

## CHRONIQUES

### Sociétés et autres groupements

#### Sociétés civiles, associations et autres groupements

David Hiez

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

*Au moment de ma première participation à cette chronique, je tiens à m'inscrire dans la droite ligne de ceux qui m'ont précédé. Michel Jeantin, qui demeure pour moi un modèle du genre, par l'ampleur qu'il a donnée à sa chronique, véritable état du droit positif de ce qu'on nomme aujourd'hui l'économie sociale et solidaire, sur une période d'environ vingt ans. Sans espérer faire aussi bien que lui, je lui adresse toute ma gratitude par-delà les années.*

#### Institutionnalisation

147

##### 1. Encadrement institutionnel de l'ESS : continuité dans la rupture

(Arrêté du 30 déc. 2017 modifiant l'arrêté du 9 juill. 2008 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'Énergie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire ; Décr. n° 2017-1853 du 30 déc. 2017 ; Décr. n° 2017-1317 du 4 sept. 2017)

La période postérieure à l'élection du président Macron apparaît assez dynamique dans le mouvement d'institutionnalisation de l'économie sociale et solidaire, puisqu'on compte deux vagues normatives en septembre et en décembre, avec pas moins de quatre textes, et nous ne revenons pas sur le décret qui définit les attributions du ministre de la Transition écologique et solidaire<sup>1</sup>. Rappelons seu-

lement qu'« il est chargé de la promotion et du développement de l'économie sociale et solidaire » et que, « VIII. - Au titre de l'économie sociale et solidaire, il prépare et met en œuvre la politique de développement de l'économie sociale et solidaire en liaison avec le ministre des Solidarités et de la Santé et le ministre de l'Économie, ainsi qu'avec le ministre de l'Éducation nationale pour ce qui est

(1) Décr. n° 2017-1071 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

de la politique à l'égard des associations, avec le ministre de la Cohésion des territoires pour ce qui est de la politique de la ville, et avec le ministre du Travail pour ce qui est de la politique de l'insertion par l'activité économique et de l'insertion dans l'emploi »<sup>2</sup>. À partir de septembre, les deux moments réglementaires ont consisté, d'une part, dans l'instauration du haut-commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale, d'autre part, dans la détermination des ajustements techniques requis par cette innovation.

Le 4 septembre 2017 d'abord, le haut-commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale était créé<sup>3</sup> et Christophe Itier était nommé à la fonction dans la foulée. Les missions du nouveau haut-commissaire sont ainsi déclinées en quatre fonctions :

- 1° Il anime et coordonne l'action des différents ministères en matière d'économie sociale et solidaire et d'innovation sociale ;
- 2° Il coordonne l'ensemble des actions des ministères dans leurs relations avec les collectivités publiques et les représentants des entreprises de l'économie sociale et solidaire relatives à la promotion et au développement de l'économie sociale et solidaire et de l'innovation sociale ;
- 3° Il représente la France dans les instances européennes et internationales compétentes en ce domaine ;
- 4° Il promeut les modes d'entreprendre et de développement économique remplissant les conditions définies à l'article 1<sup>er</sup> de la loi économie sociale et solidaire.

Dans un second temps, il a fallu tirer les conséquences techniques de ce geste politique, car le haut-commissaire

cohabitait avec le délégué à l'économie sociale et solidaire et des ajustements étaient nécessaires. D'abord, la délégation à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale intègre le ministère de la Transition écologique et solidaire, aux côtés de ses diverses directions générales, en remplacement de la direction des pêches maritimes et de l'aquaculture<sup>4</sup>. Ensuite, le commissaire remplace le délégué ministériel, dans la mesure où le décret qui l'instituait est abrogé<sup>5</sup>. En outre, il est prévu que le commissaire dirige la nouvelle délégation au sein du ministère de l'Environnement<sup>6</sup>. Finalement, les missions de la délégation sont précisées<sup>7</sup>, et celles-ci sont substantielles :

- 1° Soutenir et promouvoir au niveau national, européen et international, le développement de l'économie sociale et solidaire. À ce titre, elle étudie et propose, dans son champ de compétence, des mesures de soutien aux entreprises de l'économie sociale et solidaire au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et est associée à l'élaboration et au suivi des dispositifs de soutien public au financement de ces entreprises ;
- 2° Participer, en lien avec les collectivités publiques et les représentants des entreprises de l'économie sociale et solidaire, au développement de l'innovation sociale et des expérimentations portées par ces entreprises. À ce titre, elle est chargée d'identifier les initiatives prises à cet égard et de procéder à leur évaluation ;
- 3° Participer, en lien avec les autres ministères concernés à la mise en œuvre des orientations du haut-commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale ;
- 4° Animer le réseau de correspondants régionaux à l'économie sociale et solidaire ;

(2) Décr. n° 2017-1071 du 24 mai 2017, art. 1<sup>er</sup>.

(3) Décr. n° 2017-1317 du 4 sept. 2017, relatif au haut-commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale.

(4) Décr. n° 2008-680, art. 1<sup>er</sup>, al. 9, mod. arrêté 30 déc. 2017, art. 2.

(5) Décr. n° 2017-1853 du 30 déc. 2017, art. 2.

(6) Décr. n° 2017-1317 du 4 sept. 2017, art. 1-1, mod. décr. n° 2017-1853 du 30 déc. 2017, art. 1<sup>er</sup>.

(7) Décr. n° 2008-680, art. 9.3, mod. arrêté 30 déc. 2017, art. 4.

5° Assister le secrétaire général du Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire dans l'exercice de ses missions.

La mise en place à double détente peut être critiquée, un peu comme s'il avait fallu rapidement imposer une nouvelle orientation, avant que les détails d'intendance ne soient réglés au mieux, dans un respect relatif des règles de technique légistique (modification du décret de création trois mois après son adoption, multiplication des textes). Le résultat est cependant assez cohérent, et appelle seulement les observations suivantes.

L'appellation de haut-commissaire paraît neuve, teintée de référence symbolique à la planification ou à un pouvoir régional renforcé, mais, dans le détail du contenu, le changement est plus mesuré. L'économie sociale et solidaire sort du marais institutionnel dans lequel elle semblait s'embourber depuis le départ de Benoît Hamon. On relèvera ainsi que le haut-commissaire est nommé auprès

du ministre en charge de l'économie sociale et solidaire et non, comme le délégué précédemment, d'un fonctionnaire du ministère des Finances. C'est une confirmation de l'importance qui lui est accordée, après la consécration d'un ministère d'État, fût-il partagé avec les questions environnementales. Autre manifestation de la continuité : l'innovation sociale est visée aux côtés de l'économie sociale et solidaire, comme c'est le cas depuis déjà dix ans. S'il existe une rupture dans l'approche de l'économie sociale et solidaire, c'est son appréhension sous l'angle de la transition. Les deux mouvements d'acteurs de l'économie sociale et solidaire et de la transition (*transition town*) ne se recoupent pas en France, et au plan international le second étant généralement plus à la pointe des mobilisations. Mais on sait que les consécérations institutionnelles ne sont rien sans les hommes qui les mettent en œuvre ; Benoît Hamon a incontestablement marqué de son empreinte, Christophe Itier semble vouloir faire de même. En résumé, une fin d'année 2017 plutôt encourageante.

149

## 2. Agrément des fédérations chargées de la révision des coopératives agricoles, une micro-précision

(Décr. n° 2017-1411 du 27 sept. 2017 modifiant le code forestier et le code rural et de la pêche maritime)

En dépit de toute la sympathie que peut inspirer l'économie sociale et solidaire, on ne peut que constater avec chagrin que ses organisations ont une pratique normative identique à d'autres : toute fenêtre législative ou réglementaire est bonne à prendre, et on y passe commande, parfois seulement pour racheter un paquet de lessive qu'on a oublié lors des dernières courses. Bref, il y a des interventions normatives moins incontestables que d'autres.

Par le décret susvisé du 27 septembre 2017, la coopération agricole a fait ajou-

ter un article R. 527-5-1 au code rural afin de préciser les conditions d'octroi de l'agrément des fédérations coopératives agricoles chargées de la révision.

On sait que cette demande d'agrément doit passer par l'association nationale de révision (C. rur., art. R. 527-5). Le nouvel article R. 527-5-1 vient seulement ajouter que le silence du ministre durant quatre mois vaut agrément. Il en résulte deux précisions : d'une part, le silence du ministre vaut acceptation, d'autre part, le ministre dispose d'un délai de quatre mois. S'agissant de

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

l'effet accordé au silence, c'est une solution classique du droit administratif destinée à protéger les administrés. Constitutive du droit commun (CRPA, art. L. 231-1), cette seule précision serait donc inutile. C'est donc le second élément de la disposition qui

compte. En effet, en droit commun le délai est de deux mois (*ibid.*), il est du double pour l'agrément de ces fédérations. Gageons que ceci soit lié au délai requis pour opérer le processus de consultation de l'association nationale de révision.

## Sociétariat

### 3. Associations agréées : est-ce l'association ou l'État qui agrée les membres ?

(CAA Paris, 8<sup>e</sup> ch., 9 nov. 2017, n° 15PA02951)

150

Les relations entre l'État et les entreprises de l'économie sociale et solidaire ont une force très variable, qui va de l'ignorance jusqu'au contrôle, pathologique ou non. Une forme classique de cette imbrication consiste dans l'agrément de ces entreprises. Sans évoquer l'agrément attaché à l'une ou l'autre des activités de l'entreprise qui ne vise pas l'entreprise elle-même, on mentionnera à titre d'exemple la reconnaissance d'utilité publique (loi du 1<sup>er</sup> juill. 1901, art. 10), ou l'agrément des coopératives maritimes (C. rur., art. L. 931-11). Les conséquences de cet agrément sont variables, de l'existence de la personne morale fondement de l'entreprise à l'octroi de certains avantages. Mais ce contrôle public s'exerce aussi parfois de façon indirecte ou déléguée, l'administration renvoyant à des organisations propres au secteur de l'économie sociale et solidaire l'examen des demandes d'agrément ; le meilleur exemple en est certainement l'agrément des coopératives agricoles (C. rur., art. L. 525-1), que l'État a totalement renvoyé au Haut Conseil de la coopération agricole<sup>8</sup>, n'exerçant son propre contrôle que sur ce dernier<sup>9</sup>.

La situation est différente pour les associations familiales dans la mesure où le secteur associatif ne peut pas s'appuyer sur une structuration aussi large. Toutefois, la loi a instauré un mécanisme de délégation puisqu'elle prévoit l'agrément des statuts et du règlement intérieur de l'Union nationale par le ministre chargé de la Famille, celui des unions départementales par l'Union nationale et celui des unions locales par les unions départementales (CASF, art. L. 211-7, al. 3), ces agréments conférant à ces associations loi de 1901 la capacité juridique des associations reconnues d'utilité publique (CASF, art. L. 211-7, al. 4).

Par un arrêté du 26 juillet 2013<sup>10</sup>, le ministre chargé de la Famille a agréé les statuts et le règlement intérieur adoptés par l'Union nationale des associations familiales (UNAF). Or cet agrément a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, rejeté par les premiers juges mais reçu par la cour administrative d'appel de Paris. On laissera de côté la question procédurale de l'absence d'intérêt à agir de la contestataire, du fait qu'elle n'avait décidé de ne pas solliciter son adhésion

(8) S. Crevel, Le Haut Conseil de la coopération agricole : organe de régulation, Dr. et patr. mars 2016. 256.

(9) D. Hiez, Sociétés coopératives, Dalloz, 2018, à paraître, n° 176.

(10) JO du 5 sept. 2013, texte 4 sur 89, p. 11.

à une union nationale et qu'elle ne pouvait se prévaloir d'un quelconque préjudice du fait des conditions d'agrément par l'Union nationale. Cet argument est balayé, la contestataire remplissant les conditions pour solliciter son adhésion et demeurant dès lors susceptible de le faire.

Mais la question soulevée au fond était plus sérieuse. Elle portait sur la personne qui doit édicter les conditions de l'agrément des statuts et du règlement des unions départementales. L'article L. 211-1 du code de l'action sociale et des familles ne dit rien sur l'agrément mais fixe les structures qui peuvent se revendiquer de la qualité d'association familiale, en disposant qu'« ont le caractère d'associations familiales au sens des dispositions du présent chapitre les associations déclarées librement créées dans le cadre de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 qui ont pour but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles... ». L'article L. 211-7 renvoie quant à lui l'agrément à l'Union nationale, sans préciser sur quels critères celle-ci doit se fonder. Les statuts et le règlement soumis au ministre chargé de la Famille ne le précisaien pas davantage, renvoyant à des décisions à venir des organes de l'Union nationale. Or ces décisions ne sont soumises à aucun contrôle public, si bien que la détermination des critères était à la discrétion de l'Union nationale.

C'est ici que la cour administrative estime que le ministre n'a pas fondé son arrêté d'agrément. Elle considère que « s'il appartient, le cas échéant, à l'UNAF de fixer les critères aux fins de déterminer les associations familiales qui répondent à la définition des associations familiales telles qu'elles résultent de l'article L. 211-7 du code de l'action sociale et des familles, notamment au regard de leur but, afin de permettre

leur adhésion, ainsi que la procédure et les organes compétents pour se prononcer sur cette adhésion, il appartient également au ministre, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 211-7 du code de l'action sociale et des familles, de contrôler les critères ainsi définis par l'UNAF qui conditionnent l'adhésion des associations, afin en particulier de s'assurer que les critères retenus ne méconnaissent pas la loi, notamment en restreignant les possibilités d'adhésion telles que définis par le législateur ou ayant pour effet de créer des discriminations entre les associations »<sup>11</sup>. Autrement dit, la délégation légale du pouvoir d'agrérer ne serait que fonctionnelle, et le ministre conserverait le pouvoir, voire le devoir, de vérifier les critères retenus par l'UNAF délégataire.

La cour administrative rejette encore les arguments invoqués par le ministre pour justifier son absence de contrôle préalable. Pourtant, celui-ci faisait valoir qu'il disposait du pouvoir d'annuler tout refus d'adhésion qu'il estimerait contraire aux dispositions concernant le caractère familial d'une association [CASF, art. L. 211-12, al. 2]. Et, naturellement, un contrôle juridictionnel est toujours possible. Mais, pour la cour, ceci ne dispense pas le ministre d'exercer son contrôle préalable.

Il n'est certainement pas possible d'évacuer les controverses sur la notion de famille et les querelles dures qui s'y attachent, et il n'est pas exclu que la cour administrative ait voulu prévenir le risque d'une détermination idéologique des conditions d'adhésion par l'UNAF. Mais on ne peut s'arrêter là, et il convient d'appréhender les conséquences de cette analyse. Or elle soulève à notre avis au moins une difficulté, c'est le fondement légal de la précision des critères d'agrément. Faute de renvoi légal à une détermination réglementaire ou statutaire, on peut douter que

151

(11) CAA Paris, 8<sup>e</sup> ch., 9 nov. 2017, n° 15PA02951.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

celle-ci soit valide. Certes, si on compare au droit commun des associations, il apparaît que les statuts disposent en principe de cette liberté, qui n'est autre qu'une application de la liberté contractuelle elle-même. Mais les associations familiales sont dans une situation particulière puisque la loi définit celles qui peuvent revendiquer cette qualité (CASF, art. L. 211-1), en prenant même soin de valider la diversité des approches de la famille dont elles sont porteuses. Il est donc permis de se demander quels sont les critères supplémentaires que le ministre ou le rédacteur des statuts serait autorisé à ajouter à ceux déjà posés par la loi. Si le ministre ou l'UNAF doivent statuer sur l'agrément, c'est pour apprécier que les conditions légales sont remplies, et non pour en poser d'autres. Autrement dit, selon nous, le

problème n'est pas tant que le ministre n'ait pas vérifié quels seraient les critères, c'est que les statuts contenaient une clause qui prévoyait que les critères de l'agrément seraient définis ultérieurement ; ces critères sont dans la loi et ne peuvent être complétés, pas plus par le ministre que par l'UNAF. On peut à ce titre s'appuyer sur une décision du Conseil d'État à propos des statuts types des coopératives agricoles, agréés par le ministre en charge de l'agriculture ; ceux-ci prévoyaient que la propriété des récoltes était transférée à la coopérative agricole et ne demeuraient pas celle de l'adhérent ; le Conseil d'Etat<sup>12</sup> a considéré que le ministre ne trouvait aucun fondement dans la loi pour adopter cette solution, si bien que les statuts types ont dû être modifiés et que cette clause est devenue optionnelle<sup>13</sup>.

## Gouvernance

152

### 4. Contrôle démocratique de la mutuelle et transfert de la couverture mutualiste

(CE, 9<sup>e</sup> 10<sup>e</sup> SSR, 20 nov. 2017, n° 408957, *Carel Mutuelle, Lebon*)

Le Conseil d'État a eu à connaître d'un problème particulier en matière mutualiste, qui soulève la question du sort du contrôle démocratique des assurés en cas de transfert du portefeuille à un autre organisme. Concrètement, il s'agissait de la mutuelle Carel, mutuelle des élus locaux qui offre tout à la fois une assurance santé et une assurance prévoyance (principalement retraite). Le litige concernait le volet assurance prévoyance, transféré successivement à divers organismes mutualistes, et en dernier lieu à Mutex SA, donc à une structure non mutualiste. Pourtant, les

bénéficiaires de cette assurance demeuraient adhérents de la mutuelle et, aux termes d'un arrangement contractuel, les décisions concernant cette garantie étaient adoptées par les organes de la mutuelle sur la base d'une proposition faite par un comité technique de gestion composé paritairement de représentants de la mutuelle et de la société d'assurance. L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution a effectué un contrôle auprès de la mutuelle et lui a enjoint de ne plus admettre comme adhérents les bénéficiaires de cette assurance, considérant qu'ils ne remplissaient pas les

(12) CE 11 juin 2014, n° 365623 ; Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser, AJDA 2014. 1874.

(13) D. Hiez, *Sociétés coopératives*, op. cit., n° 336.

conditions requises par le code de la mutualité. La mutuelle Carel s'est frontalement opposée à cette décision, qui faisait perdre aux élus locaux assurés tout contrôle sur la détermination des services d'assurance qui leur étaient rendus. C'est donc cette question qui est ici tranchée par le Conseil d'État, et la haute juridiction ne fait pas droit à la remise en cause.

La demande d'annulation de la décision de l'ACPR articulait plusieurs arguments. En dépit de l'intérêt de chacun, nous laisserons de côté la question de la légalité externe de la décision, qui n'est pas spécifique au droit de l'économie sociale et solidaire. Sur le terrain plus strictement mutualiste, la question se posait à la fois du sort particulier des modalités de la couverture des élus locaux et plus généralement de la définition des conditions requises pour être considéré adhérent d'une mutuelle.

Sur le premier plan, la mutuelle arguait du régime spécifique de l'assurance des élus locaux, régi tout à la fois par le code de la mutualité et par le code général des collectivités territoriales. En effet, les articles L. 2123-27, L. 3123-22 et L. 4135-22 dudit code prévoient que les élus municipaux qui perçoivent une indemnité de fonction, les membres du conseil départemental et les membres du conseil régional « peuvent constituer une retraite par rente à la gestion de laquelle doivent participer les élus affiliés ». Le Conseil d'État considère toutefois que ces dispositions sont sans incidence sur le litige, dans la mesure où elles n'exigent pas que les élus s'assurent auprès d'une mutuelle, si bien qu'il n'y avait aucun obstacle à ce qu'ils perdent leur qualité d'adhérent de la mutuelle. À première vue, l'argument est logique, la loi ne vise en effet pas le statut juridique de l'organisme assureur, qui pourrait donc bien être une société anonyme. L'argument peine pourtant à convaincre, dans

la mesure où il fait fi de l'exigence légale que les élus participent à la gestion de la retraite qu'ils auront constituée. En présence d'une société anonyme dont les élus apparaissent comme des clients, on voit mal comment ils pourraient participer à cette gestion. Le transfert du portefeuille de la mutuelle aux divers organismes successifs qui l'ont pris en charge s'était d'ailleurs toujours accompagné d'une convention garantissant cette participation à travers la mutuelle dont les élus demeuraient adhérents. On peut encore constater que le concurrent de la mutuelle en cause revêt une forme associative, si bien que nous craignons de devoir marquer notre désaccord avec l'affirmation du Conseil d'État : les élus ne peuvent pas, eu égard aux exigences légales, choisir comme assureur retraite une structure juridique de société commerciale qui ne garantit pas leur participation à la gestion. La solution qu'il retient est donc contestable, mais sa portée est limitée puisque strictement cantonnée à la situation particulière des élus locaux.

153

Mais il y a une seconde position du Conseil d'État, implicite celle-là, qui doit retenir l'attention, et ce d'autant plus que ses conséquences éventuelles sont plus larges. En effet, la haute juridiction relève que « Selon le deuxième alinéa de l'article L. 114-1 du code de la mutualité : "Les membres participants d'une mutuelle sont les personnes physiques qui bénéficient des prestations de la mutuelle à laquelle elles ont adhéré et en ouvrent le droit à leurs ayants droit". Et il estime qu'il résulte de ces dernières dispositions que peuvent seules avoir la qualité de membres participants d'une mutuelle les personnes qui bénéficient de prestations servies par celle-ci en contrepartie des cotisations qu'elles lui versent »<sup>14</sup>. Or le Conseil d'État relève, à juste titre, que l'assurance retraite souscrite primitivement auprès de la mutuelle, est assurée par la société à laquelle le portefeuille

(14) CE, 9<sup>e</sup> 10<sup>e</sup> SSR, 20 nov. 2017, n° 408957.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

154

a été transféré. Mais la suite du raisonnement du Conseil d'État est plus contestable : ces élus locaux ne bénéficient plus, ainsi, de prestations d'assurance retraite offertes par la mutuelle. Et dès lors qu'ils ne bénéficient d'aucune autre prestation servie par celle-ci, ils ne peuvent, par suite, prétendre à la qualité de membres participants de cette mutuelle au sens de l'article L. 114-1 du code de la mutualité. Or la question est très sérieuse : quelles sont les prestations qui peuvent être servies en contrepartie des cotisations, et qui justifient en conséquence (ou pas) la qualité de membre participant. Il est évident qu'il ne peut s'agir des seules prestations d'assurance ; nul ne conteste que certaines mutuelles ne ressortissent pas du livre II du code de la mutualité, et le livre III dudit code vise les mutuelles pratiquant la prévention, l'action sociale et la gestion de réalisations sanitaires et sociales. L'objet des mutuelles est défini à l'article L. 111-1 du code de la mutualité : « Elles mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions fixées par leurs statuts, afin de contribuer au

développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie » (C. mut., art. L. 111-1, al. 1<sup>er</sup>). Suite aux alinéas suivants une liste d'objets possibles, relevant des livres II et III du code de la mutualité. Mais la question se pose de savoir si cette liste est limitative. À notre sens, rien ne l'impose, la liste étant principalement destinée à valider l'exercice de certaines activités encadrées par la loi. La nature des mutuelles est fixée à l'alinéa premier et, dès lors qu'une mutuelle mène les activités qui y sont définies, elle ne sort pas du cadre qui lui est fixé. Dans ces conditions, la question devient de savoir si, en permettant la participation des élus à la gestion de leur système de retraite, la mutuelle en cause demeurait dans le cadre légal. Ne s'agit-il pas « de solidarité et d'entraide [...] afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie » ? Il nous semble que oui. Le Conseil d'État peut avoir une conception plus restrictive, mais on aurait aimé qu'il s'en explique plus clairement, car l'enjeu est ici l'extension de l'objet des mutuelles et intéresse tous les opérateurs du secteur.

## **5. Limites fonctionnelles au formalisme de la convocation**

(Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2017, n° 16-21.624, 16-21.606, 16-21.615, 16-21.622, 16-21.623, 16-21.620, inédits)

La protection des droits des membres d'un groupement face au pouvoir disciplinaire de ce dernier est une question classique, et les arrêts ici rapportés ne font que tirer les conséquences d'une jurisprudence maintenant établie. L'association, comme tout groupement, dis-

pose bien d'un pouvoir disciplinaire, et à ce titre ce pouvoir est encadré par l'exigence du respect du contradictoire et le principe du respect des droits de la défense<sup>15</sup>. Cette solution n'a jamais été remise en cause<sup>16</sup> et vaut de la même façon en droit des sociétés<sup>17</sup>. Pourtant,

(15) Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2002, n° 00-10.645, Bull. civ. I, n° 95, p. 73 ; Rev. sociétés 2002. 333, note Y. Guyon ; *ibid.* 736, note Y. Chartier ; RTD civ. 2002. 534, obs. P.-Y. Gautier ; Exclusion d'une association et droits de la défense, RTD com. 2003. 756, obs. L. Grosclaude ; RDC 2013. 733, obs. P.-Y. Gautier.

(16) K. Rodriguez, « Association », Encyclopédie Dalloz, rép. Sociétés, spéci. n° 126.

(17) M. Cozian, F. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2011, n° 365.

il est tout aussi clairement acquis que cette protection ne va pas jusqu'à impliquer l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>18</sup>, si bien qu'il n'y a pas de droit d'être assisté par un défenseur<sup>19</sup>.

Dans la présente affaire, les griefs adressés à l'arrêt d'appel qui avait refusé l'annulation de la décision d'exclusion variaient un peu, puisqu'ils se fondaient sur le reproche d'un manquement à la neutralité et à l'impartialité. En effet, la convocation des membres ensuite exclus ainsi que celle de l'assemblée mentionnait que l'ordre du jour comportait la décision d'exclusion, si bien qu'il semblait que la décision était prise et qu'il n'y avait plus pour l'assemblée qu'à la valider. La cour d'appel s'y était montrée sensible et avait annulé l'exclusion. Elle encourt la cassation, au visa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, ainsi que du principe du respect des droits de la défense. La Cour de cassation relève que les membres avaient été informés des griefs qui leur

étaient adressés et qu'ils avaient eu la possibilité de présenter leurs observations (ce qu'ils avaient d'ailleurs fait), et en a déduit que l'annulation par la cour d'appel violait donc les textes visés. Autrement dit, ni l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1901 ni le principe du respect des droits de la défense n'impose cette neutralité et cette impartialité.

Il n'y a donc que deux droits consacrés par les textes et principes applicables, et les autres reproches que l'on pourrait adresser à l'association sont sans effet. La solution a d'ailleurs paru si évidente à la Cour de cassation qu'aucun des arrêts ne sera publié au bulletin. Les faits ne semblent pas de nature à incliner vers une solution différente, mais ceci est de peu de poids. La solution vaut également pour les autres entreprises de l'économie sociale et solidaire, et les litiges relatifs à l'exclusion sont aussi assez fréquents dans le secteur coopératif pour avoir donné l'occasion à la Cour de cassation d'y avoir appliqué des solutions identiques<sup>20</sup>.

155

## 6. Mesures en faveur du rajeunissement des dirigeants d'association : au moins dans l'éducation populaire

(Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017, art. 12, mod. CGI, art. 261 7-1° d)

Le vieillissement de la population est un phénomène bien connu, il n'est pas spécifique à l'économie sociale et solidaire. Il la touche toutefois à plusieurs titres, que ce soit en constituant un de ses domaines d'activité non négligeable (maisons de retraite, aide à domicile...), ou en y voyant une réponse à l'incidence du papy-boom sur les entreprises et à la difficulté de procéder à leur trans-

mission, par le mécanisme de la reprise d'une entreprise par ses salariés sous forme de coopérative. Mais les dirigeants de l'ESS ne sont pas exempts du phénomène, tout particulièrement les bénévoles d'association<sup>21</sup>, dont il semblerait qu'une bonne partie des présidents soient des retraités. Les pouvoirs publics ne se sont pas montrés insensibles au problème, et on en trouve une trace

(18) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2004, n° 02-11.127, Bull. civ. I, n° 308, p. 258 ; Rev. sociétés 2005, 853, note P. Hoang ; RTD com. 2005, 127, obs. L. Grosclaude ; Dr. sociétés 2005, n° 43.

(19) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2004, n° 02-17.707, Bull. civ. I, n° 83, p. 67 ; Exclusion d'un sociétaire et respect des droits de la défense, RTD com. 2004, 556, obs. L. Grosclaude ; Bull. Joly 2004, § 217.

(20) D. Hiez, *Sociétés coopératives, op. cit.*, n° 907.

(21) D. Thierry, *Le recrutement et le renouvellement des dirigeants associatifs : une question clef pour le mouvement associatif !*, étude France bénévolat, juin 2008.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

156

au sein tout à la fois des missions du conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire<sup>22</sup>, et du guide des bonnes pratiques qu'il a élaboré<sup>23</sup>. Il est vrai que les associations ne sont pas soumises comme les sociétés à une limite d'âge des dirigeants ; pour demeurer dans les situations comparables, les coopératives ne le sont quant à elles que pour celles qui empruntent la forme de société anonyme, exactement comme pour les sociétés capitalistes ; quant aux mutuelles, leurs statuts doivent impérativement fixer une limite qui ne peut être inférieure à 70 ans (C. mut., art. L. 114-22). Faute de disposition contraignante, d'autres voies peuvent être utilisées en matière associative pour stimuler le retrait des anciens ou, plus positivement, attirer les plus jeunes. Le guide des bonnes pratiques évoque quelques expériences comme l'organisation de gardes d'enfants durant les réunions en soirée, mais le législateur ne peut descendre dans ces détails. L'organisation de la coordination entre travail salarié et engagement bénévole constitue une autre voie que le législateur caresse, comme en atteste la consécration d'un droit à congé pour « les salariés désignés pour siéger à titre bénévole dans l'organe de direction ou d'administration d'une association... »<sup>24</sup>.

La loi qui a créé ce congé d'engagement a toutefois décidé d'aborder également la question sous un autre angle, celui de la rémunération. En effet, le congé d'engagement ne prévoit pas de maintien du salaire, quoique ceci soit possible si la négociation collective le décide. De plus, le congé d'engagement constitue un congé fractionné, opportun pour de petites associations et une disponibilité limitée mais totalement inadaptée à un engagement plus lourd. Or dans ce cas,

cet engagement des dirigeants est susceptible d'être fortement freiné par leur besoin de gagner leur vie. Contrairement aux idées reçues, rien n'interdit d'attribuer une rémunération aux dirigeants de l'association, et seule la réglementation fiscale vient y apporter une limite, assez compréhensive d'ailleurs. La pratique n'en est toutefois pas très répandue, en dépit des avantages du mécanisme.

C'est sur ce dernier point que la même loi relative à l'égalité et la citoyenneté assouplit l'encadrement de la rémunération des dirigeants dans les associations jeunesse d'éducation populaire (CGI, art. 261 7. 1° d). Par dérogation à l'exonération ordinaire, elles peuvent inclure dans le montant de leurs ressources les montants versés par des personnes morales de droit public, à plusieurs conditions. Tout d'abord, elles doivent naturellement bénéficier d'un agrément par le ministre chargé de la jeunesse. Ensuite, la moyenne d'âge des membres de leur instance dirigeante doit être inférieure à trente ans, et l'avantage ne peut être acquis que pour trois ans, renouvelable une fois. Finalement, le bénéfice de la mesure est réservé aux dirigeants âgés de moins de trente ans au jour de leur élection. Cet avantage n'est pas négligeable, dans la mesure où ces financements publics peuvent être importants et constituer un élément de l'équilibre financier durable de l'association ; la conséquence est qu'un bon nombre d'associations se trouvent de fait exclues de cette possibilité de rémunérer leurs dirigeants sans dommage fiscal. Cette mesure vient en complément du congé d'engagement, mais ne se combine pas avec lui. D'une part, il ne s'adresse pas au même destinataire, puisqu'il est directement orienté vers les associations et non vers les dirigeants. Ensuite, les deux

(22) Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014, art. 4, IV.

(23) Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, livrets 1 et 2, adopté le 7 févr. 2016 ; pour une présentation du statut juridique de ce guide : H. Durand, Le principe « comply or explain » appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier, D. 2014. 1645.

(24) C. trav., art. L. 3142-54-1 s. ; Congé de représentation d'associations et de mutuelles, *Lamy Droit des comités d'entreprise*, 522-16.

procédés sont incompatibles, puisque le congé d'engagement est réservé aux dirigeants bénévoles, ce que ne sont plus exactement ceux qui perçoivent une rémunération. Il est difficile de dire si les dirigeants visés sont des suractifs qui peinent à prendre leur distance vis-à-vis

du monde professionnel traditionnel, ou s'ils sont plutôt des jeunes militants qui choisissent un investissement alternatif au marché du travail. Quoi qu'il en soit, ce sont des personnes qui consacrent plus que quelques demi-journées par an à leur mandat associatif.

## Relations entre l'entreprise et ses membres

### 7. Contrats en cours et structures de l'économie sociale et solidaire

(Com. 20 sept. 2017, n° 14-17.225, JCP E 2018, 1002, n° 5 ; Contrat en cours : portée de l'ancienne règle du paiement comptant ; D. 2017. 1830, obs. A. Lienhard ; AJ Contrat 2017. 498, obs. E. Mouial Bassilana ; JurisData n° 2017-018236)

La question de la coopérative et du contrat en cours n'est pas nouvelle et, apparemment, la Cour de cassation reprend ici l'analyse qu'elle avait déjà faite<sup>25</sup>. Le présent arrêt constitue donc d'abord une confirmation, mais il apporte également une précision qui a d'importantes conséquences pratiques, du moins pour l'application des textes dans leur version de l'époque.

Au titre de la confirmation, on relèvera d'abord que le principe même de la qualification de contrat en cours n'était pas contesté. Là où la cour avait dû affirmer dans son précédent arrêt que « le contrat d'apport, fût-il lié au contrat de société, constitue un contrat en cours »<sup>26</sup>, elle n'a même pas ici à reproduire la formule. Pourtant, la situation contractuelle était un peu différente, puisqu'on n'était pas en présence d'un contrat d'apport mais d'un contrat d'approvisionnement. Il ne s'agissait pas d'une coopérative agricole et d'un agriculteur, mais d'une coopérative et

d'un pharmacien et, surtout, tandis que dans la précédente affaire le client tenait à assurer la continuité de l'écoulement de sa production, il souhaitait dans l'espèce garantir son approvisionnement. Mais quoique la figure contractuelle soit inversée, il n'y avait aucune raison d'opérer une distinction de ce chef.

Le pourvoi avait donc essayé de contester la qualification de contrat en cours sous un autre angle. On était en effet en présence, à proprement parler, d'une convention cadre de vente de marchandises « ayant pour objet de fixer les modalités applicables aux commandes passées par » le membre. Et le pourvoi en déduisait que ledit contrat ne contenait pas de prestation à la charge de la coopérative, et ne pouvait donc constituer un contrat en cours. La Cour rejette cette argumentation, en relevant que le contrat renvoyait au règlement intérieur de la coopérative dont la pharmacie était devenue adhérente par un autre contrat du même jour, et que ce règlement

157

(25) Com. 19 févr. 2013, n° 12-23.146, inédit, D. 2013. 1600, note M. Buchberger ; Rev. sociétés 2013. 629, note G. Parleani ; JurisData : 2013-002662 ; JCP E 2013. Comm. 1277, obs. J.-P. Legros ; JCP E 2015. 1607, obs. D. Hiez, n° 9.

(26) *Idem*.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

intérieur prévoit l'obligation pour chaque membre de commandes minimales et corrélativement la fourniture desdits produits par la coopérative, en sorte qu'il y a bien des obligations réciproques et que les critères du contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du code de commerce sont réunis.

L'argument était un peu spéculatif, tiré d'une analyse isolée du contrat d'approvisionnement qui contenait des modalités d'application mais ne créait pas d'obligation par lui-même. C'était pourtant au final une argumentation subtile qui cherchait à s'appuyer sur la prétendue distinction que ferait la jurisprudence, à tort d'ailleurs, entre contrat d'apport (ou d'approvisionnement) et contrat de société. Mais au lieu de se fonder sur la distinction des deux *negotium*, il s'appuyait sur celle des *instrumentum*, le second contrat physique ne contenant pas d'obligation spécifique. La Cour de cassation a justement restitué l'unité de l'opération, trouvant dans le règlement intérieur de la coopérative la réciprocité qui semblait faire défaut.

Il nous semble que le raisonnement de la Cour est justifié, et nous y voyons la confirmation de nos analyses de l'arrêt précédent de 2013<sup>27</sup>, à savoir que la Cour n'opère pas de distinction entre un contrat d'apport qui serait en cours et un contrat de société qui ne le serait pas, mais permettrait le maintien du lien entre les deux. Certes, la Cour ne qualifie de contrat en cours que le contrat d'apport ou d'approvisionnement, mais elle le rattache tout de même aux autres éléments constitutifs du contrat de coopération, à savoir le lien social. Il s'agit là d'une imprécision regrettable, qu'on peut expliquer par le fait que les prestations dont le coopérateur cherche à poursuivre l'obtention prolongée ne se rattachent pas principalement à ce lien social. L'éclairage a été d'autant plus mis

sur cet aspect non sociétaire qu'on y a vu une opposition avec le refus de qualifier le contrat de société de contrat en cours, mais il convient de relever que l'interprétation de l'arrêt de 2007 n'a pas été du tout unanime et que sa portée reste très incertaine<sup>28</sup>. Qui plus est, la Cour de cassation n'a pas hésité à qualifier auparavant le contrat d'association de contrat en cours<sup>29</sup>, alors que contrats de société et d'association sont très similaires dans leur dimension constitutive du groupement. C'est donc bien le contrat de coopération, composite de lien social et d'obligations réciproques liées à la fourniture de prestation, qui s'analyse en un contrat en cours. L'analyse contraire conduirait au reste à considérer, en cas de rupture du seul contrat d'approvisionnement, que le membre deviendrait un membre non coopérateur, alors qu'il est plus conforme à la volonté des parties de rompre purement et simplement en ce cas le lien coopératif.

Mais qu'en est-il des modalités de la poursuite du contrat ? La Cour de cassation apporte une seconde précision, qui fera peut-être regretter au coopérateur sa demande de poursuivre le contrat en cours. En effet, ce contrat se caractérisait par des facilités de paiement dont le coopérateur demandait le maintien. Or la Cour le lui refuse, en cassant sur ce point l'arrêt d'appel qui lui avait fait droit. La Cour se fonde pour cela sur le deuxième alinéa du paragraphe II de l'article L. 622-13 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à 2014, applicable à l'espèce. Le texte exigeait en effet un paiement au comptant sauf à ce que le débiteur obtienne l'accord du créancier pour des facilités de paiement. La Cour en déduit que le régime du contrat maintenu est autonome sur ce point par rapport aux modalités antérieurement convenues, si bien que le coopérateur ne pouvait solliciter le maintien des facilités de paiement. Il est possible que ce soit

(27) JCP E 2015. 1607, obs. D. Hiez, n° 9.

(28) JCP E 2015. 1607, obs. préc. D. Hiez, n° 9.

(29) Com. 19 mai 2004, n° 01-16.900, JurisData : 2004-023854, inédit ; EDED 2 déc. 2014, n° 11, p. 2, P. Rubellin.

ces facilités qui aient conduit le pharmacien à demander le maintien du contrat en cours, la solution de la Cour de cassation contrecarrerait alors ses vues.

Relevons pour finir que la formulation de l'article L. 622-13 a évolué sur ce point et qu'il n'y a plus aucune référence au paiement au comptant.

## 8. Un arrêt sans intérêt, sauf pour des apprentis en droit coopératif

(Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 2017, n° 15-26.291, inédit)

Il est des arrêts dont on se demande pourquoi ils ne sont pas publiés, il en est d'autres pour lesquels la question ne se pose pas. L'arrêt rapporté entre certainement dans cette seconde catégorie. La base de l'arrêt est une assignation en paiement du solde d'un compte courant d'un coopérateur par la coopérative, bref un banal conflit à l'occasion d'une rupture du contrat de coopération. Plusieurs débats s'élèvent, dont on se contentera de reproduire les conclusions, tant le détail de la discussion est parfois inintéressant. On y trouve toutefois des enseignements pratiques instructifs, et l'occasion de rappeler des solutions acquises.

La première question portait sur la preuve de ses créances par la coopérative. Et à ce titre, la Cour rappelle que la réception d'un état du compte courant sans contestation peut constituer un élément de preuve du solde. « Ayant relevé que la SCEA n'avait émis aucune protestation au vu de ses relevés de compte, la cour d'appel, qui a implicitement mais nécessairement considéré que ceux-ci lui avaient été adressés, et qui n'avait, en l'absence d'éléments contraires, ni à constater leur réception ni à rechercher si les ordres de livraison y indiqués avaient été exécutés, a légalement justifié sa décision de ce chef ». Certes,

il appartient au créancier de prouver l'existence de sa créance<sup>30</sup>, mais il faut que les créances soient contestées, et il est admis que la réception de l'état du compte courant, dès lors qu'il n'a pas été contesté, cristallise le solde en une créance : « l'absence de protestation dans le délai imparti conventionnellement d'un mois de la réception des relevés de compte [...] emporte [...] une présomption d'accord du client sur les opérations y figurant »<sup>31</sup>. Il est donc crucial pour la coopérative d'informer régulièrement ses coopérateurs sur l'état de leur compte courant, afin de se préconstituer une preuve en cas de conflit, et cette précaution est d'autant plus opportune que les relations coopérative-coopérateur sont rendues complexes par la multiplicité des liens qui les lient.

La deuxième question soulevée concernait la formalité de l'écrit pour le taux d'intérêt dudit compte. La cour estime que, si un écrit est requis pour la validité du taux d'intérêt, cet écrit ne doit pas nécessairement figurer sur la facture ou un document propre aux prestations qui fondent la créance. « Les intérêts dus sur un compte courant débiteur ouvert par une coopérative à l'un de ses adhérents peuvent être valablement fixés dans leur principe et dans leur taux par une délibération du conseil d'adminis-

159

<sup>(30)</sup> C. civ., art. 1353, anc. art. 1315.  
<sup>(31)</sup> Com. 13 nov. 2012, n° 11-25.596, Bull. civ. IV, n° 205 ; D. 2012. 2733 ; *ibid.* 2013. 2420, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; RTD com. 2013. 119, obs. D. Legeais ; Dalloz actualité du 28 nov. 2012, Agios et opérations sur le compte : le silence en dit long, V. Avena-Robardet ; *ibid.* 23 mars 2015, TEG variable erroné : le relevé de compte supplée !, V. Avena-Robardet.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

tration ». Ceci suppose, naturellement, que le conseil d'administration ait le pouvoir de fixer ce taux, mais, du côté du formalisme contractuel, l'écrit s'entend de façon large. On a ici une marque du caractère institutionnel de la coopérative, les obligations contractuelles des parties pouvant provenir de documents internes de la coopérative, comme ses statuts ou son règlement intérieur, mais également les décisions de ses organes sociaux. C'est ainsi que les clauses pénales qui assortissent les obligations des coopérateurs figurent souvent aux statuts (implicitement modèle de statuts des sociétés coopératives agricoles, art. 8, 7 ; arr. du 28 avr. 2017 portant

homologation des modèles de statuts des sociétés coopératives agricoles).

En revanche, et de façon plus favorable au coopérateur, la Cour de cassation se fonde sur la lettre des arguments invoqués pour limiter les prétentions de la coopérative : si un intérêt conventionnel a été fixé pour le compte courant, il n'est pas établi qu'il puisse encore réduire des effets après la clôture du compte. Les juges d'appel avaient appliqué le taux conventionnel au solde du compte, ce que la Cour de cassation analyse en un irrespect de la volonté des parties et un manque de bases légales au regard de la force obligatoire des contrats.<sup>32</sup>

## **9. Rupture des relations commerciales et droit coopératif, une jurisprudence heureusement stabilisée**

(Com. 18 oct. 2017, n° 16-18.864, Bull. civ. IV ; D. 2017. 2148 ; AJ Contrat 2018. 31, obs. G. Parleani ; JurisData n° 2017-020501)

160

Le principe de l'inapplication de l'article L. 442-6 II, 5° du code de commerce aux relations entre coopérative et coopérateurs a été vigoureusement affirmé par la Cour de cassation quelques mois plus tôt<sup>33</sup>. Sur le fond, cette nouvelle décision n'apporte pas grand-chose à l'affirmation très claire de février, et pourtant le nouvel arrêt a encore les honneurs de la publication. On s'en félicitera, dans la mesure où il montre la volonté de la Cour de manifester que son orientation est ferme. Cette fermeté mérite d'être relevée puisqu'elle tranche avec le caractère envahissant de cette disposition et marque une limite à son

domaine d'application. Qui plus est, l'arrêt précédent de la Cour de cassation était un arrêt de cassation, ce qui signale que l'analyse n'apparaît pas évidente à tous les juges<sup>34</sup>. Il n'est donc pas besoin d'y revenir, il suffit seulement de relever la stabilité de la jurisprudence sur ce point. Gageons que le contentieux durera encore un moment, le temps que les avocats prennent conscience de l'inutilité des recours.

L'agrément d'entreprise solidaire d'utilité sociale bouleverse-t-il les équilibres au sein de l'économie sociale et solidaire ?

(32) C. civ., art. 1103, anc. art. 1134.

(33) Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, Bull. civ. IV ; D. 2017. 404 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Rev. sociétés 2017. 636, note D. Hiez ; RTD civ. 2017. 372, obs. H. Barbier ; Dalloz actualité, 23 févr. 2017, X. Delpach, L'exclusion d'une coopérative au prisme du droit des pratiques restrictives.

(34) Paris 28 mai 2015.

## Aspects financiers

### 10. Les associations sont des acteurs économiques de plein exercice, elles peuvent donc être des créanciers professionnels : art. L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation

[Com. 27 sept. 2017, n° 15-24.895, D. 2017. 1908 ; AJ Contrat 2017. 544, obs. Y. Picod ; JCP 2017. 1195, note G. Paisant ; JurisData n° 2017-018665]

La France présente une incontestable originalité dans le paysage européen au regard de l'appréhension qu'elle a des associations en leur accordant une très grande latitude pour exercer toute activité économique. Autrement dit, il n'y a plus guère de discussion, au moins juridique, sur la qualité d'entreprise de l'association<sup>35</sup>. À l'exception de la qualité de commerçant, l'association endosse donc toutes les postures des acteurs économiques. Et ceci vaut naturellement pour les qualifications siège de sa liberté d'entreprendre, comme pour celles qui sont porteuses de responsabilité. Ainsi en est-il de la qualité de professionnel en droit de la consommation<sup>36</sup>. Il n'y a plus guère de doute à cet égard, et les seules discussions qui ont persisté en droit de la consommation proviennent des incertitudes inverses sur la qualité de non-professionnel et la possibilité pour les associations d'être protégées par le droit de la consommation, lorsqu'elles occupent la position de partie faible<sup>37</sup>. La question qui se posait dans la décision rapportée se situait dans la lignée de la qualification acquise de professionnel du droit de la consommation, mais dans une acception plus précise, celle de créancier professionnel (C. consom., art. L. 331-1 et L. 331-2, anc. L. 341-2 et L. 341-3).

Les faits étaient simples. Une association est créée qui regroupe des agences de voyage. Cette association, munie de

tous les agréments ministériels requis à cet effet, joue le rôle de garant financier pour l'exécution de l'obligation de responsabilité assumée par les agences de voyage. Or pour se couvrir elle-même, l'association sollicite le cautionnement de dirigeants d'une agence de voyage. Ce qui devait arriver arriva : l'agence de voyage fut mise en redressement judiciaire, et l'association dont la couverture fut sollicitée, fit en retour jouer le cautionnement. Pour se dégager de cet engagement, les cautions firent valoir que les règles du code de la consommation sur la caution fournie à un créancier professionnel (mention manuscrite obligatoire) n'avaient pas été respectées si bien que le cautionnement était nul (C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3, devenus L. 331-1 et L. 331-2 depuis l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation).

La cour d'appel avait refusé cet argument en considérant que l'association n'était pas un créancier professionnel, si bien que les règles sus-évoquées étaient inapplicables. Les deux cautions avaient donc été condamnées. Pour fonder sa solution, la cour d'appel retient que, l'association, « qui agit sans but lucratif et se définit à travers ses statuts comme un garant professionnel, ne peut, de ce fait, être considérée comme un créancier professionnel au sens des

161

(35) Déjà S. Castro & N. Alix, *L'entreprise associative : aspects juridiques de l'activité économique des associations*, Economica, 1990.

(36) J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2003, n° 4.

(37) En dernier lieu : Rép. min. du 23 août 2016, n° 91809.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation ».

C'est la position radicalement inverse que prend la Cour de cassation, dans un arrêt de cassation au visa des textes sus-évoqués du code de la consommation : « Qu'en statuant ainsi, alors que la créance garantie par le cautionnement de M. Y. était en rapport direct avec l'activité professionnelle qu'exerce, même sans but lucratif, l'APST et qui consiste à fournir sa garantie financière aux clients et fournisseurs de l'agence de voyage qu'elle compte parmi ses membres, lorsque l'agence, financièrement défaillante, est dans l'incapacité d'exécuter les prestations promises, de sorte que l'APST est un créancier professionnel au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Et pour que la solution soit bien claire, la Cour a pris soin de rappeler dans un attendu de principe : « que le créancier professionnel au sens de ces textes s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles ». L'arrêt n'est pas anodin, puisqu'il est promu au rang des arrêts publiables au bulletin.

Quoique la qualité de créancier professionnel ait jusqu'ici été discutée au regard du caractère direct de la créance avec l'activité professionnelle<sup>38</sup>, cet aspect n'était pas contesté en l'espèce et ne nous intéressera donc pas. On relèvera seulement que la formule énoncée par la Cour n'est pas nouvelle, on la retrouve régulièrement<sup>39</sup>.

L'originalité de la décision ne figure donc pas dans l'attendu de principe

mais dans le motif explicite de la cassation, dans l'incise « même sans but lucratif » (c'est nous qui soulignons). On n'a en revanche pas d'explication précise sur la raison pour laquelle le caractère non lucratif aurait fait obstacle à la qualité de créancier professionnel. De façon radicale, on pourrait considérer que la non-lucrativité est antinomique du caractère professionnel, mais cette position se concilie mal avec la qualification plus guère discutée des associations comme professionnels au sens du droit de la consommation (G. Paisant, préç.). Une justification plus nuancée est envisageable, qui s'appuierait sur le caractère accessoire des activités lucratives de l'association, pour considérer que ceci ne permettait pas de remplir les critères de qualification du créancier professionnel retenus par la Cour de cassation. Pourtant, la Cour de cassation a déjà validé qu'il suffisait que l'activité professionnelle ait un rapport direct avec la créance, quand bien même l'activité ne serait pas professionnelle<sup>40</sup>. En outre, le caractère accessoire ou principal ne joue plus guère de rôle qu'en matière fiscale. Il n'y avait donc vraiment pas de solution pour sauver l'arrêt d'appel.

Le caractère non lucratif de l'association produit certes des effets, notamment dans les relations que l'association entretient avec ses membres, mais on ne voit pas bien en quoi ceci influerait sur sa qualification dans les diverses catégories juridiques envisagées par la loi. L'affirmation inverse fleure bon le bon sentiment qui ravale l'association dans sa marginalité au bénévolat rigide. On ne pourra donc que se réjouir de la cassation, et tant pis si cela prive l'association de sa caution.

(38) Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-16.273, inédit ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 2014, n° 13-20.919.

(39) Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2009, n° 08-15.910, Bull. civ. I, n° 173 ; D. 2009. 2198, note S. Piedelièvre ; *ibid.* 2032, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; *ibid.* 2010. 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2009. 758, obs. P. Crocq ; RTD com. 2009. 601, obs. D. Legeais ; *ibid.* 796, obs. D. Legeais ; JCP 2009. 286, note D. Legeais.

(40) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-23.333.

## Formes spéciales de l'économie sociale et solidaire

### 11. Coopératives de santé : à quand le décollage en France ? Centres de santé sous forme de SCIC

(Ord. n° 2018-17 du 12 janv. 2018 relative aux conditions de création et de fonctionnement des centres de santé, JO du 13 janv. 2018)

Le secteur médical est déjà investi en France par le milieu associatif, pour ne pas parler du secteur médico-social, tout comme par les mouvements mutualistes. Sous cet angle, les coopératives paraissent largement en retrait, contrairement à ce qui se passe dans d'autres parties du monde (<https://ihco.coop/>). Certes, il existe quelques exemples de structures adaptées au modèle coopératif, telles les coopératives hospitalières de médecin<sup>41</sup>, ou les coopératives de biologistes médicaux<sup>42</sup>. Pourtant, le statut de coopérative ne semble pas faire vraiment recette dans le domaine médical. En ira-t-il différemment avec les centres de santé ?

« Les centres de santé sont des structures sanitaires de proximité, dispensant des soins de premier recours et, le cas échéant, de second recours et pratiquant à la fois des activités de prévention, de diagnostic et de soins, au sein du centre, sans hébergement, ou au domicile du patient » (CSP, art. L. 6323-1). Ces structures sanitaires de proximité viennent d'être réformées, avec la possibilité pour des cliniques privées de créer et gérer de tels centres (CSP,

art. L. 63-23-1-3, al. 1<sup>er</sup>, qui vise les personnes morales gestionnaires à but lucratif ou non). Une telle possibilité n'était pas exclue auparavant mais rare, ils étaient plutôt animés par des associations ou mutualistes, ou des collectivités publiques. Il semble que les pouvoirs publics aient l'espoir par cette reconnaissance officielle de stimuler cette création. Comme par une sorte de compensation, ces centres de santé pourront désormais être aussi créés et gérés par des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) (CSP, art. L. 6323-1-3, al. 2). Ceci est toutefois subordonné à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2018<sup>43</sup>. Cette consécration s'explique par l'attrait du multi-sociétariat qui caractérise ces structures<sup>44</sup>. En effet, au sein d'un tel centre, pourraient coopérer à la fois les médecins, mais aussi d'autres personnels de santé, des patients, mais également des collectivités territoriales. Presque le rêve.

Le moule de la société coopérative d'intérêt collectif est attrayant<sup>45</sup>, et il dispose déjà d'un régime juridique relativement balisé. Mais les centres de santé ont eux aussi un régime juridique propre, et

163

(41) CSP, art. L. 6163-1 s. ; Y. Lachaud, Les sociétés coopératives hospitalières de médecin, *Gaz. Pal.* 2002, n° 290, p. 12 ; X. Badin, Les sociétés coopératives hospitalières de médecin, *RDSS* 2002. 765.

(42) CSP, art. L. 4131-10 s. ; B. Brignon, Sociétés de biologie médicale : entre modernité et classicisme - Décret n° 2016-44 du 26 janvier 2016, *Bull. Joly* 2016. 414.

(43) Ord. n° 2018-17 du 12 janv. 2018, art. 3.

(44) V. égal. pour l'animation des centres-villes : V. Lasserre et D. Moreno, Société coopérative - Coopérative de développement économique - Proposition d'un modèle de contribution à la nouvelle économie de proximité, *JCP E* 2017. 1477.

(45) P. Le Vey, Sociétés coopératives d'intérêt collectif, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 170-90 ; D. Hiez, Sociétés coopératives d'intérêt collectif, *Encyclopédie Dalloz*, rép. *Sociétés*, à paraître.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

des conciliations se sont avérées nécessaires. En conséquence, directement ou indirectement, la loi apporte dans ce cas précis des dérogations au fonctionnement des SCIC.

Tout d'abord, expressément, la loi limite le multi-sociétariat des centres de santé sous forme de société coopérative d'intérêt collectif (CSP, art. 6323-1-3, al. 2). En principe, « peut être associé d'une société coopérative d'intérêt collectif toute personne physique ou morale qui contribue par tout moyen à l'activité de la coopérative, notamment toute personne productrice de biens ou de services, tout salarié de la coopérative, toute personne qui bénéficie habituellement, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative, toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité ou toute personne publique »<sup>46</sup>. Par dérogation, la loi prohibe l'accueil au sein d'un centre de santé SCIC d'autres personnes morales que celles listées à l'article L. 6323-1-3 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la santé publique, à savoir : des organismes à but non lucratif, des collectivités territoriales, des établissements publics de coopération intercommunale, des établissements publics de santé, des personnes morales gestionnaires d'établissements privés de santé, à but non lucratif ou à but lucratif. Il en résulte une restriction de la latitude laissée à ces SCIC d'un type particulier, peut-être au-delà de l'objectif poursuivi par le législateur, dont on peut supposer qu'il consiste à protéger l'identité spécifique de ces centres de santé.

Toutes les catégories d'associés de la SCIC ne sont pas touchées par la restriction aux mêmes titres, puisque celles-ci ne concernent que les personnes morales. Les personnes publiques se trouvent restreintes aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération intercommu-

nale, mais elles ne sont pas exclues en général. Quant aux salariés, usagers et bénévoles, ils ne sont pas du tout concernés puisqu'ils sont par nature des personnes physiques. Ce sont les personnes morales souhaitant apporter leur concours à la réalisation de l'objet, en ce compris les investisseurs, qui sont les plus touchées. En effet, alors qu'il n'existe aucune limite particulière dans les SCIC de droit commun, les seules personnes morales qui pourront y investir sont les personnes mentionnées à l'article L. 6323-1-3, alinéa 1<sup>er</sup>.

La question se pose par exemple de savoir si on pourrait admettre qu'une coopérative investisse dans le centre de santé structuré en SCIC. La réponse dépendra du point de savoir si les coopératives sont analysées en un organisme à but non lucratif ou non. Si on se réfère aux catégories issues du code général des impôts, une réponse positive est impossible, puisque son article 206 liste désormais les organismes susceptibles d'être exemptés de l'impôt sur les sociétés. Certes, la jurisprudence avait eu l'occasion d'appliquer cette exemption à une société commerciale<sup>47</sup>, mais une telle solution n'est plus envisageable. Et on ne voit pas quelle serait l'autre source de la définition d'organisme à but non lucratif.

La seconde dérogation au régime juridique de la SCIC porte encore sur le sociétariat, mais par une autre voie. En effet, la loi précise que les professionnels qui exercent au sein des centres de santé sont salariés (CSP, art. L. 6323-1-5). Ceci influe sur l'alternative faite dans la SCIC entre le statut de salarié et de producteur, à défaut de salarié la SCIC devant comprendre des producteurs<sup>48</sup>. Le personnel de santé ne pourra pas ici adopter le statut de producteur, dont les contours sont d'ailleurs assez flous<sup>49</sup>.

(46) Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 *septies*, al. 1<sup>er</sup>.

(47) CE 4 juin 1976, req. n° 98484, *Répertoire de droit des sociétés/Associations (Régime fiscal)* ; E. Kornprobst, Lebon.

(48) Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 *septies*.

(49) P. Le Vey, *Statuts des SCOP et des SCIC après la loi du 31 juillet 2014*, Dr. sociétés 2015, form. 2.

Pour finir, la non-lucrativité de la SCIC, déjà bien affirmée en droit commun, se trouve renforcée. En effet, pour donner des garanties aux opposants de l'ouverture des centres de santé aux cliniques privées, la loi affirme que « les bénéfices issus de l'exploitation d'un centre de santé ne peuvent pas être distribués. Ils sont mis en réserve ou réinvestis au profit du centre de santé concerné ou d'un ou plusieurs autres centres de santé ou d'une autre structure à but non lucratif, gérés par le même organisme gestionnaire » (CSP, art. L. 6323-1-4). La SCIC est déjà soumise à une obligation étendue de mise en réserve, puisqu'elle doit y porter au minimum 57,5 % de ses excédents de gestion<sup>50</sup> et la défiscalisation de ses mises en réserve constituent un puissant incitatif à y affecter l'ensemble de ses excédents (CGI, art. 209 VIII). La distribution de ristournes est prohibée<sup>51</sup>. N'est donc possible que la rémunération des parts sociales, dans les limites traditionnelles du droit coo-

pératif<sup>52</sup>. Cette possibilité est exclue pour la SCIC centre de santé. La question se posera toutefois de savoir dans quelle réserve les sommes devront être affectées, puisque l'article 19 *nonies*, alinéa 1 vise une réserve statutaire et la réserve légale de l'article 16 de la loi de 1947. Il s'agira probablement d'une réserve statutaire, celle de l'article 19 *nonies* ou une expressément prévue à cet effet par les statuts. La comptabilité devrait établir le respect de cette exigence (CSP, art. L. 6323-1-4, al. 3).

On connaît déjà l'adaptation du moule de la SCIC pour les coopératives de logement (CCH, art. L. 215-1 s. et L.422-3), celles requises par les professions réglementées mais traduites uniquement dans les clauses statutaires<sup>53</sup>, en voici un nouvel exemple. C'est à la fois la marque d'un intérêt croissant, c'est aussi l'occasion d'une complexité accrue par l'émettement du régime juridique de la SCIC.

165

## 12. Quelles activités pour les CAE ? Extension au domaine agricole de la couverture sociale des entrepreneurs salariés et entrepreneurs salariés associés des CAE

(Loi n° 2017-1836 du 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, art. 24 II)

Si les coopératives d'activité et d'emploi (CAE)<sup>54</sup> peuvent agir dans tous les domaines de l'activité humaine, comme toute coopérative<sup>55</sup>, et si l'encadrement de ses entrepreneurs salariés (associés ou non) ne fixe aucune limite à leur action (C. trav., art. L. 7331-1 s.), leur couverture sociale peut être soumise à des règles différentes. En effet, la nature du lien juridique entre l'entrepreneur salarié

et la CAE demeure discutée. Après des années de flou juridique compte tenu de l'évanescence du lien de subordination, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a sécurisé le dispositif en qualifiant expressément les personnes concernées de salariés<sup>56</sup>. Pourtant, les auteurs continuent de douter que le contrat qui lie les parties soit un contrat de travail et qu'ils

<sup>(50)</sup> Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 *nonies*, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>(51)</sup> Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 *nonies*, al. 4.

<sup>(52)</sup> D. Hiez, *Sociétés coopératives*, op. cit., n° 838.

<sup>(53)</sup> V. l'aff. *Finacoop* ; D. Hiez, *Sociétés coopératives*, op. cit., n° 26.

<sup>(54)</sup> Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 26-41.

<sup>(55)</sup> Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 1<sup>er</sup>, al. 2.

<sup>(56)</sup> Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014, art. 47 et 48.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

soient pleinement salariés<sup>57</sup>. La loi a donc pris la peine de les faire expressément bénéficier du régime salarié de la sécurité sociale (CSS, art. L. 311-3, 32° et L. 412-8, 17°).

Du fait du régime dérogatoire en matière agricole, cette protection présente des enjeux spécifiques dans ce secteur. Or des CAE ont aussi émergé dans le domaine agricole, notamment dans l'agriculture biologique, et le statut social de leurs entrepreneurs salariés se trouve fragilisé. La couverture se faisait sous le couvert de la sécurité sociale de droit commun, donc hors du droit agricole. Ceci constitue indirectement mais certainement un frein à leur

extension. Apparemment, voilà qui est réglé (C. rur., art. L. 722-20, 14° bis et L. 751-1 II, 12°), on ne peut que s'en féliciter, tout en ayant conscience qu'il ne s'agit que d'un premier pas. En effet, cette intégration à la mutualité sociale agricole constitue un début d'intégration dans le secteur, mais ne fait pas des entrepreneurs salariés des agriculteurs, or le statut d'agriculteur est la condition de nombreux droits, principalement financiers. On peut donc souhaiter de nouvelles interventions, afin de reconnaître pleinement l'entrepreneuriat collectif dans ce domaine, au lieu de fondre chaque entrepreneur salarié dans la coopérative qui peut seule avoir le statut d'agriculteur.

### **13. Quelle place aux coopératives de consommation d'entreprises aujourd'hui ?**

166

(Décr. n° 2017-1819 du 29 déc. 2017 relatif au comité social et économique, art. 1<sup>er</sup>, JO du 30 déc. 2017)

L'heure de gloire des coopératives de consommation après la Première Guerre mondiale et leur déclin dans les années 70-80 sont connues<sup>58</sup>. Contrairement à d'autres pays où elles continuent d'être florissantes, en Italie par exemple, la France a donc un tissu relativement pauvre de ces coopératives pourtant à l'origine du mouvement coopératif. Avec la remise en question du système contemporain de consommation, de nouveaux types de relations entre producteurs, commerçants et consommateurs ont toutefois vu le jour, à travers notamment les associations pour le maintien d'une agriculture paysanne (AMAP), et la coopérative de consommation trouve de nouveaux développements

(l'exemple le plus connu en est certainement La Louve).

On en trouve une trace dans le nouveau conseil social et économique, instauré par les récentes réformes du code du travail<sup>59</sup>. En effet, parmi les activités sociales et culturelles de l'entreprise, figurent « Les activités sociales et culturelles tendant à l'amélioration des conditions de bien-être, telles que les cantines, les coopératives de consommation, les logements, les jardins familiaux, les crèches, les colonies de vacances » (C. trav., art. R. 2312-35, 2<sup>o</sup>). La disposition n'est pas nouvelle, elle figurait déjà dans les dispositions relatives au comité d'entreprise (C. trav.,

(57) G. Auzero, Le statut d'entrepreneur salarié associé d'une coopérative d'activité et d'emploi, RDT 2014. 681 ; D. Hiez, Coopératives d'activité et d'emploi, Encyclopédie Dalloz, rép. Sociétés, à paraître, spé. n° 35.

(58) J. Prades, Les coopératives de consommation françaises à l'épreuve du temps, 2007, consulté sur <http://blogs.univ-tlse2.fr/cerises/files/contributions-2007-2008/2007-e-Prades-sur-Deroche.pdf>.

(59) C. trav., art. L. 2311-1 s., Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017. G. Loiseau, Le comité social et économique, Dr. soc. 2017. 1044.

art. R. 2323-20), mais elle atteste au moins de son actualité. Les coopératives de consommation d'entreprise ne sont pourtant plus très nombreuses, mais on peut trouver dans cette disposition le signe d'un potentiel renouveau, et à tout le moins d'un regain d'intérêt. Notons seulement que les coopératives qui pourraient ainsi être créées seraient régies par la loi du 7 mai 1917 ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation

(loi du 7 mai 1917, JO du 9 mai, p. 3680), notamment son article 2. Ainsi, par dérogation aux autres coopératives de consommation, elles ne peuvent vendre de produits qu'« au seul bénéfice des sociétaires, obligatoirement salariés ou anciens salariés de ces entreprises [...] et des personnes de leurs familles vivant au même foyer » (loi du 7 mai 1917, art. 2, al. 2). Parallèlement, elles ne peuvent logiquement faire de publicité en dehors de l'entreprise.

#### **14. Les associations reconnues d'utilité publique ne sont-elles pas une coquille encore totalement vide ?**

(Décr. n° 2017-1421 du 2 oct. 2017 relatif à la taxe sur la construction, la reconstruction ou l'agrandissement de locaux à usage de bureaux, de locaux commerciaux et de locaux de stockage en région d'Île-de-France)

Les interrogations sur la notion d'association reconnue d'utilité publique ne sont pas nouvelles, mais leur pertinence s'est renforcée. Déjà en 2000 il était admis que la distinction radicale entre la petite capacité et la grande capacité tendait à s'estomper, si bien que la reconnaissance ne répondait plus tant à une exigence juridique qu'à une fonction symbolique consistant à garantir un label de qualité<sup>60</sup>. L'évolution s'est poursuivie dans le même sens, puisque les restrictions à l'incapacity de recevoir des libéralités pour les associations simplement déclarées continuent de s'atténuer. Ainsi, depuis la loi Économie sociale et solidaire<sup>61</sup>, la capacité traditionnellement reconnue aux associations de bienfaisance a été étendue à toutes les associations dites d'intérêt général, c'est-à-dire celles visées à l'article 200 du code général des impôts<sup>62</sup>. La supériorité juridique des associations reconnues d'utilité

publique semble ainsi désormais se résumer à l'absence de restriction à être propriétaire immobilier, même par voie d'acquisition à titre onéreux<sup>63</sup>.

167

Il existe pourtant encore par-ci par-là quelques avantages réservés par la loi aux associations reconnues d'utilité publique. La disposition rapportée consiste en une mesure fiscale qui ne touche pas directement le droit des associations, si bien qu'on ne s'y étiendra pas techniquement ; elle prend sa place dans les politiques qui tendent à influencer le devenir de la ville en région parisienne. L'attention est simplement retenue par la faveur fiscale réservée à l'usage des locaux professionnels au seul bénéfice des associations reconnues d'utilité publique<sup>64</sup>. On voit que l'onction de l'autorité publique continue tout de même encore parfois d'être préférée. À défaut d'une réforme globale pas nécessairement utile, une

(60) *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Rapport du Conseil d'Etat, Doc. fr., 2000, p. 305.

(61) Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014.

(62) Loi du 1<sup>er</sup> juill. 1901, art. 6, al. 5.

(63) Comp. loi du 1<sup>er</sup> juill. 1901, art. 6, al. 7 et art. 11, al. 1<sup>er</sup>.

(64) C. urb., art. R. 520-6, mod. décr. n° 2017-1421 du 2 oct. 2017, art. 1<sup>er</sup>.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

position claire des politiques publiques serait en revanche bienvenue, afin de clarifier le positionnement des pouvoirs publics vis-à-vis de ces associations.

## Fiscalité

### **15. Fiscalité associative et activité concurrente : *estoppel, nemo auditur, et tout ce que vous voudrez, mais ne pas se moquer du juge***

(CAA Bordeaux, 3<sup>e</sup> ch., 21 déc. 2017, n° 16BX02591, inédit au Lebon)

On sait que les associations bénéficient d'une fiscalité particulière (CGI, art. 206, 1<sup>o</sup> bis), qui concerne d'abord l'impôt sur les sociétés mais s'y attachent d'autres avantages, à la condition que les critères légaux soient réunis<sup>65</sup>. L'affaire ici rapportée ne fait qu'en rappeler le principe pour déjouer l'argumentation spéciuse développée par l'association qui se plaignait de ne pas bénéficier de l'exonération.

La cour d'appel commence par un simple rappel : « Les associations sont exonérées de cotisation foncière des entreprises dès lors, d'une part, que leur gestion présente un caractère désintéressé et, d'autre part, que les services qu'elles rendent ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés au même public par des entreprises commerciales exerçant une activité identique. Toutefois, même dans le cas où l'association intervient dans un domaine d'activité et dans un secteur géographique où existent des entreprises commerciales, l'exonération de la cotisation foncière des entreprises lui reste acquise si elle exerce son activité dans des conditions différentes de celles des entreprises commerciales, soit en répondant à cer-

tains besoins insuffisamment satisfaits par le marché, soit en s'adressant à un public qui ne peut normalement accéder aux services offerts par les entreprises commerciales, notamment en pratiquant des prix inférieurs à ceux du secteur concurrentiel et à tout le moins des tarifs modulés en fonction de la situation des bénéficiaires, sous réserve de ne pas recourir à des méthodes commerciales excédant les besoins de l'information du public sur les services qu'elle offre »<sup>66</sup>.

Il s'agissait d'une association de golf, dont le caractère désintéressé de la gestion n'était pas contesté, mais qui, pour justifier qu'elle n'était pas en concurrence avec les sociétés commerciales, et en conséquence faire qualifier ses activités non lucratives et justifier son exonération, avançait plusieurs arguments ingénieux mais artificiels. Elle se targuait ainsi de faire payer à ses adhérents un droit d'entrée cinq fois plus cher que lesdites sociétés et exigait une cotisation annuelle largement plus élevée. Compte tenu de ce coût, elle estimait qu'elle ne faisait pas concurrence aux clubs privés, puisque précisément elle ne cherchait pas à attirer leurs clients. Elle invoquait encore quelques spécificités relatives à la technique du

(65) Pour une présentation globale : Instr. fisc., 4H-5-06, n° 208, 18 déc. 2006.

(66) CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch. réunies, 20 déc. 2017, n° 401794, Lebon.

golf, que, faute de connaissance, on n'appréciera guère mais qui n'ont pas emporté la conviction du juge. Le juge considère que l'association propose des services comparables, qui entrent donc en concurrence avec ceux des autres clubs de la région. Et elle refuse de voir dans la pratique tarifaire de l'association des conditions qui la distinguaient de ces derniers. Les conditions susceptibles de faire la différence sont celles qui per-

mettent à l'association soit de répondre à certains besoins insuffisamment satisfaits par le marché, soit s'adresser à un public qui ne peut normalement accéder aux services offerts par les entreprises commerciales, notamment en pratiquant des prix inférieurs à ceux du secteur concurrentiel. L'association en était loin puisque, par un fonctionnement fermé, elle visait au contraire à limiter l'accès au club.

## 16. Fiscalisation des associations intéressées, un simple rappel

(CAA Versailles, ch. 7, 20 juill. 2017, n° 16VE00617, inédit au Lebon)

Les associations bénéficient d'un traitement fiscal spécial, qui leur permet d'échapper à l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 206, 1<sup>e</sup> bis), à la condition que leur gestion soit désintéressée, « lorsque leurs activités non lucratives restent significativement prépondérantes » et que « leurs recettes d'exploitation encaissées au cours de l'année civile au titre de leurs activités lucratives n'excèdent pas 61 634 euros ». Or l'assujettissement ou non à l'IS a pour corolaire le sort d'autres impôts, notamment la cotisation foncière des entreprises (CGI, art. 1447) et la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CGI, art. 1586 ter), en discussion en l'espèce. Et, comme bien souvent, la question portait sur les contours des activités lucratives.

Il n'y avait pas ici de discussion fine sur les modalités d'exercice de ces activités, telles qu'elles ont été précisées avec une relative finesse par les instructions fiscales<sup>67</sup>; la question était plus simplement de savoir s'il y avait activité lucrative.

Or la Cour rappelle une solution admise<sup>68</sup>: « est notamment regardée

comme exerçant une activité lucrative une association qui, quelles que soient les modalités d'exercice de son activité, fournit des services aux entreprises qui en sont membres dans l'intérêt de leur exploitation ». En l'espèce, l'association fournissait des prestations portant sur la gestion d'activités transversales et sur la gestion pour compte de dossiers à un GIE à prix coûtant, tandis que le GIE intègre ces prestations au sein de prestations plus complexes qu'il rend à ses propres membres dans l'intérêt de leur exploitation. Quand bien même sa gestion serait désintéressée, le GIE doit être regardé comme exerçant une activité lucrative. En conséquence, les prestations de l'association sont considérées comme rendues dans l'intérêt de l'exploitation lucrative du GIE et donc elles-mêmes lucratives. Il conviendra toutefois de vérifier si cette motivation sera jugée suffisante par le Conseil d'État, puisque la même décision qui affirme le principe ainsi appliqué avait cassé la décision de la cour d'appel de Paris qui avait retenu le caractère intéressé de l'association.

Il n'est pas nouveau que des personnes, physiques ou morales, créent

169

(67) Instr. fisc. 4H-5-06, 18 déc. 2006.

(68) V. déjà CE, 3<sup>e</sup> ch., 19 avr. 2017, n° 393846, inédit au Lebon.

**CHRONIQUES**

Sociétés civiles, associations et autres groupements

des associations afin de défiscaliser certaines activités. Dès que l'administration fiscale soulève le lièvre, elle a toujours su faire échec à ce montage, en recourant parfois au principe général de la fraude ou

à la fiction<sup>69</sup>. La solution est ici plus satisfaisante puisqu'elle peut se revenir de la lettre de l'article 206, 1<sup>e</sup> bis lui-même. La lucrativité des destinataires rejoindra simplement sur l'association.

## **17. Droit d'entrée dans les mutuelles et acapitalisme**

(CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> SSR, 22 nov. 2017, n° 406943, Lebon)

170

Les mutuelles de santé et les sociétés d'assurance mutuelle sont bien différentes, comme en atteste leur insertion au sein de deux codes distincts (code de la mutualité d'un côté, code des assurances de l'autre), quand bien même un certain nombre de principes communs les animent et justifient l'insertion des assurances mutuelles au sein de l'économie sociale et solidaire. Elles diffèrent non seulement par leur histoire mais également par leur structuration juridique, comme en atteste la présente affaire.

La question était d'ordre fiscal, mais supposait de trancher un point de droit substantiel. Au titre de l'article 991 du code général des impôts « toute convention d'assurance conclue avec une société ou compagnie d'assurances ou avec tout autre assureur français ou étranger est soumise, [...] à une taxe annuelle et obligatoire », et il précise dans un second alinéa que « la taxe est perçue sur le montant des sommes stipulées au profit de l'assureur et de tous accessoires dont celui-ci bénéficie directement ou indirectement du fait de l'assuré ». Quoique le terme de mutuelle n'est pas évoqué, nul doute que les mutuelles d'assurance soient visées, puisqu'elles sont des assureurs. Mais une divergence est apparue dans l'interprétation de l'assiette de cette taxe entre les

assurances mutuelles et l'administration fiscale. En effet, cette dernière considérait que le droit d'entrée que doit payer l'assuré mutualiste entrât dans cette assiette et devait donc être taxé, ce que contestait la MACIF.

Le juge administratif donne raison à l'assurance mutuelle, par l'analyse de ce droit d'entrée, et c'est là qu'on quitte le strict terrain fiscal pour intégrer le droit mutualiste. Il résulte en effet du code des assurances (not. de l'art. R. 322-47), que ledit droit d'entrée est destiné à la constitution d'un fonds d'établissement et que celui-ci est assimilé à un capital social (C. assur., art. R. 334-11), le versement du droit d'entrée conférant donc la qualité de sociétaire. Autrement dit, le droit d'entrée n'a pas pour finalité le paiement du service assuranciel rendu mais la participation à la constitution de la société d'assurance mutuelle, comme le serait la souscription de parts sociales dans une coopérative. Il faut bien comprendre en effet que les mutuelles sont dans une situation spécifique. Les mutuelles du code de la mutualité ne disposent pas à proprement parler de capital et leurs adhérents ne lui font aucun apport. Les mutuelles d'assurance sont inspirées des règles mutualistes mais sont également marquées par la réglementation des sociétés d'assurance dont

(69) CE 23 oct. 1989, rec. n° 87266 ; CE 8 août 1990, req. n° 61330, 62906 et 88750, Dr. fisc. 1990, comm. 1884.

elles empruntent une partie du régime juridique. C'est pour cette raison que le code est obligé de préciser qu'elles « fonctionnent sans capital social » (C. assur., art. L. 322-26-1, al. 2), mais leur fonds d'établissement en tient lieu. C'est dans ce cadre que la décision rapportée se comprend. « Il résulte de ce qui vient d'être dit aux points 2 et 3 que le droit d'adhésion à une société d'assurance mutuelle ne constitue pas une somme stipulée au

profit de l'assureur au sens de l'article 991 du code général des impôts. Dès lors, il ne doit pas être soumis à la taxe sur les conventions d'assurance »<sup>70</sup>.

Il suffisait dès lors au Conseil d'État de conclure et d'annuler la partie des commentaires administratifs contestés, puisqu'ils faisaient une interprétation erronée de l'article 991 du code général des impôts.

171

(70) CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> SSR, 22 nov. 2017, n° 406943.

Imprimé par Tous droits réservés

# CHRONIQUES

## Crédit et titres de crédit

**Dominique Legeais**  
 Professeur à l'Université Paris  
 Descartes, Sorbonne Paris Cité,  
 Directeur du CEDAG

### Crédits

#### 1. *Crowdlending*

[Position-recommandation de l'AMF (Doc-2018-02)]

Variété de *crowdfunding*, le *crowdlending* se développe. Les plateformes sont de plus en plus nombreuses à ainsi proposer à des particuliers des prêts aux entreprises à des taux attractifs, en en faisant ainsi l'un des placements les plus intéressants. Mais, et c'est le revers de la médaille, plus les projets proposés sont nombreux, plus ils peuvent comporter des risques. Déjà les premières défaillances apparaissent et dans un tel cas l'emprunteur, sauf assurance, a la quasi-certitude de perdre sa mise.

Le législateur est déjà intervenu pour imposer des diligences aux plateformes. Mais après « le droit dur », c'est au tour du droit mou de venir au secours des emprunteurs. Comme elles prennent désormais l'habitude de le faire sur des sujets communs, l'AMF et l'ACPR viennent de publier des recommandations à l'intention des plateformes. Il s'agit de renforcer l'information des futurs prêteurs et investisseurs. Les plateformes doivent ainsi communiquer des informations et statistiques relatives à leurs résultats.

Leur communiqué précisant les nouvelles diligences est ainsi rédigé : « L'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), dans le cadre du pôle commun, ont mené une action conjointe afin d'améliorer la protection des clients et investisseurs en financement participatif (*crowdlending*). Ces travaux ont mené, pour l'AMF, à la publication d'une position-recommandation portant principalement sur la commercialisation et la gestion extinctive des plateformes. La position-recommandation de l'AMF (DOC-2018-02) s'applique aux conseillers en investissements participatifs (CIP) et aux prestataires de services d'investissement qui fournissent des prestations de conseil en financement participatif (PSI-FP). »

#### *L'intégration des grands principes de la commercialisation des produits financiers à la clientèle de détail*

La position-recommandation DOC-2018-02 intègre les grands principes déjà publiés par l'AMF sur la commercialisation de produits financiers à la clientèle de détail et les ajuste aux spécificités

173

**CHRONIQUES**

Crédit et titres de crédit

174

digitales du *crowdfunding*. Elle apporte des précisions sur :

- le renforcement de la distinction entre un projet d'offre et une offre détaillée dans le cadre du séquencement de l'accès progressif à l'information ;
- l'illustration des conditions de la mise en place d'une information équilibrée, claire, exacte et non trompeuse, sur la page d'accueil, sur les pages de présentation des projets d'offres et sur les pages réservées aux investisseurs potentiels ;
- des précisions sur la qualité de l'information fournie, quant aux frais et aux risques, en particulier, celle contenue dans les documents d'information réglementaire (précisément lors des schémas indirects de financement d'une société à risque limité ou illimité par une « *holding* »). La position illustre la typologie des informations à donner au stade de l'offre détaillée selon qu'il s'agit d'actions, d'obligations ou de minibons ;
- des exemples sur ce qui n'est pas admissible en matière d'envoi d'information à caractère promotionnel par tout média, aux investisseurs potentiels et aux clients.

***Le cas spécifique de la commercialisation des minibons***

La position-recommandation DOC-2018-02 traite du cas spécifique des minibons

commercialisés par les CIP et PSI-FP. Elle encadre :

- la méthodologie de calcul et de publication des taux de défaillance afin de contribuer à une homogénéisation des publications trimestrielles et annuelles des plateformes. Ces taux de défaillance sont en effet destinés à permettre aux clients et aux prospects des plateformes d'apprecier le risque de non-remboursement qu'ils encourrent et la qualité de sélection des plateformes au cours des trois dernières années d'activité ;
- la mise en place du dispositif de gestion extinctive des plateformes commercialisant des minibons. Celui-ci a pour objectif que les opérations de financement puissent être menées jusqu'à leur terme en cas d'arrêt d'activité de la plateforme. Il repose, notamment, sur l'identification des opérations de gestion indispensables à la continuité des prestations fournies par la plateforme, la formalisation ou la mise à jour des contrats appropriés, la prévision à l'avance des tests techniques nécessaires à la reprise de ces processus par un tiers en cas d'arrêt de la plateforme et enfin les informations pertinentes à communiquer aux utilisateurs de la plateforme.

## Responsabilité bancaire

### **2. La banque qui soutient abusivement une entreprise peut être responsable en cas d'immixtion, par exemple en cas de transformation de délais de paiement en crédit**

(Com. 10 janv. 2018, n° 16-10.824, Rev. sociétés 2018. 199, obs. P. Roussel Galle)

Même s'il n'est pas destiné à publication, cet arrêt aurait dû l'être dans la mesure où à notre connaissance, il s'agit du premier émanant de la Cour de cassation consacrant une responsabilité d'un fournisseur de crédit sur le fondement de l'article L. 650-1 du code de commerce.

En l'espèce, c'est la responsabilité d'un fournisseur d'aliments de bétail qui a été recherchée pour avoir consenti des crédits à un éleveur dans des conditions il est vrai bien particulières. Il avait accordé des délais de paiement qu'il avait transformés en prêts à des taux de

janvier-mars 2018 - 1 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

5 % largement garantis par des hypothèques et des warrants.

La Cour de cassation retient le crédit fautif, condition préalable à la reconnaissance de responsabilité depuis un arrêt en date du 27 mars 2012<sup>1</sup>. Pour le caractériser la Cour retient en l'espèce que « pour chacun des crédits, la charge de remboursement annuel, en capital et intérêts, excédaient les facultés de paiement du débiteur au regard de ses résultats d'exploitation, que le fournisseur connaissait pour avoir disposé des résultats comptables de l'entreprise ».

La Cour de cassation approuve aussi la cour d'appel d'avoir retenu l'un des cas d'ouverture de l'action en responsabilité, à savoir l'immixtion fautive dans la gestion de l'entreprise. L'immixtion est comprise de manière large dans la mesure où elle est déduite de la transformation de délais de paiement en crédit.

L'arrêt se situe ainsi dans la droite ligne des décisions sanctionnant par le passé,

fournisseurs et banques pour soutien abusif de crédit. Cependant, il est pré-maturé de déduire de la décision que tout octroi de délai est considéré comme une immixtion. C'est même le principe inverse qui doit l'emporter. Pour caractériser l'immixtion, il faut la preuve d'un ensemble d'indices révélant l'emprise du créancier sur son débiteur.

C'est la même filiation qui éclaire le deuxième apport de l'arrêt. La décision de la cour d'appel est en effet cassée pour avoir accordé au demandeur une réparation excessive. Le fournisseur avait en effet été condamné à réparer l'intégralité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif évalué au montant de la créance déclarée par le fournisseur au passif de la procédure collective. Or, pour la Cour de cassation, le fournisseur n'est tenu que de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a contribué à créer. La jurisprudence passée relative au soutien abusif de crédit est ainsi également perpétuée, ce qui est cohérent.

175

## Responsabilité bancaire

### **3. Admission exceptionnelle d'un devoir de conseil. La banque qui prend l'initiative du montage de crédit est tenue d'un devoir de conseil envers l'emprunteur**

(Com. 7 fevr. 2018, n° 16-12.808)

Tout comme le précédent, cet arrêt de rejet n'est pas destiné à la publication. Il faut le regretter, car il est fort riche d'éclairages s'agissant de questions sensibles du droit bancaire.

En l'espèce, un gérant de fait d'une société a souscrit à la demande de la banque deux prêts personnels avec

condition d'affectation des fonds à sa société en grande difficulté. L'un des prêts fut cautionné par le conjoint du dirigeant. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a poursuivi les emprunteurs et cautions qui ont recherché sa responsabilité pour manquement au devoir de conseil et de mise en garde. La cour d'appel leur a donné raison et la

<sup>(1)</sup> JCP E 2012, 1274, note D. Legeais.

**CHRONIQUES**

## Crédit et titres de crédit

Cour de cassation approuve le raisonnement. C'est l'occasion pour la Cour de cassation de préciser les contours des devoirs de conseil, de mise en garde et d'information et de fournir quelques précisions sur le régime applicable à ces obligations.

L'arrêt est en premier lieu digne d'intérêt en ce qu'il consacre en l'espèce l'existence d'un devoir de conseil à la charge de la banque. En principe, la banque qui octroie un crédit n'est pas tenue à un tel devoir. La Cour de cassation l'a affirmé à de nombreuses reprises en s'en justifiant<sup>2</sup>. La banque n'est pas tenue à un devoir d'immixtion dans les affaires de son client et n'a pas à se faire juge de l'opportunité du crédit sollicité.

L'existence d'un devoir de conseil ne saurait dès lors résulter que de circonstances particulières. Ainsi, s'agissant du crédit immobilier à la consommation, il doit être établi une demande de conseil de l'emprunteur. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Mais la Cour relève un élément décisif en faveur de la qualification. C'est à l'initiative de la banque qui reconnaît avoir eu connaissance des difficultés de la société et de l'objectif des prêts que ceux-ci ont été demandés à titre personnel par l'emprunteur avec stipulation expresse d'affectation. La cour d'appel a ainsi pu considérer que la banque avait bien délivré un conseil et qu'elle avait engagé sa responsabilité au titre de ce manquement.

Le rôle actif de la banque est ainsi un élément décisif de la qualification du devoir. Dans la mesure où dans l'échelle des devoirs, celui de conseil est le plus élevé, la qualification retenue n'est pas sans intérêt pour l'emprunteur. La responsabilité de la banque est alors plus facilement admise et le préjudice indemnisé plus important.

Le devoir de conseil, c'est le second enseignement de l'arrêt, peut aussi se cumuler avec le devoir de mise en garde. En l'espèce, le manquement à ce deuxième devoir avait aussi été invoqué et retenu. La cour d'appel avait considéré que le montage initié par la banque avait pour objet d'éviter à cette dernière de financer directement une société en situation irrémédiablement compromise. Il s'agissait en réalité d'un soutien abusif par personne interposée. Certes, le dirigeant de fait avait une connaissance des difficultés de son entreprise et pouvait trouver intérêt au montage. Mais, pour la cour d'appel ce fait ne justifiait pas que la banque puisse se soustraire à ses obligations. La Cour de cassation comme la cour d'appel déduisent de ces éléments que l'emprunteur était non averti. La condition préalable à la reconnaissance du devoir de mise en garde était donc remplie. La Cour relève en effet que des constations et appréciations, « il ressortait que l'emprunteur ne mesurait pas le risque d'endettement né de l'octroi de ces prêts qu'il encourrait en souscrivant à une telle opération ». L'arrêt s'inscrit ainsi dans la suite d'une jurisprudence désormais bien établie. Non seulement, il n'y a pas présomption de caractère averti pour un dirigeant, mais il y a une quasi-présomption de caractère non averti de ce dernier. Pour renverser la présomption, il doit être établi la connaissance du risque qui elle-même ne peut se déduire que de l'expérience de l'emprunteur pour le type de crédit en cause<sup>3</sup>.

Le manquement au devoir de mise en garde étant établi, il fallait en déduire les conséquences. La cour d'appel avait condamné la banque à un montant de 7 millions FCFP ce que l'emprunteur jugeait insuffisant. Mais l'arrêt est confirmé sur ce point. D'une part, la Cour de cassation rappelle sa jurisprudence en

(2) D. Legeais, *Traité des opérations de crédit*, LexisNexis, 2018, 2<sup>e</sup> éd.

(3) V. RTD com. 2017. 625, obs. A. Lecourt, ss Com. 18 janv. 2017, n° 15-12.723, AJ contrat 2017. 122, obs. D. Houtcief ; Rev. sociétés 2017. 282, note J. J. Ansault.

énonçant que « le préjudice né du manquement de l'établissement de crédit à son obligation de conseil ou de mise en garde lors de l'octroi d'un prêt s'analyse en la perte de la chance de ne pas souscrire celui-ci et que la réparation d'une perte de chance, qui doit être mesurée à la chance perdue, ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». L'appréciation du

préjudice est dès lors souveraine de la part des juges du fond. D'autre part, pour limiter le montant des sommes octroyées, la cour d'appel n'a pas à caractériser une faute de l'emprunteur.

Il va de soi que le cumul des manquements au devoir de conseil et de mise en garde ne peut justifier un cumul des indemnisations.

## Crédit à la consommation - Financement des éoliennes et panneaux photovoltaïques

### 4. La banque manque à son obligation de prudence dès lors qu'elle ne vérifie pas si l'attestation fournie justifie de l'exécution parfaite et complète des travaux financés

(Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2018, n° 16-28.138)

Avec celui relatif au TEG, le contentieux lié au financement des panneaux photovoltaïques et des éoliennes est de loin le plus important<sup>4</sup>. C'est que la manne représentée par ces travaux a attiré bon nombre d'entreprises qui sont loin d'être exemplaires et qui sont souvent éphémères. Dans le même temps beaucoup de consommateurs se laissent abuser par des démarches actives et ne mesurent pas toujours la portée des documents qui leur sont soumis à signature. Les juridictions, de leur côté, ont beaucoup de difficultés à trouver un équilibre entre les intérêts en présence. Faut-il sanctionner la banque qui a délivré les fonds au fournisseur en la privant de recours contre l'emprunteur ou faut-il systématiquement protéger l'emprunteur dès lors que la preuve n'est pas établie que les installations fournissent bien le service voulu ? Les circonstances de fait sont elles-mêmes souvent variables. Les contrats

conclus peuvent par exemple prévoir ou non le raccordement au réseau.

177

Les textes, assez clairs<sup>5</sup>, fournissent en réalité une grande marge d'appréciation. Il faut au final déterminer dans quels cas la banque est fautive dans le déblocage des fonds<sup>6</sup>. Plusieurs solutions sont concevables. Il peut être exigé de la banque qu'elle se renseigne auprès de l'emprunteur avant de verser les fonds. Il est possible de considérer que la banque n'est fautive que si des éléments lui permettaient de douter de la bonne exécution des travaux.

C'est dans cette voie que la jurisprudence s'est clairement orientée. Cependant la jurisprudence fait preuve de libéralisme dans cette appréciation.

Elle se doit de vérifier que les conditions du démarchage à domicile ont bien été

(4) M. de Ravel d'Esclapon, *La responsabilisation du prêteur lors de la remise des fonds en matière de crédit affecté*, LPA 28 juill. 2017, p. 23 ; D. Legeais, *Traité des opérations de crédit*, LexisNexis, 2018, 2<sup>e</sup> éd.

(5) C. consom., art. L. 312-44 à L. 312-56.

(6) C. consom., art. L. 312-55.

**CHRONIQUES**

Crédit et titres de crédit

respectées. Elle doit vérifier si le bon de réception produit est de nature à prouver le bon fonctionnement de l'installation. Tel n'est pas le cas s'il est incomplet, s'il est intervenu très vite après la signature du contrat ce qui laisse à penser qu'il a été antidaté. On peut aussi penser que la banque qui finance tous les projets proposés par un fournisseur rencontrant des difficultés devrait être encore plus diligente.

La Cour de cassation s'en tient ainsi à une position médiane ce que relève la lecture de ses derniers arrêts.

Ainsi dans l'arrêt commenté, la Cour casse une décision ayant condamné un emprunteur à rembourser sa banque alors qu'elle avait constaté que la banque, qui n'avait effectué aucun contrôle sur les conditions dans lesquelles les contrats de vente et de crédit avaient été souscrits, avait manqué à son obligation de prudence. Il est par ailleurs exigé des juges du fond qu'ils vérifient si l'attestation de travaux signée par les emprunteurs justifiait, lors du déblocage des fonds, de « l'exécution complète et parfaite de la prestation convenue ».

Les conséquences de l'absence de raccordement sont l'objet d'appréciations différentes. Ainsi, dans un arrêt en date du 11 mai 2017<sup>7</sup>, la Cour de cassation a-t-elle énoncé qu'« il n'incombait pas aux prêteurs de s'assurer de la mise en service de l'installation et que l'emprunteur qui détermine l'établissement de crédit à verser les fonds au prestataire

de services au vu de la signature par lui du certificat de fin de travaux, n'est pas recevable à soutenir ensuite, au détriment du prêteur, que la prestation de service n'a pas été exécutée ».

Cette solution n'est pas partagée par l'ensemble des juridictions du fond. Il est vrai qu'il est difficile pour un profane de constater la bonne installation tant que cette dernière n'est pas raccordée et qu'il est alors permis de constater la production correcte d'électricité. Il est ainsi permis de penser que le déblocage des fonds par la banque dans ce cas de figure est pour le moins imprudent et donc fautif<sup>8</sup>.

La solution est différente si le prêteur devait nécessairement avoir connaissance de la nullité du bon de commande en raison du non-respect des dispositions relatives au démarchage à domicile<sup>9</sup>.

La portée exacte du devoir de vérification imposée au prêteur et dont il doit rapporter la preuve de l'exécution reste cependant encore imprécise. Comme le relève M. de Ravel d'Esclapon, il reste à la Cour de cassation à préciser si la banque doit procéder à des vérifications supplémentaires alors même que l'attestation produite est en apparence sans équivoque. À l'heure d'internet, et pour prévenir toutes difficultés, il est en effet concevable de demander à la banque d'interroger le client avant le déblocage des fonds. Cette procédure serait plus efficace que celle actuelle consistant en une production d'une attestation dont on découvre les nombreuses limites.

(7) Civ. 1<sup>re</sup>, n° 16-13.444  
 (8) Limoges 30 janv. 2018, Juris-Data n° 2018-001337.  
 (9) Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 2017, n° 16-13.273 ; Com. 18 janv. 2017, n° 15-19.349.

## CHRONIQUES

### Ventes, transports et autres contrats commerciaux

Bernard Bouloc  
Professeur à l'École de droit  
de la Sorbonne

#### Vente | Généralités

##### 1. Rappel des conditions de validité d'une promesse de vente

[Civ 3°, 30 nov. 2017, n° 16-15.597]

**Mots clés** | Vente – Promesse de vente – Validité.

179

La cour d'appel d'Aix en Provence, statuant sur renvoi après cassation, était saisie à la demande de la légataire universelle d'une personne ayant signé une promesse de vente, de la nullité de ladite promesse, en raison de l'inexistence du consentement de la personne décédée.

La Cour avait rappelé qu'une convention n'est valable que si la personne est saine d'esprit. Puis elle a procédé à l'examen des pièces médicales versées aux débats, et retenu, par une appréciation souveraine de la valeur des éléments soumis que la preuve de l'altération mentale de la signataire lors de l'établissement de l'acte n'était pas rapportée.

Le demandeur au pourvoi prétendait que la cour d'appel avait opposé d'office l'article 414-2 du code civil, et avait méconnu ce texte, alors que la signa-

taire de la promesse avait invoqué la nullité de son vivant. Mais la Cour de cassation a écarté ce moyen puisque la cour d'appel avait jugé qu'à la date de la signature de la promesse de vente l'altération des facultés mentales n'était pas établie, si bien que l'action de l'héritière en annulation de la vente ne pouvait être accueillie.

Un autre moyen portait sur la nullité de la promesse en raison de la lésion. Mais la cour d'appel avait considéré que l'évaluation de l'immeuble ne reposait pas sur des termes de comparaison pertinents contemporains à la promesse de vente et que le prix proposé et accepté avait été dicté par la loi de l'offre et de la demande. De ces seuls motifs, la cour d'appel avait pu déduire l'absence de faits suffisamment vraisemblables et graves pour faire présumer la lésion.

**CHRONIQUES**

Ventes, transports et autres contrats commerciaux

**2. Obligation de conseil du vendeur professionnel**(Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 2018, n° 16-27.016)**Mots clés |** Vente – Vendeur – Obligation de conseil – Nécessité.

Un acheteur a confié à une société l'installation d'un abri de piscine. Cette société a commandé le matériel à un fabricant.

Le matériel commandé s'est effondré sous le poids de la neige en décembre 2008. Au vu d'un rapport d'expert, désigné en référé, l'acheteur a assigné le vendeur et le fabricant en réparation de son préjudice.

L'acheteur avait été débouté de sa demande portée contre le fabricant. Il contestait cette décision, car il estimait qu'en tant que professionnel il avait manqué à son obligation de conseil.

La Cour de cassation a rejeté cette critique. C'est qu'en effet la cour d'appel avait relevé que l'abri était conforme à la norme AFNOR applicable, qu'il ne présentait aucun défaut de conformité

et que la pose n'était affectée d'aucune malfaçon. En outre, le fabricant du matériel n'avait aucun lien contractuel direct avec l'acheteur et n'avait aucune obligation de conseil.

En revanche, la Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait exonéré le vendeur de toute responsabilité, car il avait fourni un abri conforme à la norme applicable et avait avisé l'acheteur de la nécessité de ne pas laisser la neige s'accumuler sur l'abri.

La chambre civile considère cependant qu'il incombe au vendeur professionnel de démontrer qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue.

180

**Formation****3. Accord sur la chose et le prix**

(Com. 6 déc. 2017, n° 16-17.745)

**Mots clés |** Achat d'électricité produite par des énergies renouvelables – Tarif convenu.

Une société avait fait parvenir à EDF une demande de contrat d'achat d'énergie électrique produite par son installation photovoltaïque conforme aux dispositions d'un arrêté ministériel. Elle reprochait à EDF de retenir que l'achat est soumis à un tarif résultant d'un arrêté de 2010 et non à celui fixe par l'arrêté du 10 juillet 2006.

Elle était déboutée par la cour d'appel et elle forma un pourvoi, en considérant que la Cour avait méconnu l'article 1583 du code civil.

La chambre commerciale a rejeté le pourvoi. Elle indique que le document signé par la société est une demande préalable du contrat type, et que la

janvier-mars 2018 - 1 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

société ne pouvait se prévaloir d'un contrat en cours au moment de l'intervention de l'arrêté du 12 janvier 2010.

La société prétendait aussi qu'EDF n'avait pas respecté l'égalité de traitement avec d'autres entreprises. Mais

outre qu'elle n'établissait pas être dans une situation similaire, la cour d'appel avait retenu que le contrat relevait du tarif prévu par l'arrêté du 12 janvier 2010, de sorte qu'elle ne pouvait pretendre obtenir l'application d'un tarif différent.

#### 4. Obligation de payer à la commande

(Com. 10 janv. 2018, n° 16-21.949)

**Mots clés |** Vente – Résolution – Exigence du paiement à la commande – Manquement contractuel – Absence.

Une société en convention de compte client depuis plus de dix ans avec une autre société, lui a commandé des marchandises. Cette commande n'a pas été livrée, car le vendeur a exigé un paiement à la commande, en invoquant une clause des conditions générales de vente qu'elle n'appliquait pas jusqu'alors. L'acheteur a assigné en résolution de la vente. Celle-ci lui a été octroyée, la cour d'appel ayant en outre considéré que le vendeur avait commis une faute en décidant d'exiger le paiement à la commande.

Sur pourvoi, la chambre commerciale a censuré l'arrêt, car exiger le paiement à la commande sur la base d'une clause des conditions générales de vente ne peut constituer un manquement contractuel.

La solution est justifiée, car même si dans les relations des deux parties, la clause n'avait jamais été invoquée, elle n'était pas pour autant devenue caduque. La mettre en œuvre n'est pas une faute.

181

#### 5. Achat sur internet. Annulation de la commande. Effets

(Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 2018, n° 17-10.255, D. 2018. 165)

**Mots clés |** Vente – Acheteur – Annulation de la commande – Restitution du prix – Augmentation du taux des intérêts.

Une personne, après avoir accepté un devis a commandé sur internet un véhicule Renault avec deux options et a versé un acompte de 10 %. Cinq jours plus tard, elle annule sa commande et demande le remboursement de l'acompte. À défaut d'obtenir la restitution de l'acompte, elle assigne le vendeur et obtient satisfaction.

Le vendeur a formé un pourvoi en cassation qui a été rejeté.

C'est qu'en effet, le véhicule choisi n'était pas un bien personnalisé, faute de travail spécifique effectué par le vendeur, et s'agissant de la vente d'une automobile, le contrat ne constituait pas un contrat d'entreprise au sens de l'article L. 221-25 du code de commerce.

Quant à l'application du taux légal des intérêts avec majoration selon les paliers de l'article L. 221-25, alinéa 2

**CHRONIQUES**

Ventes, transports et autres contrats commerciaux

du code de commerce, c'est une sanction propre à assurer la protection des consommateurs et à garantir l'effectivité

de cette protection, cette sanction est proportionnée et ne porte pas atteinte au droit de propriété.

## Exécution

### **6. Vice apparent lors de la vente**

(Civ. 1<sup>e</sup>, 6 déc. 2017, n° 16-24.614)

**Mots clés |** Vente – Acheteur – Résolution de la vente – Vice apparent lors de la vente – Non résolution.

L'acquéreur d'un véhicule automobile sur internet a reçu un certificat de contrôle technique énumérant les réparations à effectuer. Le véhicule ayant présenté des dysfonctionnements, il a assigné le vendeur en résolution de la vente, restitution du prix et en réparation des préjudices. Il a été débouté par le juge de proximité.

Il s'est pourvu en cassation en invoquant l'article L. 217-5 du code de la consommation sur la garantie de conformité du

bien, car l'annonce mentionnait que le véhicule roulaient bien toutes distances, contrôle technique, et pas de réparation à prévoir.

Mais cette critique a été écartée par la Cour de cassation. En effet, la vente était intervenue sur la foi d'un procès-verbal de contrôle technique faisant état des défauts allégués par l'acquéreur. Celui-ci avait donc connaissance de la nécessité de réparations à effectuer. Il n'y avait pas lieu d'admettre la résolution de la vente.

182

### **7. Vices cachés. Existence**

(Com. 29 nov. 2017, n° 16-14.701)

**Mots clés |** Vente – Vendeur – Obligation – Vices cachés – Existence – Portée.

Une société a vendu à une autre du gasoil. Des pannes ayant affecté les véhicules après utilisation du carburant, l'acheteur a fait procéder à des prélèvements et obtenu une expertise judiciaire. Il a ensuite assigné son fournisseur en réparation des préjudices sur le fondement de la garantie des vices cachés.

La cour d'appel avait débouté l'acquéreur. Celui-ci a formé un pourvoi, en faisant valoir une dénaturation du

rapport d'expertise, une violation des articles 1645 et 1641 du code civil.

La chambre commerciale a fait droit aux moyens proposés. Elle décide que la cour d'appel aurait dû tenir compte de l'addendum au rapport d'expertise qui concluait à un produit mal mélangé, ce qui n'était pas une simple hypothèse.

Par ailleurs, la société ayant fourni le gasoil était un vendeur professionnel,

janvier-mars 2018 - 1 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

de sorte qu'elle était réputée connaître les vices cachés de la marchandise vendue. Enfin, puisque l'expert avait exclu qu'une défaillance soit survenue lors du transport et du stockage du gasoil, chez l'acquéreur, la cour

d'appel aurait dû en tirer toutes conséquences.

La cour d'appel de Colmar aura à se prononcer sur ces questions qui ont donné lieu à deux arrêts de cassation.

## 8. Vices cachés. Indemnisation des préjudices

[Civ. 1<sup>e</sup>, 17 janv. 2018, n° 16-21.720]

**Mots clés |** Vente – Vendeur – Obligations – Vices cachés – Indemnisation des préjudices.

Des époux ont acquis une chaudière à granulés de bois auprès de Leroy Merlin. À la suite de l'installation par un sous-traitant, la chaudière a présenté un début d'incendie. Après le dépôt d'un rapport d'un expert désigné en référé, les époux ont demandé au vendeur des dommages-intérêts en réparation de leur préjudice, le vendeur ayant appelé le sous-traitant en garantie.

Les acquéreurs ont obtenu une indemnité de 10388,96 euros correspondant à la perte de la chaudière et au coût des travaux d'installation. Mais, ayant dû acquérir une chaudière équivalente, d'un prix plus élevé, ils contestaient la décision de la cour d'appel qui avait estimé que la réparation du préjudice ne pouvait conduire à un enrichissement, le préjudice matériel ne pouvant être au mieux que la perte de la marchandise et du coût des travaux.

Ils estimaient que le propre de la responsabilité civile est de rétablir l'équi-

libre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit.

La chambre civile n'a pas accueilli le moyen. Ce dernier ne tendait qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel de l'existence et du montant du préjudice subi par les acquéreurs.

Le vendeur avait de son côté formé un pourvoi incident, car la cour d'appel avait mis hors de cause le sous-traitant, sans tenir compte des conclusions par lesquelles le vendeur invoquait la responsabilité du sous-traitant qui était tenu d'une obligation de résultat et d'une obligation de conseil envers lui du fait de la possession de la fiche de mise en service.

La Cour de cassation n'a pu que censurer l'arrêt qui avait rejeté l'appel en garantie formé par le vendeur.

183

**CHRONIQUES**

Ventes, transports et autres contrats commerciaux

**9. Découverte d'une transformation d'un bateau. Indemnisation**(Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2017, n° 16-24.127)

**Mots clés |** Vente – Vendeur – Vente d'un bateau transformé – Préjudice d'immobilisation  
– Lien de causalité – Nécessité.

Un marin pêcheur a acquis un bateau de pêche. Il a découvert que le bateau avait été allongé d'un caisson. Aussi, il a assigné le vendeur et la société ayant réalisé les travaux de transformation, en paiement de dommages-intérêts.

Il a été débouté bien qu'il ait fait valoir que les caractéristiques ne correspondaient pas à la convention des parties et que le navire était impropre à la navigation puisqu'il ne remplissait pas les conditions réglementaires exigées suite à la jumboïsation.

Mais la cour d'appel avait noté que l'acquéreur n'avait fourni aucune précision sur le coût éventuel des régularisations

administratives consécutives à la découverte des dimensions réelles du navire. De plus, ces formalités avaient été effectuées pendant que le navire faisait l'objet d'une immobilisation en raison de travaux de structure.

De ce fait, la cour d'appel avait pu juger qu'aucun désordre ne pouvait être imputé avec certitude aux travaux d'allongement du navire réalisés avant la vente et qu'il n'était pas établi que les factures de travaux versées aux débats aient été relatives à des avaries causées par la médiocrité de réalisation des travaux d'allongement.

Le pourvoi de l'acquéreur a donc été rejeté.

184

**10. Résolution pour inexécution. Maintien des clauses du contrat**

(Com. 7 févr. 2018, n° 16-20.352, D. 2018. 294)

**Mots clés |** Vente – Vendeur – Inexécution contractuelle – Indemnisation de l'acheteur  
– Clause limitative de responsabilité – Maintien.

Une société avait procédé à la vente et à l'installation d'une chaudière et d'une centrale. En raison de fuites, elle était amenée à effectuer des réparations. Mais après de nouvelles fuites, l'acheteur a fait effectuer une expertise judiciaire, laquelle a conclu que les fuites étaient imputables aux soudures effectuées. L'acheteur a assigné l'installateur de la chaudière en résolution du contrat, restitution et paiement de dommages-intérêts en réparation de ses préjudices matériels et de ses pertes d'exploitation.

La cour d'appel de Nancy avait fait droit à ces prétentions et condamné le ven-

deur à payer 761253,43 euros à titre de dommages-intérêts, sans tenir compte de la clause limitative de responsabilité insérée dans le contrat.

Pour la cour d'appel, la résolution de la vente emportait anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses dans leur état antérieur, si bien qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la clause limitative de responsabilité.

Le vendeur mécontent a formé un pourvoi en cassation, car la résolution de la vente n'emporte pas anéantissement du contrat et des clauses qu'il comporte.

janvier-mars 2018 - 1 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

La chambre commerciale a accueilli cette critique en décidant que la résolution d'un contrat pour inexécution laisse subsister les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution.

Ce faisant, la chambre commerciale adopte, semble-t-il une solution nouvelle. En effet, le 20 mai 2012 (Bull. civ. IV, n° 86) elle avait décidé que le contrat résolu étant anéanti, la société

n'était pas fondée à se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de la résiliation unilatérale par l'autre partie. Il n'y avait d'exception à cette règle qu'en cas de contrats à exécution successive, par exemple un contrat de crédit-bail<sup>1</sup>.

En tout cas, la solution admise aujourd'hui fait une distinction entre la résolution de l'acte juridique et le maintien de l'instrumentum.

## Droit de rétention

### 11. Droit de rétention opposé au vendeur

[Civ. 1<sup>e</sup>, 20 déc. 2017, n° 16-24.020]

**Mots clés |** Droit de rétention – Marchandises déposées chez un tiers par l'acheteur – Opposabilité au vendeur – Obligation d'indemniser.

185

Une société avait vendu, avec une clause de réserve de propriété, une unité de désorption thermique qui a été entreposée sur une parcelle appartenant à des tiers en exécution d'un bail verbal. L'acheteur ayant été placé en liquidation judiciaire sans avoir payé la totalité du prix de vente, le vendeur a obtenu du juge commissaire une ordonnance l'autorisant à reprendre son matériel, du fait de la demande en revendication.

Les tiers détenteurs du matériel ont agi contre le vendeur pour obtenir la libération de leur parcelle et une indemnité d'occupation ayant couru depuis la résiliation judiciaire du contrat de bail, en se prévalant de leur droit de rétention.

La cour d'appel de Riom a autorisé le vendeur à enlever le matériel en le condamnant à payer 25 234 euros au

titre de l'indemnité d'occupation depuis janvier 2012, mais il a condamné les détenteurs à 10 000 euros de dommages-intérêts en raison de la faute commise en retardant injustement l'enlèvement de la marchandise.

Les détenteurs du matériel ont formé un pourvoi en cassation, car ils étaient en droit de s'opposer à la restitution du matériel tant qu'ils n'avaient pas été intégralement payé de leur créance d'indemnité d'occupation, née du fait de la détention du matériel, et ils ne pouvaient avoir commis aucune faute en s'opposant légitimement à la restitution du matériel.

La Cour de cassation a fait droit à cette prétention. Elle a rappelé les termes de l'article 2286 du code civil, savoir que le droit de rétention est un droit réel, oppo-

(1) V Cass., ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 87-17.044 Bull. civ., n° 3 ; RTD civ. 1991. 325, obs. J. Mestre ; RTD com. 1991. 440, obs. B. Bouloc D. 1991. 121, note Larroumet ; JCP 1991.II 21642 note D. Legeais.

**CHRONIQUES**

Ventes, transports et autres contrats commerciaux

sable à tous, y compris aux tiers tenus à la dette et peut être exercé pour toute créance ayant pris naissance à l'occasion de la chose retenue.

Le vendeur pourra donc être tenu de verser une indemnité d'occupation pour la période antérieure au jour où il est redevenu propriétaire du matériel vendu.

## Transports

### **12. Obligation du transporteur de vérifier le poids de la marchandise**

(Com. 29 nov. 2017, n° 16-23.105)

**Mots clés |** Transports terrestres – Marchandises – Transporteur – Responsabilité – Accident lors du transport.

186

Une société a confié à un transporteur le soin d'acheminer plusieurs machines. Un accident a causé la chute de celles-ci au cours du transport. Après une expertise en référé, la société a assigné le transporteur en réparation de ses préjudices.

La cour d'appel de Limoges a fait droit à cette prétention. Le transporteur a contesté cette décision, car selon l'article 3 du contrat type approuvé par un décret du 6 avril 1999, il appartient au donneur d'ordre d'informer le transporteur du poids des marchandises, la cour d'appel ayant considéré que le transporteur devait rechercher le poids exact des machines.

Mais la cour d'appel après avoir énoncé que si l'article 3-1 du contrat type de transports publics routiers de marchandises prévoit que le donneur d'ordre doit informer le transporteur du poids des marchandises, l'article 7-2 du même

contrat type impose au transporteur de fournir au donneur d'ordre toutes informations utiles pour une répartition équilibrée de la marchandise. Or le transporteur avait été négligent dans la vérification du poids exact de la marchandise, de sorte qu'une surcharge de 1,5 tonne a été constatée par l'expert et que celle-ci a été de nature à modifier le comportement du camion. De plus, l'arrêt avait retenu que le chauffeur avait négocié un virage à angle droit, à une vitesse excessive compte tenu de la configuration des lieux et de la capacité du véhicule en raison du poids du chargement.

Du fait de ces constatations et appréciations, il résultait que l'absence d'information sur le poids du chargement par le donneur d'ordre n'avait pas, en l'espèce, exonéré le transporteur de sa responsabilité. Ce dernier était donc responsable du dommage causé à la marchandise.