



FR

CONSEIL DE DIRECTION
89^{ème} session
Rome, 10-12 mai 2010

UNIDROIT 2010
C.D. (89) 7 Add. 5
Original: français
mars 2010

Point n° 8 de l'ordre du jour: Programme de travail triennal de l'Organisation (2009-2011)

d) Travaux futurs éventuels dans le domaine du droit privé et du développement

(ii) Elaboration d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou pour un certain type d'entreprise sociale)

(document préparé par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Examen de travaux futurs éventuels dans le domaine du droit privé et du développement: Elaboration d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou pour un certain type d'entreprise sociale)</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Autorisation d'entamer des travaux d'élaboration d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou pour un certain type d'entreprise sociale)</i>
<i>Mandat</i>	<i>Elaboration du futur Programme de travail</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>A déterminer</i>
<i>Documents connexes</i>	<i>C.D. (88) 7 Add. 6; C.D. (88) 17</i>

Contexte de l'étude préliminaire

1. Le projet d'élaborer une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou pour une certaine forme d'entreprise sociale) est présenté en partenariat avec l'Organisation internationale de droit du développement (OIDD), organisation intergouvernementale basée à Rome, qui œuvre pour renforcer l'Etat de droit et la bonne gouvernance en vue de soutenir le développement économique et social et réduire la pauvreté ¹.

¹ Depuis sa création en 1983, l'OIDD œuvre à la promotion des réformes juridiques, réglementaires et institutionnelles pour le développement économique et social dans les pays en développement et en transition économique, couvrant des domaines tels que le droit du commerce et des investissements, le droit de l'environnement et le droit foncier, l'accès à la justice et les réformes légales et judiciaires et les droits de l'Homme. Ses activités comprennent la formation (séminaires, et formation à distance), le conseil, la recherche (www.idlo.int). Le Secrétariat d'UNIDROIT a collaboré en différentes occasions avec l'OIDD par le passé.

2. Dans une lettre adressée au Secrétaire Général d'UNIDROIT en date du 17 avril 2009, le Directeur de l'OIDD, M. William Loris, a exprimé l'intérêt de l'OIDD à explorer avec UNIDROIT la possibilité d'élaborer conjointement entre les deux organisations un régime juridique spécifique pour l'entreprise sociale. Il a souligné que l'utilité d'un tel cadre juridique ressortait clairement des amples débats au sein de différents forums internationaux, et que les entreprises sociales – qui certes recherchent à produire des excédents, mais pour réaliser leur finalité sociale – font régulièrement état de leurs difficultés à intervenir avec les cadres juridiques disponibles.

3. A sa 88^{ème} session (Rome, 20-23 avril 2009), le Conseil de Direction d'UNIDROIT a examiné cette proposition dans le contexte d'une discussion globale portant sur des travaux futurs possibles en matière de droit privé et développement à la lumière d'un document du Secrétariat d'UNIDROIT ². Il a rappelé les appels réitérés au cours des années précédentes pour qu'UNIDROIT examine de façon attentive les besoins des pays en développement lors de la formulation de recommandations pour le Programme de travail d'UNIDROIT à l'attention de l'Assemblée Générale. Le Conseil a convenu que le mandat large d'UNIDROIT dans le domaine du droit privé offrait à l'Institut un grand nombre d'opportunités afin de contribuer à atteindre des objectifs de développement établis par la communauté internationale. Le fait de travailler de façon spécifique sur l'interaction entre le droit privé et le développement économique et social, en particulier dans le domaine des aspects juridiques de l'entrepreneuriat social, pourrait également permettre de mieux explorer des synergies avec d'autres organisations intergouvernementales et de développer des projets conjoints avec certaines d'entre elles. En conséquence, le Conseil a demandé au Secrétariat de réaliser dans les domaines concernés des études de faisabilité en consultation avec les organisations internationales compétentes, identifiant des directions possibles de travail, en vue de leur examen par le Conseil de Direction à sa prochaine session ³.

4. L'étude réalisée par le Secrétariat d'UNIDROIT présente des considérations préliminaires illustrant la nature particulière des entreprises sociales – dont l'"entrepreneuriat social", ou encore le "*social business*" – concept promu par Mohamad Yunus (prix Nobel de la paix en 2006) sont des expressions particulières – qui sont des organisations (ou des initiatives) alliant finalité sociale et dimension entrepreneuriale. Des structures variées peuvent relever de cette description: depuis certaines entités traditionnelles du tiers secteur (telles que les associations et les fondations), ou encore certaines formes de coopératives, jusqu'à des entités constituées comme des sociétés commerciales traditionnelles qui sont engagées dans des causes sociales. La spécificité juridique de ces formes d'entreprises sera explicitée au regard des formes sociétaires traditionnelles – entités à but non lucratif et sociétés commerciales classiques –, et on illustrera leur croissante reconnaissance institutionnelle, conceptuelle et pratique, ainsi qu'un certain nombre de législations nationales qui ont établi des cadres juridiques particuliers pour ce type d'entreprise. L'étude suggère en conclusion qu'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou pour un type particulier d'entreprise sociale) est justifiée, et avance des propositions méthodologiques en vue de la formulation d'une telle proposition.

5. Sur la base des échanges intervenus entre Secrétariats des deux organisations, il a été convenu que le Secrétariat de l'OIDD lancerait une enquête auprès de son réseau d' *alumni* en vue de compléter l'étude réalisée par le Secrétariat d'UNIDROIT par des informations concrètes sur les nouvelles initiatives législatives éventuelles et besoins en la matière dans un certain nombre de pays en développement ou en reconversion économique. L'OIDD procède par ailleurs à des recherches préliminaires en vue de déterminer l'intérêt de certains donateurs pour financer les travaux éventuels de formulation d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale.

² Document C.D. (88) 7 Add. 6.

³ Cf. document C.D. (88) 17, Rapport sur la Session, paragraphe 98.

Introduction

6. Partout dans le monde, des organisations qui ne relèvent ni du secteur commercial traditionnel, ni du secteur public, mais de la société civile ou encore du tiers secteur⁴, fournissent des services très variés aux communautés et aux groupes de personnes vulnérables; inspirées par des principes d'entraide et de solidarité, elles soutiennent les processus de développement humain et social, et participent aux efforts d'éradication de la pauvreté et d'amélioration des niveaux de vie. Ces organisations revêtent des formes différentes sous de multiples appellations: associations, fondations, sociétés d'intérêt général, groupes communautaires, sociétés à but non lucratif, organisations non gouvernementales, coopératives etc. Les caractéristiques de ce secteur, son poids dans l'économie et dans la société, la grande variété des différents acteurs qui en relèvent, sa reconnaissance institutionnelle et le cadre général dans lequel il évolue, les instruments en place pour faciliter son développement, sont le produit des identités nationales et locales, qui ont des racines profondes d'ordre historique, culturel, social et économique.

7. Alors que les Etats disposent de moyens de plus en plus limités face aux énormes besoins de développement humain, les organisations du tiers secteur offrent un potentiel unique pour soutenir les politiques publiques en matière sociale, et œuvrer pour la mise en œuvre des objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), centrés sur l'éradication de l'extrême pauvreté et la faim, le renforcement de l'éducation et de la santé notamment des enfants et des femmes, la protection de l'environnement, la mise en place d'un partenariat mondial pour le développement⁵. En même temps, des initiatives au plus haut niveau telles que le Pacte mondial des Nations Unies⁶ appellent les entreprises du secteur privé à s'engager dans la poursuite d'objectifs humanitaires et sociaux. C'est dans ce contexte, et au regard de l'importance que revêt un environnement juridique propice pour que puisse se développer pleinement le potentiel des différents intervenants des secteurs sociaux et productifs, qu'est ici présentée la possibilité d'élaborer une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale, qui allie développement économique et justice sociale.

1. PERSONNES MORALES ET FONCTIONS SOCIALES

8. Tout système juridique reconnaît, à côté des collectivités publiques et des personnes morales de droit public attachées à l'exercice de fonctions d'Etat, une grande diversité de formes juridiques pour la gestion structurée de la prestation de services, la production de biens destinés au commerce ou à la consommation, ou l'atteinte d'autres buts, utiles ou nécessaires à la vie en société.

9. Présenté schématiquement, le droit classique faisait une nette distinction entre les entités du secteur privé dont le but primordial est l'exploitation d'une activité économique en vue d'un bénéfice matériel pour leurs propriétaires ou associés, et d'autres entités dont l'objectif est la poursuite d'une activité d'intérêt général plutôt que la réalisation d'un bénéfice économique.

1.1. La tradition juridique romano-germanique

10. Dans les pays de droit romano-germanique, dont la plupart connaît une distinction plus ou moins nette entre droit "civil" et droit "commercial", cette division générale se traduisait par la

⁴ Ce secteur est diversement dénommé selon les approches théoriques, avec des variations parfois assez importantes de contenu: secteur à but non lucratif, secteur de l'économie sociale (ou encore solidaire), organisations non gouvernementales; le concept de tiers secteur est généralement utilisé pour englober les entités qui sont concernées dans les différentes approches.

⁵ Sommet du Millénaire des Nations Unies, 2000, <http://www.endpoverty2015.org/>

⁶ Pacte mondial des Nations Unies, 1999, <http://www.un.org/fr/globalcompact/>

prescription de formes différentes d'organisation des personnes morales selon la nature "commerciale" ou "civile" de leurs activités.

1.1.1. Les personnes morales à caractère commercial

11. Celles-ci s'organisent sous différentes formes, dont la société de capitaux – typiquement la société anonyme – est le paradigme. Outre la responsabilité limitée des membres qui permet de sécuriser le patrimoine personnel des investisseurs, un principe commun à la base du concept de société de capitaux est que la participation des membres au capital social donne à ceux-ci certains droits en contrepartie: le droit à recouvrer le montant de leur apport initial en cas de dissolution de la société; le droit à participer aux profits durant l'activité de la société ou aux excédents nets en cas de dissolution; le droit de participer aux décisions de l'entreprise, en votant aux réunions des membres.

12. Chaque Etat prévoit dans son droit interne le contenu de ces droits, et la façon dont ils s'acquièrent, se perdent, se transmettent et s'exercent entre les associés eux-mêmes et compte tenu du droit des créanciers et des tiers, en laissant aux associés une latitude plus ou moins grande d'aménager leurs droits dans les statuts. Les associés peuvent s'entendre sur les échéances de partage des résultats, sur les montants à affecter aux réserves ou à mettre en distribution, et aussi sur des répartitions inégales des bénéfices. Dans ce cadre, le choix peut être fait de tourner l'entreprise vers une finalité sociale déterminée; d'établir certains critères orientant les décisions stratégiques de la société (notamment les priorités entre intérêts des bénéficiaires et rendements financiers); de consacrer une large part – ou peut-être l'ensemble – des produits de l'activité à la finalité sociale. Le plus souvent ces engagements ne sont soumis à aucune supervision externe, et sont susceptibles d'être modifiés par les associés durant l'activité de la société, et par les nouveaux propriétaires en cas de rachat de celle-ci. En cas de dissolution, la part des excédents revient aux actionnaires. Ces éléments, auxquels il faut ajouter le régime fiscal, marquent une distinction fondamentale entre la société commerciale et l'entité non commerciale, dont les buts et le patrimoine sont protégés pour conserver l'affectation qui leur a été initialement donnée.

1.1.2. Les personnes morales à caractère civil

13. En règle générale, dans les pays de tradition civiliste, la qualification de personne morale à caractère civil repose sur la constitution de ces entités sous des formes juridiques particulières, dont les deux principales sont l'association et la fondation, qui sont réglementées dans le code civil ou dans des législations spécifiques⁷.

14. L'association repose sur un contrat entre des membres, formé pour la réalisation d'un projet ou d'activités dans l'intérêt des membres ou tourné vers un intérêt général, spécifié dans ses statuts. La fondation est une entité à laquelle sont affectés de façon irrévocable un fonds, des biens, ou des capitaux dont l'usage ou le produit sert un but de bienfaisance ou d'intérêt général. Certaines fondations financent des projets qui sont exécutés par d'autres entités opérationnelles, tandis que d'autres les réalisent directement. Ces organisations acquièrent la capacité juridique par une procédure de simple déclaration ou d'enregistrement auprès d'une autorité publique. Un régime privilégié – notamment sur le plan fiscal – est applicable aux organisations qui obtiennent une reconnaissance de leur utilité publique (ou autre concept semblable) par une autorité compétente, ce qui les soumet à des procédures de contrôle pour vérifier qu'elles exercent leurs activités conformément aux buts protégés.

⁷ Ou dans une loi spéciale, ainsi en France la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

15. L'absence de recherche de profit par les fondateurs et membres est de l'essence de ces organisations. Ce principe s'exprime sous différentes formes: la prohibition de distribuer des produits dérivés de l'activité de l'organisation sous forme de biens, profits ou dividendes aux membres, fondateurs, employés, donateurs ou autres personnes en relation avec l'organisation, y compris de façon indirecte ou déguisée, par exemple sous forme de salaires ou de conditions préférentielles ou autres avantages personnels. En cas de dissolution de l'organisation, ces personnes n'ont pas droit à la distribution du patrimoine (sauf cas particulier de reprise des apports), et celui-ci est dévolu à une autre entité à but non lucratif désignée par les statuts ou par une autorité compétente. Les excédents doivent être affectés aux buts poursuivis par l'organisation.

1.1.3. Atténuations de la distinction entre personnes morales de droit civil et de droit commercial

16. La distinction traditionnelle entre personnes morales de droit "civil" et de droit "commercial" n'est pourtant pas stricte, certaines formes sociétaires établies pour la poursuite d'une activité économique étant classées comme "civiles" plus en vertu des notions classiques (secteur de l'agriculture, sociétés professionnelles) que par l'absence de la recherche de bénéfices.

17. Une nuance supplémentaire consiste dans l'acceptation d'un certain degré d'exercice d'activités économiques, pourvu que celles-ci aient une nature accessoire aux buts principaux. En effet, le domaine d'intervention des organisations non commerciales a typiquement été considéré être celui des activités non marchandes – impliquant la fourniture de biens et de services à titre gratuit ou quasi gratuit – et dans cette optique, les organisations de droit civil sont dotées d'une capacité juridique limitée – par exemple pour acquérir des biens. Elles se sont progressivement vu reconnaître la possibilité de réaliser des activités économiques et d'en obtenir des revenus, mais de façon plus ou moins encadrée (en règle générale ces activités doivent être prévues dans les statuts, elles doivent viser à la réalisation du but principal de l'organisation et ne doivent pas constituer une partie prépondérante de l'activité globale), surtout lorsqu'elles bénéficient d'avantages fiscaux.

18. Les coopératives et mutuelles constituent des entités de nature hybride, en ce sens qu'elles ont pour essence d'allier fonction économique d'entreprise et but non lucratif. La coopérative est une "association autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement"⁸. Les mutuelles reposent sur des principes semblables, notamment celui de fournir des services aux membres, de solidarité et d'entraide et de gestion démocratique, mais les adhérents versent des cotisations et ne sont pas propriétaires du capital social. Les coopératives et les mutuelles jouissent d'une longue tradition et sont connues dans tous les continents.

19. En règle générale, les coopérateurs ont une double qualité: ils sont actionnaires financiers – la souscription au capital étant une condition de leur adhésion –, et ils sont des usagers de l'entreprise, comme fournisseurs, clients ou employés. C'est en cette dernière qualité que réside leur avantage principal, en obtenant des revenus directs dans le cas du travail associé, ou des économies, des "ristournes", en proportion de leur participation aux activités de la coopérative. En revanche, leur objectif premier n'est pas d'obtenir un profit de leur apport. S'ils peuvent percevoir des rémunérations, celles-ci sont habituellement limitées. Les excédents éventuels générés sont essentiellement alloués à la coopérative, notamment sous forme de réserves, qui sont – en partie au moins – impartageables et restent dans le patrimoine propre de la coopérative, y compris en cas de dissolution. La gestion démocratique par les membres (les droits de vote étant exercés de façon égale et non pas en fonction des apports en capital effectués) et la préservation de l'indépendance de l'entreprise sont des principes fondateurs de l'idéal coopératif.

⁸ Définition de l'Alliance coopérative internationale (<http://www.ica.coop>).

20. Sur le plan de la forme juridique, certains pays prévoient un statut spécifique général, ainsi que (ou parfois seulement) des réglementations particulières pour certains types de coopérative. Dans de nombreux pays, les coopératives relèvent du régime général des sociétés – civiles ou commerciales – sous réserve d'aménagements pour tenir compte des principes coopératifs. En particulier, l'élément caractéristique du concept de société – traditionnellement conçu comme étant le but lucratif poursuivi par les membres – a été élargi, soit par la doctrine et la jurisprudence, soit dans la disposition légale qui définit la société ⁹, pour refléter l'intérêt particulier que les coopérateurs retirent de leur participation.

21. Dans un certain nombre de pays de tradition romano-germanique, la démarcation entre droit civil et commercial s'est estompée en faveur d'un concept plus large d'un droit de l'entreprise, qui rassemble les différentes formes pour entreprendre ¹⁰. On assiste par ailleurs, y compris dans des pays plus proches des distinctions traditionnelles – et allant dans le sens d'un certain courant doctrinaire qui a relativisé le rôle central du concept de lucrativité subjective dans la société commerciale –, au développement de formes particulières de sociétés à vocation sociale dans lesquelles la recherche de profit peut-être – ou est – totalement absente, ce qui a davantage élargi le concept de société: ainsi la société coopérative d'intérêt collectif française, la société à finalité sociale belge et l'entreprise sociale italienne, notamment ¹¹.

1.2. La tradition juridique de Common Law

22. Les pays de droit anglo-saxon reconnaissent une distinction similaire entre personnes morales dont le but essentiel est la poursuite d'une activité économique pour le bénéfice de ses entrepreneurs – dont la "*corporation*" est la forme classique –, et des activités visant à atteindre un but d'intérêt collectif (*public benefit*) ¹², comme les différents types de "*charities*" et autres "*non-profit organisations*". L'absence d'une distinction dogmatique entre droit "civil" et "commercial" rend pourtant la démarcation des domaines plus souple, ce qui fait que le caractère d'intérêt commun d'une personne morale dérive souvent d'un acte extérieur, plutôt que de la forme même sous laquelle la personne morale s'est constituée.

23. En effet, pour ce qui est de leur forme, des organisations différemment constituées peuvent poursuivre de tels objectifs ¹³: des groupements volontaires de membres, par exemple sous forme d'association (*voluntary association*), de *society*, ou encore de société constituée sous une forme générale de *limited company* dont les statuts prévoient un objet protégé (notamment de

⁹ Voir par exemple en droit français la formulation de l'article 1832, al.1, du code civil: "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter".

¹⁰ Par exemple en Allemagne la forme d'entreprise entre la "*Vereine*" classique et la "*Gesellschaft*", qui revêt le but non lucratif de la première et la capacité à exercer des activités commerciales de la seconde.

¹¹ Voir *infra* les paragraphes 61, 65 et 68. En ce qui concerne la société à finalité sociale belge, son adoption a rendu nécessaire de modifier la définition de société prévue dans le Code civil: le nouvel article 1832 du Code civil belge dispose qu'une société "a pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect à moins que, dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement".

¹² Ainsi, le *Charities Act 2006* du Royaume-Uni mentionne expressément l'intérêt collectif (*public benefit*) dans la définition même du but charitable (charitable purpose). Ce concept est amplement expliqué dans la loi et dans les outils de mise en oeuvre de la *Charity Commission*. Cf. <http://www.charity-commission.gov.uk>

¹³ A titre d'exemple, le *Nonprofit Organisations Act, 1997* d'Afrique du Sud définit une organisation à but non lucratif comme "un trust, une société ou une autre association de personnes établie pour un but d'intérêt collectif, et dont les revenus ou les biens ne peuvent pas être distribués entre les membres ou employés sauf pour ce qui est de rémunération raisonnable pour des services rendus" (*traduction non officielle*).

bienfaisance) et l'absence de tout profit personnel des membres ¹⁴; ou encore, au Royaume-Uni ou les pays dont le système juridique dérive du droit anglais, comme *companies limited by guarantee* (dans lesquelles les membres ne sont appelés à couvrir les dettes de la société à concurrence du montant garanti – le plus souvent symbolique – qu'en cas de liquidation ou autres formes sociétaires sans capital social ou avec capital mais avec des restrictions sur le transfert des parts. D'autres entités reposent sur l'allocation de fonds dédiés à la finalité de bienfaisance (fondation, *charitable trust*, ou autres). Chaque type d'entité est soumis aux règles propres à la forme juridique qu'il adopte – notamment en ce qui concerne sa formation, l'acquisition de la personnalité morale (le plus souvent par enregistrement ou immatriculation), sauf pour ce qui est du régime particulier dérivant de ses objectifs de bienfaisance.

24. La finalité d'intérêt général, le caractère de bienfaisance et des buts de bienfaisance sont diversement traités selon les pays (et le cas échéant au sein de chacun d'eux) selon les organisations concernées. Il peut être défini par des concepts ouverts indiquant la portée des activités de l'organisation élargie au-delà des seuls membres: l'intérêt collectif ou communautaire, le bien commun, l'utilité sociale, et/ou par des buts plus précisément spécifiés (par exemple: charitable, social, culturel etc.); certaines finalités peuvent être expressément exclues (par exemple celles à caractère politique). Certains secteurs en revanche peuvent être spécifiquement concernés (ainsi, le secteur éducatif, sanitaire et social, éducatif, l'environnement etc.). Un autre critère est le soutien fourni à des groupes particuliers de personnes (groupes de populations vulnérables ou en difficulté), par exemple en fournissant du travail dans une perspective d'insertion professionnelle et sociale.

25. A part ces nuances, la poursuite de l'intérêt général a typiquement deux corollaires: une démarche désintéressée de la part des fondateurs ou membres, impliquant qu'ils ne retirent aucune sorte d'avantages patrimoniaux – directs ou indirects – de l'activité réalisée par l'organisation (ce qui n'exclut pas en règle générale de verser des rémunérations raisonnables pour les services rendus). Les activités économiques à caractère marchand sont autorisées, mais dans des cadres restrictifs: en règle générale elles doivent viser directement à la mise en œuvre de la finalité première – de façon exclusive ou essentielle – ce dernier critère étant évalué par exemple sur la base de la part des ressources totales. Un ensemble de critères ont été développés dans chaque pays visant à établir que l'activité économique n'est pas commerciale (un "*business*"): ainsi, le fait qu'elle est réalisée essentiellement par des bénévoles; le prix de vente des produits au regard de leur coût de production et des moyens des bénéficiaires, ou encore la disponibilité de biens comparables sur le marché. Des projets ou programmes entrés sur des objectifs sociaux particuliers, tels que la réinsertion professionnelle ou le développement économique de régions défavorisées, peuvent également être soumis au régime des organisations à but non lucratif ¹⁵.

26. L'attribution d'une qualification ("d'utilité publique") ou d'un statut particulier (par exemple de *charity*) est en général de la compétence d'une autorité publique ou indépendante; elle peut aussi résulter de la conformité aux critères posés par l'administration fiscale, qui exerce des fonctions de contrôle ¹⁶. La reconnaissance permet en règle générale à l'organisation – ou bien aux activités

¹⁴ Voir par exemple: *India Companies Act 1956*, Section 25; *Bengladesh Companies Act 1994*, Section 28; ces sociétés doivent obtenir un agrément (licence) du Gouvernement, et peuvent omettre l'appellation "*limited*" de leur dénomination sociale.

¹⁵ A titre d'exemple, voir en ce qui concerne le Canada les différentes restrictions aux activités commerciales pour les organismes de bienfaisance enregistrés (qui peuvent être organisés sous forme d'associations non immatriculées, de corporations ou de trusts) et les fondations de bienfaisance (organisées sous formes de corporations ou trusts) en vertu de la réglementation fiscale, en vertu des actes juridiques des provinces, et du *common law*. Cf. T.S. CARTER, T.L.M. MAN, "Business Activities and Social Enterprise: Towards a New Paradigm", *the Canadian Bar Association/Ontario Bar Association, 2009 National Charity Law Symposium*, May 7, 2009, pp. 5-28.

¹⁶ Ainsi aux Etats-Unis, les organisations qui remplissent les critères posés par la Section 501(c)(3) du Code fédéral des impôts (*Internal Revenue Service*) à savoir: "*a corporation, and any community chest, fund, or foundation*" ... "*organized and operated exclusively for religious, charitable, scientific, testing for public safety,*

concernées, ou encore aux personnes qui participent à son financement – de bénéficier de certaines exemptions ou d'allègements d'impôts et autres avantages tels que l'accès à des financements ou à des garanties d'institutions publiques, à la possibilité de participer à des marchés publics. Elle peut aussi être une condition posée par des donateurs privés. L'organisation à qui est reconnu ou conféré le statut d'intérêt général doit rendre compte de ses activités et de ses états financiers à l'autorité de contrôle.

2. NOUVEAUX ROLES DES ENTITES DES CATEGORIES TRADITIONNELLES

2.1. L'expansion des activités économiques des entités du tiers secteur

27. Les trois dernières décennies ont vu les entités traditionnelles du tiers secteur, ou *non-profit*, intervenir de façon de plus en plus active dans le champ des activités économiques marchandes, selon des formes et des moyens très diversifiés, y compris parfois lorsque de telles activités ne sont pas accessoires au regard de l'ensemble des activités à finalité sociale, ou qu'elles ne visent pas spécifiquement à la mise en œuvre du but social. Ces nouvelles exigences se sont affirmées largement dans différentes régions du monde, où le retrait des pouvoirs publics de l'action sociale a comporté une augmentation des besoins sociaux, en même temps qu'une diminution des subventions aux entités de la société civile.

28. Un grand nombre de pays ont donné à ces organisations les moyens d'intervenir plus activement dans le domaine économique, leur permettant d'acquérir une moindre dépendance au regard des sources traditionnelles de financement, que sont les cotisations des membres, les subventions publiques et les donations privées; en outre, c'est par le biais de telles activités que sont mises en œuvre des fonctions de soutien de l'emploi et d'insertion professionnelle et sociale pour des catégories de personnes en situation d'exclusion. Dans ces cas, ces entités agissent à la place ou en complément des programmes publics de soutien social. Ces organisations ont non seulement renforcé leur action de cohésion sociale et de développement humain, mais elles se sont aussi imposées comme des acteurs essentiels du développement économique au niveau local et global, révélant des capacités d'adaptation aux nouvelles conditions du marché parfois supérieures aux entreprises du secteur commercial traditionnel¹⁷.

29. Dans un certain nombre de cas, surtout dans des pays en développement ou dans des pays qui ont fait face à une reconversion vers une économie de marché, ont été engagées des réformes touchant au statut général des entités de la société civile dans le cadre de processus de renforcement des institutions juridiques et de la promotion de l'Etat de droit. Dans de nombreux cas, elles s'inspirent de principes généraux ou directives visant à offrir des cadres de référence modernes, reflétant les pratiques internationales généralement acceptées¹⁸.

literary, educational purposes, to foster national or international amateur sports competition, for the prevention of cruelty to children or animals".

¹⁷ Voir par exemple les conclusions d'études approfondies menées dans le contexte européen: *L'économie sociale dans l'Union européenne*, étude réalisée par R. CHAVES AVILA et J.L. MONZON CAMPOS, du Centre International de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC) pour le Comité économique et social européen (CESE) – N° CESE/COMM/05/2005, pp. 108 *et seq.*; Cf. aussi *Social Enterprise: A new model for poverty reduction and employment generation – An examination of the concept and practice in Europe and the Commonwealth of Independent States*, Etude réalisée par EMES European Research Network pour le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) en 2008.

¹⁸ On peut citer à titre d'exemple les *Guidelines for Laws Affecting Civil Organizations* (Open Society Institute / International Center for Not-for-Profit Law). Cf. www.icnl.org

30. Dans d'autres cas, c'est un processus global de modernisation du droit des personnes morales, y compris les entités à but lucratif, qui est en jeu ¹⁹. Plusieurs pays ont récemment procédé à des réformes d'envergure plus ou moins large, ou sont en train de le faire ²⁰. D'autres initiatives nombreuses sont en revanche plus circonscrites et portent sur des formes spécifiques d'organisations en vue de renforcer leur capacité d'intervention dans le secteur économique (notamment pour les associations), et/ou de soutenir la dimension sociale de leurs activités (notamment pour certaines formes de coopératives davantage tournées vers des services d'intérêt collectif que vers les services portés aux membres) ²¹. Ces réformes sont souvent accompagnées par des mesures de politique économique, fiscale et réglementaire; elles comprennent par exemple la possibilité d'accéder à des financements (ainsi par l'émission d'obligations ou de parts sociales), de constituer et gérer des fonds propres, avec en contrepartie des obligations renforcées en matière d'audit et de transparence.

31. Dans certains pays, le dépassement du rôle traditionnellement alloué aux organisations du secteur à but non lucratif dans la sphère des activités économiques a permis de parler d'une "transformation commerciale" du secteur non lucratif ²². En règle générale, lorsque ces activités sortent du cadre strict qui donne droit au statut protégé, notamment d'exemptions fiscales – justifiées par l'internalisation des coûts sociaux et environnementaux qui ne grèvent pas sur l'ensemble de la société (secteurs public et privé) –, ces organisations sont soumises au régime applicable (général ou pour les activités concernées) aux entreprises à but lucratif. La complexité des régimes et de leur mise en œuvre ne laisse pas parfois de soulever des questions de distorsions de concurrence invoquées par les entreprises du secteur privé traditionnel qui agissent sur le même marché.

2.2. Les préoccupations sociales des entreprises commerciales

32. Le développement du rôle économique des entités du tiers secteur a coïncidé avec l'émergence du concept de "responsabilité sociale" des entreprises du secteur commercial traditionnel, à qui on reconnaît une responsabilité au-delà de l'intérêt des seuls propriétaires – la maximisation du profit –, impliquant une attention aux implications sociétales (droits humains, droits des travailleurs, situation des consommateurs, des fournisseurs, impact de l'entreprise sur la communauté dans son ensemble, effets sur l'environnement etc.) des activités de l'entreprise et une adaptation de ses objectifs et modes de fonctionnement.

33. Les appels à renforcer la responsabilité sociale de entreprises sont largement relayés par la société civile et les parties prenantes. Parmi celles-ci, des investisseurs aussi réclament le respect de valeurs éthiques et plusieurs législations commencent à intégrer le concept au profit de certaines catégories de personnes, notamment les employés ou les partenaires commerciaux ²³ – ou encore

¹⁹ A titre d'exemple: le Japon a adopté le 26 mai 2006 une loi générale sur les fondations et les associations à but non lucratif, ainsi qu'une loi d'accompagnement réglementant les aspects fiscaux, qui s'inscrit dans le cadre d'une refonte globale du régime juridique applicable à toutes les personnes morales, aussi bien à but d'intérêt général que de nature commerciale. Au Royaume-Uni, une nouvelle législation modernise le régime des *charities* – *Charities Act 2006* tandis que le droit des sociétés a fait l'objet d'une réforme générale (*Company Act 2006*). Pour des informations sur les législations nationales et les réformes récentes et en cours, voir notamment les travaux du *International Center for Not-For-Profit Law* (www.icnl.org) et du *International Center for civil society law* (<http://www.iccsl.org>).

²⁰ Par exemple, le Gouvernement australien a commissionné une étude approfondie sur le secteur à but non lucratif, ayant pour objet notamment d'éliminer les obstacles à son essor et sa contribution dans la société, qui vient d'être rendue disponible. Cf. <http://www.pc.gov.au/projects/study/not-for-profit>

²¹ Voir *infra* le paragraphes 61-63.

²² B.A. WEISBROD, *To Profit or Not to Profit. The Commercial Transformation of the Non-profit Sector, Cambridge 1998*.

²³ C'est le cas de l'Allemagne et du Japon. Au Royaume-Uni, le *Companies Act 2006* (s 172) se réfère spécifiquement à l'obligation du directeur de la société de prendre en outre en considération "les effets des

dans des domaines particuliers des activités économiques, par exemple en imposant aux fonds de gestion de l'épargne salariale – notamment les investisseurs institutionnels tels que les caisses de retraite et les fonds mutuels – de rendre compte des politiques des entreprises en matière sociale et environnementale. Les instances multilatérales sont fortement engagées dans l'étude et les programmes destinés à soutenir la participation des entreprises commerciales au développement durable²⁴, et au niveau des Gouvernements, certaines tentatives sont amorcées pour intégrer ces préoccupations, sans toutefois à ce jour s'engager dans la mise en place de cadre juridique contraignant. Certaines entreprises sensibilisées par l'impact de leur image auprès du public s'engagent dans des programmes volontaires, basés sur des codes de conduite ou des chartes d'éthique. Un ensemble d'initiatives se sont développées pour dresser des critères ou indicateurs de mesure afin de donner un contour objectif au concept de responsabilité sociale²⁵.

34. Les entreprises du secteur privé traditionnel qui mettent en œuvre des pratiques socialement responsables ne renoncent pas pour autant à leur vocation de générer des profits: en effet, si le concept d' "intérêt social" est aujourd'hui conçu comme intégrant des paramètres plus souples que par le passé (notamment la perspective du long terme), il reste soumis à des interprétations complexes qui ne protègent pas toujours les dirigeants d'une mise en cause de leur obligation fiduciaire mise en cause par les actionnaires pour atteinte à leurs intérêts financiers. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance d'une responsabilité sociétale des entreprises s'inscrit dans une tendance globale d'intégrer l'éthique dans les affaires, de plus en plus de concevoir les fonctions de développement social et de croissance économique non seulement comme compatibles mais comme indissociables.

35. Ce sont ces principes combinés qui sont mis en avant par les politiques publiques nationales et internationales pour promouvoir des entreprises soutenables, capables de fournir des emplois décents, de promouvoir la justice sociale et le développement durable, des entreprises du secteur privé – notamment les petites et moyennes entreprises – dont est reconnu le rôle moteur du développement économique et social au niveau local, qui en font des partenaires et au besoin des acteurs naturels des entités du tiers secteur dont la vocation première est l'action sociale.

3. NOUVELLES FORMES ET NOUVEAUX DEFIS

3.1. Objectifs sociaux et rémunération du capital

36. Les limitations auxquelles sont soumises les entités traditionnelles du Troisième secteur pour l'exercice d'activités commerciales, et l'évolution de leurs activités et de leurs domaines d'intervention demandant de mobiliser des volumes de capitaux dépassant les moyens généralement disponibles de source publique ou philanthropique portent ces entités à avoir fréquemment recours à la diversification de leurs formes d'intervention. Des considérations juridiques, organisationnelles, pratiques, peuvent justifier de structurer les activités commerciales dans le cadre d'une forme sociétale traditionnelle, dont les profits sont reversés à l'entité qui poursuit les finalités sociales. Ce

activités de l'entreprise sur la communauté et l'environnement, l'opportunité pour la société de jouir d'une réputation de conduite commerciale de haut niveau, et la nécessité d'agir de façon équitable au regard des membres de la société" (*traduction non officielle*).

²⁴ On citera notamment au sein des Nations Unies, *Global Compact* (2000); la déclaration tripartite de l'Organisation internationale du travail l'OIT sur les principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale; également, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2000).

²⁵ Ainsi Global Reporting Initiative (<http://www.globalreporting.org/>) a élaboré des protocoles communs d'évaluation – *Sustainability Reporting Guidelines* (G3) utilisés par un grand nombre de groupes et fonds d'investissement socialement responsables.

choix s'exerce souvent dans le cadre de groupes où des entités soumises à des régimes différents collaborent à des projets communs.

37. Pour réaliser directement des projets à caractère social, le choix de la structure de la société commerciale traditionnelle présente l'inconvénient de ne pas pouvoir prétendre à un statut fiscal privilégié auquel pourrait accéder une entité à but non lucratif. En revanche, elle permet une plus grande liberté d'action pour structurer le capital, développer tout type d'activités économiques dont la rentabilité économique permettra l'expansion de l'entreprise et le développement des activités sociales. Elle ouvre également la possibilité de renforcer ses capacités financières et donc opérationnelles en versant le cas échéant une rémunération aux financements – que ce soit sous forme de capital social ou de prêts.

38. La question de la rémunération versée aux investisseurs est diversement appréciée. Elle est considérée vitale par certains pour attirer les financements du secteur commercial classique, face à des besoins auxquels ne répondent pas de façon adéquate les financements purement philanthropiques en raison de leur volume insuffisant et de leur caractère aléatoire et imprévisible. Pour éviter toutefois des taux de rentabilité élevés que peuvent produire certains segments des activités qui créent une plus-value sociale (en mettant en avant le principe "*doing well by doing good*"), et protéger la finalité essentiellement sociale, l'idée est largement partagée que des revenus peuvent être admis, mais doivent alors rester contenus. Une autre conception tend cependant à exclure toute rémunération du capital investi, pour permettre à l'ensemble des excédents dégagés par l'activité économique d'être réemployés dans la cause sociale. Cette dernière approche mise sur une capacité de mobiliser des partenaires financiers inspirés par la seule cause sociale, et confiants que leur soutien sera efficacement et exclusivement employé pour cette cause.

39. Dans ce contexte, la forme de la société commerciale peut poser la question de la pérennité du projet social. Durant la vie de la société, et particulièrement lorsqu'elle se développe et génère des profits, le risque existe que les associés modifient la mission de l'entreprise, ou ses priorités, ou l'affectation des bénéfices, ou plus classiquement que des choix différents de ceux des fondateurs soient faits par de nouveaux propriétaires de l'entreprise. C'est à de telles préoccupations que répond le principe d'inscrire dans l'identité de l'entreprise sa finalité sociale, et de verrouiller son patrimoine en vue de son seul (ou principal) emploi pour sa finalité sociale, comme c'est le cas pour les organisations traditionnelles du troisième secteur. C'est également dans le but de construire un capital de confiance autour du projet social qu'est préconisée une forme distinctive d'entreprise sociale, une sorte de "label" assorti de garanties pour les financeurs et les différentes parties prenantes dans le projet social.

3.2. Le développement de nouvelles formes de financement pour les activités sociales

40. La question des niveaux de rémunération donnée au capital investi trouve un pendant dans les différents types de financements disponibles pour les organisations à vocation sociale, typiquement des organisations du troisième secteur, mais aussi des sociétés constituées sous la forme commerciale. Les dernières années ont vu le renforcement et la diversification des instruments classiques et l'apparition d'un nouveau marché de la finance sociale. Les institutions philanthropiques dont la forme traditionnelle d'action repose sur les donations, s'engagent de plus en plus dans des formules de prêts ou des prises de participation en capital pour soutenir des projets ou des activités comportant un haut niveau de risque, dans le cadre de stratégies souvent assorties d'un rôle d'assistance et de suivi. Des initiatives nombreuses – notamment dans le cadre de politiques publiques – ont permis de renforcer les infrastructures financières, en mettant en place des formules de garanties publiques aux financements des opérateurs privés, et des intermédiaires du marché ont élaboré de nouveaux produits financiers adaptés aux différents besoins – notamment de financements à long terme, sous forme d'investissements en fonds propres ou quasi-fonds propres,

ou encore de prêts. Une vaste gamme de produits financiers servant différents niveaux de rémunération permet de mobiliser différentes sortes d'épargne provenant d'un public engagé à la cause éthique et solidaire. Des combinaisons de différentes sources et types de financement permettent d'accéder à des volumes plus importants de crédit, à des coûts contenus²⁶.

41. La participation accrue dans la sphère économique des entités à vocation sociale et l'intervention de nouveaux acteurs dans leur financement a eu pour effet de soumettre ces entreprises à des exigences renforcées en matière de gestion, de règles de fonctionnement et de transparence. Elles ont également eu pour effet de demander aux entreprises de rendre compte de leurs activités en termes d'efficacité, ou d' "impact" social, environnemental etc. Tout un ensemble d'instruments visant à fournir des instruments d'évaluation se sont développés à cet effet, qui fournissent des informations aux investisseurs pour orienter leur choix.

3.3. Partenariats et participation des parties prenantes

42. Un phénomène qui accompagne et soutient le développement des entreprises à vocation sociale est le partenariat naturel avec les secteurs public et privé. Les programmes qu'elles mettent en place s'inscrivent souvent dans le cadre d'objectifs sociaux établis par les agences gouvernementales, surtout en relation avec l'assistance aux personnes défavorisées, ou le soutien de l'emploi dans des zones géographiques particulièrement affectées par la récession économique. Elles bénéficient à ce titre de financements sous forme de subventions, ou interviennent sur une base contractuelle. Leur rôle est important aussi dans l'évaluation et la détermination des politiques publiques.

43. Les besoins stratégiques de l'entreprise à l'égard de financements extérieurs (publics et privés) posent des enjeux particuliers: partenaires nécessaires, et dont la collaboration est également encouragée pour apporter un savoir-faire technique allant parfois au-delà même des services financiers; en même temps, leur participation doit rester subordonnée aux principes et objectifs du projet: cet élément détermine des conditions telles que la part maximum du capital social détenu, la rémunération du capital investi, le transfert des parts, la participation aux organes de décision etc.

44. D'autre part, un élément qui est largement reconnu comme caractéristique des nouvelles formes d'entreprises à vocation sociale est leur dimension participative, qui vise à associer en qualité de membres ou à un autre titre, des groupes élargis concernés par son activité: travailleurs salariés et bénévoles, usagers, autorités publiques, communauté etc. et à les impliquer dans les prises de décisions.

4. LA RECONNAISSANCE INSTITUTIONNELLE DES ENTREPRISES SOCIALES

45. Au-delà des transformations qui marquent le rôle des entités traditionnelles du troisième secteur, le concept d'entreprise sociale marque une nouvelle dimension, partout dans le monde: il échappe à une définition unitaire, et résulte d'une somme d'élaborations conceptuelles, de

²⁶ Dans le contexte des nouveaux instruments de la finance sociale, le microcrédit mérite d'être mentionné, comme instrument qui permet à des populations exclues des circuits financiers classiques d'accéder à des prêts – et autres services financiers –, qui sont destinés au premier chef à l'acquisition de moyens de production. Le soutien financier (sous différentes formes possibles) des institutions de microfinance qui se sont développées à très large échelle dans le monde, est un exemple typique de destination "socialement responsable" des fonds privés – ou publics. Pour un panorama des instruments développés dans le contexte de la finance sociale, Cf. (entre autres) M. MENDELL, R. NOGALES, "Social Enterprises in OECD Member Countries: What are the Financial Streams ?" in: *The Changing Boundaries of Social Enterprises*, Edited by A. Noya, OECD Publication, 2009, pp. 89-138.

reconnaisances institutionnelles et d'expériences pratiques, concernant lesquelles on fournira quelques repères significatifs.

4.1. L'entreprise sociale comme acteur de l'économie sociale

46. Dans le contexte du vaste champ d'étude de l' "économie sociale" ²⁷, le concept d'entreprise sociale qui a pris forme au début de ce XXI^{ème} siècle répond à un nouveau cadre conceptuel, qui explicite par un certain nombre de critères à la fois la notion d' "entreprise" – une activité continue de production de biens et de services, un degré élevé d'autonomie, un niveau significatif de prise de risque économique, un niveau minimum d'emploi rémunéré –; et celle de sa finalité "sociale" – un objectif explicite de service à la communauté, une initiative émanant d'un groupe de citoyens, un pouvoir de décision non basé sur la détention de capital, une dynamique participative des parties prenantes, une limitation de la distribution des bénéfices ²⁸.

47. Ce concept d'entreprise sociale ne se limite pas à rendre compte du mouvement de transformation que les entités classiques du tiers secteur ont connu durant les deux décennies précédentes, mais va au-delà pour décrire des entités animées par un "nouvel esprit entrepreneurial" qui intervient de façon innovante dans les activités sociales ²⁹. Les nouveaux cadres juridiques qui ont vu le jour – notamment au sein des pays européens – pour soutenir ces entreprises, que ce soit en adaptant des formes traditionnelles de l'économie sociale – ainsi des coopératives dont l'objet est spécifiquement social ³⁰, ou en concevant un nouveau statut particulier ³¹, sont cités comme l'un des indicateurs du caractère innovant de l'entreprise sociale.

48. Au sein de l'Union européenne, les instances communautaires sont engagées résolument dans la mise en place d'une politique globale et articulée visant à la reconnaissance accrue et à la promotion de l'économie sociale dans la construction européenne. Faisant suite à différentes mesures – notamment l'adoption d'un statut pour la société coopérative européenne ³² –, la résolution sur l'économie sociale adoptée par le Parlement européen le 19 février 2009 s'inscrit dans cette tendance: elle appelle notamment à défendre le concept d' "approche différente de l'entreprise" de l'économie sociale, dont le moteur essentiel n'est pas la rentabilité financière, mais la rentabilité sociétale", à élaborer des statuts européens pour les associations, les fondations et les mutuelles, et à élaborer des règles claires définissant les entités autorisées à agir légalement comme entreprises

²⁷ L'approche de l'économie sociale s'est développée – à l'origine en Europe – pour rendre compte de l'activité et de la participation dans la société et dans l'économie globale des associations, fondations, coopératives, mutuelles et autres organisations similaires. Elle met l'accent sur la primauté de la personne et de l'objet social sur le capital, la liberté d'adhésion, la gestion démocratique par les membres, la cohérence des intérêts des membres usagers et de l'intérêt général, la mise en œuvre des principes de solidarité et responsabilité, l'indépendance par rapport aux pouvoirs publics, l'impartageabilité des excédents de gestion. Cf. *Charte des principes de l'économie sociale*, promue par la Conférence européenne permanente des coopératives, mutualités, associations et fondations (CEP-CMAF).

²⁸ C. BORZAGA, J. DEFOURNY (Ed.), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, 2001, 15 ss.

²⁹ Le concept du "nouvel entrepreneuriat social" est fondé sur la théorie développée par J. Schumpeter (1934) selon laquelle le développement économique résulte d'un processus de mise en œuvre de nouvelles combinaisons dans le processus de production, concernant par exemple les produits, les méthodes de production, les marchés, et la forme juridique de l'organisation. Cf. Borzaga & Defourny, *Ibid.*, 11.

³⁰ Voir *infra*, section 5.1.1.

³¹ Voir *infra*, sections 5.1.2 et 5.1.3.

³² Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne et directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

de l'économie sociale et leur permettant d'agir dans des conditions de concurrence équitables face aux autres entreprises ³³.

49. L'approche de l'économie sociale est reconnue dans d'autres régions du monde: bien que se rapportant à des réalités plurielles, elle est reconnue au Québec au Canada, ainsi qu'en Amérique Latine où la dimension solidaire est accentuée ³⁴. Une Conférence régionale tenue à Johannesburg en 2009, a également placé le concept d'économie sociale au centre d'un vaste plan d'action pour la promotion en Afrique des entreprises de l'économie sociale, au nombre desquelles les "entreprises sociales" ³⁵.

4.2. L'entreprise sociale: l'approche du Royaume-Uni

50. Le Gouvernement du Royaume-Uni a été pionnier dans le soutien institutionnel apporté aux entreprises sociales. Il a mis en place dès 2002 une unité dédiée (le *Social Enterprise Unit*) au sein du Ministère du Commerce et de l'Industrie qui a développé un programme d'action ³⁶ en vue de créer un environnement propice, de renforcer les capacités entrepreneuriales des entreprises sociales, et de faire reconnaître la valeur de ces entreprises. La *Social Enterprise Coalition* (SEC) est l'organisation qui fédère, promeut et soutien l'ensemble du mouvement des entreprises sociales.

51. Les entreprises sociales sont "des entreprises poursuivant des objectifs avant tout sociaux, dont les excédents sont principalement réinvestis dans ce but dans l'entreprise ou la communauté, et ne sont pas motivées par le besoin de réaliser le plus de profit possible pour les actionnaires et les propriétaires". L'essentiel de leurs revenus provient d'activités commerciales – et non pas de donations – et les excédents sont employés à la cause sociale: ces facteurs sont ceux qui font la spécificité des entreprises sociales au regard tant des organisations à but non lucratif que des sociétés commerciales traditionnelles.

52. Les entreprises qui répondent à cette définition peuvent être constituées sous différents statuts juridiques: *charities*, coopératives (*industrial and provident societies*), ou encore différentes formes de sociétés commerciales (companies limited by shares or by guarantee). Mais pour doter les entreprises sociales d'une forme juridique supplémentaire, conçue spécialement au regard de leurs caractéristiques – et en vue de leur donner une identité reconnue, une loi a été adoptée en 2004 sur la *Community Interest Company* (CIC) ³⁷.

³³ Voir aussi l'avis du Comité économique et social européen sur "La diversité des formes d'entreprise" (2009/C 318/05) qui appelle la Commission européenne à "envisager sérieusement de mettre en œuvre une politique pour les entreprises sociales".

³⁴ Pour NESST (*Nonprofit Enterprise and Self-sustainability Team*) – organisation à but non lucratif qui soutient des activités d'entrepreneuriat social dans des économies émergentes (Amérique latine et Europe de l'est), le concept d'entreprise sociale se réfère à des organisations du secteur de la société civile à but non lucratif qui acquièrent une viabilité financière au moyen d'activités entrepreneuriales pour mener à bien des objectifs sociaux. www.nesst.org.

³⁵ Conférence régionale de l'Organisation internationale du travail, "The Social Economy – Africa's response to the Global Crisis", Johannesburg, 19-21 October 2009.

³⁶ http://www.cabinetoffice.gov.uk/media/cabinetoffice/third_sector/assets/se_strategy_2002.pdf

³⁷ Voir la présentation de la CIC *infra* paragraphe 66 .

4.3. “Entreprise sociale”, “entrepreneur social” et “entrepreneuriat social”

53. Une approche différente qui a vu le jour aux Etats-Unis et acquiert une notoriété croissante est celle qui s'attache à la figure de l' “entrepreneuriat social”³⁸: elle est centrée sur le caractère innovant du projet développé par un “entrepreneur social”, qui déploie des performances entrepreneuriales, et en vue de réaliser des changements sociaux à grande échelle. Le microcrédit est emblématique – et fondateur – de ce concept. Des éléments centraux sont l'aspect dynamique et stratégique de la mise en place du projet social, notamment dans la mobilisation et rationalisation des ressources et l'efficacité des méthodes employées au service de la mission sociale. L' “entrepreneuriat social” est très activement soutenu par des entités qui sont à l'origine du concept et qui encouragent le développement dans le monde des initiatives portées par de nouveaux entrepreneurs sociaux³⁹.

54. Dans le contexte de l'entrepreneuriat social, le choix des instruments qui supportent la structure opérationnelle résulte d'une évaluation d'efficacité ou d'opportunité: entité à but non lucratif traditionnelle, ou forme de la société commerciale, ou encore des combinaisons des deux formes. Le concept n'implique pas nécessairement l'autonomie financière du projet. En revanche, il n'exclut pas non plus la possibilité que les investisseurs obtiennent un rendement financier: selon une certaine conception, la “proposition de valeur mixte”⁴⁰, les performances financières sont intrinsèquement liées aux performances sociales et environnementales. Cette conception met en exergue l'importance de pouvoir mesurer précisément l'impact économique, social et environnemental.

55. La nature hybride de ces entités a mené certains commentateurs à voir l'émergence d'un “quatrième secteur”, situé au point de rencontre entre le secteur commercial (profit) et le secteur non commercial (non-profit), dont les caractères propres justifiaient de préconiser l'adoption d'un cadre juridique spécifique⁴¹. Parmi différentes propositions qui ont été formulées, une nouvelle forme de société dénommée “*Low Profit Limited Liability Company*” ou L3C, a fait l'objet d'une loi adoptée par l'état de Vermont en 2008, suivie par des initiatives semblables dans d'autres états⁴².

4.4. Le “*Social Business*”

56. Ce concept a été conçu par Mohamad Yunus⁴³ (Prix Nobel de la Paix en 2006) pour désigner un type particulier d'entreprise relevant de la catégorie générale de l'entrepreneuriat social, mais qui s'en distingue par le fait qu'elle doit atteindre un niveau d'autonomie financière; le *Social Business*

³⁸ Marqué à l'origine par le succès d'expériences individuelles, il fait l'objet d'une large reconnaissance, y compris comme porteur d'une nouvelle approche théorique. Un nombre croissant d'études se penchent sur les aspects économiques, sociologiques, juridiques de l'entrepreneuriat social. Voir notamment A. NICHOLLS, *Social entrepreneurship: new models of sustainable social change*, Oxford 2006.

La *Social Enterprise Alliance* (<http://www.se-alliance.org/>) est une organisation qui fédère au niveau national un grand nombre d' “entreprises sociales” définies comme des organisations qui peuvent adopter la forme lucrative ou non, qui est choisie dans le meilleur intérêt de l'objectif social poursuivi” (*traduction non officielle*).

³⁹ Notamment Ashoka network (www.ashoka.org), la Schwab Foundation (<http://www.schwabfound.org>), la Skoll Foundation (<http://www.skollfoundation.org>).

⁴⁰ J. EMERSON, *The Blended Value Map: Tracking the Intersects and Opportunities of Economic, Social and Environmental Value Creation*, 2003. Cf. www.blendedvalue.org.

⁴¹ Cf. par exemple The Aspen Institute, *The Emerging Fourth Sector, A new sector of organizations at the intersection of the public, private, and social sectors* – qui développe les caractéristiques de ce que pourrait être une « for-benefit organization”. Cf. T.J. BILLITTERI. *Mixing mission and Business: Does Social Enterprise Need a New Legal Approach ? Highlights from an Aspen Institute Round Table Discussion*, January 2007.

⁴² Voir la présentation de la L3C *infra* paragraphe 67.

⁴³ M. YUNUS, *Vers un nouveau capitalisme*, Le livre de poche, 2007. (Titre original: *Creating a World Without Poverty – Social Business and the Future of Capitalism*, New York Times Bestseller, 2007). Afin de conserver la spécificité du concept, son appellation de *Social Business* qui participe à sa notoriété n'est pas traduite en français.

est engagé dans une cause sociale dans l'intérêt des plus démunis, réalise des profits pour développer l'entreprise, et rembourse aux investisseurs les sommes qu'ils ont investies, sans leur verser aucun dividende. Une variante de cette formule prévoit que les bénéficiaires (des groupes de population ciblée) sont propriétaires de l'entreprise – auquel cas les profits distribués réalisent directement les objectifs sociaux de l'entreprise. C'est le concept sur lequel repose la Grameen Bank, ainsi qu'un ensemble d'entreprises opérant au Bangladesh dans différents domaines d'activités – microcrédit et services financiers, services de santé et alimentation, énergies renouvelables, accès aux technologies de l'information etc. Le *Social Business* a déjà été mis en œuvre à l'étranger et rencontre une attention croissante des milieux économiques et financiers du monde entier.

57. Le *Social Business* est proposé comme un nouveau modèle économique d'entreprise qui peut agir efficacement de façon systémique pour éradiquer la pauvreté et construire une société plus juste et plus prospère; pour assurer son efficacité, Mohamad Yunus préconise la mise en place d'un ensemble d'instruments: un outil d'évaluation des performances sociales des entreprises, un système de certification des comptes financiers et des rapports d'activité, une instance mondiale de régulation et d'information, un réseau de finance sociale mobilisant le secteur philanthropique et le secteur privé, la création d'un marché boursier social, le développement de politiques publiques de soutien, notamment par au moyen d'exemptions fiscales. L'adoption au niveau gouvernemental d'une appellation protégée assortie de définitions des objectifs – et donc un cadre juridique spécifique –, et des agences indépendantes chargées des études d'impact, est vue comme nécessaire pour promouvoir le *Social Business*⁴⁴.

5. L'ADOPTION DE CADRES JURIDIQUES SPECIFIQUES POUR L'ENTREPRISE SOCIALE

58. La mise en place d'un cadre juridique spécifique pour les entreprises sociales est l'un des aspects qui participent de la reconnaissance institutionnelle de ces formes d'entreprises. Chaque législation nationale s'inscrit dans un contexte particulier où interviennent la tradition juridique, les différentes formes disponibles d'organisations et leur régime – notamment au plan fiscal, ainsi que les contraintes dont elles sont assorties –, et tout un ensemble d'éléments clés de l'environnement de ces entreprises, notamment en ce qui concerne leur accès aux instruments de financement et les mesures de soutien qui accompagnent la création, et le fonctionnement des entreprises sociales.

59. Les présentations qui suivent sont loin d'offrir un panorama exhaustif des développements législatifs qui concernent l'entreprise sociale ou des entités qui pourraient être qualifiées comme telles⁴⁵. Elles proposent certains exemples significatifs, qui rendent compte de démarches fondées sur des réalités juridiques, sociales et économiques propres à chaque pays, mais qui permettent néanmoins d'illustrer des approches parfois différentes, parfois communes, à l'égard des questions classiquement réglées dans le cadre des structures sociétaires.

5.1. Les différentes catégories dans lesquelles peuvent être classées les entreprises sociales

60. Ces différents instruments peuvent être regroupés en trois catégories principales⁴⁶. Les deux premières sont basées sur un modèle préexistant, qui est adapté aux finalités sociales poursuivies: le

⁴⁴ *Ibid*, p. 273 et seq.. Voir aussi: <http://www.muhammadyunus.org/>

⁴⁵ On notera par exemple les législations adoptées en Lituanie sur l'entreprise sociale (2004), en Pologne sur les coopératives sociales (2006), en République tchèque sur la société d'intérêt public, en Slovénie sur l'institution privée non lucrative. Cf. *Social Enterprise: A new model for poverty reduction ...*, cit. *supra* note 8, 52.

⁴⁶ Cf. F. CAFAGGI, P. IAMICELLI, "New Frontiers in the Legal Structure and Legislation of Social Enterprises in Europe: A comparative Analysis", in *The Changing Boundaries of Social Enterprises*, Edited by Antonella Noya,

modèle coopératif et le modèle de la société commerciale. La troisième catégorie représente une approche neutre applicable à une variété de formes juridiques des organisations, en leur attribuant une dénomination particulière, d' "entreprise sociale".

5.1.1 *Les coopératives à finalité sociale*

61. Le statut coopératif renferme en soi la fonction d'entreprise. Mais compte tenu de la grande diversité des coopératives, des législations spécifiques aménagent des statuts pour certaines formes particulières. En 1991, l'Italie adoptait une loi sur les coopératives sociales (8 novembre 1991, n° 381) qui a caractère de modèle pour les lois ayant un objet semblable adoptées dans d'autres pays (t qui est également un point marquant dans l'émergence en Europe du concept d'entreprise sociale): ainsi au Portugal (loi sur les coopératives de solidarité sociale du 22 décembre 1997); en France (loi sur les sociétés coopératives d'intérêt collectif – SCIC – du 17 juillet 2001, n° 624); on peut également y ajouter l'Espagne (loi sur les coopératives d'initiative sociale du 16 juillet 1999), le Québec (loi sur les coopératives de solidarité, juin 1997).

62. Pour toutes les questions qui ne sont pas spécifiquement visées dans le statut particulier aménagé pour ces coopératives sociales, elles sont soumises au régime général des coopératives qui est prévu dans la loi nationale et le cas échéant au droit commun applicable aux sociétés.

63. Les traits distinctifs des coopératives sociales sont:

– leur objet: la finalité sociale est diversement décrite: elle peut impliquer une certaine qualité de services (d'intérêt collectif, d'utilité sociale), ou des secteurs d'intervention particuliers (santé, éducation etc.); elle vise en règle générale à l'exercice de tout type d'activité visant à l'insertion professionnelle de catégories particulières de personnes défavorisées ou en situation d'exclusion. En général, elle s'exerce aussi dans l'intérêt de personnes qui vont au-delà du seul cercle des seuls coopérateurs;

– la destination des actifs et la distribution des excédents: le principe coopératif s'applique généralement d'une distribution limitée des excédents, tant pour les parts détenues par les membres que pour les instruments financiers auxquelles les coopératives ont accès dans les différents pays. En revanche, certains législations (Portugal) excluent toute distribution. Les réserves constituent le patrimoine propre de la coopérative et sont impartageables. En cas de dissolution, les actifs nets sont dévolus à une autre entité poursuivant des finalité semblables;

– La participation et la gestion: une caractéristique originale des coopératives sociales est le multisociétariat: il consiste dans la participation de différents partenaires privés (notamment des travailleurs salariés, y compris ceux qui sont en situation de réinsertion professionnelle; des travailleurs bénévoles; des bénéficiaires des activités) ainsi que des personnes morales (privées ou publiques) qui soutiennent la coopérative. Le multisociétariat renforce le caractère démocratique du fonctionnement de ce type d'entreprise avec la convergence d'intérêts particuliers pour dégager un intérêt commun. La participation aux prises de décision répond au principe général des coopératives: "une voix, un vote" (sous réserve de régimes particuliers pour certaines catégories de membres, notamment pour ce qui est des financeurs ou des membres bénévoles). La structure démocratique de la coopérative est reflétée dans la nomination et la composition des organes de direction;

– Les obligations en matière de publicité, de conformité et de responsabilité: elles sont plus ou moins rigoureuses selon les pays: outre le contrôle interne exercé par les membres au sein des organes directeurs, les règles générales s'appliquent pour ce qui est des obligations et formalités auxquelles toutes les coopératives sont tenues; les coopératives sociales sont en outre soumises à la

supervision d'une autorité à laquelle elles rendent compte de la conformité de leur fonctionnement à leur statut et à leur finalité sociale, qui est constituée au sein de l'administration publique, ou est indépendante et agréée par celle-ci.

5.1.2 *Les sociétés à finalité sociale*

64. Plusieurs pays ont choisi la société commerciale comme forme juridique pour l'entreprise sociale – ce qui lui permet d'exercer des activités commerciales à titre principal – en lui apportant les adaptations nécessaires au regard des finalités sociales poursuivies. Sauf disposition spéciale, toutes les règles applicables à la forme de société choisie lors de la transformation s'appliquent (ainsi, en matière de formation du capital, des règles de fonctionnement des organes de décision, des dispositions relatives à la comptabilité ou encore celles relatives à la responsabilité des fondateurs, des administrateurs et gérants, etc.)⁴⁷.

65. **La société à finalité sociale (SFS) a été adoptée en Belgique en 1995** (articles 661 à 669 du code des sociétés) comme qualification dans le cadre des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, qui peut être empruntée pour les différentes sociétés commerciales classiques (société coopérative, société privée à responsabilité limitée, société anonyme ...).

– Elle est caractérisée par la poursuite d'un but social ("interne" quand il concerne les travailleurs, ou "externe" quand il porte sur des projets plus vastes) et l'absence de finalité lucrative pour les associés. Ceux-ci peuvent obtenir un bénéfice patrimonial limité (déterminé par référence à un taux spécifique officiel) ou aucun bénéfice patrimonial. Les profits et les réserves doivent être affectés conformément au but social de la société, de même que les actifs nets en cas de liquidation de la société (à l'exception du remboursement aux associés de leur apport dans le capital). Les membres du personnel ont la faculté d'acquérir la qualité d'associé. Les droits de vote de chaque associé au sein de l'assemblée générale sont plafonnés à 10% du capital social (20% s'agissant de membres du personnel).

- Les administrateurs ou gérants sont tenus de rédiger chaque année un rapport (y compris financier) sur la manière dont la société a veillé à réaliser le but social. Le contrôle externe du fonctionnement de la SFS conformément à sa qualification est exercé par l'autorité judiciaire à la demande d'un associé, d'un tiers intéressé ou du ministère public: la responsabilité des administrateurs et gérants peut être engagée, ainsi que celles des bénéficiaires lorsqu'ils connaissaient l'irrégularité des distributions en leur faveur. Le cas échéant, le tribunal peut prononcer la dissolution de la SFS.

– La loi prévoit la possibilité pour une association sans but lucratif de se transformer en SFS sans affecter la personnalité morale. Les SFS ne sont pas soumises à un régime fiscal spécifique: elles relèvent du statut fiscal des sociétés ou des personnes morales selon la nature des activités exercées⁴⁸.

⁴⁷ On notera également la loi espagnole sur les entreprises d'insertion du 13 décembre 2007, qui attribue une telle qualification à une société commerciale ou à une société coopérative qui réalise toute activité commerciale de production de biens et services, dont l'objet social vise à l'intégration et à la formation socioprofessionnelle de personnes en situation d'exclusion sociale. Une part minimum de 80% des excédents d'exercice doivent être réinvestis dans l'entreprise. Elles sont soumises à la supervision du Ministère du Travail. La loi précise les aspects pertinents des contrats de travail passés par les entreprises avec les travailleurs, et elle assortit le statut d'entreprise d'insertion d'un ensemble d'aides financières publiques.

⁴⁸ D'une façon générale, la SFS semble avoir remporté un succès modeste (environ 500 SFS constituées, dont la plupart sont des coopératives). Un projet de réforme a été engagé en 2007 qui tendrait notamment à permettre d'augmenter dans certaines conditions le taux des dividendes versés, à élargir la participation des travailleurs (en leur permettant une participation à la gestion, indépendamment de leur participation financière), et à prévoir comme sanction pour la SFS qui contrevient à ses obligations la perte de qualification de société à finalité sociale et non plus seulement la dissolution.

66. **La Société d'intérêt communautaire du Royaume-Uni (*Community Interest Company (CIC)*)** a été créée comme nouvelle forme juridique pour les entreprises sociales par le *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 (CAICE Act 2004)*, est régi par le *Community Interest Company Regulations 2005* (amendé en 2009), et est soumis au régime général de la loi sur les sociétés (*Companies Act 2006*)⁴⁹.

La forme de la CIC vise à répondre aux besoins des organisations engagées dans des activités commerciales (produire des biens ou des services) avec une finalité sociale, ou qui réalisent d'autres activités dans l'intérêt de la communauté. Elle a été conçue comme une modalité utile en plus des formes existantes, offrant une plus grande souplesse dans le cadre bien connu de la *limited company*, qui peuvent structurer leur capital social de différentes façons pour satisfaire les besoins des membres et de l'organisation. La structure de base de la CIC est la société à responsabilité limitée par garantie ("*company limited by guarantee*"), ou la société de capitaux (société à responsabilité limitée "*private companies limited by shares*" ou société anonyme "*public companies limited by shares*"). Une société ayant le statut de *charity* ne peut pas devenir une CIC à moins de renoncer à ce statut. En revanche une *charity* peut enregistrer une CIC comme société filiale.

Le but primordial de la CIC est de procurer des avantages à la communauté plutôt qu'à ses membres (propriétaires, directeurs, employés). Une CIC se livrant à des activités commerciales devra générer des profits pour soutenir ses activités, maintenir son patrimoine, effectuer une contribution pour la communauté; cependant elle peut aussi servir un dividende à ses investisseurs, dont le montant est plafonné par le Régulateur. Dans d'autres cas, c'est l'activité elle-même qui produit directement un avantage pour la communauté. La CIC peut aussi faire appel à des donations pour réaliser ces objectifs.

La CIC répond aux traits caractéristiques suivants:

- le critère de l'intérêt de la communauté: les activités de la CIC doivent avoir pour finalité de servir des avantages à la communauté, ou une partie de celle-ci – ce critère étant apprécié selon le jugement d'une "personne raisonnable";
- le principe de l'indisponibilité du patrimoine: il vise à assurer que les actifs de la CIC (y compris les profits et autres excédents générés par ses activités) seront conservés par la société pour réaliser ses activités ou les affecter d'une autre façon dans l'intérêt de la communauté (ou au profit d'une autre entité dont le patrimoine est indisponible); le principe de l'indisponibilité du patrimoine n'empêche pas une CIC d'utiliser ses actifs pour des activités commerciales courantes, telles que le grever d'une garantie.
- la limitation des dividendes: une CIC peut être autorisée par ses statuts à verser des dividendes à des investisseurs, mais ceux-ci sont soumis à une limite. De même, les intérêts payables sur les prêts sont plafonnés.
- une autorité de régulation indépendante, le "*Regulator of Community Interest Companies*" supervise la formation et le fonctionnement des CICs afin d'assurer qu'elles exécutent leurs obligations conformément à leur finalité et aux prescriptions légales. En cas de défaillance de la CIC, le *Regulator* est doté de pouvoirs étendus d'intervention allant de la nomination de directeurs, au transfert des actifs à fins de protection; il peut également agir en justice en l'encontre des dirigeants dans l'intérêt des membres de la CIC, et le cas échéant demander la dissolution de la CIC. Cette supervision indépendante assure l'organisation qui utilise la forme de la CIC et les membres, de la certitude et de la transparence nécessaires concernant les buts et la structure⁵⁰.

⁴⁹ *Community Interest Companies – Information and Guidance Note*: <http://www.cicregulator.gov.uk/>

⁵⁰ Le nombre d'entreprises enregistrées à ce jour (près de 3500 dont 1000 dans les 12 derniers mois) témoigne du succès de la forme de la CIC. Bien que ne jouissant pas d'exemption fiscale pour ses activités, elle semble offrir une structure appropriée pour la réalisation de projets sociaux. En outre, le souci d'assurer des niveaux de financement appropriés pour attirer les investisseurs est sensible dans le relèvement des plafonds de

67. **La Société à responsabilité limitée à profit limité: la L3C des Etats-Unis:** il s'agit d'une variante de la *Limited Liability Company (LLC)* qui allie des méthodes commerciales et des buts charitables dans une entité à but lucratif organisée pour exercer des activités à finalité sociale. Une loi sur la L3C a été adoptée dans l'état du Vermont en mai 2008, et depuis d'autres états (et communautés) ont adopté une telle loi ou s'approprient à le faire ⁵¹.

Le but primordial de la L3C est de réaliser des objectifs sociaux; toutefois, une L3C fonctionne comme une entreprise commerciale traditionnelle et génère des profits. Selon la loi, la société doit "A - (i) contribuer de façon importante à la réalisation d'un ou de plusieurs buts altruistes ou éducationnels au sens de la Section 170(c)(2)(B) du Code des impôts (*Internal Revenue Code*) de 1986, 26 U.S.C. § 170(c)(2)(B)" (à savoir dans les domaines de l'éducation, de la protection, de la préservation d'emplois, du développement économique etc.); et "(ii) n'avoir été formée qu'en raison de l'engagement de la société à la réalisation des buts altruistes ou éducationnels" .

Parce qu'elle est conçue pour répondre précisément aux prescriptions édictées par les autorités fiscales fédérales portant sur un certain type de financement (les *Program Related Investments (PRIs)*) des fondations – lesquelles sont tenues à distribuer annuellement cinq pour cent de leur capital à des fins charitables, les PRI étant comptabilisés dans ce montant – cette nouvelle forme d'entreprise devrait attirer les financements philanthropiques. Dans le capital de la L3C, ces derniers pourraient couvrir le risque maximum pour un rendement modeste ou aucun rendement, tandis que le reste de l'investissement pourrait provenir d'investisseurs cherchant un plus haut rendement et un moindre risque. Les membres de la L3C peuvent donc rassembler des personnes physiques, des entités publiques, des organisations sans but lucratif et des sociétés commerciales, qui fournissent différents types d'apports ou de contributions, et acceptent des niveaux de risque différents.

En tant que société à responsabilité limitée (*Limited Liability Company (LLC)*) la L3C permet aux propriétaires / membres de limiter leur responsabilité et de transférer aisément leurs parts. Les membres déposent l'acte constitutif de la société (dont la dénomination comprend la désignation L3C) au bureau compétent de l'administration publique. Les membres conviennent contractuellement d'un règlement de la société, qui indiquera clairement le but altruiste de la L3C et la façon dont il sera mis en œuvre, qui pourra prévoir l'indisponibilité du patrimoine et son affectation spécifique à la finalité sociale, et qui sera structuré de telle sorte à répondre aux besoins particuliers pour ce qui est de la distribution des pouvoirs dans les prises de décision, et des droits aux profits. Comme LLC, la L3C ne bénéficie pas d'exemption fiscale ⁵².

5.1.3 Des formes neutres applicables à une variété de structures juridiques

68. On peut classer dans cette catégorie les lois adoptés par l'Italie (présentée ci-dessous) et la Finlande ⁵³.

rémunération à compter d'avril 2010 (désormais exprimés en taux fixe et non plus indexés par rapport au taux de base de la Banque d'Angleterre). L'intense soutien que fournit l'autorité de régulation (dans l'information et la constitution des entreprises) et le contrôle qu'elle exerce sont probablement des facteurs importants pour donner confiance dans cette forme sociétaire.

⁵¹ Michigan, Missouri, Utah, Wyoming et Illinois) et les communautés de la Crow Indian Nation, Oglala Sioux Tribe (au 20 février 2010). Pour des informations sur les développements législatifs et la L3C voir <http://www.americansforcommunitydevelopment.org>

⁵² L'avantage vu comme primordial de la L3C est sa correspondance avec les exigences fiscales concernant les *Program Related Investments*: or les autorités fiscales ne se sont pas encore exprimées à cet égard. Certains doutes ont été formulés sur l'absence de structure permettant de contrôler que les L3C exerceront leurs activités conformément à leurs buts déclarés.

⁵³ En Finlande, la loi sur les entreprises sociales (30 décembre 2003, n° 1351/2003) s'applique à toute organisation, qui réalise toute activité commerciale de production de biens et services, dont l'objet social est de soutenir l'emploi et la réinsertion des personnes handicapées et des chômeurs de longue durée, dès lors que ceux-

En Italie, le décret-loi du 24 mars 2006, n. 155 sur l' "entreprise sociale", institue une nouvelle dénomination que peuvent emprunter un ensemble d'entités du secteur non lucratif (notamment des associations)⁵⁴, mais aussi toutes les entités constituées sous la forme sociétaire, sous réserve de se conformer aux conditions particulières afférents aux buts de l'entreprise, à la règle de non distribution des excédents, aux limitations affectant la structure du capital et le contrôle de l'entreprise; le régime général applicable à la forme juridique de base s'applique pour toutes les questions non expressément réglées. Sont exclues les administrations publiques, et les entités privées qui réservent leurs activités exclusivement à leurs membres et non à la communauté.

L'entreprise sociale répond aux caractères suivants:

- elle exerce de façon stable et à titre principal une activité économique organisée en vue de la production ou de l'échange de biens ou services d'utilité sociale, destinée à réaliser des buts d'intérêt général. L'utilité sociale est définie par un montant minimum de 70% des revenus provenant d'activités exercées dans certains secteurs définis (l'assistance sociale, sanitaire, l'éducation etc.) et/ou par le but d'insertion par l'emploi de travailleurs défavorisés (dans une proportion minimum de 30% par rapport à l'ensemble des travailleurs à tout titre).
- elle est dépourvue de but lucratif: les excédents doivent être utilisés pour les activités statutaires, ou affectés au patrimoine de l'entreprise. Les principes de finalité sociale et d'absence de but lucratif sont protégés en cas de transformation ou de cession de l'entreprise, et en cas de cessation le patrimoine est dévolu à des organisations ayant des caractères semblables. Toute distribution au bénéfice des membres (associés, administrateurs, etc.) est interdite. La rémunération des instruments financiers émanant des banques et intermédiaires financiers est plafonnée à 5% en sus du taux officiel, à condition qu'il ne s'agisse pas d'actions ou de participations;
- elle est soumise à des règles particulières en matière d'inscription au registre des entreprises, en matière comptable, et pour ce qui est de la faillite;
- elle obéit à des règles spécifiques pour ce qui est de la détention et du contrôle: les entreprises privées à but lucratif et les administrations publiques ne peuvent pas détenir de contrôle (entendu comme capacité de nommer la majorité des organes d'administration) ni être représentées dans les organes de direction;
- elle doit prévoir des mécanismes de participation des travailleurs et des destinataires des activités visant à leur permettre d'exercer une influence sur les décisions de l'entreprise notamment celles qui concernent directement les conditions de travail et la qualité des biens et services fournis;
- elle est soumise à un certain nombre de prescriptions en matière de publicité et de transparence: les documents (acte constitutif, statuts, bilans) doivent être déposés auprès d'une autorité publique (le Ministère de la solidarité sociale), ainsi que le bilan social – qui rend compte notamment du processus participatif interne à l'entreprise. Cette autorité exerce un contrôle de la conformité par les entreprises sociales à leur statut particulier.

ci forment au moins 30% de l'ensemble du personnel. Les entreprises sociales doivent être inscrites à un registre déposé auprès du Ministère du travail, qui exerce les fonctions de supervision. Le sens principal de la loi (révisée en 2007) est de déterminer les conditions d'allocation des subventions publiques auxquelles ont droit les entreprises sociales; le régime particulier auquel est soumis l'organisation selon sa forme s'applique pour toute question non traitée dans la loi (telle que par exemple la question de l'affectation des excédents d'exercice, la gouvernance etc.).

⁵⁴ Le secteur a fait l'objet de plusieurs réglementations au cours des quinze dernières années, qui facilitent la participation dans la sphère économique, ou renforcent l'action sociale des différentes organisations concernées: toutes peuvent réaliser des activités commerciales, mais – sauf pour ce qui est des coopératives sociales instaurées par la Loi n. 381 de 1991 – de façon subsidiaire, accessoire ou en vue de l'accomplissement de leur finalité sociale (Loi n. 266 de 1991 sur les organisations de volontariat; loi n. 383 de 2000 sur les associations de promotion sociale; décret législatif n. 460 de 1997 sur les organisations non lucratives d'utilité sociale). La nouvelle loi sur l'entreprise sociale est – notamment – destinée à donner une cohésion à ces différentes réglementations.

5.2. Premières conclusions concernant certains caractères types de l'entreprise sociale

69. Les présentations qui précèdent permettent de dégager un certain nombre d'aspects traités par les législations récentes qui introduisent des statuts particuliers pour des formes d'entreprises poursuivant des objectifs sociaux avec des moyens commerciaux. Chaque loi répondant à des caractères spécifiques, ces aspects ne sont pas nécessairement tous traités dans chaque cas, et ils le sont parfois de façon différente. Ils sont néanmoins indicateurs d'un contenu possible, ou d'éléments qui pourraient être pris en considération, pour un cadre plus général (ou de variantes possible à un cadre de base) qui serait élaboré dans le cadre d'une proposition internationale pour l'entreprise sociale ⁵⁵, tout en gardant à l'esprit l'objectif d'englober des organisations existantes répondant à certaines caractéristiques, et celui (alternatif ou complémentaire) de proposer une structure nouvelle pour un certain type d'entreprise sociale précisément (et différemment) caractérisée.

70. On peut très succinctement suggérer parmi les caractères d'un tel cadre les éléments suivants:

- l'affirmation de la finalité sociale et des activités entrepreneuriales pour la mettre en œuvre, et la question de leur définition;
- la question de la structure du capital (y compris l'acquisition du statut de membre) et la rémunération du capital (parts sociales et instruments financiers), avec un principe de non distribution – ou de distribution limitée – des excédents, avec d'indisponibilité des fonds propres, y compris en cas de dissolution, et leur destination à la finalité sociale;
- l'allocation des pouvoirs de décision (droits de vote et représentation dans les organes directeurs) et mécanismes de protection contre des prises de contrôle allant à l'encontre de la finalité sociale;
- la représentation élargie de parties prenantes (et leur détermination), et leur participation dans les organes de décision;
- les obligations d'information envers les membres, les parties prenantes et les tiers;
- les mécanismes de contrôle internes et externes, assurant le respect de la finalité sociale et des principes de fonctionnement.

71. L'élaboration d'un ensemble de critères – plus ou moins détaillés, pouvant le cas échéant proposer des variantes – permettant de caractériser une entreprise sociale pourrait constituer un premier objectif. La convergence possible d'un certain nombre de caractéristiques pour l'entreprise sociale (à identifier de façon détaillée et à déterminer dans leur contenu) posera la question de leur intégration dans une – ou plusieurs – forme(s) d'organisation(s) particulière(s) et dans ce cas, de leur articulation avec le droit commun applicable à l'entité dont la structure est choisie comme base, où aux différentes entités auxquelles elle pourrait se rapporter.

⁵⁵ Cf. également: les conclusions et recommandations de CAFAGGI, IAMICELLI, *supra* note 46, ainsi que les caractéristiques recommandées pour un environnement juridique approprié pour l'entreprise sociale dans *Social Enterprise: A new model ...*, *supra* note 17, p. 189.

6. VERS L'ELABORATION D'UNE PROPOSITION INTERNATIONALE DE CADRE JURIDIQUE POUR L'ENTREPRISE SOCIALE OU UN TYPE PARTICULIER D'ENTREPRISE SOCIALE

6.1. La justification d'une telle proposition

72. On peut reconnaître dans les différentes initiatives récentes (dont certaines ont été illustrées dans ce document) le témoignage d'un besoin de renforcer l'infrastructure juridique pour des formes particulières d'entreprises sociales.

73. Par ailleurs, on peut faire état d'un intérêt très largement partagé et de demandes nombreuses de la part de différents acteurs pour mettre en place dans leur pays – ou la région – un cadre législatif et réglementaire adéquat pour les entreprises sociales ou des organisations répondant à certaines caractéristiques – selon les cas au moyen d'une reconnaissance appropriée des formes existantes, ou par l'adoption d'un cadre spécifique pour une nouvelle forme d'entreprise sociale. On citera à titre d'illustration:

– Une étude réalisée par le *European Research Network (EMES)* et publiée par le PNUD en 2008 sur les entreprises sociales en Europe et dans la Communauté des Etats indépendants, conclut avec un ensemble de recommandations parmi lesquelles la mise en place au niveau national d'un cadre juridique propice pour le développement de l'entreprise sociale, impliquant une reconnaissance des différentes formes d'organisations appropriées, notamment de façon à assurer que les entreprises sociales ne soient pas discriminées sur le marché au regard des autres formes d'entreprises⁵⁶;

– Au Canada, une présentation du Premier Ministre canadien, The Right Honourable Paul Martin, le 8 novembre 2007 au *Munk Centre for International Studies*, intitulée "Unleashing the Power of Social Enterprise" soulignait notamment " ... there is still a major gap in the way the government responds to the real world evolution of the social economy, that of social enterprise in its fullest sense"⁵⁷;

– En Afrique du Sud, une *National Conference on the enabling environment for social enterprise development in South Africa* (sous les auspices de l'OIT) tenue les 22-23 octobre 2009, adoptait une déclaration⁵⁸ formulant un certain nombre de recommandations pour l'amélioration du cadre juridique et réglementaire de l'entreprise sociale, parmi lesquelles celle d' "élaborer des principes et des définitions pour l'entreprise sociale permettant une référence à l'entreprise sociale dans les différentes lois, et à moyen terme d'explorer la possibilité de rédiger une loi spécifique sur l'entreprise sociale";

– En France, un ouvrage récemment paru⁵⁹ préconise l'adoption d'une structure optionnelle adaptée à l'environnement français pour les sociétés dont les associés ont fait le choix de répondre à un besoin social et qui ont opté pour le label correspondant.

⁵⁶ Cf . *Social Enterprise: A new model for poverty reduction ... supra* note 17, 191. Le cadre juridique recommandé étant décrit comme devant être suffisamment flexible pour ne pas faire obstacle au développement des entreprises sociales.

⁵⁷ Cité dans CARTER, MAN, *supra* note 15; les auteurs concluent leur analyse du cadre juridique au Canada en recommandant la création d'une nouvelle forme juridique pour l'entreprise sociale concernant laquelle ils formulent certaines propositions; voir également R. BRIDGE, S. CORRIVEAU, "Legislative Innovations and Social Enterprise, Structural Lessons for Canada", BC Centre for Social Enterprise, February 2009, qui propose l'adoption d'une loi fédérale sur l'entreprise communautaire (*Community Enterprise Act*).

⁵⁸ http://www.givengain.com/cause_data/images/2027/Social_Enterprise_Conference_Statement_231009.pdf

⁵⁹ D. HURSTEL, *La Nouvelle Économie sociale. Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009.

6.2. Les avantages pouvant dériver d'une telle proposition

74. Sans préjuger de la forme que pourrait prendre une telle proposition (principes, recommandations, directives, loi type, guide ou autre instrument non contraignant), on peut suggérer deux objectifs possibles pour des travaux d'élaboration d'un tel cadre juridique:

1 – la détermination d'un ensemble de critères ou de caractéristiques permettant d'identifier comme entreprises sociales les organisations qui remplissent ces critères – tout en reconnaissant la diversité des organisations concernées (tant pour ce qui est de leur forme que de leurs rôles dans les différents pays), ou/et

2 – la formulation d'un cadre juridique spécifique pour une modalité particulière d'entreprise sociale – identifiée par une appellation spécifique,

par des règles fonctionnelles et claires, respectueuses des particularités locales ou nationales, de caractère humain, social, économique, juridique ou autre.

75. On peut identifier dès ce stade préliminaire un certain nombre d'avantages potentiels:

– pour les pays qui disposent déjà de formes d'organisations répondant aux caractères de l'entreprise sociale, reconnaître leur identité commune en vue de les promouvoir par la mise en place de politiques publiques appropriées au niveau national; le cas échéant accueillir un type supplémentaire d'entreprise offrant des caractéristiques spécifiques, ajoutant à la diversité des formes d'entreprises disponibles; pour les pays qui sont dépourvus de formes d'organisations appropriées alliant finalité sociale et méthodes commerciales, faciliter la modernisation du cadre juridique applicable à des organisations traditionnelles, et le cas échéant offrir un modèle possible pour la création et le fonctionnement d'un type particulier d'entreprise sociale;

– les politiques publiques appropriées visées ci-dessus comprennent notamment le développement d'instruments et de mesures sur les plans institutionnel, financier, fiscal, comptable etc., aux différents niveaux de l'administration nationale et locale, ancrés autour d'un concept global reconnu ou spécifiquement défini, et consistant par exemple dans des conditions facilitées d'accès aux financements de différentes sources (y compris par la mise en place de critères d'évaluation de performance sociale de l'entreprise), d'accès aux marchés publics et aux différentes formes de coopération avec le secteur public, et à des régimes fiscaux privilégiés pour compenser l'internalisation des coûts sociaux;

– contribuer au développement des entreprises sociales en offrant sécurité et prévisibilité juridique pour l'ensemble des parties prenantes, permettre la reconnaissance du cadre juridique entre les pays, et faciliter les opérations transnationales des entreprises sociales, ou leur coopération dans le cadre de partenariats avec des entités semblables dans d'autres pays.

6.3. Propositions méthodologiques

76. Dans le cadre du partenariat proposé entre UNIDROIT et l'Organisation internationale de droit du développement (OIDD) en vue de l'élaboration d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou une certaine forme d'entreprise sociale), l'expertise de chaque des organisations sera mise en œuvre, ainsi que ses compétences et ressources particulières.

77. En particulier, le processus d'élaboration de règles juridiques pourrait se dérouler de la façon suivante:

– Constitution d'un comité pilote (composé d'un petit nombre de spécialistes (6) du droit des sociétés, notamment des entreprises sociales, provenant de différentes régions et systèmes juridiques du monde) chargé de confirmer l'opportunité et la faisabilité de la préparation d'un cadre juridique pour l'entreprise sociale et ayant pour mandat de préciser notamment:

- les objectifs de l'initiative proposée,
- les éléments du régime juridique recherché ou les différentes options possibles,
- la forme de l'instrument ou des instruments à élaborer et de préparer un avant-projet d'instrument (ou des lignes générales en vue d'un document) (2 sessions);

– Constitution d'un comité d'étude composé des membres du comité pilote ainsi que de membres additionnels (6) élargissant la représentation géographique, sur une base équilibrée des différents systèmes juridiques, avec une représentation large des pays en développement, chargé d'examiner l'avant-projet d'instrument (ou des lignes générales en vue d'un document) préparé par le Comité pilote,

Et: adoption d'un instrument final (par exemple des directives) avec des notes explicatives (3 sessions) Ou: mise au point d'un projet d'instrument avec des notes explicatives (en vue de sa soumission à un comité d'experts gouvernementaux) (2 sessions)

– Le cas échéant: constitution d'un Comité d'experts gouvernementaux chargé d'adopter un instrument final (par exemple sous la forme d'une loi modèle) (2 sessions)

78. Dans le cadre des travaux de ces différents comités on tiendra compte tout particulièrement de l'expérience et expertise des organisations multilatérales actives dans le domaine de la promotion des activités des entreprises, et dont certaines ont constitué une expertise particulière dans la matière de l'économie sociale tant au niveau multilatéral ⁶⁰ que régional, ainsi que des centres de recherches (surtout à vocation régionale) regroupant représentants de l'université et praticiens des entreprises sociales, ainsi que des organes de régulation.

79. Les travaux de formulation d'une proposition internationale de cadre juridique pour l'entreprise sociale (ou un type particulier d'entreprise sociale) tels que dessinés dans le présent document, devraient, sous réserve que le Conseil de Direction d'UNIDROIT donne son accord à ce qu'ils soient engagés, être menés à bien conjointement par les Secrétariats d'UNIDROIT et de l'OIDD, se dernier s'engageant notamment à mobiliser les ressources nécessaires en faisant appel à des donateurs extérieurs.

⁶⁰ On citera particulièrement au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le *Programme de création d'emplois et de développement économique au niveau local* – (LEED Programme (Local Economic and Employment Development / Programme LEED qui étudie depuis plus de dix ans l'environnement des différentes organisations de l'économie sociale, avec une attention particulière à l'entreprise sociale, ainsi que le rôle de l'entreprise dans le développement local, dans les pays membres et non membres de l'OCDE; au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT), le *Job Creation and Enterprise Development Department (EMP/Entreprise)* qui conduit des activités de soutien pour l'entreprise durable et l'emploi, et dont une section est notamment consacrée aux coopératives; le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), notamment dans le cadre de son unité "Poverty Reduction in Europe & CIS".