

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

Institutionnalisation

1. Les monnaies complémentaires

(Rép. min. n° 7077 du 10 juill. 2018 ¹ ; CAA Bordeaux, ord. réf., 4 mai 2018, n° 18BX01306)

Parfois anciennes hors de France ², les monnaies locales et complémentaires (ci-après « MLC ») s'y sont développées depuis une vingtaine d'années dans le but de favoriser le développement local et de lutter contre la spéculation. Voisines par certains aspects des systèmes d'échanges locaux ³, elles en constituent une version moins radicale puisque monétaire, mais aussi plus puissante puisque plus facilement extensible. Mises en place par des militants de l'économie sociale et solidaire, les MLC ont naturellement été rattachées à ce secteur, voire ce mouvement. C'est ainsi que la loi économie sociale et solidaire de 2014 a constitué pour elles une fenêtre par laquelle elles sont entrées dans le droit ⁴, plus prosaïquement dans le code

monétaire et financier ⁵. Or la portée de cette consécration n'a pas encore été pleinement élucidée et les pouvoirs judiciaire et exécutif viennent nous rappeler qu'ils sont les premiers à fixer le cadre flou esquissé par le législateur.

Le cœur de la question actuelle porte sur les limites à la participation des collectivités territoriales aux dispositifs de MLC. Compte tenu de l'objectif principal de développement local, il n'est pas surprenant qu'elles y soient parfois partie prenante, mais leur implication peut varier en intensité et certaines initiatives se sont heurtées aux objections de l'administration, et jusqu'à maintenant avec le soutien des juges. Le point de départ de la discussion se trouve dans la

723

- (1) *Moyens de paiement - Les monnaies locales et complémentaires*, Rép. min. n° 7077, JO AN(Q) n° 28, 10 juill. 2018, p. 6061, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-7077QE.htm>.
- (2) La plus fréquemment citée est le wir en Suisse, créé en 1934 et toujours actif.
- (3) R. Libchaber, *L'actualité du non-droit : Les systèmes d'échanges locaux*, RTD civ. 1998, 800 ; Q. Guiguet-Schiélé, *Repenser l'échange*, RTD civ. 2013, 539.
- (4) Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (JO n° 0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666), art. 16 ; Les monnaies complémentaires, les systèmes d'échanges locaux et les nouvelles monnaies - Veille, JCP A 2015, Actu. 368.
- (5) C. mon. fin., art. L. 311-5 et L. 311-6.

RTDCom. - ③ - juillet-septembre 2018

Imprimé par Tous droits réservés

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

contestation par l'État d'une convention signée entre la commune de Bayonne et une association, pour permettre le paiement à la commune et par la commune de certaines sommes en euskos⁽⁶⁾, sous certaines conditions. Le préfet a saisi le juge des référés pour faire opposition à la délibération du conseil municipal qui avait autorisé la convention et conséquemment faire échec à cette dernière. En première instance, le juge des référés n'a pas fait droit à la contestation du préfet, mais celui-ci a fait appel de la décision et la cour d'appel de Bordeaux lui a finalement donné raison. Certes, il s'agit d'une décision en référés, si bien qu'elle ne vaut que reconnaissance du doute sérieux de validité, mais elle offre l'occasion de porter un regard sur cette importante question.

Voici la position de la cour administrative d'appel de Bordeaux :

« Il ressort des stipulations de cet acte que, sur demande de membres du conseil municipal, d'associations ou d'entreprises disposant d'un compte en euskos, la commune de Bayonne s'engage à payer certaines dépenses libellées en euskos en réalisant un virement en euros à l'association Euskal Moneta-Monnaie locale du Pays Basque qui opère la conversion du paiement en euskos et le règlement en monnaie locale sur le compte en euskos du destinataire du paiement, tenu par l'association. Il est vrai qu'en dépit de l'intitulé du 4 de la convention, la commune ne s'engage pas à régler directement certaines dépenses en euskos. Néanmoins, il résulte de ces stipulations que, quand bien même le bénéficiaire du paiement aura préalablement donné mandat à l'association pour recevoir celui-ci et devra fournir au comptable de la commune un "relevé d'identité euskos" indiquant son numéro de compte en euskos auprès de l'association, le caractère libératoire du paiement de la dépense publique dépendra

de l'intermédiation de l'association alors que celle-ci n'est pas au nombre des organismes habilités par convention à régler certaines dépenses publiques en vertu de l'article L. 1611-7 du code général des collectivités territoriales. Il est en outre constant que la loi du 31 juillet 2014 n'a pas autorisé spécifiquement une dérogation aux règles de compétence en matière de comptabilité publique habilitant cette forme, même indirecte, de paiement des dépenses de la collectivité en monnaie locale ».

La discussion suppose de prendre position sur la portée de la loi de 2014 sur la qualification des MLC, ainsi que sur l'éventuelle marge de manœuvre que laisse subsister la rigidité du droit des finances publiques. Sur le premier point, la loi n'est pas claire, et même l'usage fait du terme de monnaie est susceptible de créer de la confusion puisque la seule monnaie envisagée par le code monétaire et financier est l'euro, sous ses diverses formes⁽⁷⁾. Disons-le d'emblée, la MLC n'est pas une monnaie à part entière. Mais alors, quelle est sa place dans le droit monétaire et financier⁽⁸⁾ ? *A minima*, le billet de MLC constitue un titre de créance de restitution des fonds remis à l'émetteur lors de la mise en circulation.

Mais cette description est insuffisante, puisque ce titre de créance a vocation à circuler au sein des membres du réseau, et même à avoir une portée libératoire, dans la mesure où la participation au réseau emporterait acceptation anticipée de cette dation en paiement, parfaitement valide au regard du droit civil. Mais faut-il aller jusqu'à y voir un instrument de paiement au regard du droit bancaire ? La création d'un chapitre spécial au sein du code monétaire et financier n'y incite pas. Il semble que la comparaison avec les chèques cadeaux ou les bons d'achat soit éclairante, d'autant plus que la jurisprudence y a adopté une

724

(6) La monnaie locale.

(7) C. mon. fin., art. L. 111-1 s.

(8) H. Pillard, Monnaies locales complémentaires et droit bancaire, RD banc. fin. 2015, p. 21-25.

position ferme⁹, et l'autorité de contrôle prudentiel a suivi cette voie. La question la plus brûlante est toutefois ailleurs, et c'est certainement ce qui brouille la réponse à notre propre question. En effet, la demande des acteurs du secteur, et l'objectif principal de la loi de 2014¹⁰, consistait surtout à permettre aux émetteurs gestionnaires de ces MLC d'échapper au statut de banques dont la réglementation est pour le moins dissuasive. Ils n'y sont soumis qu'à la condition que cette « émission ou gestion de ces titres relèvent des services bancaires de paiement »¹¹. Or l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution se fonde sur la jurisprudence précitée et considère que les coupons relevant de la réglementation bancaire, entendons leurs émetteurs, doivent se soumettre au statut des banques lorsqu'ils sont remboursables, fractionnables ou permettent un rendu de monnaie¹². C'est donc une question de cas par cas. Mais la question présente est différente et, quoique théoriquement liée, force est de constater que les juges ne s'y sont pas appesantis, exclusivement focalisés sur le droit budgétaire public.

De ce côté-là, on se trouve face au décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, l'arrêté du 24 décembre 2012 portant application des articles 25, 26, 32, 34, 35, 39 et 43 dudit décret et l'article L. 1611-7 du code des collectivités territoriales. Les deux premiers textes déterminent les modes de paiement que peuvent utiliser les personnes publiques, tandis que le dernier article délimite les intermédiaires auxquels les collectivités territoriales peuvent recourir comme intermédiaires pour exécuter les paiements. La question est donc d'abord de

savoir si les virements en euros effectués à l'association constituent des paiements ou une modalité de recours à un intermédiaire pour le paiement. La cour administrative d'appel penche clairement pour la seconde analyse puisqu'elle dénie à l'association de constituer un intermédiaire habilité par ledit article L. 1611-7, ce qui est tout à fait exact dans la mesure où, en substance, ce texte exige la présence chez l'intermédiaire d'un comptable public, ce qui n'est certainement pas le cas pour l'association. Pour sauver le montage imaginé pour l'utilisation de la MLC, il faut donc établir que le virement constitue un paiement pur et simple. Or l'article 36 du décret précité dispose que « le paiement est libératoire lorsqu'il est fait au profit du créancier ou de son représentant qualifié »¹³. La question devient donc : est-ce que l'association peut être considérée comme un représentant qualifié ? Ceci ne peut s'inférer des relations entre la commune et l'association, mais entre l'association et le créancier de la commune, ce sur quoi nous n'avons aucun élément, et qui peut-être figure dans les statuts de l'association ou tout document contractuel, voire dans la convention entre la commune et son créancier. Si cette précaution n'a pas été prise, le virement ne peut constituer un paiement libératoire et on retombe sur l'écueil du statut d'intermédiaire. Mais si le paiement a bien été fait à un représentant qualifié, il reste à vérifier qu'il a pris une forme autorisée. Il n'y a aucun doute sur ce point, puisque le paiement fait à l'association est en euros.

Il nous semble au final que le débat s'est focalisé à tort sur la question de la MLC, qui ne serait en cause que si la commune avait voulu payer son créan-

- (9) Com. 6 juin 2001, n° 99-18.296, Bull. IV 2001, n° 111, p. 101 ; D. 2001. 2124, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2002. 635, obs. D. R. Martin ; RTD com. 2001. 741, obs. M. Cabrillac ; JurisData n° 2001-009961 ; F. Ghilain, *Jurisprudence-Chèques*, Gaz. Pal. 2001, n° 256, p. 9 ; S. Mornet, *Chèques*, Gaz. Pal. 2001, n° 361, p. 31.
- (10) En ce sens, v. l'amendement CE342 au projet de loi proposé par B. Allain et qui a suscité des débats très intéressants devant l'Assemblée nationale à sa 2^e séance publique du 14 mai (203^e séance ordinaire, JO AN n° 43 (C.R.), 2014, p. 3062 s.).
- (11) C. mon. fin., art. L. 311-6.
- (12) Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, *Les monnaies locales*, Rev. ACPR 2013, n° 14, p. 14-15.
- (13) Décr. n° 2012-1246 du 7 nov. 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JO n° 0262 du 10 nov. 2012, p. 17713), art. 36.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

cier sous cette forme, ce qu'elle n'a juridiquement pas fait. Ce n'est que dans cette analyse erronée que la question de l'abrogation implicite du décret de 2012 et de son arrêté d'application, invoquée par la commune, mériterait d'être discutée. Or il ne nous semble pas évident que la consécration législative de la MLC opère nécessairement cette abrogation.

Certes, l'article 34 du décret précité autorise le paiement par tout moyen ou instrument de paiement prévu par le code monétaire et financier, dans des conditions précisées par le ministre, ici par l'arrêté d'application. Le décret demeure donc tout à fait valide dans sa généralité. La question est plus discu-

table pour l'arrêté, puisque celui-ci ne vise pas tous les moyens et instruments de paiement du code, si on admet que la MLC constitue l'un d'eux. Si on admet que l'eusko est une MLC, la commune pourrait donc payer sous cette forme en dépit de la lettre de l'arrêté, mais l'association devrait se soumettre au statut des banques, ce qu'elle n'a de toute évidence pas fait. Bref, seul un montage par lequel le créancier de la commune fait de l'association au cœur de la MLC son représentant qualifié est de nature à sauver l'opération. Et on ne peut attendre d'évolution réglementaire si on se réfère à la réponse ministérielle récente sur la MLC qui atteste plutôt d'une réticence à son égard¹⁴.

Gouvernance

726

2. Statut du réviseur

Si la révision constitue un mécanisme spécifiquement coopératif¹⁵, le réviseur n'en est pas moins un organe structurant du secteur coopératif et plus largement un possible modèle pour les intervenants extérieurs qui apportent un regard neutre sur l'entreprise ; qu'on songe par exemple à la structure chargée de l'évaluation de l'impact pour les financements liés à l'impact social, quand bien même ce mécanisme serait pour l'instant exclusivement contractuel¹⁶. Le réviseur est en effet doté d'un statut propre¹⁷, soumis à agrément, même s'il ne s'agit pas d'une profession réglementée au même titre que les commissaires aux comptes. Avec

la généralisation de la révision coopérative, un relatif engouement s'est déclenché pour ce statut, notamment parmi les experts-comptables et les commissaires aux comptes. Les prestations d'expert-comptable étant de nature conventionnelle, c'est-à-dire dont le contour est défini par l'accord du client et du professionnel, ils se trouvent dans une situation différente de celle du commissaire aux comptes puisque ce dernier remplit une mission légale. En raison de leur devoir d'impartialité et d'indépendance, les commissaires aux comptes peuvent s'interroger sur la compatibilité de leur mission avec celle du réviseur, et le Haut conseil

(14) *Moyens de paiement - Les monnaies locales et complémentaires*, Rép. min. n° 7077, préc.

(15) D. Hiez, *Sociétés coopératives*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n°s 22352.00 s.

(16) Initiative du gouvernement sur le modèle des *social impact bonds*, <https://www.economie.gouv.fr/contrat-impact-social>.

(17) Décr. n° 2015-706 du 22 juin 2015 pris en application des art. 25-1 à 25-5 de la loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération et relatif aux conditions d'agrément des réviseurs coopératifs et aux conditions et modalités d'exercice de leurs fonctions (JO n° 0144 du 24 juin 2015, p. 10362).

du commissariat aux comptes (ci-après « HCCC » ou « H3C ») a donc rendu un avis à cet égard⁽¹⁸⁾. Il adopte une double position : d'une part les deux statuts ne sont pas incompatibles, d'autre part les deux ne peuvent effectuer de mission dans une même coopérative.

Le premier point ne soulevait pas d'importantes discussions. Le réviseur et le commissaire aux comptes sont soumis l'un et l'autre à des devoirs qui découlent de leur statut, et il leur appartient de les respecter dans l'exercice de leurs fonctions respectives. Les réviseurs ont pour mission de « vérifier la conformité de leur organisation et de leur fonctionnement aux principes et aux règles de la coopération et à l'intérêt des adhérents, ainsi qu'aux règles coopératives spécifiques qui leur sont applicables et, le cas échéant, à leur proposer des mesures correctives »⁽¹⁹⁾, tandis que les commissaires aux comptes ont « pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur »⁽²⁰⁾. Rien ne s'oppose à ce qu'une même personne soit alternativement l'un et l'autre.

Sur le second point, le HCCC conclut à l'incompatibilité des missions dans une même coopérative. Mais, selon lui, l'incompatibilité ne vaut pas tant pour le réviseur que pour le commissaire aux comptes. Certes, le réviseur se voit garantir son impartialité à l'égard de la coopérative, notamment par l'incompatibilité de fonctions de dirigeant, salarié ou prestataire rémunéré en amont et en aval de sa mission de révision⁽²¹⁾. Le commissaire aux comptes est *stricto sensu*

un prestataire rémunéré, mais il exécute une mission légale et est tenu par des règles de déontologie. En revanche, le commissaire aux comptes ne pourrait de son côté être en même temps réviseur dans la même coopérative.

Le Haut conseil a ensuite relevé que « l'objectif assigné au réviseur coopératif par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 consistant à opérer des vérifications dans l'intérêt des adhérents de la coopérative et à proposer, le cas échéant, des mesures correctives, est incompatible avec les règles régissant l'exercice de la mission d'intérêt général du commissaire aux comptes, en particulier les dispositions des articles 4 "Impartialité" et 5 "Indépendance et prévention des conflits d'intérêts" du code de déontologie ».

Le raisonnement a de quoi surprendre. Il sous-entend que la mission du réviseur serait partielle, puisque dans l'intérêt des coopérateurs, tandis que celle du commissaire aux comptes serait empreinte d'intérêt général. Autrement dit, le réviseur serait partial et ceci empêcherait le commissaire aux comptes qui aurait effectué une révision de conserver toute son indépendance pour exécuter sa mission propre. Cette opposition peut se comprendre dans la perspective corporatiste⁽²²⁾, mais on peut se demander si elle ne résulte pas tout de même d'une méconnaissance du droit coopératif et, par ricochet, de la révision coopérative. Le réviseur n'est pas au service des coopérateurs contre la coopérative, il n'est au service de personne, il lui appartient de veiller au respect des règles et principes de la coopération. Mais à partir du moment où la définition de la coopérative consiste dans la satisfaction des intérêts économiques et sociaux des coopéra-

(18) Avis rendu par le H3C : possibilité d'exercer concomitamment au sein d'une même coopérative les missions de commissaire aux comptes et de réviseur coopératif du 19 juin 2018, www.h3c.org/fiches/avis190618.htm.

(19) Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération (JO n° 0214 du 11 sept. 1947, p. 9088), art. 25-1.

(20) C. com., art. L. 823-10.

(21) Décr. n° 2015-706, préc., art. 6.

(22) Et il n'y a là aucun jugement critique de notre part dans ce terme.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

teurs, le respect de ces règles et principes requiert de veiller aux intérêts des coopérateurs. C'est la spécificité de la coopérative qui explique et justifie l'existence même du réviseur, et sa mission n'est donc pas moins d'intérêt général que celle du commissaire aux comptes.

Mais sans doute n'y a-t-il dans l'avis du HCCC qu'une maladresse de rédaction. En effet, l'objet de la mission du commissaire aux comptes et du réviseur diffère. Il ne nous semble pas qu'elles soient juridiquement incompatibles, elles seraient plutôt complémentaires. Certes, le réviseur a d'abord pour vocation d'éclairer les coopérateurs afin de les aider à ce que leur coopérative soit authentiquement coopérative,

alors que le commissaire aux comptes a pour objectif d'assurer la crédibilité des comptes sociaux pour les tiers. Mais les possibles sanctions qui peuvent faire suite au rapport de révision et les pouvoirs du réviseur, voire ses devoirs, attestent que sa mission a bien elle aussi un intérêt général.

Il ne nous semble donc vraiment pas qu'il y ait incompatibilité, encore qu'on comprenne la réserve du HCCC. C'est sans doute une charge accrue pour la coopérative, qui croirait certainement ne pas avoir double travail s'il n'y avait qu'une personne pour deux fonctions ; c'est inversement la garantie que le réviseur ne sera pas tiraillé vers la dimension strictement financière et comptable.

Relations entre l'entreprise et ses membres

728

3. Coopérative de commerçants et groupe

(Montpellier, 4^e ch. soc., sect. A, 9 mai 2018, n° 14/06911 ²³)

La définition du groupe en matière coopérative fait débat depuis longtemps et il est loin d'être clos ²⁴. Il ressurgit en droit du travail à travers la question du périmètre du groupe au sein duquel les difficultés de l'entreprise doivent être appréciées pour justifier un licenciement économique ²⁵, ou au sein duquel s'opère l'obligation de reclassement, que ce soit à la suite d'un licenciement économique ²⁶ ou pour inaptitude ²⁷. Or la jurisprudence, au moins les juges du fond, ont une appréciation extensive du

groupe en matière coopérative et celle-ci mérite d'être examinée de plus près.

Pour reprendre la dernière affaire en date, un salarié d'une enseigne de la grande distribution membre d'une coopérative de commerçants, articulée avec des contrats de franchise, est licencié pour inaptitude et se pose une question de reclassement. Pour définir le groupe au sein duquel il aurait dû être recherché, la cour d'appel relève que l'employeur appartient à un groupement

(23) L. Fin-Langer, Le groupe, une notion fonctionnelle pour la chambre sociale en matière de licenciement économique (comm. ss Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, publié au *Bulletin*, arrêt n° 2042, JurisData n° 2016-023983), Rev. proc. coll. 2017, n° 3, comm. 79 ; F. Taquet, Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés (comm. ss Soc. 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.405, JurisData n° 2017-001532), Rev. proc. coll. 2017, n° 3, comm. 80.

(24) D. Hiez, *Sociétés coopératives*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 532.00 s.

(25) C. trav., art. L. 1233-3.

(26) C. trav., art. L. 1233-4.

(27) C. trav., art. L. 1226-2.

juillet-septembre 2018 - 3 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

« qui rassemble des sociétés franchisées, au sein duquel les entreprises sont étroitement liées par des intérêts communs, des politiques communes d'approvisionnement et de prix et une communauté d'organisation et que cette communauté d'organisation permet une permutabilité des postes entre elles, s'agissant de structures fonctionnant de manière identique et offrant le même type d'emplois ». Elle en conclut que l'employeur aurait dû rechercher le reclassement au sein du groupe et déclarer le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Cette décision peut se prévaloir de plusieurs précédents. D'abord, la cour d'appel de Bordeaux²⁸ qui avait affirmé que « La recherche des possibilités de reclassement du salarié doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. L'activité dans le cadre d'un contrat de franchise n'emporte pas à elle seule la démonstration de l'absence de possibilité d'une telle permutation du personnel ». La recherche de reclassement a également été admise entre plusieurs associations regroupées au sein d'un pôle de compétitivité, dans la limite de la permutabilité du personnel, critère auquel se mêle l'élément de secteur d'activité²⁹, et plus récemment pour des associations catholiques par le critère de permutabilité³⁰. On trouve d'autres

hypothèses de réseaux coopératifs considérés comme groupe pour l'obligation de reclassement, sans que la question n'ait été discutée : une coopérative agricole et ses filiales³¹ ; la caisse régionale de Crédit Agricole Sud Rhône Alpes³². Et on sait que la même extension vaut pour les réseaux de franchise³³.

La Cour de cassation a pourtant explicitement refusé de considérer le réseau coopératif comme un groupe à propos de l'appréciation des difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement économique, dans une hypothèse déjà de grande distribution³⁴. Elle y affirmait « que le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante » et relevait qu'« il n'existait pas de lien capitalistique entre les sociétés ni de rapport de domination d'une entreprise sur les autres ». Une solution voisine, moins nette, avait été retenue pour une banque coopérative³⁵. Pourtant, il n'y a certainement pas de contradiction entre ces diverses décisions, puisqu'on retrouve la même opposition à propos des groupes de sociétés capitalistes, la Cour de cassation ayant d'abord admis qu'il n'y avait pas lieu de s'en tenir au secteur d'activité³⁶ puis l'existence d'un groupe pour le reclassement dès lors qu'il y a permutabilité, en dehors de tout lien juridique³⁷.

Cette interprétation semble confirmée par un arrêt de cassation de 2017³⁸ qui

(28) Bordeaux, ch. soc., 16 févr. 2017, n° 15/04341.

(29) Angers, ch. soc., 28 avr. 2015, n° 13/00651.

(30) Rennes, 8^e ch. prud'homale, 12 janv. 2018, n° 15/03389, JurisData n° 2018-000261.

(31) Soc. 9 juill. 2015, n° 14-12.801, inédit.

(32) Soc. 7 févr. 2018, n° 16-17.302, inédit.

(33) M. Chagny (dir.), *Le Lamy droit économique*, 2018, n° 4436.

(34) Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, publié au *Bulletin*, arrêt n° 2042, D. 2017. 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier ; *ibid.* 840, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 881, obs. D. Ferrier ; *Rev. sociétés* 2017. 243, note F. Petit ; Dr. soc. 2017. 221, étude M. Gadrat ; RDT 2017. 44, obs. M. Kocher ; JurisData n° 2016-023983.

(35) Soc. 10 mai 2016, n° 14-27.976, inédit.

(36) Soc. 22 janv. 2014, n° 12-19.099, inédit ; F. Taquet, Périmètre de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un groupe de sociétés, *Rev. proc. coll.* sept.-oct. 2014 ; F. Taquet, Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés, *Rev. proc. coll.* mai-juin 2017 ; Soc. 12 mars 2014, n° 12-28.508, inédit.

(37) Soc. 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.405, inédit, JurisData n° 2017-001532 ; F. Taquet, Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés, *préc.*

(38) Soc. 14 juin 2017, n° 15-27.777, inédit.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

avait reproché à une cour d'appel de ne fonder l'existence d'un groupe pour l'obligation de reclassement que sur le constat « que les entreprises adhérentes au groupement coopératif de commerçants [...] s'engageaient à respecter la politique commerciale de l'enseigne qu'elles représentaient et que le réseau adoptait une coopération en matière de recrutement et de formation », « sans rechercher si l'organisateur du réseau de distribution auquel appartenait l'en-

treprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel ».

Tout ceci est remis en cause par les dernières ordonnances³⁹, en attendant la prochaine modification. En tout cas, cela confirme la plasticité de la notion de groupe, sa conception très fonctionnelle, et ramène à la modestie celui qui cherche à en dégager une définition unitaire, sinon essentialiste⁴⁰.

Activités

4. Les associations considérées comme pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics

[Com. 7 mars 2018, n° 16-13.138]

730

Si le lien entre marchés publics et économie sociale et solidaire est souvent mis en avant, c'est à propos des clauses sociales ou environnementales, censées favoriser les soumissions des entreprises du secteur. Mais cette attention exclusive fait perdre de vue que l'entreprise d'économie sociale et solidaire est susceptible de se situer de l'autre côté de la barrière, c'est-à-dire d'être considérée comme un pouvoir adjudicateur. En substance, la définition des personnes soumises aux règles des marchés publics n'a pas évolué récemment⁴¹. Certes, la législation des marchés publics a été totalement revue par l'ordonnance du 23 juillet 2015⁴², mais celle-ci n'a pas modifié la définition des

personnes morales de droit privé qui y sont soumises⁴³ : « les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur »⁴⁴. Pourtant, on sent plus qu'un frémissement, et un auteur averti a pu considérer que 25 % des associations pourraient être concernées par les règles de marchés

(39) Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JO n° 0223 du 23 sept. 2017, n° 33) ; Ord. n° 2017-1718 du 20 déc. 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (JO n° 0297 du 21 déc. 2017, n° 46).

(40) L. Fin-Langer, Le groupe, une notion fonctionnelle pour la chambre sociale en matière de licenciement économique, préc. ; F. Taquet, Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés, préc.

(41) Sur un détail de l'évolution : B. Clavagnier, Associations pouvoirs adjudicateurs : définition et spécificités, JA 2018, n° 576, p. 24.

(42) Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics (JO n° 0169 du 24 juill. 2015, p. 12602).

(43) *Ibid.*, art. 10.

(44) P.-H. Delteil, *Droit des associations et fondations*, 1^{re} éd., Dalloz, 2016, n° 35.55 s.

juillet-septembre 2018 - 3 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

publics⁴⁵, ce qui est tout à fait considérable. Et si l'évolution ne vient pas d'une modification des définitions légales, elle résulterait du renvoi du contrôle du respect des règles à l'échelon national, et à la crainte de l'État français de se voir sanctionner par la commission pour défaut de contrôle. La conséquence en est un zèle renforcé de l'administration, perceptible notamment dans des circulaires. La présente décision prend place dans ce tableau, dans la mesure où elle manifeste l'émergence du contentieux au prétoire, ici à l'initiative d'une personne sollicitée par une association pour obtenir un devis de restauration et dont l'offre n'avait pas été retenue.

La question était simple dans son principe : ladite association était-elle soumise au code des marchés publics ? Si oui, le marché était nul ; en effet, si l'association avait prudemment sollicité plusieurs offres, elle n'avait pas du tout respecté les règles du code des marchés publics. Nous laissons de côté les questions procédurales soulevées par le cocontractant retenu (premier moyen) et ne considérerons que le fond de la qualification de pouvoir adjudicateur. Aux termes de la définition⁴⁶, les conditions de la qualification se divisent en deux branches, d'une part, la personne morale doit avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, d'autre part, l'activité de cette personne doit être alternativement financée ou contrôlée ou composée majoritairement par un pouvoir adjudicateur. L'arrêt évoqué apporte surtout des précisions sur la première branche, il fournit un élément plus pauvre sur l'une des trois conditions de la seconde branche.

S'agissant d'abord de la satisfaction des besoins d'intérêt général ayant un carac-

tère autre qu'industriel ou commercial, cette condition aurait pu avoir une coloration particulière en l'espèce, dans la mesure où l'association en cause était un organisme de gestion de l'enseignement catholique (OGEC). L'association invoquait ce caractère, et contestait de ce fait qu'elle ait été créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général, en raison de sa dimension confessionnelle et son lien avec la hiérarchie cléricale. Il est piquant de relever que l'intérêt général jusqu'ici revendiqué comme fondement d'avantages spécifiques (notamment matière fiscale), fait aussi peser sur l'organisme qui en a l'attribut des obligations qui conduisent à chercher à s'en abstraire. Il y a pourtant bien logiquement un équilibre entre ces droits et obligations, et les organismes concernés devront opérer un choix, et ne pourront jouer sur les deux tableaux. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation rejette cet argument :

« Mais attendu que la décision attaquée constate que l'OGEC participe à la réalisation des objectifs et à l'accomplissement des missions du service public de l'enseignement définis par le code de l'éducation ; que sa nature confessionnelle est sans incidence sur la portée de cette constatation incontestée, lors même que cette activité ne constituerait pas sa mission principale ; qu'il en résulte que l'OGEC a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, à tout le moins, qu'elle y satisfait effectivement ».

Plusieurs éléments retiennent l'attention dans l'énoncé de la Haute juridiction. D'abord, la nature confessionnelle est sans incidence sur le constat de la création pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, lorsque celui-ci est avéré. L'observation pourrait avoir son importance

(45) B. Clavagner, Associations pouvoirs adjudicateurs : définition et spécificités, préc.

(46) Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014), art. 5, applicable à l'espèce, mais identique dans sa lettre à l'actuel art. 10 de l'ordonnance.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

732

lorsqu'on songe au développement possible de nouveaux organismes d'enseignement d'une telle nature. Et la Cour de cassation va même plus loin, puisqu'elle précise qu'il n'est pas requis que la mission de service public d'enseignement soit la mission principale. On peut tout de même supposer que les règles des marchés publics n'auraient vocation à s'appliquer que lorsque l'organisme agit dans le cadre de cette dite mission, mais la cour n'en dit rien, et les éléments de fait à notre disposition ne nous permettent pas de conclure de façon définitive sur ce point, même si on peut supposer que la restauration qui était l'objet du contrat était celle des enfants bénéficiaires de l'enseignement. Quoi qu'il en soit, le point central à trancher est bien de savoir si l'organisme a été créé en vue de satisfaire une mission d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. S'agissant d'enseignement, l'activité n'a évidemment pas un caractère industriel, et elle ressortit des activités civiles, quoiqu'elle bénéficie exceptionnellement du statut des baux commerciaux⁽⁴⁷⁾. La seule question est donc de savoir si elle constitue une mission d'intérêt général ; la Cour de cassation répond par l'affirmative, en se référant aux missions du service public de l'enseignement définies par le code de l'éducation. Autrement dit, toute activité d'enseignement ne remplit pas nécessairement la condition d'intérêt général, il en va en tout cas ainsi lorsqu'elle s'inscrit dans la mission de service public définie par la loi. Il n'y a pourtant pas recouvrement entre mission de service public et intérêt général, et il n'est pas certain que toute activité d'enseignement qui ne

s'inscrirait pas dans le service public de l'enseignement ne présente pas un caractère d'intérêt général.

Le second élément envisagé par la loi porte sur le financement de l'organisme par un pouvoir adjudicateur. En effet, pour imposer l'application des règles des marchés publics, la cour d'appel avait relevé que « ses ressources se composent majoritairement de contributions, participations et subventions versées par l'État et des collectivités territoriales ». Or la Cour de cassation casse l'arrêt sur ce point, non pas sur le fond, mais en estimant que la cour n'avait pas motivé cette affirmation. Il ressort du pourvoi annexé à l'arrêt que la cour d'appel s'était appuyée sur les statuts de l'association qui prévoyaient la possibilité d'un tel financement et sur l'existence du contrat destiné à encadrer l'activité d'enseignement et permettant le financement de cette activité par l'État. Ces éléments ont semblé insuffisants à la Cour de cassation. Ces deux constats ne fournissent effectivement aucune donnée chiffrée sur ledit financement et il est possible que l'association perçoive des financements privés, à commencer par le paiement des frais d'inscription, et que le financement public ne soit au final pas prépondérant. L'apport de l'arrêt sur ce point est plus formel, mais il manifeste que la Cour de cassation entend faire une application rigoureuse des critères légaux. La solution est heureuse dans la mesure où elle garantit que l'application ne sera pas extensive à l'excès, mais elle a pour inconvénient de renforcer l'application au cas par cas⁽⁴⁸⁾ et ne constituera pas, au moins dans un premier temps, une limite à la croissance du contentieux.

(47) C. com., art. L. 145-2.

(48) Pour une présentation des diverses situations possibles : B. Clavagnier, Marchés passés par les associations pourvois adjudicateurs, JA 2018, n° 579, p. 22 s.

Formes spéciales de l'économie sociale et solidaire Fiscalité

5. Versement transport pour les fondations et associations reconnues d'utilité publique, si seulement la Cour de cassation pouvait être un peu pédagogue

(Civ. 2^e, 9 mai 2018, n° 17-14.705, JurisData n° 2018-007590 ; Th. Tauran, Associations ou fondations dont l'activité présente un caractère social : conditions d'exonération du versement de transport, JCP S 2018. 1203)

Les fondations et associations reconnues d'utilité publique à but non lucratif dont l'activité est à caractère social sont exemptées de la taxe transport, que ce soit en Île-de-France⁽⁴⁹⁾ ou dans les autres collectivités territoriales⁽⁵⁰⁾. Or cette disposition donne lieu depuis des années à un contentieux non négligeable, puisque nous avons recensé douze arrêts de la Cour de cassation depuis 2000⁽⁵¹⁾, et le nombre ne va pas en diminuant. Les arrêts sont souvent inédits, ce qui conduit à remarquer tout particulièrement l'arrêt de la 2^e chambre civile du 9 mai 2018, publié au bulletin. Pourtant, il n'est pas certain qu'il soit de nature à mettre fin au contentieux, faute de prendre position sur les questions centrales.

Commençons par prendre acte des points déjà tranchés dans le passé. Tout d'abord, l'exemption ne vaut que pour les fondations et les associations reconnues d'utilité publique, si bien que les mutuelles ne peuvent invoquer leur nature associative pour s'en prévaloir⁽⁵²⁾, pas plus que les associations simplement déclarées qui adhéreraient à une association reconnue

d'utilité publique⁽⁵³⁾. Ensuite, l'autorité compétente pour accorder l'exemption n'est pas liée par la non-perception dans le passé et n'a donc pas à justifier les raisons de son revirement⁽⁵⁴⁾. Pour finir, on relèvera une possible évolution jurisprudentielle, dans le sens de la sévérité, à propos des associations familiales : la Cour de cassation a admis qu'elles soient considérées comme reconnues d'utilité publique en raison du renvoi opéré par le code de l'action sociale et des familles pour leur capacité juridique⁽⁵⁵⁾, mais il ne s'agissait que du rejet d'un pourvoi ; et la cour d'appel de Paris a récemment adopté une position inverse⁽⁵⁶⁾. Mais l'essentiel n'est pas là, ces points s'appliquent aisément une fois tranchés. On peut au demeurant relever le caractère superflu de la seconde condition, à savoir le caractère non lucratif ; celui-ci est en effet inhérent aux fondations et aux associations reconnues d'utilité publique, sauf à considérer qu'elles auraient perdu leur qualité substantielle sans que l'autorité publique n'ait retiré la reconnaissance d'utilité publique. Le point sensible porte sur la troisième condition, le caractère

733

(49) CGCT, art. L. 2531-2, al. 2.

(50) CGCT, art. L. 2333-64.

(51) Et nous ne comptons que cette question précise à l'exclusion du contentieux encore plus nombreux pour les sociétés.

(52) Soc. 1^{er} juill. 1999, n° 97-15.751, Bull. civ. V, n° 321, p. 234 ; D. 1999. 203 ; JurisData n° 1999-002738.

(53) Civ. 2^e, 8 oct. 2015, n° 14-21.991, inédit, JurisData n° 2015-034240 ; Civ. 2^e, 18 déc. 2014, n° 13-24.173, inédit.

(54) Civ. 2^e, 4 avr. 2013, n° 12-15.739, publié au *Bulletin*, arrêt n° 516, JurisData n° 2013-006102 ; M. Michallet, Cotisations et contributions sociales - Application dans le temps d'un accord tacite de l'URSSAF (comm. ss Civ. 2^e, 4 avr. 2013, préc.) ; JCP S 2013, n° 29, comm. 1306.

(55) Civ. 2^e, 4 avr. 2013, n° 12-15.740, inédit, JurisData n° 2013-006224.

(56) Paris, pôle 6, ch. 12, 23 mars 2018, n° 16/07227, RTD com. 2018. 411, obs. D. Hiez ; JurisData n° 2018-004503.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

734

social de l'activité, et on peut douter que la Cour de cassation ait suffisamment clarifié les choses.

L'arrêt pose la double question du niveau géographique d'appréciation des conditions d'obtention de l'exemption, et de la signification de l'activité à caractère social.

En l'espèce, une fondation reconnue d'utilité publique ayant pour objet l'aide aux personnes handicapées et leur insertion, exemptée de la taxe depuis plus de vingt ans, s'est vu notifier une remise en cause de cette exemption, et sa contestation s'avère vaine. La Cour de cassation donne raison aux juges du fond d'avoir fondé leur refus sur deux arguments : d'une part, s'agissant d'une taxe au niveau municipal, l'appréciation du caractère social de l'activité doit également se faire au niveau municipal ; d'autre part, la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation de la cour d'appel pour déterminer si les établissements sis dans cette zone avaient une activité à caractère social.

Le caractère social de l'activité d'une association ne peut s'apprécier globalement mais doit l'être dans la zone géographique restreinte de la collectivité territoriale bénéficiaire du versement transport. L'affirmation se comprend, même si elle aboutit à un dépeçage difficile à comprendre pour les organisations concernées. Une solution voisine a déjà été retenue par les juges pour refuser aux fédérations de tirer argument de l'activité de leurs associations membres, notamment en matière sportive ⁽⁵⁷⁾.

Quant au caractère social proprement dit, la Cour de cassation conclut que la cour d'appel « a souverainement apprécié que les établissements [...] n'exerçaient pas

une activité sociale », d'où il résulte que la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'un élément de fait qui échappe à son contrôle. Pourtant, elle relève des éléments dans l'arrêt d'appel, dont on peut déduire qu'ils méritent d'être pris en compte pour apprécier ces faits :

« Aucun des deux établissements en cause ne comporte de bénévoles, chacun de ces deux établissements a une activité de production industrielle, constituant l'essentiel de ses ressources, les subventions représentant en moyenne pour les années 2010 à 2012, moins de 7 % des ressources pour l'un des établissements et de 13 % à 15 % pour l'autre ».

Pour bien comprendre l'arrêt, il nous semble qu'il faut remonter à près de vingt ans avec un arrêt qui pose quelques critères plus explicites. C'est en effet un arrêt ancien de la chambre sociale qui fournit les orientations les plus précises ⁽⁵⁸⁾ : la cour y prend note du critère tiré du mode de financement retenu par la cour d'appel, mais elle casse l'arrêt pour insuffisance de motifs en lui reprochant de ne pas avoir recherché s'il y avait « appel au concours de bénévoles » et proposition « à tout ou partie de ses utilisateurs des services pour un prix manifestement inférieur à leur coût ». Nous en retenons trois critères : mode de financement, concours de bénévoles, prix manifestement inférieur au coût réel ⁽⁵⁹⁾. Envisagée globalement, l'activité ne peut avoir un caractère social qu'à la condition que cette activité soit prépondérante ⁽⁶⁰⁾.

Dans l'arrêt rapporté, on relève la prise en compte explicite de deux des critères : l'absence de bénévoles, et un financement marginal par des subventions. Le critère du prix inférieur, destiné à permettre le bénéfice de services à des personnes qui ne pourraient autrement en profiter, est absent.

(57) Paris, 18^e ch. B, 22 mai 2008, n° 07/01068.

(58) Soc. 9 mars 2000, n° 98-18.608, Bull. V, n° 100, p. 78 ; JurisData n° 2000-000972.

(59) Pour un arrêt qui opère assez scrupuleusement ces conditions : Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 05-17.316, inédit, JurisData n° 2007-037625.

(60) Civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-17.553, Bull. II, n° 136 ; D. 2009. 1617 ; JurisData n° 2009-048490.

juillet-septembre 2018 - 3 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

À première vue, la solution s'explique, dans la mesure où les services proposés le sont à des clients ordinaires, les établissements consistant en des ateliers protégés fournissant des emplois à des personnes handicapées. Il nous semble toutefois que le critère aurait pu et dû être adapté, car son absence pourrait bien avoir faussé l'appréciation. En effet, faute d'offrir un service à bas coût, il se pourrait bien que la fondation ait accordé un travail à une rémunération supérieure à laquelle le travailleur aurait pu prétendre. Selon une note de l'avis de 2011⁽⁶¹⁾, le surcoût global moyen auquel doit faire face une entreprise adaptée par rapport à une entreprise classique est estimé à 16200 euros par an et par travailleur handicapé. Ce surcoût est dû pour 83,8 % à un différentiel de productivité, pour 14,6 % à un nécessaire encadrement supplémentaire, à la fois social et technique et pour 1,6 % à des besoins techniques complémentaires, en termes de surfaces et d'équipements. Par les différentes aides publiques mises en place pour favoriser l'accès à l'emploi des travailleurs handicapés, l'État couvre 92 % de ce surcoût.

Soit, il n'y avait pas de bénévoles dans les ateliers, mais les ateliers ne fonctionnaient-ils pas grâce aussi à l'implication de bénévoles dans la fondation ? Les subventions étaient de l'ordre de 10 %, mais cet élément est insuffisant. Si la fondation couvre 90 % de ses coûts, mais qu'elle fait le choix de ne prélever aucun profit pour pouvoir payer ses salariés handicapés comme l'auraient été d'autres salariés... C'est là que le troisième critère aurait été éclairant.

Cet arrêt s'inscrit dans une lignée à la cohérence malheureusement non transparente. En matière médico-sociale, la jurisprudence opère principalement une comparaison entre la situation de l'organisation en cause et les autres acteurs œuvrant dans le même secteur⁽⁶²⁾, en s'appesantissant particulièrement sur le mode de financement et sur le coût pour les bénéficiaires⁽⁶³⁾, la gratuité ne pouvant être prise en compte si elle résulte d'une politique publique pas plus que l'importance du coût réel pour l'association dès lors que celui-ci est pris en charge par l'autorité publique⁽⁶⁴⁾.

Un élément plus discutable, mais qu'on retrouve régulièrement, est l'absence des bénévoles dans l'exercice de l'objet de l'association, les bénévoles apparaissant comme un complément non indispensable à l'exercice de la mission, celle-ci étant conduite par les salariés, et en conséquence le bénévolat étant insusceptible d'être pris en considération⁽⁶⁵⁾ ; certains arrêts sont toutefois moins rigoureux en s'appuyant sur la participation de bénévoles à l'ensemble des organes ainsi qu'à des activités concrètes⁽⁶⁶⁾ ; on relève encore parfois leur faible nombre proportionnellement à l'importance de l'activité de l'association⁽⁶⁷⁾.

Bref, on ne peut qu'inviter la Cour de cassation à fournir aux juges de fond des orientations plus précises, sans sortir bien sûr du respect de leur pouvoir souverain d'appréciation. Mais on sait bien que celui-ci s'accommode d'une définition des notions dont le juge du fait doit vérifier la conformité dans les faits.

735

(61) *Avise, Créer une entreprise adaptée (EA)*, Fiche n° 7.3, 2011, https://www.avise.org/sites/default/files/atoms/files/2011_avise_creerea.pdf.

(62) Soc. 31 janv. 2002, n° 00-13.010, Bull. V, n° 48, p. 44.

(63) Paris, pôle 6, 12^e ch., 5 nov. 2015, n° 11/12155.

(64) Civ. 2^e, 21 déc. 2017, n° 16-27.835, inédit.

(65) Soc. 27 juin 2002, n° 01-20.467, inédit ; Paris, pôle 6, 12^e ch., 5 nov. 2015, n° 11/12155.

(66) Civ. 2^e, 4 avr. 2013, n° 12-15.740, inédit, *JurisData* n° 2013-006224.

(67) Civ. 2^e, 21 juin 2018, n° 17-19.781, inédit.

Imprimé par Tous droits réservés