

Le droit à la sauce piquante N°7 – septembre 2016

La Lettre d'Information juridique



Au sommaire :

- Contrôle du fonctionnement des entreprises de l'ESS : guide d'amélioration des bonnes pratiques et cahier des charges de la révision **ESS**
- Appel à candidature pour l'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée
- Détermination des actifs de l'économie sociale et solidaire : décret n° 2016-918 du 4 juillet 2016
- Intérêt honteux pour les associations et les coopératives : C. én., art. L. 315-2
- Ouverture des coopératives aux professions réglementées : Finacoop ou la fin d'une saga **COOP**
- Révision des coopératives d'habitants : [décret n° 2016-1153, 24 août 2016, relatif à la révision des coopératives d'habitants](#)
- CAE : une précision inutile sur le plan normatif mais politique : [L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 26-41 al. 3](#)
- Ouverture des coopératives agricoles aux groupements d'employeurs : [C. trav., art. L.1253-3](#) ; [L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 89](#)
- Confirmation que les associations peuvent être protégées par le code de la consommation: C. consom., art. liminaire ; rép. min. 23 août 2016. **ASSO**

David Hiez
Professeur de droit, Université du Luxembourg

Rémi Laurent
Associé-gérant « écouter le bruit »

Contact : rl@ecouterlebruit.fr

NB : si la diffusion de la lettre dans sa totalité est libre, toute reproduction même partielle est strictement interdite sans accord explicite des auteurs.

Contrôle du fonctionnement des entreprises de l'ESS : guide d'amélioration des bonnes pratiques et cahier des charges de la révision

Le [guide](#) définissant les conditions d'amélioration des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire a été approuvé par le conseil supérieur de l'ESS¹.

Dans cette lettre juridique, il ne nous appartient pas de décrire le guide, qui se veut un outil pratique et utilisable concrètement par les entreprises concernées. Relevons tout au plus que, sur le plan méthodologique, le guide recommande le recours à des tiers pour réaliser l'analyse de la situation de l'entreprise. On ne peut manquer de faire le rapprochement avec le réviseur agréé qui a seule compétence pour réaliser la révision coopérative. Mais ici, il ne s'agit que d'un conseil et non d'une obligation.

C'est précisément à ce propos que le juriste s'interroge. Quelle est la normativité de ce guide ? Quelle peut être l'efficacité de ce « soft law » (pour reprendre l'expression anglaise la plus commune) ? Le guide est défini et encadré à l'article 3 de la loi ESS ([L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, art. 3](#)). Or celui-ci n'envisage aucune espèce de sanction, ni au cas où l'entreprise n'initierait pas la démarche du guide, ni si l'ayant fait elle n'en tirait aucune conséquence. La solution tranche avec le mécanisme de la révision coopérative, puisque celle-ci peut aboutir au retrait de l'agrément pour les coopératives soumises à agrément, ou à la disqualification de la qualité de coopérative. Les situations sont toutefois très différentes, et pas seulement parce que les coopératives ont avec le temps intégré cette culture de la révision. Les coopératives sont soumises à une réglementation précise, voire à des principes et des valeurs qu'une organisation internationale reconnue édicte, et à l'égard desquels on peut vérifier une conformité ou un écart. Il n'est pas certain qu'il existe un tel référentiel pour les autres entreprises de l'ESS, peut-être est-ce au fameux guide de le créer, sur la base des éléments fournis à l'article 3 de la loi ESS.

Mais quelles sont les entreprises de l'ESS concernées par ce guide ? La loi n'en dit pas grand-chose ; elle vise les entreprises de l'ESS sans restriction, si bien qu'il faut se référer à l'article 1 qui définit ces entreprises, et admettre que ça vaut pour les associations, coopératives, fondations, mutuelles, et sociétés commerciales qui s'enregistrent comme entreprises de l'ESS. Relevons seulement une dérogation, pour les coopératives « *qui satisfont aux obligations de la révision coopérative* » ([L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 25-1](#)). Mais ne nous exagérons pas l'exception : les coopératives qui ne sont pas soumises à la révision coopérative, notamment celles qui sont en dessous des seuils fixés, ne bénéficient pas de l'exonération. Le périmètre d'application du guide est donc extrêmement large, et on comprend pourquoi l'article 3 de la loi ESS préconise qu'il tienne compte de la forme juridique de l'entreprise. Il n'est pourtant pas certain que le législateur lui-même ait toujours pris cette peine. Il suffit de songer à l'assemblée générale devant laquelle la démarche initiée par le guide doit être débattue : il est flagrant que les fondations n'étaient pas en ligne de mire, celles-ci n'ont pas d'assemblée. Mais le problème soulevé n'est pas seulement un problème d'organe. On peut se demander si les fondations ont vocation à se référer au guide des bonnes pratiques, notamment autour de ce qui est classé comme gouvernance démocratique. En tous cas, ce n'est pas une valeur historiquement constitutive du mouvement. L'idée est pourtant intéressante, puisqu'elle donne de la chair à son inclusion parmi les entreprises de l'ESS. Le guide, auquel le législateur commandait pourtant de tenir compte de la forme juridique de l'entreprise, n'y fait aucune référence. Tout au plus fait-il allusion au secteur, ce qui est bien différent. Les exemples de bonnes pratiques sont pris dans des coopératives, des mutuelles, des associations, à l'exclusion des fondations, mais au lieu de distinguer selon les statuts l'accent est mis sur l'identité des valeurs.

Le législateur a choisi délibérément de ne prévoir aucune sanction mais de faire confiance aux membres des entreprises concernées pour appuyer le déploiement de la démarche d'amélioration continue des bonnes pratiques. Pour cela, il impose une communication aux salariés et une délibération en assemblée générale, et il renvoie au guide élaboré par le conseil supérieur de

¹ <http://www.esspace.fr/files/guide/2016-06-14>

l'ESS de déterminer les modalités de cette information/consultation. Concernant la discussion en assemblée générale, l'article 3 II de la loi ESS dispose : « *À l'occasion de la tenue de leur assemblée générale annuelle, les entreprises de l'économie sociale et solidaire présentent des informations sur l'application des pratiques définies par le guide et, le cas échéant, organisent un débat sur les réalisations et les objectifs de progrès concernant les pratiques* » en question. La loi apporte une précision temporelle : cette obligation s'impose aux entreprises de plus de 250 salariés un an après la publication du guide, deux ans après pour les entreprises de moins de 250 salariés. Il est bien difficile de déterminer la date de publication dans la mesure où aucune modalité de publication n'est prévue ; en tout état de cause, cela ne saurait être antérieur au 14 juin 2016, date de l'approbation du guide par le conseil supérieur. C'est toutefois ici que les limites du soft law se font sentir : en l'absence d'entrée en vigueur formelle (la publication d'un communiqué de presse en tient difficilement lieu), il est difficile de déterminer avec précision l'obligation d'une association dont l'AG se tiendra le 13, le 14 ou le 15 juin 2017 ; il est vrai que la question est presque anecdotique. Une information sur le guide est impérative à l'AG. Quant à la discussion sur les réalisations et les objectifs de progrès, elle n'intervient que « le cas échéant ». On n'imagine pas que cette discussion dépende de la seule bonne volonté des dirigeants, puisqu'il faut bien la mettre à l'ordre du jour de l'AG. « Le cas échéant » doit donc renvoyer à l'éventualité d'un besoin de progrès ; or, la perfection n'étant pas de ce monde, aucune entreprise ne sera déchargée d'une politique de progrès. Mais comment imposer cette politique si les dirigeants y sont insensibles ? Il est peu probable que l'AG aille jusqu'à révoquer des dirigeants de ce chef. Quant à imposer une mise à l'ordre du jour, cette possibilité est totalement dépendante des statuts.

Il faut d'abord attendre le décret qui fixera les modalités de calcul du nombre de salariés. Quant à leur information, le préambule au guide prévoit qu'elle passe par un affichage, une communication électronique ou toute autre voie appropriée, et recommande la saisine des IRP lorsqu'il y en a. Il est encore recommandé d'organiser une réunion de restitution de la mise en œuvre du guide à l'ensemble des salariés, ce qui s'avèrera compliqué s'ils sont nombreux.

Il est assez sage de s'en remettre aux membres des entreprises pour initier le progrès, mais il n'est pas certain qu'on leur en ait donné les moyens. Il s'agit donc bien d'un progrès collectif, dont le conseil supérieur devra rendre compte dans ses rapports. Mais difficile d'espérer un progrès dans les entreprises qui y sont réfractaires.

Le travail se réalise en parallèle du côté des coopératives, pour l'élaboration du cahier des charges destiné à orienter le travail du réviseur pour la révision coopérative. Le travail est en cours pour les diverses familles, six d'entre eux ont été adoptés par le conseil supérieur de la coopération le 16 mars dernier, gageons que les autres le seront bientôt. Nous ne les commentons pas, il faudrait s'attacher à chaque famille et ceci dépasse le cadre de cette lettre.

Relevons seulement que chaque cahier des charges comporte une partie générale et une partie propre aux spécificités de la famille concernée ; c'est la manifestation de la recherche d'une homogénéité bienvenue.

Il faut encore y relever un ajout à la loi : l'établissement par le réviseur d'une attestation de fin de mission, destinée à permettre à la coopérative de justifier que la révision a bien été opérée. L'attestation doit indiquer la période couverte par la révision, ainsi que les dates d'exécution de la mission. Il est précisé que l'attestation est délivrée sans préjudice de l'avis motivé et des réserves. Autrement dit, l'attestation est totalement neutre et ne fait que justifier de la procédure. On aurait pu imaginer qu'elle comporte une mention du genre : « fonctionnement conforme » ou « fonctionnement avec réserves » (la formule devrait être améliorée). En effet, il pourrait être utile à la coopérative de justifier en un document unique que la révision a été accomplie et que son résultat est satisfaisant.

Appel à candidature pour l'expérimentation territoriale visant à résorber le chômage de longue durée

Encore une drôle d'association : l'association gestionnaire du fonds national d'expérimentation territoriale contre le chômage de longue durée, [décret n° 2016-1027, 27 juil. 2016, art. 5](#). Les pouvoirs publics recourent fréquemment à l'association pour structurer des coordinations qu'ils mettent en place. Les personnes publiques n'ont pas toute liberté en ce sens puisqu'elles doivent respecter l'objet spécifique des groupements instaurés par la loi et ne peuvent utiliser l'association lorsqu'une autre personne morale est spécialement conçue pour la coopération envisagée. Mais cette limite ne vaut pas pour le législateur. C'est ainsi que l'association gestionnaire du fonds d'expérimentation territoriale contre le chômage de longue durée a été instaurée par la [loi n° 2016-231, 29 fév. 2016, art. 3](#). Le décret susvisé en détaille l'organisation, et l'ensemble révèle un fonctionnement au rebours des pratiques associatives habituelles. Relevons simplement quelques traits : aucun sociétariat mais seulement une détermination légale de la composition de l'organe à la fois souverain et d'administration, contrôle des pouvoirs publics par la présence d'un commissaire du gouvernement. Compte tenu du caractère central, quoique non exclusif, de la gestion du fonds, on peut se demander si le fonds de dotation n'aurait pas été une structure plus adaptée.

Détermination des actifs de l'économie sociale et solidaire : [décret n° 2016-918 du 4 juillet 2016](#)

Nous ne nous étendons pas sur le détail des avantages fiscaux et sociaux introduits ou précisés par le décret précité. En revanche, une remarque est utile concernant la détermination du domaine des biens qui ouvrent droit à ces avantages liés à la qualité d'économie sociale et solidaire. Or si les actifs sont d'abord constitués des titres émis par les entreprises agréées entreprises solidaires d'utilité sociale, ils sont étendus aux parts ou actions des organismes de placement collectif comprenant au minimum 5 % de titres émis par ces entreprises ([CGI annexe II, art. 306-0 F bis, II bis](#)). Disons que le soutien ainsi apporté à l'économie solidaire n'est pas d'un poids insupportable.

Intérêt honteux pour les associations et les coopératives : [C. én., art. L. 315-2](#)

L'[ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016](#) relative à l'autoconsommation d'électricité reconnaît l'autoconsommation collective afin de permettre à un groupe de personnes de partager leur production en autoconsommation. Pour cela, il convient qu'ils se regroupent au sein d'une « personne morale » ([C. én., art. L. 315-2](#)). Il est simplement amusant de constater que le rapport au président de la République (qui résume le contenu de l'ordonnance et tient lieu de travaux préparatoires) mentionne, comme structures susceptibles de regrouper les autoconsommateurs, les associations et les coopératives. Cette orientation n'a aucune valeur normative et rien n'interdit aux autoconsommateurs de choisir la forme de société.

Ouverture des coopératives aux professions réglementées : Finacoop ou la fin d'une saga

Il n'est pas courant que nous rapportions dans ce bulletin la création d'une entreprise de l'ESS. Mais la création de cette Scic est un peu particulière, puisqu'elle clôt une saga d'un an de confrontation avec l'ordre des experts-comptables qui rechignait à enregistrer la Scic au tableau de l'ordre. La question se posait d'abord de savoir si les professions réglementées pouvaient être exercées sous forme coopérative. La réponse est positive, puisque la loi de 1966 sur les sociétés civiles professionnelles (SCP) consacre explicitement cette possibilité ([L. n° 66-879, 29 nov. 1966, art. 37](#)). Ces SCP coopératives sont soumises à la loi coopérative générale et, plus, la loi de 1966 consacre la primauté de la loi coopérative de 1947, à l'exception d'une disposition spéciale au cas de dévolution de l'actif après dissolution.

La situation a considérablement évolué avec la [loi 2015-990 du 6 août 2015](#) qui a libéralisé les bastions les plus solides de la réglementation : les professions juridiques. Désormais, celles-ci peuvent s'exercer sous n'importe quelle entité dotée de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant ([L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 63](#)). Désormais, dans la mesure où la coopérative ne confère pas la qualité de commerçant, les professions réglementées pourront être exercées sous forme coopérative, sans avoir à passer par le crible de la SCP.

Cette possibilité n'empêche pas les résistances, comme l'illustre [Finacoop](#). L'inscription au tableau de l'ordre avait été refusée à la coopérative Finacoop le 24 septembre 2015 par le conseil régional de l'ordre des experts-comptables d'Ile-de-France, et il avait fallu attendre que le comité national du tableau, sur appel, n'infirmât la décision le 31 mars 2016. Les objections à l'inscription concernaient deux éléments : l'objet et le contrôle de la structure. S'agissant de l'objet, l'ordre régional avait douté de la compatibilité de l'utilité sociale de la Scic avec les missions de l'expert-comptable. Quant au contrôle, la question relevait de la confrontation du principe démocratique des coopératives et de l'exigence que la structure soit contrôlée par les experts-comptables (pour assurer leur indépendance juridique) ; or le multisociétariat de la Scic requerrait précisément la diversité de la composition du sociétariat. Finacoop avait donc recouru aux collègues ([L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 19 octies](#)) : 50 % des voix étaient réservées au collège des salariés inscrits au tableau de l'ordre des experts-comptables, et il avait fallu créer un collège de « partenaires inscrits au tableau de l'ordre des experts-comptables » détenteur de 20 % des droits de vote, si bien que les deux collèges disposent bien de plus des deux tiers des voix (exigence légale pour les experts-comptables). On peut se demander si l'organisation en collège n'a pas été un peu tordue pour parvenir à ce résultat satisfaisant, dès lors par exemple qu'il existe deux collèges de partenaires, qui ne se distinguent que parce que les uns sont experts-comptables et les autres non ; la réticence de l'ordre des experts-comptables aurait peut-être fait écho à celle du préfet si les Scic requerraient encore un agrément. Et pourtant, c'est à ce prix que des innovations se réalisent, concrétisant la possibilité pour les coopératives d'exercer toutes les activités humaines.

Révision des coopératives d'habitants : [décret n° 2016-1153, 24 août 2016, relatif à la révision des coopératives d'habitants](#)

Le décret adapte quelques-unes des modalités de la révision coopérative pour les coopératives d'habitants. Tout d'abord, la révision n'est pas quinquennale comme en droit commun, mais doit intervenir au moins tous les trois ans ([Code de la construction et de l'habitation, art. R. 201-4](#)). Ensuite, il est fait usage de la possibilité de restreindre l'habilitation du réviseur à un type de coopérative, en exigeant que l'expérience coopérative requise par [l'article 1^{er} 3° du décret 2015-706 du 22 juin 2015](#) ait été acquise dans les matières de gestion et de finance appliquées au domaine de l'immobilier et de la technique du bâtiment ([CCH, art. R. 201-5](#)). Ce faisant, un réviseur générique ne pourra effectuer de révision pour une coopérative d'habitants. S'agissant du contenu de la révision, elle n'est en apparence pas différente de celle des autres coopératives ; pourtant, l'article R. 201-7 ajoute deux rubriques au contenu du rapport de révision, qui orientent en conséquence nécessairement la révision elle-même : il s'agit d'une part de la situation technique et financière et de la gestion de la coopérative, d'autre part des perspectives économiques et financières de la coopérative. Quant à la discussion du rapport, elle s'insère dans le cadre fixé par la loi pour toutes les coopératives, mais le focus est clairement davantage mis sur l'organe de direction que sur l'assemblée générale ; c'est ainsi que le conseil d'administration devra délibérer sur le rapport, en présence du réviseur. De plus, la mission du réviseur s'achève avec cette délibération, à moins que les suites de la révision ne soient enclenchées.

CAE : une précision inutile sur le plan normatif mais politique : [L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, art. 26-41 al. 3](#)

Parmi ses mesures, la loi travail adoptée au forceps en août n'a pas totalement omis les coopératives, en s'intéressant aux coopératives d'activité et d'emploi (CAE). L'innovation introduite n'en est pas une, il est simplement précisé : « *Les coopératives d'activité et d'emploi sont des sociétés coopératives de production, des sociétés coopératives d'intérêt collectif ou des*

coopératives de toute autre forme dont les associés sont notamment entrepreneurs salariés. » Sans être averti, un lecteur attentif comprendra que les CAE peuvent consister en toute forme de coopérative, ce dont il conclura que préciser en entame qu'elles peuvent être des Scop ou des Scic est totalement inutile au plan normatif. Il en irait différemment si les CAE rechignaient, par nature, à être des Scop et des Scic et que la loi avait pour but de rendre ce choix malgré tout possible. À moins de considérer que les CAE peineront moins à être des coopératives agricoles ou des coopératives de biologistes que des Scop ou des Scic, la précision est inutile. Bref, la seule fonction de la norme est d'ordre symbolique, comme pour insuffler l'idée au lecteur de la loi qu'il ferait bien de choisir la Scop ou la Scic. Le 4^e alinéa n'ajoute rien, il ne fait que tirer les conséquences du précédent sur le droit applicable et n'est en fait qu'un rappel de la solution générale.

Ouverture des coopératives agricoles aux groupements d'employeurs : [C. trav., art. L.1253-3](#); [L. n° 2016-1088 du 8 août 2016, art. 89](#)

Si les groupements d'employeurs peuvent revêtir la forme de coopérative, les coopératives ayant une activité spécifique pouvaient également choisir d'être groupement d'employeurs au bénéfice de leurs seuls membres. Toutefois, les coopératives agricoles étaient exclues du mécanisme, sauf les coopératives d'utilisation de matériel agricole qui bénéficiaient d'une autorisation expresse ([C. trav. art. L1253-3](#), [C. rur., art. D521-4](#)). C'est cette impossibilité pour les coopératives agricoles qui a disparu avec la loi travail. Bien sûr, dans la mesure où le texte prévoit que sont groupements d'employeurs les coopératives qui ont pour activité la mise à disposition de salarié, il convient que ceci figure dans leur objet social, c'est-à-dire dans les statuts. Une précision réglementaire des conditions d'application du texte est prévue, elle s'accompagnera certainement d'un aménagement des statuts types des coopératives agricoles. En tous cas, il s'agit d'une facilité accrue pour les coopératives agricoles, ce dont on peut se féliciter.

Confirmation que les associations peuvent être protégées par le code de la consommation: [C. consom., art. liminaire](#) ; [rép. min. 23 août 2016](#).

Les associations sont le plus souvent de petite taille et, comme les consommateurs, obligées d'intervenir sur le marché pour se procurer biens et services nécessaires à la réalisation de leur objet non lucratif. À ce titre, elles peuvent avoir besoin de la protection accordée au consommateur, compte tenu de la similitude de leurs situations dans le rapport économique. Toutefois, les associations sont des personnes morales et la Cour de justice de l'Union européenne a explicitement décidé que les personnes morales ne pouvaient être qualifiées de consommateur tel qu'il est défini par le droit européen.

Mais il n'est pas interdit d'étendre le champ d'application de la protection du code de la consommation à d'autres personnes, ce que fait le droit français à travers la notion de non-professionnel. Celui-ci est désormais défini comme « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » ([C. consom., art. liminaire](#)). Il n'est donc pas concevable, ni utile de créer une nouvelle catégorie de personne morale non professionnelle, comme le suggérait [la question posée par l'honorable Guillaume Garot](#) ; illustration que les questions parlementaires sont une voie de pédagogie juridique.