

Sociétés et autres groupements

Sociétés civiles, associations et autres groupements

David Hiez

Professeur de droit privé,
Université du Luxembourg,
Faculté de droit,
d'économie et de finance

Contrôle de la qualité d'entreprise d'économie sociale et solidaire : une illustration rare et inspirante

(T. com. Bobigny, ord. réf., 11 avr. 2023, n° 2023S00565)

L'appartenance à l'économie sociale et solidaire (ESS) est une question délicate et sensible, qui risque de le devenir de plus en plus avec son développement. Cette sensibilité s'est déjà manifestée dans la jurisprudence administrative puisque la validité du décret n° 2015-1732 du 22 décembre 2015 relatif à l'obligation de mise à jour et de publication par les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire (CRESS) de la liste des entreprises régies par l'article 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire avait été contestée. Ce décret fixe les éléments que doit contenir la liste des entreprises d'économie sociale et solidaire que chaque CRESS doit établir¹. Or, la fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne privés non lucratifs avait demandé l'annulation de ce décret en considérant que l'article 6 de la loi de 2014 avait été violé

en ce que le décret établissait une liste unique alors qu'il aurait fallu distinguer les entreprises statutaires de l'ESS et les sociétés commerciales de l'ESS relevant les unes et les autres d'alinéas distincts de l'article 1^{er} de ladite loi². Il faut se souvenir, en effet, que la loi de 2014 a introduit, à côté des acteurs historiques de l'économie sociale et solidaire, des sociétés commerciales, correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler des entreprises sociales (la notion d'entreprise sociale n'est pas reconnue en droit interne français mais elle correspond à une réalité empirique dont relèvent sans conteste les sociétés commerciales de l'article 1^{er} de la loi de 2014, mais sans doute également d'autres entreprises³). Le Conseil d'État avait rejeté sa demande⁴. Il est vraisemblable que le secteur très concurrentiel de l'aide à la personne est particulièrement sensible et que les entreprises historiques de

(1) Décr. n° 2015-1732 du 22 déc. 2015 relatif à l'obligation de mise à jour et de publication par les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire de la liste des entreprises régies par l'art. 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

(2) L. n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1^{er}, al. 8 et 9.

(3) Sur leur situation en droit français : D. Hiez, La définition française de l'économie sociale et solidaire est-elle plus ou moins accueillante aux entreprises sociales que d'autres définitions européennes ?, in S. Grandvillemin & C. Perrin-Joly (dir.), *Entreprise sociale, Quels statuts, quels acteurs pour quel impact ?*, Buylant, à paraître.

(4) CE, 3^e ch., 29 mai 2017, n° 400761.

l'ESS ne veulent pas qu'on y « mélange les torchons et les serviettes »⁵. La tension pourrait bien se déplacer dans le secteur du recyclage en plein essor ; c'est en tout cas dans ce domaine qu'un litige a été tranché en avril dernier après qu'une société commerciale s'est vu refuser son inscription sur la liste de la CRESS⁶. Ce n'est toutefois pas cette décision qui forme la matière du litige puisque celui-ci a été initié par la CRESS elle-même.

Le 11 avril 2023, saisi par la CRESS d'Île-de-France, le tribunal de commerce de Bobigny a effectué le premier contrôle sur l'inscription de la mention d'économie sociale et solidaire pour une société commerciale. Le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés (RCS) y a constaté l'irrespect des exigences légales posées pour cette immatriculation. En conséquence, le juge a enjoint à la société de se conformer à cette exigence dans le délai d'un mois et, à défaut, demandé au greffier du tribunal de commerce de supprimer cette mention. C'est la première fois qu'une telle mesure est prise et elle permet de réexaminer de façon approfondie tant l'identité de l'économie sociale et solidaire que les modalités de sa protection. L'affaire rapportée illustre, en effet, le fait qu'un contrôle de conformité aux conditions légales pour qu'une société commerciale se revendique de l'économie sociale et solidaire est possible en même temps qu'elle en montre les difficultés. Ce contrôle doit être envisagé à un double titre, car non seulement il nous informe sur la substance de l'économie sociale et solidaire et la place qu'y occupe l'entreprise sociale (I), mais encore il met en évidence l'insuffisance des modalités du contrôle (II).

I – La substance de l'économie sociale et solidaire questionnée par l'entreprise sociale

Pour déterminer si la société commerciale en cause peut ou non se revendiquer de l'économie sociale et solidaire, il faut vérifier si elle remplit un certain nombre de conditions posées par la loi. Il est tentant de voir dans ces conditions les critères de l'économie sociale et solidaire. Après les avoir rappelées (A), il faudra approfondir leur statut et voir si elles sont représentatives de l'ensemble de l'économie sociale et solidaire ou ce qu'elles nous disent de l'entreprise sociale (B).

A – Critères d'admission des sociétés commerciales au sein de l'économie sociale et solidaire

Les premières conditions posées pour que les sociétés commerciales puissent se revendiquer de l'économie sociale et solidaire, rappelées par le tribunal, figurent dans la loi éponyme⁷. Elles doivent faire apparaître dans leurs statuts : le respect des conditions imposées aux autres entreprises de l'économie sociale et solidaire, une utilité sociale, le prélèvement d'au moins 20 % des bénéfices pour un fonds de développement, un prélèvement d'au moins 50 % des bénéfices affecté au report bénéficiaire et aux réserves impartageables, l'interdiction d'amortir le capital ou de le réduire pour une autre cause que des pertes. Le texte prévoit un décret d'application, adopté en 2015 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁸.

(5) S. Grandvilllemin, Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? Une qualification entre unité et diversité, JCP 2015, n° 1542.

(6) T. com. Bobigny, ord. réf., 11 avr. 2023, n° 2023S00565.

(7) L. du 31 juill. 2014, art. 1^{er}, al. 9 s.

(8) Décr. n° 2015-858 du 13 juill. 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire.

Le décret apporte quelques minces précisions. D'abord, il indique que la conformité à l'utilité sociale doit se vérifier au regard de la définition de l'objet de la société, ce qui exclut l'examen des pratiques de ladite société. Il suffit, dit le décret, que l'objet corresponde à l'une des trois conditions de l'utilité sociale, précision doublement inutile : d'une part le caractère alternatif des conditions figure dans la définition de l'utilité sociale elle-même⁹ ; d'autre part, le décret parle de trois conditions alors que l'article 2 de la loi de 2014 en compte désormais quatre depuis la réforme de 2019¹⁰. La supériorité de la loi sur le décret dans la hiérarchie des sources conduit à oublier le « trois » pour comprendre que les quatre conditions sont bien alternatives. Le décret n'apporte aucune précision substantielle à propos de la gouvernance, sauf l'exigence que les statuts ne fixent la composition, le fonctionnement et les pouvoirs des organes de la société afin de vérifier son caractère démocratique. Pour le reste, le décret ne fait que répéter les dispositions de la loi et, au final, ne présente pour intérêt que de remplir la condition d'adoption d'un décret imposée par l'article 1^{er} de la loi de 2014.

Le tribunal considère que la société ne remplit pas ces conditions et il reprend les arguments présentés par la CRESS ; il y a d'ailleurs une telle similitude entre les motifs retenus par le juge et les arguments présentés par la CRESS requérante qu'il ne met pas en évidence le raisonnement propre du tribunal. Il convient de les reproduire rapidement pour pouvoir apprécier la solution et en tirer des enseignements.

Le seul point jugé conforme aux exigences légales concerne l'obligation de réinvestir la majorité du résultat¹¹ mais aucune des autres conditions n'est considérée comme remplie. En ce qui concerne

la gouvernance, les statuts prévoient une prise de décision selon la règle une action une voix, alors que la loi exige que l'expression des associés ne soit pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur participation. Le comité stratégique de la société n'est désigné que par les actionnaires sans obligation d'inclure les salariés ou toute autre partie prenante. Et aucun mécanisme d'information et de participation n'est prévu. La dimension financière n'est pas plus satisfaisante. Le boni de liquidation est réparti entre les associés de la société. De façon cohérente, aucune clause n'envisage l'impartageabilité des réserves.

Le point le plus intéressant est sans doute ce qui concerne l'utilité sociale. Les statuts comportent, au titre de son objet social, la mention suivante : « la contribution, dans une notion d'économie sociale et solidaire, au développement durable en luttant contre le gaspillage par la mise en œuvre des activités mentionnées », à savoir la réparation et le recyclage d'appareils électroménagers. Bien sûr, la mention expresse de l'économie sociale et solidaire n'est en elle-même d'aucun poids. Puisque le respect de l'utilité sociale est satisfait par l'une des quatre conditions de l'article 2 de la loi de 2014, l'irrespect suppose qu'aucune des quatre exigences qu'il pose ne soit remplie. L'ordonnance ne fait allusion qu'à la quatrième condition. Il est vrai que les trois autres (soutien à des personnes en situation de fragilité, contribution au développement et à la préservation du lien social, éducation à la citoyenneté) semblent éloignées de l'activité de la société, mais il est regrettable que le tribunal n'ait pas pris la peine d'exposer le résultat de ses vérifications. Il n'est pas possible au lecteur de l'ordonnance d'exclure qu'une de ces trois conditions n'ait en pratique été remplie. La quatrième condition se lit ainsi dans la loi : « 4° Elles ont pour objectif de concourir

(9) L. du 31 juill. 2014, art. 2.

(10) L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 105, V.

(11) Statuts, art. 19.

au développement durable, à la transition énergétique, à la promotion culturelle ou à la solidarité internationale, dès lors que leur activité contribue également à produire un impact soit par le soutien à des publics vulnérables, soit par le maintien ou la recréation de solidarités territoriales, soit par la participation à l'éducation à la citoyenneté »¹². L'argument de la CRESS, avalisé par le juge, est le suivant : « si l'activité de la société a un impact sur l'environnement, la société ne participe aucunement à l'éducation, à la citoyenneté, à la cohésion territoriale ou au soutien à un public vulnérable ». Il faut certainement comprendre, dans l'argument, la référence à l'environnement comme renvoyant dans la terminologie employée par la loi au « développement durable ». Si aucune des trois premières conditions légales ne correspond à l'objet de la société, rien n'exclut que celle-ci y contribue de façon secondaire. Il est affirmé que non, sans plus de précision.

Ces appréciations sont toutefois très sommaires et l'ordonnance n'est pas motivée de façon très détaillée, probablement parce que le cas ne soulevait aucune hésitation. Il convient cependant d'appréhender la place des sociétés commerciales, plus connues comme entreprises sociales, au sein de l'économie sociale et solidaire.

B – Quelle place pour les entreprises sociales au sein de l'économie sociale et solidaire ?

L'affaire rapportée fournit l'exemple d'une société commerciale qui s'affiche

indûment comme d'économie sociale et solidaire. Selon nos informations¹³, cette société n'aurait pas contesté l'ordonnance, mais essayé de répondre aux manquements relevés de façon constructive. En termes de sociologie juridique (sans méthode), l'histoire est très instructive, mettant en lumière une méconnaissance de ce qu'est l'économie sociale et solidaire, en flirtant avec la mauvaise foi ou l'incompétence tant le hiatus entre les clauses statutaires et les règles légales à respecter est flagrant. Mais, techniquement, d'autres questions émergent. Cette société évoque évidemment l'entreprise sociale et il est intéressant de se demander si elle pourrait être qualifiée de telle au regard des critères européens. Mais l'exclusion de cette société dans cette affaire ne doit pas masquer l'existence de sociétés commerciales estampillées économie sociale et solidaire au RCS et il convient d'approfondir leur particularité juridique dans la constellation de l'économie sociale et solidaire.

Le droit européen a été le fer de lance de l'entreprise sociale depuis les années 2000¹⁴, même si cette heure de gloire s'est achevée avec le plan d'action de 2021¹⁵ qui conserve la notion d'entreprise sociale mais l'inscrit sans réserve comme un des éléments de l'économie sociale et non comme notion potentiellement concurrente¹⁶. Durant sa période glorieuse, l'entreprise sociale a bénéficié d'une définition européenne¹⁷ qui pose comme condition de cette qualification : qu'elle ne soit pas admise à la négociation sur un marché réglementé, qu'elle ait pour objectif principal de produire des effets sociaux positifs et mesu-

(12) L. du 31 juill. 2014, art. 2, al. 5.

(13) Entretien avec le président de la CRESS Île-de-France, 25 mai 2023.

(14) COM(2011) 682 final, 25 oct. 2011, Initiative pour l'entrepreneuriat sociale, Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales.

(15) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 1th December 2021, Building an economy that works for people : an action plan for the social economy.

(16) D. Hiez, 2011-2021 : D'une communication de la Commission européenne à l'autre, Rev. de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2022, p. 40.

(17) Règl. (UE) n° 346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, art. 3, d.

rables et qu'alternativement elle fournisse des biens ou des services à des personnes vulnérables ou, qu'elle utilise une méthode de production de biens ou de services qui soit la matérialisation de son objectif social, utilise ses bénéfices, avant tout, pour atteindre son objectif social principal et fasse en sorte que les distributions de bénéfices ne compromettent pas son objectif essentiel, est gérée de manière transparente et qui oblige à rendre des comptes, notamment par l'association de son personnel, de ses clients et des parties prenantes concernés par ses activités.

Il est permis de se demander si, faute d'être de l'économie sociale et solidaire, la société de l'espèce ne serait pas une telle entreprise sociale. La réponse à cette question se basera sur les seules informations de fait disponibles à travers l'ordonnance. Elle est donc très fragile, mais c'est moins l'exactitude de la réponse qui est intéressante que la mise en lumière d'une figure laissée dans l'ombre. Gageons d'abord que la société commerciale de cette espèce n'est pas admise à la négociation sur un marché réglementé, c'est le plus probable. L'objectif de produire des effets sociaux positifs et mesurables doit être considéré comme un équivalent fonctionnel à l'exigence d'utilité sociale, mais il est beaucoup plus large, tout comme les deux conditions alternatives qui l'accompagnent sont plus souples. Il est peu probable que la société de réparation d'appareils électroménagers puisse s'analyser comme fournissant des biens ou des services à des personnes vulnérables. Il est plus envisageable qu'elle utilise une méthode de production de biens ou de services qui soit la matérialisation de son objectif social. Si on admet que l'objectif social soit la lutte contre le gaspillage, il va de soi que la réparation et le recyclage d'appareils en panne sont un mode de réalisation de cet objectif,

même si en bonne logique on pourrait faire observer que la réparation et le recyclage sont des opérations courantes qui ne semblent pas en l'espèce revêtues de particularités propres. L'accueil favorable de cette condition pourra en tout état de cause s'appuyer sur le préambule au règlement puisque celui-ci mentionne expressément le recyclage au titre de ces méthodes de production¹⁸.

L'utilisation des bénéfices pour atteindre l'objectif social semble réuni puisque les statuts prévoient que la majorité des résultats est réinvestie, ce dont on peut conclure que la réalisation de cet objectif est protégée contre les appétits excessifs des associés. La gestion de l'entreprise de manière transparente et qui oblige à rendre des comptes, notamment par l'association de son personnel, de ses clients et des parties prenantes est incertaine ; le mécanisme du vote proportionnel au capital n'est pas un obstacle mais la précision qu'aucun mécanisme n'est prévu pour associer les salariés et autres peut constituer un point de blocage. Il semble toutefois qu'un réaménagement statutaire et une meilleure prise en compte de l'approche participative permettrait de reconnaître cette entreprise comme entreprise sociale au sens du droit européen.

Une conclusion s'impose : que ce soit probable ou seulement plausible à propos de la société de l'espèce importe peu, il y a nécessairement des hypothèses dans lesquelles une société commerciale serait considérée comme entreprise sociale au regard du droit européen et exclue de l'économie sociale et solidaire selon la loi française. Mais il faut aller plus loin. Dans la conception européenne, qui, certes, ne résulte pas de règles de droit dur mais qui transpire à travers les positions de la commission et du parlement, les entreprises sociales font partie de l'économie

(18) Règl. (UE) n° 346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, consid. 14.

sociale ; il en résulte que l'entreprise hypothétique que nous avons envisagée doit être considérée comme partie de l'économie sociale européenne. Il y a donc un écart entre la notion française d'économie sociale et solidaire et la notion européenne d'économie sociale, et la différence ne tient pas à l'ajout de « solidaire » par la loi française. Si le droit européen fait partie du droit français, il ne s'impose à la loi française que dans la limite de son champ d'application. Or, la loi de 2014 ne contredit aucune règle européenne, en sorte que les deux conceptions cohabitent. C'est seulement le signe de la difficulté d'avoir une conception unitaire ; et ce petit écart ne manquera pas d'être beaucoup plus large au niveau mondial, malgré les définitions universelles consacrées¹⁹. Ces différences ne sont pas nécessairement négatives, elles sont aussi sources de richesse. Sans contester la pertinence de la définition française et la nécessité de la faire respecter, l'économie sociale et solidaire demeure une constellation inclusive plutôt qu'exclusive.

Pour en revenir au droit interne, il faut approfondir la place que le droit fait aux sociétés commerciales au sein de l'économie sociale et solidaire. Tout d'abord, il faut observer que le régime juridique qui lui est imposé ne l'est que pour son inclusion à l'économie sociale et solidaire, en sorte que l'irrespect de ce régime n'est sanctionné que par son exclusion. Or, cette exclusion ne s'accompagne d'aucun encadrement. Concrètement, une société commerciale de l'économie sociale et solidaire peut modifier en toute légalité ses statuts et rendre par exemple ses réserves partageables, prévoir l'attribution du boni de liquidation aux associés, en totale opposition avec les exigences légales ; la seule conséquence est qu'elle perdra sa qualité d'économie sociale et solidaire

mais toutes les richesses antérieurement créées par l'entreprise seront régies par les nouvelles règles statutaires. C'est une faiblesse inévitable du mécanisme. Mais il ne faut pas s'arrêter là.

À première vue, les sociétés commerciales doivent se soumettre à des conditions supplémentaires par rapport aux autres entreprises de l'économie sociale et solidaire puisque, outre le respect des principes valables pour toutes les entreprises de l'économie sociale et solidaire, elles sont soumises à des exigences additionnelles. L'apparence doit être nuancée à un double titre : d'une part, les principes de l'économie sociale et solidaire ont un caractère général qui rend techniquement malaisé de vérifier qu'ils sont respectés ; d'autre part, toutes les autres entreprises concernées sont incluses à l'économie sociale et solidaire en raison de leur statut juridique et celui-ci entraîne aussi des contraintes propres. Pour vérifier si les sociétés commerciales sont soumises à des exigences plus fortes que les autres entreprises d'économie sociale et solidaire, il convient donc de comparer les conditions qui leur sont propres aux principes applicables à toutes.

La première condition propre consiste dans la recherche d'une utilité sociale²⁰. Cette exigence ne s'impose pas aux autres entreprises de l'économie sociale et solidaire. Cette contrainte spécifique s'expliquerait du fait que les autres entreprises, historiquement engagées dans l'économie sociale et solidaire, en justifient par leur mode d'organisation et de fonctionnement, tandis que les sociétés commerciales désireuses de rejoindre la constellation ne peuvent se prévaloir d'une telle originalité. Autrement dit, l'exigence d'utilité sociale ressemble au prix à payer pour la suspicion dont elles font l'objet. Ce prix ne se justifie que si

(19) D. Hiez, Reconnaissance internationale de l'économie sociale et solidaire : résolution de la 110^e conférence internationale du travail, RTD com. 2022, 807.

(20) P. Francoual, Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés commerciales ?, RLDA 2016, 117.

les autres conditions posées à l'inclusion ne lèvent pas le soupçon d'extranéité. Tout aussi concrètement, cette exigence manifeste que ces sociétés commerciales entrent en économie sociale et solidaire à raison de leur objet, caractérisé par son utilité sociale. C'est un élément classique des critères de l'entreprise sociale et il n'est pas indifférent qu'on le retrouve dans la définition européenne.

La deuxième condition consiste dans le prélèvement d'une fraction au moins égale à 20 % des bénéfices de l'exercice, affecté à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire, dite « fonds de développement », tant que le montant total des diverses réserves n'atteint pas 20 % du montant du capital social²¹. Les principes généraux des entreprises d'économie sociale et solidaire n'ont pas ce degré de précision ; les entreprises qui connaissent ce genre de contrainte sont les coopératives, avec un mécanisme très similaire, et le montant des prélèvements y est en principe de 15 %, obligatoire jusqu'à ce qu'elles aient atteint le montant du capital social²².

À la constitution de ce fonds de développement s'ajoute le prélèvement d'une fraction au moins égale à 50 % des bénéfices de l'exercice, affecté au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires. Le sort de ces sommes dépendra des résultats de l'exercice subséquent mais elles ont vocation à constituer de nouvelles réserves. En tout état de cause, le prélèvement successif de 20 % puis de 50 % aboutit à un prélèvement de 60 % minimum ; c'est au-delà du prélèvement applicable aux sociétés coopératives d'intérêt collectif²³, qui sont pourtant les coopératives les plus proches d'organismes à but non lucratif.

Il faut en outre préciser que les réserves qui se constituent par ces prélèvements sont nécessairement impartageables puisque telles sont par l'effet de la loi toutes les réserves obligatoires²⁴.

Pour finir sur le plan financier, sont prohibés l'amortissement et la réduction du capital de la société non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la continuité de son activité. Centrée sur son objet d'utilité sociale, la société ne peut légitimement procéder à des opérations financières à moins qu'elles ne soient nécessaires pour la réalisation de cet objet.

les exigences en termes de gouvernance sont plus fortes que pour l'entreprise sociale en droit européen puisqu'elles sont identiques à toutes les autres entreprises de l'économie sociale et solidaire : « [...] 2° 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 »²⁵. Le décret d'application propre aux sociétés commerciales ne fait que reproduire la même disposition²⁶. Il n'empêche que ces conditions sont, comme la disposition de l'ensemble de la loi de 2014, plus programmatiques que techniques. Faute de précision supplémentaire, les modalités de mise en œuvre sont très variables. C'est ainsi que le principe du vote par tête n'est pas exigé, il suffit que le vote ne soit pas strictement cantonné à un poids proportionnel au capital détenu. C'est une différence fondamentale par rapport aux autres entreprises de l'ESS

(21) Arr. 3 août 2015 pris en application de l'art. 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire fixant la fraction des bénéfices affectée au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires, art. 1^{er}.

(22) L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération, art. 16, al. 2.

(23) L. du 10 sept. 1947, art. 19 *nonies*, al. 1^{er}.

(24) En ce sens : J. Monnet, L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales, Dr. sociétés 2014. Étude 22

(25) L. du 31 juill. 2014, art. 1^{er}, al. 3.

(26) Décr. n° 2015-258 du 13 juill. 2015, art. 1^{er}, al. 3.

dont les statuts juridiques imposent, directement ou pas, la règle une personne une voix. Il faut relever en sens inverse que l'information et la participation des salariés et des autres parties prenantes est exigée, tandis qu'elle est totalement négligée par les lois propres aux autres entreprises d'ESS, quand elle n'y est pas mise obstacle. Une question révélée par la pratique n'a pas été tranchée : l'hypothèse d'une société unipersonnelle. L'exigence démocratique atténuée oriente vers l'admissibilité de cette figure iconoclaste mais la référence aux associés au pluriel dans l'article 1^{er} de la loi de 2014 peut être invoquée en sens contraire. La doctrine favorable à cette solution est minoritaire²⁷ mais elle peut se prévaloir d'observations empiriques puisqu'en 2017 on relevait une dizaine de pourcents des sociétés commerciales sous forme unipersonnelle²⁸.

Au final, le bilan de l'analyse du statut de la société commerciale d'économie sociale et solidaire est nuancé. Faiblement démocratique mais avec une participation requise d'acteurs variés, soumise à des contraintes financières au moins aussi strictes que les autres entreprises d'ESS, elles sont essentiellement caractérisées par leur objet tourné vers l'utilité sociale. Elles ne bénéficient d'aucune mesure fiscale spécifique, ce qui est parfaitement équitable si on garde à l'esprit que tous les profits réalisés pourraient parfaitement être finalement partagés entre les associés après qu'ils auraient décidé d'abandonner leur caractère d'ESS et modifié en conséquence les statuts de la société.

La nature du mécanisme par lequel la société commerciale s'immatricule et s'identifie comme d'ESS n'est pas explicitée. La forme juridique de la société ne s'en trouve pas modifiée et, à la dif-

férence de la société coopérative dont on a pu rechercher la nature propre comme société²⁹, aucune disposition spéciale ne lui est applicable. La loi ne consacre que les conditions de sa reconnaissance, sans aucun régime juridique. Le terme de « requalification » évoqué par l'ordonnance (apparemment terminologie de la CRESS) pour décrire l'acte du greffier consécutif à la décision du tribunal est donc inappropriée. On peut comparer le mécanisme à un label, enregistré par l'autorité publique mais sans véritable contrôle *a priori*. Il s'agit donc d'un label que la société s'octroie elle-même, avec la possibilité de contester cette auto-attribution. Faute de contrôle *a priori*, l'efficacité des procédures de contrôle de véricité des mentions enregistrées revêt une importance centrale.

II – Appréciation des modalités de contrôle de la qualité d'économie sociale et solidaire

La loi économie sociale et solidaire ne s'est pas totalement désintéressée de cette question puisqu'elle la mentionne expressément au titre des pouvoirs des CRESS³⁰. Elle ne dit toutefois pas grand-chose et il convient d'approfondir le mécanisme sous ces deux aspects général et spécial : la protection passe d'abord par la réglementation du RCS mais elle soulève la question de l'intervention des institutions sectorielles.

A – La protection fournie par la réglementation du registre de commerce et des sociétés

Le socle de la publicité commerciale réside dans le RCS, c'est donc logique-

(27) K. Rasolononomalaza, *Recherche sur le droit du financement des entreprises sociales et solidaires*, thèse, Université Aix-Marseille, 2018, n° 24.

(28) Observatoire national de l'ESS – CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, 2017.

(29) R. Saint-Alary Houin, *Éléments distinctifs de la société coopérative*, RTD com. 1952. 485.

(30) L du 31 juill. 2014, art. 6, al. 9.

ment le lieu d'enregistrement de la qualité de société de l'ESS. Cette possibilité figure désormais parmi les mentions prévues pour l'immatriculation. Dans sa demande d'immatriculation, la société déclare, en ce qui concerne la personne morale : « 11° Le cas échéant, s'il s'agit d'une société commerciale, sa qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire »³¹. L'expression « le cas échéant » signifie que, dès lors que les conditions en sont remplies, la société concernée a l'obligation de procéder à la publication de cette qualité ; la déclaration est d'ailleurs prévue au présent de l'indicatif, temps de l'impératif en grammaire juridique. Dans le même sens, on relèvera que ces sociétés font *ipso jure* partie de l'économie sociale et solidaire dès lors qu'elles en remplissent les conditions, sans que l'absence de publication au RCS ait une quelconque incidence³². La publication au RCS n'est nécessaire que pour permettre à ladite société de faire publiquement état de cette qualité³³ ; cette disposition est claire puisqu'elle dispose que la société « peut » faire publiquement état de cette qualité ; cette possibilité ne consiste pas dans la publication au RCS puisque cette publication est requise pour pouvoir faire publiquement état de la qualité de société de l'ESS. La loi considère donc comme facultative la revendication publique de la qualité d'ESS mais ne dit rien sur le caractère impératif ou non de l'enregistrement au RCS. La lettre des dispositions réglementaires incline à en conclure que cet enregistrement au RCS est impératif. Il semble en revanche que l'absence de respect de cette exigence sera sans effet : non seulement l'assujetti ne sera pas sanctionné pour cette

omission, mais en outre on voit mal qui pourrait la contester et saisir le juge pour contraindre la société concernée à procéder à cette mention.

En pratique, la question délicate est, en effet, celle des sociétés qui revendiqueraient indûment une qualité d'ESS comme en l'espèce. Le premier contrôle doit être réalisé par le greffier chargé de l'inscription. Il doit, sous sa responsabilité, s'assurer de la régularité de la demande³⁴. Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier³⁵. Il vérifie en outre que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent³⁶. Or, la doctrine considère qu'il s'agit d'un « contrôle renforcé de la conformité des déclarations constitutives et modificatives statutaires par rapport aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur »³⁷. Il en résulte que le greffier aurait dû opérer le contrôle que le juge a finalement effectué dans l'affaire commentée. Comme l'enregistrement par le greffier doit en principe être effectuée dans un jour franc de la demande, le greffier peut prévenir le demandeur, en cas de complexité du dossier, qu'il ne statuera que dans les cinq jours francs³⁸. En cas de refus d'inscription, par décision motivée, il en avertit le demandeur³⁹. Le greffier est responsable de cette appréciation⁴⁰. Les conditions de cette responsabilité ne sont toutefois pas explicitées et il est

(31) C. com., art. R. 123-53.

(32) L. du 31 juill. 2014, art. 1^{er}, al. 9.

(33) L. du 31 juill. 2014, art. 1^{er}, III.

(34) C. com., art. R. 123-94.

(35) C. com., art. R. 123-95, al. 1^{er}.

(36) C. com., art. R. 123-95, al. 2.

(37) P. Beder, Rép. com., v^o « Registre du commerce et des sociétés », janv. 2011, n^o 227.

(38) C. com., art. R. 123-97, al. 4.

(39) C. com., art. R. 123-97, al. 3.

(40) P. Beder, art. préc., n^o 311.

peu probable qu'elle soit effectivement recherchée. Il est d'ailleurs incertain si le greffier dispose des connaissances suffisantes pour effectuer le contrôle.

La responsabilité de l'assujetti est également encourue : la doctrine l'affirme en cas d'abstention fautive⁴¹ mais l'affirmation est transposable *a fortiori* en cas de déclaration erronée. L'assujetti est même pénalement responsable en cas de mauvaise foi : le fait de donner, de mauvaise foi, des indications inexacts ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative au RCS est puni d'une amende de 4500 euros et d'un emprisonnement de six mois⁴². Cette sanction relève de la compétence du tribunal correctionnel lorsqu'elle atteint les seuils fixés aux articles 131-3 et 131-12 et suivants du code pénal⁴³. Ces peines ne sont toutefois encourues qu'en cas de mauvaise foi et ses contours ne sont pas définis. Il est évident qu'il y aura mauvaise foi si la société savait qu'elle effectuait une déclaration erronée mais cette connaissance sera difficile à établir. Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si la mauvaise foi ne pourra pas être acquise si la société avait dû connaître la fausseté de la déclaration, ce dont on peut se demander si ce ne serait pas le cas en l'espèce au vu du nombre de contradictions entre les statuts et les exigences légales explicites. La poursuite pénale est toutefois entre les mains du procureur de la République.

Ces dispositifs ont certainement une vocation principalement préventive. C'est

ce qu'illustre parfaitement l'ordonnance rendue dans notre affaire, puisque le juge y prend la peine de rappeler la règle dans son dispositif sans prononcer une seule sanction. C'est que le plus important est de faire disparaître la mention erronée au RCS. Il convient pour cela de saisir le juge chargé de la surveillance du registre. Cette possibilité est ouverte à « toute personne justifiant y avoir intérêt » ou le procureur de la République⁴⁴. Le spectre des personnes pouvant y avoir intérêt est théoriquement large et pourrait notamment comprendre les concurrents de la société concernée, qu'ils fassent ou non partie de l'ESS. Ce pouvoir est explicitement attribué aux chambres régionales de l'ESS⁴⁵ ; la disposition est bienvenue dans la mesure où la jurisprudence s'est montrée peu accueillante aux recours en protection des principes du secteur qu'ils animent dans le secteur coopératif⁴⁶. Il faut toutefois regretter que les moyens publics alloués à ces chambres régionales soient particulièrement modestes et ne leur permettent pas de remplir correctement la mission qui leur est dévolue. Si, par manque de moyens ou d'information, une CRESS découvrirait sur le tard une société revendiquant faussement sa qualité d'ESS, elle pourrait au moins s'appuyer sur l'inapplication de la prescription à son action tant que la fausse inscription demeure⁴⁷.

Quant au juge, il dispose de pouvoirs d'injonction tout à la fois à destination du greffier et de l'assujetti. Le premier destinataire des injonctions du juge est l'assujetti, à qui le juge peut enjoindre,

(41) P. Beder, art. préc., n° 310.

(42) C. com., art. L. 123-5.

(43) P. Beder, art. préc., n° 318.

(44) C. com., art. L. 123-3.

(45) L. du 31 juill. 2014, art. 6, al. 3.

(46) Pour l'irrecevabilité du Haut conseil de la coopération agricole à contester la décision du conseil d'administration d'une coopérative en contrariété avec les règles coopératives impératives : Civ. 1^{re}, 6 janv. 2021, n° 19-11.949, Bull. civ. I, n° 18 ; D. 2021. 78 ; *ibid.* 1941, obs. E. Lamazerolles et A. Rabreau. – Pour l'irrecevabilité d'une union régionale de la CGSCOP à propos des coopératives ouvrières : CAA Marseille 24 juin 2010, 7^e ch., n° 08MA00797, JCP E 2011. 1150 ; Chronique de droit coopératif, D. Hiez (dir), n° 24, obs. D. Hiez. – *Contra* : une solution favorable toujours à propos d'une union régionale des SCOP : Rennes, 3^e ch. comm., 11 déc. 2018, n° 16/02987, RTD com. 2020. 127, obs. D. Hiez.

(47) Com. 25 janv. 2023, n° 21-17.592.

le cas échéant sous astreinte, de faire procéder aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclarations inexactes ou incomplètes⁽⁴⁸⁾. À cet égard, la formulation utilisée par le juge dans l'affaire commentée est un peu imprécise : « enjoignons à la société X. de régulariser sa situation au RCS dans le délai d'un mois à compter de la réception de la notification de la présente ordonnance ». Ayant constaté que la société a procédé à une déclaration erronée, le juge doit lui enjoindre de faire disparaître cette mention par rectification. La régularisation au RCS peut s'entendre différemment ; elle peut consister en une modification des statuts pour se conformer aux conditions posées par la loi de 2014 ; c'est en tout cas le sens de la distinction entre rectification et régularisation⁽⁴⁹⁾. Il est vrai que le délai d'un mois paraît particulièrement réduit pour parvenir à ce résultat compte tenu des formalités requises pour ces modifications, sans même parler des réflexions préalables nécessaires. La seule possibilité pour l'assujéti dans cette situation est de procéder à la demande de retrait de la déclaration auprès du greffier, quitte à faire une nouvelle déclaration ultérieurement. Ce n'est qu'à défaut de cette démarche volontaire que le greffier peut être sollicité pour procéder d'office à la rectification⁽⁵⁰⁾, comme l'a fait le juge en l'espèce. En pratique, les choses peuvent toutefois être plus pragmatiques et, dans l'affaire qui nous occupe, il semble bien que, après un accompagnement par la CRESS et avec une attestation de cette dernière de la conformation globale de la société aux exigences légales, la société soit en

passé de s'intégrer valablement à l'économie sociale et solidaire.

B – Protection moins aboutie de l'ESS que des statuts qui la composent

Cette protection n'a pas retenu l'attention générale du législateur en 2014 : elle n'a été envisagée qu'à propos des sociétés commerciales, et seulement pour conférer en la matière qualité pour agir aux CRESS⁽⁵¹⁾. Elle constitue pourtant un axe traditionnel des lois qui régissent les entreprises alternatives que l'économie sociale et solidaire rassemble. Si on considère les coopératives, dont la législation est la plus aboutie, on observe ainsi une double préoccupation : d'un côté faire en sorte qu'aucune entreprise ne puisse se revendiquer indûment de la qualité de coopérative⁽⁵²⁾, de l'autre qu'aucune coopérative ne puisse cacher sa qualité aux tiers⁽⁵³⁾. Une disposition analogue se retrouve dans la loi coopérative utopique, fruit de la réflexion d'universitaires et de praticiens⁽⁵⁴⁾. Cette solution n'est pas propre à la France puisqu'elle se retrouve dans les principes européens de droit coopératif⁽⁵⁵⁾. Le droit mutualiste connaît des solutions similaires⁽⁵⁶⁾. Par opposition, aucune solution en ce sens n'existe en ce qui concerne les associations et les fondations. Ces dispositifs sont toutefois assez formels, en ce qu'ils ne contrôlent que l'affichage public et l'enregistrement officiel ; ils ne se préoccupent pas de la réalité concrète ou du respect du régime juridique applicable à la forme juridique

(48) C. com., art. L. 123-3, al. 2

(49) D. Ouali, *L'immatriculation au registre du commerce : Étude des droits tunisien et français*, thèse, Sfax, 2017, spéc. n° 516.

(50) C. com., art. R. 123-142, al. 3.

(51) L. du 31 juill. 2014, art. 6, al. 9

(52) L. du 10 sept. 1947, art. 24 ; D. Hiez, *Sociétés coopératives Création Organisation Fonctionnement*, Dalloz, 3^e éd., 2023, n° 232.053.

(53) L. du 10 sept. 1947, art. 22 ; D. Hiez, *op. cit.*, n° 032.11.

(54) Loi coopérative utopique : https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/46022/1/loi_cooperative_utopique_2018.pdf.

(55) G. Fajardo, A. Fici, H. Hagen, D. Hiez, D. Meira, H-H. Muncner et I. Snaith, *Principles of european cooperative law*, 2017, Intersentia.

(56) C. mut., art. L. 110-4.

enregistrée. C'est sur cette même question de l'adéquation à la forme choisie que se situe la décision rapportée.

Si on fait un retour aux formes juridiques incluses dans l'économie sociale et solidaire, il faut observer que les solutions de droit positif sont tout à fait différentes. Du côté des coopératives, le contrôle des pratiques est opéré en principe par le mécanisme de la révision coopérative⁵⁷, c'est-à-dire par l'audit régulier d'une personne externe à destination des organes de la coopérative. Ce n'est que dans un second temps que les irrégularités constatées par le réviseur peuvent donner lieu à des sanctions, voire à la perte de la qualité de coopérative⁵⁸. Parallèlement, une autre sanction est susceptible de frapper les coopératives qui ne fonctionneraient pas conformément aux règles qui les régissent, c'est la perte du traitement fiscal spécial dont elles peuvent bénéficier⁵⁹. Quant aux associations, elles font l'objet d'un contrôle assez strict : leur annulation pour contrariété à l'ordre public est expressément prévue par la loi de 1901⁶⁰ et une dissolution administrative est possible pour des raisons qui n'ont cessé de s'étendre⁶¹. Ces mécanismes ne s'appliquent pas aux cas de violation des règles de non-lucrativité ; il n'est toutefois pas contesté que ces violations méritent des sanctions, quoiqu'il ne soit pas toujours aisé de trouver une sanction efficace, la requalification du contrat d'association⁶² n'aboutissant en pratique qu'à régulariser les comportements problématiques⁶³. Le fonctionnement des entreprises d'économie sociale et solidaire qui ne sont pas soumises à la révision coopéra-

tive doivent prévoir une discussion en assemblée relativement à la conformité de leur fonctionnement à un guide de bonnes pratiques⁶⁴ mais ceci ne donne lieu à aucune sanction.⁶⁵ Quant aux entreprises solidaires d'utilité sociale (ESUS), faute de procédure de retrait de l'agrément, la sanction de leur dysfonctionnement consiste dans le non-renouvellement de celui-ci au terme de la période de cinq ans qu'il couvre⁶⁶.

Il y a donc une double distinction à opérer selon qu'on envisage l'entreprise qui fait l'objet du contrôle ou le type de contrôle. S'agissant du type d'entreprise, l'entreprise d'économie sociale et solidaire n'est pas une forme juridique et ceci influe nécessairement sur le contrôle dont elle peut faire l'objet. À l'opposé, les coopératives, mutuelles, associations et fondations, qui y sont par principe incluses, sont des formes juridiques spécifiques, soumises à un régime juridique qui leur est propre, dont le respect peut être contrôlé. Les règles auxquelles sont soumises les entreprises d'économie sociale et solidaire, figurant à l'article 1^{er} de la loi de 2014, forment moins un régime propre qu'une synthèse des régimes juridiques des diverses formes juridiques concernées. Il est donc compréhensible que celui-ci ne fasse pas l'objet d'un contrôle pour lui-même. Rien n'interdit en revanche d'opérer un contrôle sur l'utilisation du nom d'économie sociale et solidaire : il ne s'agit plus ici du contrôle de conformité aux règles, mais du contrôle de non-usurpation. Or, aucune règle ne le sanctionne spécifiquement, ce qui ne laisse pour ressource que le droit commun. La

(57) L. du 10 sept. 1947, art. 25-1 s.

(58) *Idem.*, art. 25-3.

(59) D. Hiez, *op. cit.*, n° 361.12.

(60) L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, art. 3.

(61) CSI, art. L. 212-1.

(62) P.-H. Dutheil (dir.), *Droit des associations et fondations*, 2016, Juris éditions, n° 2.42.

(63) D. Hiez, *Rép. civ.*, v° « Association », janv. 2016, n° 167 s.

(64) L. du 31 juill. 2014, art. 3.

(65) H. Durand, Le principe « comply or explain » appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier, D. 2014. 1645.

(66) C. trav., art. R. 3332-21-3, III.

seule sanction envisageable de ce chef consiste donc dans la mise en jeu de la responsabilité de la personne qui se serait indûment prévalu de cette qualité. Pour aboutir, cette action, nécessairement intentée par la victime de cet agissement, doit établir, outre cette faute, un préjudice et un lien de causalité. Il est improbable qu'une entreprise d'économie sociale et solidaire puisse prouver l'existence d'un préjudice positif consécutif à l'usurpation. Il faudrait admettre que l'action soit intentée par une structure faîtière et que le préjudice soit le préjudice moral de l'atteinte à l'identité qu'elle défend. La jurisprudence fait douter de la pertinence de cette voie. Et si l'économie sociale et solidaire n'est pas protégée contre le risque d'usurpation, il en va de même de la société commerciale d'économie sociale et solidaire.

Le contrôle de la non-usurpation est théoriquement confié au greffier pour la tenue du RCS mais celui-ci n'en a ni le temps ni les compétences. Il revient donc au juge, à la condition que quelqu'un le saisisse. C'est au premier chef les CRESS, à la condition qu'elles en aient les moyens. En outre, de façon presque idéalisée, l'affaire rapportée montre que le contrôle effectué par la CRESS n'est pas une surveillance jalouse ou revancharde à l'égard des sociétés commerciales. Accompagnée par la CRESS qui avait contesté victorieusement devant le juge sa qualité d'économie sociale et solidaire, la société commerciale a pu adapter ses statuts pour respecter les règles légales et finalement intégrer l'économie sociale et solidaire. Ce n'est toutefois que si elle reçoit des moyens adaptés à l'exécution de leur mission, que les CRESS pourront l'accomplir efficacement.

