1

La société commerciale au cœur de l'économie sociale et solidaire : pertinence ou altération ?



Marie CARRASCO-DAËRON,
docteur en droit,
membre du Centre de droit des affaires de l'université Toulouse 1 Capitole,
chargée d'enseignement à l'université Toulouse 1 Capitole

1 - **La naissance d'un concept alternatif à la logique capitalistique. –** Face à une crise récente du système capitaliste, qui a conduit, selon monsieur Hiez, à « une prise de conscience des problèmes structurels induits par le néo-libéralisme et a donc offert aux entreprises non capitalistes un nouvel écho » [1], l'économie sociale et solidaire (ESS) a montré sa capacité à s'adapter en adoptant un modèle alternatif à la logique capitaliste dominante. Aussi, les gouvernants ont-ils eu pour soucis d'encourager et de soutenir financièrement les acteurs de ce secteur porteur de richesses et d'emplois. Il s'avère que ce secteur représentait déjà en 2015 10,5 % de l'emploi français avec ses 221 325 établissements employeurs [2]. Longtemps resté dépourvu de véritable définition juridique [3], ce secteur en pleine expansion s'est ainsi récemment imposé au cœur des préoccupations législatives. La loi du 31 juillet 2014 [4] est venue définir la notion d'« économie sociale et solidaire » et fixer son périmètre juridique en le structurant avec « richesses » [5]. La multiplication des groupements appelés à y entrer est flagrante, mais les conditions à respecter à cette fin manquent de précision au moment de leur mise en application pratique.

2 - **Le rejet d'une structure nouvelle unique en faveur du conservatisme. –** En France, la loi précitée sur l'ESS a posé pour la première fois les bases d'une reconnaissance juridique de ce secteur que le Gouvernement français ne pouvait plus ignorer en raison de son poids croissant dans l'économie nationale. La création d'une structure juridique unique et homogène de l'entreprise de l'ESS, à l'instar de ce qui s'est fait dans certains pays d'Europe [6], a été d'emblée écartée au profit d'une définition construite à partir d'une élaboration de critères communs aux acteurs de l'ESS, correspondant à « une démarche légale inclusive » [7]. Conjuguer les particularités de chaque groupement a alors conduit à ce que les entreprises de l'ESS aient une grande variété.

3 - **L'intégration conditionnelle des sociétés commerciales. –** La grande nouveauté de cette réforme de 2014 [8] réside incontestablement dans le choix politique d'ouvrir le périmètre des entreprises de l'ESS aux sociétés commerciales [9]. Certes, l'entreprise n'est pas définie en droit français, ce qui permet d'étendre le concept à différentes entités. Mais une condition essentielle permet tout de même de qualifier une entité juridique d'entreprise : son activité économique [10]. Il en ressort que l'entreprise est un concept hétérogène. En ce sens, l'entreprise de l'ESS a une consistance non uniforme accentuée par la porte ouverte aux sociétés commerciales qui sont des groupements non historiques de l'ESS contrairement aux entités classiques telles que les coopératives, les associations, les fondations et les mutuelles. Il n'est alors plus question de distinguer les groupements par leur but lucratif ou non [11]. Pour autant, tandis que les personnes morales considérées comme classiquement appartenant à l'ESS bénéficient d'un laissez-passer de droit en raison de leur nature, les sociétés commerciales doivent répondre à des conditions spécifiques pour être considérées comme appartenant à l'ESS.

1. *D. Hiez, Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix : Rev. sociétés 2012, p. 671.*
2. *Conseil national des chambres régionales de l'économie sociale (CNCRES) : Panorama de l'ESS en France, éd. 2015, p. 1.*
3. *M.-P. Blin-Franchomme, L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau « sujet de droit naissant » : Rev. Lamy Dr. aff. 2013, p. 11, n° 88. – M.-H. Monsèrié-Bon, L'entrée des sociétés commerciales dans le secteur de l'économie sociale et solidaire : Actes prat. ing. sociétaire 2015, n° 139, p. 1. – P. Francoual, Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés... : Rev. Lamy dr. aff. juill. 2016, n° 117.*
4. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire : JO 1er août 2014, p. 12666, texte n° 2, n° 0176.*
5. *D. Hiez, La richesse de la loi Économie sociale et solidaire : Rev. sociétés 2015, p. 147.*
6. V. sur les initiatives tendant à concevoir un modèle d'entreprise sociale dans le monde anglo-saxon puis en Europe : *I. Baudet, Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français : RIODD, juill. 2016, Saint-Étienne, France. [<hal-01349950>].* – V. aussi sur l'influence anglo-saxonne : *M.-H. Monsèrié-Bon, Les nouvelles sociétés du secteur de l'économie sociale : progrès ou dévoiement ? : RLDA déc. 2013, n° 88. – B. Dondero, Vers la société-association ? : Bull. Joly Sociétés 2012, p. 1. – R. Mortier, Benefit corporation : a model for France : Actes prat. ing. sociétaire 2013, n° 128, p. 28.*
7. L'expression est empruntée à *M.-P. Blin-Franchomme, L'entreprise de l'économie sociale et solidaire : un nouveau « sujet de droit naissant », préc. note n° 3, p. 5.*
8. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 1, relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*
9. Les sociétés commerciales visées dans cette analyse sont les sociétés commerciales non coopératives qu'il faut distinguer faute de correspondre au même régime.
10. Il ressort de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une identification à la définition communautaire au sens du règlement européen n° 696/96 du Conseil européen du 15 mars 1993. Au sens du règlement n° 651/2014 de la Commission européenne, est considérée comme une entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique. Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique. Par ailleurs, aux termes du II de l'article 1er de la loi relative à l'ESS, sont considérées comme exerçant une activité économique, les personnes morales qui exercent des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange ou de consommation de biens ou de services.
11. V. sur la notion de but non lucratif n'excluant pas l'activité économique : *D. Hiez, Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, préc. note n° 1. – M. Coipel (dir.), Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés de la commercialité, in rapp. du 371e séminaire de la commission droit et vie des affaires de l'université de Liège des 20 et 21 mars 1985 : éd. Story Scientia, p. 93-248.*

4 - **Une société commerciale mutante en quête de légitimité. –** La société commerciale, par nature capitalistique, est en mutation. La maximisation des profits n'est plus le seul intérêt. Alors même qu'aux États-Unis les sociétés commerciales ont une culture philanthropique, notamment en cas de forts bénéfices où les classes fortunées soutiennent des fondations, en Europe, un fossé est historiquement marqué entre les groupements qui sont à but lucratif et ceux qui ont une finalité sociale. Faire coïncider une société commerciale et une entreprise appartenant à l'ESS soulève même la suspicion. Cette assimilation est donc encadrée par des critères d'appartenance afin d'éviter les dérives « d'éco-social-blanchiment » [12]. Le législateur a en effet eu pour souci d'exclure les sociétés adoptant seulement une apparence séduisante pour leur image d'acteur de l'ESS, en lieu et place d'une intégration fonctionnelle de cet objectif solidaire. Ces conditions ne sont vérifiées que pour ces sociétés commerciales, les groupements traditionnellement reconnus comme appartenant au domaine n'ont quant à eux pas à montrer « patte blanche » pour légitimer l'option ESS. La loi ouvre l'ESS aux sociétés commerciales, dès lors qu'elles intègrent ces conditions dans leurs statuts. Ces exigences sont directement inspirées de la définition retenue par les institutions européennes de l'entreprise sociétale mettant en exergue une finalité sociale, un but autre que le seul partage des bénéfices majoritairement consacré au développement d'activité, ainsi qu'un mode de gouvernance démocratique et participatif. Cet aspect conditionnel se retrouve également au niveau de l'obtention de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » [13] puisqu'il n'est décerné que sous réserve d'inclusion de règles de fonctionnement pour les sociétés commerciales alors même que les structures de l'ESS « de droit » bénéficient d'une présomption [14].

5 - **La place occupée par les sociétés commerciales dans l'ESS. –** L'intégration des sociétés commerciales dans le champ de l'ESS conduit à s'interroger sur les conséquences pratiques de cette ouverture. Deux ans après la réforme, les premiers chiffres publiés par les organismes de recensement des entreprises de l'ESS permettent de faire un premier bilan [15]. Il faudra cependant attendre quelques trimestres supplémentaires pour avoir une représentativité réelle, une fois les mises à jour réalisées. Les entreprises classiques (associations, mutuelles, fondations et coopératives) employant du personnel ont d'abord été intégrées, les autres entreprises non employeuses seront intégrées prochainement, quant aux sociétés commerciales de l'ESS, elles sont intégrées à partir d'un recoupement de fichiers directement transmis par les tribunaux de commerce chargés d'inscrire l'appartenance à l'ESS d'une société commerciale après vérification de la concordance des statuts. Il s'avère aujourd'hui que sur l'ensemble des établissements français référencés comme appartenant à l'ESS, seulement 124 sont des sociétés commerciales, soit 0,04 %, et ce, dans des domaines assez variés correspondant essentiellement aux services aux entreprises, à l'industrie, à la santé, à l'agriculture, au commerce équitable, au logement, au transport, à l'enseignement, à l'énergie, au recyclage, à la restauration, à la culture, à la banque et à la finance solidaire. L'ouverture aux sociétés commerciales a donc trouvé preneurs auprès d'entrepreneurs séduits par cette forme d'exercice, même si la part de ces sociétés commerciales reste réduite à peau de chagrin. Faute d'engouement, le succès n'est donc pas, pour l'heure, au rendez-vous. Mais l'intérêt de cette analyse est de se prononcer sur les aspects juridiques déterminés par le droit des sociétés pour laisser présager soit une stagnation du nombre de sociétés commerciales de l'ESS, soit au contraire une croissance favorisée par sa démocratisation. L'arsenal législatif contraignant du droit des sociétés permet-il de répondre en pratique aux exigences de conformité à la loi en l'absence de structure créée de toute pièce et en présence, au contraire, de la nécessité « de faire du neuf avec du vieux » ?

6 - Le droit des sociétés est diversiforme, certaines règles sont d'ordre public, d'autres sont supplétives en ne s'exprimant que dans le silence des associés. Les formes juridiques de sociétés elles-mêmes sont disparates selon qu'il s'agit plutôt d'une société de personnes, de capitaux ou encore d'une société « hybride » telle que la SARL. Le droit commun connaît également des évolutions qui ont des effets sur le droit spécial, ainsi en est-il de la récente réforme du droit des contrats [16] qui influe sur le contrat de société. Ces évolutions encouragent pour partie la mutation de la société commerciale et son adaptation aux exigences de l'ESS. En ce sens, le but de la société s'élargit en emportant avec lui des notions plus variées que le seul profit pécuniaire originairement poursuivi, ce qui permet aujourd'hui d'affirmer la pertinence de l'attrait de l'ESS pour une société commerciale **(1)**. Par ailleurs, la nécessité de moduler les règles contraignantes du droit des sociétés, pour correspondre à des fonctionnements de société moins conventionnels, mais en adéquation avec les exigences de l'ESS, conduit à une altération des schémas sociétaires classiques aux fins d'adaptabilité **(2)**.

1. La pertinence de l'attrait de l'ESS pour une société commerciale

7 - La société commerciale qui se tourne vers un mode alternatif économique y trouve des avantages pour son activité et pour la poursuite de son but. Le choix de ce domaine économique se fait donc pour partie au regard des contreparties favorables à l'intérêt social de la société commerciale **(A)**. Quant au but de la société, recoupant objet social et intérêt social, il est privé de définition juridique et connaît une forte évolution marquant la nécessité de s'adapter aux mutations économiques. Ainsi, l'évolution du but du contrat de société permet d'intégrer les finalités de l'ESS **(B)**.

A. - Les contreparties favorables à l'intérêt social de la société commerciale

8 - L'intérêt pour les sociétés commerciales de faire valoir leur appartenance à l'ESS s'exprime de plusieurs manières. Ce qui est certain c'est qu'à la base une aspiration propre à l'entrepreneur doit motiver son intérêt pour ce type d'économie. Ensuite, des avantages à différents niveaux peuvent aboutir à une option en faveur de l'ESS.

9 - **Les aspirations de l'entrepreneur. –** Dans un rapport interne d'abord, au sein de la société, l'avantage correspond à la possibilité d'opter pour un processus alternatif économique tout en maintenant la réalisation de bénéfices et une distribution partielle, ce qui est prohibé pour l'association [17]. L'entrepreneur soucieux de se diriger dans cette voie trouvera les outils juridiques permettant d'adapter sa structure à ses aspirations.

12. *I. Baudet, Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français, préc. note n° 6, p. 42.*
13. L'agrément « ESUS » est la nouvelle forme de l'agrément « entreprise solidaire ».
14. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 11, relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*
15. Les Chambres régionales de l'ESS (CRESS) se sont vues confier par l'article 6 de la loi du 31 juillet 2014 (dite « Loi ESS ») la publication et la tenue à jour de la liste des entreprises de l'ESS dont le siège social ou l'un des établissements est situé dans sa région. Les modalités de cette mission ont été précisées par le décret du 22 décembre 2015, conformément aux dispositions de la loi et du décret. Le réseau des CRESS a donc travaillé dès janvier 2016 à la mise en œuvre opérationnelle de cette nouvelle mission, en collaboration avec la délégation interministérielle à l'ESS et l'INSEE.
16. *Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016, texte n° 26, n° 35.*
17. L'association est définie à l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 : *« L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».*

10 - **Le faire-valoir éthique. –** Par ailleurs, dans un rapport externe, l'avantage est de pouvoir véhiculer une image bienveillante et moderne auprès des tiers. Il s'agit alors pour l'entrepreneur de faire valoir ses principes éthiques, d'en diffuser l'appartenance et de favoriser l'image de la société.

11 - **Les retombées en termes de durabilité du groupement. –** Au-delà de ces considérations philanthropiques, c'est le régime adopté qui sera un avantage pour l'entreprise dans un objectif de durabilité. En ce sens, il est possible de faire le lien avec les coopératives où l'interdiction de distribuer tous les bénéfices réalisés assure une durabilité de l'entreprise [18] comme cela pourrait être le cas pour les sociétés commerciales.

12 - **Les retombées en termes d'aides financières. –** Enfin, le législateur a prévu quelques avantages emportant des retombées financières qui peuvent sembler non négligeables, mais certainement insuffisamment convaincantes pour attirer dans ce programme social et solidaire des acteurs économiques ancrés dans le capitalisme. Madame Blin-Franchomme rappelle que la loi du 31 juillet 2014 avait pour objectif de « donner un socle juridique pour l'ESS, en définissant les entreprises qui entrent dans son périmètre, afin notamment de sécuriser et développer leur accès à des soutiens financiers » [19]. L'attractivité du régime est alors essentiellement exprimée dans la possibilité d'accéder à des financements spécifiques publics et privés exclusivement réservés aux structures de l'ESS. Il en est ainsi de BPI France avec les PESS [20], de l'État (opérateur Caisse des Dépôts) avec les PIA ESS [21], de Amundi avec une participation sous forme d'apport en capital et billet à ordre, des aides régionales au développement économique des entreprises de l'ESS, ou encore des plateformes de crowdfunding type Anaxago, SmartAngeks ou Wissed pour la prise de participation au capital ou Spear, Babyloan et Prêt de chez moi pour le microcrédit [22].

En outre, les sociétés commerciales qui feront la demande de l'agrément « ESUS » [23] bénéficieront d'un accès au financement à partir de plusieurs dispositifs de collecte d'épargne solidaire. Ainsi en est-il de l'épargne salariale solidaire. Il sera possible pour ces sociétés d'avoir des fonds propres nécessaires à leur changement d'échelle. Pour les personnes investissant dans ces structures, elles bénéficieront de réduction d'impôt.

13 - Si l'ESS est un statut relativement séduisant susceptible de correspondre aux aspirations des fondateurs de sociétés commerciales, et ainsi, d'accroître le nombre de sociétés commerciales se revendiquant appartenir à l'ESS, c'est une évolution des composantes du contrat de société qui en permet la réalisation.

B. - L'évolution du but du contrat de société permettant d'intégrer les finalités de l'ESS

14 - **La concordance entre l'utilité sociale et la définition de la société : la diversification des finalités de la société. –** Historiquement, le partage des résultats de la société mettait en lumière le caractère lucratif du but de la société. Dans le célèbre arrêt Caisse rurale de Manigod du 11 mars 1914 [24], les chambres réunies de la Cour de cassation ont défini ce bénéfice comme le gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés. En l'absence de partage de gain entre les associés, le juge avait déduit qu'il n'y a pas de bénéfice, alors même qu'une économie était réalisée. Ce n'est qu'avec la loi du 4 janvier 1978 [25] que cette notion a évolué avec la modification de l'article 1832 du Code civil. Le partage des bénéfices a été complété par un autre objectif alternatif : la réalisation d'une économie. Désormais, la société est créée : « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

La loi du 31 juillet 2014 [26] a accentué cette orientation en permettant aux sociétés commerciales de se détourner d'un objectif exclusivement axé sur le partage des bénéfices. Directement inspirée par la définition de l'arrêt du 11 mars 1914 précité, elle ouvre la voie à la constitution d'une société dans le but de réduire le coût d'une opération ou d'en amortir l'impact pour ses promoteurs. Depuis 2014, c'est la pérennité de l'organisation qui correspond à la notion d'économie lorsqu'elle est sous-tendue par l'idée de solidarité.

15 - **De l'intérêt social à l'utilité sociale. –** En outre, les statuts de la société doivent intégrer l'utilité sociale [27] dans l'objet social de la société. Cette condition d'octroi de la qualité d'entreprise ESS permet alors de pallier les difficultés d'intégration de l'aspect social et solidaire au sein des sociétés commerciales. Par exemple, l'une des difficultés porte sur la question de savoir si un dirigeant engage valablement la société lorsqu'il passe des actes au nom de la personne morale qui constituent des mesures dépourvues d'intérêt pécuniaire et des dépenses non obligatoires.

Il faut rappeler que le dirigeant engage la société par les actes qu'il passe conformément à l'objet social pour les sociétés à risque illimité (telles que la SNC parmi les sociétés commerciales) et dans le respect de l'intérêt social. Sur ce point, il est difficile de fixer clairement les limites, car le droit ne définit pas ce qu'est l'intérêt social [28]. La référence à l'article 1833 du Code civil, selon lequel *« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »* pourrait tendre à convaincre que l'intérêt social n'est que l'intérêt commun des associés. L'intégration de l'utilité sociale dans la définition de l'objet permettra de légitimer les décisions et actes pris en ce sens en attendant une évolution de la rédaction de cet article tendant à élargir la notion d'intérêt social à un intérêt général [29].

16 - L'intérêt social apparaît d'ailleurs pour l'heure protéiforme. En effet, la jurisprudence a modulé ce concept au gré des besoins afin de vérifier que les organes sociaux agissent dans l'intérêt de la société. Cet impératif de conduite difficilement définissable divise

18. V. sur les réserves impartageables en tant que clef d'une entreprise durable : *P. Francoual, Les réserves impartageables, une voie pour l'entreprise sociale et durable, in entreprise et développement durable, nouveaux acteurs, nouvelles responsabilités : Rev. int. Compliance 2016, p. 11.*
19. *M.-P. Blin-franchomme, La reconnaissance légale de l'entreprise sociale et solidaire, in Entreprise et développement durable, nouveaux acteurs, nouvelles responsabilités : Rev. int. Compliance 2016, p. 9.*
20. Banque Publique d'Investissement issue de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, elle négocie des Prêts pour les Entreprises Sociales et Solidaire (PESS) sous forme de prêts participatifs.
21. Projet d'investissement d'avenir (PIA ESS) sous forme de prêts participatifs.
22. V. sur les crowdfunding : *S. Sabathier, Le nouvel investisseur en financement participatif, in entreprise et développement durable, nouveaux acteurs, nouvelles responsabilités : Rev. int. Compliance 2016, 2016, p. 14.*
23. Les entreprises et organismes de l'ESS sont éligibles à l'agrément « entreprises solidaires d'utilité sociale » (ESUS), si elles remplissent un certain nombre de conditions visées à l'article L. 3332-17-1 du Code du travail. – V. sur ce point : *X. Delpech, Entrée en vigueur de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » : Dalloz actualités, 7 juill. 2015. – V. aussi : Agrément « ESUS », le nouvel agrément « entreprise solidaire », in Note juridique et réglementaire à destination des entreprises : CNCRES, août 2015.*
24. *Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, inédit ; DP 1914, I, p. 257, note L. Sarrut.*
25. *L. n° 78-9, 4 janv. 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil : JO 5 janv. 1978, p. 179.*
26. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*
27. *M. Parodi, L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale : RECMA 2010, n° 315, p. 40.*
28. V. sur la notion d'intérêt social : *T. Favario, L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale : CDE 2013, p. 48. – S. Rousseau et I. Tchotourian, L'« intérêt social » en droit des sociétés : Rev. sociétés 2009, p. 735. – D. Poracchia et D. Martin, Regards sur l'intérêt social : Rev. sociétés 2012, p. 475. – A. Constantin, L'intérêt social : quel intérêt ?, in études offertes à B. Mercadal : F. Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. p. 320 s., n° 9 s. – J. Paillusseau, La modernisation du droit des sociétés commerciales « Une reconception du droit des sociétés commerciales » : D. 1996, p. 287, spéc. n° 17. – B. Basuyaux, L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales : LPA 6 janv. 2005, p. 3, n° 4.*
29. Le projet de loi sur la croissance et l'activité, dit projet « Macron » contenait une disposition emportant la réécriture de l'article 1833 du Code civil *(Projet, art. 83)*. La nouvelle formule prévoyait un intérêt général ainsi rédigé : *« [La société] doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental »*.

la doctrine. D'abord, pour certains, la conception contractuelle l'emporte, l'intérêt social étant l'intérêt des associés. Ce qui est décidé à l'unanimité des associés devrait toujours être validé. Ensuite, une conception inspirée de la doctrine de l'entreprise affirme que le respect de l'intérêt social s'exprime au travers du respect de l'intérêt de l'entreprise en tant que réalité économique, humaine et financière. L'intérêt social renverrait à l'intérêt de l'entreprise qui se composerait de l'intérêt des associés, certes, mais aussi de toutes les parties prenantes : salariés, créanciers, fournisseurs [30]... Enfin, d'un point de vue institutionnel au contraire, l'intérêt social est propre à la société et transcende celui des associés, le respect du pacte social est alors au cœur des préoccupations. Dans ce contexte, une décision unanime des associés peut ne pas suffire si elle est en contradiction avec l'intérêt propre de la société. Il est alors nécessaire d'apporter quelques précisions à cette problématique dans la mesure où la jurisprudence se prononce différemment selon les types de sociétés.

17 - En effet, si la règle générale est qu'un acte contraire à l'objet social n'engage pas la société à risque illimité *(C. civ., art. 1849)* afin de protéger ses associés, une décision unanime de ces derniers ou une communauté d'intérêts peut suppléer cette contrariété à l'objet social [31]. Mais encore faut-il dans ces dernières hypothèses que l'acte ne soit pas contraire à l'intérêt social au risque d'entraîner sa nullité [32]. Pour les sociétés à risque limité, le dirigeant doit respecter l'objet social, mais dans les rapports avec les tiers, il engage valablement la société par les actes qui n'entrent pas dans l'objet social sauf à démontrer la mauvaise foi du tiers qui avait connaissance de ce dépassement [33]. Concernant la contrariété à l'intérêt social dans les sociétés à risque limité, la volonté de favoriser la protection des cocontractants dans le droit fil de l'article 10 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 [34] conduit la Cour de cassation à affirmer que « la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas en elle-même une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL à l'égard des tiers » [35]. Ce rejet de cette cause générale de nullité peut s'expliquer, par le besoin, comme la jurisprudence l'a affirmé, de sécuriser les engagements avec les tiers, mais aussi, du fait de l'existence de garde-fous déjà prévus par le législateur concernant la conclusion de sûretés par une société à risque limité [36]. Ainsi, l'exposé de cette jurisprudence conduit à distinguer parmi les sociétés commerciales de l'ESS celles qui choisiront une forme entraînant une responsabilité illimitée des associés, de celles qui entraîneront une responsabilité limitée. De là, la liberté des dirigeants d'agir conformément à l'objet social qui inclut une utilité sociale pourra se trouver limitée par la préservation de l'intérêt social pour les sociétés à risque illimité, telles la SNC. Au contraire, pour les autres sociétés commerciales de l'ESS ayant choisi une forme sociétaire à risque limité, ces actes seront valables, mais la responsabilité du dirigeant pourrait être engagée par les associés pour non-respect du pacte social. Cela pourrait être le cas lorsqu'un dirigeant passe des actes dans le cadre de l'utilité sociale de l'activité au sens « intérêt général » qui se distingue de l'intérêt social « du groupement ». En intégrant cette utilité sociale dans l'objet social, les difficultés sont surmontées puisque le dirigeant, en agissant dans ce but, agira conformément à l'objet social, le pacte sera respecté et sa responsabilité ne pourra pas être engagée sur ce fondement.

18 - Il faut donc en conclure que l'utilité sociale intégrée à l'objet social permet d'étendre le champ d'intervention du dirigeant au sein des sociétés à risque limité puisque si l'acte engage la société envers les tiers, la responsabilité du dirigeant peut être engagée par les associés en cas de préjudice social causé par un dépassement des pouvoirs. Intégrer les actes ayant une utilité sociale aux pouvoirs des dirigeants allège donc leur responsabilité. Pour les sociétés à risque illimité, cette intégration permet d'étendre le domaine de la validité des actes passés par un dirigeant, lesquels, pour engager la société, doivent être conformes à l'objet social ou conformes à une décision unanime des associés ou à une communauté d'intérêts, et ce, dans le respect de l'intérêt social. Ainsi, l'intérêt de cette inclusion statutaire est d'étendre les pouvoirs du dirigeant pour valablement engager la société par les actes utiles socialement au sens de l'intérêt général, mais ceci n'est pas suffisant. Ils devront également être conformes à l'intérêt social pour engager la société. L'acte favorable à l'utilité sociale ne devra donc pas mettre en péril la pérennité de la société à risque illimité. La réforme sur la définition de l'intérêt social abandonnée pour l'instant [37] permettrait quant à elle d'élargir la notion d'intérêt social à l'intérêt général et ainsi les actes ayant une utilité sociale engageraient systématiquement la société à risque illimité dès lors qu'elle contiendrait cet objectif dans ses statuts, c'est-à-dire pour toutes les sociétés commerciales à risque illimité de l'ESS.

19 - En outre, la nouvelle rédaction de l'article 1145 du Code civil [38], précisant que la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par les statuts, renforce le principe de spécialité de l'objet social. En ce sens, l'objet n'est plus suffisant pour mesurer la capacité des personnes morales à engager la société par les actes qui sont passés en son nom. Pour autant, cette nouvelle contrainte ne semble pas compromettre l'avenir des sociétés commerciales de l'ESS dans la

30. *J. Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés : JCP E 1995, I, 488.*
31. V. concernant la validité d'une sûreté consentie suite à une décision unanime des associés dans l'intérêt du groupe et sans contrariété à l'intérêt social : *Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760, inédit : Dr. sociétés 2015, comm. 87, note H. Hovasse ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 260, note P. Dupichot.* – V. concernant une communauté entre la société caution et le débiteur permettant de sauver la sûreté : *Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-26.968, inédit : Rev. sociétés 2012, p. 109, obs. S. Prévost.*
32. *Cass. com., 8 nov. 2011, inédit ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 297, n° 172, note F.-X. Lucas ; Dr. sociétés 2012, comm. 6, H. Hovasse ; D. 2011, p. 2866, obs. A. Lienhard ; D. 2012, p. 415, note E. Schlumberger ; Rev. sociétés 2012, p. 238, note A. Viandier ; RTD com. 2012, p. 358, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; RD bancaire et fin. 2012, comm. 8, A. Cerles.* – V. concernant une sûreté consentie en accord avec l'objet social mais contraire à l'intérêt social : *Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bull. civ. IV, n° 142 ; Dr. sociétés 2014, comm. n° 185, H. Hovasse ; Rev. sociétés 2014, p. 714, note A. Viandier ; RTD com. 2015, p. 123, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; D. 2015, p. 996, obs. T. Gauthier ; D. 2015, p. 140, note D. Robine.* – V. aussi le ralliement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation à ce raisonnement concernant un cautionnement autorisé par une décision unanime des associés mais contraire à l'intérêt de la société : *Cass. 3e civ., 12 sept. 2012, n° 11-17948 : Bull. civ. III, n° 121 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 831, n° 474, note D. Poracchia ; Dr. sociétés 2012, comm. 178, note R. Mortier. – V. sur la position antérieure de la troisième chambre civile de la Cour de cassation : Cass. 3e civ., 1er déc. 1993, n° 91-16.327, inédit : Dr. sociétés 1994, comm. 138, obs. H. Le Nabasque.*
33. *C. com., art. L. 223-18 (pour les SARL). – C. com., art. L. 225-56 (pour les SA). – C. com., art. L. 226-7 (pour les SCA). – C. com., art. L. 227-6 (pour les SAS).*
34. *PE et Cons. UE, dir. 209/101/CE, 16 sept. 2009, ayant codifié la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, Article 10.*
35. *Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504, n° 14-11.028, en cours de publication au bulletin : JCP G 2016, 174, n° 5, note F. Deboissy et G. Wicker ; L'Europe au secours des sûretés pour autrui consenties par les sociétés de capitaux : BJS 2015, n° 114j3, p. 609, note P. Dupichot ; RD bancaire et fin. 2015, comm. n° 124, A. Cerles.*
36. V. not. l'interdiction à peine de nullité des cautions, avals et par extension garanties, couvrant les engagements des mandataires sociaux personnes physiques *(C. com., art. L. 225-43* pour les SA à conseil d'administration et C. com., art. L. 225-91 pour les SA à directoire et conseil de surveillance et *C. com., art. L. 227-12* sur renvoi à *C. com., art. L. 225-43* pour les SAS*)* ; les engagements des mandataires sociaux et associés personnes physiques *(C. com., art. L. 223-21 pour la SARL)* ; l'autorisation par le conseil d'administration ou le directoire des cautions, avals et garanties consenties par la société, à peine d'inopposabilité de la sûreté *(C. com., art. L. 225-35, al. 4 et C. com., art. L. 225-68, al. 2).* – V. aussi concernant l'application à la sûreté du régime des conventions réglementées *(C. com., art. L. 225-38* pour les SA à conseil d'administration ; *C. com., art. L. 225-86* pour les SA à conseil de surveillance et directoire ; *C. com., art. L. 227-10* pour les SAS et *C. com., art. L. 223-19* pour les SARL*)*.
37. V. Projet de loi sur la croissance et l'activité, dit projet « Macron », *art. 83, préc. note n° 29.*
38. Article modifié par *Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, art. 2, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. note n° 16.*

mesure où leur identification au registre du commerce et des sociétés est soumise à l'apposition de mentions précises dans les statuts incorporant l'utilité sociale en tant que but poursuivi par l'œuvre commune. Tous les actes conformes à ce but d'utilité sociale seront favorables à la réalisation de l'objet social qui comporte précisément cette mention.

20 - **La rédaction guidée de l'objet social. –** Si l'utilité sociale doit être intégrée dans les statuts, comment procéder en pratique dans le silence de la loi du 31 juillet 2014 ? C'est le décret du 13 juillet 2015, entré en vigueur le 1er janvier 2016 [39] qui précise les mentions que doivent contenir les statuts d'une société commerciale souhaitant obtenir la qualité d'entreprise de l'ESS. Plus précisément, l'article 1er de ce décret précise que les statuts doivent contenir un article définissant l'objet social de la société lequel doit faire référence à l'un des trois objectifs de la définition d'utilité sociale définie à l'article 2 de la loi du 31 juillet 2014 [40]. L'objet social de la société doit donc viser une finalité sociale telle que décrite dans la loi. Il s'agit, d'une part, du soutien apporté à des personnes en situation de fragilité. Il s'agit, d'autre part, de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, à la préservation du lien social et à la cohésion territoriale. Enfin, le concours au développement durable est également intégré dans la définition de la finalité sociale englobant les objectifs de transition énergétique, de solidarité internationale... Mais cette dernière finalité n'est pas suffisante pour obtenir le label d'entreprise de l'ESS, un but social devra être corrélativement poursuivi afin de ne pas ouvrir le champ de l'entreprise de l'ESS à des sociétés commerciales mettant en place des mesures environnementales sans utilité sociale. Comme l'a précisé Madame Baudet : « Il ne suffit pas d'une bonne gouvernance et d'activités caritatives pour qu'une société soit ESS » [41]. En ce sens, un fabricant de panneaux photovoltaïques ayant une activité intégrant le développement durable ne sera une société de l'ESS que si elle favorise le lien social, l'inclusion sociale ou qu'elle apporte son soutien à un public fragilisé [42].

21 - Si une telle mention doit être insérée dans l'objet social au sein des statuts, aucune difficulté ne semble ressortir de cette obligation dans la mesure où la mention peut revêtir l'une des formes rédigées selon la loi, des documents officiels aident d'ailleurs à cette rédaction [43]. C'est notamment un point qui ne soulève pas de difficulté pour les fondateurs de sociétés commerciales de l'ESS [44].

Des difficultés surgissent en revanche dans l'appréciation de l'utilité sociale lors de la demande de l'agrément « ESUS ». Une instruction du 20 septembre 2016 [45] précise ce concept. Il est cependant surprenant de voir qu'il est fait référence à une « utilité sociale substantielle » en décalage avec les termes de la loi. En effet, l'article 2 de la loi de 2014 vise quant à lui une « utilité sociale à titre principal ». Il est évident que la volonté de réserver l'accès à des financements spécifiques, dont l'épargne salariale, s'oppose à agréer des sociétés qui n'exerceraient une activité sociale que de manière marginale. En ce sens, un garde-fou est matérialisé par la vérification d'un poids suffisant de l'utilité sociale dans l'activité de l'entreprise (66 % des charges d'exploitation) ainsi que par la vérification d'un impact sur la rentabilité financière portant sur une renonciation à rémunérer ses fonds propres ou quasi-fonds propres au-delà du seuil TMO + 5 % (soit 5,80 % en juin 2016) [46].

22 - La mise en exergue de la concordance possible entre les aspirations à une économie alternative telle que permise par l'ESS et celles poursuivies par une société commerciale permet de conclure en une pertinence qui donne du sens à l'intégration des sociétés commerciales dans le champ des entreprises de l'ESS. Par ailleurs, les règles du pacte social s'en trouvent profondément modulées, conduisant à y voir une altération des schémas sociétaires tels qu'ils sont encore entendus aujourd'hui.

2. L'altération des schémas sociétaires aux fins d'adaptabilité

23 - La maximisation des profits n'est plus le seul intérêt des sociétés commerciales. Cette évolution permet alors à ces groupements d'entrer dans le champ de l'ESS. Même si l'engouement pour ce type de structures n'est pas encore prégnant, de plus en plus de créateurs veulent se lancer et donner vie à des projets d'utilité sociale pour changer le monde à leur échelle. Ces nouveaux entrepreneurs se dirigent vers les sociétés commerciales selon différents critères rendant optimal le choix de la société commerciale. Mais ils s'interrogent alors sur le contenu des statuts, quelles sont les clauses à envisager pour servir au mieux leur finalité ? Monsieur Sibille a ainsi pu exprimer l'importance de ce choix statutaire en énonçant « Dis-moi quelle est ta finalité, quel est ton modèle économique, quelle est ta gouvernance et je te dirai quel statut choisir » [47]. Une fois l'objet social rédigé conformément à ce qui a été vu précédemment, des limites doivent être intégrées à deux niveaux. Il s'agit d'encadrer, d'une part, la gouvernance qui se révèle alors être hétérogène du fait des disparités dans les modèles de sociétés **(A)** et d'encadrer, d'autre part, de manière contraignante la distribution des richesses **(B)**.

A. - L'adaptation hétérogène du modèle de gouvernance des sociétés commerciales

24 - **Une gouvernance démocratique et participative. –** La finalité sociale de l'entreprise de l'ESS nécessite selon les dispositions adoptées par le législateur avec la loi du 31 juillet 2014 d'opter pour un modèle de gouvernance non basé sur la détention du capital, et ce, afin d'assurer la réalisation du projet social et d'en être le garant. Le décret du 13 juillet 2015 est venu préciser le contenu de ces obligations [48]. Une entreprise sociale est alors une entité qui place l'efficacité économique au service de l'intérêt général. Pour identifier ces sociétés à finalité sociale, le législateur impose des conditions spécifiques qui n'existent pas pour les groupements traditionnels (associations, coopératives, fondations et mutuelles). Ces conditions sont inspirées de la définition retenue par les institutions européennes de l'entreprise sociale « dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du

39. *D. n° 2015-858, 13 juill. 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire : JO 16 juill. 2015, p. 12080.*
40. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 2, relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*
41. *I. Baudet, Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français, préc. note n° 6, p. 44.*
42. Exemples donnés lors des débats parlementaires.
43. V. en ce sens les modèles de rédaction de mentions statutaires en matière d'agrément « ESUS » correspondant à la nécessité d'insérer une utilité sociale dans l'objet social qui est une condition commune à l'obtention de l'agrément et à l'obtention de la qualité de société commerciale de l'ESS : Annexe 2, « Exemples et suggestions de dispositions statutaires répondant aux exigences légales et réglementaires de l'instruction ministérielle », in Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS), 20 sept. 2016. *[circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2016/09/cir_41318.pdf]*
44. *V. not. l'entretien avec P. Durand, Retour d'expérience : Humaid une société commerciale de l'ESS, in Note juridique et réglementaire Sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : CNCRES, 8 sept. 2016, p. 5.*
45. Le ministre de l'Économie et des Finances ; La ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS), 20 sept. 2016.
46. V. pour des précisions sur les impacts sur la rentabilité financière et sur le compte de résultats : *Publication de l'instruction en vue de la mise en œuvre de l'agrément « ESUS », entreprise solidaire d'utilité sociale, in Note juridique et réglementaire à destination des entreprises : CNCRES, oct. 2016, p. 4.*
47. *H. Sibille, Choisir la forme juridique adaptée à son projet, in Le guide des créateurs d'activité d'utilité sociale, AVISE. – Agence de valorisation des initiatives socio-économiques, 2015, p. 3.*
48. *D. n° 2015-858, 13 juill. 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 39.*

profit pour ses propriétaires ou ses partenaires, qui utilise ses excédents principalement pour réaliser ces objectifs sociaux, qui est gérée par un entrepreneur social de manière responsable, transparente et innovante, notamment en associant les employés, les clients et les parties prenantes concernées par ses activités » [49]. Tout d'abord, une finalité sociale doit être mise en œuvre, cela a été vu dans l'élaboration de l'objet social. Ensuite, un but autre que le seul partage des bénéfices majoritairement consacré au développement de l'activité doit être poursuivi. Enfin, un mode de gouvernance démocratique et participatif doit être mis en œuvre.

25 - Concernant ce mode de gouvernance, l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 s'exprime en ces termes : *« Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise »*. En l'absence de précision quant aux modalités de gouvernance que doivent adopter les sociétés commerciales de l'ESS, il revient à chaque structure d'imaginer son propre modèle selon la forme sociétaire choisie.

Ainsi, les sociétés commerciales de l'ESS sont soumises à un modèle d'organisation et d'exercice du pouvoir qui repose sur un modèle démocratique et multipartenarial. Contrairement aux sociétés de droit commun où la maîtrise des décisions appartient à l'associé ou l'actionnaire dont le droit de vote, à défaut de clause statutaire contraire, est proportionnel à l'apport en capital, les organisations de l'ESS associent d'autres personnes que des investisseurs et chaque membre a un droit de vote selon le principe « un homme, une voix » [50]. Les sociétés commerciales de l'ESS doivent ainsi organiser et définir dans leurs statuts cette gouvernance démocratique. Elles doivent alors identifier les parties prenantes et envisager leur degré de participation dans la gouvernance pouvant aller de leur simple présence avec ou sans avis consultatif, jusqu'à leur participation par le vote avec la possibilité d'opter comme dans la société coopérative d'intérêt collectif pour une pondération des voix en fonction de leur participation à l'activité.

26 - Ce flou juridique est à la fois créateur de liberté et d'inquiétude et contribue certainement au manque d'engouement pour ce type de structure. En effet, l'entrepreneur risque de ne pas opter pour la société commerciale de l'ESS, alors même qu'elle pourrait correspondre à son projet économique, faute de maîtriser les rouages du droit des sociétés et les possibilités que celui-ci lui offre de mettre en œuvre.

27 - **La disparité légale dans la désignation des organes de gouvernance. –** En outre, le droit des sociétés n'est pas égalitaire pour les différentes sociétés commerciales puisqu'elles ne bénéficient pas de la même adaptabilité en termes de définition des organes de gouvernance.

En effet, si la SAS, dont le seul organe imposé est le président [51], permet une grande liberté dans la création des organes répondant à cette nécessité de gouvernance démocratique, ce n'est pas le cas des autres sociétés commerciales telles que les SA et les SARL dont les organes de direction sont prévus par la loi. Il est ainsi possible pour une SAS de nommer un président et d'y ajouter un comité stratégique ou de pilotage. Pour une SA selon qu'elle sera de type moniste [52] ou dualiste [53], ses organes seront créés conformément à la loi, à savoir pour la première que les actionnaires détermineront le conseil d'administration, lequel désignera le président-directeur général (ou le président et le directeur général), pour la seconde, les actionnaires désigneront le conseil de surveillance qui nommera son président, le directoire et le président du directoire. Pour la SARL, la loi détermine que la direction est assurée par un gérant [54], il sera recommandé de lui adjoindre un comité de pilotage.

28 - Par ailleurs, l'implication des parties prenantes dans les sociétés commerciales est rendue possible par différentes fonctionnalités, en particulier la possibilité de cumuler un contrat de travail et un mandat social à condition que la distinction entre le contrat de travail et le mandat soit effective, à défaut de lien de subordination pour le contrat de travail, celui-ci serait suspendu pour le temps du mandat. Cette possibilité sera cependant limitée dans les SA puisque le nombre d'administrateurs salariés doit être inférieur au tiers des administrateurs *(C. com., art. L. 223-18)*.

Ensuite, des comités ad hoc en plus des instances de gouvernance encadrées par la loi pourront être créés : comité de direction, stratégique, de pilotage, d'usagers...

Encore, la création d'une charte propre à chaque partie prenante peut permettre de mettre en exergue des finalités à ne pas négliger : la charte des associés, des fournisseurs, des partenaires...

29 - **La disparité légale dans les modalités de prise de décision. –** Enfin, la gouvernance participative pourra être assurée par une prise de décision non respectueuse d'une participation proportionnelle aux apports et un droit intangible à l'information. Toutes les sociétés commerciales n'offrent pas les mêmes possibilités sur ce point. En effet, la SAS est un type de société permettant précisément de dissocier dans les statuts la notion de pouvoir de celle du capital détenu, permettant ainsi de créer des collèges d'associés pour apporter un équilibre entre les différents intérêts en jeu. De plus, il est possible dans une SAS de plafonner les droits de vote des associés via une clause statutaire et de créer des catégories d'actions ouvrant des droits de vote limités à certaines décisions ou ayant des poids différents. C'est certainement cette flexibilité, retrouvée à plusieurs niveaux concernant la SAS, qui explique la prédominance de cette forme de société commerciale. Les chiffres du CNCRES montrent que sur 128 sociétés commerciales de l'ESS en France au troisième trimestre 2016, 78 % sont des SAS, soit en leur forme pluripersonnelle, soit unipersonnelle *(C. com., art. L. 225-22)*. Aussi, ce type de société paraît-il être particulièrement bien adapté au besoin de créer un contrat de société respectueux d'une économie alternative. Il faut rappeler que la SAS est une jeune société issue de la loi du 3 janvier 1994 [55] mettant en œuvre une société par actions d'essence contractuelle répondant aux critiques de rigidité et de pesanteur exprimées à l'encontre du modèle de la société anonyme conçu par la loi du 24 juillet 1966. Le législateur a parachevé la rupture ainsi créée avec cette rigidité et cet encadrement législatif qui sous-tend en France le régime des sociétés par actions, en la rendant unipersonnelle au gré de la volonté de son fondateur. Ainsi, la pratique de l'actionnariat est accessible aux entreprises de petite ou de moyenne taille. La place laissée dans ce type de société à la volonté des parties permet de faire coïncider l'esprit de la société commerciale et celui de la finalité sociale, expliquant l'engouement pour cette forme d'exercice.

49. *Commission européenne, l'initiative pour l'entrepreneuriat social de la Commission européenne, mai 2014, accessible :* [ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/sbi-brochure/sbi-brochure-web_fr.pdf].
50. V. not. sur la séparation et l'équilibre des pouvoirs : *Conseil supérieur de l'Économie sociale et solidaire, Notice détaillée du guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire, Livret 2, juin 2016, p. 6.* [www.esspace.fr/files/pdf/diess-bro-a4-notice.pdf].
51. Au sein de la SAS, une exigence d'unité fonde la direction de la société que l'article L. 227-6 du Code de commerce confie à un président.
52. Au sein de la société anonyme classique, selon les articles L. 225-35 et L. 225-51-1 du Code de commerce, le pouvoir de gestion de la société est dévolu au directeur et directeur général délégué sous l'impulsion du conseil d'administration.
53. Au sein de la société anonyme moderne, selon l'article L. 225-57 du Code de commerce, la direction est assurée par un directoire sous le contrôle permanent d'un conseil de surveillance.
54. La liste des entreprises de l'ESS a été consultée après sa mise à jour du troisième trimestre 2016 : *[http://liste-entreprises.cncres.org/]*.
55. *L. n° 94-1, 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiées : JO, 4 janv. 1994, p. 129, n° 2.*

30 - Dans les SARL et les SA, la dissociation de la notion de pouvoir de celle du capital détenu est plus limitée, il en est de même concernant le droit d'information qui est largement défini par la loi. En effet, le principe est que les associés ont un nombre de voix proportionnel au pourcentage de capital détenu. Il est cependant possible, dans la SA, de créer des actions de préférence qui peuvent accorder plus de voix ou au contraire ôter un droit de vote.

Mais les règles ne sont pas pour autant incompatibles. La prise en compte du partenariat ou de l'intégration participative aux décisions n'est pas nécessairement un renoncement au pouvoir du dirigeant, c'est accepter l'écoute de l'autre et la reconnaissance de différences irréductibles. Cette modulation n'a donc pas nécessairement un impact sur la prise de décision, mais elle correspond à un bouleversement des dogmes dont il en ressort que certaines règles du droit des sociétés ne sont pas adaptées. Le guide des bonnes pratiques édité par le Conseil supérieur de l'ESS, en sa notice détaillée, précise les modalités effectives de la gouvernance démocratique, telle que la transparence, la création d'un code de déontologie, une collégialité des débats, une parité et une diversité au sein des instances statutaires, une séparation et un équilibre des pouvoirs. Ce guide démontre qu'il est nécessaire d'adapter les règles du droit des sociétés et de les compléter. Dès lors, certaines structures sont mieux adaptées que d'autres à cette évolution. La conclusion théorique confirme la constatation pratique, la SAS reste la forme sociétaire la plus adaptée pour faire d'une société commerciale une entreprise de l'ESS.

31 - Si, entrer dans le monde de l'ESS nécessite de moduler les règles de gouvernance, des sacrifices directs en termes de rémunération doivent aussi être anticipés.

B. - L'encadrement contraignant du partage des richesses de la société commerciale

32 - **Un but autre que le seul partage des bénéfices. –** Les sociétés commerciales de l'ESS auront en commun avec les associations et les coopératives les limites apportées au partage des bénéfices, ceux-ci pouvant cependant exister. Ainsi, le profit n'est pas exclu, mais il doit tendre principalement à la réalisation des objectifs sociaux. Dans la mesure où la lucrativité d'une société commerciale de l'ESS doit être restreinte, il sera alors nécessaire d'inscrire dans les statuts des règles strictes et contraignantes sur l'affectation des bénéfices majoritairement consacrés au développement de l'activité et à la constitution de réserves obligatoirement impartageables. Cela se traduit par deux obligations édictées à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 [56] et précisées par arrêté portant, d'une part, sur l'affectation des bénéfices, et d'autre part, sur la création d'un fonds de développement.

En effet, les réserves obligatoires constituées ne peuvent pas être partagées en vertu de l'article 1er, I, de la loi du 31 juillet 2014 précitée [57]. L'appellation d'entreprise de l'ESS pourra être acquise lors de l'immatriculation de la société commerciale en application de l'article 1er, II, si une partie des bénéfices au moins égale à 50 % est affectée au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires tandis qu'une autre, ne pouvant être inférieure à 20 %, est affectée à la constitution d'un fonds de développement jusqu'à ce que le montant total des diverses réserves représente 1/5 du capital social. Ces règles sont de nature à bloquer la distribution de bénéfices alors que la loi pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions selon l'article L. 232-10 du Code de commerce, prévoit une obligation de mise en réserve moins sévère, s'élevant à 1/20 du bénéfice de l'exercice jusqu'à avoir constitué une réserve équivalente à 1/10 du capital social.

33 - **L'interdiction des opérations de réduction du capital social. –** Ensuite, sous l'emprise de l'ESS, les opérations de réduction du capital non motivées par des pertes sont interdites à moins qu'elles ne tendent à garantir la continuité de l'activité de l'entreprise.

En effet, la loi du 31 juillet 2014 énonce l'« *interdiction pour la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la continuité de son activité* ». Le décret n° 2015-760 du 24 juin 2015 précise quant à lui la notion de « *continuité de son activité* » : lorsque la réduction de capital résulte de l'annulation d'actions à la suite du rachat par la société de ses propres actions dans les conditions visées aux articles L. 225-208 et L. 225-209-2 du Code de commerce ; lorsque l'assemblée générale a autorisé à acheter un nombre d'actions en vue de les annuler, pour les finalités et dans les conditions fixées par l'article R. 225-156 du Code de commerce ; dans les cas visés aux articles L. 223-14 et L. 228-24 du Code de commerce ; dans le cas visé à l'article L. 231-1 du Code de commerce et selon les modalités prévues à l'article L. 231-5 du même code ; dans les conditions prévues aux articles L. 225-204, L. 225-205 et L. 223-34 du Code de commerce sous réserve que la société consacre à la réduction de capital, cumulée avec celles intervenues sur les cinq exercices précédents, moins de 50 % de la somme des bénéfices réalisés au cours des cinq exercices précédents, nets des pertes constatées sur la même période. Enfin, le rachat de ses actions ou parts sociales est subordonné au respect des exigences applicables aux sociétés commerciales, dont celles prévues à l'article L. 225-209-2 du Code de commerce.

34 - **La condition additionnelle en vue de l'agrément « ESUS » : la politique salariale. –** Ajoutons enfin qu'une dernière condition doit être envisagée pour les sociétés commerciales désireuses d'obtenir l'agrément « ESUS » permettant notamment, comme cela a été vu, d'avoir accès à certains types de financement, par l'épargne salariale solidaire par exemple. Les statuts des sociétés désireuses d'obtenir cet agrément devront ajouter une autre mention dans leurs statuts portant sur la politique salariale en accord avec l'article 11 de la loi relative à l'ESS [58] prévoyant les dispositions de l'article L. 3332-17-1, I, 3° du Code du travail. La politique de rémunération de l'entreprise doit satisfaire deux conditions [59].

D'une part, la moyenne des sommes versées, y compris les primes, aux cinq salariés ou dirigeants les mieux rémunérés n'excède pas, au titre de l'année pour un emploi à temps complet, un plafond fixé à sept fois la rémunération annuelle perçue par un salarié à temps complet sur la base de la durée légale du travail et du salaire minimum de croissance, ou du salaire minimum de branche si ce dernier est supérieur.

D'autre part, les sommes versées, y compris les primes, au salarié ou dirigeant le mieux rémunéré n'excèdent pas, au titre de l'année pour un emploi à temps complet, un plafond fixé à dix fois la rémunération annuelle mentionnée dans la règle précédemment énoncée.

35 - **Conclusion. –** Il s'avère que les efforts sont coûteux pour faire entrer les sociétés commerciales dans le domaine de l'ESS. Alors même que les entrepreneurs semblent y être prêts et que l'économie le réclame au vu de la part dans l'emploi que ce domaine représente, la mise en œuvre des adaptations nécessaires à son évolution est laborieuse. La loi de 2014 sur l'ESS ouvre enfin la

56. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art. 1, II, 2, c., relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*

57. V. sur les réserves impartageables en tant que clef d'une entreprise durable : *P. Francoual, Les réserves impartageables, une voie pour l'entreprise sociale et durable, in Entreprise et développement durable, nouveaux acteurs, nouvelles responsabilités : Rev. int. Compliance 2016, préc. note n° 18.*

58. *L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, art 11, relative à l'économie sociale et solidaire, préc. note n° 4.*

59. V. not. sur les conditions : *Agrément « ESUS », le nouvel agrément « entreprise solidaire », préc. note n° 23.* – V. aussi : *Publication de l'instruction en vue de la mise en œuvre de l'agrément « ESUS », entreprise solidaire d'utilité sociale, in note juridique et réglementaire à destination des entreprises : CNCRES, oct. 2016.*

porte à une économie alternative en permettant à des sociétés commerciales de s'intéresser au domaine social ébranlant l'apparente solidité du droit des sociétés. Pourtant, la formule du doyen Ripert vieille de plus 65 ans, garde vitalité tant le droit des sociétés peine à se réformer en profondeur : « Les dirigeants d'une société peuvent avoir personnellement l'âme charitable, la société elle-même ne connaît pas la générosité. C'est bien là ce qui fait sa force. Rien ne la détourne de sa tâche. Alors que les pauvres créatures humaines abordent les affaires avec toutes leurs passions, la société n'a aucun sentiment affectif » [60]. La métamorphose économique et sociale du droit des sociétés ne peut s'exprimer qu'au travers de directives précises permises par des règles de droit adaptées, c'est de sa faisabilité que dépend l'efficacité d'une nouvelle orientation juridique. Pour cela, les règles doivent trouver une application pratique. Si les analyses faites dans cette étude permettent de démontrer que l'économie solidaire peut avoir une voie alternative en empruntant le chemin des sociétés commerciales du fait de l'adaptation des règles du droit des sociétés, elles ont aussi démontré que certaines carences doivent être comblées afin de sécuriser juridiquement les rapports entre la société et ses partenaires.■

60. *G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris : LGDJ, 2e éd., 1951, p. 83.*

Mots-Clés : Économie sociale et solidaire - Société commerciale - Champ d'application