



Fondation Paris-Dauphine



gouvernance
& regulation

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

La régulation de l'économie sociale et solidaire

Synthèse de conférence

Petit-déjeuner de la Chaire Gouvernance et Régulation

Université Paris-Dauphine, 5 octobre 2017



DEBATE

Table des matières

Superviser un secteur bigarré	3
Le modèle mutualiste, entre autocontrainte et régulation sectorielle.....	5
Des régulations en tension.....	7
Débat	9

La régulation de l'économie sociale et solidaire

Petit-déjeuner de la Chaire Gouvernance et Régulation
5 octobre 2017

L'économie sociale et solidaire recouvre une variété d'acteurs et de formes de régulation, lesquelles peuvent entrer en tension réciproque. Quels traits communs et quelles divergences caractérisent ce secteur ? Comment la régulation peut-elle mieux prendre en compte ses spécificités et s'adapter aux évolutions de cette économie ?

Superviser un secteur bigarré

Paul Coulomb

Directeur de la première Direction de contrôle des assurances, ACPR

Un principe : la protection du bénéficiaire

Créée en 2010, l'ACPR exerce un contrôle – s'apparentant à une supervision plutôt qu'à une régulation proprement dite – sur l'ensemble des organismes relevant de la banque et de l'assurance, et dont certains appartiennent, de fait, à l'économie sociale et solidaire (ESS). Le périmètre couvert par l'Autorité se caractérise par la variété statutaire de ses acteurs, régis par des cadres juridiques distincts : code monétaire et financier pour les établissements de crédit, de paiement ou d'investissement, code des assurances pour les sociétés d'assurance ou d'assurance mutuelle, code de la Sécurité sociale pour les institutions de prévoyance, code de la mutualité pour les mutuelles pratiquant de l'assurance...

Depuis plus d'un siècle, le contrôle réservé à ce secteur a toujours visé l'intérêt des clients ou bénéficiaires plutôt que celui des personnes morales. Au fil du temps, les différents codes régissant l'assurance ont tendu à s'unifier. Le plus récent épisode de ce mouvement fut la directive Solvabilité II, réglementation européenne s'appliquant à toutes les formes d'assurance.

L'ACPR ne contrôle pas différemment une mutuelle et une compagnie d'assurance – à moins que les textes ne l'exigent – et se doit de garantir une équité de traitement. Ses missions s'articulent autour de quatre grands thèmes :

- **l'agrément** : tout organisme doit être agréé par l'Autorité pour vendre de l'assurance ;
- **le prudentiel** : l'autorité examine la solvabilité des organismes ;
- **le contrôle de la gouvernance**, volet assez nouveau et largement porté par Solvabilité II ;
- **la protection de la clientèle**, désormais formalisée dans une réglementation spécifique.

Un contrôle de la gouvernance renforcé

Les dispositions introduites par Solvabilité II en matière de contrôle de la gouvernance ont suscité quelques remous. Ainsi l'Autorité doit-elle agréer les dirigeants effectifs et les responsables de fonctions-clés des organismes, mais aussi, depuis le 1er janvier 2016, donner son accord à la nomination d'au moins deux des premiers et quatre des seconds (pour les fonctions d'actuariat, gestion des risques, conformité et audit interne). Devant l'émoi suscité par cette disposition – chaque acteur faisant valoir des spécificités que cette réglementation ne saurait apprécier –, l'ACPR s'est engagée à appliquer la loi avec discernement et proportionnalité.

L'Autorité doit s'assurer que les dirigeants effectifs et responsables de fonctions-clés sont « honorables et compétents ». L'honorabilité des intéressés est aisément appréciée au vu de leur casier judiciaire, et leur compétence l'est à l'aune de leur expérience et non de leurs titres académiques. Très peu de cas problématiques se sont

présentés en la matière. Le texte ajoute que ces fonctions ne sont pas cumulables, et que le titulaire d'un poste-clé doit disposer des moyens nécessaires et être rattaché à un niveau suffisamment élevé pour exercer ses missions correctement – il doit par exemple pouvoir dénoncer des manquements au conseil d'administration. Quant à ce dernier, l'Autorité doit s'assurer qu'il n'est pas une simple chambre d'enregistrement. Pour en juger, elle assiste à des séances en tant qu'observatrice.

Contre toute attente, les discussions soulevées par ces nouvelles modalités ne sont pas provenues uniquement de petits organismes, mais aussi de groupes internationaux, régis par des rattachements internes complexes et des règles internationales parfois difficiles à concilier avec le droit européen. Toutes ces situations se sont résolues au cas par cas.

La spécificité irréductible du modèle mutualiste

En dépit du mouvement d'uniformisation actuel, quelques différences persistent entre les acteurs. Intrinsèquement, une mutuelle est ainsi dépourvue de capital social, alors qu'un assureur en est doté. Les mutuelles ont certes l'avantage de ne pas avoir à distribuer de dividendes, mais peinent à constituer des fonds propres : elles ne peuvent pour cela faire appel au marché, mais doivent accumuler des excédents année après année. Il s'agit d'un modèle bien particulier, exigeant, mais qui fonctionne effectivement.

Le modèle mutualiste, entre autocontrainte et régulation sectorielle

Jérôme Saddier

Directeur général, Mutuelle nationale territoriale

Historiquement, l'économie sociale et solidaire ne se définit pas par son impact social, mais par la « socialisation » des réponses qu'elle met en œuvre, des moyens voire du capital. Pour appréhender la régulation de ce type d'entreprise – pouvant aller du Groupe BPCE à des entrepôts Leclerc ou une boutique Emmaüs –, il faut donc d'abord s'attacher à leur statut plutôt qu'à leur finalité.

Un secteur sous autocontrainte

S'il fallait identifier une forme de régulation commune à cette famille composite, elle résiderait dans les autocontraintes que ses membres s'infligent volontairement. Il peut s'agir de régulations sectorielles, comme pour les mutuelles, ou encore de contraintes de gouvernance, telles les règles de répartition des bénéfices que s'imposent les coopératives, bien qu'elles soient le plus souvent des sociétés anonymes.

Plus généralement, ce secteur est soumis à deux types de contraintes.

- Contraintes économiques

La contrainte de non-lucrativité est commune aux acteurs de l'économie sociale et solidaire. Or la régulation présente un angle mort à cet égard. Ainsi, il n'existe pas dans le droit communautaire de définition unifiée de la non-lucrativité. Celle-ci est diversement appréciée selon les Etats membres. Il peut en découler des tensions avec des régulations sectorielles, mais aussi des conséquences en matière de concurrence ou de compétitivité des entreprises. Ce problème persistera aussi longtemps que, sur le plan européen, la définition minimale de la non-lucrativité sera le service gratuit. En France, un organisme peut être non lucratif sans pour autant délivrer de services gratuits : la non-lucrativité tient aussi à un mode d'organisation.

Quant à la contrainte d'absence de capital social des mutuelles, il faut mesurer l'ampleur de ses effets. Pour se plier à l'obligation de renforcer leurs fonds propres, les mutuelles n'ont d'autre choix que d'émettre de la dette ou d'augmenter les cotisations de leurs adhérents. Dans un champ concurrentiel, cette dernière option a un impact non négligeable sur leur compétitivité, leur positionnement sur le marché et leur pérennité. Il y a là une quadrature du cercle qui peut s'avérer problématique, à terme, pour le modèle mutualiste.

- Contraintes de gouvernance

Le caractère démocratique de la gouvernance des mutuelles et coopératives, se traduisant par une égalité des membres quel que soit le nombre de parts détenues, induit des situations délicates. La recherche de l'intérêt commun peut ainsi se heurter à la poursuite des intérêts individuels. Dans une coopérative, le débat sur la réparti-

tion des excédents de l'année n'est pas toujours simple ! Ce principe d'égalité peut aussi favoriser les réflexes conservateurs et freiner l'innovation : le conseil d'administration d'une mutuelle ne sera pas nécessairement enclin à investir dans le numérique, par exemple. Le principe de la représentativité des administrateurs n'est guère plus confortable, pouvant ouvrir des formes de conflit d'intérêts entre décideurs et bénéficiaires.

Je comprends que l'autorité de supervision redouble de précaution quant à la viabilité des conseils d'administration des mutuelles. Certes, en application du principe démocratique, une assemblée générale peut risquer d'élire des membres du conseil d'administration incompetents ou nuisibles. Mais ce n'est en rien spécifique à l'économie sociale et solidaire ! Je souhaiterais que l'on fasse preuve d'une même sévérité pour les conseils d'administration des sociétés du CAC 40, parfois régis par la consanguinité et les jetons de présence.

Dans une mutuelle qui propose essentiellement des contrats individuels comme la mienne, le pouvoir économique est détenu par l'assemblée générale. J'estime préférable que le conseil d'administration soit largement représentatif de celle-ci et puisse donc réguler les sujets en amont, plutôt que de voir les dossiers préparés par des technocrates permanents mutualistes se faire récuser par l'assemblée générale. La professionnalisation des conseils d'administration présente un vrai danger de ce point de vue, même si elle a des mérites par ailleurs.

Vers une réconciliation des régulations ?

Comment rendre compatibles l'autocontrainte et la régulation sectorielle ? Je me prends parfois à imaginer une autorité de régulation qui aiderait les entreprises à progresser et à se positionner sur le marché, qui considérerait leurs spécificités plutôt que de leur administrer une réglementation n'ayant pas toujours été conçue pour elles. A titre d'illustration, certaines règles inscrites dans Solvabilité II, comme le renforcement des fonds propres, font suite à des crises ayant essentiellement touché des sociétés d'assurance anglo-saxonnes, et auxquelles le monde mutualiste français est totalement étranger. L'importation de ces règles dans le modèle économique des mutuelles est une source de tensions. Elle risque même de disqualifier des mutuelles qui évoluent dans un champ totalement concurrentiel, où la vente d'assurance à perte est même possible. Notons incidemment que ces pratiques concurrentielles ne sont d'ailleurs pas suffisamment suivies par l'Autorité de la concurrence.

La coexistence dans un même spectre de régulation d'acteurs dont les modèles économiques, les leviers de concurrence et les domaines de mutualisation diffèrent est *in fine* problématique. Si la France entend préserver une conception solidaire de la protection sociale dans son ensemble, obligatoire et complémentaire, elle devra s'emparer de ce sujet et réconcilier les différentes approches de régulation.

Des régulations en tension

Géraldine Lacroix

Directrice du département économie et cohésion sociale, Caisse des dépôts

La Caisse des dépôts est le principal financeur du secteur de l'économie sociale et solidaire, en partenariat comme en investissement. Elle y investit quelque 140 millions d'euros chaque année.

Géologie des régulations de l'économie sociale et solidaire

Le secteur de l'économie sociale et solidaire est fortement régulé par le législateur. Ce dernier en retient une définition inclusive, recouvrant tout à la fois les entreprises statutaires du secteur (associations, fondations, coopératives, mutuelles) et des entreprises commerciales s'imposant des contraintes particulières : une gouvernance participative, une utilité sociale et le réinvestissement de la majorité des bénéficiaires dans l'activité. Le respect de ces dispositions leur est nécessaire pour se revendiquer de l'ESS, se voir décerner le cas échéant l'agrément ESUS (entreprise solidaire d'utilité sociale) et bénéficier en conséquence d'aides, de financements spécifiques et de réductions fiscales.

A ce paysage s'ajoutent des régulations sectorielles (mutualité, médico-social, santé...), faisant intervenir différents régulateurs adaptés au champ considéré et aux publics bénéficiaires.

L'autorégulation du secteur se traduit en outre par des bonnes pratiques entérinées par le Conseil supérieur de l'ESS : contrôle de la gouvernance démocratique, accentuation de l'impact territorial et social, encadrement de la politique salariale...

Enfin, le secteur est régulé par les contraintes mais aussi par les opportunités du marché. S'agissant des opportunités, c'est le rôle de la Caisse des dépôts, investisseur avisé d'intérêt général, que d'en faire bénéficier le secteur, dont l'impact en termes de création d'activités et d'emplois dans les territoires est avéré. La Caisse des dépôts a par exemple créé le fonds d'investissement NovESS, destiné à aider les entreprises de l'économie sociale et solidaire à changer d'échelle. Il répond aux standards classiques prévus par l'Autorité des marchés financiers : taux de rentabilité interne, indépendance de la société de gestion, comme pour tout fonds de private equity.

Un empilement de régulations s'est donc créé au fil du temps, non sans tensions entre le droit communautaire, les standards du marché, les régulations imposées par le législateur, l'autocontrainte et les recommandations de bonnes pratiques. Cette stratification peut apparaître comme un frein au développement et à la prise de risque, au moment où le secteur entend changer d'échelle, a besoin de fonds propres pour se développer et doit continuer à innover. Certaines analyses montrent que le secteur de l'ESS est désavantagé par rapport au secteur privé classique du fait de cet empilement de régulations : on lui demande de courir un marathon avec des boulets aux pieds. Ainsi, on peut s'interroger sur la pratique de pouvoirs publics qui consiste

à reprendre systématiquement les excédents dégagés par des acteurs associatifs, sachant qu'elles ne peuvent pas, du fait de leur modèle, se constituer des fonds propres.

Demain, quelle régulation ?

Quelles perspectives se dessinent pour résoudre ces tensions ? Nous pouvons tout d'abord en appeler à une supervision plutôt qu'une régulation, ou tout au moins à des régulations plus adaptées aux spécificités du secteur.

Dans les différentes strates de régulation, peut-être faut-il ensuite mieux discerner ce qui est vraiment nécessaire, qui sert l'intérêt *in fine* de notre société. Il s'agirait de reconnaître à travers ces régulations spécifiques que la performance sociale durable de ce modèle économique hybride va de pair avec une rentabilité financière plus faible que dans le secteur privé classique.

Par ailleurs, il faut impérativement retravailler le sujet de la régulation fiscale. Malgré le développement de l'activité économique associative, l'administration fiscale continue d'associer la non-lucrativité à un service gratuit, ne devant pas faire l'objet de publicité, en vertu d'une circulaire de 1998 revue dans les années 2000. Le législateur n'a pas légiféré sur le sujet, c'est donc le niveau réglementaire le plus faible (une instruction) qui prévaut. Le sujet de la non-lucrativité ou de la lucrativité limitée compatible avec une activité commerciale reste à traiter en droit fiscal. En termes de régulation du secteur, d'impacts économiques et de possibilités de développement, il est majeur.

Enfin, la régulation mériterait de s'intéresser davantage à la mesure de l'impact social et environnemental des activités de l'ESS. Certes, la monétarisation de cet impact est complexe, notamment au regard des coûts évités. L'enjeu est pourtant fondamental. Il s'agit de démontrer la valeur ajoutée de l'ESS par rapport à l'économie classique, et de justifier que des avantages et des régulations particuliers lui soient attachés.

Le monde de l'économie sociale et solidaire est en butte à des questions fiscales pour le moins kafkaïennes, laissant le champ à des interprétations divergentes. Comment progresser dans ce domaine ?

Géraldine Lacroix

Le droit mérite en effet d'être précisé pour s'adapter aux évolutions économiques de ces dernières décennies. Les parlementaires devraient s'emparer de ce sujet.

Jérôme Saddier

Les acteurs de l'ESS n'ont de légitimité à bénéficier d'un traitement fiscal particulier que s'ils démontrent que leur mode d'organisation et de production influe sur leur compétitivité. La loi de 2014 relative à l'économie sociale et solidaire offre des points d'appui pour instaurer des spécificités fiscales, notamment via les définitions de l'agrément ESUS, de l'utilité et de l'innovation sociales. Encore faut-il que le législateur ait la volonté d'aller en ce sens.

Le superviseur et les acteurs de l'économie sociale et solidaire n'auraient-ils pas intérêt à collaborer de façon plus concertée, pour lever les ambiguïtés du paysage actuel ?

Paul Coulomb

L'autorité de contrôle n'est pas une autorité de conseil. Elle ne saurait être juge et partie. Nous incitons néanmoins les acteurs à nous soumettre leurs questions et leurs projets avant d'entrer dans la phase d'autorisation ou de mise en œuvre.

Jérôme Saddier

L'autorité de contrôle n'a pas pour mission de dispenser des conseils sur la gestion des entreprises, en effet.

Progressivement s'installe en France une philosophie des modalités de contrôle d'inspiration anglo-saxonne, tandis que les missions confiées à l'Autorité restent d'obédience bien française. La combinaison des deux n'est pas aisée, et donne lieu à des différences d'interprétation de la loi entre les équipes de l'Autorité et les entreprises, leurs avocats et leurs conseils. Il serait utile de lancer un travail prospectif sur les évolutions en cours, induites notamment par Solvabilité II. Nous pourrions en dresser un bilan dans quelques années, et juger si les pratiques des uns et des autres ont servi les bénéficiaires et permis au secteur de se développer harmonieusement.

La régulation économique ne présente-t-elle pas certains biais défavorables à l'économie sociale et solidaire ? Songeons aux contraintes d'affectation des excédents des établissements médico-sociaux soumis à une tarification publique, ou encore aux contraintes relatives à la liquidité des investissements prévues par la régulation financière.

Géraldine Lacroix

La régulation n'est pas équitable sur certains points, mais l'est sur d'autres. Une évaluation de la régulation est nécessaire, notamment sur les sujets fiscaux. Il est temps de lancer ces travaux, auxquels la recherche académique et les inspections générales peuvent contribuer.

Jérôme Saddier

Nous pouvons en effet relever certains paradoxes. Ainsi, il est plutôt déconseillé aux mutuelles d'investir en actions – cela occasionne une décote de 39 % dans leur bilan. Pourtant, le nouveau siège social que nous venons de bâtir, répondant aux normes de haute qualité environnementale, est décoté de 25 % dans nos actifs au motif qu'il n'est pas liquide...

Ne faudrait-il pas imposer aux entreprises de l'économie sociale et solidaire, dans un cadre de régulation, une communication transparente sur des éléments mesurables (lucrativité limitée du capital, échelle des salaires...) et sur les indicateurs d'impact social qu'elles retiennent ?

Jérôme Saddier

Longtemps, les entreprises de l'économie sociale et solidaire ont considéré que leur modèle statutaire suffisait à justifier leur vertu. Elles ont souvent pris du retard par rapport au reste de l'économie privée en matière de transparence de leurs pratiques ou de leurs tarifs. Dans la confection de la loi de 2014, la question d'un label susceptible de couvrir toutes les entreprises de l'économie sociale et solidaire s'est posée. Or, il s'est avéré impossible de définir un référentiel commun.

Géraldine Lacroix

De plus en plus d'entreprises de l'économie sociale et solidaire communiquent sur leur impact. La difficulté est d'instaurer sinon une mesure unique, au moins un référentiel partagé permettant d'effectuer des comparaisons. Nous travaillons entre financeurs et investisseurs, à travers le fonds NovESS notamment, à la définition d'un référentiel d'impact social et environnemental, appelé MeSIS. Ce référentiel est issu de travaux communs avec le Comptoir de l'innovation et BNP Paribas. Une fois la mesure testée sur les premiers investissements, nous pourrions proposer au marché une première grille d'analyse et d'évaluation dans les prochains mois.

Les modalités de traitement des données entrent-elles en compte dans la mesure de l'impact des entreprises de l'économie sociale et solidaire ?

Jérôme Saddier

L'enjeu de la protection des données est de plus en plus prégnant dans le champ de la régulation. La mise en œuvre dès 2018 du règlement général sur la protection des données bouleversera le modèle, puisque le bénéficiaire deviendra propriétaire de ses data et pourra les récupérer, voire les revendre. Cela interroge nécessairement les entreprises dont l'activité repose sur la gestion, la transformation ou l'agrégation de données. Les mutuelles, par exemple, devront probablement établir des règlements collectifs sur la protection des données.

Paul Coulomb

L'ACPR se devra de contrôler la qualité des données manipulées par les organismes. C'est pour nous une véritable préoccupation.

Quelles passerelles et frontières identifiez-vous entre les entreprises de l'économie sociale et solidaire et celles qui remplissent des missions de service public ?

Jérôme Saddier

Les passerelles existent bel et bien. Je ne suis pas partisan d'une économie sociale et solidaire qui vive en vase clos. Pour autant, l'ESS n'est pas une économie de service public. C'est une économie privée qui choisit un fonctionnement spécifique dont elle pense qu'il est bénéfique pour la société ou pour ses bénéficiaires directs. Seule une minorité d'entreprises de l'ESS remplissent une mission de service public. Elles ne sont pas plus favorisées que les entreprises publiques ou à capitaux privés qui accomplissent les mêmes missions.

