

CHRONIQUES

Sociétés et autres groupements

Sociétés civiles, associations et autres groupements

Marie-Hélène Monsérié-Bon

Professeur à l'Université
Paris 2 Panthéon-Assas

David Hiez

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

1. Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la commission relative à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire

(Statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire, initiative législative 2016/2237 (INL)¹)

967

Le Parlement européen, qui continue de soutenir l'économie sociale et solidaire, à l'heure où la Commission semble totalement s'en désintéresser, a adopté le 5 juillet dernier une résolution par laquelle il confirme son engagement et fournit à la Commission, qui en fera sans doute peu de cas, des orientations pour son action. La résolution comporte diverses suggestions, mais l'une domine et mérite qu'on s'y arrête : la reconnaissance d'un label européen de l'économie sociale et solidaire. Il est notable que le Parlement insiste particulièrement sur la participation de l'économie sociale et solidaire à l'inclusion, notamment par le travail, et mentionne l'éducation.

Il s'agirait d'un label facultatif pour les entreprises, ce qui signifie qu'il ne conditionnerait pas l'appartenance à l'écono-

mie sociale et solidaire à son obtention, mais qui devrait être reconnu par tous les États membres. Il s'ajouteraient aux formes juridiques nationales existantes, dans le respect de leur diversité. Il serait conditionné au respect strict de certains critères, tel le réinvestissement d'un pourcentage substantiel des bénéfices, une activité d'utilité sociale, et il devrait faire l'objet d'un contrôle assorti de sanctions afin d'éviter l'abus de fausses entreprises d'économie sociale et solidaire ; le Parlement précise à cet égard que la démarche de responsabilité sociale d'une entreprise ne devrait pas suffire à en faire une entreprise d'économie sociale et solidaire.

Au-delà de cette proposition phare, le Parlement invite la Commission à faire une étude sur le secteur. La suggestion

(1) Statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire, initiative législative 2016/2237 (INL), texte adopté de cette date : P8_TA(2018)0317 : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P8-TA-2018-0317#BKMD-20.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

ne peut en elle-même être critiquée, mais il n'est pas explicité comment elle devrait se coordonner avec les études déjà faites² ou en cours³. Il propose encore, pêle-mêle : la poursuite du programme Erasmus jeunes entrepreneurs, la simplification des procédures de création des entreprises d'économie sociale et solidaire, l'établissement d'une liste des formes juridiques nationales existantes, la création d'une plateforme d'échange en ligne, l'adaptation de la législation et pas seulement dans le domaine de la concurrence, des marchés publics et de la fiscalité, des mesures en faveur de l'investissement. On relèvera une préoccupation moins ordinaire : l'attention au respect de la concurrence afin de ne pas nuire aux petites et moyennes entreprises « classiques ». Pour finir, la Commission est invitée à promouvoir les études statistiques, sans prise de position sur les

critères, alors qu'on sait que ceux-ci font l'objet d'un important débat.

En conclusion, le Parlement réaffirme son soutien traditionnel à l'économie sociale et solidaire, fondé notamment sur la récente étude sur les formes juridiques de l'entreprise sociale⁴ et les initiatives susceptibles d'être promues. L'évolution consiste dans la promotion d'un label, censé s'adapter à la diversité des formes juridiques nationales. La recommandation doit encore être signalée pour l'abandon des revendications de législations européennes pour les statuts historiques. Bref, une mesure bienvenue, mais dont on doute de la portée effective tant que la Commission n'aura pas adopté une posture plus bienveillante. Les regards sont tournés vers la future Commission, avec espoir et crainte.

D. H.

968

2. Liberté de ne pas s'associer, les encombrants centres commerciaux

(Civ. 3^e, 11 oct. 2018, n^o 17-23.211, arrêt n^o 889 F-P+B, Bull. civ. ; AJ Contrat 2018. 531, obs. F. Buy ; M. Ghiglino, *Bail commercial : clause d'adhésion obligatoire et liberté d'association*, Dalloz actualité 5 nov. 2018 ; JurisData n^o 2018-017504 ; E. Chavance, Nullité - Sur l'obligation d'adhérer à une association des commerçants, *Loyers et copr.* 2018, n^o 11, comm. 225 ; Veille, JCP E n^o 43-44, act. 803)

La saga des associations gestionnaires de centre commercial, initiée en 2001, sur la base de l'expérience des associations de lotissement, et plus loin encore des associations de chasse, n'en finit pas. Le contentieux demeure vivace, et nous ne voyons pas très bien comment celui-ci va s'éteindre finalement. Ce n'est en tous cas pas l'arrêt

d'octobre dernier, pourtant appelé à la publicité du bulletin, qui en constituera un point d'arrêt.

Les données de base sont simples : le propriétaire immobilier du centre commercial insère dans les contrats de bail commercial avec chacun des commerçants qui s'y installe une clause qui

(2) Cartographie des entreprises sociales, initiée par la Commission européenne en avril 2013 suivant Communication de la Commission sur l'initiative pour l'entrepreneuriat social (COM(2011) 682 final du 25 oct. 2011, Doc. 52011DC0682) ; C. Wilkinson, J. Medhurst, N. Henry, M. Wihlborg B. Wells Braithwaite, *Une cartographie des entreprises sociales et de leurs écosystèmes en Europe - rapport exécutif*, déc. 2014, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=12988&langId=fr>.

(3) Une mise à jour de la cartographie préc. sera rendue publique en 2019.

(4) European Social Enterprise Law Association, *ESELA's Legal Mapping Study*, oct. 2015, disponible sur <https://esela.eu/legal-concept-maps> (EN).

octobre-décembre 2018 - 4 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

les constraint à adhérer à une association dont l'objet est de gérer le centre commercial, ce qui signifie selon les configurations des prestations variées, et au minimum les animations publicitaires autour du centre. D'un côté, il y a le soupçon que la clause d'adhésion obligatoire soit invalide ; d'un autre côté, chaque commerçant bénéficie par sa situation géographique dans le centre commercial des retombées des actions de l'association sans participer financièrement au coût dans la mesure où, s'il refuse d'adhérer, il n'est pas tenu des cotisations. Après avoir stabilisé sa position quant à la nullité des clauses, la Cour de cassation semble de plus en plus fermée à trouver une solution pour rétablir l'équilibre économique rompu.

Premier acte : la nullité de la clause d'adhésion obligatoire. Le principe de la nullité est déjà affirmé en 2001⁵ et en 2003⁶. Cet arrêt marque la cristallisation du principe posé par la Cour de cassation, au visa des articles 11 de la Convention EDH et 4 de la loi de 1901 : « tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après payement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire » ; « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue ». La solution est claire, et pourtant son principe même continue d'être contesté par les pourvois, illustration que sa fermeté demeure discutable. Le visa de l'article 11 de la Convention EDH renvoie à la jurisprudence initiée par la cour de Strasbourg en matière de

liberté de ne pas s'associer. Et on sait que, si des atteintes peuvent lui être portées, celles-ci ne sont admissibles qu'à une triple condition, cumulative, tirée de l'alinéa 2 de l'article 11 : une disposition légale expresse, la nécessité dans une société démocratique, en vue d'un but légitime (l'art. 11 les liste). Or il n'est pas besoin d'aller bien loin, il n'y a par hypothèse en l'espèce aucune habilitation législative puisque c'est la clause du bail qui crée l'obligation d'adhérer à l'association. Les plaideurs persistent toutefois à invoquer le fait qu'il n'y aurait pas exactement d'obligation puisque c'est le commerçant qui, par son choix de s'installer dans le centre commercial, choisit de conclure le bail commercial, si bien que la clause d'adhésion obligatoire ne constituerait pas une atteinte à la liberté de ne pas s'associer.

L'argument a jusqu'ici échoué, il risque vite de conduire à vider la liberté de ne pas s'associer de toute substance : le propriétaire du terrain inclus dans la société de chasse n'est pas vraiment tenu puisqu'il lui est toujours loisible de vendre son terrain pour ne pas avoir à adhérer à la société de chasse. S'il n'était la force symbolique de la loi de 1901, il n'est pas sûr que le visa de l'article 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901 doive apporter beaucoup, même s'il dispose explicitement la possibilité de se retirer d'une association. La décision de la Cour de cassation comporte la précision qu'il s'agit d'une nullité absolue. Au regard du fondement de la nullité, on relève donc qu'il ne s'agit pas tant de protéger le sociétaire que de faire respecter une règle d'ordre public, alors que la solution contraire aurait été envisageable. Quoi qu'il en soit, c'est donc le régime de la nullité absolue qui s'applique : pres-

969

(5) Civ. 3^e, 5 déc. 2001, n° 00-14.637, inédit, AJDI 2002. 287 ; Rev. loyers 2002. 114 ; Loyers et copr. 2003, comm. 179 ; JCP 2003. I. 10190.

(6) Civ. 3^e, 12 juin 2003, n° 02-10.778, Bull. civ. 2003, n° 125, p. 112 ; D. 2004. 367, note C.-M. Bénard ; *ibid.* 2003. 1694, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2003. 663, obs. J.-P. Blatter ; Rev. sociétés 2003. 880, note M.-L. Coquelet ; RTD civ. 2003. 771, obs. J. Raynard ; *ibid.* 2004. 280, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003. 755, obs. L. Grosclaude ; *ibid.* 2004. 72, obs. J. Monéger ; JurisData n° 2003-019396 ; Dr. sociétés 2003. Comm. 165 ; D. Sizaire, Obligation d'adhérer et interdiction de retrait : nullité absolue, Constr-Urb. 2003, n° 12, p. 274 ; JCP 2003, n° 49, p. 10190, comm. F. Aude ; RDC 2004. 348, comm. G. Lardeux ; Loyers et copr. 2003, n° 9, comm. 179, note ss arrêt.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

970

cription décennale, impossibilité de la confirmation, invocation non réservée au sociétaire... Finalement, il faut préciser que le statut associatif de droit français n'est pas directement concerné, la liberté de ne pas s'associer s'appliquant à tous les groupements⁷. Les montages alternatifs qui avaient substitué un groupement d'intérêt économique à l'association pour animer le centre commercial n'ont donc pas eu plus de succès⁸.

Deuxième acte : refus de toute compensation financière pour l'association. La nullité une fois acquise, il convenait d'en déterminer les conséquences patrimoniales. Or dans un premier temps, il a bien semblé qu'il convenait de rétablir le déséquilibre créé par l'absence d'adhésion à l'association en dépit des services effectivement reçus. Les juges du fond ont d'abord utilisé la bonne vieille notion d'enrichissement sans cause⁹, ce qui a abouti à exiger le versement d'une somme équivalente aux cotisations perdues. La Cour suprême a opposé une cassation ferme à cette voie¹⁰. Et sa motivation est instructive. Au visa des articles 6-1, 11, et surtout 13 de la Convention EDH, la cour rappelle « qu'en vertu du dernier de ces textes, toute personne dont les droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés, a droit à un recours effectif » et en estimant « qu'en statuant ainsi, par une décision aboutissant à une reconnaissance théorique, dénuée de toute

effectivité, de la liberté du preneur de ne pas adhérer à l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». La solution peut se comprendre, puisque le résultat de la décision des juges du fond aboutissait à ce que le commerçant récalcitrant perdait tout pouvoir politique au sein de l'association dont il n'était plus membre tout en continuant à devoir assumer les charges financières induites par les décisions de cette association. Les commentateurs en ont déduit que l'association ne devait obtenir finalement aucune compensation pour les activités qu'elle avait menées.

Pourtant, la Cour de cassation a déjoué les pronostics en cassant un arrêt d'appel qui avait précisément rejeté toutes les demandes de l'association au nom de l'effectivité du droit de ne pas s'associer, et la Cour de cassation adoptait pour cela le fondement contractuel. Au visa de l'article 1134 du code civil¹¹, la Cour de cassation affirmait « qu'en statuant ainsi, alors que l'annulation à raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de ne pas s'associer ne fait pas échec au principe des restitutions réciproques que peut impliquer l'annulation d'un contrat exécuté, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Les choses étaient entendues, sinon définitivement réglées. Il convenait de distinguer deux périodes : la période antérieure à l'invocation de la nullité, et la période postérieure¹².

(7) Pour une coopérative : n° 29389/11, *Mytilinaios et Kostakis c/ GRECE*, CEDH, 2016 :150, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158962>).

(8) Com. 20 mars 2012, n° 11-11.097, inédit, D. 2012. 1844, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Rev. sociétés 2013. 35, note M.-L. Coquelet ; JurisData n° 2012-004924 ; comm. 147, Loyers et copr. 2012, n° 5, comm. H. Azarian ; Dr. soc. 2016, n° 12, comm. H. Hovasse ; Dr. soc. 2012, n° 5, comm. 78 ; Com. 16 sept. 2014, n° 13-22.898, inédit, Rev. sociétés 2015. 532, note K. Rodriguez ; JurisData n° 2014-024060 ; Loyers et copr. 2014. Comm. 271, obs. E. Chavance ; JCP N 2015, n° 17, p. 1142, *Bail commercial*, J. Monéger et H. Kenfack ; AJDI 2018. 119, comm. P. Haas.

(9) Paris, 1^{re} ch., sect. A, 14 oct. 2008, JurisData n° 2008-378365 ; rep. J. Monéger, Loyers et copr. 2012, n° 9, rep. 8 ; encore récemment : Versailles, 1^{re} ch., 2 oct. 2018, n° 17/03936, JurisData n° 2018-017099 ; Loyers et copr. 2016. Comm. 180. Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-65.045, *Bull. civ. 2010*, n° 118 ; Dalloz actualité 31 mai 2010, obs. Y. Rouquet ; D. 2010. 1417 ; *ibid.* 2011. 1786, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2010. 800, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Rev. sociétés 2011. 182, note J.-F. Barbièri ; RTD com. 2012. 510, obs. J. Monéger ; JurisData n° 2010-006588 ; JA n° 423/2010, p. 14 ; BJS 2010, n° 152, note R. Libchaber ; JCP 2010. 596 ; JCP 2010. 983, note Mekki ; JCP E 2010, n° 1692, note Raynaud ; JCP 2010, n° 38, p. 925, note F. Planckeel ; Civ. 3^e, 23 nov. 2011, n° 10-23.928, FS-P+B, D. 2011. 2928, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2012. 1844, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2012. 263, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD com. 2012. 510, obs. J. Monéger ; Dalloz actualité 8 déc. 2011, obs. Y. Rouquet ; LPA 2012, n° 86, p. 11, note Gerry-Vernières ; Loyers et copr. 2010. Comm. 195, E. Chavance ; Loyers et copr. 2012, n° 3, comm. 82 ; C. Rouquette-Térouanne, Effectivité de la nullité absolue et restitutions réciproques – Étude, n° 3, mars 2012, étude n° 4.

(10) Aujourd'hui C. civ., art. 1103.

(11) Pour une application expresse de ce découpage : Versailles, 1^{re} ch., 2 oct. 2018, n° 17/03936, préc.

Pour la première, avant la nullité, devait s'appliquer la théorie de la nullité et le jeu des restitutions subséquentes. L'association devait restituer les cotisations indûment perçues, le commerçant les prestations reçues et, à défaut puisque la restitution en est impossible, la valeur. Le calcul de cette valeur est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond¹³. Pourtant, s'agissant des restitutions, cette valeur doit se calculer par référence au coût des prestations et non au profit que le contractant en a retiré. Face à la difficulté de cette appréciation, et peut-être en application d'un sentiment d'équité inexprimable, certains juges du fond tendent à évaluer cette valeur à un montant égal à celui des cotisations qui doivent être restituées, même s'ils se fondent explicitement sur les « documents produits justifiant tant de la réalité que du montant des prestations dont la société [...] a bénéficié »¹⁴.

Pour la période postérieure à la fin rétroactive du contrat, pour laquelle aucune restitution n'était envisageable, le problème restait entier, et ce n'est vraisemblablement pas la résurrection de l'enrichissement sans cause¹⁵ qui trouvera grâce aux yeux de la Cour de cassation. De fait, sa position semble se durcir considérablement depuis deux ans, peut-être dans l'espoir de dissuader les plaideurs de multiplier les tentatives, fondées chaque fois sur des fondements nouveaux : stipulation pour autrui, rupture des relations commerciales¹⁶. En 2017, elle avait considéré que « la méconnaissance, par l'association, de la liberté fondamentale de la société [...] de ne pas y adhérer, constituait une faute

civile » susceptible donc d'engager la responsabilité de l'association¹⁷. Et par l'arrêt ici commenté, la Cour de cassation accepte la nullité de la clause du bail commercial qui prévoyait qu'en cas de retrait de l'association, le preneur restait tenu de régler la participation financière aux dépenses engagées pour l'animation du centre commercial ; elle considère en effet que cette clause « entravait la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer en tout temps ». Elle affirme encore, « qu'ayant retenu que le paiement des cotisations résultait de l'adhésion à l'association, que, dès lors que la société [...] avait renoncé à son adhésion, l'association n'avait plus à la faire participer aux opérations d'animation du centre commercial et la société [...] n'avait plus à payer les cotisations, la cour d'appel n'était pas tenue de procéder à une recherche sur le profit tiré par l'association (lire la société) que ses constatations rendaient inopérante ».

971

Bref, pour reprendre une formule des tontons flingueurs : « c'est complet » ! L'association ne peut demander le paiement des cotisations (on peut le comprendre), mais elle n'a droit à aucune participation financière de celui qui bénéficie de ses services, et même elle peut voir engager sa responsabilité puisqu'elle s'est prévalué d'une clause nulle pour atteinte à une liberté fondamentale.

Troisième acte : la boucle est bouclée, et voici peut-être que c'est par l'absurde que toute cette jurisprudence sera remise en cause, mais quand ? Car les juges tirent les conclusions logiques des prémisses du raisonnement. Nous citons une dernière fois la cour d'appel

(13) Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n^o 11-17.587, Bull. civ. 2012, n^o 161 ; Dalloz actualité 19 juill. 2012, obs. Y. Rouquet ; D. 2012. 2490, obs. Y. Rouquet, note H. Kenfack ; *ibid.* 2050, chron. C. Creton et B. Vassallo ; Rev. sociétés 2013. 301, note K. Rodriguez ; RTD com. 2012. 510, obs. J. Monéger ; JurisData n^o 2012-015715 ; LPA 2012, n^o 181, p. 4, note Delannoy ; Loyers et copr. 2012, n^o 11, comm. 299, comm. E. Chavance.

(14) Versailles, 12^e ch., 2 oct. 2018, n^o 17/03936, préc.

(15) *Ibid.*

(16) Douai, 2^e ch., sect. 2, 25 oct. 2018, n^o 16/07535, n^o Portalis : DBVT V B7A QKLJ ; Civ. 3^e, 11 oct. 2018, n^o 17-23.211, préc.

(17) Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n^o 16-19.878, inédit, JurisData n^o 2017-018806 ; Dr. soc. 2017, n^o 12, comm. 255 comm. H. Hovasse ; Rép. Civ. et assurances 2017, n^o 12, comm. 301 ; AJDI 2018. 119, comm. P. Haas.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

972

de Douai : « il appartient à cette dernière [l'association] de prendre les mesures pour qu'il ne soit plus impliqué dans ses actions ainsi que F. l'a demandé ». On croit rêver, dans la mesure où nous sommes sûrs que les juges fréquentent comme tout le monde les centres commerciaux. Il y a un restaurant au milieu de la galerie commerciale, et il appartient à l'association gestionnaire du centre de faire en sorte que le restaurant ne bénéficie pas de ses activités de gestion : qu'elle fasse nettoyer la galerie sauf aux alentours du restaurant, qu'elle exclut explicitement le restaurant de toute campagne de publicité, qu'elle demande à ses éventuels services de gardiennage de ne pas surveiller les abords du restaurant. Mais, me direz-vous, il n'empêche que les clients du restaurant saliront la galerie qu'ils traversent pour s'y rendre, que la publicité risque de lui profiter indirectement, à moins que le restaurant ait une étoile au Michelin et qu'il attire à lui seul sa clientèle... La Cour de cassation n'a pas formellement abandonné sa jurisprudence fondée sur la restitution postérieure aux nullités, un peu comme si le message était : oui, il y a eu un problème, et le droit n'y est pas sourd, donc apurons le passé ; mais pour l'avenir, il faut trouver une autre solution, car l'effectivité du droit à faire respecter (le droit de ne pas s'associer) interdit toute indemnisation.

En fin de compte, s'il s'agit d'une protection des droits fondamentaux, peut-être devrait-on chercher si le comportement du commerçant mécontent ne porte pas atteinte à des droits de l'association ? Mais l'association n'est que l'outil au service de tous les commerçants du centre commercial. Ne doit-on pas considérer que, par son refus de participer à l'association, le commerçant porte atteinte à la liberté du commerce des autres commerçants du centre dans la mesure où il fait peser une charge injus-

tifiée sur le coût de leurs opérations de développement puisqu'ils doivent payer pour lui ? Si deux commerçants sont en concurrence dans le même centre commercial, le commerçant adhérant à l'association ne peut-il pas agir en concurrence déloyale vis-à-vis de celui qui refuse puisque sa non-participation réduit inéquitablement ses coûts de développement ? Nous ne sommes pas très imaginatifs, mais nous parions que des collègues ou des praticiens seront plus productifs.

Et là, il sera même permis de saisir la CEDH, dont nous rappellerons tout de même qu'elle ne s'est jamais prononcée, et dont le pragmatisme nous semblerait plus opportun que le systématisation dans lequel la Cour de cassation s'est laissée enfermer. Voilà le conflit des droits fondamentaux que certains auteurs prévoient avec l'importation de ce raisonnement en droit des contrats, au lieu d'affronter la question sociale ou économique¹⁸ effectivement présente. Les centres commerciaux sont dominés par certains acteurs, et de plus petits (pas trop parce que les plus faibles ne disent jamais rien) se sentent frustrés, exploités peut-être, et ont trouvé un argument imparable, leur droit fondamental que personne ne songera à leur contester. Mais ce faisant, s'ils nuisent un peu à un acteur économique puissant qu'on ne plaint pas trop, il ne faut pas négliger qu'ils impactent aussi de petits commerçants, et plus largement qu'ils contestent les contraintes du collectif au nom de leur sacro-sainte liberté individuelle. Le centre commercial est un concept collectif, et pour un commerçant s'installer dans un centre commercial est un choix, et nous ne parlons pas du choix de tel ou tel centre commercial, mais du choix générique de l'exercice de l'activité commerciale individuelle avec une certaine dose de collectif, d'autres commerçants font un autre choix. Pour-

(18) Ch. Jamin, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in Ch. Jamin et D. Mazaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.

quoi permettre à celui qui fait le choix d'un peu de collectif de jouer au *free rider* ? Le cauchemar des économistes se trouve protégé par le droit. Vu la lettre de l'article 11 de la Conv. EDH et l'exigence d'un fondement législatif qui fait ici défaut, on comprend que les plaideurs continuent encore et encore d'essayer de montrer qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté de ne pas s'associer. Mais elle existe, sauf qu'elle est rendue inévitable par la configuration spatiale.

Prologue : Alors, comment faire ? Tout d'abord, et nous sommes bien conscients que la Cour de cassation en est parfaitement consciente, il faut choisir une voie juridique et s'y tenir, afin de mettre fin aux tentatives dispersées et vaines des plaideurs appelant des solutions contradictoires des juges du fond. Aujourd'hui, la Cour de cassation le fait dans une certaine mesure, dans le sens de la rigueur la plus absolue. Cette voie serait praticable si elle pouvait inciter à mettre fin au mécanisme des associations de gestion de centres commerciaux, mais cette éventualité est impraticable. On aurait peut-être même de la sympathie pour cette mesure extrême si elle pouvait faire disparaître les centres commerciaux (on nous excusera cette facétie), mais cet espoir est certainement vain. Il faut donc emprunter une autre voie. Il y en a à notre avis deux. La plus simple, même si pas la plus satisfaisante, consiste à reprendre l'orientation du début des années 2010.

Pour le cas d'annulation, mécanisme de restitution, et il nous semble que la Cour de cassation devrait alors exiger des juges du fond des critères plus précis d'évaluation de la valeur des prestations reçues par le commerçant afin d'éviter le réflexe de la fixer en égalité avec les cotisations à restituer. En cas non d'annulation, mais de non-adhésion (soit que le commerçant ait toujours refusé d'adhérer, soit pour la période postérieure à la démission ou à l'invocation de la nullité), nous ne voyons pas de fondement autre que l'enrichissement sans cause ; quoique celui-ci sonne toujours comme un renoncement à l'excellence, il présente l'avantage d'être restrictif dans les critères de calcul de l'enrichissement, ce qui se rapproche du souhait implicite de l'orientation jurisprudentielle de protection maximale du commerçant individuel contre l'association. La seconde voie, peut-être plus cohérente, consisterait à considérer que la configuration d'un centre commercial requiert une structure collective pour sa gestion, que le choix d'exercer le commerce dans cette configuration emporte acceptation des charges inhérentes. Les plaideurs reporteront peut-être alors leurs contestations sur le mode de fonctionnement de ces associations, et leurs reproches seraient alors plus audibles. Quoi qu'il en soit, il nous semble que la jurisprudence ne peut poursuivre dans sa lancée erratique.

973

D. H.

3. Opposabilité des modifications associatives

(Civ. 2^e, 6 sept. 2018, n° 17-19.657, arrêt n° 1054 F-P+B+I, Bull. civ. ; Dalloz actualité 28 sept. 2018, obs. R. Laffly ; D. 2018. 1752 ; JurisData n° 2018-015024 ; Veille, JCP 2018, n° 39, p. 980 ; Gaz. Pal. 18 sept. 2018, n° 331t4, p. 34, comm. C. Berlaud) ¹⁹

Il est fréquent de compter parmi les lacunes du droit des associations les faiblesses en matière de publicité. En

effet, non-inscrites au RCS, les associations ne connaissent comme formalités de publicité que des déclarations en

(19) V. égal. dans ce sens Paris, pôle 2, 1^{re} ch., 13 déc. 2016, n° 14/12318, JCP 2018, n° 39, p. 980.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

préfecture²⁰, et celles-ci sont limitées ; par exemple pas de publication de principe des comptes²¹, et les opérations de restructuration ne se retrouvent que dans des journaux d'annonce légale, et ce seulement depuis 2014²². Quoi qu'il en soit, le cœur du dispositif repose bien sur les déclarations en préfecture. Leur objet consiste dans : création de l'association avec ses statuts et les nom, profession, domicile et nationalité de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration²³, tous les changements survenus dans l'administration ainsi que les modifications apportées aux statuts²⁴. Et ces formalités qui tiennent lieu de publicité sont pratiquement essentielles puisqu'elles sont la condition de l'opposabilité de ces changements et modifications²⁵.

Mais tout ceci ne soulevait pas de problème en l'espèce, quoiqu'il s'agisse bien de l'application de l'article 5 de la loi de 1901. En 2007, les statuts d'une association avaient été modifiés et de nouveaux administrateurs désignés, et la déclaration de ces changements faite en préfecture en 2008. En 2011, une assemblée générale extraordinaire avait démis les administrateurs élus et le nouveau conseil d'administration avait immédiatement décidé la dissolution de l'association. L'association, représentée par son président désigné en 2007, assignait les nouveaux administrateurs en nullité des décisions, en réponse de quoi ceux-ci demandaient l'annulation des modifications statutaires et des changements subséquents intervenus en 2007. Cet embrouillamin²⁶ ne nous intéresse pas directement, mais l'intérêt provient de ce que leur fut opposée la prescription de l'action en nullité, aux termes de la combinaison des articles 5 de la loi de 1901 et 2224 du code civil. On sait que l'article 2224 fixe pour les actions

personnelles un délai de prescription de cinq ans, à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Mais tout le délicat pour déterminer le point de départ de la prescription est de fixer le jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Certes, il s'agit du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Les faits concernés sont les changements statutaires puisque c'est l'objet de l'action en nullité. Mais à quelle date les demandeurs en ont-ils eu connaissance ou sont-ils censés en avoir eu connaissance ? La Cour de cassation, suivant la cour d'appel, décide que c'est au jour où ces changements ont été déclarés en préfecture, aux motifs que cette déclaration les rendait opposables aux tiers. Le pourvoi avait pourtant tenté d'esquiver cet argument, considérant que l'absence de toute notification du procès-verbal des délibérations aux administrateurs ne leur avait pas permis d'être informés, et que, dès lors, le délai de prescription n'avait commencé à courir que du jour de l'assignation, puisque celle-ci s'était appuyée sur les changements statutaires contestés qui avaient donc ainsi été portés à leur connaissance.

À première vue, la position de la Cour de cassation tombe sous le sens. Citons-la : « qu'en application de l'article 5, alinéas 5 et 6, de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, celles-ci sont tenues de faire connaître, dans les trois mois, tous les changements survenus dans leur administration, ainsi que toutes les modifications apportées à leurs statuts, ces modifications et changements n'étant opposables aux tiers qu'à partir du jour où ils auront été déclarés » ; « la cour d'appel en a exactement déduit que

(20) Loi du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, JO du 2 juill. 1901, p. 4025, art. 5.

(21) P.-H. Dutheil (dir.), *Droit des associations et fondations*, 1^{re} éd., Juris éditions, Paris, 2016, p. 264.

(22) Loi du 1^{er} juill. 1901 préc., art. 9 bis.

(23) *Ibid.*, art. 5, al. 2.

(24) *Ibid.*, art. 5, al. 5.

(25) *Ibid.*, art. 5, al. 6.

ces décisions et statuts étaient connus au plus tard à compter de cette déclaration en préfecture ».

Pourtant, l'application jurisprudentielle de l'article 5 et son interprétation ne sont pas aussi univoques. Si on fait l'exégèse de l'article 5 en effet, il appert que celui-ci ne vise que les tiers, à qui la déclaration rend les changements déclarés opposables. Or les tiers s'opposent traditionnellement aux parties en droit des contrats, et nul doute que les membres de l'association sont des parties à ce contrat. D'ailleurs, il est d'autres domaines dans lesquels le droit des associations applique un régime juridique distinct pour les uns et pour les autres, par exemple pour la recevabilité de l'action en nullité de l'association²⁶. Et de fait, en dépit de l'indéniable dimension institutionnelle de l'association, elle conserve un fondement contractuel, et l'information des membres de l'association ne semble pas devoir passer par des formalités extérieures à l'association elle-même.

La jurisprudence n'est d'ailleurs pas indifférente à cet aspect. Si la plupart des références à l'article 5 de la loi de 1901 que nous avons trouvées dans les arrêts de la Cour de cassation concernent ces dernières années la question des associations étrangères²⁷, et plus largement les conditions de l'opposabilité aux tiers, on trouve des traces différentes dans des arrêts plus anciens. D'abord, au moins un arrêt s'écarte de la révérence à l'article 5 puisqu'il admet la qualité de président de l'association alors même que la déclaration n'en avait pas été faite, cette qualité n'étant pas discutée²⁸, et un autre admet l'opposabilité d'une démission en dépit de l'absence de déclaration en préfecture, le tiers étant informé de cette démission

et le litige concernant des faits différents de la conclusion de contrats entre l'association et un tiers²⁹. Ensuite, un arrêt fait expressément allusion à une question identique à celle posée par notre décision actuelle : les dispositions de l'article 5 « ont pour but de rendre les modifications statutaires d'une association opposables aux tiers, qualités que n'avaient pas les consorts X., qui en tant qu'associés sollicitaient l'annulation d'un certain nombre d'assemblées »³⁰. Mais cet arrêt ne fait que valider l'existence de la problématique sans y apporter une quelconque réponse, puisque la citation provient du pourvoi et que la cour ne répond pas au pourvoi sur ce point pour des raisons de pure procédure.

Un équilibre pourrait consister en deux temps. D'un côté, il faudrait considérer que la déclaration n'est pas une condition d'opposabilité des changements aux membres puisque ceux-ci ont d'autres sources d'information et que même ils ont vraisemblablement eu vocation à participer à la décision de changement elle-même. Mais d'un autre côté, la déclaration fournit une information officielle pour tous, au premier chef pour les tiers qui n'ont pas d'autres sources d'information, mais plus largement pour les membres également puisque la déclaration constitue un repère officiel qui échappe à toute contestation. Cette solution n'est toutefois pas aussi parfaite qu'il y paraît, et les faits de l'espèce l'illustrent parfaitement. La Cour de cassation y fait d'ailleurs allusion, à travers l'exposé du pourvoi qui mentionne que les demandeurs étaient, à l'époque où les décisions avaient été prises, administrateurs de l'association et n'avaient pas été convoqués à la réunion du conseil ni informés des décisions adoptées. En d'autres termes, il y aurait eu dys-

975

(26) D. Hiez, *Association*, in Encyclopédie Dalloz, Rép. Droit civil, spé. n° 152 et 153.

(27) Not. Civ. 2^e, 6 sept. 2018, n° 17-19.657, préc.

(28) Soc. 31 janv. 1995, n° 91-43.251, inédit.

(29) Civ. 1^e, 7 avr. 1987, n° 85-13.370, Bull. civ. I, n° 127, p. 96 ; JurisData n° 1987-000973.

(30) Civ. 1^e, 17 févr. 1981, n° 70-16.387.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

976

fonctionnement de l'association, et la conséquence de la solution retenue par la cour est de purger les vices des violations statutaires par le jeu de la prescription quinquennale à compter de la déclaration. Pourtant, si on reprend l'article 2224 du code civil, le point de départ de l'action en nullité d'une délibération du conseil d'administration à laquelle un administrateur n'avait pas été convoqué doit être la date à laquelle il apprend l'existence de cette réunion ; c'est logiquement la convocation qui l'informe mais, à défaut, il faut en revenir à l'information réelle de l'administration. Certes, l'article 2224 ne vise pas seulement la date à laquelle le titulaire de l'action avait connaissance, mais aussi aurait dû avoir connaissance. Ainsi en serait-il par exemple d'une personne qui aurait changé d'adresse sans en avertir l'association en sorte que la convocation valablement faite ne lui serait jamais parvenue. Mais peut-on aller jusqu'à considérer que la déclaration en préfecture rend les membres de l'association informés de la vie associative, quelle qu'elle soit par ailleurs ? Il nous semble que ceci résulte d'un mélange des genres inutile. L'article 5 de la loi de 1901 a pour unique but de protéger

les tiers, et encore ne s'applique-t-il que lorsque la sécurité juridique des transactions est en cause³¹.

Or rien de tout cela lorsqu'il s'agit de vider une querelle entre membres de l'association. Certes, les changements déclarés sont opposables aux tiers, et on peut aboutir à des schémas pour le moins baroques en cas d'annulation : un changement statutaire serait annulé au regard des membres, et avec lui toutes les décisions subséquentes, tandis que la déclaration desdites modifications les rendrait opposables aux tiers. Les effets de l'annulation risquent bien d'être totalement anéantis ou presque. Prenons-en acte, mais nous ne voyons pas en quoi ceci devrait justifier une extension des effets de l'article 5, au risque cette fois de ne pas permettre aux membres de l'association de faire respecter les statuts dans leurs propres relations, alors qu'aucun tiers ne serait impliqué. Que le législateur se préoccupe de simplification du droit, pourquoi pas, et on se réjouit lorsqu'il y parvient ; mais que le juge se joigne à lui sans éviter les effets pervers de cette course à l'échafaud, on ne peut que le regretter.

D. H.

4. Coopératives de commerçants et rupture des relations commerciales

(Com. 16 mai 2018, n° 17-14.236, inédit, D. 2018. 2326, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; M. Behar-Touchais, l'exclusion du coopérateur d'une coopérative de commerçants et le droit de la concurrence, BJS 2018, n° 9, p. 511. V. égal. comm. M. Behar-Touchais, LEDICO juill. 2018, n° 111k2, p. 4)

L'application de l'article L. 442-6 I du code de commerce constitue un cas particulièrement intéressant de confrontation d'un droit spécial de l'entreprise au droit des coopératives, comme l'est

le contrat en cours pour le contrat qui encadre les transactions entre la coopérative et le coopérateur au regard du droit des procédures collectives³². L'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai

(31) Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, n° 85-13.370, préc. ; Civ. 1^{re}, 17 févr. 1981, n° 70-16.387, préc.

(32) D. Hiez, Contrats en cours et structures de l'économie sociale et solidaire, RTD com. 2018. 157.

dernier fournit l'occasion de revenir sur l'importante solution en faveur du droit coopératif, aujourd'hui bien établie puisqu'on ne trouve pas moins de trois décisions de la haute juridiction depuis dix-huit mois³³. Les faits étaient assez classiques : une coopérative (ici de commerçants détaillants) décide l'exclusion d'un coopérateur, et ce dernier conteste cette décision ; mais il ne le fait pas sur le fondement du droit coopératif, il invoque la brutalité de la rupture des relations commerciales. L'idée paraissait bonne, puisque les juges du fond ont condamné la coopérative à maintenir ces relations pendant dix-huit mois. Mais le raisonnement s'est trouvé invalidé par la Cour de cassation, au visa des articles L. 442-6 I 5° et L. 124-10 du code de commerce « qu'en statuant ainsi alors que les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative de commerçants détaillants et un associé peuvent cesser sont régies par les dispositions légales propres aux coopératives et ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Puisque la solution est nette, il ne convient plus que d'en dégager les fondements et en cerner les conséquences.

Dans un commentaire de l'arrêt fondateur du 8 février 2017, nous avions jugé insuffisants les fondements proposés dans la non-commercialité de la coopérative ou dans la règle *specialia generalibus derogans*. D'une part, la commercialité de l'organisation concernée par la prétendue relation commer-

ciale est bien délicate à cerner compte tenu de l'équivocité de la qualification, et les solutions jurisprudentielles le reflètent parfaitement : le critère des professions libérales semble inopérant, et les associations ont donné lieu à des applications contradictoires. Le principe de la primauté de la loi spéciale sur la loi générale est plus satisfaisant, mais nous insistions sur le fait qu'il ne constitue pas une justification suffisante. C'est sur ce dernier point que nous souhaitons revenir, pour poursuivre un dialogue stimulant avec notre collègue la Professeur Martine Behar-Touchais³⁴.

De façon très convaincante, cette auteure insiste sur les visas des arrêts de la Cour de cassation, ainsi que sur les formulations implicites qu'elle emploie, même si expressément elle ne renvoie pas à la règle de la primauté du spécial. En effet, la mise en parallèle de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce et de la règle régissant l'exclusion du coopérateur³⁵ atteste que les motifs utilisés par la Cour de cassation relèvent de l'articulation des textes. De même, l'auteure met en évidence la fragilité de la contradiction que nous proposons d'y substituer, entre le droit coopératif et le droit de la concurrence. Et pourtant, nous maintenons notre analyse, tout en reconnaissant volontiers les limites que notre collègue y perçoit.

Tout d'abord, la difficulté du principe *specialia generalibus derogant* réside dans le fait qu'il repose sur une hiérarchie qu'on pourrait considérer comme présumée, mais qui ne s'impose

977

(33) Outre la décision commentée, Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, arrêt n° 191 F-P+B, D. 2017. 404 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2018. 865, obs. D. Ferrier ; Rev. sociétés 2017. 636, note D. Hiez ; RTD civ. 2017. 372, obs. H. Barbier ; JurisData n° 2017-001815, note M. Behar-Touchais ; BJS 2017, n° 116h3, p. 324 ; CCC 2017, n° 4, comm. 78, comm. N. Mathey ; Gaz. Pal. 28 févr. 2017, n° 289p1, p. 35, note C. Berlaud ; Com. 18 oct. 2017, n° 16-18.864, arrêt n° 1264 F-P+B, D. 2017. 2148 ; *ibid.* 2018. 865, obs. D. Ferrier ; AJ Contrat 2018. 31, obs. G. Parleani ; RTD civ. 2018. 114, obs. H. Barbier ; RTD com. 2018. 160, obs. D. Hiez ; *ibid.* 633, obs. M. Chagny ; JurisData n° 2017-020501 ; Intersport : LEDICO juill. 2018, n° 111k2, p. 4, obs. M. Behar-Touchais ; Com. 21 oct. 1997, n° 95-13.892, D. 1998. 400, obs. J.-C. Hallouin ; Rev. sociétés 1998. 99, note B. Saintourens ; RTD com. 1998. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; Com. 4 déc. 2012, n° 11-27.667 ; BJS 2013, n° 177, p. 320, note R. Mortier ; Com. 28 sept. 2016, n° 15-18.482, Rev. sociétés 2017. 220, note G. Parleani.

(34) M. Behar-Touchais, L'exclusion du coopérateur d'une coopérative de commerçants et le droit de la concurrence, préc.

(35) L'article L. 124-10 du code de commerce, en l'espèce, s'agissant d'une coopérative de commerçants détaillants.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

pas absolument. Nous reprenons ici les exemples proposés par Jean-Louis Bergel³⁶. Si une règle est spéciale, elle doit s'interpréter strictement afin de respecter toute la portée de la règle générale. Pourtant, lorsque la règle d'exception procède d'un intérêt fondamental supérieur à celui qui justifie la règle générale à laquelle elle déroge, et l'auteur cite Cornu qui prenait l'exemple de l'article 215, alinéa 3 du code civil sur la protection du logement de la famille par l'exigence du consentement des deux conjoints, quels que soient les droits de chacun sur le bien par ailleurs.

Nous n'irons pas plus loin dans cette analyse, nous voulons seulement signifier que, au fond, le principe *specialia generalibus derogant* ne fait que synthétiser un raisonnement plus complexe. Ainsi, techniquement, l'articulation du droit coopératif avec l'article L. 442-6 du code de commerce pourrait être toute différente. On sait que la relation de la coopérative et du coopérateur est une relation qui mêle la participation à la vie du groupement et l'exécution de prestations entre l'une et l'autre, ce que traditionnellement la doctrine française analyse en termes de double qualité³⁷, tandis que d'autres y voient un acte unique et original (not. *l'acto cooperativo* en Amérique latine). Quoi qu'il en soit, dans la tradition française les deux dimensions sont considérées comme se juxtaposant, même si la juxtaposition s'accompagne d'une influence réciproque³⁸.

Dans cette perspective, il aurait été parfaitement concevable de considérer que la dimension sociale se doublait d'une relation commerciale, et que si l'exclusion, autrement dit la rupture du lien coopératif, constitué des deux aspects, ressortissait du droit coopératif, rien n'interdisait de soumettre la rupture

de la seule relation commerciale à la disposition idoine. En conséquence dans notre espèce, et à la différence de ce qu'avait décidé la cour d'appel, il n'aurait pas été question de réintégrer le coopérateur dans le lien coopératif, l'exclusion n'ayant pas été contestée en tant que telle, mais simplement de contraindre la coopérative à maintenir les prestations antérieures avec l'ancien coopérateur, sur le fondement de l'article L. 442-6. On relèvera à cet égard que, si cette solution était inconcevable pour les coopératives de commerçants avant 2014 puisque celles-ci étaient soumises au principe de l'exclusivisme, elles sont aujourd'hui autorisées à avoir 20 % de leur chiffre d'affaires avec des non-membres, si bien que le maintien de relations commerciales sans qualité d'associé est envisageable.

Mais ce n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation. On peut bien dire que c'est une application de la règle de primauté du spécial, mais cela ne rend pas compte de la façon dont la cour conçoit la spécialité du droit coopératif.

Ensuite, il reste à déterminer dans quelle mesure la contradiction du droit coopératif et du droit de la concurrence autorise la primauté du premier sur le second. Et sur ce point, nul doute qu'il convient d'être prudent et qu'il ne faut pas confondre ses propres aspirations avec la réalité du droit positif. Le droit de la concurrence s'applique à toutes les entreprises, et il n'est donc pas question d'y faire échapper les coopératives. Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de contradiction entre le droit coopératif et le droit de la concurrence : coopérer et se faire concurrence sont deux choses opposées. Simplement, si notre droit accorde une certaine place à la coopération et lui accorde une certaine protection, il considère cependant sans

(36) J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique : Fondamentale et appliquée*, PUF 2016, spéc. p. 193 s.

(37) L. Coutant, *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950*, 1950, spéc. p. 228 s.

(38) D. Hiez, *Le coopérateur ouvrier ou le principe de double qualité dans les SCOP*, *Revue des Études Coopératives Mutualistes et Associatives*, 2006, n° 299, spéc. p. 34-55.

doute possible, qu'on s'en réjouisse ou le regrette, que le droit de la concurrence est un principe plus fondamental et que les coopératives y sont donc soumises, sauf exception dont il convient de définir les limites.

Mais tout ceci apporte-t-il plus que le constat résigné de la vanité des certitudes ? D'abord, s'agissant de l'état actuel du droit positif, on peut faire quelques observations. Les coopérateurs ne peuvent invoquer la protection contre la rupture brutale des relations commerciales, leur contestation doit se porter sur le terrain de cette exclusion. Ceci ne fait pas totalement échapper les coopératives à l'article L. 442-6 du code de commerce, que ce soit lorsqu'elles ont des relations commerciales en dehors des transactions coopératives. Pensons par exemple à une coopérative viticole qui écoulerait une partie de la production auprès d'un petit commerçant local ; mais cette configuration est assez rare, la coopérative courant plus souvent le risque d'être victime de la rupture qu'à son origine (son débouché est plus souvent un distributeur puissant). Mais l'article L. 442-6 s'appliquera encore aux relations commerciales que la coopérative pourrait entretenir avec un non-coopérateur ; il est vrai qu'en ce cas le mécanisme de l'exclusion serait inapplicable en l'absence de lien coopératif. Ces différences tiennent selon nous fondamentalement au fait que, lorsque les relations concernent une coopérative et un coopérateur, on ne peut pas perdre de vue que le coopérateur est membre de la coopérative, l'éventuel conflit concerne toujours un membre d'un collectif avec le dit collectif auquel il appartient ; protéger le membre signifie toujours accroître le poids pour le collectif, donc ultimement pour chacun des autres membres. Cela peut se jus-

tifier, et l'encadrement de l'exclusion le fait, mais les équilibres ne peuvent être identiques à la situation dans laquelle le partenaire consiste dans un tiers (un franchiseur par exemple, mais pas nécessairement), auquel cas il y a objectivement un pur conflit d'intérêts.

L'existence d'un collectif et la relation complexe que cela engendre entre le collectif et chacun de ses membres est une des caractéristiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire. En conséquence, la solution dégagée à propos des coopératives doit être étendue aux autres groupements de la catégorie. C'est le cas pour les associations, quoiqu'aucun texte n'encadre l'exclusion de l'association, ni que les statuts soient tenus de l'envisager. Il doit en aller de même pour les mutuelles, pour lesquelles au surplus l'exclusion doit être réglementée par les statuts³⁹. La question se pose différemment pour les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire, possibilité reconnue depuis la loi éponyme du 31 juillet 2014⁴⁰. En effet, celles-ci ne comportent pas dans leur définition cette dimension collective ; rien n'impose que les bénéficiaires de ses services soient ses associés. Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas y avoir application de l'article L. 442-6. Et, en allant plus loin dans le monde coopératif, la même cause produirait le même effet pour la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) : certes, l'article L. 442-6 ne peut concerner la relation entre la coopérative et l'un de ses membres, mais on sait que la SCIC n'a pas vocation à fournir prioritairement des services à ses membres⁴¹ ; le bénéficiaire de ces services qui n'en serait pas membre pourrait parfaitement se prévaloir de la protection du code de commerce.

979

(39) C. mut., art. L. 114-4, al. 3.

(40) Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, II, 2^o, JO n° 0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666, texte n° 2.

(41) Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947 portant statut de la coopération, art. 19 *quinquies et sexies*, JO n° 0214 du 11 sept. 1947, p. 9088.

Mais la contradiction que nous invoquons entre le droit coopératif et le droit de la concurrence et qui nous semble consacrée ici par la Cour de cassation peut-elle justifier d'autres hypothèses d'inapplication de règles issues du droit de la concurrence aux coopératives ? La question s'est souvent posée à propos des ententes, tout contrat de coopération pouvant potentiellement s'analyser comme une entente, pour peu que les critères en soient réunis. La professeure Behar-Touchais montre aisément qu'il n'en ait rien, exemples jurisprudentiels à l'appui⁴². Et il est vrai que la cour d'appel de Paris, qui statue en appel des décisions du conseil de la concurrence, n'est pas favorable aux coopératives⁴³ ; on relèvera d'ailleurs à ce propos que l'arrêt ici commenté casse une décision de la même cour de Paris (quoique sans lien avec l'autorité de la concurrence). Et, comme le rappelle notre éminente collègue, la discussion d'articulation des sources du droit menée jusqu'ici se trouve dérangée par le jeu de leur hiérarchie puisque le droit des ententes est d'origine européenne, de valeur donc supérieure, au moins lorsqu'il existe une dimension transfrontalière. Or le

droit européen de la concurrence n'est pas inapplicable par principe aux coopératives⁴⁴. Pourtant, le droit de l'Union européenne est parfaitement capable d'intégrer la contradiction que nous avons mise en évidence, puisque la CJUE a déjà consacré des dérogations au droit de la concurrence au profit des coopératives, en matière d'aides d'État⁴⁵, et la Commission le retranscrit mot à mot dans sa communication relative à la notion d'aide d'État⁴⁶. Mais cette orientation ne s'est pas traduite en matière d'entente, ou de position dominante, quoique la CJUE ait manifesté sa recherche de conciliation des intérêts conflictuels en la matière⁴⁷.

De lege ferendà, on pourrait invoquer que les atteintes coopératives au droit de la concurrence concourent au maintien d'une saine concurrence, dans la mesure où l'existence de réseaux coopératifs garantit la survie de plus petites unités qui, sans cela, risqueraient de disparaître. Mais c'est certainement pour l'instant aller trop loin au regard du droit positif.

D. H.

5. Capacité des personnes morale : exit l'utilité des actes à la réalisation de l'objet social

(Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, loi de ratification de l'ordonnance du 10 févr. 2016)

La réforme du droit des obligations réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016

a semé le trouble, en intégrant dans le code civil un article 1145 relatif à la

(42) M. Behar-Touchais, *L'exclusion du coopérateur d'une coopérative de commerçants et le droit de la concurrence*, préc. ; Com. 16 mai 1995, n° 93-16.556, Bull. civ. IV, n° 147 ; RTD com. 1995. 812, obs. E. Alfandari ; JurisData n° 1995-001105.

(43) Paris, pôle 5, 7^e ch., n° 17/01703, RTD com. 2018. 399, obs. D. Hiez ; G. Decocq, *Application du droit de la concurrence à une société coopérative*, CCC 2018, n° 4, comm. 73.

(44) Not. CJCE 12 déc. 1995, aff. C-399/93, *Oude Luttkhuis et al.*, Rec. 1995 I-04515 ; RTD com. 1996. 582, obs. C. Bolze, S. Retterer, C. Hendericksen et F. Thibault ; RTD eur. 1996. 567, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

(45) CJUE 8 sept. 2011, aff. C-78/08, *Paint Graphos et al.*, Rec. 2011 I-07611 ; G. Parleani, *La CJUE donne une leçon de droit coopératif*, note sc. CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Rev. société 2012. 104.

(46) Communication de la Commission relative à la notion d'*« aide d'État »* visée à l'art. 107, § 1 TFUE, C/2016/2946, JOUE n° C 262/1 du 19 juill. 2016, <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/fc2abbdd-4d75-11e6-89bd-01aa75ed71a1/language-fr>.

(47) CJCE 9 sept. 2003, aff. C-137/00, *Milk Marque Ltd*, spé. n° 57 s., Rec. 2003 I-07975 ; RTD eur. 2004. 669, chron. L. Idot ; *ibid.* 2005. 131, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

capacité qui précisait que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles »⁴⁸.

Ce texte n'a pas soulevé de discussion pour les sociétés commerciales pour lesquelles l'ensemble des textes les régissant affirme que la société est valablement engagée par les actes des dirigeants qui dépassent l'objet social, hypothèse qui entraînait parfaitement dans la réserve formulée par la dernière phrase de l'article 1145. En revanche, on sait que pour les sociétés civiles, cette nouvelle mention dans le code civil a suscité des hésitations quant à la possibilité qui était de pratique courante de procéder à une extension d'objet social via une décision des associés statuant à l'unanimité. Mais alors une telle pratique pouvait-elle permettre de considérer que cet acte était utile à la réalisation de l'objet social alors qu'il n'y était pas mentionné ? Pour éviter toute discussion et tout risque de remise en cause des actes, le défaut de capacité étant sanctionné par une nullité relative, les professionnels avaient désormais pris le soin de procéder à une modification de l'objet social avant de conclure les actes qui n'y étaient pas visés, à savoir dans les SCI principalement les ventes d'immeuble. Ainsi incidemment, la rédaction de l'article 1145 du code civil avait modifié assez profondément, le système de pouvoirs dans les sociétés civiles en général et dans les SCI en particulier.

La doctrine a souligné, en son temps, les inconvénients de cette nouvelle disposition et l'insécurité juridique qui pouvait en résulter. Le législateur a donc entendu les réserves formulées et l'article 1145

dans sa nouvelle rédaction issue de la loi de ratification du 20 avril 2018 énonce simplement que « la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ». Dès lors, le nouveau texte s'en remet au droit des sociétés pour déterminer les règles de capacité des personnes morales, ce qui semble une position sage, le besoin de sécurité dans les rapports juridiques établis avec une société s'imposant pour ne pas freiner l'activité économique.

Il reste que l'entrée en vigueur des textes successifs conduit à un mode opératoire assez complexe. L'ordonnance du 10 février 2016 étant entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 à partir de cette date, les opérations qui ont pu être réalisées par les sociétés étaient astreintes à respecter les nouvelles dispositions du code civil sous peine d'une action en nullité qui pourrait être mise en œuvre par la société dont l'intérêt est protégé par les règles de capacité. La loi de ratification du 20 avril 2018 change la donne quant à la réglementation applicable aux contrats passés par les sociétés et principalement ceux des sociétés civiles. La nouvelle rédaction de l'article 1145 du code civil n'étant pas une disposition interprétative, il en résulte qu'elle ne sera applicable qu'à compter du 1^{er} octobre 2018.

Ainsi, pendant une période de deux ans, un texte fort mal rédigé qui ne tenait finalement pas compte des impératifs et des pratiques du droit des sociétés aura régi l'activité contractuelle des sociétés civiles. Depuis le 1^{er} octobre 2018, les solutions applicables avant la réforme du droit des contrats sont à nouveau applicables. Tout ça pour ça, pourrait-on écrire !

M.-H. M.-B.

981

(48) A. Lecourt, L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, RTD com. 2016. 767 ; M. Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?, Rev. sociétés 2016. 483 ; M. Storck, La capacité juridique des sociétés civiles, JCP N 2017, n° 46, 1310 ; P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016. 907 ; D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142 ; B. Dondero, Les effets de la réforme du droit des contrats sur la capacité et la représentation des sociétés, BJS 2016. 510.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

6. Clauses d'aménagement des pouvoirs du gérant : la confirmation de l'opposabilité par les tiers

(Civ. 3^e, 14 juin 2018, n^o 16-28.672, RTD com. 2018. 701, obs. A. Lecourt)

Il est très fréquent que les statuts des sociétés contiennent des clauses qui limitent les pouvoirs des dirigeants. Dans les sociétés civiles, comme dans les autres sociétés, elles confèrent aux associés, un droit de contrôle qui paraît précieux, dans les premières au premier chef, au regard de la responsabilité illimitée des associés. Les effets attachés à ces clauses sont partiellement envisagés par la loi, ce qui laisse une place à la jurisprudence.

L'arrêt du 14 juin 2018 a été rendu dans une affaire opposant un preneur à son bailleur, un groupement foncier agricole (GFA), en annulation du congé délivré par la cogérante de ce groupement. Or, les statuts du GFA comportaient une clause qui, après interprétation par la juridiction, imposait que l'assemblée générale extraordinaire (AGE) autorise le gérant avant toute résiliation des baux. Dès lors se posait la question de la possibilité pour les tiers de se prévaloir des clauses statutaires en matière de pouvoirs des dirigeants, ce qui pouvait permettre au preneur d'obtenir la nullité du congé délivré. Après le prononcé de la nullité pour absence d'autorisation de l'AGE par la cour d'appel, la Cour de cassation confirme cette solution en opérant toutefois une substitution de motifs. Elle retient qu'« Attendu, d'autre part, que les tiers à un groupement foncier agricole peuvent se prévaloir des statuts du groupement pour invoquer le dépassement de pouvoir commis par le gérant de celui-ci ; que la cour d'appel a constaté que M. Alexandre Z. n'était pas associé du GFA lors de la délivrance du congé, son père ne lui ayant fait donation de parts sociales qu'après cette date ; qu'il en résulte que M. Alexandre Z. ,

tiers preneur à bail, pouvait se prévaloir des statuts du groupement bailleur pour justifier du dépassement de pouvoir commis par sa cogérante ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux justement critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

La solution retenue doit être remarquée, car elle permet de revenir sur la question de l'efficacité à l'égard des tiers des dispositions statutaires relatives aux pouvoirs des dirigeants sociaux. Cette réflexion se subdivise en deux points, la possibilité pour la société d'opposer les règles de pouvoirs statutaires et celle pour les tiers de se prévaloir des dispositions des statuts pour remettre en cause les actes accomplis par les dirigeants, seule cette seconde hypothèse étant abordée dans l'arrêt. La première situation est visée par l'article 1849 du code civil qui dans son dernier alinéa affirme que « les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers ». Il s'agit bien du cas où la société souhaiterait remettre en cause un acte réalisé par son gérant en se fondant sur des limitations statutaires, notamment la nécessité d'obtenir une autorisation de la collectivité des associés. Un tel défaut d'autorisation était caractérisé dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté. Ainsi, conformément à l'article 1849 du code civil, la société ne pouvait pas se prévaloir des clauses statutaires à l'égard du preneur. Cette solution a déjà été retenue par la Cour de cassation le 12 juillet 2005⁴⁹, dans une affaire très similaire à celle examinée, dans laquelle l'un des associés d'un GFA avait demandé la nullité d'un bail rural conclu par la gérante sans autorisation de l'assemblée géné-

982

(49) Civ. 3^e, 12 juill. 2005, n^o 04-14.494, AJDI 2005. 750, obs. R. Graeffly ; BJS 2006. 231, note Dereu.

rale, ce que la cour d'appel avait admis. La Cour de cassation la censure au visa de l'article 1849. Ainsi, la solution est affirmée clairement pour les sociétés civiles, comme elle l'est dans les sociétés commerciales, même pour la SAS où la liberté statutaire cède devant l'impératif de préserver la sécurité juridique des tiers qui traitent avec la société.

Dans l'arrêt sous commentaire se posait la question miroir : le tiers peut-il opposer à la société les clauses statutaires aménageant les pouvoirs des gérants ? Sous réserve d'établir la qualité de tiers, discutée dans cette affaire, car le père associé-gérant avait cédé des parts sociales à son fils. Toutefois, cette transmission étant intervenue postérieurement au congé, sa qualité de tiers au moment de l'acte ne pouvait être remise en cause. Sous cette condition, la Cour de cassation énonce clairement le principe de cette opposabilité par le tiers et en l'occurrence, son droit de se prévaloir du dépassement de pouvoirs du gérant.

Quelques remarques peuvent être formulées pour éclairer la solution retenue par la Cour de cassation.

La première concerne la portée qu'il est possible de conférer à l'arrêt. En effet, même si l'attendu vise expressément le GFA, aucune disposition des articles L. 322-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime ne mentionne des règles

propres concernant les pouvoirs de la gérance. Ainsi, conformément à l'article L. 322-1, ce sont les textes du code civil qui sont applicables en ce domaine et principalement l'article 1849. Dès lors, il n'existe aucun obstacle pour que la position de la Cour de cassation exprimée dans l'arrêt du 14 juin 2018 soit généralisée à l'ensemble des sociétés civiles, à défaut de disposition contraire.

De plus, cet arrêt offre une solution cohérente avec le droit des sociétés commerciales⁵⁰, ce qui est bienvenu car s'il y a, en matière de limitation de pouvoirs, une similitude des règles quant à la possibilité pour la société de s'en prévaloir à l'égard des tiers, il serait étonnant qu'en renversant l'angle d'observation, des solutions différentes soient consacrées.

Cette décision est la bienvenue, elle trace fermement les contours des effets des clauses statutaires de limitations des pouvoirs des dirigeants qui conduisent à distinguer l'opposabilité de ces clauses aux tiers et par les tiers. On retrouve en droit des sociétés, les règles du droit des contrats telles qu'elles sont désormais énoncées à l'article 1200 du code civil, ce qui conduit à admettre que du point de vue de l'opposabilité du contrat par les tiers, le contrat de société est un contrat comme les autres.

983

M.-H. M.-B.

(50) Com. 21 juin 2011, n° 10-20.878, D. 2011. 1753, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2012. 169, note L. Godon ; RTD com. 2011. 586, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *ibid.* 2012. 193, obs. A. Martin-Serf ; Dr. sociétés 2011, comm. 174, note D. Gallois-Cochet ; JCP E 2011. 1826, n° 6, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; Bull. Joly 2011, § 440, p. 867, note J.-P. Legros et Ph. Roussel-Galle. Sur la question : D. Gallois-Cochet, *L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux*, *Mélanges Germain*, LexisNexis LGDJ Lextenso Éditions, 2015, p. 325.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

7. Mandataire *ad hoc*, administrateur provisoire : mises au point récentes de la Cour de cassation

(Civ. 3^e, 21 juin 2018, n^o 17-13.212, D. 2018. 1381 ; *ibid.* 2056, obs. E. Lamazerolles et A. Rabreau ; Civ. 3^e, 16 nov. 2017, n^o 16-23.685, *Rev. sociétés* 2018. 372, note B. Lecourt)

Dans deux affaires récentes, la Cour de cassation est à nouveau conduite à préciser les conditions de désignation et les missions de l'administrateur provisoire et du mandataire *ad hoc*, alors qu'une certaine confusion règne entre ces deux institutions, ce qui peut nuire à leur utilisation à bon escient et à se demander si une telle construction est vraiment pertinente.

Dans l'arrêt du 21 juin 2018, il s'agissait d'une SCI constituée entre deux associés, dont l'une avait assigné la société pour obtenir son retrait puis avait, en cours d'instance, demandé la désignation d'un mandataire. Le pourvoi caractérise très clairement la confusion existant entre l'administrateur provisoire et le mandataire, les deux termes étant successivement employés. Alors que les juges du fond avaient désigné un mandataire *ad hoc* avec une mission très spécifique, le pourvoi reproche à la cour de n'avoir pas recherché si les circonstances rendaient impossible le fonctionnement normal de la société et la menaçaient d'un péril imminent, seule preuve de nature à justifier la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire⁵¹.

La Cour de cassation dans son attendu reprend le fil de l'affaire pour préciser : « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il existait une mésentente entre les associés, qu'aucune assemblée générale n'avait été tenue malgré la demande de Mme D. et que celle-ci n'avait pas eu accès aux documents comptables, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à une recherche inopérante relative aux cir-

constances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et la menaçant d'un péril imminent, a légalement justifié sa décision de désigner un mandataire *ad hoc*, pour une durée de six mois, avec mission de se faire communiquer les livres et documents sociaux pour les exercices clos de 2004 à 2015, d'établir, pour chacun de ces exercices, un rapport écrit mentionnant l'indication des bénéfices réalisés et des pertes encourues, de réunir une assemblée générale en charge de statuer sur les exercices clos couvrant la période de 2004 à 2015, d'approuver lesdits exercices et de se prononcer sur l'affectation des résultats ».

Ainsi, elle fournit des clefs pour opérer un choix entre ces deux mécanismes que le droit des sociétés utilise sans qu'un texte en pose les règles et les conditions d'application. Il ressort de son attendu que la mésentente entre associés peut être à l'origine du recours à l'une ou l'autre de ces désignations, sachant que cette situation, assez fréquente dans les sociétés particulièrement dans les sociétés civiles, peut également être une cause de dissolution lorsque le fonctionnement de la société est paralysé.

En réalité, la ligne de partage se fera alors en analysant les conséquences que la mésentente produit. D'une part, comme cela est indiqué dans l'arrêt, si le fonctionnement normal de la société n'est plus possible et qu'un péril imminent pèse sur la structure sociétaire, il conviendra d'avoir recours à un administrateur provisoire dont la mission sera alors de suppléer à l'inaction des dirigeants, de réunir les organes, principale-

984

(51) B. Lecourt, *Questions autour de l'administrateur provisoire*, *JCP E* 2016. 1384, n^o 29.

ment l'assemblée générale et d'envisager les possibilités de mettre un terme au blocage à l'œuvre dans la société. Cette désignation sera souvent judiciairement admise dans l'optique d'éviter la dissolution de la société dont les conséquences sont redoutables. La mission de l'administrateur provisoire est conçue comme étant plus générale que celle qui peut être confiée au mandataire *ad hoc*, la Cour de cassation ayant précisé pour ce dernier que sa nomination n'entraîne pas le dessaisissement des organes sociaux⁵². Ainsi dans la décision commentée, eu égard au périmètre des missions confiées relatives essentiellement aux comptes de la société, il était parfaitement justifié de nommer un mandataire *ad hoc*, ce qui ne nécessitait pas de vérifier que le fonctionnement de la société était compromis.

La seconde décision en date du 16 novembre 2016 se prononce dans une espèce différente de vacance de la gérance. L'affaire opposait des kinésithérapeutes qui avaient constitué une SCI qui louait des locaux à une SCM réunissant l'ensemble des praticiens. L'un d'entre eux, dont les mandats étaient limités statutairement à deux ans, assurait la gérance des deux sociétés. Passé ce délai, aucune décision n'était intervenue pour renouveler ces mandats ou désigner un autre gérant. L'un des associés souhaitant demander la dissolution des deux sociétés, il obtient une ordonnance désignant un administrateur provisoire ayant, indique l'arrêt, une mission de représenter la SCI et la SCM dans la procédure de dissolution qu'il entendait engager et de les gérer jusqu'à l'achèvement de cette procédure conformément aux pouvoirs conférés au gérant par les statuts. Les autres associés ayant demandé la rétractation de cette ordonnance, un contentieux s'élève qui

conduit la Cour de cassation à décider que « sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les sociétés ne fonctionnaient pas sans difficulté en dépit de la vacance de droit de la gérance et sans s'expliquer sur les "difficultés" qu'elle retenait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

La solution est rendue au visa de l'article 1846 du code civil qui prévoit dans son dernier alinéa que, lorsque la gérance est vacante, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de réunir les associés pour nommer un gérant. Toutefois, ce n'est pas la démarche qui avait été suivie dans cette affaire, l'associé ayant obtenu la désignation d'un administrateur provisoire auquel avait été confiée une mission spéciale de représentation de la société en justice. Une telle hypothèse suscitait une certaine hésitation, la vacance de la gérance orientant naturellement vers l'administrateur provisoire car elle est de nature à bloquer le fonctionnement de la société civile dont l'ensemble des pouvoirs de gestion et d'organisation de la vie sociale est confié au gérant. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas cédé à cette tendance et comme elle le fait en cas de recours à une administration provisoire, elle affirme qu'il convient de s'attacher à démontrer que le fonctionnement de la société est bloqué et que la juridiction qui procède à cette désignation doit justifier des difficultés traversées par la société et de leur gravité. Elle met bien en exergue que la vacance de droit de la gérance n'entraîne pas nécessairement une telle situation, comme en l'espèce où très certainement, bien que son mandat n'ait pas été reconduit, le gérant devait continuer à exercer ses missions. Ce premier point éclairci, cela ne règle pas

985

(52) Com. 15 mars 2017, n° 15-12.742, Dalloz actualité, 29 mars 2017, obs. X. Delpech ; D. 2017. 703 ; RTD com. 2017. 389, obs. A. Lecourt ; *ibid.* 651, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; JCP E 2017. Actu. 253 ; Dr. sociétés 2017, comm. 119, note H. Hovasse ; BJS mai 2017, n° 5, p. 322, note E. Putman ; JCP N 2017, n° 28, p. 1226, obs. Th. de Ravel d'Esclapon.

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

celui de la représentation de la société, représentation qui ne peut être assurée que par le gérant investi du pouvoir de le faire, à savoir un gérant de droit. Dès lors, dans cette affaire si la gérance de fait permettait d'écartier la désignation d'un administrateur provisoire, elle devait conduire à désigner un mandataire *ad hoc* qui aurait pour mission de représenter la société en justice.

Toutefois, dans cette affaire, il était aussi possible de faire jouer, comme le suggère par son visa la Cour de cassation, l'article 1846 du code civil, la demande de désignation du mandataire ayant alors pour objet de réunir les associés pour qu'ils désignent un gérant. En effet, la demande de dissolution évoquée dans cette affaire relevait certainement de l'article 1846-1 du code civil qui dispose que la dissolution d'une société civile peut être prononcée par le tribunal, à la demande de tout intéressé,

lorsqu'elle est dépourvue de gérant depuis plus d'un an. Ainsi, pour rétablir, dans cette affaire, une situation juridique pérenne et sécurisée pour la poursuite de l'activité, il paraissait nécessaire de désigner un gérant conformément aux dispositions légales et statutaires, une telle désignation qui régulariserait la situation pouvant intervenir jusqu'à ce que le juge statue sur la dissolution. En revanche, ni la désignation d'un administrateur provisoire, ni celle d'un mandataire ne pourra éviter le prononcé de la dissolution. Il convient donc de suivre le chemin suggéré par le visa de la Cour de cassation, chemin tortueux du fait de la multiplication des mécanismes susceptibles d'être mis en œuvre et des situations à gérer. La réflexion au cas par cas est indispensable, puisque toutes les solutions offertes n'ont pas la même efficacité !

M.-H. M.-B.

986

8. Prescription et exclusion de l'associé placé en procédure collective

(Com. 27 juin 2018, n° 16-18.687, D. 2018. 1438)

L'ouverture d'une procédure du livre VI du code de commerce est une cause d'exclusion de l'associé de la société civile, comme le prévoit en des termes vieillis l'article 1860 du code civil qui vise la « déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire atteignant l'un des associés ». Ce texte ne détaille pas les conditions de mise en œuvre de cette exclusion, excepté qu'il précise que l'associé ne perdra sa qualité d'associé qu'après le remboursement de ses droits sociaux. Avec l'arrêt rendu le 27 juin 2018, la Cour de cassation trouve l'occasion de compléter le texte du code civil à propos du jeu de la prescription.

L'affaire soumise à la Cour de cassation concernait la mise en redres-

sement puis en liquidation judiciaire d'une société anonyme, associée d'une SCI. Le liquidateur, certainement face à l'inertie de cette dernière, l'avait assignée pour obtenir le remboursement des droits sociaux détenus par la SA, somme qui pouvait ensuite entrer dans l'actif de la procédure. L'assemblée générale convoquée pour statuer sur l'exclusion, après avoir retenu que la date de fixation de la valeur était celle de l'ouverture de la procédure à l'égard de l'associé, avait, sur la base d'un rapport d'un expert-comptable, décidé que la valeur des parts sociales était nulle, qu'il n'y avait pas lieu à remboursement et que la société avait donc perdu sa qualité d'associé au 5 mars 2012, date à laquelle le liquidateur avait reçu le rapport d'expertise.

octobre-décembre 2018 - 4 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

Le liquidateur a répliqué en assignant la SCI en remboursement des droits sociaux appartenant à la SA et en demandant la désignation d'un expert. La cour d'appel a déclaré la demande du liquidateur irrecevable car la société, titulaire de cette action en remboursement, doit agir dans le délai de prescription qui commence à courir au jour où elle a connaissance de l'ouverture de la procédure collective qui est le fait générateur de l'exclusion et du droit au remboursement. La Cour de cassation saisie de cette question a décidé au visa de l'article 1860 du code civil que « la perte de la qualité d'associé ne peut être antérieure au remboursement de la valeur des droits sociaux et qu'il revenait à la SCI de procéder à ce remboursement afin de faire perdre à la société CIÀ la qualité d'associé et donc de lui adresser une proposition à cette fin, laquelle aurait fait courir le délai de prescription ».

La décision rendue par la chambre commerciale mérite l'attention car elle pose plusieurs principes qui, s'ils pouvaient être déduits du mécanisme d'exclusion de l'article 1860 du code civil, sont clairement énoncés, ce qui assure une meilleure appréhension du régime juridique de ce mécanisme, technique inverse de celle du retrait régi par l'article 1869 du code civil qui reste bien discret sur sa mise en œuvre. Le premier point rappelé dans l'attendu est lui bien connu : seul le remboursement des parts sociales peut entraîner la perte de la qualité d'associé d'une société civile. La solution vaut aussi bien pour le retrait que pour l'exclusion. La concordance des solutions est de pur bon sens. Si elle constitue un moyen de pression pour l'associé exclu ou qui souhaite se retirer, elle peut également le contraindre à rester dans la société alors qu'il souhaite mener à bien de nouveaux projets. Lors d'une exclusion, les désagréments de cette règle sont atténués, l'associé souhaitant exercer son droit de rester dans la société. Le second point concerne le jeu de

la prescription et contrairement à ce qu'avait pu admettre la cour d'appel, la Cour de cassation affirme que la SCI qui maîtrise la procédure d'exclusion doit adresser une proposition de remboursement à l'associé exclu, proposition qui fera courir le délai de prescription. Selon la solution retenue, l'inertie de la SCI ne peut pas se retourner contre l'associé. Cette protection peut être accueillie favorablement dans son principe, mais est-elle conforme aux règles sur la prescription issues du code civil ? La question du point de départ de la prescription est toujours délicate et le demeure après la réforme du droit de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008. L'article 2224 du code civil pose une règle de droit commun en matière de point de départ du délai de prescription à laquelle il est possible de déroger. Ce texte fixe le point de départ au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. C'est visiblement cette règle qui a inspiré la cour d'appel lorsqu'elle a retenu que l'ouverture de la procédure collective contre l'associé marquait le point de départ du droit au remboursement, ce qui lui permettait d'exercer cette action. L'argumentation ne paraissait pas totalement infondée. En effet, à défaut de dissolution de la société en cas de procédure collective de l'associé, une action en remboursement des droits sociaux est imposée par l'article 1860, il s'agit là d'un droit de l'associé, droit dont l'importance est reconnue par le législateur puisqu'il conditionne la perte de la qualité d'associé. Dès lors, est-il si logique de faire courir le délai pour demander le remboursement des droits sociaux d'une proposition de la société ? L'associé qui conserve cette qualité jusqu'au remboursement de ces droits sociaux sera informé des décisions prises et lorsque la dissolution aura été exclue, il saura que l'issu, la seule envisagée par l'article 1860 du code civil, est le remboursement de ces titres. Il pourrait alors être considéré qu'il est en mesure d'agir efficacement puisqu'il est titu-

987

CHRONIQUES

Sociétés civiles, associations et autres groupements

laire du droit de demander le remboursement. La Cour de cassation ne l'entend pas de la sorte et elle prend en compte l'obligation de remboursement qui pèse sur la société pour raisonner sur le point de départ de la prescription. En effet dans une telle situation, la rédaction du code civil réserve l'initiative de la dissolution aux associés

autres que celui à exclure et à défaut, prévoit le remboursement des droits sociaux. Il est de l'intérêt des autres associés et de la société d'exclure celui qui, placé en procédure collective, ne peut plus assumer les obligations qui sont les siennes dans la société civile.

M.-H. M.-B.

988

octobre-décembre 2018 - 4 - RTDCom.

Imprimé par Tous droits réservés

CHRONIQUES

Droit des marchés financiers

Michel Storck
Professeur émérite
à l'Université de Strasbourg

Les organismes de financement spécialisé sont enfin opérationnels

(Décr. n°s 2018-1004 et 2018-1008 du 19 nov. 2018 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette ; Autorité des normes comptables, Règl. n° 2018-04 du 12 oct. 2018 modifiant le règlement ANC n° 2014-01 relatif au plan comptable général des organismes de placement collectif à capital variable ; Loi n° 2018-1317 du 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 114)

La publication de deux décrets du 19 novembre 2018 portant « modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette », ainsi que les précisions apportées sur le traitement comptable et fiscal des organismes de financement spécialisé (OFS) permettent de rendre opérationnel le régime nouveau d'octroi de prêts par les organismes de titrisation (OT) et les organismes de financement spécialisé.

L'ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette a élargi les moyens de financement non bancaire des entreprises en créant la catégorie nouvelle des organismes de financement (OF) qui regroupent les organismes de titrisation existants (Société de titrisation et Fonds commun de titrisation, soumis à un régime dérogatoire à la directive AIFM) et les nouveaux organismes de financement spécialisé (OFS, société de financement spécialisé et fonds de financement spécialisé, soumis à la directive AIFM : dépositaire AIFM et

passeport commercialisation).

989

Ce sont ainsi quatre types de placements collectifs qui peuvent octroyer des prêts :

- les « ELTIF » qui sont soumis au règlement (UE) n° 2015/760 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme (ELTIF) ;
- les fonds professionnels spécialisés (FPS) et les fonds professionnels de capital investissement (FPCI) (non agréés ELTIF) qui respectent les conditions et limites fixées par le décret en Conseil d'État n° 2016-1587 du 24 novembre 2016 ;
- les organismes de financement spécialisé (OFS) nouvellement créés qui respectent les conditions et limites fixées par décret en Conseil d'État ;
- les organismes de titrisation (OT) qui respectent les conditions et limites fixées par décret en Conseil d'État.

Le régime des organismes de financement spécialisé est fixé aux articles L. 214-190-1 et suivants du code moné-

taire et financier¹. Il est précisé à l'article L. 214-190-1 du code monétaire et financier que les organismes de financement spécialisé dont le rachat de parts ou actions et le recours à l'effet de lever font l'objet de limitation peuvent accorder des prêts aux entreprises non financières dans des conditions et limites fixées par décret en Conseil d'État.

Le décret d'application devait être publié en mars 2018 ; ce n'est que le 19 novembre 2018 que deux décrets (un décret en Conseil d'État et un décret simple), pris en application de l'ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017, viennent préciser les conditions dans lesquelles les organismes de financement peuvent octroyer des prêts aux entreprises. Afin de fixer un régime général uniforme visant les conditions dans lesquelles les fonds professionnels spécialisés et les organismes de financement peuvent octroyer des prêts aux entreprises, les décrets du 19 novembre 2018 reprennent le dispositif introduit pour les FPS et les FPCI par le décret en Conseil d'État n° 2016-1587 du 24 novembre 2016, en en modifiant certaines dispositions (I) ; les dispositions nouvelles sont entrées en vigueur le 23 novembre 2018. Le traitement comptable des OFS, aligné sur celui des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (II), ainsi que le nouveau régime fiscal dérogatoire des OFS (III) répondent aux attentes des gestionnaires de FIA.

I - Décrets fixant les conditions d'octroi des prêts aux entreprises et de cession de créances

Le décret en Conseil d'État n° 2018-1004 du 19 novembre 2018 précise les conditions dans lesquelles les organismes de financement, notamment les organismes

de financement spécialisé, peuvent octroyer des prêts aux entreprises.

Il est précisé à l'article R. 214-240-1 nouveau du Code monétaire et financier que l'organisme de financement spécialisé peut accorder des prêts dans les conditions définies par les articles R. 214-203-1 à R. 214-203-9 qui visent les prêts consentis par les fonds professionnels spécialisés : pour l'application de ces articles, l'organisme de financement spécialisé est assimilé au fonds professionnel spécialisé.

Deux régimes sont introduits, selon que les prêts consentis représentent (A) ou non (B) plus de 10 % des actifs nets du fonds ; des contraintes particulières pèsent également sur la société de gestion (C). Les actifs éligibles aux OFS sont précisés (D), ainsi que les modalités de cession de créances (E).

A - Les prêts consentis par l'OFS représentent plus de 10 % des actifs nets du fonds

L'ensemble des contraintes suivantes s'applique aux OFS :

- le fonds peut prévoir une politique de rachat limitant les rachats à une part des actifs pour que l'octroi de prêt se fasse sans transformation de liquidité ;
- les prêts accordés par les fonds ne peuvent être octroyés qu'à des entreprises individuelles ou personnes morales de droit privé n'exerçant pas des activités financières et des placements collectifs ;
- les prêts ont une échéance inférieure à la durée de vie du fonds, pour éviter toute transformation de maturité ;
- lorsqu'il octroie des prêts, le fonds peut recourir à l'emprunt sous certaines conditions ; il est désormais précisé que le levier maximal du fonds, exprimé sous la forme d'un ratio entre l'exposition du fonds et sa valeur nette d'inventaire, est fixé dans les statuts ou le règlement

⁽¹⁾ Cf. M. Storck, La régulation de l'activité bancaire des FIA : la finance de marché sort de l'ombre, RTD com. 2017. 939.

du fonds, dans les limites définies par arrêté du ministre chargé de l'économie² ; la société de gestion effectue des simulations de crise pour s'assurer que la liquidité des actifs, notamment des prêts octroyés, permette au fonds de faire face à des demandes de rachats et aux engagements résultants des emprunts contractés ;

- les fonds octroyant des prêts ne peuvent pas recourir à la vente à découvert, le prêt de titres financiers ou les instruments dérivés sauf pour la couverture des risques de taux d'intérêt et de devises ;
- le fonds ne peut procéder à des cessions de prêts non échus ou déchus de leur terme qu'il a octroyés qu'après approbation par l'AMF d'un programme d'activité spécifique soumis par sa société de gestion.

B - les prêts consentis par l'OFS représentent moins de 10 % des actifs nets du fonds

Ces fonds sont uniquement soumis aux deux conditions suivantes :

- les prêts ne peuvent être accordés pour une durée excédant la durée de vie résiduelle du fonds professionnel spécialisé ;
- le fonds n'a pas recours à des contrats financiers autrement qu'à des fins de couverture des risques de taux d'intérêt et de devises.

C - Compétences requises de la société de gestion

Une instruction de l'AMF du 27 juin 2016 (DOC-2016-02) décrit les conditions d'organisation devant être remplies par une société de gestion de portefeuille qui gère des FIA souhaitant octroyer des prêts, relatives notamment à la mise en place d'un système d'analyse de crédit spécifique à l'octroi de prêt et d'une procédure de valorisation, de suivi des risques et de contrôle. La société de gestion de portefeuille qui gère un FIA qui octroie des prêts doit disposer d'une

compétence dans l'octroi de prêt en direct ; cette compétence nécessite au moins un gérant ou un analyste ayant une expérience dans une entité qui prête (établissement de crédit, entreprise d'assurance ou société de gestion de portefeuille). Cette expertise couvre notamment les aspects financiers, juridiques et de structuration des prêts. Il est précisé que des compétences d'analyse crédit acquises dans le seul cadre de la gestion de fonds obligataires ou de sélection de créances ne sont pas considérées comme suffisantes.

La société de gestion de portefeuille peut avoir recours à un prestataire qui prépare l'analyse des risques de crédit ; toutefois, la décision finale d'octroi du prêt doit être prise par la société de gestion de portefeuille. Ce prestataire externe n'intervient pas en qualité de délégué de gestion du FIA.

Les sociétés de gestion sont autorisées à effectuer directement le recouvrement des créances relatives aux prêts qu'elles ont octroyé, à condition d'en faire mention dans leur programme d'activités ; à défaut d'une telle mention, l'activité de recouvrement doit être externalisée à une société désignée à cet effet.

991

D - Composition de l'actif et du passif de l'OFS

Le décret n° 2018-1004 précise les actifs éligibles aux organismes de financement : instruments financiers, créances, tout autre bien au sens de l'article L. 214-154 (biens éligibles à un FPS), liquidités mentionnées au 1^o de l'article D. 214-232-4 (notamment sous forme de dépôts, de titres de capital, titres donnant accès au capital), droits issus de prêts, contrats constituant des instruments financiers à terme, garanties, sûretés, sous-participations en risque ou en trésorerie, actifs transférés au titre de la réalisation ou de la constitution de sûretés, actifs transférés au titre des

(2) C. mon. fin. art. R. 214-203-6, 1^o, a ; Décr. n° 2018-1008 du 19 nov. 2018.

engagements pris dans des instruments financiers à terme³.

L'OFS peut émettre des titres de créance négociables et des obligations ou des titres de créance émis sur le fondement d'un droit étranger ; le règlement ou les statuts de l'organisme précisent les caractéristiques et les modalités d'émission des titres de créance⁴.

Le passif d'un fonds de financement spécialisé comprend à tout moment un nombre minimal de deux parts. Le montant minimal d'une part à l'émission est de 150 euros ou son équivalent dans l'unité monétaire de l'émission⁵.

Dans les conditions prévues par le règlement ou les statuts de l'organisme, les parts ou actions émises par l'OFS peuvent donner lieu à des demandes de rachat par leurs porteurs ou actionnaires et les titres de créances émis peuvent donner lieu à des demandes de remboursement par anticipation, sur la base de la valeur liquidative de l'organisme⁶.

E - Cessions de créances

Le décret n° 2018-1008 du 19 novembre 2018 précise les modalités d'acquisition et de cession de créances par un organisme de financement⁷ ainsi que les énonciations de l'acte d'acceptation⁸.

II - Dispositif comptable applicable aux organismes de financement spécialisé

Une incertitude pesait sur le traitement comptable des OFS. Le plan comptable général des OT et le plan comptable des établissements de crédit n'ont finalement

pas été retenus : le plan comptable des OPCVM, déjà adopté pour les FPS, est modifié pour le rendre applicable aux OFS.

Le règlement de l'ANC n° 2018-04 du 12 octobre 2018 modifie le règlement ANC n° 2014-01 relatif au plan comptable général des organismes de placement collectif à capital variable afin de définir le dispositif comptable applicable aux organismes de financement spécialisé.

Le résultat net et les sommes distribuables des organismes de financement spécialisé sont définis respectivement aux articles 122-1 et 122-2 du règlement ANC n° 2018-04.

Les méthodes de comptabilisation et d'évaluation des actifs des organismes de financement spécialisé sont précisées aux articles 328-1 à 328-6 du règlement de l'ANC n° 2018-04 lorsqu'elles n'ont pas déjà été prévues dans le règlement ANC n° 2014-01.

Concernant les passifs émis par l'organisme de financement autres que les parts ou actions, les méthodes de comptabilisation et d'évaluation de ces passifs de financements sont présentées aux articles 328-8 à 328-11 du règlement ANC n° 2018-04.

La comptabilisation et évaluation des engagements donnés mais non encore tirés et les engagements financement reçus sont mentionnés aux articles 328-7 et 328-14 de ce règlement.

Les états financiers des organismes de financement spécialisé sont présentés aux articles 328-20 à 328- 30 et ceux des organismes de financement spécialisé à compartiments aux articles 413-1 et 413-2 du règlement ANC n° 2018-04.

(3) C. mon. fin., art. R. 214-218,2° mod. ; Décr. n° 2018-1008 du 19 nov. 2018.

(4) C. mon. fin., art. R. 214-240-2 ; Décr. n° 2018-1008 du 19 nov. 2018.

(5) C. mon. fin., art. R. 214-240-2 ; Décr. n° 2018-1008 du 19 nov. 2018.

(6) C. mon. fin., art. R. 214-240-4 ; Décr. n° 2018-1008 du 19 nov. 2018.

(7) C. mon. fin. art. R. 214-227.

(8) C. mon. fin. art. R. 214-227-1.

III - Détermination du bénéfice imposable des sociétés de financement spécialisé

En principe, pour une entreprise, le bénéfice net imposable est déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments d'actif⁹ ; le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt, diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélevements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés¹⁰.

En raison de leur spécificité, les sociétés de financement spécialisé sont soumises à un régime fiscal dérogatoire introduit par la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (art. 114).

D'une part, le profit ou la perte résultant de la cession d'un élément d'actif au cours de l'exercice ainsi que les différents produits et charges afférents (commissions de souscription et de rachat acquises ainsi que des frais de constitution, fusion ou apports) doivent être pris en compte dans le bénéfice imposable du même exercice¹¹.

D'autre part, les écarts de valeur constatés entre l'ouverture et la clôture de l'exercice ne sont pas pris en compte dans le bénéfice imposable à l'exception des écarts de conversion constatés sur les éléments libellés en monnaies étrangères par rapport aux montants initialement comptabilisés ainsi que des pertes et profits constatés sur des contrats à terme d'instruments financiers¹².

Par ailleurs, il est précisé à l'article 209-0 A du code général des impôts, que les parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) détenues une société de financement spécialisé sont soumises au droit commun des plus et moins-values d'OPCVM.

En revanche, un amendement du Sénat visant à renforcer le régime dérogatoire en exonérant les sociétés de financement spécialisé de la contribution sociale de solidarité des sociétés a été rejeté.

993

Dotés de tels atouts, bénéficiant du label AIFM et pouvant bénéficier d'un agrément ELTIF, les OFS ont vocation à devenir un véhicule d'investissement et de financement particulièrement attractif et à remplacer, sans dissolution, les FPS et les OT.

(9) CGI, art. 38, 1.
 (10) CGI, art. 38, 2.
 (11) CGI, art. 38, 2 ter.
 (12) CGI, art. 38, 2 ter.

Imprimé par Tous droits réservés