“Le tiers-lieu en SCIC : frein et opportunités”

* * *

“Contextualisation.”

Après être intervenus au campus des Tiers-Lieux ainsi que sur l’ensemble des incubateurs ESS du territoire grand ouest, nous avons rencontré plus d’une trentaine de Tiers Lieux. Cela nous nous permet aujourd’hui de formuler deux constats : d’une part, “au doigts mouillé”, presqu’un tiers d’entre eux opte pour une forme “SCIC” ; d’autre part, pour ceux qui se structurent ainsi, la quasi-totalité sont en réalité des montages complexes hybridés (SAS de l’ESS/ESUS portant le foncier, SCIC sur une partie de l’activité lucrative au sens fiscal et ASSOCIATION d’IG pour une partie de l’activité non lucrative au sens fiscal). En ce sens, l’essor du tiers-lieu en SCIC est sensible et mérite une attention particulière.

Pour le juriste, évoquer la notion de tiers-lieu sans trancher une définition juridique est un exercice impossible. Sur quoi reposerait notre exposé (et notre expertise) alors ?
Nous nous tentons à la définition suivante : “ **le tiers lieu est un espace privé d’intérêt collectif permettant à toute personne de mettre en commun un ou plusieurs projets en vue de contribuer à la préservation et au développement du lien social, au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale et à la réalisation des objectifs de développement durable. Sont considérés comme ayant la qualité de Tiers Lieu, les espaces caractérisés par une participation suscitant le partage d’information et la mutualisation de compétences, des formes de prise de décision autres que celles reposant sur la seule détention du capital et une propriété collective considéré comme bien commun**.”[1]
A notre sens, il faut retenir 6 aspects de cette définition : le tiers-lieu est un quasi-commun, il a un caractère hybride, accessible et dé-codifié socialement, il est d’intérêt collectif et d’utilité sociale, ancré sur un territoire.
Certes, cette définition est un parti-pris juridique. Néanmoins, elle nous permet d’expliquer la proximité de la notion de Tiers-lieu et sa structuration en SCIC.

Dès lors cette proximité identifiée, vient rapidement l’analyse portée sur la notion de société coopérative d’intérêt collectif. Une chose certaine, c’est qu’il existe un frein à l’essor de ce modèle dans le secteur des Tiers-Lieux. Probablement devraient-ils plus souvent se constituer sous forme SCIC considérant une définition du Tiers Lieu s’appuyant sur la notion de Commun. Surement, alors, la prise de participation des collectivités territoriales au sociétariat des sociétés coopératives d’intérêts collectifs nous paraît-il dès lors opportun bien que trop faible.

---

[1] *v. La proposition de définition juridique formulée par Madame VIDALENS lors du colloque “Le Tiers-lieu : vecteur de nouveaux modes de collaboration” organisé par la Fondation Rennes I et la Chaire Droit des Activités Économiques - Claude Champaud le 24 juin 2021. A cette occasion, l’enseignante proposait une définition juridique s’appuyant sur 6 critères. L’un d’eux repose sur le Tiers-lieu considéré comme un Bien Commun au sens que lui donne Olivier JASPART : un bien appartenant à tous, insusceptible d’appropriation individuelle au sens de l’article 717 du code civil et géré par une institution “le Commun”.*

Comme cela a été très justement relevé, il subsiste un frein culturel chez nos élus : seule l'association est considérée comme valable pour opérer un partenariat public-privé (PPP). A moindre mesure les Sociétés d'Économie Mixte (SEM) le peuvent mais sur un segment bien identifié : mise à disposition de salles et gestion du patrimoine, gestion des ressources…
Le temps est peut être au changement. Nous sommes particulièrement sollicités par les pouvoirs publics (Plaine Commune, Figeac, ARS Bretagne, Ministère de la Justice, Ministère de la Santé, Grenoble…) pour réaliser des formations à destination des élus afin de les sensibiliser à cette forme coopérative si particulière. C'est ce qui lui donne son charme fou, une notion pétillante sous-tendant de nombreuses réflexions et un modèle agile s'adaptant à de (très) nombreuses situations.

Par delà les freins culturels, le juriste identifie des difficultés juridiques ! Possiblement, les lever, c'est participer à une libération des pratiques. Dès lors, envisageons la complexité de l'actionnariat public en SCIC sous le prisme des difficultés à appréhender l'avance en compte courant d'associé (I) avant celle du cumul pour le dirigeant d'un mandat social et d'un contrat de travail (II) puis une analyse des dispositifs dont la SCIC se trouve malheureusement privée (III).

* * *

"I- L'impossible avance en compte courant d'associé de l'actionnariat public : illustration intéressante d'un dispositif de partenariat public-privé inachevé"

Qu'est ce qu'un apport en compte courant ?

1. - A titre liminaire, il convient de préciser que la terminologie employée est fallacieuse à titre :

- D'une part, parce qu'il est exclu de parler "d'apport". Il recouvre une notion tout à fait différente : elle permet la formation du capital social ! S'agissant du compte courant, il est d'usage de le qualifier "d'avances" en compte courant : il s'agit bien d'un prêt qui a pour finalité d'être remboursé.
- D'autre part, la notion de compte courant est un faux ami à ne pas confondre avec le compte courant de votre banque.

Les comptes courants sont donc de simples prêts qui présentent la caractéristique d'être consentis non par des établissements financiers mais par les associés eux-mêmes en dérogation au monopole bancaire.

2. - Le compte courant est utile car il bénéficie **d'une souplesse d'utilisation** : un simple virement est suffisant à qualifier l'opération, il n'y a besoin d'aucun formalisme. Il est toutefois conseillé de la formaliser dans une convention qui peut éventuellement porter

intérêt. **Sans quoi, les associés prêteurs sont en principe en droit de demander à tout instant le remboursement de leur créance chaque fois que l'avance a été consentie sans condition de délai**. Il sera ainsi opportun de préciser comme condition de remboursement un terme, un délai de préavis voire une décision de l'organe exécutif considérant la trésorerie disponible et les besoins de la société.

3. - A noter, **il existe une indépendance entre la qualité d'associé et celle de prêteur**. En effet, la créance en compte courant procède du contrat de prêt (à titre d'illustration, l'apport concerne, lui, le contrat de société !). Deux incidences connues à relever ici : d'une part, dès lors que la procédure collective est ouverte, il est impossible de compenser la dette d'apport avec la créance en compte courant ; d'autre part, la cession des titres n'emporte pas automatiquement cession de la créance en compte courant.

4. - Fiscalement, la créance en compte courant génère des intérêts. Ces derniers sont appréhendés sur le plan fiscal d'une manière plus favorable que les dividendes. S'agissant des intérêts, ils constituent une charge déductible dans la limite des taux pratiqués par les établissements bancaires : au-delà de 3%, ils doivent subir une réintégration fiscale. Par ailleurs, cette déductibilité nécessite que le capital social soit intégralement libéré !

Le sociétariat public au sein de la SCIC.

5.- Il s'agira préalablement de déterminer si la SCIC admet une collectivité dans son sociétariat ? En effet, en droit des sociétés, seuls les associés peuvent consentir des prêts à la société sans risquer de contrevenir au monopole des établissements bancaires. La réponse est claire, depuis la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, les collectivités peuvent facilement devenir associés d'une société coopérative d'intérêt collectif. Cette règle est transposée dans la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération à l'article 19 *septies* :

« Les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital de chacune des sociétés coopératives d'intérêt collectif. »

6. - En pratique, **toutes les sociétés peuvent admettre une participation des collectivités dès lors qu'elles ont obtenu une autorisation du Conseil d'Etat** (v. L2253-1 CGCT). Néanmoins, cette disposition ne trouve pas application en matière de SCIC : les collectivités territoriales peuvent prendre des participations sans cette autorisation préalable. Plus encore, la collectivité devra s'assurer que l'objet social de la coopérative entre dans le champ de sa compétence et qu'un mandataire est nommé par son organe exécutif.

Le prêt octroyé par une collectivité à une société commerciale est-il possible ?

7. - Dès lors que la collectivité est associée d'une société coopérative d'intérêt collectif, elle devrait normalement se voir octroyer les droits dévolus aux associés… comme celui d'user de la possibilité de réaliser une avance en compte courant.

8. - A notre connaissance, **une seule hypothèse d'octroi d'avance en compte courant d'une collectivité est envisagée par le législateur. Il s'agit de la Société d'Économie Mixte (SEML)**. Elle admet pour une période de 2 ans l'avance en compte courant de la collectivité à la société. Le montant est également encadré (v. 1522-4 CGCT).

Il y a lieu ici de préciser que la SEML (SPL, SPLA, SEMOP[2]) se distingue de la SCIC notamment sur un point important : la composition de leur actionnariat. En effet, tandis que la SEML se caractérise par un actionnariat public majoritaire - soit 51 % du capital social - en application des dispositions de l'article L. 1522-2 CGCT, la SCIC ne peut tolérer une participation publique au capital social au-delà de 50 % (v. article 19 septies précité).

En d'autres termes, le législateur ne permet à une personne publique de jouer le rôle de prêteur - hors les cas exceptionnels qui vont être mentionnés par la suite - que vis-à-vis d'une autre structure au capital majoritairement public, ce qui ne peut pas être le cas d'une SCIC, par nature.

9. - *Exception est strictissimes interpretationes,* les exceptions sont d'interprétation stricte. Aussi, **le prêt à tout autre organisme nous paraît, en principe, devoir être exclu pour l'actionnaire public**. Il existe quelques hypothèses où l'octroi d'un prêt par la collectivité territoriale est possible, parmis lesquelles :

- L'octroi d'un prêt à une association reste une opération exceptionnelle soumise à des conditions strictes, particulièrement celle que l'association ne soit pas considérée comme une entreprise au sens des lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1982 (v. CE 31 mai 2000, Ville de Dunkerque, req. n° 170563). De ces deux textes l'un est pour partie abrogé, l'autre frappé de caducité. A notre sens, si l'hypothèse est envisagée par le CE en 2000, elle nous paraît aujourd'hui difficilement envisageable.
- L'octroi d'un prêt à usage gratuit est possible mais également très encadré et inappropriée dans la situation qui nous intéresse
- L'octroi d'un prêt à une société commerciale dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables, société dont les installations sont implantées sur le territoire de la commune ou de l'EPCI prêteur ou sur un territoire limitrophe (L2253-1 CGCT) ;

Analyse et proposition juridique

10.- La loi est muette sur la notion d'avance en compte courant d'associé par une collectivité ayant pris des participations dans une société coopérative d'intérêt collectif (mais sans jamais y être pour autant majoritaire). L'opération nous paraît donc impossible.

[2] A notre sens, la SEMOP n'est pas comprise comme une SEML au sens de l'article L1522-1 du CGCT lorsque son capital n'est pas majoritairement public. Or, il s'agit d'un cas ouvert par les lois et règlements étant donné que les actionnaires publics au sein d'une telle société peuvent détenir entre 34% et 85% du capital (v. L1541-1 CGCT).

11.- A cet égard, il nous semble pouvoir être formulé 3 propositions :

1- Inviter le gouvernement à proposer un projet de loi relatif à l'autorisation d'avance en compte courant d'associé pour les collectivités territoriales ayant des participations dans une société coopérative d'intérêt collectif ;

2- Assurer un mode de financement "indirect" en ouvrant plus largement les autorisations de garantie d'emprunt dans la limite fixée par le texte L2253-1 CGCT ;

3- Pérenniser les actions de financement locales en invitant la collectivité à participer à un établissement de crédit qui octroie indirectement le prêt à la société coopérative d'intérêt collectif dont elle est associée. (v. L2253-7 CGCT).

* * *

"II- L'application stricte du régime de droit commun au cumul mandat social, contrat de travail en SCIC"

12. - Le juriste en droit de l'ESS a une forme de réflexe quand il envisage le cumul du mandat social d'un dirigeant de SCIC avec un contrat de travail : il ne peut s'empêcher **d'écarter toute analogie avec les avantages octroyés au dirigeant de SCOP en la matière** ! Il serait tentant, en effet, de confondre les deux tant les SCOP bénéficient d'un régime simple et efficace : les dirigeants ont un droit au cumul. On comprend difficilement que la proximité de notion entre la SCIC et la SCOP n'ait pas conduit le législateur à unifier ces régimes.

13.- Clairement, **le statut social du dirigeant en SCIC ne bénéficie d'aucun avantage**. Il **conviendra de le soumettre au régime de droit commun**. Particulièrement, il faudra considérer le cumul du mandat social et du contrat de travail : tant le droit social que le droit des sociétés en sont méfiants.

Quelles sont les conséquences de l'application du régime de "droit commun" ?

14. - Qui dit travail, ne dit pas forcément relation de salarié à employeur ! Pour cela, le juriste doit qualifier un contrat de travail. Ceci est essentiel à plus d'un titre :

- l'application du Code du travail et du régime protecteur qui en découle (nous pensons particulièrement à la procédure de licenciement qui encadre plus durement une rupture soudaine et non choisie) ;
- l'assujettissement du travailleur -salarié- au régime général de la Sécurité sociale bien que des non-salariés se voient régulièrement appliquer le régime général de la Sécurité sociale par détermination de la loi (v. art. L. 311-3 CSS) ;
- le bénéfice des droits relatifs à l'assurance chômage ;
- la compétence d'une juridiction spéciale : le conseil des prud'hommes.

15. - Assez simplement, la notion de contrat de travail s'entend "*d'une convention par laquelle une personne offre sa force de travail en contrepartie d'une rémunération*". **Le juriste précisera la notion en y ajoutant les 3 critères dégagés par la Cour de cassation dans l'arrêt de principe "Société générale" de 1996** (Soc., 13 nov. 1996, n°94-13187).

- **1° L'existence d'un lien de subordination** caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Ceci procède d'une jurisprudence constante, confirmée par plusieurs arrêts (v. le pouvoir de direction et de sanction de l'hôpital envers un interne en médecine Soc, 1er juillet 1997 n°95-40.401 ou plus récemment un centre d'éducation permanente envers ses intervenants Civ, 2ème, 25 mai 2004, n°02-31.203).
- **2° Le versement d'une rémunération** s'entendant au sens large, peu important une rémunération en espèce (salaire, traitement, honoraire, commission, primes, indemnités) ou en nature (fourniture d'un logement, d'un véhicule)... (v. Soc. 28-04-2011 n°10-15.573)
- **3° L'existence d'un travail effectif** qui doit être réel. L'intéressé devra produire des preuves de ses fonctions techniques au sein de l'entreprise.

16. - Il est donc probable que le mandataire social peine à démontrer qu'il puisse être sous l'autorité d'un employeur… en étant lui-même détenteur de la fonction employeur. Pas de lien de subordination, pas de contrat de travail !

17. - Un deuxième frein est à relever du côté du droit des sociétés. En effet, le mandataire social est normalement révocable "*ad nutuum*" c'est-à-dire à n'importe quel moment dès lors que la collectivité des associés y consent. Il s'agit d'une règle d'ordre public, il n'est donc pas possible d'y déroger par un accord de volonté. Or, le contrat de travail risque de compromettre la capacité des associés à mettre un terme au mandat dans la mesure où ils devront probablement recourir à la procédure de licenciement pour se séparer du dirigeant. Quoiqu'il arrive, la présence d'un contrat de travail empêchera le libre usage du droit de révocation.

Analyse et proposition juridique

18. - Plusieurs pistes de réflexion gagnent à être explorées :

- Il conviendra de **correctement organiser le cumul du contrat de travail et du mandat social au sein de la SCIC**. Sauf à ce qu'elle soit constituée en SA, il peut être opportun de faire bénéficier le mandataire d'un contrat de travail. Ceci en prenant plusieurs séries de précaution : établir le contrat de travail en amont de l'établissement du mandat social, nommer plusieurs dirigeants afin que l'un d'entre eux soit mandaté aux fins de porter la fonction employeur, ajouter une clause précisant la qualification du lien de subordination (en envisageant, par exemple, que le salarié réalise des *reporting* trimestriels, subisse des entretiens d'évaluation face à un comité…) et particulièrement en précisant l'impossibilité pour l'associé d'une SCIC d'en être majoritaire (capital et droit de vote), prévoir une convention de mandat social pour matérialiser les deux fonctions, envisager l'établissement de deux

bulletins de salaire, préciser conventionnellement le sort du contrat de travail dans l'hypothèse d'une révocation et procéder à un rescrit Pôle Emploi afin de sécuriser le montage ;

- Éventuellement, si les conditions n'ont pas été suffisamment mises en oeuvre dès le début du mandat, il est recommandé **de sécuriser le mandat social en établissant une convention de mandat social dans laquelle seront précisés** : le recours à une assurance GSC afin d'opter pour un chômage "privé" au bénéfice du dirigeant, une clause prévoyant une indemnité de départ (dans une limite ne risquant pas de faire échec à une éventuelle révocation) et la possibilité de "congé". Cette convention a la nature d'un contrat *sui generis* et doit être correctement envisagée pour ne pas faire l'objet d'une requalification judiciaire inopportune !

* * *

"III- Le scénario d'une SCIC au régime étendu : une opportunité ? "

19. - La SCIC a quelquefois été présentée comme une entreprise associative, à mi-chemin entre l'exigence de formalisme d'une société commerciale et le régime avantageux des organismes sans but lucratif. Ne parle-t-on pas à ce propos d'une société à "lucrativité limitée" ?

3 notions nous paraissent devoir être envisagées :

20. - En premier lieu, l'impact de la participation publique sur les avantages octroyés par le statut de PME européenne.

En principe, **la recommandation de la commission européenne du 6 mai 2003 publiée au Journal officiel de l'Union européenne, interdit la qualification de PME aux sociétés dont la participation publique excède 25%**.

> *(13) Afin d'éviter des distinctions arbitraires entre les différentes entités publiques d'un Etat membre, et, dans l'intérêt de la sécurité juridique,* ***il s'avère nécessaire de confirmer qu'une entreprise dont 25% ou plus des droits de capital ou de vote sont contrôlés par un organisme public ou une collectivité publique n'est pas une PME****.*

L'une des conséquences de cette "disqualification" est l'impossibilité pour les SCIC ainsi constituées de recourir aux avantages fiscaux dits "Madelin". Cette disposition permet de réduire l'impôt de 25% du montant de la participation dès lors que la participation au capital de la société est maintenue pendant une durée de 5 ans.

21. - En deuxième lieu, il nous apparaît important de souligner que la SCIC est exclue du régime fiscal "mécénat". Pour rappel, le mécénat ouvre droit à une réduction d'impôt sur le revenu pour les particuliers (art. 200 CGI) ou les entreprises (art. 238 bis CGI) qui effectuent des dons au profit d'organismes d'intérêt général. Il a, un temps, été envisagé le

bénéfice de ces dispositions pour les SCIC qui opteraient pour une dotation maximale de leurs réserves jusqu'à atteindre 100% (et se retrouver dans une situation de "non lucrativité")[3].
Le gouvernement a apporté une précision importante sur ce point. Il a confirmé **l'inapplicabilité du régime fiscal (avantageux) des associations organisatrices de spectacles vivants au SCIC ayant un objet similaire**. Il s'agit d'une réponse formulée par le gouvernement à une question posée par un parlementaire reproduite au BoFip : il faut donc être prudent sur la portée de cette position. En effet, si elle nous apporte un éclairage intéressant, le gouvernement et l'administration n'est pas le juge et cette interprétation pourrait parfaitement être renversée à l'occasion d'un contentieux.

22. - En troisième lieu, peu de sociétés coopératives d'intérêt collectif bénéficient de l'agrément Service Civique. A notre connaissance, plusieurs SCIC bénéficient d'un agrément : Solidarité Etudiante (l'une des premières), Coop Cité, 7 vents, Vacances Plurielles, Friche Belle de Mai… L'obtention de l'agrément ESUS n'y est certainement pas étrangère…

Analyse et proposition juridique

23. - S'agissant de la qualification de PME européenne, peu de marge de manœuvre. Peut-être doit-on saisir la commission européenne aux fins de modifier cette recommandation.

24. - S'agissant du mécénat. Il peut être intéressant de recourir à un montage complexe associant association et SCIC : l'association reçoit du mécénat et remonte une partie de ses financements en loyer… Mais attention, gare à la fiscalité de l'association !

[3] v. Rapport d'information n° 707 (2011-2012) de Mme Marie-Noëlle LIENEMANN, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 25 juillet 2012, les coopératives, un atout pour le redressement de la France, 3- a) 1/ Question de mécénat https://www.senat.fr/rap/r11-707/r11-70718.html#toc128