu'en pratique, elle détienne plus de 10 % des droits de vote afin d'avoir une place importante dans la société. Les conventions conclues par l'association peuvent également être soumises à ce contrôle si elle est dirigeant de la société. Pour prendre en compte l'hypothèse de la SASU, il est également ajouté que lorsque l'associé unique ou le dirigeant contracte directement ou par personne interposée avec la société, il en est seulement fait mention au registre des décisions.

- dans les associations qui reçoivent plus de 153 000 euros de subventions publiques ou qui exercent une activité économique, les conventions passées entre l'association et la société dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, un administrateur, le directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est simultanément administrateur ou assure un rôle de mandataire social de l'association (C.Com. Art. L. 612-5 al.2), requièrent l'approbation par « l'organe délibérant ». Le contrôle sera ici effectué au niveau de l'association si elle remplit l'une des deux conditions alternatives (importance des subventions publiques ou activité économique), et qu'un dirigeant de la société filiale ou un actionnaire ayant plus de 10% des droits de vote est dirigeant de l'association. Lorsque l'« organe délibérant », qui devrait être l'assemblée, mais qui pourrait peut-être également être un conseil d'administration,

n'approuve pas la convention, ce dirigeant est responsable des conséquences préjudiciables à l'association de cette convention qui n'en produit pas moins ses effets. Pas de procédure à respecter toutefois pour les conventions courantes conclues à des conditions normales qui ne sont significatives pour aucune des parties.

Quant aux prêts consentis par la société à son dirigeant ou à son associé (ou au cautionnement par la société de leur engagement envers un tiers), ils sont parfois interdits comme constituant une convention interdite en raison du danger que ces opérations représentent pour la société. Ils le sont dans les SARL, lorsque ces prêts sont faits au profit du gérant ou des associés (54) et ils le sont également dans les SA concernant les dirigeants (55) (administrateurs, DG, DGD et aux représentants permanents des personnes morales administrateur ainsi qu'à toute personne interposée) et dans les SAS concernant le président et les dirigeants (56). Néanmoins, cette interdiction est doublement limitée. D'une part, ce type de contrat, hormis en matière de SARL, n'est interdit que lorsqu'il bénéficie aux dirigeants ; il ne vise pas les associés en matière de SA et de SAS. D'autre part, l'interdiction ne s'applique qu'à la condition qu'il s'agisse de personnes physiques, l'interdiction ne concernant pas les personnes morales elles-mêmes. Autrement dit, les sociétés semblent pouvoir faire crédit à l'association ou se porter garante de ses engagements envers des tiers, y compris si elle est associée, voire dirigeante de la société. Tel est d'ailleurs l'objectif desdites limites : permettre aux filiales, dans les groupes, de consentir des prêts ou des garanties aux sociétés mères. Ce qui vaut pour les sociétés doit, à défaut de disposition contraire, valoir pour les associations mères, sauf dans ce cas à devoir respecter la procédure des conventions règlementées. Néanmoins, il semblerait opportun de leur faire suivre le régime des prêts intra-groupes qui doivent se conformer aux exigences de la jurisprudence dite « Rozemblum » (57). Il en résulte que le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge (58).

Enfin, on peut imaginer que l'association, plutôt que de faire apport de son fonds de commerce à sa société filiale, préfère le lui concéder en location-gérance.

Or désormais, rien ne semble s'y opposer (59) dès lors que la loi n'exige plus que le propriétaire ait eu la qualité de commerçant pendant sept ans ; il lui suffit en effet d'avoir exploité le fonds pendant deux ans. L'opération serait d'ailleurs plus intéressante encore, dans la mesure où le propriétaire n'est plus solidairement responsable des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds du locataire-gérante lors des six premiers mois d'exploitation suivant la publication du contrat dans un JAL (60). En effet, le propriétaire n'est responsable solidaire de ces dettes, ainsi que des impôts directs (61), que jusqu'à la publication du contrat.



**David Hiez,**  
Professeur,  
Université du Luxembourg

# La prise de participation dans une coopérative

Lorsque le juriste évoque la prise de participation, il songe immédiatement aux questions de groupe, de restructuration, voire de prise de contrôle. Il est d'ailleurs significatif que cet article prenne place au sein d'un dossier sur « *Restructuration et ESS* ». Pourtant, et d'autres y insisteront à coup sûr ailleurs, le mécanisme de la prise de participation ne peut avoir la même signification au sein d'une coopérative et au sein d'une société capitaliste. En effet, dans cette dernière, il y a un couple naturel, celui de la finance et du pouvoir politique, si bien que la prise de participation n'est jamais loin, pour peu qu'elle revête une certaine importance quantitative, d'une prise de pouvoir, amie ou hostile.

Mais qu'on s'intéresse à la coopérative ou à toute autre entreprise, la prise de participation peut intervenir dans deux directions : soit la coopérative prend des participations dans une autre société, soit des tiers prennent une participation dans la coopérative. Délibérément, je ne m'intéresserai pas à la prise de participation par une coopérative dans une autre société; en effet, cette hypothèse ne soulève au final que médiocrement des questions de prise de participation, les discussions sous-jacentes sont beaucoup plus dictées par la difficulté de concevoir un groupe coopératif, de garantir la préservation de l'identité coopérative. Afin de nous concentrer sur le sujet à nous confier, nous envisagerons les techniques spécialement coopératives de prise de participation ; or celles-ci n'apparaissent que lorsque la prise de participation vise la coopérative.

Et avant d'entrer dans la technique de la prise de participation, il convient encore de faire une remarque préalable. Lorsqu'on évoque habituellement la prise de participations en droit des sociétés, plusieurs préoccupations apparaissent, parmi lesquelles la coopération, mais aussi l'agression et par voie de conséquence la protection contre les possibles agressions. Il n'est pas vérifié que le monde coopératif soit moins belliqueux que celui des entreprises capitalistes, en revanche, ses structures juridiques s'en distinguent et les font échapper à certaines préoccupations traditionnelles. Ainsi, les règles coopératives interdisent peu ou prou la prise de contrôle, si bien que l'agression ne présente pas du tout le même danger. Au contraire, si on en croit la littérature coopérative, celles-ci souffrent de tous temps d'une difficulté à attirer des capitaux, notamment parce que l'absence de contrôle se double d'une faible rémunération. Là où la prise de participation est donc normalement vue avec anxiété, elle pourrait l'être dans les coopératives avec envie. Ce serait toutefois sans

compter sur la représentation de l'identité coopérative, qui la considère comme incompatible avec l'intégration de non-coopérateurs. Il n'est pas question de développer tous ces points ici, nous les rencontrerons chemin faisant, mais il nous semblait important de montrer dès l'abord que les orientations, les besoins, les arrière-pensées aussi, ne sont pas les mêmes, et ce n'est qu'en les connaissant qu'on peut comprendre les techniques utilisées. En outre, compte tenu de la faible attractivité intrinsèque de la coopérative, l'existence ou l'inexistence de prises de participation dépendra largement de la politique de la coopérative, si bien que le sujet doit être appréhendé principalement sous l'angle de celle-ci, afin d'orienter ses choix en termes stratégiques.

Sur ce plan stratégique, il nous semble que la question centrale est de déterminer pourquoi et comment attirer des prises de participation. Cette question à double facette engage à la fois la coopérative et les potentiels associés. Du côté de la coopérative, la question est de savoir comment la coopérative appréhende l'accueil d'investissements en son sein. Du côté des associés, il s'agit plutôt de considérer les freins à leur prise de participations afin que la coopérative adopte une stratégie adaptée. Ce sont ces deux points que nous allons traiter, dans le but général, répétons-le, d'aider les coopératives à envisager l'étendue du spectre des possibles dans la détermination de leur politique stratégique.

## I. Les raisons du recours à une prise de participation dans une coopérative

### A. La participation salariale

À première vue, une prise de participation des salariés dans une coopérative renvoie directement aux sociétés coopératives de production (SCOP), puisque les salariés y sont les coopérateurs. Elle ne s'y présente d'ailleurs pas comme une prise de participation et ne retient donc pas l'attention dans cette étude. Mais il est bien d'autres hypothèses qui, elles, se rattachent à notre objet. Pourtant, traditionnellement, le mouvement coopératif s'est montré réticent à accueillir les salariés dans le sociétariat. Les besoins de financement et la recherche plus générale d'intégration des salariés dans l'entreprise ont amené les coopératives à revoir cette position de principe. Il est même des coopératives, en dehors des SCOP, qui intègrent impérativement les salariés.

1) A. Gueslin, L'invention de l'économie sociale, idées pratiques et imaginaires coopératifs et mutualistes dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle, *Economica*, 1998, 2<sup>e</sup> édition révisée et augmentée. C. Ferraton, Associations et coopératives Une autre histoire économique, éd. Erès, 2007.

2) Sur tous ces aspects, on se reportera à l'essentiel ouvrage de J.-F. Draperi, La République coopérative, *Larcier*.

3) J.-F. Draperi, *op. cit.*, ps. 87 s.

4) Convention collective des coopératives de consommateurs du 16 octobre 2014.

5) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 33.

6) CGI, art. 337 bis 5 a.

7) C.rur., art. L. 524-2-3 als. 2 & 3.

8) C.rur., art. L. 524-2-3 al. 3.

9) C.rur., art. L. 522-3.

10) C.rur., art. L. 522-4 al. 7.

11) C.rur., L. 524-2-3. D. Hiez, Chronique de droit coopératif, *JCP E*, 2015, pages n° 1607 et 1623.

12) Al. 2.

13) C.rur., art. R. 524-4-1.

14) C.rur., art. L. 524-1.

15) C.trav., art. L. 3332-17-1.

La naissance et le développement du mouvement coopératif au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle se sont établis sur la distinction de la coopération de production et de la coopération de consommation, sur un fond de discussion des thèses coopératives par le marxisme et le socialisme (1). Si la coopération de production est apparue en premier, en parallèle avec le développement des mouvements ouvriers, la coopération de consommation a connu un essor beaucoup plus important à partir du troisième quart du XIX<sup>e</sup> siècle, et sa théorisation par Charles Gide a marqué l'ensemble du mouvement coopératif jusqu'à nos jours.

Or les querelles entre les deux orientations n'ont pas été seulement de stratégie, de poids respectif, ou de rapport au syndicalisme, elles ont aussi une dimension théorique. On connaît les débats qui ont eu lieu entre socialisme scientifique et socialisme utopique, mais ils se sont orientés sur le terrain économique avec Gide (2). Or, celui-ci considère que l'injustice de la situation ouvrière ne résulte pas de l'échange entre le travail et sa rémunération, mais de l'exploitation du travail due à la rémunération du capital. Pour maximiser son profit, le capitaliste tend à payer le salarié le moins possible (3). La situation est structurellement différente dans les coopératives de consommation, puisque l'éventuel surplus de la coopérative n'enrichit individuellement personne, il est affecté à des projets d'intérêt général (éducation notamment) ou restitué aux consommateurs. Et les salariés sont eux-mêmes des consommateurs. Ils ne sont donc pas exclus de la coopérative à proprement parler, ils y sont aisément intégrés en leur qualité de consommateur. Cette analyse guide toujours la coopérative de consommation aujourd'hui, et la fédération nationale des coopératives de consommateurs (FNCC) manifeste encore une forte réticence à admettre une participation des salariés au sein des organes de direction des coopératives. Cette position est contrebalancée par l'affirmation du rôle central de la représentation syndicale au sein des coopératives. Le préambule à la convention collective du secteur énonce ainsi : « *Les signataires demeurent convaincus de la nécessité d'être syndiqués, coopérateurs et consommateurs* » (4).

Cette posture a marqué le mouvement coopératif dans son ensemble, dont il ne faut pas oublier qu'il a été intellectuellement forgé sur la base de la coopérative de consommation. Celle-ci était économiquement dominante jusqu'aux années 60-70, et la production scientifique émanait principalement de ses rangs. Ce n'est qu'avec son déclin dans les années 70-80 que le pôle s'est déplacé. Des évolutions sont plus envisageables, dans la mesure où l'universalité du statut de consommateur ne peut plus être opposée comme réponse alternative à l'intégration des salariés, dès lors qu'on se trouve dans une coopérative agricole ou une coopérative de logement.

Le premier outil qui peut être utilisé par les coopératives pour associer les salariés à la coopérative résulte des instruments communs à toutes les entreprises : les accords de participation. L'outil n'a pas de spécificités coopératives qui méritent des développements particuliers et on renverra aux publications spécialisées sur les accords de participation. Tout au plus relèvera-t-on deux règles coopératives particulières.

D'abord, en matière de coopération ouvrière, on observera que la fiscalité favorise le développement des plans de participation. Non seulement la coopérative est incitée à

maximiser la distribution de ristournes à ses salariés (5), mais la loi a admis une assimilation des mises en réserve aux provisions pour investissement par référence aux sommes versées pour un accord de participation (6).

Ensuite, en matière agricole, il est intéressant de relever que les salariés qui acquièrent la qualité d'associé à travers un fonds commun de placement d'entreprises sont en principe traités de la même façon que les salariés qui auraient directement acquis une ou plusieurs parts sociales (7). La solution peut sembler de nature à favoriser le développement d'un actionariat salarié étendu, mais dans le même temps cette solution fait fi de la proximité plus ou moins forte du lien entre salariat et sociétariat, selon que la qualité d'associé soit acquise directement ou indirectement ; ceci conduit à voir dans ce salariat un rapport purement financier, sans recherche d'intégration. Pourtant, il est loisible à la coopérative d'aller plus loin et d'attacher à l'actionariat salarié une place accrue au sein du conseil d'administration, et alors seule la souscription directe de parts sociales est envisagée, même si dans ce cas les salariés concernés sont aussi ceux des filiales et des unions auxquelles la coopérative adhère (8).

Les coopératives agricoles sont les seules à envisager explicitement la participation des salariés dans la coopérative, mais ceci s'explique au moins pour partie par la plus grande étendue de leur législation. C'est naturellement au titre des associés non coopérateurs qu'ils sont envisagés, d'abord simplement mentionnés (9). Mais cette mention manifeste déjà une attention notable. Toutefois, cette précision ne se retrouve pas dans les modèles de statuts, ce qui n'invalide pas la possibilité puisque la mention légale est surtout symbolique. Le dispositif dépasse tout de même le seul symbole, puisque le nombre de voix que peuvent détenir au maximum les associés non coopérateurs varie selon que les salariés sont majoritaires en leur sein ou non : ce n'est qu'à cette condition que le seuil de 20 % peut être dépassé pour atteindre 25 % (10). Et afin d'éclairer les membres de la coopérative sur cette participation, « *Le rapport annuel du conseil d'administration ou du directoire à l'assemblée générale annuelle de la coopérative agricole ou de l'union indique la proportion de parts sociales détenues par ses salariés ou par les fonds communs de placement d'entreprise auxquels ces derniers ont souscrit et ceux de ses sociétés filiales* » (11). Et lorsque ces participations représentent plus de 3 % du capital, au moins un salarié au conseil d'administration (12), sans que ses représentants ne s'ajoutent au maximum de représentants des associés non coopérateurs (13), soit un tiers (14).

Mentionnons en passant le décalage qui existe entre l'approche coopérative, très imparfaite dans son ambition, et celle de l'entreprise solidaire d'utilité sociale (15). Tandis que la première se préoccupe de la qualité d'associé, autrement dit de l'intégration du salarié à l'entreprise dans toutes ses dimensions (politique et économique), la seconde porte attention à une certaine équité dans les rapports salariaux. En effet, l'agrément entreprise solidaire d'utilité sociale est subordonné à une politique de limitation de l'écart entre les salaires les plus élevés et les salaires moyens. Les deux approches ont leurs mérites, il est bien difficile d'en préférer une, mais elles attestent d'approches différentes.

Il est souvent difficile de faire le départ entre les stratégies financières et de gouvernance. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse particulière des sociétés



coopératives d'intérêt collectif (SCIC). En leur sein, les salariés n'apparaissent pas comme un vecteur de mobilisation financière, mais comme un instrument de gouvernance. Au sein des SCIC en effet, les salariés constituent l'une des cinq catégories d'associés explicitement mentionnés par la loi (16). Qui plus est, les salariés, dès lors qu'il en existe au sein de la SCIC, doivent impérativement figurer parmi les membres aux côtés des usagers (17). On se souviendra à cet égard que les SCIC ont aussi été conçues comme faculté de transformation pour les associations, au sein desquelles la place des salariés est particulièrement ambiguë en pratique : généralement exclus des organes de direction, ils sont bien souvent les moteurs de l'association. Il est d'ailleurs frappant que les associations qui décident de se transformer en coopératives le font autant en SCIC qu'en SCOP, les deux formes partageant une attention commune aux salariés.

Pourtant, la loi économie sociale et solidaire semble opérer un recul à propos de la place des salariés. En effet, elle accepte désormais que la société coopérative d'intérêt collectif n'intègre pas de salarié dans son sociétariat, ceux-ci étant remplacés par les producteurs (18). Cette possibilité est cependant réservée aux hypothèses dans lesquelles la coopérative n'a pas de salariés et que les activités de production sont réalisées par des producteurs, leur statut n'étant pas défini mais excluant le salariat. À proprement parler, il ne s'agit pas d'un désintérêt du salariat mais de la prise en compte de nouvelles formes d'implication au sein de ces coopératives; tout au plus pourrait-on y voir un recul global du salariat. Et, en tout état de cause, l'absence de considération financière demeure l'élément central.

Dans la SCIC, l'intégration des salariés (ou des producteurs) n'a certainement pas pour fondement la recherche d'investissement. La rémunération des parts sociales est limitée, non seulement dans son taux, mais aussi dans son assiette (19). En outre, aucune ristourne ne peut être distribuée. En conséquence, on ne peut pas attendre des salariés qu'ils investissent. La prise de participation qu'ils font dans la coopérative ne trouve son fondement que dans la volonté de participer à l'animation politique. On est donc à l'extrémité du spectre qui peut exister quant aux motivations de souscription, à peu près comme pour la souscription de parts requises pour tout coopérateur. C'est exactement la position inverse qu'il convient à présent d'envisager.

## B. La recherche de capitaux

Puisque l'argent n'a pas d'odeur, on ne sera pas surpris de retrouver sous cet intitulé une multiplicité de moyens susceptibles d'obtenir des prises de participation, comme une grande variété de potentiels investisseurs. Pourtant, là encore, la position originelle du droit coopératif consiste dans un refus des investisseurs et leur intégration a été le fruit d'une évolution progressive (1.). Quant aux investisseurs, ils peuvent tout aussi bien être les coopérateurs eux-mêmes (2.), des *quidam* intéressés (3.), que d'autres entreprises (4.), voire des personnes publiques (5.).

### 1. Reconnaissance progressive de la validité des associés investisseurs

La notion même d'associé investisseur est assez récente, on ne la trouve dans la loi, implicitement, qu'à partir de 1992 (20), et elle présente même un caractère éphémère puisqu'elle disparaît dès 2014 (21). Pourtant, à proprement parler, ces associés non coopérateurs apparaissent bien avant. C'est le cas dès 1915 pour les coopératives ouvrières (22). La disposition se préoccupe d'ailleurs surtout de limiter la possibilité pour ces associés non ouvriers de participer à la coopérative. Lucien Coutant relève plusieurs autres exemples de tels associés qu'il nomme alternativement sociétaires non participants ou prestataires non bénéficiaires (23) : après les coopératives ouvrières, se retrouvent les coopératives maritimes, artisanales, agricoles, les banques populaires. Dans le silence de nombreuses lois, la question se pose de la signification de ce silence ; L. Coutant l'interprète comme un refus de l'entrée d'associés non coopérateurs, sur la base de la définition de la coopérative (24). Le même raisonnement conduit à comprendre la loi de 1947 comme prohibant ces participations extérieures (25), solution qui sera renversée en 1992 (26).

La méfiance des coopératives vis-à-vis des investisseurs se retrouve là même où ils sont admis. Les dispositions qui valident le mécanisme n'ont d'ailleurs jamais ce seul but, elles visent tout autant à encadrer et limiter la place de ces investisseurs. Tel est le cas notamment depuis la loi de 1992 dans l'article 3 bis de la loi de 1947 (*infra*). Si on prend l'exemple des SCOP qui ont toujours accepté les associés non coopérateurs, le même constat doit être fait (27). Plus encore, la réglementation des SCOP les autorise à rembourser les associés non coopérateurs à tout moment (28), si bien que ceux-ci ne peuvent en principe établir aucun plan de rentabilisation de leur investissement. La raison de ces restrictions tient à une double raison technique et ontologique. Techniquement, un principe fondateur du droit coopératif est celui de la double qualité, en sorte que toute personne qui n'a qu'une des deux facettes de l'associé coopérateur apparaît comme un intrus. Cette règle n'est que la traduction de la définition même de la coopérative : si elle est une société dont l'objet est de rendre des services à ses membres, on ne voit pas ce que pourraient y faire des associés qui n'auraient aucune vocation à bénéficier desdits services.

Pourtant, le besoin de financement a souvent conduit à tolérer les investisseurs, qu'on se désespérait de n'avoir pas plus nombreux tout en fustigeant leur appât du gain. Et les SCOP, qui se sont toujours affirmées comme entreprises à part entière, et dont l'attachement au salariat rendait plus perceptible les difficultés à trouver des capitaux parmi ses coopérateurs, sont les coopératives qui ont le plus intégré des mécanismes de nature à attirer les investisseurs, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de transformer une société capitaliste en SCOP. Afin de faciliter la reprise de l'entreprise par les salariés, il est nécessaire d'assurer le financement du rachat, et il est donc opportun de permettre un financement extérieur. Diverses dérogations aux principes coopératifs ont donc été admises, d'abord pour permettre à une SCOP d'être associée majoritaire au sein d'une autre SCOP pendant dix ans (29), puis pour faciliter la transformation d'une société préexistante en SCOP (30), tout particulièrement avec le mécanisme dit des SCOP d'amorçage (31). Ces dispositifs peinent toutefois à s'imposer, et les associés investisseurs demeurent rares.

16) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 septies.

17) A1.2.

18) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 septies.

19) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 nonies.

20) L. n° 92-643, 13 juill. 1992, art. 4.

21) L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 24.

22) Loi sur les sociétés coopératives ouvrières de production et le crédit au travail, art. 4.

23) L. Coutant, *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950*, éditions Mattos-Breyne, 1950, ps. 230 s.

24) L. Coutant, *op. cit.*, p. 230, à propos des coopératives de consommation : L. 7 mai 1917 ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation, JO 09-05-1917 p. 3680-3681.

25) L. Coutant, *op. cit.*, p. 232.

26) M. Jeantin, « Loi relative à la modernisation des entreprises coopératives », *RTDcom.*, 1993, 119, n° 5.

27) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 5.

28) L. no 78-763, 19 juill. 1978, art. 29.

29) L. n°78-763, 19 juill. 1978, art. 25.

30) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, arts. 48 s.

31) D. Hiez, *Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement*, *Dalloz*, 2018, 2<sup>e</sup> éd., ns° 243.20 s.

32) D. Hiez, Les instruments de fonds propres des sociétés coopératives Vingt ans d'innovation législative, *RECMA* 2005 n°295.

33) A. Bounoux, Titres participatifs, J.-Cl. Banque - Crédit Bourse, fasc. 1915 ; C.com., arts. L.228-36 à L.228-37.

34) C.com., art. L.228-36.

35) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, arts. 19 sexdecies s. ; D. Hiez, « Certificats coopératifs », *Encycl. Dalloz*, rép. Sociétés.

36) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 terdecies.

37) P. Prudhomme, Les actions de préférence d'une société coopérative anonyme, *JCP E* 2013, 1149 ; *RECMA* 2013, n° 327, p. 104.

38) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 11 al. 1.

39) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 11 als. 2 s.

40) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 11 bis.

41) C.com., arts. L.228-11 s.

42) C.rur., art. L. 523-4-1.

43) C.rur., arts. L. 523-4-1 & L.524-2-1 e.

44) C.rur., art. L. 524-2-1 e.

45) L. 83-657, 20 juill. 1983, art. 26.

46) D. Hiez, Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement, *op. cit.*, n° 334.21.

47) C.civ., art. 1841.

48) Com., 15 mars 2017, n°14-18.452, inédit. Arrêt rendu un mois après un arrêt contraire de la cour d'appel de Paris : Paris, Pôle 5, ch. 6, 3 février 2017, n° 16/00759.

## 2. Financements par les coopérateurs et création de nouveaux titres financiers

Puisque la coopérative est faite pour les coopérateurs, ils devraient en être les fournisseurs de capital naturels. Déjà, les coopérateurs sont des associés, ce qui signifie qu'ils souscrivent au capital. Pourtant, dans bon nombre de coopératives, cette souscription est symbolique et ne permet pas de satisfaire aux besoins financiers de la coopérative. Afin d'attirer des investisseurs, le législateur a créé un certain nombre de titres financiers, qui peuvent aussi être utilisés pour stimuler l'investissement des coopérateurs au-delà de leurs obligations légales ou statutaires. Nous ne ferons que les mentionner sommairement et nous renvoyons à d'autres études pour plus de détails (32).

Historiquement, les premiers instruments financiers créés ont été en 1983 les titres participatifs (33), proches des obligations. Ces titres ont l'inconvénient de ne pas être ouverts aux sociétés par actions simplifiées (34), pourtant en pleine expansion dans le monde coopératif, mais ils permettent une rémunération attractive pour leurs titulaires. Ils ne sont pas réservés aux coopérateurs mais leur sont ouverts. En pratique toutefois, les coopératives s'en sont peu saisies en général, à l'exception du financement réalisé par des organisations coopératives. Par ailleurs, ces titres ne constituent pas du capital, si bien qu'ils n'entrent pas à proprement parler dans la catégorie des prises de participation.

La seconde création a consisté en 1987 dans les certificats coopératifs d'investissement puis en 1992 les certificats coopératifs d'associé (35). Ces certificats coopératifs présentent le double caractère de représenter du capital et d'être des valeurs mobilières. Leur attractivité ne repose pas principalement sur leur rémunération, limitée par leur nature de partie du capital, mais sur le droit qu'ils confèrent sur l'actif net (36). Tandis que les certificats coopératifs d'investissement sont ouverts à tous, les certificats coopératifs d'associé sont réservés aux associés de la coopérative, et peuvent constituer un moyen de mobiliser leur investissement. Toutefois, par la complexité de leur mécanisme, les certificats coopératifs n'ont été utilisés que par les banques coopératives, et il est permis de se demander si la reconnaissance de la création d'actions de préférence par les coopératives ne va pas mettre fin à cette expérience (37).

Le cœur des prises de participation réside cependant dans la souscription de parts sociales. À ce titre, il faut distinguer plusieurs catégories : d'abord les parts sociales ordinaires, dites A, réservées aux coopérateurs afin de matérialiser leur participation en qualité d'associé comme corolaire de leur activité économique avec la coopérative (38) ; les parts sociales à avantages particuliers (39) ; les parts à intérêt prioritaire (40) ; et à présent les actions de préférence (41) ; voire les parts d'épargne pour les coopératives agricoles (42). À proprement parler, aucune de ces parts sociales ne confère par elle-même des droits supérieurs à ses titulaires. De même, aucune de ces parts sociales n'est interdite aux coopérateurs, même si leur sont réservées les parts sociales dites A et les parts sociales d'épargne (43). La multiplication des catégories de parts sociales a toutefois pour objectif de diversifier les droits et obligations de leurs titulaires, aucune inégalité ne pouvant être établie entre titulaires de parts d'une même catégorie. Or la prémisse sur laquelle repose le dispositif est que les parts A sont financièrement inintéressantes,

et qu'il convient de les compléter par d'autres parts plus attractives. En effet, les parts A sont des parts dont la souscription est impérative, et il n'est nul besoin de les rendre attractives. Il en va tout différemment pour les parts des autres catégories.

Mentionnons seulement que le mécanisme des parts d'épargne s'appuie sur un aménagement dans la mise en œuvre du mécanisme de la ristourne, puisqu'il résulte de la distribution de ristourne sous forme de parts sociales (44), dont d'autres lois spéciales consacrent expressément la possibilité (45). La généralité de l'article 15 de la loi de 1947, siège de la ristourne, autorise la généralisation de la solution (46). La précision est importante, car elle constitue une forte incitation à la souscription de capital, raison pour laquelle la décision est parfois encadrée : assemblée générale extraordinaire par exemple pour les coopératives artisanales. Une protection complémentaire peut être trouvée dans le mécanisme du retrait partiel qui utilise la variabilité du capital pour permettre le remboursement d'une partie du capital souscrit.

## 3. La recherche d'un soutien populaire

Nous avons déjà mentionné la catégorie des associés investisseurs, et pourtant il en est certains qui, par leur profil, se distinguent des autres : ce sont les personnes investissant à travers le *crowdfunding*. En effet, si celui-ci a pour but de collecter des fonds, il s'accompagne le plus souvent d'une stratégie de sensibilisation ou de mobilisation large autour d'un projet. Nous nous limiterons toutefois aux aspects techniques de l'opération, donc à la question sous-jacente de l'offre au public de titres financiers.

Il convient toutefois au préalable de préciser quels sont les titres que les coopératives peuvent ainsi offrir, et si toutes les coopératives le peuvent. D'abord, la question a été perturbée par l'interrogation sur la compatibilité du caractère nominatif des parts sociales des coopératives avec la négociabilité des titres cotés sur un marché réglementé. Cette impossibilité technique ne fait pas de doute, mais rien n'exige que l'offre au public consiste dans une entrée sur un marché réglementé, en sorte que rien n'interdit techniquement que des parts sociales soient offertes au public.

Toutefois, l'article 1841 du Code civil pose la règle selon laquelle « *Il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par la loi de procéder à une offre au public de titres financiers, d'émettre des titres négociables ou de procéder à une offre au public, au sens de l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier, de parts sociales, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres ou parts sociales émis* » (47). La rédaction du texte a évolué et les difficultés d'interprétation sont aujourd'hui levées, au détriment des coopératives. En effet, avant la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, les parts sociales n'étaient pas visées, et on pouvait soutenir que le texte ne leur était pas applicable, si bien que les sociétés pouvaient librement offrir les parts sociales au public. Des hésitations jurisprudentielles étaient apparues à propos des sociétés civiles immobilières, mais la jurisprudence s'était orientée vers l'annulation de leur offre au public faute d'autorisation légale (48). On aurait pu discuter l'extension de la solution aux coopératives, dans la mesure où la limitation de responsabilité des associés y est générale, mais l'argument ne peut s'appuyer sur une règle impérative dans la mesure



où la liberté statutaire autoriserait une solution différente (49). En tout état de cause, la mention des parts sociales introduite à l'article 1641 lève tout doute et l'offre au public de tout titre financier par les coopératives est subordonnée à une autorisation légale. Il en résulte que les coopératives qui revêtent la forme de société à responsabilité limitée ou de société civile ne peuvent y procéder, tandis que les sociétés anonymes le peuvent sans limite et que les sociétés par actions simplifiées ne peuvent pratiquement recourir qu'au *crowdfunding* (50), à l'exclusion de l'admission sur un marché réglementé.

Une fois délimitées les opérations légalement envisageables, encore faut-il déterminer les modalités qui les entourent. Or, la recherche de nombreux investisseurs risque vite de tomber sous les fourches caudines de l'autorité des marchés financiers avec obligation d'émettre un prospectus (51) visé par elle (52) afin d'éclairer les potentiels investisseurs sur l'opération qui leur est proposée. Le socle de ce dispositif se trouve cependant à un niveau supérieur : le droit de l'Union européenne (53). Or, la directive ne s'applique pas « aux valeurs mobilières émises par des associations bénéficiant d'un statut légal ou par des organismes sans but lucratif, reconnus par un État membre, en vue de se procurer les moyens nécessaires à la réalisation de leurs objectifs non lucratifs » (54). Cette exclusion n'a pas été transposée, mais si on admet que la disposition européenne est suffisamment précise pour être directement applicable, elle peut être invoquée en droit interne. La question est dès lors de savoir si les coopératives peuvent être considérées comme des organismes sans but lucratif. La difficulté réside dans l'absence de définition européenne de la notion de lucrativité (55). Mais, textuellement, la disposition renvoie à l'État la reconnaissance de l'organisme sans but lucratif ; la question doit donc être résolue au regard du droit national. Le droit français connaît cette catégorie en matière fiscale (56) mais la question ne s'est jamais posée de savoir si elle pouvait s'appliquer aux coopératives dans la mesure où celles-ci détiennent des dispositifs fiscaux spéciaux. Compte tenu de la lucrativité limitée qui caractérise les coopératives, il est peu probable qu'elles puissent être assimilées aux organismes sans but lucratif. Mais la question doit être réglée au cas par cas, et la société coopérative d'intérêt collectif présente des traits qui la distinguent des autres coopératives, avec notamment une obligation étendue de mise en réserve et une exclusion de toute ristourne (57). La rémunération du capital est toutefois légale dans les limites coopératives traditionnelles et la position du juge ne peut donc être anticipée avec certitude.

Il existerait cependant une autre raison de douter de l'obligation pour une coopérative de rédiger un prospectus. En effet, cette obligation ne vaut que pour l'offre au public de titres financiers, titres dont les contours sont fixés par référence à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. Or ne sont visés que « les titres de capital émis par les sociétés par actions » (58), et la coopérative ne peut être qualifiée de société par action, dans la mesure où son capital est représenté par des parts sociales dont le régime juridique s'oppose fondamentalement à celui des actions. Le fait que la coopérative revête la forme de société par actions n'y changerait rien dans la mesure où le droit coopératif, droit spécial, prime sur le droit des sociétés. L'argument est convaincant, mais comporte une faille. Ce n'est qu'au nom de l'autorisation légale d'offrir au public des titres financiers que la coopérative peut procéder à l'opération ; il serait bien dangereux de prétendre ensuite la

faire échapper au régime juridique applicable à la catégorie au sein de laquelle on l'a fait rentrer. Mieux vaut admettre que la coopérative est soumise à l'obligation générale de rédiger un prospectus à faire viser par l'AMF.

Il lui reste en effet une possibilité d'échapper à cette lourdeur, à la condition d'entrer dans l'une des dérogations : l'offre qui porte sur des titres financiers dont le montant total dans l'Union est inférieur à 100 000 euros, l'offre qui porte sur des titres financiers dont le montant total dans l'Union est compris entre 100 000 euros et 5 000 000 euros et qui ne représentent pas plus de 50 % du capital de l'émetteur (59). Pour le reste, si elle décide de ne pas procéder au *crowdfunding* directement mais par l'intermédiaire d'un professionnel, elle bénéficiera des avantages et des contraintes qui s'appliquent aux conseillers en investissement participatif (60) ou aux intermédiaires en investissement participatif (61). À relever toutefois que si le *crowdfunding* consiste dans une offre de capital, la plateforme de crowdfunding devra nécessairement avoir le statut de conseiller en financement participatif.

#### 4. La constitution d'un réseau d'entreprises

Dans la perspective de la création d'un réseau d'entreprises, on peut considérer la prise de participation sous deux angles, horizontal ou vertical. Horizontalement, la prise de participation prend la forme de participations croisées. Rien ne l'interdit entre coopératives, mais elle est cantonnée dans la limite faite aux non coopérateurs dans la coopérative, puisque la coopérative qui entrerait au capital d'une autre sans avoir vocation à recourir à ses services devrait être qualifiée comme telle. À notre connaissance, celle-ci mériterait d'être scientifiquement fondée, mais ce mécanisme n'est pas fréquent. C'est donc le plus souvent verticalement que les coopératives opèrent des prises de participation, mais là encore deux cas de figure peuvent se présenter.

Dans la tradition coopérative, la souscription de capital n'est que le corollaire de l'engagement d'activités, nous l'avons vu ; autrement dit, il ne s'agit que d'une marque de l'engagement coopératif lui-même. Et ceci est vrai aussi quand on se situe au niveau de la coopérative, si on veut bien considérer qu'elle peut aussi être elle-même coopératrice. En ce cas, la prise de participation dans une autre coopérative s'analyse dans la constitution d'une union (62). Chaque coopérative membre de l'union se trouve alors dans la situation du coopérateur telle que nous l'avons envisagée ci-dessous, et tout ce qui a été dit jusqu'ici du point de vue de la coopérative peut l'être pour l'union. Les questions de financement se posent techniquement dans les mêmes termes. C'est aussi à ce stade qu'on peut imaginer l'entrée au capital d'entreprises non capitalistes, en qualité de partenaires, avec les restrictions tenant à l'article 3 bis de la loi de 1947.

La seconde orientation de la prise de participation verticale nous éloigne du thème de cet article, puisqu'elle consiste dans la prise de participation par la coopérative dans une société capitaliste, ce qu'il est convenu d'appeler la filialisation. Indirectement, la filialisation pose d'importantes questions au droit coopératif, étant donné qu'il risque de mettre en cause son existence même (63). Fonctionnellement en revanche, le mécanisme est davantage lié à notre interrogation générale, dans la mesure où la filialisation est parfois mue par la recherche de partenariats, à la dimension financière, avec des entreprises capitalistes qui rechignent à nouer des relations

49) D. Hiez, *Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement*, op. cit., n°341.11.

50) C.com., art. L. 227-2.

51) C.mon.fin., art. L.412-1.

52) RGAMF, arts. 212-1 s.

53) Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation.

54) Dir. 2003/71/CE, art. 1 2. E.

55) L. Driquez, *Le but non lucratif en droit de l'Union européenne Ou de la nécessité d'adopter une notion nouvelle de lucrativité limitée*.

56) CGI, art. 207 5 bis.

57) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 nonies.

58) C.mon.fin, art. L. 211-1 II.

59) C.mon.fi., art. L. 411-2 I & RGAMF, art. 211-2 II.

60) C.mon.fin., arts. L. 547-1 s.

61) C.mon.fin., arts. L. 548-1 s.

62) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 5.

63) D. Hiez, Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement, *op. cit.*, ns° 531.10 s.

64) B. Lavergne, Le rapide essor des régies coopératives anglaises, *Revue des études coopératives*, n° 63, 1937, Paris, Presses universitaires de France, ps. 177-210.

65) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 septies.

66) L. n°47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 septies al. dernier.

67) C.gén.coll.terr., art. L. 2253-1.

68) C.gén.coll.terr., art. L. 3231-6.

69) C.gén.coll.terr., art. L. 4253-3.

70) C.gén.coll.terr., art. L. 2253-1.

71) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 1 al. 3.

72) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 5.

73) C.rur., art ; L. 524-4.

74) Nous laissons de côté comme trop marginal le cas des banques populaires qui autorisent les statuts à proportionner le droit de vote au capital : C.mon.fin., art. L. 512-5.

75) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 octies al. 4.

76) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 3 bis al. 3.

77) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 3 bis al. 2.

78) L. 78-763, 19 juill. 1978, art. 15 al. 2.

79) C.rur., art. L. 524-1 al. 3.

80) L. n° 83-657, 20 juill. 1983, arts. 18 al. 1 & 19 al. 2.

dans un cadre non capitaliste. Quoiqu'il en soit, l'absence d'incidences techniques directes en droit coopératif nous dispense d'aller plus loin sur ce point.

## 5. L'appui des collectivités locales

Parmi les sources de financement des coopératives, il ne faut pas négliger l'investissement public qui peut apporter un soutien utile sous forme de participation au capital. Les sociétés coopératives sont des sociétés et, à ce titre, la prise de participation des personnes publiques y est soumise au droit commun. Le droit coopératif ne s'y intéresse que médiocrement, notamment en raison du principe traditionnel d'autonomie des coopératives vis-à-vis de l'État. Pourtant, de tous temps des phénomènes exorbitants ont existé, catégorisés par Lavergne comme régies coopératives (64). De telles expériences ne sont plus d'actualité mais l'investissement public demeure une potentialité. Seule la réglementation des sociétés coopératives d'intérêt collectif en porte la trace (65) en mentionnant les personnes publiques parmi les possibles associés de ces coopératives. De fait, un certain nombre de coopératives connaissent une détermination limitative de leurs associés, ce qui exclut les personnes publiques lorsqu'elles ne sont pas mentionnées. Toutefois, ces dispositions font aujourd'hui une place aux personnes intéressées au développement de la coopérative, catégorie susceptible de comprendre les personnes publiques. Ces personnes sont assimilées à des associés non coopérateurs, si bien que leur participation se trouve limitée comme la leur, avec une dérogation pour les sociétés coopératives d'intérêt collectif pour lesquelles la participation des collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux est limitée à 50 % du capital (66).

Le cœur de la matière se trouve donc bien du côté du droit public.

Du côté des collectivités locales, les règles se trouvent dans le code général des collectivités territoriales : pour les communes (67), pour les départements (68), et pour les régions (69). Toutes ces dispositions sont calquées sur le droit communal, et celui-ci exige que l'objet de la société consiste dans l'exploitation des services communaux ou dans des activités d'intérêt général (70).

On voit, du côté des coopératives, qu'elles peuvent mobiliser de nombreux instruments, et encore n'avons-nous envisagé que ceux qui constituent une prise de participation, et qu'elle peut s'adresser à de nombreux investisseurs. Mais nous n'avons jusqu'à présent appréhendé que les potentialités, en tenant seulement compte des contraintes réglementaires directes. Nous devons à présent nous concentrer sur les contraintes indirectes, celles qui permettent ou non un investissement intéressant pour l'investisseur. Ce n'est que par la confrontation de ces deux aspects qu'on pourra esquisser une sorte de carte du tendre pour les investisseurs coopératifs.

## II. Les contraintes coopératives à la prise de participation

À peine lu l'intitulé de la partie, tout est dit : les contraintes indirectes qui pèsent sur les prises de participation sont de nature coopérative ; elles sont l'expression des principes ou de la nature coopérative. Si on essaie de les systématiser, on peut distinguer ces contraintes selon qu'elles pèsent sur les droits politiques ou financiers qui s'attachent à la prise de participation.

## A. Les restrictions au pouvoir politique

### 1. Le vote par tête

Le principe « *une personne une voix* » est un des principes les plus connus du droit coopératif, que ce soit parce qu'il est simple à expliquer pour des communicants publicitaires, ou parce que le législateur de 2014 l'a renforcé en l'insérant au sein de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1947 : « *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* » (71). Dans la mesure où chaque investisseur ne dispose que d'une voix, il ne peut espérer disposer d'un contrôle sur la coopérative, et plus globalement son poids se trouvera nécessairement réduit.

Mais il ne faut pas s'en tenir au principe et le texte renvoie à des exceptions qui pourraient être plus accueillantes aux investisseurs. En effet, certaines catégories de coopératives autorisent le vote plural, notamment les unions de coopératives (72) et les coopératives agricoles (73). Toutefois, dans ces deux hypothèses, la base de référence pour le calcul du droit de vote plural consiste dans le volume d'activités, le nombre de membres ou la qualité des engagements, à l'exclusion du capital détenu (74). Une exception indirecte mérite d'être relevée, dans le cas inattendu des sociétés coopératives d'intérêt collectif, dans la mesure où l'organisation de l'assemblée en collège autorise une répartition inégale des droits de vote entre les collèges (75) ; certes, il est expressément prohibé que cette répartition se base sur le capital détenu, mais l'absence de critère autorise une souplesse sur laquelle les investisseurs pourraient jouer.

Mais il est une exception plus globale, c'est celle du régime instauré par l'article 3 bis de la loi de 1947. Ainsi, pour les personnes qui entendent contribuer, notamment par l'apport de capitaux, à la réalisation des objectifs de la coopérative, « *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* » (76). Ici donc, le droit de vote peut être calqué sur le mécanisme capitaliste, comme en droit commun des sociétés. Pourtant, il demeure une limite : « *Les associés non coopérateurs ne peuvent détenir ensemble plus de 49 % du total des droits de vote, sans que les droits des associés qui ne sont pas des sociétés coopératives puissent excéder la limite de 35 %* » (77). Il en résulte tout de même qu'un investisseur unique peut détenir jusqu'à 35 % des droits de vote, voire 49 % s'il est une coopérative ; si ceci interdit le contrôle pur et simple, il autorise une participation significative au pouvoir.

### 2. Le contrôle démocratique

L'accent mis sur le principe « *une personne une voix* » masque l'importance du principe plus global du contrôle démocratique de la coopérative. Il prend de multiples formes, que ce soit dans le domaine économique, les règles de quorum ou l'organisation en section... Nous ne développons pas tous ces aspects qui n'ont qu'une faible incidence sur la question des prises de participation. On retrouve pourtant un contrôle plus direct dans de nombreuses lois coopératives spéciales : coopératives ouvrières (78), coopératives agricoles (79), coopératives artisanales (80). Les modalités du mécanisme varient



mais le principe est identique : la majorité est garantie aux coopérateurs au sein des organes de direction. Autrement dit, en plus du vote par tête, et même lorsque celui-ci est nuancé, les coopérateurs sont assurés d'avoir en main le contrôle de la coopérative. Ceci est parfaitement conforme à la définition de la coopérative : puisque celle-ci a pour finalité la satisfaction des besoins des coopérateurs, il n'est pas de meilleur moyen d'y parvenir que de leur confier la direction de la coopérative. Toutefois, ceci confirme que les investisseurs ne peuvent avoir qu'une place seconde au sein de la coopérative, dans la mesure où ontologiquement elle ne leur est pas destinée.

Quelques observations doivent encore être faites quant à la situation particulière des associés coopérateurs qui seraient en même temps investisseurs dans leur coopérative. À proprement parler, cette catégorie n'existe pas, mais elle recouvre la situation des coopérateurs qui souscriraient plus de capital qu'ils n'y sont tenus. Il faut constater que les coopérateurs sont exclus de la catégorie visée à l'article 3 bis, réservée aux personnes qui n'ont pas vocation à bénéficier des services de la coopérative. Ceci signifie que le capital supplémentaire souscrit par les coopérateurs ne peut leur conférer de voix supplémentaires en assemblée générale, proportionnelles au capital. Ceci ne leur interdit pas de poursuivre un but financier, mais cantonne les motivations de leur investissement.

### 3. Les pactes d'associés

Face à cette difficulté de garantir aux investisseurs un pouvoir significatif au sein de la coopérative, il convient de s'interroger sur la possibilité d'importer en cette matière la technique des pactes d'associés. À première vue, cette proposition peut surprendre, voire choquer, tant le droit coopératif est aux antipodes du droit des sociétés, je suis le premier à le clamer. Pourtant, strictement cantonné, il me semble qu'on peut y trouver un petit avantage.

De bons spécialistes du droit coopératif ont montré l'incompatibilité qui existe entre les fondements du pacte d'associés avec les principes coopératifs les mieux établis (81). L'impérativité du principe « *une personne une voix* » s'oppose à ce que, par une convention entre quelques associés, que ce soit au sein des statuts ou en dehors, une telle atteinte à l'égalité détermination individuelle soit contournée. D'abord, tandis que le droit des sociétés se fonde sur la somme des intérêts égoïstes des associés, le droit coopératif tire sa force de l'implication de tous ses membres, le pouvoir de chacun ne pouvant varier qu'en fonction de sa concrétisation économique. Ensuite, et l'argument est encore plus fort, la définition de la coopérative repose sur l'effort commun, là où le pacte d'associés distingue entre ceux qui s'unissent dans le pacte et les autres.

Nous ne pouvons que souscrire à ces analyses (82). On pourrait d'ailleurs observer que, par-delà les principes, la règle « *une personne une voix* » rendrait pratiquement difficile l'efficacité des pactes d'associés, dans la mesure où celui-ci ne présenterait d'intérêt qu'à la condition de réunir de nombreux associés. Pourtant, il nous semble que le pacte d'associés peut avoir une application acceptable en droit coopératif, précisément en complément de l'accueil d'associés investisseurs. Ainsi, l'investissement pourrait avoir pour corolaire la garantie de participer au conseil d'administration, un certain nombre de coopérateurs s'engageant par exemple à ne pas candidater, ou à ne le faire que sous condition que l'investisseur concerné soit

certain d'être élu. On le voit, l'application est restreinte, beaucoup plus qu'en droit des sociétés, mais il ne faut pas se priver des facultés offertes par la liberté contractuelle, dont l'étendue est beaucoup plus large en droit coopératif qu'en droit des sociétés.

### 4. Les limitations en détention de capital

À s'en tenir aux investisseurs de l'article 3 bis, qui ont retenu l'essentiel de l'attention, les seules restrictions posées par la loi concernant les droits de vote, et nullement la détention de capital. Pourtant, certaines lois spéciales contiennent des règles à ce propos. Ainsi, en matière de SCOP, un même associé ne peut détenir un nombre de parts supérieur au seuil fixé par les statuts, sans qu'il ne puisse dépasser 50 % (83) ; c'est d'ailleurs cette règle qui justifie les dérogations légales pour les reprises (supra I. B. 3.). Mais cette règle est assez marginale, liée à la situation des SCOP.

Il existe en revanche un encadrement général, quoiqu'indirect, pour certains titres de capital : « *Les certificats coopératifs d'investissement, les certificats coopératifs d'associés et les parts à intérêt prioritaire ne peuvent représenter ensemble plus de 50 % du capital* » (84). Qui plus est, « *Les certificats coopératifs d'investissement ne peuvent représenter plus de la moitié du capital atteint à la clôture de l'exercice précédent* » (85). Relevons que la limite ainsi fixée ne s'attache en rien à la qualité des titulaires, puisque certains des titres de capital visés sont réservés aux associés tandis que d'autres sont ouverts à tous. Le point commun entre tous les titres envisagés consiste dans leur détachement du droit de vote. Le pouvoir politique de leurs titulaires n'est pas nul, il s'exprime à travers des assemblées spéciales, mais il n'emprunte pas la voie ordinaire de la démocratie coopérative. À cet égard, les titulaires de ces titres peuvent apparaître comme les plus étrangers à la nature coopérative, raison pour laquelle il est requis qu'ils ne détiennent pas plus de la moitié du capital. Cette limitation n'a aucune portée politique, elle n'est qu'un verrou face au poids d'un pouvoir économique jugé dangereux.

Une première conclusion peut être tirée aux termes de ce panorama du cadre politique. Les limites sont importantes, si bien que les investisseurs ne peuvent être attirés par cet aspect. Il reste donc à apprécier l'avantage financier qui peut être retiré d'un investissement coopératif.

### B. La limitation des retours financiers

Les coopératives se revendiquent d'une lucrativité limitée, et l'un des indices en est la limitation de la rémunération du capital. On pourrait croire que la limite de cette rémunération est traditionnellement rattachée au taux de rendement moyen des obligations des sociétés privées, arrêté par le ministre de l'économie (TMO), tel que cela figure à l'article 14 de la loi de 1947 (86). Pourtant, cette règle n'a rien d'évident, et elle ne date que de 1992 (87). En 1947, la limite de la rémunération était fixée à 6 %. Avec l'inflation croissante après les chocs pétroliers, ce taux a été augmenté à 8,5 % en 1983 (88), ce qui signifie que ce n'est que depuis vingt cinq ans que le taux n'est plus fixe mais assis sur un taux variable. Les commentateurs de 1992 n'y attachent d'ailleurs pas une très grande importance (89), relevant tout au plus que le taux choisi n'a pas été le taux d'intérêt légal, en accord avec les mouvements coopératifs (90).

81) G. Parleani I. Urbain-Parleani, « Sociétés coopératives et conventions de vote », in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, ps. 567 s.

82) D. Hiez, *Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement*, op. cit., ns° 031.56-031.58.

83) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 24.

84) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 ter viciés al. 3.

85) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 septdecies.

86) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 14.

87) L. n° 92-643, 13 juill. 1992, art. 10.

88) L. n° 83-657, 20 juill. 1983, art. 70.

89) M. Jeantin, *RTDcom.*, 1993, 119, n° 7.

90) B. Piot, Une réforme en profondeur de la loi du 10 septembre 1947, *RECMA*, 1993, p. 36 s. article en libre téléchargement.

91) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 113.

92) L. Chatain-Autajon, Proposition de loi relative à la rémunération du capital des sociétés coopératives, *Bull. Joly sociétés* 2016, 196.

93) D. Hiez, *Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement*, op. cit., n° 333.12.

94) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 16 als. 3 et 4.

95) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 du vicies.

96) L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 17.

97) D. Hiez, *Sociétés coopératives Création organisation fonctionnement*, op. cit., n° 221.23.

98) C.rur., art. L. 523-5-1.

99) L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 23.

Ce choix apparaissait comme une réponse aux fluctuations du coût de la vie qui rendaient difficile de fixer une rémunération équilibrée, la recherche d'attractivité et le service aux membres contradictoire avec tout dividende. Et pourtant, par un mouvement inverse d'inflation basse, le taux de rendement moyen des obligations a connu une telle diminution à la baisse qu'une autre réforme est intervenue récemment (91), dans la douleur (92) et a abouti à deux aménagements du mécanisme général inchangé : lissage du taux de référence sur trois ans et possibilité de rémunérer deux points au-dessus du taux de référence.

Quelques observations méritent d'être faites sur cette base. Tout d'abord, il n'existe qu'un taux unique, y compris pour les investisseurs, alors que ceux-ci ont des attentes structurellement différentes. Bien-sûr, la limitation de la rémunération de toute part sociale s'impose en raison de la lucrativité limitée, mais on aurait pu imaginer un assouplissement pour les titulaires de parts destinées aux investisseurs. La loi autorise évidemment des distinctions de régime juridique selon les parts et invite même à un traitement plus favorable pour les investisseurs : intérêt prioritaire, avantage particulier... Mais ces différences semblent bien ternes à côté de la rémunération de base qui demeure identique. La pratique propose une lecture constructive de l'article 14, en relevant que la limitation de la rémunération porte sur le capital et non sur les parts sociales, d'où il s'ensuivrait que la rémunération de certaines parts pourrait excéder le taux de référence tant que la rémunération du global reste cantonnée dans la limite légale (93). On peut hésiter à rejoindre cette analyse, mais elle présente l'intérêt de chercher une solution globale à la rémunération du capital. Car les solutions légales alternatives ne sont pas plus conformes aux principes coopératifs : incorporation d'une partie des réserves au capital (94), création de titres financiers qui intègrent un droit sur les réserves (95)...

À défaut d'une rémunération attractive, les investisseurs pourraient se satisfaire de la garantie d'une rémunération minimale, tant on sait que la sécurité peut valoir pour certains autant que la rentabilité accrue. Cette garantie ne peut toutefois être que relative, dans la mesure où elle dépend fondamentalement des résultats de la coopérative. Selon des modalités différentes selon qu'on envisage les parts à avantage particulier ou à intérêt prioritaire, les parts sociales souscrites par les investisseurs peuvent toujours disposer d'avantages qui participent de cette garantie minimale : responsabilité réduite ou subsidiaire, rémunération prioritaire, droit au mécanisme de versement des intérêts par prélèvement sur les réserves ou les résultats des exercices suivants en cas d'insuffisance des résultats de l'exercice (96). Si ce dispositif laisse subsister une incertitude, elle est tout de même aussi réduite que possible.

Nous avons rappelé la possibilité de prévoir des avantages spécifiques pour les parts conçues à cet effet. Aux avantages déjà évoqués, on peut ajouter le droit au remboursement immédiat en cas de perte de la qualité d'associé (tandis qu'elle est traditionnellement retardée de cinq ans ou du moins susceptible de l'être (97)). Certaines lois spéciales connaissent des droits spéciaux, par exemple

la possibilité pour les coopératives agricoles de distribuer dans certaines limites les dividendes perçus de leurs filiales (98) ; ces droits peuvent constituer un même avantage et être donc réservés aux titulaires de ces parts. Mais tout ceci ne vaut que pour les parts sociales, parmi lesquelles il faut compter les actions de préférence. Les obligations, notamment les titres participatifs, comme les instruments hybrides tels que les certificats coopératifs disposent d'autres avantages. La multiplication des instruments financiers comporte un coût, non seulement direct par la rémunération, mais aussi indirect en raison des procédures requises, notamment en termes d'organisation d'assemblée ou d'ingénierie financière pour respecter les conditions légales d'émission. Toutes les coopératives ne sont pas en capacité d'intégrer ce coût, si bien que toutes ne peuvent pas utiliser l'ensemble de ces potentialités.

Au final, la question qui nous semble se poser avec le plus d'acuité est de savoir sur quel type d'investissement et d'investisseurs les coopératives peuvent-elles compter. Il y a une grande diversité, et celle-ci présente l'intérêt de pouvoir s'adapter à celle des coopératives elles-mêmes. En effet, il n'y a pas de monolithisme parmi les coopératives, non en raison de divergences de statuts, mais plus simplement parce que les besoins et la situation des coopérateurs varient et qu'à chaque situation correspond des orientations différentes. Entre les agriculteurs producteurs de céréales dans la Basse ou le Vermandois et les agriculteurs éleveurs de zone montagnaise qui pratiquent en appoint des travaux d'intérêt général, les besoins de coopération sont peut-être aussi différents qu'entre les commerçants indépendants et les nouveaux consommateurs ou entre une banque internationale et une banque solidaire de proximité. Tandis que pour certains, la prise de participation apparaît comme une condition d'obtention des services de la coopérative, elle est pour d'autres une opportunité d'investissement sûre, tandis que pour les troisièmes, elle sera une forme de soutien financier et militant ou un moyen d'exprimer son engagement citoyen ou public. Toutes ces postures font écho à des dispositifs existants, qui n'ont pas toujours été conçus spécialement dans un but déterminé mais qui permettent de remplir ces diverses fonctions. Tous les besoins de financement ne se trouvent pas satisfaits, tout particulièrement pour les projets coûteux les moins rémunérateurs et qui ne peuvent compter sur le financement de leurs bénéficiaires. (C'est sans doute pour eux que l'idée d'un fonds de développement coopératif a été initié dans la loi économie sociale et solidaire (99). Pourtant, faute d'incitation publique, par exemple fiscale, ce fonds abondé exclusivement par les organisations coopératives peine à voir le jour). Et si on passe au niveau de l'économie sociale et solidaire, on retrouve les mêmes problématiques, principalement celle de l'équilibre à reconstruire chaque jour entre la réalisation de l'objet non financier de l'entreprise et la soumission à ses contraintes économiques. Ici comme dans d'autres domaines, le droit coopératif est plus élaboré et fournit une source de réflexion pour l'ensemble du droit de l'économie sociale et solidaire, comme une boîte à outils techniques. Encore faudrait-il que les juristes propres aux diverses familles communiquent davantage, tout comme les familles elles-mêmes.



# Modalités pratiques de fusions d'associations depuis la loi ESS du 31 juillet 2014

**Luc Athlan,**  
Chargé d'enseignement à l'EDHEC et à l'Université Paris-Sud,  
Responsable Droit des sociétés Orange,  
Secrétaire du Conseil de l'AFJE

**Christine Lebel,**  
Maître de conférences HDR (CRJFC, EA 3225),  
UFR SJPEG, Université de Franche-Comté

La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'Économie Sociale et Solidaire, dite Loi ESS (ou Loi Hamon), s'inspirant des règles prévalant en droit des sociétés, a posé des règles nouvelles encadrant les opérations de restructurations des associations (1) qui permet dorénavant d'opérer des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre associations avec des règles spécifiques (2). À cet effet, la loi ESS est venue compléter la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 par l'adjonction d'un nouvel article 9 bis dans le Titre I relatif au régime général des associations.

La mise en place de ce nouveau cadre légal était très attendue et permet enfin de sécuriser les opérations de fusions entre associations, mais le chemin a été long pour y parvenir. C'est à compter de 1986 que la Cour de justice des Communautés européennes a admis dans un premier temps, la possibilité aux associations déclarées de réaliser des opérations de fusions, scissions ou transfert d'actifs (3). Ces opérations se développaient de plus en plus en France puisque selon une étude (4), on considérait qu'elles étaient de l'ordre de 200 par an. En outre, la création d'une association sur cinq était issue de fusions, restructurations ou modifications statutaires profondes (5) et ne résultait pas d'une simple constitution.

Jusqu'en 2014, les opérations de fusion des associations n'avaient pas été envisagées par le législateur (6). La fusion étant la réunion de plusieurs associations en une seule, la boîte à outils pour opérer ce type d'opérations n'était pas d'une grande richesse. Les deux procédés qui permettaient d'aboutir à une fusion d'associations en une seule, consistaient soit en la dévolution du patrimoine d'une ou plusieurs associations à une autre association déjà existante qui « absorbait » les autres associations (opération que nous pouvons

assimiler à une « fusion absorption »), ou deuxième procédé, la création par au moins deux associations d'une nouvelle association à laquelle, chacune d'elles transmettaient leur patrimoine (opération qui était intitulée « fusion-création »).

Ces opérations n'étaient pas d'une grande sécurité juridique, dans la mesure où dans le silence de la loi, elles étaient régies par la liberté contractuelle et subissaient ainsi, l'interprétation que pouvait en faire la Cour de cassation. Le juge du droit pouvait ainsi être amené à examiner certaines opérations de fusion à la lumière des textes régissant les opérations du même type pour les sociétés selon le cas avec la loi du 24 juillet 1966, le Livre II du Code de commerce (7) ou la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 dont les dispositions sont codifiées dans le Code civil (8).

Toutefois, une position ministérielle était très critique à l'égard de ce type de montage qui sans le moindre fondement juridique mettait en cause la licéité de ce type d'opération de fusion. Nous pouvions admettre pourtant que même en l'absence d'un cadre légal précis, le principe demeurait que tout ce qui n'était pas formellement interdit restait possible, à condition de respecter les prescriptions légales et réglementaires, ainsi que la jurisprudence applicable, directement ou indirectement à l'opération ou l'acte juridique visé.

C'est certainement, cette position ministérielle qui doit être à l'origine de l'insertion de dispositions spéciales aux opérations de restructuration des associations et par voie de conséquence de modification de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 par la loi ESS de 2014, complété par son décret d'application n° 2015-832 du 7 juillet 2015.

Depuis 2014, la loi ESS fixe enfin un cadre juridique spécifique aux opérations de

1) P. Hoang, Les opérations de restructuration des associations après la loi ESS, *Bull. Joly sociétés* janv. 2015, p. 44, spé. n° 7

2) G. Rabu, Le régime des restructurations d'associations après la loi ESS, *Jour. Sociétés* Dossier la loi ESS, mars 2015, pp. 37-46

3) CJCE, 23 avril 1986, Ass. Parti écologiste « les Verts »/Parlement europ. Aff. ; 294/83, Rec. CJCE p. 339 ; D. 1987 ; p. 77, note Constantinesco et D. Simon, *Rev. Sociétés* 1987, p. 283, obs. Y. Guyon ; *RTDCom* 1988, p. 253, obs. E. Alfandari et M. Jeantin

4) Étude d'impact du projet de loi ESS, p. 97.

5) V. Tcheronog, MATISSE, CNRS, « Les associations en France. Poids, profils et évolutions », in XXI<sup>e</sup> Colloque ADDES, 26 nov. 2007, p. 8.

6) Comme celles relatives aux « scission ou d'apport partiel d'actifs » qui ont été précisées par la loi ESS.

7) P. Hoang, précité, spé. n° 13

8) Dossier : les sociétés civiles, 40 ans après la loi du 4 janvier 1978, ss. Dir. D. Gibirila, *Jour. Sociétés* janvier 2018

9) Art. 15-2 décret 2015

10) L'article 15.2 du décret dispose que « *Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est arrêté par les personnes chargées de l'administration des associations participant à l'opération au moins deux mois avant la date des délibérations prévues aux trois premiers alinéas de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901* ».

Le traité de fusion doit contenir les éléments suivants :

- 1° Le titre, l'objet, le siège social, une copie des statuts en vigueur et, le cas échéant, le dernier rapport annuel d'activités, de l'ensemble des associations participantes ;
- 2° Un extrait de la publication au Journal officiel de la République française de la déclaration des Associations à la préfecture ; une copie du décret de reconnaissance d'utilité publique, le cas échéant ;
- 3° Les motifs, buts et conditions de l'opération ;
- 4° Le cas échéant, le titre, l'objet, le siège social et les statuts envisagés de la nouvelle Association résultant de l'opération de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif, ou les statuts modifiés des associations participantes ;

- 5° Le cas échéant, une copie des demandes tendant à la poursuite d'une autorisation administrative, d'un agrément, d'un conventionnement, ou d'une habilitation dans les conditions mentionnées au IV de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ;
- 6° La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif ainsi que des engagements souscrits, dont la transmission aux associations bénéficiaires ou nouvelles est prévue, et les méthodes d'évaluation retenues.

11) Art. 15-3 décret 2015

12) « I.- Toute association participant à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif met à la disposition des membres, au siège social ou sur le site Internet de l'association, trente jours au moins avant la date des délibérations appelées à statuer sur le projet et au plus tard le jour de la publication de l'avis mentionné à l'article 15-3, les documents suivants :

- 1° Les documents mentionnés à l'article 15-2 ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire à la fusion, à la scission ou aux apports, mentionné au cinquième alinéa de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 susvisée ;
- 2° Le cas échéant, la liste des établissements des associations participantes avec indication de leur siège ;
- 3° La liste des membres chargés de l'administration de chaque association participante, à l'exception des indications relatives à la nationalité, profession et domicile ;
- 4° Un extrait des délibérations des organes délibérants de toutes les associations participantes arrêtant le projet de fusion, scission ou apport partiel d'actif, avec indication du nombre des membres présents, du nombre des membres représentés et du résultat des votes ;
- 5° Pour les trois derniers exercices ou si l'association a moins de trois ans depuis sa date de création : les comptes annuels, le budget de l'exercice courant, les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des associations participantes utilisés pour établir les conditions de l'opération ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes et le rapport de gestion ;
- 6° Si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la clôture est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, la situation comptable intermédiaire établie selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que les comptes annuels. Cette situation comptable intermédiaire est arrêtée à une date antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet. Si l'opération est décidée avant l'approbation des comptes annuels du dernier exercice clos ou moins de trente jours après cette approbation, sont insérés dans le projet de l'opération les comptes arrêtés et, le cas échéant certifiés par le commissaire aux comptes, relatifs à cet exercice ainsi que les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents et les rapports de gestion. Dans le cas où l'organe compétent ne les a pas encore arrêtés, la situation comptable intermédiaire mentionnée au précédent alinéa et les comptes annuels approuvés des exercices précédents ainsi que les rapports de gestion sont insérés dans le projet de l'opération ;
- 7° Les conditions dans lesquelles les contrats

restructurations entre associations par l'ajout d'un article 9 bis à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 qui précise les opérations de fusions, scissions et d'apports partiels d'actifs entre association. Cette loi a été complétée par son décret d'application n° 2015-832 du 7 juillet 2015 qui fixe toutes les modalités pratiques sur le contenu du traité de fusion, le délai de la publication de l'annonce légale, la gouvernance de chacune des associations dans le cadre du projet de fusion et les délais propres à chaque acte juridique. La fusion d'associations suppose également la rédaction d'un traité de fusion et de la réalisation d'actes et d'opérations annexes destinés à informer et à protéger les intérêts des personnes concernées directement ou indirectement par l'opération de restructuration.

Nous pouvons résumer l'opération de fusions entre associations en dix étapes, résumées dans le schéma ci-dessous :

### Étapes 1 et 2, arrêté du traité de fusion :

La première étape consiste bien évidemment à établir le traité de fusion (9) dont le contenu sera arrêté par décision du conseil d'administration de chacune des associations. Le Conseil d'administration doit se réunir, deux mois au moins avant la tenue de l'AGE, pour arrêter le projet de fusion dans le cadre de l'article 15.2 du décret (10).

### Étapes 3 et 4, publication dans un JAL du projet de fusion – ouverture délai d'opposition des créanciers :

**Publication dans un JAL du projet de fusion** : le projet de fusion, (de scission ou d'apport partiel d'actif) doit faire l'objet d'une publication par chacune des associations participantes par un avis inséré dans un journal du département du siège social habilité à recevoir des annonces légales, aux frais des associations participantes (11).

Cette publication est importante, dans la mesure où elle fait courir un délai d'opposition des créanciers de trente jours à compter de la publication de l'avis dans un journal d'annonces légales.

L'avis contient les indications suivantes :

- 1° Pour chaque association participante, le titre, l'objet, le siège social, la date de déclaration à la préfecture, le département de parution de l'avis, et, le cas échéant, l'identifiant au répertoire national des associations et l'identifiant au Système d'Identification du Répertoire des Entreprises (numéro Siren) ;
- 2° Le cas échéant, le titre, l'objet et le

siège social envisagés de la nouvelle association résultant de l'opération de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif ;

- 3° La date d'arrêté du projet et la date prévue pour la réunion des organes délibérants devant statuer sur l'opération ;
- 4° La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif ainsi que des engagements souscrits, dont la transmission aux associations bénéficiaires ou nouvelles est prévue.

**Délai de publicité dans un JAL** : la publicité prévue au présent article a lieu trente jours au moins avant la date de la première réunion des organes délibérants appelés à statuer sur l'opération. Un avis complémentaire doit être inséré dans le même délai au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsque l'opération de fusion, de scission, ou d'apport partiel d'actif concerne une ou plusieurs associations qui ont émis des obligations dans les conditions mentionnées à l'article L. 213-8 du code monétaire et financier.

**Ouverture délai d'opposition des créanciers** : pour l'application des dispositions des articles L. 236-14, L. 236-20 et L. 236-21 du Code de commerce (troisième alinéa du II de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901), l'opposition d'un créancier à la fusion ou à la scission est formée dans le délai de trente jours à compter de la dernière insertion prévue par l'article 15-3. Le tribunal compétent pour recevoir les oppositions formées en application de ces articles est le tribunal de grande instance

### Étapes 5 à 8, AGE de l'association absorbante et AGE de l'association absorbée - approbation du traité de fusion par chacune des associations :

**Convocation des membres à l'AGE** : certains documents doivent être joints à la convocation des AGE de chacune des associations liées à la fusion. Le projet de fusion, (de scission, ou d'apport partiel d'actif) ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire à l'opération mentionné au cinquième alinéa de l'article 9 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sont joints à la convocation statutaire en vue des délibérations des assemblées générales des associations participantes appelées à statuer sur l'opération prévues aux trois premiers alinéas du même article. Cette convocation mentionne les documents mis à disposition au siège social ou sur le site Internet des associations dans les conditions de l'article 15-4 du décret.



Le contenu de l'information des membres des associations qui participent à la fusion est énoncée à l'article 15-3 du décret (12).

**Décision de l'AGE de chacune des associations :** l'article 71 de la loi ESS dispose que : « I.- La fusion de plusieurs associations est décidée par des délibérations concordantes adoptées dans les conditions requises par leurs statuts pour leur dissolution. Lorsque la fusion est réalisée par voie de création d'une nouvelle association, le projet de statuts de la nouvelle association est approuvé par délibérations concordantes de chacune des associations qui disparaissent et il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par la nouvelle association. »

**Approbation du traité de fusion :** l'AGE de chacune des associations (absorbante/absorbée(s)) qui participent à la fusion doit procéder à l'approbation du traité de fusion.

**Étapes 9 et 10, fusion - dissolution sans liquidation de l'association absorbée :**

**Conséquences de la fusion (13) :** la fusion entraîne « la dissolution sans liquidation des associations (absorbées) qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux associations bénéficiaires (absorbante(s)), dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ».

Les membres des associations absorbées deviennent au titre de la fusion membre de l'association résultant de la fusion (absorbante).

de travail des associations concernées par l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif sont transférés à la ou aux nouvelles personnes morales résultant de l'opération, conformément aux articles L. 1224-1 et L. 1224-2 du Code du travail ;

- 8° Le cas échéant, l'avis du comité d'entreprise se prononçant sur le projet de l'opération de chaque association participant à l'opération, dans les conditions mentionnées à l'article L. 2323-19 du Code du travail.

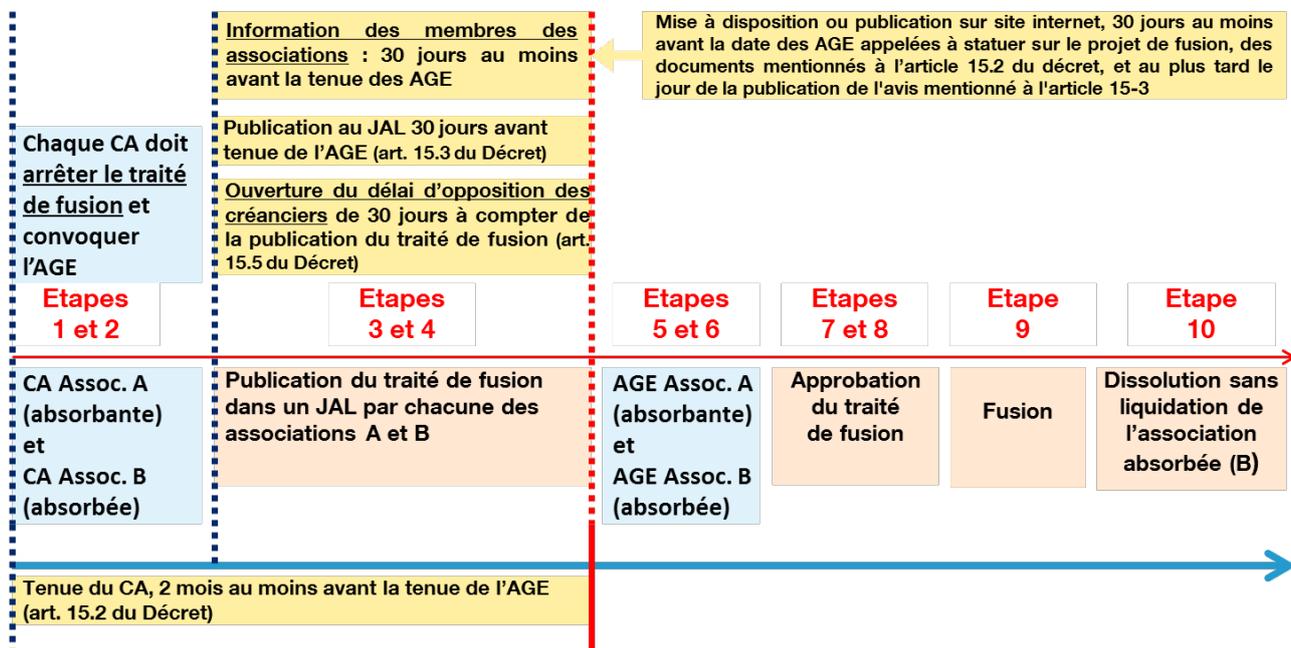
II.- La mise à disposition au siège social des documents prévue au I n'est pas requise lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée par l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, l'Association les publie sur son site Internet, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents.

Lorsque le site Internet n'est plus accessible pendant une durée ininterrompue d'au moins vingt-quatre heures, le délai mentionné au premier alinéa du présent article est suspendu jusqu'à la mise à disposition des documents au siège social ou jusqu'au rétablissement de l'accès au site Internet.

Aucune copie des documents ne peut être obtenue lorsque le site Internet des Associations participant à l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif permet sans frais aux tiers de les télécharger et de les imprimer. »

13) Les articles 15-1 à 15-7 du décret n° 2015-832 du 7 juillet 2015 pris pour l'application de la loi du 31 juillet 2014 précisent les règles relatives l'opération de fusion (également de scission et d'apport partiel d'actif) entre associations, la gouvernance de chacune des associations et le contenu du traité de fusion et enfin les modalités de publication de l'opération de fusion dans un journal d'annonces légales.

**Chronologie des opérations de fusion entre deux associations dans le cadre de la loi ESS du 31 juillet 2014**





**Philippe Giraudel,**  
Directeur juridique au sein d'un groupe d'assurances mutuelles

# Les groupes de l'économie sociale et solidaire

1) I de l'article 1 de la loi 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ci-après loi ESS).

2) Le II de l'article 1 de la loi ESS ajoute aux personnes morales précitées un nouveau type d'entreprise sociale et solidaire, les sociétés commerciales recherchant une utilité sociale et fonctionnant selon les principes de l'économie sociale et solidaire.

Le capitalisme industriel a généré dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle des groupes d'entreprises constitués par la volonté d'une société de diversifier ses activités ou de les étendre au-delà de son territoire d'origine.

Le pouvoir conféré par le droit des sociétés commerciales au détenteur de la majorité du capital permet à une société d'exercer son contrôle sur une autre, créée par elle ou acquise des précédents détenteurs majoritaires.

Le nombre de parts ou d'actions étant généralement proportionnel au capital apporté à la société, l'apporteur majoritaire de capitaux peut nommer les instances de direction et d'administration qui conduisent l'action de la société et décident de son financement, notamment par réinvestissement de ses bénéfices ou augmentation du capital.

C'est ainsi qu'une société, dite mère, peut conduire l'action d'un ensemble de sociétés dites filiales, le tout formant un groupe de sociétés dont les membres opèrent de façon coordonnée, en synergie de moyens, notamment financiers.

Les entreprises de l'économie sociale et solidaire, qui se caractérisent, selon la loi du 31 juillet 2014, par une gouvernance démocratique, dont l'expression n'est pas seulement liée à l'apport en capital ou au montant de la contribution financière des associés (1), ne disposent pas du même outil juridique pour constituer des groupes.

En effet, la plupart de ces entreprises fonctionnent soit sans capital représenté par des parts ou actions, c'est le cas des mutuelles relevant du Code de la mutualité ou des sociétés d'assurance mutuelles relevant du Code des assurances, des associations et des fondations, soit avec un capital qui ne confère pas à ses détenteurs un pouvoir de vote dans les assemblées d'associés ou d'actionnaires, c'est le cas des sociétés coopératives dont le cadre juridique général est fixé par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 (2).

Ces personnes morales, créées en rupture avec l'économie capitaliste dont la finalité première est de faire fructifier les capitaux apportés par les associés, ont pour raison d'être la satisfaction des besoins économiques et sociaux de leurs membres ou des besoins d'utilité publique. Ce sont des groupements de personnes réunies par des objectifs communs entendant agir sur un pied d'égalité. Les droits de vote dans les assemblées générales qui les réunissent pour élire leurs instances d'administration et de direction et décider de leurs grandes orientations sont donc en principe attribués de façon égale, selon la formule traditionnelle « *un homme, une voix* », et sans que la détention du capital par les associés, quand c'est le cas, joue un rôle dans le pouvoir de décision.

Or, les entreprises de l'économie sociale et solidaire, qui sont confrontées à la compétition économique des

entreprises du secteur capitaliste, ont besoin, comme ces dernières, de se développer et de diversifier leurs activités et leur champ d'action, tant pour résister à la concurrence que pour satisfaire les besoins de leurs membres. La formation de groupes autour des plus dynamiques a été et demeure une nécessité.

Pour ce faire, une première voie est ouverte aux entreprises de l'économie sociale et solidaire : créer ou acquérir des sociétés filiales selon le modèle capitaliste. Parfois contestée au nom des principes coopératifs ou mutualistes, la filialisation d'activités est pratiquée tant chez les coopératives que chez les mutuelles. L'entreprise de l'économie sociale et solidaire pilote le groupe constitué autour d'elle avec les mêmes outils juridiques qu'une société de capitaux. Cependant, même si elle diffuse dans ses filiales les valeurs d'entreprise qui sont les siennes, notamment en matière de relations sociales ou d'éthique professionnelle, la coexistence de deux philosophies d'entreprise au sein d'un même ensemble trouble l'identité de ses membres, tant en interne que vis-à-vis de l'extérieur.

Pour cette raison, et d'autres tenant à la difficulté d'accès au financement de leur croissance externe, les entreprises de l'économie sociale et solidaire ont une tendance naturelle à prioriser une seconde voie consistant à créer entre elles des groupements volontaires réalisant en commun certaines opérations ou activités et dont les membres participent aux décisions et peuvent se retirer librement.

C'est aux groupes de l'économie sociale et solidaire constitués selon les outils juridiques de regroupement qui leur sont propres qu'est consacrée cette étude.

Les outils sont variables selon les différentes législations qui leur sont applicables, tout en comportant nombre de similitudes. On les présentera ci-après en les classant selon l'intensité du contrôle qu'une entité du groupe peut exercer sur les autres, en comparant celui-ci au contrôle des entreprises capitalistes.

L'outil classique de fonctionnement collectif des entreprises de l'économie sociale et solidaire est l'union. Le mot « union » est symbolique de la volonté des adhérents à l'union d'agir en rassemblant leurs forces tout en préservant leur indépendance. Les groupes fonctionnant sous l'égide d'une union balançant en permanence entre ces deux aspirations contradictoires, d'où un équilibre instable de leur gouvernance (I)

Afin d'aider les entreprises de l'économie sociale et solidaire à se développer en constituant des groupes stables, le législateur a créé, notamment ces dernières années, différents instruments juridiques de gouvernance de groupe renforcée, adaptés à la spécificité juridique de ces entreprises (II).



## I. Les groupes d'entreprises de l'économie sociale et solidaire fonctionnant sous l'égide d'une union

L'union est le mode classique de regroupement des entreprises de l'économie sociale et solidaire. On la retrouve chez les mutuelles du Code de la mutualité, chez les mutuelles du Code des assurances, et chez les différentes sortes de sociétés coopératives. Elle est absente du droit des associations, dont le caractère entrepreneurial moins marqué ne génère pas le même besoin de regroupement entre elles.

### A. Les mutuelles et unions de mutuelles du Code de la mutualité

Les mutuelles régies par le Code de la mutualité mènent dans l'intérêt de leurs membres des actions de prévoyance, de solidarité et d'entraide. Ces actions consistent soit en des opérations d'assurance effectuées conformément au livre II du Code de la mutualité, soit en des opérations de prévention, d'action sociale et de gestion de réalisations sanitaires et sociales effectuées conformément au livre III du même code. Une même mutuelle doit choisir entre ces deux catégories d'activité qui ne peuvent en principe être exercées cumulativement (3).

Cette étude se limitera à l'analyse du fonctionnement des unions de mutuelles du livre II et à leur capacité à conduire le groupe constitué autour d'elles, le fonctionnement des unions de mutuelles du livre III reposant sur les mêmes principes.

#### • Les mutuelles du livre II du Code de la mutualité

Les mutuelles du livre II sont des entreprises d'assurance spécialisées dans l'assurance des risques corporels liés à la maladie et aux accidents. Elles peuvent aussi pratiquer l'assurance vie et quelques autres risques ainsi que la réassurance.

Elles ont principalement pour membres les personnes physiques qui ont adhéré pour bénéficier des prestations de la mutuelle pour elles et leurs ayants droit. Les adhérents peuvent être tenus de verser des droits d'adhésion, mais ceux-ci ne donnent droit à aucune rémunération, ni droit de vote.

Sans entrer dans les détails, leur gouvernance repose sur l'assemblée générale des membres ou de leurs délégués (4) qui disposent chacun d'une voix (5), laquelle élit parmi les membres de la mutuelle un conseil d'administration (6) dont la fonction est de déterminer les orientations de l'organisme et de veiller à leur application (7). Le conseil élit un président (8) qui dispose du pouvoir d'engager la mutuelle (9) et délègue des pouvoirs opérationnels à un dirigeant salarié pris en dehors de ses membres (10).

Ce mode de gouvernance des mutuelles est répliqué dans les structures dans lesquelles les mutuelles se regroupent, avec une exception notable quant à l'égalité des droits de vote des entités adhérentes.

#### • Les unions de mutuelles du livre II du Code de la mutualité

Les mutuelles peuvent créer des unions de mutuelles qui peuvent exercer les mêmes activités d'assurance que les mutuelles (11). Ce dispositif permet par exemple à des mutuelles ayant une aire géographique donnée de se regrouper avec des mutuelles couvrant un autre territoire et de former un ensemble ayant une assise territoriale plus vaste. L'union peut jouer le rôle de réassureur, fournir des moyens de gestion à ses mutuelles membres, ou encore des services d'assurance que ces dernières distribuent à leurs propres membres.

La création d'une union est décidée par l'assemblée générale des mutuelles fondatrices (12). Cette création donne lieu à des apports en nature ou en numéraire des mutuelles fondatrices qui doivent être également approuvés par leurs assemblées générales (13). L'adhésion à une union existante relève également de la compétence de l'assemblée générale. Le principe du parallélisme des formes conduit à ce que la décision d'une mutuelle adhérente de se retirer de l'union soit également décidée par son assemblée générale.

La gouvernance des unions repose sur l'assemblée générale constituée des délégués des mutuelles adhérentes (14). Le nombre de voix dont dispose chaque mutuelle adhérente au travers de ses délégués peut être pondéré en fonction de critères définis par les statuts, notamment en fonction des apports en nature ou en numéraire qu'elle a effectués ou du nombre de ses adhérents.

L'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration de l'union parmi les délégués (15). La composition du conseil d'administration reflète logiquement le poids respectif des mutuelles adhérentes dans le total des voix à l'assemblée générale. L'obligation faite par l'article L. 110-1 du Code de la mutualité aux mutuelles et aux unions de mettre en place une « *gouvernance démocratique (...)* prévoyant la participation des membres » conduit cependant à assurer une large représentation des mutuelles membres au conseil d'administration de l'union.

Une union de mutuelles se trouve donc en droit dans une position d'entité contrôlée par ses membres, voire sous l'influence des plus importants en taille, plutôt que dans la position d'une entité capable d'orienter leur gestion.

Cependant, si l'union se trouve investie par ses membres de fonctions stratégiques, comme l'actuariat, la gestion financière, la réassurance ou la conception de produits, la dépendance de ses membres à l'égard de l'union confère, de fait, à celle-ci la capacité d'influer sur leur gestion dans le sens des mêmes politiques.

Il n'en reste pas moins que le conseil d'administration de l'union, bien que composé d'administrateurs représentant les mutuelles membres, ne peut juridiquement leur imposer de mettre en œuvre ces politiques puisque chaque conseil d'administration de ces mutuelles est lui-même chargé par la loi de « *déterminer les orientations* » de sa mutuelle. L'influence de l'union ne peut donc s'exercer que par des décisions obtenant un large consensus auprès des mutuelles adhérentes. À défaut de consensus, des membres peuvent se retirer unilatéralement et l'union peut se défaire comme elle s'est créée, par la volonté des membres.

3) Code de la mutualité, art. L. 111-1.

4) Dans les mutuelles dont la circonscription géographique est étendue, en particulier les mutuelles nationales, les adhérents sont répartis en sections géographiques ou selon des critères professionnels ; ces sections élisent des délégués à l'assemblée générale ; par ailleurs les assurés et les souscripteurs d'assurances collectives sont représentés par des délégués désignés selon les modalités fixées par les statuts (L. 114-6).

5) Code de la mutualité, art. L. 114-6.

6) Code de la mutualité, art. L. 114-16.

7) Code de la mutualité, art. L. 114-17.

8) Le président peut aussi être élu directement par l'assemblée générale – art. L. 114-9.

9) Code de la mutualité, art. L. 114-18.

10) Code de la mutualité, art. L. 211-14.

11) Code de la mutualité, art. L. 111-2.

12) Code de la mutualité, art. L. 114-9.

13) Code de la mutualité, art. L. 111-3.

14) Code de la mutualité, art. L. 114-7.

15) Code de la mutualité, art. L. 114 – 16.

16) Les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale sont des organismes d'assurance offrant des garanties collectives d'assurance des risques corporels liés à la maladie et aux accidents ou de prévoyance souscrites par les entreprises de droit privé au bénéfice de leurs salariés. Elles sont gérées paritairement par des représentants des employeurs et des représentants des salariés. Bien que proches des principes de l'économie sociale et solidaire en raison de leur but non lucratif, elles ne sont pas incluses dans le champ des entreprises de l'économie sociale et solidaire défini par l'article 1 de la loi ESS.

17) Code de la mutualité, art. L. 111-4-1.

18) Pour un exemple, voir Alain Rey, *Harmonie Mutuelle, une aventure humaine avant tout* [www.harmonie-mutuelle.fr](http://www.harmonie-mutuelle.fr)

19) Code des assurances, art. L. 322-26-2, alinéa 6.

20) Code des assurances, art. L. 322-26-1-1.

21) Code des assurances, art. L. 322-26-1.

22) Code des assurances, art. L. 322-26-2, art. R. 322-53-1.

23) Code des assurances, art. R. 322-53.

24) Code des assurances, art. R. 322-53-2.

25) Code des assurances, art. L. 322-26-3.

26) Code des assurances, art. R. 322-82.

27) Code des assurances, art. R. 322-111.

### • L'union de groupe mutualiste (UGM)

Depuis 2015, le Code de la mutualité prévoit la possibilité pour des unions de mutuelles du livre II d'accueillir pour membres des institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale (16), des sociétés d'assurance mutuelles et des unions de sociétés d'assurance mutuelles régies par le Code des assurances ou d'autres organismes d'assurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire situés dans l'union européenne (17).

Ces unions, dites « union de groupe mutualiste (UGM) », ont pour objet de « *faciliter et de développer, en les coordonnant, les activités de ses membres qui demeurent, pour chacun d'entre eux, directement responsables de la garantie de leurs engagements* ».

L'UGM a été conçue comme un outil de rapprochement de mutuelles du Code de la mutualité entre elles ou avec d'autres entreprises d'assurance de l'économie sociale et solidaire, laissant à ses membres une grande liberté de choix des activités objet de leur collaboration, à l'exception de l'assurance et de la réassurance, et préservant leur indépendance financière. Ses membres peuvent par exemple mettre en commun dans l'UGM des fonctions comme l'informatique, la gestion des ressources humaines ou la communication.

Sa gouvernance ne se distingue pas de celle des unions de mutuelles, sauf que les modalités de fonctionnement entre l'union et ses membres sont définies par une convention, en sus des dispositions statutaires. Les pouvoirs de l'UGM sur les décisions de gestion de ses membres doivent rester modestes, puisque l'article L. 111-4-1 spécifie que la structure ne doit pas exercer d'influence dominante sur ses membres.

Les regroupements de mutuelles sont essentiellement provoqués par des contraintes économiques et financières : coûts d'investissements en ressources humaines et en systèmes informatiques pour faire face à la concurrence, augmentation des ressources financières pour satisfaire aux exigences de fonds propres du nouveau cadre prudentiel applicable depuis 2016 aux organismes d'assurance, dit Solvabilité II.

Leur succès repose en grande partie sur la communauté d'objectifs de leurs élus et de leurs dirigeants opérationnels respectifs et sur leur volonté de travailler ensemble à l'atteinte de ces objectifs. Un temps de collaboration non définitivement engageante, pendant lequel élus et dirigeants apprennent à se connaître, est un des moyens permettant de progresser vers un regroupement plus intégré, comme l'union mutualiste de groupe (UMG) dont il sera traité en partie II de cette étude. C'est la raison pour laquelle une UGM peut être transformée en UMG sans donner lieu à dissolution, ni création d'une personne morale nouvelle.

### • Capacité des unions de mutuelles à conduire le groupe de leurs entreprises adhérentes

Les unions de mutuelles ont longtemps été l'instrument principal du regroupement des mutuelles. Ce n'est plus le cas aujourd'hui où le renforcement des contraintes économiques, financières et réglementaires pesant sur les mutuelles et les limites de l'instrument en termes de gouvernance centralisée ont conduit les mutuelles du livre II depuis une dizaine d'années à rassembler leurs forces en fusionnant (18) et en utilisant le nouvel outil de gouvernance de groupe qui vient d'être mentionné : l'union mutualiste de groupe (UMG).

## B. Les sociétés d'assurance mutuelles, l'union de sociétés d'assurance mutuelles et le groupement d'assurance mutuelle du Code des assurances

### • Les sociétés d'assurance mutuelles

Les sociétés d'assurance mutuelles, régies par le Code des assurances, peuvent pratiquer toutes les assurances sous réserve de ne pas cumuler des activités d'assurance vie et des activités d'assurance non vie. Ce sont des sociétés de personnes dédiées à l'assurance de leurs adhérents. Ces derniers, en même temps qu'ils souscrivent un contrat d'assurance, deviennent sociétaires de la société, ce qui leur donne le droit de participer à l'assemblée générale et d'être candidats aux fonctions d'administrateur (19). Chaque sociétaire a droit à une voix et une seule (20). Comme dans les mutuelles régies par le Code de la mutualité, les adhérents des sociétés d'assurance mutuelles ne sont tenus d'effectuer aucun apport et ces sociétés n'émettent aucun titre financier conférant un droit de vote. Elles fonctionnent sans capital social (21).

Sans entrer dans les détails, la gouvernance des sociétés d'assurance mutuelles est similaire à celle des mutuelles régies par le Code de la mutualité. L'assemblée générale composée des sociétaires ou de leurs délégués élit parmi les sociétaires un conseil d'administration chargé de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre (22). Celui-ci élit un président (23) et nomme un directeur général en dehors de ses membres (24).

### • L'union de sociétés d'assurance mutuelles (25)

Les sociétés d'assurances mutuelles peuvent constituer entre elles des unions de sociétés d'assurance mutuelles ayant exclusivement pour objet de réassurer intégralement les contrats souscrits par les sociétés membres. Elle est garante des engagements de ses adhérentes vis-à-vis des assurés, ce qui lui confère le droit de contrôler la gestion des risques de ces dernières.

La gouvernance des unions est calquée sur celle des sociétés d'assurance mutuelles. Les sociétés membres de l'union composent l'assemblée générale et disposent chacune d'une voix, à moins que les statuts aient permis une pondération des voix en fonction des cotisations cédées ou du nombre d'adhérents (26). Le conseil d'administration de l'union est choisi obligatoirement parmi les gérants ou administrateurs des sociétés qui en font partie (27).

Dans les sociétés d'assurances mutuelles, la nature des risques assurés (automobile, habitation, risques d'entreprise) rend la réassurance beaucoup plus cruciale que dans les mutuelles du Code de la mutualité qui pratiquent principalement le risque santé où les besoins de réassurance sont moindres. L'union de sociétés d'assurance mutuelles, qui est le réassureur exclusif et intégral de ses membres et qui s'en porte garant, joue un rôle plus structurant dans le fonctionnement de ses adhérents que l'union de mutuelles du Code de la mutualité. La réassurance lui confère le moyen d'orienter les politiques de ces derniers, mais c'est précisément parce que l'union doit réassurer intégralement les sociétés qui en



sont membres, ce qui réduit considérablement leur autonomie de gestion, que seules de petites sociétés se groupent dans cette structure. L'union de sociétés d'assurance mutuelles n'est pas adaptée à la conduite d'un groupe composé de sociétés de grande taille.

#### • Le groupement d'assurance mutuelle (GAM) (28)

Le groupement d'assurance mutuelle est le pendant, dans le Code des assurances, de l'Union de groupe mutualiste (UGM) du Code de la mutualité. Il se compose des mêmes catégories de membres et a le même objet : faciliter, en les coordonnant, les activités de ses membres qui demeurent pour chacun d'entre eux directement responsables de leurs engagements.

Le GAM a été conçu pour répondre au besoin de regroupement des sociétés d'assurance mutuelles, éventuellement avec d'autres entreprises d'assurance de l'économie sociale et solidaire, par la mise en commun des moyens ou des activités qu'elles déterminent librement, tout en conservant leur indépendance financière.

La condition de formation d'un groupe de mutuelles tenant au volontarisme de leurs élus et dirigeants précédemment évoquée à propos de l'UGM vaut tout autant pour les sociétés d'assurance mutuelles.

Le GAM fournit un instrument de coopération pouvant se développer progressivement jusqu'au franchissement d'une nouvelle étape de regroupement plus intégrée, si les parties le décident : la société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM) dont il sera traité en partie II de cette étude.

### C. Les coopératives et les unions de coopératives

#### • Les coopératives

Le cadre général du droit des sociétés coopératives est fixé par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération qui en fixe les principes de base (29). Ce statut s'applique à une grande variété de coopératives régies par des textes spécifiques, les coopératives agricoles régies par le Code rural et de la pêche, les coopératives de commerçants détaillants régies par le Code de commerce, les coopératives artisanales régies par la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983, les coopératives de production régies par la loi 78-763 du 19 juillet 1978, pour ne citer que celles réunissant le plus d'adhérents.

Les textes spécifiques à chaque type de coopérative l'emportent sur la loi du 10 septembre 1947 (article 2), si bien qu'il existe une grande diversité de statuts rendant difficile une appréhension générale de leur gouvernance. Au risque d'être démenti par des cas particuliers, un examen de la loi précitée et de quelques uns des textes spécifiques permet cependant de dégager quelques traits généraux de leur fonctionnement.

À la différence des mutuelles, les sociétés coopératives sont des sociétés à capital variable dans lesquelles les associés apportent des capitaux. Ces apports sont représentés par des parts ou des actions, suivant la forme juridique empruntée par la coopérative pour sa constitution (30). Mais les parts détenues par les coopérateurs ne déterminent pas le droit de vote dans les assemblées, chaque membre coopérateur disposant d'une voix (31), sous réserve des pondérations de voix exposées ci-après.

L'assemblée générale des associés élit les organes de gouvernance de la société correspondant à la forme sociale suivant laquelle elle a été constituée : gérant, conseil d'administration qui nomme un directeur général, conseil de surveillance qui nomme un directeur.

#### • L'union de coopératives

L'union de coopératives est l'instrument qui permet la mise en œuvre du principe de coopération entre coopératives énoncé à l'article 1 précité de la loi du 10 septembre 1947. Selon l'article 5 de la loi du 10 septembre 1947 « les coopératives peuvent constituer entre elles, pour la gestion de leurs intérêts communs ou le développement de leurs activités, sous le nom d'unions de coopératives, des sociétés coopératives régies par la présente loi ».

Les unions de coopératives fonctionnent donc comme les coopératives qui en sont membres.

Ce sont donc aussi des sociétés à capital variable. Sous réserve de conditions de durée d'engagement minimum, de participation aux pertes et de maintien d'un niveau de capital minimum, fixées par les statuts, chaque coopérative associée peut se retirer de l'union en application de l'article L. 231-6 du Code de commerce.

Chaque coopérative membre de l'union dispose en principe d'une voix dans les assemblées générales, quel que soit le capital apporté par la coopérative à l'union. Cependant, le principe d'égalité des voix peut recevoir des atténuations si les statuts le prévoient, pour tenir compte de la taille économique des coopératives membres (32).

Les organes de gouvernance correspondant à la forme sociale de l'union, en pratique le plus souvent un conseil d'administration qui nomme un directeur général, sont élus par l'assemblée générale des coopératives membres. Le nombre de sièges qu'elles détiennent dans ces organes reflète logiquement le pouvoir de vote qu'elles détiennent à l'assemblée générale, sous la réserve que le principe de gouvernance démocratique invite à assurer une large représentation des coopératives membres.

Ce bref parcours dans les textes relatifs à la gouvernance des unions de coopératives montre que les unions sont placées sous le contrôle des coopératives membres.

Cependant, une union peut se trouver dans la situation inverse d'orienter l'action de ses membres comme une société mère le fait avec ses filiales. En effet, la nature et l'importance des opérations et des services qu'elle rend à ses membres peut, de fait, peser sur les décisions de ceux-ci.

Une illustration de politique structurante pour ses membres qu'une union peut mener se trouve chez les coopératives de détaillants. La loi prévoit qu'une union de coopératives de commerçants détaillants, comme d'ailleurs les coopératives de commerçants de détail elles-mêmes, peut « définir et mettre en œuvre par tous moyens une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de ses associés », notamment par la mise à disposition d'enseignes ou de marques, dont l'union a la propriété, par l'élaboration de méthodes et de modèles communs d'achat, d'assortiment et de présentation de produits,

28) Code des assurances, art. L. 322-1-5.

29) Loi du 10 septembre 1947, art. 1 : « 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 ».

30) La plupart des textes spécifiques régissant les coopératives prévoient que la coopérative peut se constituer sous forme de société à responsabilité ou de société anonyme. La forme des sociétés coopératives agricoles est en revanche régie par le Code rural.

31) Art. 1 - Loi 47-1775 du 10 septembre 1947.

32) Loi du 10 septembre 1947, art. 9.

33) Code de commerce, art. L. 124-1.

34) Code de commerce, art. L. 225-35 pour les sociétés coopératives constituées en S.A.

35) La directive 2009/138/CE du Parlement européen et du conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités d'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) prescrit que toutes les entreprises d'assurance et de réassurance « mettent en place un système de gouvernance efficace, qui garantisse une gestion saine et prudente de l'activité ».

36) Code des assurances, art. L. 322-1-2 et L. 322-1-3.

37) Directive n° 2009-138/CE (Solvabilité II). Le nouveau régime prudentiel n'est pas applicable aux entreprises de petite taille qui restent soumises à l'ancien régime (Solvabilité II).

d'architecture et d'organisation des commerces, l'élaboration et la gestion d'une plate-forme de vente en ligne (33).

Cet exemple montre qu'une union de coopératives peut recevoir de ses membres la mission de définir et mettre en œuvre une politique commune, ce qui est typiquement un pouvoir qu'une société mère peut exercer sur ses filiales dans un groupe de sociétés. Une coopérative membre, en désaccord avec la politique décidée par la majorité des membres, peut se trouver de fait, dans l'obligation de s'aligner sur cette politique, sauf à se retirer de l'union.

#### • Capacité des unions de sociétés coopératives à conduire le groupe de leurs entreprises adhérentes

La situation des unions de sociétés coopératives est similaire à celle des unions de mutuelles du Code de la mutualité. D'une part la gouvernance des unions est placée sous le contrôle des sociétés adhérentes. D'autre part, en fonction des missions qui lui sont dévolues et des moyens dont elle dispose, l'union peut exercer une influence plus ou moins forte sur la gestion de ses membres.

Il reste que le droit des sociétés coopératives fixe la source du pouvoir de décision chez les adhérents et que les dirigeants des unions sont nommés par un conseil d'administration composé d'administrateurs élus par les coopératives membres. Quels que soient les moyens d'influence de l'union sur ses membres, ses dirigeants et leur conseil d'administration n'ont pas juridiquement autorité pour imposer une stratégie et des politiques de groupe qui ne susciteraient pas le consensus des coopératives membres de l'union, puisque les organes d'administration desdites coopératives membres sont investies par la loi de la mission de « déterminer les orientations de l'activité » de leur société (34). Ou s'ils parviennent à imposer leurs choix, c'est au prix de tensions qui peuvent se terminer par leur éviction ou par le retrait de certains membres de l'union.

La stabilité du groupe constitué sous l'égide d'une union requiert donc une continuité d'unité de vues et d'intérêts chez les sociétés membres.

## II. Les groupes d'entreprises de l'économie sociale et solidaire fonctionnant dans un cadre de gouvernance renforcée

La nécessité d'un renforcement de la gouvernance de groupes relevant de l'économie sociale et solidaire a été principalement constatée dans les secteurs de l'assurance et de la banque. Sous le contrôle de l'État en raison des graves conséquences que leur défaillance aurait sur le public et le fonctionnement de l'économie, ces entreprises obéissent à une réglementation spécifique, aujourd'hui de source européenne, visant à assurer le respect de leurs engagements et la sécurité des dépôts de leurs clients.

La qualité de la gouvernance de chaque entreprise et du groupe auquel elles appartiennent est donc un sujet majeur d'attention pour les autorités européennes ou nationales en charge de la régulation de ces entreprises (35). Par ailleurs, le relèvement

des exigences réglementaires en matière de fonds propres des banques et des assurances incite au regroupement des entités de taille modeste, soit par fusion, soit par affiliation à un groupe. Ce besoin de regroupement s'est surtout manifesté dans le secteur des assurances où le nombre d'acteurs de taille petite ou moyenne, notamment chez les mutualistes, est plus important que dans le secteur bancaire déjà très concentré.

La sécurité de la gouvernance des groupes d'entreprises commerciales, industrielles agricoles ou artisanales, qui ne sont pas sous le contrôle de l'État comme les banques et les assurances, est un sujet de moindre attention pour les pouvoirs publics. Ce sont les acteurs concernés de l'économie sociale et solidaire qui prennent l'initiative de faire évoluer les textes pour répondre à leurs besoins. Celui de créer des groupes suffisamment contrôlés pour investir et se développer s'est manifesté chez le mouvement des coopératives de production qui a obtenu du législateur, dans le cadre de la loi ESS, le droit de constituer des groupements de coopératives de production. Cette innovation marque l'émergence de groupes d'entreprises contrôlées dans le secteur coopératif.

### A. Les nouveaux instruments de gouvernance des groupes d'entreprises de l'économie sociale et solidaire du secteur de l'assurance

Deux instruments similaires existent pour chacun des types de mutuelles décrites en partie I.

- les sociétés de groupe d'assurance mutuelle régies par le Code des assurances (SGAM)
- les unions mutualistes de groupe régies par le Code de la mutualité (UMG).

La SGAM, introduite la première dans la législation en 2001, trouve son inspiration dans la société holding qui prend et gère des participations dans les sociétés de capitaux. Par analogie, la SGAM est une société qui a pour activité principale de détenir des participations dans les sociétés d'assurance où de réassurance à capitaux et, pour ce qui concerne les sociétés d'assurance sans capital, de nouer et de gérer des « relations financières fortes et durables » avec ces sociétés : mutuelles et leurs unions régies par le livre II du Code de la mutualité, sociétés d'assurance mutuelles régies par le Code des assurances, institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale et leurs homologues ayant leur siège dans l'Union Européenne ou dans l'Espace Économique Européen. La SGAM peut aussi avoir pour affiliées d'autres SGAM et des UMG (36).

Cette conception a conduit à doter la SGAM dès 2001 de pouvoirs de contrôle sur ses affiliées. Ces pouvoirs ont été renforcés à l'occasion de l'entrée en vigueur en 2016 du nouveau régime prudentiel des entreprises d'assurance, dit Solvabilité II, afin de faire coïncider le groupe constitué autour d'une SGAM avec un « groupe prudentiel » au sens de cette directive (37). L'article L. 322-1-3 du Code des assurances définit la SGAM comme une société qui décide de fonctionner sans capital, qui compte au moins deux affiliées et qui doit « exercer effectivement une influence dominante,



au moyen d'une coordination centralisée sur les décisions, y compris financières, des entreprises affiliées ».

Le schéma de gouvernance de la SGAM ressemble en apparence à celui des unions précédemment décrit : les entreprises affiliées composent l'assemblée générale, élisent un conseil d'administration et nomment une direction exécutive. Mais il présente cependant d'importantes différences. Le nombre de voix dont dispose chacune des entreprises affiliées est librement déterminé par les statuts sans critères légaux de pondération et de limitation (38), ce qui permet une répartition inégale des voix dont les affiliés conviennent selon des critères politiques et économiques qui leur sont propres. Il en va de même de la composition du conseil d'administration. Une grande liberté d'organisation de leur gouvernance est donc laissée aux affiliés.

Cette liberté d'organisation de la gouvernance de la SGAM a été voulue afin de faciliter le regroupement d'entreprises ayant souvent une longue histoire et une tradition d'indépendance, qui doivent accepter, en s'affiliant, de placer leurs affaires sous le contrôle d'une entité ayant un pouvoir de « *coordination centralisée sur [leurs] décisions* », c'est-à-dire de partager le pouvoir avec d'autres.

Ce partage est réglé dans une convention d'affiliation et dans les statuts de la SGAM.

La loi ne précise pas le contenu de la convention et laisse aux entreprises affiliées le soin de fixer l'étendue du rôle de la SGAM. Compte tenu de sa fonction de coordination des décisions de ses affiliées, il revient logiquement à la SGAM de définir la stratégie du groupe et les politiques qui en découlent. Mais sa fonction essentielle, c'est l'organisation de la solidarité financière entre les affiliés en cas de difficultés, de sorte qu'ils remplissent les obligations de solvabilité requises par la réglementation des assurances.

Pour assurer « *l'influence dominante* » de la SGAM sur ses membres, l'article R. 322-161 du Code des assurances dispose que les statuts de la SGAM doivent notamment :

- conférer à la SGAM des pouvoirs de contrôle à l'égard des entreprises affiliées ;
- subordonner à l'autorisation préalable de la SGAM la conclusion de certaines opérations, comme l'acquisition ou la cession d'actifs ou de participations ;
- prévoir des pouvoirs de sanction de la SGAM à l'égard des entreprises affiliées.

L'affiliation à une SGAM représente donc une évolution majeure pour l'affiliée en termes d'autonomie de décision. C'est pourquoi, les statuts de cette dernière doivent prévoir expressément cette affiliation, ce qui implique son approbation par son assemblée générale extraordinaire.

De plus, l'article R. 322-161 du Code des assurances permet d'introduire dans les statuts de la SGAM une stipulation prévoyant que toute entreprise demandant son admission à la SGAM modifie au préalable ses statuts afin de reconnaître à la SGAM le droit de demander la convocation de l'assemblée générale et de proposer lors de celle-ci l'élection de

nouveaux candidats aux fonctions d'administrateur. Cette dernière disposition souligne l'étendue du pouvoir de la SGAM sur ses affiliés, puisque, en cas de conflit entre la SGAM et un affilié, la SGAM peut aller jusqu'à susciter un changement de gouvernance de l'affiliée. Elle en marque aussi les limites : l'assemblée générale des entreprises affiliées peut se voir proposer des candidats, mais elle reste souveraine pour élire ses représentants à son conseil d'administration.

Une autre limite reste le droit de l'affilié de se retirer de la SGAM. Ce droit est contraint au plan juridique par le pouvoir de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution d'approuver les affiliations à une SGAM, ainsi que les retraits et les exclusions de la SGAM, en considération de l'intérêt des assurés. De plus, la décision de retrait doit être votée par l'assemblée générale de l'affilié aux conditions de quorum et de majorité (2/3) des assemblées extraordinaires (39). Bien que sous contraintes justifiées par le besoin de stabilité du groupe, le droit de se retirer de la SGAM marque la différence de situation entre une filiale captive de sa société mère et l'affilié d'une SGAM qui, s'il a conservé les moyens de son indépendance, peut quitter le groupe de son propre chef.

Le système de gouvernance d'un groupe au moyen d'une SGAM qui vient d'être décrit a servi de modèle à l'UMG, structure de regroupement des mutuelles régies par le Code de la mutualité, introduite dans la législation en 2008. Le rôle et le fonctionnement de l'UMG sont régis par l'article L.111-4-2 et par l'article R. 115-2 du Code de la mutualité dans les mêmes termes que les dispositions du Code des assurances qui régissent la SGAM.

La SGAM et l'UMG ont été conçues à l'origine en vue de constituer des groupes d'entreprises d'assurance de la même famille, sociétés d'assurance mutuelles pour la SGAM, mutuelles du Code de la mutualité pour l'UMG, en y adjoignant éventuellement des entreprises de l'autre famille, voire des entreprises européennes du même type, cette dernière faculté n'ayant quasiment pas été employée.

Une innovation importante a été apportée en 2015 au régime des SGAM et des UMG par une modification des textes autorisant qu'une SGAM soit l'affiliée d'une autre SGAM ou d'une UMG et qu'une UMG soit l'affiliée d'une autre UMG ou d'une SGAM (40).

Ceci permet de construire des groupes rassemblant des entreprises de l'économie sociale et solidaire appartenant aux différentes familles de l'assurance et composés de plusieurs sous-ensembles eux-mêmes constitués d'entreprises de la même famille.

La SGAM et l'UMG ont permis la constitution de groupes de tailles diverses, dont des groupes très importants. Ainsi le groupe Covéa constitué en 2003 sous une SGAM rassemble de grandes mutuelles d'assurance, MAAF, Mutuelles du Mans et GMF, représentant un chiffre d'affaires de plus de 16 milliards d'euros. Plus récemment, le groupe VYV a été constitué en 2017 sous une UMG qui rassemble de grandes mutuelles du Code de la mutualité, MGEN, Istya et Harmonie Mutuelle, dont le chiffre d'affaires avoisine 9 milliards d'euros.

38) Code des assurances, art. R 322-161.

39) Code des assurances, art. R 322-66-1.

40) Cette faculté a été étendue à la société de groupe de protection sociale – SGPS- qui regroupe selon les mêmes règles que les SGAM et les UMG des institutions de prévoyance.

41) Le groupe des caisses d'assurance et de réassurance mutuelles agricoles Groupama est également doté depuis 2013 d'un organe central dont les missions sont similaires à celles des organes centraux bancaires.

42) Code monétaire et financier, art. L 511-30.

43) Code monétaire et financier, art. L 512-40 et L 512-207. La légalité de ce pouvoir prévu par les statuts de l'organe central du Crédit Mutuel a été reconnue par une décision du Conseil d'État du 9 mars 2018.

44) Code monétaire et financier, art. L 512-38 et L 512-108.

## B. Les groupes bancaires mutualistes ou coopératifs fonctionnant sous le contrôle d'un organe central (41)

Les groupes bancaires mutualistes ou coopératifs occupent une place très importante sur le marché bancaire par le nombre de clients et leur volume d'affaires. Trois d'entre eux figurent dans le classement des cinq premiers groupes bancaires français : le Crédit Agricole, le groupe BPCE (Banques Populaires, Caisses d'Épargne) et le Crédit Mutuel.

Au plan juridique, les banques qui les composent sont des sociétés coopératives régies par des textes spécifiques dont les associés sont leurs clients ou certains d'entre eux. Ces organismes sont nés d'initiatives de terrain et ont une assise territoriale, avec souvent un double échelon local et régional.

Pour prendre un exemple, le Crédit Agricole est composé de 39 caisses régionales et de plus de 2 400 caisses locales. Dans le passé, ces caisses étaient encore plus nombreuses. Le besoin de créer un organe au plan national est né de la nécessité d'assurer leur liquidité et leur solvabilité en organisant le soutien financier de celles qui rencontreraient des difficultés.

Les organismes centraux créés par ces groupes ont été institutionnalisés par la législation bancaire sous l'appellation générique d'« organe central ». La loi en définit les missions et désigne les organismes à qui elles incombent : Crédit Agricole SA, l'organe central des caisses d'épargne et des banques populaires, la confédération nationale du Crédit Mutuel (42).

Ces organismes sont soit des filiales détenues majoritairement par les banques régionales, soit une association loi de 1901 dans le cas du Crédit Mutuel.

En résumé, aux termes de l'article L. 511-31 dudit code, les organes centraux :

- représentent les établissements qui leur sont affiliés auprès de la Banque de France et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ;
- sont chargés de veiller à la cohésion de leur réseau et de s'assurer du bon fonctionnement des établissements pour garantir la liquidité de chacun de ces établissements comme de l'ensemble du réseau ;
- veillent à l'application des dispositions législatives et réglementaires propres à ces établissements et exercent un contrôle administratif, technique et financier sur leur organisation et leur gestion ;
- dans le cadre de ces compétences, peuvent prendre les sanctions prévues par les textes législatifs qui leur sont propres.

Ces missions sont précisées dans les dispositions du Code monétaire et financier propres à chacun des trois groupes. Pour deux d'entre eux (Crédit Agricole et BPCE) le code confère expressément à l'organe central le pouvoir d'agrèer les nominations des dirigeants des établissements affiliés et de les révoquer (43). L'organe central peut aussi révoquer collectivement le conseil d'administration des établissements affiliés dans le cas où l'établissement prendrait des décisions contraires aux dispositions légales et réglementaires ou aux instructions de l'organe central (44).

Les missions et les pouvoirs légaux conférés par la loi aux organes centraux visent à encadrer la gestion des

banques régionales. L'autonomie de décision de ces dernières se trouve donc limitée, ce qui peut paraître antinomique avec leur statut de société coopérative dont la source du pouvoir de décision réside chez ses clients sociétaires.

Cet encadrement se justifie, aux yeux des pouvoirs publics, par l'obligation d'assurer la sécurité des déposants, qui se comptent pas millions dans chacun de ces groupes. Vu des banques régionales, ces contraintes trouvent une contrepartie dans la sécurité financière qu'elles leur apportent et dans l'accès à des moyens mutualisés au niveau central qui seraient difficilement accessibles à des établissements de taille petite ou moyenne.

Le système de gouvernance des groupes à organe central est cependant loin d'être un système d'autorité verticale du central sur le régional. L'organe central a certes un pouvoir de contrôle sur les nominations de directeurs généraux des banques régionales, comme une société mère sur les dirigeants de ses filiales ; il a aussi, comme l'aurait une société mère sur ses filiales, le pouvoir de révoquer les conseils d'administration des banques régionales, mais ce pouvoir quasiment jamais exercé ne joue en pratique que comme une arme de dissuasion de ne pas dépasser les limites de l'acceptable pour le groupe.

Malgré l'importance de ses pouvoirs pour conduire le groupe, un organe central se trouve dans une situation très différente d'une société mère de sociétés de capitaux. En effet, la gouvernance de l'organe central procède des banques régionales qui contrôlent l'assemblée générale de l'organe central et donc les nominations au conseil d'administration et à la direction générale de celui-ci.

Le conseil d'administration de l'organe central est donc majoritairement composé de représentants des banques régionales qui s'appuient sur la légitimité de leurs représentants élus par les sociétaires.

Situé au carrefour du pouvoir de l'organe central et des affiliés, le conseil d'administration de l'organe central est donc le lieu où doivent se décider les compromis nécessaires dans un groupe coopératif ou mutualiste entre les exigences du collectif et la place laissée à l'initiative et à la responsabilité de ses affiliés.

## C. L'émergence de groupes d'entreprises contrôlées dans le secteur coopératif

Comme exposé plus haut, les groupements de coopératives au moyen d'unions de sociétés coopératives ne permet pas de garantir la stabilité de la gouvernance du groupe. Or cette stabilité est un élément important de la confiance qu'un groupe doit inspirer à ses partenaires commerciaux ou financiers.

La loi ESS a autorisé pour la première fois la création de groupements de sociétés coopératives reposant sur la détention majoritaire des droits de vote et du capital d'une société coopérative sur une autre. Cette innovation a vu le jour chez les coopératives de production. La loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 qui les régit permettait déjà temporairement qu'une société coopérative détienne plus de la moitié du capital d'une autre de ces sociétés à la suite d'une prise de participation. Mais cette situation ne devait pas durer plus de 10 ans et à l'issue de cette période, les voix

supplémentaires qui pouvaient lui être attribuées ne pouvaient avoir pour effet de lui conférer la majorité (45). Désormais, une société membre du groupement peut détenir jusqu'à 51 % des droits de vote au sein des autres sociétés du groupement (46). Les salariés de ces sociétés en perdent donc le contrôle. En contrepartie, ils deviennent associés de la société participante et doivent détenir ensemble un pourcentage de droits de vote de cette dernière supérieur à un seuil fixé dans les mêmes termes par les statuts des sociétés membres du groupement.

La décision de création d'un groupement est prise par accord unanime des sociétés fondatrices. Celles-ci et les sociétés qui viendraient se joindre ultérieurement au groupement doivent modifier leurs statuts pour y inscrire leur appartenance au groupement et modifier les dispositions entraînées par cette appartenance, comme la répartition de la part des excédents nets de gestion attribuée aux salariés, associés ou non (47).

Cette avancée vers la création de groupe de sociétés coopératives contrôlées vise à faciliter le développement des activités des coopératives de production en utilisant la forme coopérative plutôt qu'en créant des filiales commerciales.

Les coopératives de production peuvent en effet réaliser des opérations de croissance externe en acquérant des sociétés commerciales. En combinant les dispositions de la loi du 19 juillet 1978 qui permettent la transformation d'une société, quelle qu'en soit la forme, en société coopérative de production et la faculté de prendre une participation majoritaire en droits de vote dans une autre société coopérative, il est désormais possible de transformer en coopérative une société commerciale dont le capital est détenu par une coopérative. L'unité de philosophie d'entreprise est ainsi reconstituée.

Le premier des quelques groupements coopératifs créés depuis l'entrée en vigueur de la loi ESS s'est formé dans ces conditions (48), mais le texte est aussi applicable au cas de rapprochement de coopératives de production existantes.

## Conclusion

Ce survol rapide et non exhaustif des outils juridiques à la disposition des entreprises de l'économie sociale et solidaire pour former des groupes montre que le secteur des banques et des assurances est déjà doté de structures de « coordination centralisée » des décisions des entités du groupe qui est la fonction assurée par une société mère exerçant un contrôle sur ses filiales par la détention du capital.

Leur autorité sur les affiliés est par construction très différente de l'autorité descendante et à sens unique résultant du contrôle par la détention du capital. Organes centraux, UMG, SGAM conduisent le groupe selon un savant équilibre de poids et de balances puisque ces structures sont sous le contrôle des entreprises qu'elles ont pour fonction de conduire. Autre différence majeure : la filiale est captive, l'affilié volontaire a en droit, sinon en fait, le pouvoir de dénouer unilatéralement les liens qu'il a accepté d'établir avec le groupe.

Le succès durable de ces groupes sur leur marché montre que leur gouvernance est efficace, même si elle n'est pas à l'abri de difficultés dont les groupes d'entreprises à capitaux ne sont pas non plus exempts en cas de crises entre actionnaires (49).

Les coopératives de production ont choisi un mode de gouvernance de groupe renforcé qui peut paraître imiter le contrôle de filiales par le capital. Mais c'est au contraire pour éviter de se développer en créant des filiales dont les salariés ne sont pas associés qu'elles ont choisi cette voie. Cette approche est probablement spécifique à ces coopératives et son emploi éventuel chez d'autres types de coopératives demanderait des réflexions supplémentaires.

Si d'autres secteurs de l'économie sociale et solidaire souhaitent se doter d'outils de gouvernance de groupe renforcée, nul doute que leur recherche d'efficacité de leur gouvernance se placera sous le signe du principe démocratique dans lequel ces entreprises puisent, depuis leur création, leur dynamisme et leur capacité d'adaptation à leur environnement.

45) Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, art. 25.

46) Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, art. 47, quinquies.

47) Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978, art. 47 bis.

48) Voir [www.les-scic.coop/sites/fr/espace-presse](http://www.les-scic.coop/sites/fr/espace-presse) : la confédération générale des Scop annonce la création du premier groupement de Scop.

49) Le groupe de fédérations de caisses locales Arkea, membre de la confédération nationale du Crédit Mutuel, a déclaré son intention de prendre son indépendance par rapport au Crédit Mutuel (communiqué de presse Arkea du 19 juin 2018 – [www.arkea.com](http://www.arkea.com)).

**Retrouvez dès maintenant  
votre Journal en ligne sur**

***www.jss.fr***

**Connectez-vous avec votre numéro d'abonné**