ARTICLE

FISCAL

L'ESSENTIEL

- La loi ESS reconnaît un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine.
- Révolution du droit d'entreprendre, la loi ESS comporte néanmoins de nombreuses limites et contradictions.

ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

À QUAND UNE LOI ESS N° 2 ?

Bientôt deux ans après la parution de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (loi ESS), retour sur les points critiques de ce texte fondateur donnant la primeur à un « mode d'entreprendre et de développement économique » censé répondre aux défis du XXIe siècle.



AUTEUR Mathieu Castaings
TITRE Expert-comptable, membre du club associations de l'ordre des experts-comptables



AUTEUR Alissa Pelatan
TITRE Avocat du barreau de Paris, experte en droit des entreprises sociales

La littérature donne de nombreux exemples des apports de la loi ESS[1], bien réels, mais reste peu diserte lorsqu'il s'agit de pointer les erreurs, contradictions, et lacunes d'un texte pluriel, allant des sociétés coopératives de production (Scop) d'amorçage à la définition de concepts nouveaux comme l'innovation sociale, ou plus anciens comme l'utilité sociale et le commerce équitable.

Après une avalanche de décrets, arrêtés, et ordonnances d'application en 2014 et 2015, l'heure est donc venue de s'arrêter sur les failles de ce nouveau droit d'entreprendre d'un point de vue juridique, fiscal et social. En vue : le champ définissant la qualité d'entreprise de l'ESS[2], la définition de l'utilité sociale[3], ainsi que l'agrément Entreprise solidaire d'utilité sociale (Esus)[4].

ZONES DE NON-DROIT DE L'ESS

La nouvelle secrétaire d'État à l'ESS, Martine Pinville, a fort à faire pour que la loi ESS incarne un jour son article 1er selon lequel l'ESS a vocation à s'adresser à « tous les domaines de l'activité humaine ».

Comme en témoignent ces quelques exemples, loin d'être exhaustifs, il est possible de s'interroger sur l'interpénétration entre les travaux législatifs des différents ministères et parlementaires ainsi que sur la faible irrigation de la loi ESS dans l'ensemble des secteurs d'activité.

Finance participative (et solidaire ?)

Comme pour les acteurs de l'ESS, l'année 2014 a été une année riche en bouleversements législatifs également pour les nouveaux acteurs de la finance participative (ou *crowdfunding*)[5].

Satisfaction quasi unanime pour les acteurs d'un secteur en pleine expansion au vu des chiffres vertigineux de son expansion, il n'en reste pas moins une déception pour le mouvement de la finance solidaire[6], actif depuis plus de trente ans pour promouvoir ce secteur bien plus développé que la finance participative. Sont encore très loin les prêts participatifs, titres associatifs ou encore titres à impact social *(social impact bonds)* pour les associations puisque celles-ci sont purement évincées des structures susceptibles d'émettre un quelconque financement à long terme et doivent se contenter de procéder aux classiques appels à dons, préventes et (plus rares) prêts par le biais de plateformes généralistes ou spécialistes[7]. Les sociétés sous forme coopérative ne sont pas

1. L. n° 2014-856 du 31 juill. 2014, *JO* du 1er août ; v. *JA* n° 506/2014, p. 17.
2. *Ibid.*, art. 1er.
3. *Ibid.*, art. 2.
4. *Ibid.*, art. 11.
5. Ord. n° 2014-559 du 30 mai 2014, *JO* du 31, v. *JA* n° 502/2014, p. 8 ; Décr. n° 2014-1053 du 16 sept. 2014, *JO* du 17, v. *JA* n° 505/2014, p. 7.
6. V. *JA* n° 527/2015, p. 16.
7. V. *JA* n° 519/2015, p. 42.

Article extrait de *Juris associations* n° 535 du 15 mars 2016. Reproduction interdite sans l'autorisation de Juris éditions © éditions Dalloz.

■ Une loi ESS n° 2 serait bienvenue pour le développement de l'ESS et son appropriation par les familles qui l'incarnent.

> « L'enjeu n'en est pas moins le changement d'échelle de l'ESS qui sera possible par la démocratisation d'outils financiers tant attendue depuis une trentaine d'années »

beaucoup plus épargnées puisque seules les émissions d'actions et d'obligations à taux fixe sont autorisées[8]. Exit donc les parts sociales qui composent le capital social des coopératives et exit les titres participatifs, qui sont des obligations à taux fixes et variables[9]. Même constat pour le crédit à court terme et notamment le relais sur subvention, bien souvent très coûteux et chronophage pour les associations. Aujourd'hui tenu par le monopole bancaire, il pourrait toutefois bientôt être élargi aux acteurs de l'affacturage, à l'image d'une plateforme numérique comme Finexkap qui délivre des fonds contre factures en quelques jours à un taux de 2,49 %.

L'enjeu n'en est pas moins le changement d'échelle de l'ESS qui sera possible par la démocratisation d'outils financiers tant attendue depuis une trentaine d'années. Le mariage entre finance participative et solidaire pourrait être soutenu par un mécanisme fiscal incitatif comparable à la souscription au capital de petites et moyennes entreprises (PME). Il est à noter qu'après une rude bataille, les titres participatifs des coopératives sont devenus éligibles à la seule réduction sur l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)[10]. Les ardents défenseurs du titre associatif doivent s'en inspirer, sauf à attendre que le mouvement associatif meure de sa sous-capitalisation et finisse par muter vers d'autres formes juridiques, coopératives (ou pas).

Organismes sans but lucratif vs entreprises de l'ESS

Une simple recherche par mots-clés sur Legifrance permet de dresser une liste rapide des codes juridiques réservant des possibilités d'entreprendre ou des habilitations juridiques à une terminologie qui a quasiment disparu dans la loi ESS : les « organismes sans but lucratif ». Ainsi en va-t-il du code du travail définissant le statut d'ateliers et chantiers d'insertion (ACI)[11], du code monétaire et financier s'agissant des organismes de prêt d'honneur[12] ou encore du code de la construction et de l'habitation s'agissant des sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré[13].

Exemple parmi d'autres, néanmoins fort surprenant : la promulgation du décret 18 août 2015[14], pourtant signé de la main de Martine Pinville. Spécificité du secteur touristique, toute agence de voyage est tenue de s'immatriculer sur un registre et de contractualiser une garantie financière auprès d'un seul garant. Cette garantie, proposée par les banques et les compagnies d'assurance, peut être bloquante pour bon nombre d'agences touristiques de taille modeste. Les acteurs du tourisme alternatif se sont très tôt regroupés en fédération afin de négocier des garanties collectives et financièrement accessibles. Dès 2010, la notion de garantie financière globale est apparue, accessible uniquement aux « associations ou organismes sans but lucratif membres d'une fédération ou d'une union d'associations immatriculée au registre et qui en assume la responsabilité »[15]. L'essai a toutefois été manqué puisque le décret est totalement passé à côté des autres entreprises de l'ESS (coopératives, sociétés commerciales de l'ESS) susceptibles de bénéficier de cette garantie financière, alors que les terminologies d'associations ou d'organismes sans but lucratif semblent totalement anachroniques dans un secteur en prise avec des activités marchandes et fiscalement lucratives. Souhaitant une reconnaissance d'une manière d'entreprendre, le secteur attend impatiemment la transcription d'une prochaine directive européenne sur le voyage en forfait pour faire évoluer le texte.

Par ailleurs, une décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)[16] a récemment affirmé la conformité constitutionnelle de la différence de traitement entre organismes lucratifs et organismes sans but lucratif, s'agissant des écoles non conventionnées habilitées à percevoir la taxe d'apprentissage. Dès lors, il est possible de se demander si une Esus aurait pu obtenir gain de cause si elle avait réalisé cette QPC, en s'attachant à justifier des engagements notamment statutaires que cet agrément implique. Selon des principes constitutionnels établis, une différence de traitement légal est permise dès lors qu'elle est proportionnée au but recherché, justifiée par un motif général et qu'elle ne comporte aucune discrimination. Une Esus peut-elle être constitutionnellement et légitimement exclue d'autant de dispositifs ouverts aux organismes non lucratifs ? ●●●

8. Décr. n°2014-1053 préc., art. 1er, réd. C. mon. fin., art. D. 547-1.
9. C. mon. fin., art. L. 228-36.
10. CGI, art. 885-0 V *bis*.
11. C. trav., art. R. 5132-27.
12. C. mon. fin., art. L. 511-6.
13. CCH, art. L. 422-2.
14. Décr. n° 2015-1002 du 18 août 2015, *JO* du 20.
15. C. tourisme, art. R. 211-30.
16. Cons. const., décis. n° 2015-496-QPC du 21 oct. 2015, *JA* n° 529/2015, p. 11.

Article extrait de *Juris associations* n° 535 du 15 mars 2016. Reproduction interdite sans l'autorisation de Juris éditions © éditions Dalloz.

●●● UNE LOI, MAIS POUR QUELS AVANTAGES ?

Considérée par de nombreux observateurs comme un premier pas, encore loin d'un aboutissement, la loi ESS demeure une loi-cadre conçue avec de nombreux éléments de définition. Bien qu'elle apporte quelques avantages aux entreprises de l'ESS (accès au financement solidaire, dispositif local d'accompagnement – DLA[17], pôles territoriaux de coopération économique – PTCE[18]…) et aux Esus (accès aux fonds d'épargne salariale solidaire…), ceux-ci semblent déséquilibrés devant les conditions à atteindre pour obtenir la qualité « entreprise de l'ESS » ou « Esus » (*v. encadré*).

Plus d'avantages fiscaux

De nombreux signes militent pour de faibles chances d'instauration d'avantages fiscaux pour les entreprises de l'ESS (ou les Esus) : familles de l'ESS hésitantes à s'y inscrire pleinement ; budget étatique pour l'ESS revu à la baisse dans un contexte de raréfaction des fonds publics ; application de plus en plus stricte – constatée par les praticiens – de la reconnaissance d'intérêt général pour les associations diminuant *de facto* la possibilité de bénéficier de dons et de mécénat, ce qui, couplé à la baisse des financements publics, renforce le risque d'assujettissement aux impôts commerciaux pour prépondérance des activités lucratives (un serpent qui se mort la queue) !

Pour autant, il serait dommageable de s'en tenir à ce constat. En témoignent les travaux en cours coordonnés par la Fondation de France s'agissant du projet de refonte de la doctrine fiscale de 2006 régissant l'intérêt général. Les propositions qui en sont issues posent un enjeu considérable pour l'avenir de l'ESS puisqu'elles s'attachent à aligner la notion d'utilité sociale prônée par la loi ESS sur celle d'intérêt général, réservée à l'État et aux organismes sans but lucratif. Les Esus seraient de droit reconnues d'intérêt général, ce qui serait un pas majeur pour le succès de cet agrément, relancerait le don et le mécénat et apporterait un début de simplification parmi la jungle des notions aux frontières floues : intérêt général, utilité sociale, utilité publique. En revanche, ceci posera un problème du point de vue juridique pour les sociétés commerciales qui ont reçu l'agrément Esus, notamment celles avec un dirigeant « intéressé » ou une activité lucrative « prépondérante ». *Quid* de la possibilité pour une société commerciale de recevoir des dons ou d'engager des bénévoles sans contrat de travail ?

Cette convergence sur des définitions très proches pourrait inspirer le bénéfice d'autres dispositifs pour les Esus s'agissant par exemple de réduire l'assiette imposable à l'impôt sur les sociétés – pour les Scic[19] – ou de l'exonération de cotisation foncière des entreprises (CFE) – pour les Scop[20] – ou bien du versement transport – pour les associations reconnues d'utilité publique (Arup) et les fondations reconnues d'utilité publique (Frup) à but non lucratif et à caractère social[21] –, ce qui constituerait un pas décisif dans l'harmonisation de dispositifs aujourd'hui réservés à quelques acteurs de l'ESS.

Plus d'avantages sociaux

D'un point de vue social, les entreprises de l'ESS ou les Esus ne bénéficient aujourd'hui d'aucune habilitation, telle que :

- les emplois aidés (emploi d'avenir[22], contrat unique d'insertion-contrat d'accompagnement dans l'emploi – CUI-CAE[23]), notamment réservés aux organismes sans but lucratif et aux sociétés coopératives d'intérêt collectif (Scic) ;
- les services civiques[24], notamment réservés aux organismes sans but lucratif.

Il est à noter que certaines régions ont prévu localement le bénéfice d'aides à l'emploi aux Esus, élargissant le champ légal des aides à l'emploi. En outre, la loi d'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée (dite « loi territoires zéro chômage de longue durée ») régit le versement d'aides à l'emploi pour les entreprises de l'ESS[25]. Ces initiatives pourraient inspirer

> « Les propositions […] posent un enjeu considérable pour l'avenir de l'ESS puisqu'elles s'attachent à aligner la notion d'utilité sociale prônée par la loi ESS sur celle d'intérêt général, réservée à l'État et aux organismes sans but lucratif »

17. V. *JA* n° 502/2014, p. 17.
18. V. *JA* n° 508/2014, p. 36.
19. CGI, art. 206.
20. *BOFiP-Impôts*, BOI-IF-CFE-10-30-10-40 du 5 août 2015, § 280.
21. CGCT, art. L. 2333-64.
22. C. trav., art. L. 5134-111.
23. C. trav., art. L. 5134-19-1 et L. 5134-21.
24. C. serv. nat., art. R. 121-33.
25. L. n° 2016-231 du 29 févr. 2016, *JO* du 1er mars.

Article extrait de *Juris associations* n° 535 du 15 mars 2016. Reproduction interdite sans l'autorisation de Juris éditions © éditions Dalloz.

le législateur pour le bénéfice de contrats aidés aux entreprises de l'ESS ou aux Esus. Le statut de dirigeant de l'ESS serait également un sujet à part entière d'harmonisation souhaitable, tant les traitements légaux sont divergents selon les formes juridiques, voire inexistants selon les situations[26].

CONTRADICTIONS ET FLOUS

Vous avez dit démocratie ?

Les conditions principales pour entrer dans le champ de l'ESS, quelle que soit la forme juridique, sont les suivantes :

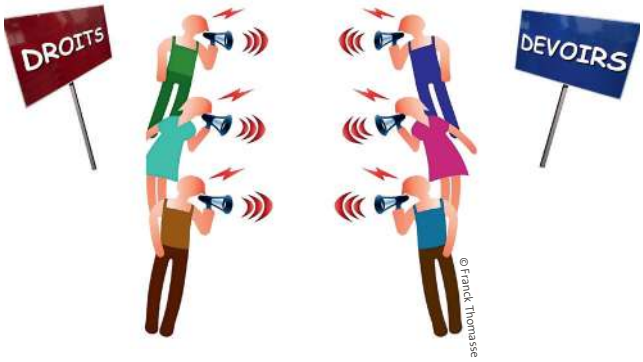
- un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;
- une gouvernance démocratique ;
- la consécration de la majorité des bénéfices à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise[27].

En totale contradiction, et dans les faits, les formes juridiques traditionnelles de l'ESS[28] sont autorisées à entrer dans le champ de l'ESS de droit sans avoir besoin de remplir les trois conditions définies au préalable[29].

Là où les coopératives sont tenues par la loi 1947[30] à une gouvernance démocratique et les sociétés commerciales par l'article 1er de la loi ESS, les associations et fondations, formes les plus libérales s'il en est, peuvent entrer dans la « communauté de l'ESS » et être agréées Esus sans gouvernance démocratique[31]. Alors que le dispositif de reconnaissance d'utilité publique des associations avait réussi à exiger une gouvernance démocratique dès 1901[32], la loi ESS, tiraillée entre inclusion large et garantie d'engagements forts, a failli à réinterroger les acteurs historiques sur ce point.

Bénéficiaires

Alors que la loi de 1947 portant statut de la coopération avait apporté une précision sur la notion de « bénéficiaire », catégorie obligatoire des Scic, le lecteur est surpris de constater, malgré la mention de la notion, son absence de définition dans l'article 2 de la loi ESS définissant l'utilité sociale[33]. L'article 19 *septies* de la loi de 1947 semblait poser une définition du bénéficiaire, bien que très large, à savoir « toute personne physique ou morale qui bénéficie habituellement à titre gracieux ou onéreux des activités de la coopérative ». Dès lors, pourquoi ne pas l'avoir défini ? Qui inclure parmi les bénéficiaires ? La jurisprudence semble encore muette sur ce point. Il est donc permis de s'inspirer de la pratique coopérative et de la définition posée par la loi de 1947 selon laquelle pourraient entrer dans cette catégorie les exemples suivants :



- entreprises de la filière économique (importateur grossiste de café qui s'associe avec les producteurs de graines de café, l'entreprise de tri et d'emballage, l'exportateur, le transporteur, le torréfacteur, tout comme avec les revendeurs et clients finaux) ;
- partenaires, concurrents, ou personnes concernés par l'activité (chercheurs sur une maladie rare dont les travaux *open-source* bénéficieraient à des centres ou des entreprises de recherches, familles de malades) ;
- habitants (coopérative d'habitants qui ouvrirait au public un jardin potager collectif) ;
- bénéficiaires de dons ou de mécénat (entreprise de micro-don qui reverserait une partie de son chiffre d'affaires à des associations).

Si l'on va plus loin, les fonctions supports et stratégiques telles une banque, un fournisseur d'électricité, un cabinet ●●●

Alors que la

LOI DE 1947

portant statut de la coopération avait apporté une précision sur la notion de « bénéficiaire », catégorie obligatoire des Scic, le lecteur est surpris de constater, malgré la mention de la notion, son absence de définition dans

L'ARTICLE 2 DE LA LOI ESS

définissant l'utilité sociale.

26. V. *JA* n° 526/2015, p. 27.
27. L. du 31 juill. 2014 préc., art. 1er, I.
28. *Ibid.*, art. 1 er, II, 1°.
29. *Ibid.*, art. 1er, I, 3°.
30. L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947, *JO* du 11.
31. Arr. du 5 août 2015 ficant la composition du dossier de demande d'agrément Esus.
32. Décr. du 16 août 1901, *JO* du 17, art. 8 et s.
33. L. du 31 juill. 2014 préc., art. 2.

Article extrait de *Juris associations* n° 535 du 15 mars 2016. Reproduction interdite sans l'autorisation de Juris éditions © éditions Dalloz.

ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

AVANTAGES DE LA LOI-CADRE

Plus large que les Esus, les entreprises de l'ESS sont définies à l'article 1 de la loi ESS. Sont considérées de droit comme entreprises de l'ESS les associations, coopératives, fondations et mutuelles. Les sociétés commerciales classiques (SA, SARL, SAS…) peuvent désormais entrer dans le champ de l'ESS sous condition de respecter certains critères, notamment statutaires.

Avantages pour les entreprises de l'ESS :

- reconnaissance institutionnelle vis-à-vis du public et des financeurs (publics ou privés) ;
- accès éventuel à des offres service dédiées aux entreprises de l'ESS de la part d'acteurs privés (banques, assurances, etc.) ;
- éligibilité aux financements solidaires délivrés des acteurs[34] en France : Bpifrance, France Active, Garrigue… ;
- facilité d'accès aux financements publics : l'article 59 de la loi ESS définit la subvention qui émane d'autorités administratives et d'organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial et comme une contribution justifiée par un intérêt général à un organisme de droit privé ;
- capacité de bénéficier du DLA[35] : concerne les Esus et les entreprises de l'ESS de droit (associations, coopératives, fondations…) ; sont exclues les sociétés commerciales (SARL, SA, SAS…) ayant simplement la mention de la qualité « entreprise de l'ESS » ;
- capacité de créer ou d'intégrer un PTCE[36] promu par l'article 9 de la loi ESS ;
- éligibilité aux emplois aidés sur les « territoires zéro chômage de longue durée » expérimentaux[37] ;
- accès élargi aux marchés publics par des clauses de faveur[38] : concerne les marchés publics qui portent exclusivement sur les services de santé, sociaux ou culturels.

Avantages pour les Esus :

- avantages conférés aux entreprises de l'ESS listés précédemment ;
- éligibilité plus grande[39] que les entreprises de l'ESS aux financements solidaires délivrés par une soixantaine d'acteurs en France : Bpifrance, France Active, Garrigue… ;
- éligibilité aux financements délivrés par les fonds d'épargne salariale solidaire[40] ;
- éligibilité plus grande que les PME classiques aux dispositifs fiscaux d'investissement au capital de PME : Madelin (18 % de crédit d'impôt à l'IR[41]) et ISF-PME (50 % de crédit d'impôt à l'ISF[42]). L'éligibilité est étendue aux activités financières, de construction d'immeubles ou immobilières qui, à défaut de l'agrément Esus, sont exclues de ce dispositif[43]. Par ailleurs, un dispositif spécifique est applicable aux entreprises solidaires de presse[44] ;
- éligibilité aux emplois aidés pour certains territoires qui dérogent aux règles sur les aides à l'emploi[45].

d'expertise comptable ou d'avocat peuvent-ils être considérés comme bénéficiaires, dès lors qu'ils entretiennent une relation commerciale habituelle avec l'entreprise ? Cette question, qui peut sembler anecdotique, peut être cruciale pour les entreprises de l'ESS (dont les associations) souhaitant réaliser la démarche d'agrément Esus.

Après une loi de reconnaissance de l'ESS, l'heure n'est-elle pas venue d'impulser une loi de développement et d'harmonisation entre les familles de l'ESS afin d'encourager son changement d'échelle et lui offrir une réelle visibilité ? Harmonisation qui, à n'en pas douter, ne devra pas demeurer franco-française, mais bel et bien s'intégrer dans le cadre d'une refonte européenne. ■

34. Annuaire des financeurs solidaires ; Annuaire du *crowdfunding* de l'ESS.
35. Décr. n° 2015-1103 du 1er sept. 2015, *JO* du 2.
36. Décr. n° 2015-431 du 15 avr. 2015, *JO* du 17.
37. V. note 25.
38. Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015, *JO* du 24, art. 36 à 38, v. *JA* n° 524/2015, p. 12. Pour un dossier d'ensemble sur la commande publique, v. égal. *JA* n° 531/2016, p. 16.
39. L. du 31 juill. 2014 préc., art. 11.
40. C. mon. fin., art. L. 214-164, V, *a)*.
41. *BOFiP-Impôts*, BOI-IR-RICI-90-10-20-10 du 31 nov. 2014.
42. *BOFiP-Impôts*, BOI-PAT-ISF-40-30-10-20 du 10 avr. 2015.
43. CGI, art. 885-0 V *bis* B.
44. *BOFiP-Impôts*, BOI-IR-RICI-370 du 24 juin 2015.
45. C. trav., art. L. 5134-111 et L. 5134-21. Se rapprocher de Pôle Emploi ou des missions locales (emploi d'avenir, CUI-CAE), ainsi que des régions (emploi-tremplin) pour vérifier l'éligibilité des Esus.

Article extrait de *Juris associations* n° 535 du 15 mars 2016. Reproduction interdite sans l'autorisation de Juris éditions © éditions Dalloz.