

Coopérative et entreprise sociale et solidaire

Auteur : Par Claire SERLOOTEN Maître de conférences en droit privé CDA Ut1 Capitole (IUT de Rodez) Chef du département Carrières juridiques IUT de Rodez

L'entreprise sociale et solidaire est aujourd'hui reconnue comme un modèle efficace pour mener un projet économique commun dans le respect des personnes. La coopérative, qui est l'une des formes que peut revêtir cette entreprise, répond parfaitement à cette attente car elle autorise la mise en place d'une structure juridique responsable, fondée sur l'application de principes éthiques. Néanmoins, le statut de la coopérative est appelé à évoluer afin de s'adapter au mieux à l'environnement économique dans lequel elle est appelée à s'intégrer. Il est donc nécessaire d'analyser avec un regard nouveau la coopérative pour en faire résolument un outil privilégié de l'économie sociale et solidaire.

La coopérative correspond parfaitement à un type d'entreprise sociale et solidaire. Cette forme de groupement est née en France en 1835 quand Michel-Marie Derrion crée la première épicerie coopérative à Lyon. Depuis, ce qui n'était qu'une entreprise fondée sur une idée de générosité et de bon sens, a fait l'objet d'une véritable structuration. L'identité de la coopérative s'est forgée par diverses expériences en Europe et a donné lieu à une déclaration officielle en 1895. En effet, à cette date, l'Alliance coopérative internationale a énoncé les sept principes de la coopération, inspirés des principes de Rochdale :

- Adhésion volontaire et ouverte à tous, sans discrimination ; Pouvoir démocratique exercé par les membres
- ; Participation économique des membres et affectation raisonnée des excédents ; Autonomie et indépendance dans leur organisation ; Éducation, formation et information de leurs membres et du public ; Coopération entre les coopératives ; Engagement envers la communauté ;

En France, le statut de la coopération est défini par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 (modifiée à plusieurs reprises). Les coopératives sont des « sociétés » dont l'objet essentiel et général est « de contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales de leurs membres ainsi qu'à leur formation ».

Les principes précédemment évoqués n'y sont pas clairement repris mais on peut les retrouver dans les premiers articles du titre 1. Par exemple, à l'article 4 de la loi, il est bien précisé que « les associés d'une coopérative disposent de droits égaux dans sa gestion et il ne peut être établi entre eux de discrimination suivant la date de leur adhésion ».

Or, dans l'économie sociale, plus considérée encore depuis la crise financière de 2008 (la coopérative est perçue comme une riposte au capitalisme destructeur), l'idée selon laquelle il existe en France d'autres voies d'accès au développement de l'activité économique est particulièrement défendue. Cette alternative n'est pas fondée sur les exigences capitalistiques à court terme mais sur l'Humain. L'entrepreneuriat social et solidaire assure le regroupement volontaire de personnes qui cherchent à se mettre au service les uns des autres pour partager et répondre à leurs besoins communs.

L'entrepreneuriat social et solidaire assure le regroupement volontaire de personnes qui cherchent à se mettre au service les uns des autres pour partager et répondre à leurs besoins communs.

Et, les coopératives qui « exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine » peuvent parfaitement permettre de poursuivre cet objectif.

Néanmoins, juridiquement, la coopérative est une société et, comme toutes les autres sociétés, elle est intégrée dans un environnement économique donné. Elle doit donc évoluer avec lui et réagir face au besoin croissant de financement. On a donc vu apparaître en pratique des filiales de coopérative et ainsi la constitution de véritables groupes de sociétés dont la coopérative est la société mère.

Face à cette évolution, qui entraîne l'insertion du capitalisme dans une structure aux principes sociaux, une forte interrogation naît : **la filialisation est-elle compatible avec les principes coopératifs ?**

Pour tenter de répondre à cette question nous verrons, d'une part, que cette réalité n'est pas incompatible avec les principes coopératifs qui doivent être considérés comme des standards à rénover (I) et, d'autre part, que le fonctionnement des groupes coopératifs peut être encadré de manière à garantir un respect des principes fondamentaux de la coopérative (II).

I. - LA QUALIFICATION CONSTRUCTIVE DE LA COOPÉRATIVE COMME ENTREPRISE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Les différents colloques intervenus sur le thème de l'économie sociale et solidaire et le **projet de loi du 16 octobre 2013** relatif à l'économie sociale et solidaire (adopté en première lecture au Sénat) ont pour effet positif de clarifier l'appartenance de la coopérative à ce secteur d'activité. Les associés de la coopérative n'ont plus à s'interroger sur la place de celle-ci parmi les autres entités qui encadrent les activités humaines. Le compromis qu'elle représente entre les sociétés capitalistes et les associations n'est pas incompatible avec le caractère économique et sociétaire de son activité (A). Par conséquent, comme une société, la coopérative est une structure à rénover, à commencer par ses principes fondateurs qui, pour conserver leur rôle directif, doivent être considérés comme des standards (B).

A. - La qualité de société assumée par la coopérative

Nous le savons depuis plusieurs années, le besoin d'une réforme du droit coopératif se fait fortement ressentir et a donné lieu à de nombreuses propositions (pour une proposition de réforme globale, cf. Rapp. « L'économie sociale et solidaire, entreprendre Rapp. « L'économie sociale et solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et pour l'emploi », Vercamer F., avr. 2010). Souvent le débat sur cette réforme se cristallise autour du choix à faire entre une réforme totale ou partielle du droit coopératif, par la création d'un droit commun coopératif ou une harmonisation des nombreux régimes spéciaux de coopérative. Le projet de loi Hamon du 16 octobre 2013 permet d'apporter des éléments de réponse sur les pistes à retenir pour cette réforme. Il a pour objectif de modifier la loi-cadre du 10 septembre 1947 et de mettre en accord les régimes spéciaux avec celle-ci tout en aménageant quelque peu les régimes spéciaux. Une cohérence d'ensemble est donc recherchée dans le sens d'une consolidation du « *modèle économique des entreprises de l'économie sociale et solidaire* ».

Un des éléments d'analyse les plus intéressants qu'il fournit se situe à l'article 13 alinéa 1^{er} du projet : il s'agit de rénover la définition la coopérative, qui deviendrait « *une société constituée par plusieurs personnes, volontairement réunies, en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux* ».

Cette définition, non-révolutionnaire il est vrai (dans la loi de 1947, le terme de société apparaissait déjà), a le mérite de rappeler qu'une coopérative est une société et qu'elle peut permettre de satisfaire des besoins économiques (cette volonté d'assimiler la coopérative à une société a été un argument de la modification de la définition de la société en 1978, en ajoutant à l'**article 1832 du code civil** comme objet de la société, celui de « *profiter de l'économie qui pourra en résulter* »). Ce qu'il faut noter en priorité, c'est l'association des termes « *coopérative* » et « *besoins économiques ou sociaux* ». Par celle-ci, il faut admettre que la coopérative n'est pas une entité située en dehors de la sphère économique mais plutôt une entité tournée vers une satisfaction économique. Cela ne signifie pas que cette satisfaction économique soit dominante, mais elle existe et elle doit être prise en considération bien entendu (c'est là toute la spécificité de la coopérative). Dans la précédente définition, seule la qualification de société permettait ce rattachement à la sphère économique et certains auteurs avaient tendance à nier cet aspect de la coopérative. Avec le nouveau texte, une avancée peut être relevée.

Jusqu'à présent, certains défenseurs de la coopérative soutenaient qu'elle n'avait pas besoin de se développer, que cela ne faisait pas partie de ces priorités. Or, cette opinion n'est pas en accord avec la réalité.

Quelques auteurs et personnalités souhaitaient déjà renouer avec cette facette de la coopérative qui lui offre des perspectives (cf. notamment Rapp. « Les coopératives économiques : un atout de redressement économique, un pilier de l'économie sociale et solidaire », Lienemann M.-N., juill. 2012), déjà mises en pratique très fréquemment (pour un rapprochement de la coopérative avec la société de droit commun, cf. Saintourens B., Sociétés coopératives et sociétés

de droit commun, Rev. sociétés 1996, p. 1). Grâce à la réaffirmation de cette qualification de société, la coopérative devient un acteur incontournable de l'économie définie comme « *l'activité humaine qui consiste en la production, la distribution, l'échange et la consommation de biens et de services* » (cf. « Économie », in Le Petit Robert 2013, p. 814, sens n° 3). Et cet enracinement dans la sphère économique n'est pas anodin. Une dimension plus large et un rôle plus actif est attribué à la coopérative que la simple satisfaction de ses membres.

En effet, la société coopérative a une utilité plus grande que celle qui semblait ressortir de la loi de 1947. Elle n'est pas une association à but non lucratif. Elle n'est pas, non plus, une société capitaliste à but exclusivement lucratif. Elle se situe à la croisée de ces chemins puisque l'article premier de la loi de 1947 en fait un outil dont l'objet essentiel est d'obtenir pour ses membres un produit ou un service de qualité à moindre coût. C'est ce qui explique qu'historiquement, les coopératives de consommation étaient les plus nombreuses.

Aujourd'hui ce n'est plus vrai, les coopératives les plus nombreuses sont les établissements de crédit (cf. les chiffres contenus dans l'étude d'impact du projet de loi d'octobre 2013, p. 53).

S'il s'agit toujours d'obtenir un service de crédit de bonne qualité à moindre coût, le secteur dans lequel évolue la coopérative lui donne une connotation monétaire, une parenté avec un secteur fortement libéral et concurrentiel. De cette manière, elle devient un acteur comme un autre dans les différents secteurs dans lesquels elle intervient. Elle n'échappe donc pas à la nécessité croissante de se développer pour mieux s'adapter à l'économie ambiante.

Cette vocation au développement doit donc être intégrée à la coopérative beaucoup plus clairement par une adaptation de son statut (un parallèle peut être fait avec le modèle de la community interest company en droit britannique, sur ce point cf. Hiez D., Le statut des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, Rev. sociétés 2012, p. 671, spéc. n° 23). Jusqu'à présent, certains défenseurs de la coopérative soutenaient qu'elle n'avait pas besoin de se développer, que cela ne faisait pas partie de ces priorités. Or, cette opinion n'est pas en accord avec la réalité. Les coopératives prennent quasiment toutes en pratique la forme d'une société à capital variable (cf. Hiez D., Le statut (...), préc., spéc. n° 5), ce qui démontre bien que l'échelle de ses structures est préparée à grandir (l'article 13 de la loi de 1947 prévoit cette possibilité). Au cours de ces dernières années, il est constaté que les coopératives se sont développées à un rythme supérieur à la moyenne du marché en termes d'emploi et d'activité dans plusieurs secteurs économiques (entre 2009 et 2010, le chiffre d'affaires total des coopératives en France a ainsi augmenté de 5,1 %. Entre 2008 et 2010 l'emploi dans les 100 plus grandes coopératives françaises a augmenté de 4 %. En 2010 ces coopératives, avec 750 000 emplois, représentaient 3 % de l'emploi salarié (privé) en France : Étude d'impact sur le projet relatif à l'économie sociale et solidaire, 24 juill. 2013, p. 52). Ce développement est d'ailleurs encouragé par le nouveau **projet de loi du 16 octobre 2013**, adopté en première lecture au Sénat le 7 novembre.

Comment concilier alors cet objectif de développement avec la définition de la coopérative ? Selon nous, la réponse pourrait provenir d'une rénovation de l'identité de la coopérative qui passe par **une réaffirmation de sa personnalité juridique face à celle de ses associés**.

Certes, l'entité coopérative est créée par les associés coopérateurs et pour les associés coopérateurs (ce que rappelle parfaitement la loi votée en première lecture au Sénat dans son article 1 : « *en vue de satisfaire leurs [ceux des associés] besoins économiques et sociaux* ») mais elle existe en tant que telle, en tant que personne morale. À ce titre, elle doit réellement exister dans ses relations avec l'extérieur. En effet, il ne faut pas oublier qu'une coopérative, pour exister, doit développer des liens avec des personnes qui ne font pas parties de la société. Il ne s'agit pas de désigner par là uniquement les tiers investisseurs qui souscriraient, par exemple, à des certificats coopératifs d'investissement mais aussi les autres acteurs du secteur comme les unions régionales, les collectivités territoriales ou les banques. Il faut que la coopérative puisse se situer parmi ces autres intervenants sur un marché.

Cela ne signifie pas que la coopérative crée un écran totalement opaque entre les tiers et les associés. Elle conserve une forte connotation collective (« *L'effort commun* » fait partie de la définition de la coopérative dans l'article 1^{er} de la loi de 1947). Pour s'en convaincre, il faut rappeler que c'est une société de personnes, c'est-à-dire une société constituée *intuitu personae*, en considération de la personne même des associés. Cette considération est une réalité plus forte que dans les autres sociétés de ce type où elle s'exprime à travers le sort des droits sociaux et le régime

fiscal. Dans la coopérative, cette dimension humaine, au sens de la prise en considération de la personne humaine, se fera plus profondément dans l'organisation et le fonctionnement de celle-ci. C'est pour cette raison que dans certains ouvrages, la coopérative est étudiée dans un titre consacré aux « *sociétés particulières - à raison de leurs associés* » (Lamy Sociétés commerciales 2013, sous la dir. de Mestre J.). Ainsi, nous pensons que la coopérative n'est pas rebelle à tout unipersonnalisme (Contrairement à Monsieur Hiez, cf. Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, préc., n° 3) et qu'il faut rétablir une hiérarchie entre la société et ses associés.

Le statut de société attribué à la coopérative fait dominer sa personnalité juridique autonome sur celle de ses membres, dans ses rapports avec les tiers. En revanche, les associés tiennent une place particulière dans l'organisation interne de la société qui se concrétisera par leur présence accrue dans la gouvernance de celle-ci et l'assurance d'une collégialité renforcée (Sur cette aspiration à la collégialité, cf. Colombie Ph. et Pillet E., Entreprise sociale et solidaire : créer, gérer et développer une structure, coll. « Guide pratique », Eyrolles-Les Échos éditions, 2009).

Pour conclure, nous pouvons dire que la coopérative, pour se développer et occuper une place importante dans l'économie sociale et solidaire, doit assumer son statut de société. Un rapprochement de son régime avec celui des sociétés de droit commun est possible (il a déjà commencé, cf. les illustrations fournies par Saintourens B., préc.). C'est un point positif car, nous le verrons, le droit des sociétés peut être un complément à la réglementation existante de la coopérative.

Toutefois, pour que cette avancée puisse se réaliser, encore faut-il admettre une mutation des principes coopératifs.

B. - La mutation des principes coopératifs en standards coopératifs hiérarchisés

À partir du moment où la coopérative est comprise comme une véritable société, il importe d'étudier la compatibilité de ce statut avec les principes qui irriguent le droit coopératif et qui semblent éloignés de cette réalité.

Dans la loi de 1947, ces principes ne se retrouvent pas en début de texte comme un visa auquel se référer quand on analyse un arrêt. Les principes au fondement du droit coopératif sont distillés dans les dispositions générales et particulières de cette loi. Par exemple, le principe « *un homme-une voix* » ne figure qu'à l'article 9 de cette loi alors même que c'est un principe fondamental. De plus, les valeurs que les coopératives tentent de faire vivre sont rappelées par des actes séparés soit par la Coop.fr (ancien Groupement National de la Coopération) qui est l'organisation du mouvement coopératif français soit par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI) qui est la voix du mouvement coopératif, auprès de l'ONU et l'OIT notamment.

Il est donc difficile de se faire clairement une idée sur la valeur de ces principes.

Le **projet de loi du 16 octobre 2013**, adopté en première lecture au Sénat, présente un avantage sur ce point : il s'agit de l'inscription dans le texte même du projet de loi, juste sous la définition de la coopérative (donc une importance affichée leur est accordée) et de manière très claire, de plusieurs principes fondamentaux qui la gouvernent. Si l'article 13 de ce projet est adopté en l'état par l'Assemblée, le principe d'« *un homme-une voix* » serait rappelé à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi. À l'alinéa suivant, le sort des excédents est envisagé et il est rappelé que ceux-ci doivent être mis en réserves en priorité pour assurer le développement de la coopérative ou de ses membres. Surtout, la « *gouvernance démocratique* » et la « *participation économique (des) membres* » de la coopérative sont posés comme de véritables « *principes* » à respecter dans l'alinéa 2.

Ces principes qui figureraient en bonne place dans la loi-cadre sur les coopératives ne sont pas des principes idéologiques mais des principes d'organisation qui soutiennent, pour partie, l'économie sociale et solidaire. Celle-ci regroupe les personnes morales de droit privé qui servent un « *but (...) autre que le seul partage des bénéfiques* », assurent une « *gouvernance démocratique* », consacrent « *les bénéfiques (...) au maintien ou au développement de l'activité* » (projet de loi, art. 1^{er}, I)

L'enseignement que l'on peut tirer de cette intégration de quelques principes coopératifs dans la loi serait un **changement de leur nature juridique**. Aujourd'hui, ces principes et ces valeurs sont situés en dehors de la loi et donc placés hiérarchiquement en dessous d'elle dans la pyramide des normes. Ils deviendraient, par un changement des textes, des principes légaux.

Cela peut paraître positif dans le sens où leur respect serait peut-être plus facilement assuré par leur valeur juridique plus forte. Cependant, l'intégration des principes ou de quelques-uns dans la loi peut aussi avoir pour effet de figer leur contenu qui, de surcroît, est diffus.

En effet, les contours des principes coopératifs sont imprécis (dans ce sens, cf. Mousseron P., *Quelques voies de simplification du droit coopératif*, RECMA, 2010, n° 317, p. 39, spéc. p. 40). Il existe à la fois des valeurs coopératives défendues par la Coop.fr et par l'ACI qui sont différentes et floues ainsi que des principes coopératifs énoncés par l'ACI. Les principes coopératifs comme « *l'exclusivisme* » (c'est-à-dire le fait de ne traiter qu'avec d'autres coopératives ou ses usagers exclusivement) ou « *la double qualité des associés* » (c'est-à-dire le fait que les associés sont à la fois associé et usager [client/fournisseur/salarié] de la coopérative) qui s'appliquent à la coopérative française ne figurent dans aucun texte.

Pour conserver l'utilité de ces principes (valeurs) et leur rôle de garde-fou contre les dérives capitalistiques des coopératives, il faudrait en inscrire quelques uns dans la loi et changer leur appréhension. **Ces valeurs qui fondent l'économie solidaire et sociale** (par exemple, la solidarité) **pourraient être qualifiées de standards juridiques**, comme l'admettent déjà certains auteurs (cf. Gros L., *Propositions pour un contrôle de la filialisation dans les groupes coopératifs*, RECMA 2009, n° 311, p. 36, spéc. p. 39 ; Hiez D., *Vers une autonomie du droit coopératif ?*, RECMA 2010, n° 317, p. 44, spéc. p. 56).

Cela aurait pour effet d'asseoir leur valeur juridique tout en permettant une adaptation de leur application dans le milieu économique mouvant dans lequel évolue la coopérative.

Les standards sont selon une définition classique des « *normes souples fondées sur des critères intentionnellement indéterminés mais directifs qu'il appartient au juge d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extrajuridiques [comme] le contexte économique, occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant* » (cf. « Standard », in Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., coll. « *Quadrige* », PUF, 2007, p. 885).

Grâce à cette qualification, le juge pourrait analyser avec mesure les différentes pratiques qui sont développées par les coopératives pour s'adapter à l'économie. Il vérifierait que les pratiques sont conformes aux principes coopératifs tout en ne « *bridant* » pas leurs capacités d'adaptation, indispensables aujourd'hui.

- Il faut ajouter que, pour plus de clarté, une hiérarchisation de ces valeurs et principes serait bienvenue. Ces éléments sont nombreux, divers et leur respect de manière cumulative, énoncé dans le **projet de loi du 16 octobre 2013** adopté en première lecture au Sénat (art. 1^{er} ; art. 13) semble difficile à réaliser.

D'abord, il paraît nécessaire de « *sélectionner* » ces principes pour ne retenir que les principaux, ceux qui pourront justifier tous les autres. Pour cela, reprenons les valeurs exprimées par la Coop.fr (appelés souvent principes) :

démocratie ; solidarité ; responsabilité ; pérennité ; transparence ; proximité ; service.

Les valeurs soutenues par l'ACI sont : la prise en charge et la responsabilité personnelles et mutuelles, la démocratie, l'égalité, l'équité, la solidarité, l'éthique fondée sur l'honnêteté, la transparence, la responsabilité sociale et l'altruisme. Ces valeurs sont exprimées sans être expliquées. Il est seulement précisé qu'elles servent de fondement aux sept principes déjà exposés (voir *supra* en introduction).

Par recoupement, nous pouvons donc dire que quatre principes paraissent importants. Il s'agit de la démocratie, la transparence, la solidarité, la responsabilité.

Ensuite, après la sélection, quand le détail de ces principes est étudié à partir des indications de la Coop.fr, il ressort que les principes prioritaires sont ceux qui assurent à la fois une relation privilégiée de la coopérative avec ses membres (démocratie, transparence) (dans ce sens, cf. Herail M., « *Coopératives* », in Rép. Dalloz Droit des Sociétés, spéc. n°s 439-440) et une relation engagée de la coopérative avec la communauté extérieure à la société (solidarité, responsabilité). La coopérative a donc une place à tenir au sein de l'économie sociale et solidaire, ce qui est en accord avec ses fondements. Pour aller plus loin, nous pourrions même proposer de classer ces deux catégories de principes en faisant primer les principes qui permettent de tourner la coopérative vers le monde extérieur. Afin de justifier notre

choix, nous rappellerons que la société coopérative possède une personnalité juridique autonome de celle de ses membres. Et, pour se développer raisonnablement, il est nécessaire de préférer les principes qui renforcent cette personnalité plutôt que ceux qui mettent l'accent sur sa gouvernance (voir *supra* I, A), ces derniers indiquant les moyens d'assurer le respect des principes fondateurs.

Ainsi, ce qui fonde la création et le développement d'une coopérative se sont ses missions de solidarité et de responsabilité envers ses membres mais aussi envers la communauté extérieure, le public. Pour assurer ces missions, la coopérative devra intégrer la démocratie et la transparence dans sa gouvernance.

Pour approfondir cette réflexion et apprécier les propositions faites, il est utile de vérifier leur application à propos du développement des coopératives par le biais de la création de filiales.

II. - LE DÉVELOPPEMENT ENCADRÉ DE L'ENTREPRISE SOCIALE ET SOLIDAIRE, UN OBJECTIF NATUREL POUR LA COOPÉRATIVE

Il a pu être établi que le développement de la coopérative est un objectif en accord avec ces principes fondateurs. Parmi les formes de développement que la coopérative connaît, la création de filiales, souvent financières, n'est pas approuvée par tous, car elle ne serait pas un moyen naturel de sa croissance. Pour rétablir une cohérence entre la pratique courante de la filialisation dans les groupes coopératifs et les principes coopératifs, leur compatibilité pourra être démontrée (A) ainsi que l'existence de mesures d'encadrement (B).

A. - La compatibilité de la filialisation avec le statut de société coopérative

L'attractivité de la coopérative pour des investisseurs est limitée par plusieurs dispositions de son régime (cette attractivité tend à être renforcée par certaines mesures contenues dans le projet de réforme relatif à l'ESS comme la possibilité de déroger à l'exclusivisme en permettant à des tiers non associés de bénéficier des services de la coopérative dans la limite de 20 % du chiffre d'affaires et l'introduction de la notion d'« associé non coopérateur » à l'article 13, inchangé après la première » à l'article 13, inchangé après la première lecture ; le rattachement de la coopérative au secteur de l'économie sociale et solidaire aura pour effet de créer une sorte de label qui peut renforcer leur visibilité pour les investisseurs, sur ce point cf. Hiez D., Le statut juridique (...), préc., spéc. n° 33).

Dans ce contexte, la filialisation par les sociétés coopératives est apparue et s'est banalisée. Il est parfois soutenu que cette création d'un groupe coopératif composé au moins d'une filiale de droit commun (il faut comprendre cette expression comme renvoyant aux formes de sociétés classiques, connues en droit) est incompatible avec les principes coopératifs et la vocation de la coopérative à la seule solidarité. Pourtant, cette pratique est déjà intégrée à la loi depuis 1991 pour les coopératives agricoles (C. rur., art. L. 523-5) et 2001 pour les coopératives de commerçants (C. com., art. L. 124-1).

Le nouveau projet de loi relatif à l'ESS s'inscrit dans cette démarche de reconnaissance du groupe coopératif puisqu'il en donne deux illustrations. D'abord, l'article 17 de ce projet consacré aux « groupements de sociétés coopératives de production » (le titre est resté inchangé après la première lecture au Sénat du texte) prévoit les conditions de constitution et de transformation de tels groupements. Ensuite, l'article 23 (inchangé après la première lecture au Sénat) accorde le pouvoir de créer entre deux coopératives de commerçants détaillants des filiales financières communes, chargées d'apporter leur soutien au développement de ces coopératives. Par ce biais, il y aurait création d'un groupe coopératif.

Néanmoins, en analysant de près ces deux dispositions, c'est plutôt la méfiance à l'égard des filiales de droit commun qui ressort. Dans le premier article cité (inchangé sur ce point), toutes les entités qui composent le groupe doivent être des coopératives. Il faut à chaque fois « des sociétés régies par la présente loi (de 1947) ». Dans le second article cité (inchangé), il est précisé que « le capital de ces sociétés doit être détenu par les coopératives et les associés coopérateurs ». Ainsi, même si la filiale financière prend la forme d'une société commerciale, la présence d'associés uniquement soumis au régime de la société coopérative emporte une soumission de cette structure aux principes coopératifs, au premier rang desquels il faut citer l'exclusivisme, c'est-à-dire la faculté de ne dispenser ses services qu'à ses membres.

Or, cette méfiance à l'égard de la filialisation n'est pas légitime si l'on admet que la coopérative est une société et qu'elle bénéficie, à ce titre, de la liberté existante en droit des sociétés.

Cette liberté est notamment issue de la liberté contractuelle qui existe dans la rédaction du contrat de société et des statuts obligatoirement rédigés avant l'immatriculation (il faut rappeler que la coopérative comme toute société est soumise à cette formalité afin d'acquérir la personnalité morale). Les statuts peuvent parfaitement contenir des dispositions qui feront de la filiale de la coopérative un outil à la fois efficace de son développement et respectueux des standards coopératifs (pour une preuve de l'importance des statuts dans le respect des principes coopératifs, voir l'article 17 du projet de loi ESS qui impose que chaque coopérative du groupement de coopératives de commerçants adopte des dispositions dans les mêmes termes). Pour le comprendre, il faut revenir sur les arguments utilisés pour discréditer les filiales de droit commun et sur les solutions que pourraient apporter une rédaction soignée des statuts. Quand les coopératives créent des filiales de droit commun, il s'agit le plus souvent d'élargir ses capacités financières, limitées par l'entrée d'investisseurs en raison de la loi de 1947 (les possibilités d'intégrer des investisseurs sont fortement limitées notamment par les articles 3 et 3 bis de cette loi). En créant une filiale, la coopérative se dote d'une structure d'accueil favorable aux opérations financières avec les tiers. Des partenaires financiers extérieurs peuvent donc intégrer la filiale et contribuer au développement de la coopérative mère, tout en étant intéressés au capital de la filiale. Cette pratique, qui n'est pas interprétée comme une fraude à la loi mais qui en présente quelques traits (il faut rappeler la définition de la fraude à la loi : opération consistant à utiliser des moyens licites pour violer la loi. Or, même si juridiquement les partenaires extérieurs n'intègrent pas la coopérative, par le biais de la filiale, ils sont néanmoins « associés » au projet de la coopérative) est souvent dénoncée. Deux arguments sont utilisés : le premier est celui que la filialisation n'est pas prévue par la loi de 1947 et le second que les principes coopératifs condamnent implicitement une telle pratique.

Le premier argument peut être écarté sans difficulté puisqu'il n'est pas nécessaire, en droit français, que la loi autorise la constitution d'une filiale.

Le second paraît délicat si l'interprétation des principes et valeurs coopératifs est littérale. En revanche, cette atteinte est plus nuancée s'ils sont reconnus comme des standards dont l'expression peut prendre plusieurs formes.

C'est ce que nous allons vérifier maintenant.

B. - L'encadrement de la filialisation dans les coopératives

Le premier principe auquel une atteinte serait portée par la création de filiales est le principe de la démocratie, du pouvoir démocratique au sein d'une coopérative : dans le groupe coopératif les associés devront partager le pouvoir de gestion avec des tiers extérieurs car ces tiers sont associés dans la coopérative et peuvent donc exercer leurs droits d'associés dans la gestion de la filiale.

Coopérative et entreprise sociale et solidaire

Ainsi, une partie de la gestion du groupe coopératif échapperait aux associés de la coopérative mère.

Il existe un premier moyen de remédier à cette difficulté : il pourrait être contenu dans les statuts de la coopérative que les filiales créées le soient sous la forme de la société en commandite (simple ou par actions). Cette forme de société est avantageuse car elle fait une distinction entre les types d'associés, ceux qui ont vocation à gérer la société (les commandités) et ceux qui se contentent d'apporter des capitaux et qui cherchent principalement à effectuer un placement (les commanditaires) (il faut noter que les commanditaires ont interdiction d'effectuer un apport en industrie, selon l'article L. 222-1, alinéa 2 du code de commerce, ce qui freine déjà leur immixtion dans le fonctionnement de la société).

Dans les sociétés en commandite (par actions - SCA ou simple-SCS), la gestion peut être effectuée par des associés ou non (il faut rappeler que dans la SCS, en principe, tous les commandités sont gérants, mais par renvoi aux règles de la société en nom collectif, il est autorisé de nommer une personne extérieure à la société comme gérant). Il faudrait préciser dans les statuts que seul un associé peut être nommé gérant. Les associés commandités seraient tous des associés de la coopérative mère, ce qui permettra au moins de verrouiller la gestion courante (sachant que ce sont les commandités qui nomment les dirigeants sociaux quand les statuts sont muets dans la SCS, leur accord à l'unanimité

étant requis dans une SCA et que les commandités ne peuvent pas être nommés gérant). Certes, les prérogatives d'associés attribuées aux commanditaires ne peuvent pas leur être retirées, mais celles-ci sont limitées par le fait que les modifications des statuts et les décisions graves excédant les pouvoirs du gérant ne peuvent avoir lieu qu'avec l'accord de tous les commandités (sauf disposition contraire des statuts dans la SCA). Beaucoup de pouvoirs seraient ainsi réservés aux associés de la coopérative mère.

Si la responsabilité des associés de la coopérative mère dans la filiale doit être limitée, le même ordre d'organisation pourra être adopté grâce à la constitution d'une SAS. En effet, la grande liberté statutaire offerte par cette forme de société garantit un encadrement adapté de la société coopérative mère sur sa filiale.

Le second moyen à utiliser en complément de la liberté statutaire décrite serait l'organisation minutieuse du contrôle de la mère sur la fille par la participation. Un groupe coopératif naît du contrôle d'une société coopérative mère sur une filiale. Or, la définition du contrôle dans le groupe est variée (**C. com., art. L. 233-3**). Et, il peut très bien être envisagé que les statuts de la société coopérative imposent à celle-ci (ou à ses associés) une prise de participation suffisante dans la filiale pour lui assurer son contrôle, notamment à travers la possession de la majorité des droits de vote dans les assemblées ordinaires et extraordinaires de la filiale (c'est d'ailleurs ce qu'encourage le projet modifié par le Sénat en première lecture le 7 novembre : l'article 47 quinquies de la loi de 1947 permettrait d'augmenter les participations croisées de 49 % à 51 %).

Nous pouvons donc conclure qu'il existe des moyens en droit des sociétés efficaces pour assurer aux associés de la société coopérative mère de ne pas perdre trop largement leur pouvoir démocratique dans la gestion de leur projet.

Le deuxième principe auquel le groupe coopératif composé d'une filiale de droit commun porterait atteinte serait celui de la solidarité. La structure de groupe serait uniquement associée, selon certains, à une recherche maximisée des profits et à une mise en concurrence sur un marché en ayant contourné certaines réglementations.

Pour répondre à cette « *accusation* », il est utile de rappeler d'abord que les coopératives sont considérées en droit de la concurrence comme exerçant une activité économique et sont donc soumises à cette réglementation.

Ensuite, il faut préciser que certains moyens existent pour limiter l'appétit des filiales de droit commun quant à la création de profits. Si les profits ne sont pas recherchés dans une coopérative qui est au service exclusivement de ses membres, sa filiale n'est pas directement soumise à cette obligation. Pour l'y contraindre, certains auteurs (*cf.* notamment, Gros L., Propositions pour un contrôle de la filialisation dans les groupes coopératifs, RECMA 2009, p. 38) proposent d'adopter une charte de l'économie sociale à l'échelle du groupe coopératif. Si l'idée peut être séduisante, ce n'est pas celle qui paraît la plus convaincante. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour soutenir cette opinion.

La première raison est qu'une charte est « *un document définissant solennellement des droits et devoirs* » de manière très générale. Seul un sentiment d'adhésion à des valeurs globales risque de s'en dégager. En effet, en matière d'éthique, il est maintenant constaté que les dispositions contenues dans ces documents directeurs sont rédigés selon des formules standardisées (*cf.* notamment Chronique Éthique de l'entreprise, LPA 2013, n° 110, p. 5). Il faudrait alors être particulièrement vigilant à leur rédaction, en reprenant par exemple les valeurs coopératives telles qu'elles sont décrites par l'AIC avec les insuffisances que nous avons déjà soulignées.

La seconde raison est que la valeur juridique de ce type de document est encore floue. Si la charte est simplement signée par la filiale, elle n'emportera pas d'engagement juridique précis assorti d'une sanction en cas d'inexécution. Mieux vaudrait intégrer cette charte dans les statuts eux-mêmes et pas seulement dans un préambule.

Face à ces incertitudes, une autre proposition peut être faite : définir l'objet social de la filiale dans de manière très précise dans ses statuts. Cette idée reprise par plusieurs auteurs (*cf.* notamment, Gros L., Le recours à la filialisation dans les groupes coopératifs et les atteintes portées aux principes coopératifs, Cahiers de Recherche - Chaire de coopération Guy Bernier (Québec) UQAM, avr. 2009) reste la plus simple et la plus en accord avec le statut de société de la coopérative. Pour s'assurer que la filiale ne cherche pas le profit mais reste au service de ses associés et de la communauté, l'objet social de la filiale pourrait être défini dans la continuité de celui de la société coopérative mère. Ainsi, clairement, l'objet social de la filiale financière pourrait être de « *rechercher des moyens financiers uniquement dans le but de développer le projet de la coopérative et dans le respect des principes régissant celle-ci* ». Le projet

de loi relatif à l'ESS présente une formulation intéressante à propos des sociétés communes qui pourraient être créées par des sociétés coopératives de commerçants détaillants : ces sociétés devraient avoir « *pour finalité d'apporter par tous moyens un soutien à l'achat, à la création et au développement du commerce* » (projet de loi, art. 23, inchangé après la première lecture au Sénat ; pour un détail de l'analyse de cet article, cf. L'étude d'impact de ce projet, préc., p. 70-71).

Et les sanctions classiques du dépassement de l'objet social pourraient s'appliquer. Si un dirigeant de la filiale ne respecte pas l'objet social et que la filiale a la forme d'une société à responsabilité illimitée comme la SCS, les actes passés en contradiction seront inopposables à la filiale. Dans le cas d'une société à responsabilité limitée (comme la SCA ou la SAS), l'acte conclu en dépassement de l'objet social sera opposable à la filiale, sous réserve de la bonne foi du tiers contractant. En réalité, ce risque est limité car la filiale, même quand elle conclut avec les tiers, doit rechercher des liens plus étroits avec eux que dans des rapports classiques d'une société commerciale avec son cocontractant. Par conséquent, la mauvaise foi du tiers sera peut-être plus facilement retenue qu'en matière commerciale.

Pour maintenir une relation de confiance entre les acteurs et les utilisateurs, il faut principalement assurer une information sur les pratiques de la filiale et du groupe auprès des associés et du public.

Enfin, la solidarité semble bafouée dans le groupe coopératif quand il est permis, par exemple pour une coopérative agricole mère, de faire remonter tout ou partie des dividendes issus de sa filiale et de les distribuer aux associés non coopérateurs (C. rur., art. L. 523-5-1). Dans un groupe coopératif non agricole composé d'une filiale de droit commun, cette remontée et ce partage sont précisément recherchés mais sont limités par l'obligation de les mettre en réserve (L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 15 et 16). En revanche, les tiers associés de la filiale pourraient prétendre à la perception de dividendes, n'étant pas liés par une telle obligation. Ces tiers pourraient alors faire pression (de manière limitée comme nous l'avons décrit précédemment, voir *supra*) pour augmenter les recettes de la filiale et l'écartier dès lors de son objet social. Pour éviter une telle dérive, les statuts de la filiale financière pourraient contenir une obligation de mettre en réserve une grande partie des bénéfices générés (notamment en précisant un seuil minimum élevé de la réserve obligatoire, par exemple 50 %). Cela est tout à fait en accord avec les incitations actuelles nationales (le projet de loi ESS contient de nombreuses dispositions qui incitent encore et toujours les coopératives à mettre en réserve leurs bénéfices. cf. l'article 13 du projet l'article 13 du projet - inchangé sur ce point - qui précise, dans la définition même de la coopérative, que « *les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement ou celui de ses membres* ») et internationales de renforcement des fonds propres des sociétés (cf. notamment les Accords de Bâle III, publiés le 16 décembre 2010, qui imposent aux banques de renforcer le niveau et la qualité de leurs fonds propres).

En fin de compte, voici un nouvel exemple qui démontre la capacité du droit des sociétés à faire respecter les principes coopératifs dans le groupe coopératif.

Le dernier principe sur lesquels nous voudrions revenir et dont le respect paraît être mis en danger par la création d'une filiale de droit commun par une coopérative, est celui de la transparence.

La construction d'un groupe coopératif rend plus complexe le schéma de réalisation du projet économique et social poursuivi (dans ce sens, cf. Mauget R., De la coopérative au groupe coopératif agro-alimentaire : évolution ou dénaturation ?, Colloque Rulescoop, Brest, 22-23-24 mai 2006). La création d'une filiale, par exemple financière, a pour effet de créer une seconde personne juridique impliquée dans le projet. Les associés de la coopérative peuvent avoir l'impression qu'une dilution des moyens pour mettre en œuvre le projet se produit.

Cela est une fausse idée car plutôt qu'une dilution, il se produit une agglomération de personnes concernées par la réalisation du projet. Si cette association de personnes est bien encadrée, la transparence à l'égard des membres de la coopérative et de la communauté pourra être préservée.

Certains aménagements dans le fonctionnement du groupe et de la filiale doivent être prévus pour déboucher sur une situation positive.

Pour maintenir une relation de confiance entre les acteurs et les utilisateurs, il faut principalement assurer une information sur les pratiques de la filiale et du groupe auprès des associés et du public.

Plusieurs propositions, souvent très techniques, ont été faites. Par exemple, il est proposé de créer dans les groupes des comités de censeurs ou des comités de direction dans les filiales. Ces propositions fondées doivent néanmoins être rejetées car elles s'accordent mal avec les groupes coopératifs qui ne sont pas (ou ne devraient pas être) capitalistes. Les associés des coopératives manquent parfois de formation et de connaissance quant aux règles de fonctionnement d'une société, même coopérative. Certaines opinions sont parfois exprimées pour dire que ce manque de formation a contribué à limiter le succès des certificats d'investissement introduits dans la loi de 1947 (sur ce point, cf. Saintourens B. Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, Rev. sociétés 1996, p. 1). C'est d'ailleurs pour cela qu'un fort accent est mis sur la formation dans le projet sur l'ESS (il est notamment confié aux Chambres régionales de l'économie sociale et solidaire une mission de formation des dirigeants et des salariés du secteur, Projet de loi, art. 4, inchangé sur ce point par le Sénat) notamment pour assurer la reprise de ces sociétés.

La solution qui devrait être retenue, selon nous, serait la généralisation au groupe coopératif de la procédure de révision qui existe déjà notamment pour les unions d'économie sociale (L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 *quater*) et les coopératives agricoles (C. rur., art 527-1 et s. ; pour une liste complète, cf. Étude d'impact du projet de loi relatif à l'ESS, préc., p. 61). Cette nécessité du contrôle du groupe coopératif est encouragée depuis longtemps (cf. notamment Mousseron P., Quelques voies de simplification du droit coopératif, RECMA 2010, n° 317, p. 39, spéc. p. 40) et est une pièce maîtresse d'une réglementation adaptée en matière de groupe coopératif.

Cette procédure que le projet de loi relatif à l'ESS généralise (Projet de loi, art. 14, III, 3°, modifié par le Sénat le 7 novembre 2013) repose sur l'intervention d'un réviseur agréé qui établit, dans un rapport, la conformité de l'organisation et du fonctionnement des sociétés coopératives d'une certaine importance aux règles de la coopération et, c'est nouveau, à l'intérêt de leurs adhérents. Elle présente l'avantage d'assurer un contrôle indépendant des filiales de coopératives et de leur influence sur le groupe coopératif grâce à une intervention qui présente des avantages similaires à celle d'un commissaire aux comptes dans une société. Rien n'indique en effet que le rapport du réviseur doive se limiter aux sociétés coopératives proprement dites puisque le projet prévoit que celui-ci intervienne dans des sociétés d'importance, c'est-à-dire souvent des groupes coopératifs.

La révision serait obligatoire tous les cinq ans pour certains groupes coopératifs ou dans un délai inférieur si les statuts le prévoient. De plus, cette révision serait aussi obligatoire si trois exercices déficitaires se succèdent ou si le montant des pertes s'élève à la moitié au moins du capital le plus important du groupe.

Surtout, elle pourrait être provoquée de droit par des personnes faisant parties du groupe (associés et administrateurs) et par des personnes extérieures au groupe comme l'autorité chargée de donner son agrément à la coopérative et le ministre chargé de l'économie sociale et solidaire.

Le rapport du réviseur devrait être transmis aux organes de gestion et d'administration afin qu'ils réagissent et garantissent la mise en conformité requise. Le réviseur pourrait assister le groupe dans la mise en œuvre ces corrections.

Par la suite, de vraies mesures coercitives et graduées sont prévues : tout d'abord, le réviseur lui même pourrait enjoindre les dirigeants de la coopérative de se mettre en conformité avec les principes et les règles de la coopération. Si, à l'expiration du délai accordé pour cette mise en conformité, rien n'est accompli, le réviseur pourrait demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte aux organes de direction ou d'administration de la société de se conformer aux principes et règles de la coopération. Il pourrait « également » (il faut espérer que cela se fera uniquement en cas d'absence de réaction des dirigeants de la coopérative) saisir l'autorité habilitée à délivrer l'agrément ou le ministre chargé de l'Économie sociale et solidaire. Ce dernier (il faut rappeler que dans le projet de loi les coopératives relèvent de l'économie sociale et solidaire sans avoir besoin d'un agrément, voir *supra*) pourrait notifier aux organes de gestion et d'administration de la société les manquements constatés et fixer un délai pour y remédier. Si les mesures correctives ne sont pas prises dans le délai imparti, le ministre compétent pourrait convoquer une assemblée générale extraordinaire de la société en lui enjoignant de prendre les mesures correctives requises.

Enfin, en cas d'inaction prolongée, la perte de la qualité de coopérative pourrait être prononcée et la décision publiée. Par conséquent, une réelle transparence envers les membres du groupe et le public pourrait être assurée.

Pour conclure, nous voyons, une fois encore, que le droit des sociétés peut apporter des solutions aux risques de dérives capitalistiques que comporte la filialisation dans les groupes coopératifs. Grâce à la reconnaissance du véritable statut sociétaire de la coopérative, l'adaptation de son régime aux nécessités de l'économie sociale et solidaire est tout à fait envisageable.