

L'association : une entreprise comme une autre ?

Code de commerce, code des marchés publics, directive communautaire... les associations sont rattrapées par le droit commun applicable à toutes les personnes morales. Le marché impose sa loi : c'est un mouvement de fond qui semble irréversible. Certes, de plus en plus d'associations développent des activités économiques, mais plus comme un moyen que comme une fin. Alors, l'association est-elle véritablement une entreprise comme une autre ? Éléments de réponse à partir des travaux de la commission « Droit des associations » du barreau de Lyon¹.

Associations – entreprises Le rapprochement en question

La loi du 1^{er} juillet 1901 a longtemps été considérée comme « un instrument juridique rudimentaire² » et les associations ont souvent été jugées mal armées pour agir en « milieux d'affaires ». Or la tendance actuelle est en train de s'inverser. Données de cadrage, problématiques clés et perspectives.

➤ COLAS AMBLARD*

Les dispositifs législatifs applicables aux associations, notamment en matière de transparence financière³, se sont considérablement renforcés ces dernières années. Les associations à « caractère économique » sont de plus en plus contrôlées⁴, n'en déplaise à certains⁵. L'association est-elle pour autant une entreprise comme une autre ? Assurément non, si l'on considère le principe de

propriété impartageable des bénéficiaires qui régit ces organismes⁶. Mais, la prise en compte par le législateur de cette nouvelle forme entrepreneuriale résonne assurément comme une forme de reconnaissance pour ce mode d'intervention économique émergent⁷. Les opérations de fusion-absorption, scission, filialisation ne sont plus l'apanage des sociétés commerciales⁸. Elles concernent les associations, comme toutes les

* Docteur en droit, avocat associé au barreau de Lyon, président de la commission Droit des associations du barreau de Lyon, responsable du département « Association, Fondation/Mécénat, Sport », Altys groupement d'avocats, directeur ISBL consultants.

1. En partenariat avec le conseil régional Rhône-Alpes, la mairie de Lyon et l'université Lyon III, la commission « Droit des associations » du barreau de Lyon a présenté, le 29 septembre 2007, ses travaux sur le thème « L'association est-elle une entreprise comme une autre ? ». Les contributions qui suivent, réactualisées, sont le fruit de cette journée de réflexion.

2. G. VIDAL, « Le droit des affaires des associations : un statut en voie de formation », in *Les Petites Affiches*, 10 février 1993, p. 7.

3. Arr. du 11 octobre 2006 relatif au compte rendu financier prévu par l'art. 10 de la

loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, voir *JA* n° 350/2006, p. 25.

4. J.-F. MERLET, *Le financement public des associations*, thèse de droit, éditions Juris associations, 2001 : les contrôles pouvant s'opérer sur les associations (Urssaf, CRC, etc.) sont potentiellement plus nombreux que ceux applicables aux entreprises commerciales traditionnelles.

5. P.-P. KALTENBACH, « Non, toutes les associations ne se valent pas ! », in *Le Figaro*, 29 novembre 2007.

6. L. du 1^{er} juillet 1901, art. 1.

7. C. AMBLARD, *Associations et activités économiques : contribution à la théorie du tiers secteur*, thèse de droit, 1998, publ. DIISES.

8. Pour une étude d'ensemble, voir *JA* n° 354/2007, p. 12.

institutions sans but lucratif (fondations, congrégations, syndicats, etc.). Forts de cette légitimité nouvellement acquise, ces organismes n'hésitent plus, désormais, à affirmer leurs spécificités en matière économique, en particulier dans le domaine des services. Mal connu, ce mouvement de grande ampleur laisse présager, à terme, une redéfinition profonde de notre modèle économique actuel.

Poids économique des associations

En préambule, il importe de prendre conscience d'une vérité encore trop souvent ignorée : en France, plus de 20 % des 27 000 entreprises de 50 salariés et plus sont en fait des associations⁹ ! Avec quelque 1 050 000 emplois en équivalents temps plein, le poids des 1 100 000 associations dans l'économie et dans la société française est considérable. Elles représentent cinq fois plus que le secteur de l'automobile. D'autres indicateurs montrent que le secteur associatif est actuellement en pleine expansion. En effet, le budget cumulé (59 milliards d'euros) du secteur associatif continue de croître à un rythme régulier : 2,5 % de croissance annuelle lors de ces six dernières années¹⁰, alors même que la croissance du PIB durant cette même période n'a pas dépassé 1,5 %. À cela, il faut ajouter près de 14 millions de bénévoles pour un volume d'emploi de 935 000 emplois en équivalents temps plein.

Capacité juridique des associations sur le plan économique¹¹

Aujourd'hui, il est encore admis que « les associations ne sont pas faites pour le commerce [...] »¹². Paradoxalement, une telle « croyance collective » n'a pas empêché les associations d'entrer massivement dans la sphère économique ; dès le début des années 1980, elles sont nombreuses à avoir décidé de procéder par elles-mêmes à une recherche de fonds propres dans le but d'assurer leur pérennité financière.

Face aux profonds bouleversements qu'a connus le secteur associatif ces dernières années, les pouvoirs publics se sont bien évidemment penchés sur ces questions. Les tribunaux¹³ et le législateur¹⁴ ont reconnu le droit pour les associations d'exercer des activités économiques, voire commerciales¹⁵. Depuis lors, cette reconnaissance exprime n'a fait l'objet d'aucune remise en question, et l'on constate même que l'« interventionnisme » économique des associations est encouragé par les gouvernements successifs¹⁶. Curieusement, cette reconnaissance de la capacité des associations à exercer des activités commerciales, y compris à titre habituel¹⁷, n'a pas eu pour effet d'annihiler toute idée d'une incompatibilité de principe entre association et activité économique. Bien plus, l'intrusion des associations dans la sphère économique est encore presque toujours systématiquement perçue comme une « dérive »¹⁸.

Alors, à quoi doit-on la persistance d'une telle idée reçue ?

La loi du 1^{er} juillet 1901 n'a jamais interdit aux associations d'exercer de telles activités. Au contraire, en imposant aux associations « un but autre que le partage des bénéfices » (art. 1), et dans la mesure où cette interdiction ne concerne que les membres de l'association et non le groupement lui-même, cette loi légitime — par une lecture *a contrario* — le droit pour toute association de réaliser des bénéfices. Ainsi, l'interprétation improprement donnée par la doctrine de la notion d'interdiction de partage des bénéfices a longtemps contribué à maintenir une vision idéaliste — certains parlent de vision « misérabiliste »¹⁹ — de l'association. De la même façon, en retenant l'expression d'« associations à but non lucratif »²⁰, il ressort que « les juristes ont longtemps été partisans ou prisonniers d'une conception strictement philanthropique de l'association excluant tout rapport d'affaires »²¹.

Une telle conception ne correspond plus aux réalités actuelles. Désormais, la logique marchande ne peut plus être opposée de façon manichéenne à la logique

9. F. ROUSSEAU, « Démographie et emploi : une comparaison associations et entreprises », XXI^e colloque ADDES, Paris, 26 novembre 2007.

10. V. TCHERNONOG, *Le paysage associatif français : mesures et évolutions*, éd. Juris associations — Dalloz, novembre 2007.

11. C. AMBLARD, « L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations », éd. AME, novembre 2006 (extraits).

12. E. ALPHANDARI et P. JEANTIN, note sous Cass. com. 17 mars 1981, *RTD com.* 1981, n° 8, p. 558.

13. Cass. com., 13 mai 1970, n° 69-11.268, *D.* 1970, p. 644.

14. C. com., art. L. 442-7, codif. ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, art. 37, al. 2.

15. C. AMBLARD, *Lamy associations*, 2007, étude 246 : « Si toutes les activités commerciales sont des activités économiques, l'inverse n'est pas vrai. »

16. Instr. fisc. de synthèse BOI 4 H-5-06 du 18 décembre 2006 : « Il est légitime qu'un organisme non lucratif dégage, dans le cadre de son activité, des excédents, reflets d'une gestion saine et prudente. »

17. Cass. com., 17 mars 1981, *D.* 1983, p. 23.

18. E. ALPHANDARI, « Les associations : la dérive d'une liberté », in *JCP E*, 1985, suppl. n° 5.

19. J.-L. LAVILLE, *Association mode d'emploi*, octobre 2005, n° 72, p. 8.

20. C. AMBLARD, « [...] des activités économiques et commerciales des associations », préc.

21. J. DELGA, De la reconnaissance du caractère lucratif ou commercial des activités exercées par les associations à la reconnaissance de leur qualité de commerçant ou de leur finalité intéressée, *Quot. jur.*, 27 juin 1989, n° 72, p. 3.

idéaliste. Un tel constat se vérifie particulièrement au sein des associations dans lesquelles il apparaît utopique de distinguer les activités exclusivement idéales de celles totalement intéressées. La principale raison réside essentiellement dans le fait que, désormais, « l'activité économique fait partie de la vie de toutes les personnes, individus ou groupements. Elle rencontre l'association comme toute autre entité juridique. Son exercice ne saurait en être prohibé [...] »²². L'activité commerciale doit être vécue au sein des associations comme une « activité moyen » au service d'un but qui, lui, demeure désintéressé. Dans cet esprit, la Cour de cassation a tenu à préciser que « l'activité commerciale (associative) ne doit pas revêtir un caractère lucratif au point de primer l'objet statutaire »²³.

Rôle des associations sur le plan économique

La problématique principale ne se situe donc plus au niveau de la reconnaissance du droit pour les associations d'exercer des activités économiques. Elle porte désormais sur la coexistence des différents acteurs de la vie économique et sur la nécessité de réaliser les conditions propres à assurer une égalité de traitement juridique entre les différents modes d'intervention économique (secteurs à but lucratif et non lucratif).

Pour notre part, nous considérons que « ce n'est qu'une fois réalisée cette condition préalable — condition de nature à créer les prémices d'un véritable pluralisme économique — qu'il conviendra d'appliquer un traitement fiscal différencié en prenant en considération l'utilité sociale de son auteur et/ou sa contribution à la réalisation d'activités d'intérêt général »²⁴.

Sous l'influence du droit communautaire²⁵, on assiste à l'émergence d'un véritable « droit économique de l'entreprise », dont la tendance récente consiste à imposer une réglementation identique à l'ensemble des opérateurs de la vie économique. Ainsi, en utilisant désormais le vocable de « personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant des activités

économiques »²⁶, notre législation interne impose de plus en plus souvent aux associations des sujétions identiques à celles des sociétés commerciales.

Loin de bénéficier de « privilèges »²⁷ en matière commerciale — et contrairement à une autre idée reçue —, les associations demeurent au contraire soumises à un régime de « commercialité sanction »²⁸. En effet, la reconnaissance du droit pour l'association de réaliser une activité commerciale a le plus souvent servi à soumettre ce type d'organisme à la compétence des tribunaux de commerce²⁹ ainsi qu'au régime de la preuve commerciale³⁰, sans lui offrir la possibilité de bénéficier du statut protecteur des baux commerciaux³¹. L'association — qui s'est vue reconnaître le droit d'exploiter un fonds de commerce³² — se trouve toujours dans l'impossibilité de valoriser son patrimoine collectif, et par là même d'en disposer.

Association et entreprise : deux notions antinomiques ?

La notion d'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition légale. Elle demeure avant tout un concept économique destiné à souligner son rôle dans la production et l'organisation des échanges³³. Tout juste le code de commerce vise-t-il, dans la liste des actes de commerce (C. com., art. L.110-1 et L.110-2), certaines « entreprises » dans le but de subordonner la commercialité de l'acte au caractère professionnel et organisé de l'activité. La doctrine, quant à elle, privilégie l'approche « institutionnelle » : le concept d'entreprise est essentiellement envisagé sous l'angle d'une « organisation économique et humaine »³⁴. Une telle approche était conforme à celle du droit communautaire de la concurrence, pour lequel « l'entreprise [était] constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »³⁵.

Depuis 1993, la Cour de justice des communautés européennes³⁶ a opté pour une définition de l'entreprise plus

22. M.-T. CHÉROUTRE, *Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901*, rapp. CES, 1993, JO n° 4.

23. Cass. com., 12 février 1985, *Bull. civ. IV*, n° 59, p. 50.

24. C. AMBLARD, *L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations*, éd. AME, novembre 2006 (extraits).

25. CICE 13 juillet 1962, aff. C-19/61, Mannesman.

26. C. com., art. L. 612-1 et s.

27. E. ALPHANDARI et M. JEANTIN, note sous Cass. com. 17 mars 1981, *RTD com.* 1981, n° 8, p. 558 : « Les associations ne sont pas faites pour faire le commerce mais, du moment qu'elles le font, on ne voit pas pourquoi elles bénéficieraient de privilèges. »

28. J.-F. KANDEM, « Réflexions sur le registre de commerce des associations exerçant

une activité économique », *D.* 1996, Chr. p. 213.

29. CA Paris, 10 juin 1980, *RTD com.* 1982, p. 450.

30. Cass. com., 1^{er} mars 1994, *D.* 1994, p. 528.

31. Sauf application conventionnelle du statut des baux commerciaux (décr. du 30 septembre 1953), voir *JA* n° 348/2006, p. 13.

32. Cass. com., 9 décembre 1965, n° 63-12.419, *Bull. civ. III*, n° 635, p. 571.

33. A. JAUFFRET, *Droit commercial*, éd. LGDJ, 19^e éd., Paris, 1989, n° 112, p. 85.

34. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne de l'entreprise », *JCP* 1984, I, p. 3148.

35. CJCE, 13 juillet 1962, C-19/61, *Rec. CJCE*, p. 167.

36. CJCE, 23 avril 1993, aff. C-41/90, *Rec. CJCE*, p. 1979.

pragmatique : « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». La jurisprudence communautaire n'a jamais manqué de souligner l'importance du lien existant entre les notions d'« entreprise » et d'« activité économique » : l'activité d'entreprise ne peut se faire qu'à travers la réalisation d'une activité économique³⁷ ; ou encore, toute activité économique doit nécessairement être « effectuée dans le cadre d'un objectif d'entreprise³⁸ ».

De son côté, la jurisprudence interne privilégie l'approche fonctionnelle de l'entreprise, prenant ainsi en considération « la réunion de moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé³⁹ ». En acceptant qu'une association puisse être assimilée à une véritable entreprise⁴⁰, dès lors qu'elle employait 37 salariés et qu'elle exerçait une activité économique, la Cour de cassation⁴¹ se conforme désormais à la position de la jurisprudence communautaire⁴². Depuis lors, plus rien ne s'oppose à ce que l'association à « caractère économique » puisse être définitivement assimilée à une véritable entreprise. Cette position semble entérinée par le législateur, dans la mesure où la promulgation de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises est applicable aux « personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique⁴³ ».

L'entreprise sociale : vers un nouveau mode entrepreneurial ?

L'« entreprise associative⁴⁴ » aurait-elle ainsi vocation à intervenir dans le champ des services économiques à la personne lui donnant par nature une vocation sociale ? Certes, comme le souligne François Rousseau, « cette juxtaposition des deux termes de l'entreprise et du social, dans une définition d'une autre façon

d'entreprendre, facilite le développement d'une autre idée en matière de gestion des organisations : celle qui consiste à vouloir combiner la performance sociale et la performance économique des entreprises, en faisant apparaître au cœur du système que propose l'entreprise sa dimension productive de biens et de services et sa nécessaire production de sens. Et cette idée est nouvelle parce que, au sens commun, ces deux orientations sont présentées au sein des organisations comme étant le fruit d'une opposition irréductible. Dès lors, en concevant la performance sociale et la performance économique comme une tension certes, mais pas comme une opposition, la terminologie retenue d'entrepreneuriat social suggère une réalité incontournable vis-à-vis de laquelle tous les entrepreneurs et toutes les entreprises peuvent se positionner. Cette observation est une chance pour repenser autrement l'entreprise et la manière d'entreprendre⁴⁵ ».

Mais cantonner l'interventionnisme économique des associations dans le champ du secteur social peut sembler réducteur. En effet, ce serait trop vite oublier quantité d'associations dont les activités intrinsèques⁴⁶, voire même l'organisation générale⁴⁷, donnent lieu par nature à un assujettissement aux impôts commerciaux. Pour les autres, nul doute que la fiscalité aura un rôle important à jouer dans la reconnaissance et la valorisation des « spécificités méritoires⁴⁸ » résultant de ce nouveau mode entrepreneurial, ce que l'instruction fiscale du 18 décembre 2006 cherche d'ores et déjà à appréhender à travers la notion d'« utilité sociale⁴⁹ ». Une démarche économique et sociale spécifique que la plupart des associations à but non lucratif auront à cœur de préserver malgré les risques de banalisation pesant sur les modes de fonctionnement interne de ces structures⁵⁰.

37. TPICE 4 mars 2003, aff. T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica y Dental c/ Comisión des comunautats europeenes.

38. CJCE, 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Floridienne SA et Berginuest SA ; jurisprudence récemment réaffirmée par CJCE 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Rec. Dalloz*, 2006, n° 13.

39. CA Montpellier, 7 mai 1987, *Gaz. pal.* 1988, p. 39.

40. Cons. const., 20 juillet 2006 et 26 octobre 2006, JO du 25 juillet p. 11110 : une association, prestataire de services à titre principal, intervenant dans un cadre concurrentiel et assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et à l'impôt sur les sociétés, doit désormais être regardée comme une entreprise.

41. Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-17.209, réf. Nantes.

42. CJCE, 23 avril 1993, préc.

43. C. com., art. L. 612-1 et s.

44. C. AMBLARD, *L'entreprise associative*, préc.

45. F. ROUSSEAU, « L'évaluation de l'utilité sociale des associations : une injonction de la puissance publique ? », publié le 26 mai 2007 à l'adresse : <http://www.isbl-consultants.fr/article798.html>

46. Par exemple : les associations de commerçants, les associations de gestion et de comptabilité, etc.

47. Par exemple, par le versement d'une rémunération aux dirigeants.

48. F. BLOCH-LAINE, « Les associations doivent être le plus associatives possible », in *Union sociale*, mars 1998, n° 113, p. 5 et s.

49. Instr. fisc. BOI 4 H-5-06, préc. n° 62 et s.

50. Cass. civ., 3 mai 2006, n° 779 FS-P (inéd.) : dans le silence des statuts, la Cour n'hésite plus à recourir aux règles applicables en matière de droit des sociétés.

Concurrence et commercialisme des associations

Même si les facilités du langage, les spécificités des organismes à but non lucratif ou la récente rédaction d'un « code des associations ¹ » peuvent permettre de parler d'un « droit associatif », les organismes sans but lucratif perdent de plus en plus leurs particularités juridiques et sont « rattrapés » par le droit commun applicable à la plupart des personnes morales sans distinction. État des lieux juridique transversal.

➤ XAVIER DELSOL*

Du fait de leur finalité, les associations ont longtemps bénéficié d'une présomption naturelle leur permettant d'échapper aux règles contraignantes des sociétés commerciales et d'une tolérance bienveillante dans l'application de certains textes². Ce n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, de nombreuses évolutions ont totalement modifié leur positionnement face à leur environnement légal et socio-économique :

- l'inflation de textes légaux et réglementaires touche tous les citoyens, et les associations ne sont pas épargnées par ce « juridisme croissant » ;
- leurs propres nécessités de développement les obligent à créer ou à étendre leurs activités économiques, financées sur fonds privés, les rapprochant ainsi sensiblement du marché commercial ;
- dès lors, elles doivent accroître leur professionnalisme, notamment en embauchant du personnel spécialisé qui remplace progressivement les bénévoles dans leurs tâches économiques et en adaptant leur mode de gestion à un système « entrepreneurial » ;
- enfin, les entreprises elles-mêmes se sont ouvertes à certains créneaux autrefois « réservés » de fait aux organismes non lucratifs en espérant, par une gestion plus rationnelle et globale des coûts ainsi que par une réduction des marges, concurrencer ces secteurs en développement du fait de l'évolution socio-économique de la société (ainsi le domaine du tourisme et du loisir, les services d'aide à la personne...).

Pour toutes ces raisons, un nombre croissant d'associations deviennent effectivement (ou au moins potentiellement) concurrentielles du secteur marchand et, dès lors, sont considérées comme des professionnels. Elles sont alors parfois accusées d'étendre leurs activités dans le champ économique et d'empiéter sur le secteur des entreprises commerciales, en faussant ainsi le jeu de la concurrence en raison des avantages juridiques, fiscaux ou financiers dont elles bénéficient³. Pourtant, l'évolution de la législation et de la jurisprudence rend aujourd'hui cette position injustifiée.

En droit de la concurrence

Il est désormais clairement admis que les associations peuvent exercer une activité commerciale, voire être qualifiées de commerçantes (même s'il existe quelques rares jurisprudences contraires).

Elles peuvent ainsi, dans certains cas, apparaître comme concurrentielles d'autres organismes eux-mêmes lucratifs. On parle alors de « paracommercialisme ».

Dans cette situation, le caractère déloyal de la concurrence peut être présumé lorsque⁴ :

- l'association exerce une activité qui n'est pas conforme à son objet statutaire⁵ ;
- elle n'est pas assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants ;

* Avocat associé au barreau de Lyon, cabinet Delsol et associés.

1. X. DELSOL (dir.), *Code des associations*, éd. Juris associations, 2002.

2. À titre d'exemple, à propos des administrateurs bénévoles, l'art. 1992 du C. civ. précise que « la responsabilité de celui dont le mandat est gratuit est appliquée moins rigoureusement qu'à celui dont le mandat est rémunéré » ; il ne s'agit pas pour autant d'une clause d'exonération, et cela ne concerne d'ailleurs que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation (voir Cass. 1^{er} ch., 4 janvier 1980).

3. Simplicité de création, absence de capital nécessaire, exonération des impôts commerciaux, bénéfices des subventions publiques, emplois aidés, etc. Ces accusations émanent le plus souvent d'organisations professionnelles regroupant des entreprises commerciales.

4. Circ. du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales ; voir *JA* n° 30/1987, p. 11.

5. C. com. (nouv.), art. L. 442-7.

- elle s'adresse de manière habituelle à des tiers, c'est-à-dire à des personnes extérieures à l'association ;
- elle a pour but de réaliser un profit ou de rentabiliser ses prestations ;
- elle concurrence directement des activités commerciales similaires, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé avec les tiers n'est pas marginal.

Dans ce cas, elle n'est pas exclue des règles relatives à la concurrence et, le cas échéant, peut avoir à s'en expliquer devant le Conseil de la concurrence. Mais la concurrence exercée par un organisme considéré juridiquement comme à but non lucratif n'est critiquable et condamnable que si elle est effectivement déloyale, c'est-à-dire s'il bénéficie d'avantages supplémentaires, de par son statut ou sa forme juridique, à ceux de ses concurrents :

« Le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques.

« Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le libre jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général.

« De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, limitant les perspectives de progression des autres opérateurs sur ce marché, quel que soit par ailleurs le niveau de leurs performances⁶. »

Ainsi, sauf exceptions, la forme juridique ne saurait en elle-même être un critère. Il convient donc d'analyser si l'activité est différente des autres par sa nature même, ou si elle est exercée avec des moyens et des méthodes qui la distinguent alors nettement du secteur commercial lucratif.

Dans cet esprit, le « réalisme » du droit fiscal reprend la même analyse pragmatique.

En droit fiscal

C'est tout particulièrement dans le domaine du droit fiscal qu'a été exacerbée la polémique entre associations et professionnels, ces derniers considérant parfois que les exonérations d'impôts commerciaux dont elles peuvent bénéficier faussent le jeu de la concurrence.

Pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État, désormais clairement reprise et explicitée dans la doctrine de l'administration fiscale⁷, confirme bien qu'un organisme sans but lucratif (au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sein duquel il n'y a pas d'appropriation du capital ou des bénéfices par les membres⁸) ne peut être fiscalement considéré comme à but non lucratif⁹ que s'il répond à un certain nombre de critères démontrant justement, outre le caractère désintéressé de sa gestion, que son ou ses activités ne sont pas concurrentielles (règle dite « des 4 P »)¹⁰, et si, dans les faits, il n'a pas pour but direct ou indirect d'accroître les ressources ou de diminuer les charges d'une entreprise¹¹.

L'association est dans ce cas soumise aux mêmes impôts et taxes que les sociétés commerciales, et cette critique de concurrence déloyale devient alors injustifiée.

En droit social

Dans le domaine du droit social, les particularités sont moins nettes. Mais, par exemple, lorsque s'est posée la question des « aides à l'emploi » spécifiques aux associations, il a été rappelé que celles-ci ne peuvent en principe être accordées que si l'organisme bénéficiaire n'est pas concurrentiel du secteur commercial sur l'activité concernée¹².

Et au contraire, il a été précisé que les subventions accordées aux entreprises d'insertion sous forme associative ne faussent pas le « libre jeu de la concurrence » dans la mesure où elles sont évaluées et plafonnées de telle manière qu'elles se limitent à la compensation des insuffisances de productivité et des charges supplémentaires qu'implique l'important encadrement de ce personnel recruté hors du marché du travail traditionnel¹³.

En droit public

Contrairement à une idée reçue, les associations restent soumises aux mêmes règles que les entreprises privées en matière de subventions et d'aides économiques directes. C'est en effet la notion d'« intérêt général » qui justifie l'octroi d'une subvention plus que le statut juridique du bénéficiaire.

Ainsi, outre les critères généraux (interdiction des subventions contraires au principe de laïcité et à la règle de répartition des compétences fixées par la loi, ou

6. Cons. conc., 10 février 1998, BOCCRF du 15 septembre 1998, p. 486, SNPC c/SPA ; voir JA n° 198/1999, p. 17 et s.

7. Instr. de synthèse du 16 décembre 2006, BOI 4H-5-06.

8. Loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}, et décr. du 16 août 1901, art. 15.

9. Au sens de CGI, art. 206-1 et 206-5.

10. Voir JA n° 355/2007, p. 12.

11. Instr. préc. du 15 décembre 2006, n° 86 à 89.

12. Voir par exemple les instructions relatives au programme « Nouveau service, Emplois jeunes », circ. DGEFP n° 14/2000 ; voir JA n° 224/2000, p. 21.

13. Cons. conc., avis n° 94-A-01 ; BOCCRF du 9 février 1994, p. 74 ; voir JA n° 96/1994, p. 6.

encore qui porteraient atteinte à une liberté publique fondamentale...), une subvention ne peut porter atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie¹⁴. Certes, la question se pose alors de savoir si toute subvention devrait être refusée, par principe, à une association fiscalisée (notamment parce que son activité serait concurrentielle¹⁵).

Mais les collectivités peuvent aussi financer sous certaines conditions (certes très restrictives) des entreprises privées. Et surtout, le droit public n'a pas à s'approprier des critères fiscaux. Si « l'autonomie du droit fiscal » permet, certes, de considérer que les règles d'attribution des subventions sont soumises aux dispositions spécifiques en la matière et ne sont pas nécessairement liées aux critères d'exonération des impôts commerciaux¹⁶, on constate toutefois en pratique que ces financements publics ne sont généralement accordés que lorsque l'association répond en toute hypothèse à une vocation d'intérêt général.

Par ailleurs, si des incertitudes ont pu exister en matière d'attribution des marchés publics, « l'obligation de conclure un marché public après appel à la concurrence dépend de la nature des besoins à satisfaire et du montant des prestations et non du statut du cocontractant¹⁷ ». Ainsi, la proposition de garantir un « quart réservataire » aux associations a été déclarée contraire au principe d'égalité devant la loi par le Conseil constitutionnel, et donc supprimée¹⁸. Seul reste désormais possible de faire attribuer certains marchés, ou certains lots du marché, à des « entreprises adaptées » ou à des « établissements ou services d'aide par le travail¹⁹ ».

Enfin, précisons que toute association bénéficiant de subventions publiques est soumise à des règles de contrôle parfois sévères.

En droit civil et des affaires

Dès 1984, le législateur a assimilé aux sociétés les associations exerçant une activité économique ou commerciale en les soumettant aux mêmes contrôles et à la même transparence, notamment par l'intervention

obligatoire d'un commissaire aux comptes lorsqu'elles franchissent certains seuils d'activité²⁰.

De même, en cas de difficultés financières, toute association est tenue aux mêmes règles (sauf compétence du TGI au lieu du tribunal de commerce) que les entreprises dans le cadre des procédures de « prévention des difficultés », de « sauvegarde » ou de « redressement ou liquidation judiciaire » ; dans ce cas, la responsabilité de ses dirigeants peut être engagée au même titre que celle des dirigeants d'une entreprise²¹.

Enfin, les associations procédant à des campagnes de collectes de fonds auprès du public au niveau national doivent présenter annuellement une comptabilité d'affectation de leurs ressources pour chaque projet (humanitaire, caritatif, etc.) concerné, faire l'objet de déclarations préalables, et elles sont soumises au contrôle de la Cour des comptes²². Si leur montant annuel de dons reçus dépasse 153 000 euros, elles doivent également nommer un commissaire aux comptes.

Dans un autre domaine, les juridictions civiles assimilent de plus en plus souvent les associations à des professionnels lorsqu'elles exercent une activité économique, soit en tant que clientes, pour leur refuser le bénéfice des dispositions protectrices des consommateurs (par exemple en matière de clauses abusives²³), soit en tant que fournisseurs, pour faire bénéficier leurs usagers de ces clauses de protection²⁴.

On le voit, la frontière juridique entre sociétés et associations est de plus en plus ténue, tant les contraintes des unes comme des autres deviennent similaires.

Il est vrai que les associations ont, certes, le devoir moral d'une plus grande transparence lorsqu'elles gèrent notamment des fonds d'autrui (publics ou privés). Il est vrai aussi qu'elles peuvent rester soumises à des dispositions propres telles que celles de la loi du 1^{er} juillet 1901 alors que la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés ne leur est pas applicable ou ne le serait qu'à titre subsidiaire²⁵. Mais la seule finalité, même réellement non lucrative en droit comme en fait, ne constitue plus forcément la garantie de pouvoir bénéficier d'une législation protectrice ou plus avantageuse. Au contraire, une suspicion, d'ailleurs souvent infondée, marque parfois les associations. ■

14. CGCT, art. L. 2251-1, al. 2 ; voir TA Pau, 17 décembre 1998, *JCPG*, 23 juin 1999, p. 1199.

15. Voir *supra*, instr. du 15 décembre 2006.

16. Rép. à M. FRANCIS HAMMEL, JOAN du 26 novembre 2001, p. 6761 et s., Q n° 68122 reprise dans instr. fiscale du 24 décembre 2001, BOI 4H-6-01, § 17.

17. Rép. min. à M. THIERRY FOUCAUD, JO Sénat du 30 août 2001, p. 2817, Q n° 31114.

18. L. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (dite loi Murcef), JO du 12, p. 19703, et décis. Cons. const. du 6 décembre 2001.

19. C. marchés (nouv.), art. 15.

20. L. du 1^{er} mars 1984 et décr. du 19 mars 1985.

21. C. com., art. L. 611-1 et s. ; voir JA n° 330/2005, p. 14.

22. « Loi Becquet » du 7 août 1991, décr. du 14 avril 2000.

23. Cass., 24 janvier 1995 et 3 janvier 1996, et CA Grenoble, 2 mai 1996 ; jurisprudences certes contredites par CA Paris, 4 juillet 1996.

24. CA Douai, 7 novembre 1994 et Cass., 19 mars 1995.

25. Cass. 1^{er} civ., 3 mai 2006, n° 03-18229, JA n° 340/2006, p. 11 et éditio p. 3.

L'association employeur

Une entreprise... en pire

Le droit commun du travail s'applique au sein des associations comme dans n'importe quelle entreprise. Par ailleurs, le législateur et les juges ont tendance à prendre en compte la spécificité du secteur associatif dans de nombreux domaines. Contrats aidés, mise à disposition de fonctionnaires, procédures d'agrèments... autant de règles spécifiques qui, une fois articulées avec celles issues du droit commun, rendent un peu plus difficile la gestion des relations du travail dans les associations.

➤ PHILIPPE RICHARD*

Le droit du travail ayant vocation à régir les rapports tant individuels que collectifs entre des salariés et leurs employeurs, il importe peu aux yeux du législateur que ces rapports s'exercent dans tel ou tel type de structure juridique. Cependant, une lecture plus attentive des textes et surtout de la jurisprudence démontre que la spécificité du secteur associatif a encore quelques restes. Le secteur médico-social, notamment, en est une parfaite illustration.

Les relations individuelles

La plupart des contrats spécifiques au secteur associatif sont liés aux différentes politiques d'insertion de public rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi.

Les contrats aidés

Les plus importants, le contrat d'accompagnement dans l'emploi et le contrat d'avenir, portent sur des emplois visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits.

■ **Le contrat d'accompagnement dans l'emploi.** Le contrat d'accompagnement, dont le but est de faciliter l'insertion professionnelle, peut être conclu par les collectivités territoriales, les autres personnes morales de droit public, les organismes de droit privé à but non lucratif et les personnes morales chargées de la gestion d'un service public.

Les bénéficiaires potentiels sont les personnes sans emploi (inscrites ou non à l'ANPE) rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi.

Le contrat de travail est à durée déterminée (temps plein ou temps partiel) d'une durée maximale de 24 mois, conclu en application d'une convention qui doit être signée avec l'État. L'employeur a droit à une aide destinée à prendre partiellement en charge le coût du contrat de travail et, éventuellement, celui des actions de formation prévues par la convention, ainsi qu'à l'exonération, pendant la durée de la convention, des cotisations patronales d'assurances sociales, d'accidents du travail et d'allocations familiales. Il est également exonéré de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage et des participations dues au titre de l'effort de construction.

■ **Le contrat d'avenir.** Les employeurs pouvant recourir au contrat d'avenir sont les collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public, les autres organismes de droit privé à but non lucratif, les entreprises d'insertion par l'activité économique et les ateliers et chantiers d'insertion. Ces contrats se destinent aux bénéficiaires de minima sociaux : allocataires du revenu minimum d'insertion (et ayants droit), de l'allocation de solidarité spécifique, de l'allocation de parent isolé et de l'allocation adulte handicapé sans condition de durée.

L'employeur perçoit une aide de l'État, dite « prime de cohésion sociale » ; il bénéficie des mêmes exonérations de charges et taxes que pour un contrat d'accompagnement dans l'emploi.

* Avocat associé au barreau de Lyon, cabinet Capstan.

Fonctionnaires : la passerelle entre public et privé

Les associations assurant une mission d'intérêt général ou celles qui participent au service public hospitalier ont la possibilité d'accueillir des fonctionnaires.

■ **La mise à disposition**¹. « La mise à disposition est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce des fonctions hors du service où il a vocation à servir². » La mise à disposition est possible auprès des organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes³.

■ **Le détachement**. Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son corps d'origine mais continuant à bénéficier dans ce corps de ses droits à l'avancement et à la retraite⁴. Le détachement auprès d'un organisme privé est possible, notamment auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé d'intérêt général ou de caractère associatif assurant des missions d'intérêt général. L'agent est soumis à l'ensemble des règles régissant l'emploi qu'il occupe par l'effet du détachement.

Le droit du licenciement appliqué aux associations

Le code du travail ne réserve ici aucune spécificité au secteur associatif. Il reste cependant qu'une analyse attentive de la jurisprudence montre en certains aspects la prise en compte par les juges du caractère particulier de la structure employeur exerçant sous la forme associative.

■ **Le motif personnel**. Il convient ici de rappeler que le comportement du salarié dans sa vie personnelle ne peut, en principe, être retenu par son employeur comme motif de licenciement. La seule exception à ce principe se trouve dans le trouble caractérisé apporté à l'entreprise compte tenu de la nature des fonctions

du salarié et de la finalité de l'entreprise dans laquelle il travaille⁵. Il n'en reste pas moins vrai que, dans les faits, les juridictions du fond se montrent plus exigeantes pour les salariés travaillant dans de telles associations quant au respect de leur obligation de loyauté et de leur devoir de réserve, qui seront appréciés au regard de la nature de leur emploi et de l'entreprise au service de laquelle ils exercent leur activité.

■ **Le motif économique**. « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

À cette définition légale, la jurisprudence ajoute la « nécessaire sauvegarde de compétitivité de l'entreprise⁶. » Si la notion de difficultés économiques peut parfaitement s'appliquer à une association, la notion de « sauvegarde de compétitivité » paraît très inadaptée à la situation du secteur associatif⁷. En effet, dans de nombreux cas, c'est souvent par les exigences des autorités de tarification que des postes sont modifiés ou que des réorganisations/regroupements d'activités sont imposés. Pour la jurisprudence cependant : « Les prescriptions de l'autorité de tutelle ne constituent pas un motif économique de licenciement⁸. »

Les relations collectives

S'il est une spécificité majeure dans le domaine du droit du travail, c'est sans conteste dans la réglementation relative à l'agrément des conventions et accords collectifs du secteur sanitaire et social qu'elle réside.

Financement et agrément

Les conventions collectives de travail, conventions d'entreprise ou d'établissement et accords de retraite applicables aux salariés des établissements de santé et des établissements et services sociaux et médico-sociaux à but non lucratif ne prennent effet qu'après agrément donné par le ministre lorsque les dépenses de fonctionnement de ces organismes sont, en vertu de

1. Les passerelles entre la fonction publique (d'État et territoriale) ont fait cette année l'objet de nombreuses dispositions qui ne sont pas traitées ici : mise à disposition, activités accessoires... JA reviendra très prochainement et d'une manière exhaustive sur cette thématique importante pour les associations.

2. L. n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, art. 41.

3. L. n° 84-16 préc., art. 42-4°.

4. L. n° 84-16 préc., art. 45.

5. Arrêt Painsecq, Cass. soc., 17 avril 1991 ; Bull. V n° 201.

6. Cass. soc., 5 avril 1995 ; Bull. V n° 123 ; complète C. trav., art. L. 321-2.

7. Cass. soc., 29 mai 2002, n° 1806, Buttet et autres, n° 00-41.939 ; voir étude d'ensemble sur les motifs économiques appliqués aux associations in JA n° 344/2006, p. 37.

8. Cass. soc., 4 juin 1997, n° 94-41.668.

dispositions législatives ou réglementaires, supportées, en tout ou partie, directement ou indirectement, soit par des personnes morales de droit public, soit par des organismes de Sécurité sociale⁹.

L'agrément de ces accords a donc un double objet : il permet à l'accord d'exister juridiquement (de prendre effet...), mais aussi d'être opposable à l'autorité de tarification.

La procédure d'agrément ajoute incontestablement une lourdeur à la négociation collective au sein de la branche. Elle allonge le délai à l'issue duquel les accords collectifs entrent en vigueur et l'agrément, loin de n'être qu'une simple formalité, n'est pas toujours accordé par le ministre¹⁰. Or un refus d'agrément oblige les partenaires sociaux à reprendre la procédure de négociation. Enfin, à compter du 1^{er} janvier 2008, la procédure d'agrément va encore se complexifier. À cette date, la procédure d'agrément des conventions collectives applicables aux établissements de santé est supprimée¹¹. Ainsi, lorsqu'un accord comprend dans son champ d'application à la fois des établissements de santé et des établissements sociaux et médicaux sociaux, l'agrément devra être demandé pour ces derniers mais pas pour les établissements de santé pour lesquelles l'accord sera d'application immédiate (sauf condition suspensive pouvant tenir à l'obtention d'un arrêté d'extension).

Le droit de grève dans certains établissements de santé

Contrairement au secteur privé où il n'existe ni préavis ni service minimum, le droit de grève dans les établissements privés de santé participant au service public s'exerce sous certaines réserves. Ainsi, toute cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis. Le préavis de grève ne peut être déposé que par une organisation syndicale représentative ; il doit être écrit et signé par la personne représentant l'organisation syndicale, indiquer les motifs de la grève, la date, l'heure de début et la durée de la grève. Il doit parvenir au directeur de l'établissement au moins cinq jours francs avant le déclenchement de la grève.

En cas de non-respect de ces principes, il est possible d'assigner les organisations syndicales devant le juge des référés du tribunal de grande instance aux fins de

Qui détient le pouvoir de licencier ?

En principe, le pouvoir de licencier dans une association appartient de plein droit à son président (Cass. soc., 25 novembre 2003 ; Bull. V n° 292). Mais dans une décision du 4 avril 2006, la Cour de cassation, en raison de la rédaction particulière des statuts d'une association qui précisait que les directeurs seront embauchés et licenciés par le conseil d'administration, conteste au président de celle-ci le pouvoir de procéder seul à un licenciement (Cass. soc., 4 avril 2006 ; Bull. V n° 134). Et de trancher : « Le manquement à cette règle, insusceptible de régularisation postérieure, rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse. » Sur ce point, la rédaction des statuts de l'association de même que celle des règlements intérieurs de fonctionnement revêtent une importance capitale.

déclarer la nullité du préavis et, en conséquence, l'illégalité du mouvement de grève¹².

Par ailleurs, les grèves tournantes sont prohibées. Le droit de grève dans les services publics n'est exercé normalement que si le préavis de grève détermine l'heure précise, commune à tous les membres du personnel, de l'arrêt de travail ; peu importe que certains salariés ne travaillent pas à cette heure dès lors qu'ils peuvent se joindre au mouvement en cours¹³.

Enfin, les établissements de santé assurant un service public hospitalier doivent assurer la continuité de ce service public et des soins, garantir la sécurité des malades et des personnels¹⁴ : c'est le service minimum. À défaut, la responsabilité civile et pénale du directeur d'établissement pourra être engagée. Dans ces établissements, les deux principes de droit de grève et de continuité du service public et des soins sont alors à concilier. L'employeur a donc l'obligation d'organiser un service minimum afin d'éviter toute rupture dans la continuité du service public et des soins. L'instauration d'un service minimum doit être négociée avec les organisations syndicales ; en l'absence de signature d'un accord collectif en la matière, l'instauration d'un service minimum appartient à l'employeur¹⁵. ■

9. CASF, art. L. 314-6.

10. Exemple récent de refus d'agrément : l'avenant du 12 juillet 2006 à l'accord de branche du 1^{er} avril 1999 (agrément refusé par arr. du 26 octobre 2006).

11. Pour une étude d'ensemble, voir JA n° 361/2007, p. 33.

12. CA Versailles, 21 décembre 2000, SA OTN c/ Union locale des syndicats CGT.

13. Cass. soc., 3 février 1998, Bull. V n° 55.

14. CSP, art. L. 6112-2.

15. Cass. soc., 20 février 1991, n° 89-40.280 et Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-42.907.

La protection et la valorisation des actifs incorporels

Études, musique, littérature... l'association, au même titre que l'entreprise, se doit de protéger et de valoriser ses actifs incorporels. Toutefois, certainement en raison des spécificités du droit de la propriété intellectuelle, on constate souvent une méconnaissance en la matière chez les dirigeants d'associations. Synthèse des principales problématiques liées à la propriété intellectuelle.

➤ SYLVAIN MAZEAU*

La méconnaissance des principes de base qui gouvernent le droit de la propriété intellectuelle est susceptible, d'une part, d'exposer l'association à des sanctions financières suite à des atteintes portées — souvent inconsciemment — aux droits détenus par des tiers, et d'autre part, de priver cette dernière d'une valorisation opportune de son patrimoine incorporel.

La protection des créations immatérielles

Première étape de la protection des créations immatérielles d'une association : savoir les identifier. En effet, la diversité des réalisations qu'une association est susceptible de créer ou de développer dans le cadre de son activité est extrêmement importante. Citons par exemple : ouvrages littéraires, musique, rapports, études, plans, fichiers de clientèle, logiciels informatiques, œuvres multimédia, dessins, inventions, documents de communication, etc.

Chaque catégorie de création est soumise à un régime juridique spécifique qui détermine notamment des modalités particulières de protection. Protéger une création par un droit de propriété intellectuelle permet à l'association de se réserver un monopole d'exploitation de ladite création ; elle pourra ainsi autoriser ou interdire l'exploitation de cette création par des tiers, qu'il s'agisse d'autres associations ou de sociétés commerciales. Les principaux droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être applicables aux créations résultant d'activités associatives sont exposés ci-après.

La protection par le droit des marques

La marque, composante intangible d'un produit ou d'un service, est un signe distinctif, susceptible d'être représenté graphiquement. En pratique, une association pourra donc utilement protéger par le droit des marques sa dénomination statutaire ou la dénomination commerciale des produits ou services qu'elle peut être amenée à fournir, que cela soit à titre onéreux ou à titre gratuit.

Il résulte des principes légaux de spécialité et de territorialité attachés à une marque déposée qu'une association qui en est titulaire pourra s'opposer à l'utilisation de celle-ci par des associations ou des entreprises tierces, et ce sur un territoire donné et pour les produits et/ou services visés à l'enregistrement.

Notons que d'autres signes distinctifs sont susceptibles d'être protégés par le droit des marques. Ainsi en est-il, par exemple, des noms de domaine ou d'une courte succession de notes de musique.

La protection par le droit d'auteur

Toute création, ou œuvre de l'esprit, peut être protégée par le droit d'auteur à la condition qu'elle soit considérée comme originale. Le code de la propriété intellectuelle donne une liste non limitative des œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur¹ : œuvres littéraires, œuvres musicales, sculptures, gravures, photographies, etc.

La réalisation de rapports ou d'études, fréquente dans le secteur associatif, est aussi protégeable par le droit d'auteur. De même que les créations logicielles.

* Avocat associé au barreau de Lyon, Altys groupement d'avocats, intervenant ISBL Consultants.

1. CPI, art. L.122-2.

La protection par le droit des bases de données

La définition d'une base de données résulte de la loi du 1^{er} juillet 1998 : « Recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

Le droit des bases de données² intéresse autant les entreprises commerciales que les associations, car il s'applique par exemple à la constitution de fichiers clients, de catalogues ou d'annuaires, ou encore aux travaux concernant le recueil de statistiques ou de toute autre sorte d'informations (bases de données d'œuvres artistiques, bases de données d'informations financières, etc.). La protection d'une base de données est indépendante de son support, lequel peut se présenter sous forme numérique comme sur papier.

La protection par le droit des bases de données permet de s'opposer à toute extraction de données effectuée de manière quantitativement ou qualitativement substantielle.

La protection par le droit des brevets

L'invention brevetable peut schématiquement se définir comme une solution technique nouvelle à un problème technique existant³. Bien que, juridiquement, il n'existe pas d'obstacle au dépôt d'une demande de brevet par une association, un tel dépôt demeure en pratique rarissime. Ce n'est que très exceptionnellement que l'association est la structure juridique retenue par les détenteurs de brevets pour exploiter ou développer ces derniers, car la mise au point d'une invention brevetable nécessite des moyens financiers de plus en plus importants. En revanche, il est assez fréquent que des associations bénéficient de licences d'exploitation de brevets (à titre gratuit ou à titre onéreux) concédées par des tiers qui, en pratique, sont souvent un de leurs membres ou des organismes publics de recherche.

La valorisation des créations immatérielles

La valorisation des créations immatérielles détenues par une association passe par la conclusion de conventions avec des tiers. Toutefois, préalablement à cette

Moyens de protection des créations immatérielles

La protection d'une marque nécessite l'enregistrement de cette dernière auprès de l'INPI (Institut national de la propriété intellectuelle). [Le droit des marques est traité dans le livre VII du code de la propriété intellectuelle.] En ce qui concerne les créations protégeables par le droit d'auteur ou les bases de données, aucun formalisme particulier n'est nécessaire pour bénéficier d'une protection légale. Toutefois, certaines précautions faciliteront la mise en œuvre d'une action en contrefaçon contre des tiers qui utiliseraient ces créations sans autorisation expresse. Ainsi, afin de justifier de l'antériorité d'une création protégeable par un droit d'auteur, il peut être opportun pour l'association de se préconstituer un moyen de preuve permettant d'établir une date certaine d'antériorité de création.

valorisation, il convient de s'assurer que l'association détient effectivement l'intégralité des droits de propriété intellectuelle afférents aux créations qu'elle entend exploiter.

Les précautions préalables

L'exploitation d'une création immatérielle par une association nécessite de s'assurer que cette dernière est intégralement titulaire des droits de propriété intellectuelle y afférents. En particulier, les associations doivent prendre leurs précautions lorsqu'elles confient à leurs salariés la réalisation de créations immatérielles protégeables par le droit d'auteur ou lorsqu'elles passent commande de ces dernières auprès de prestataires tiers. En effet, il résulte des dispositions du code de la propriété intellectuelle⁴ que, par principe, les droits sur les créations immatérielles réalisées par un salarié ou par une entreprise prestataire tierce demeurent leurs propriétés respectives, et ce en l'absence de convention de cession de droits. Convention qui nécessite le respect d'un formalisme strict⁵ pour être valable juridiquement.

La seule exception au principe ci-dessus rappelé a trait aux créations logicielles. En effet, s'agissant de cette catégorie particulière de création, le code de la propriété intellectuelle prévoit une cession automatique des droits détenus par un salarié au profit de son employeur

2. CPI, articles L. 341-1 et s.

3. Le droit des brevets est traité dans le livre VI du CPI.

4. CPI, art. L. 111-1, al. 3.

5. CPI, art. L. 131-3.

(en l'absence de clause expresse contraire stipulée au contrat de travail)⁶.

En définitive, l'association doit en permanence veiller à détenir les droits de propriété intellectuelle sur les créations immatérielles qu'elle exploite ou qu'elle envisage d'exploiter à l'avenir. À défaut, l'exploitation de créations immatérielles sans l'autorisation préalable des titulaires de droits expose l'association (au même titre que n'importe quelle entreprise commerciale) à des sanctions civiles et/ou pénales au titre de la contrefaçon.

Toutefois, l'étude de la jurisprudence montre une tolérance accrue pour les associations se situant hors du secteur marchand lorsqu'elles sont amenées à reproduire des signes distinctifs appartenant à des tiers.

Ainsi, par exemple, il a été jugé que la reproduction non autorisée d'une marque détenue par une entreprise commerciale tierce ne constituait pas un acte de contrefaçon dans la mesure où cet agissement s'inscrivait dans les limites de la liberté d'expression et ne visait pas « à promouvoir la commercialisation de produits ou de services concurrents⁷ ».

A contrario, une association qui reproduirait sans autorisation tout ou partie d'un signe distinctif appartenant à un tiers pour promouvoir des produits ou services marchands s'exposerait (toujours au même titre qu'une entreprise) à des sanctions au titre de la contrefaçon et/ou de la concurrence déloyale.

De même, une association qui reproduirait sans autorisation tout ou partie d'une création immatérielle protégée par un droit d'auteur (textes, musiques, logiciels etc.) s'exposerait également à des sanctions judiciaires, sauf à pouvoir justifier d'une exception au droit d'auteur (exemples : exception de courte citation ou nécessaire information du public).

La distinction entre associations exerçant dans un secteur marchand ou non marchand ne jouera éventuellement que sur le montant des dommages et intérêts auxquels l'association sera condamnée. En effet, si la reproduction non autorisée d'une création immatérielle

par une association ne réalisant aucun profit cause un préjudice moindre au titulaire des droits, il demeure néanmoins toujours pour ce dernier un manque à gagner financier, qu'il conviendra de réparer par l'octroi de dommages et intérêts.

Contrats de licence, de cession de droits et contrats de partenariat

L'association qui détient valablement des créations protégeables par un droit de propriété intellectuelle peut utilement valoriser ces actifs incorporels par le biais de conventions conclues avec des tiers.

Ces conventions peuvent prendre la forme de contrats de licence ou de contrats de cession de droits. Ces contrats, bien que soumis à un formalisme particulier, autorisent néanmoins une grande liberté dans leur mise en œuvre. Ainsi, les droits concédés peuvent être limités dans le temps ou dans l'espace et être concédés à titre gratuit ou onéreux (par exemple grâce à la perception de redevances).

Par ailleurs, les associations valorisent de plus en plus leurs actifs incorporels par le biais de contrats dits « complexes ». On constate ainsi que les associations concluent désormais fréquemment des conventions similaires à celles usitées habituellement par les sociétés commerciales, comme par

exemple des contrats de partenariat ou des contrats s'apparentant à des contrats de franchise.

L'objet de ces contrats ne se limite pas à une licence d'exploitation portant sur un signe distinctif ou d'autres créations immatérielles, mais s'y ajoutent des modalités particulières de coopération, dans des domaines techniques ou commerciaux, ainsi que, parfois, des transferts de savoir-faire par le biais de prestations de formation ou de délégation de personnels.

Ainsi assiste-t-on à l'émergence de véritables « réseaux associatifs » qui, juridiquement, fonctionnent selon les mêmes principes que les réseaux commerciaux de franchise. ■

L'ÉTUDE
DE LA JURISPRUDENCE
MONTRE
UNE TOLÉRANCE ACCRUE
POUR LES ASSOCIATIONS
SE SITUANT
HORS DU SECTEUR
MARCHAND
LORSQU'ELLES SONT
AMENÉES À REPRODUIRE
DES SIGNES DISTINCTIFS
APPARTENANT
À DES TIERS.

6. CPI, art. L. 113-9.

7. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 novembre 2005, Société Esso c/ Assoc. Greenpeace France.

Dirigeants d'associations

Quelle responsabilité financière ?

Toute association déclarée est une personne morale responsable juridiquement. En sa qualité de mandataire de l'association, un dirigeant est responsable envers celle-ci des dommages causés par sa faute dans la gestion¹. Mais encourt-il également une responsabilité personnelle à l'égard des membres ou des tiers pour les dommages qu'il peut causer dans le cadre de sa fonction ?

➤ PHILIPPE PLANES*

En principe, l'association elle-même est responsable financièrement à l'égard des tiers et, par exception, les dirigeants sont uniquement responsables des fautes dites détachables de leurs fonctions. En effet, dans ce cas, les dirigeants ne peuvent être réputés avoir agi au nom et pour le compte de l'association, et à titre d'exemple :

- ne pas avoir précisé avoir agi au nom et pour le compte de l'association ;
- avoir agi en dehors de l'objet social de celle-ci ;
- avoir excédé leurs pouvoirs attribués par les statuts de l'association...

La responsabilité de l'association personne morale et celle du dirigeant sont donc cumulatives. Tout dirigeant d'association peut être considéré comme responsable de ses actes, qu'il agisse dans le cadre ou en dehors de ses fonctions dans l'association. Lorsqu'ils ont commis l'une des fautes exposées ci-après, les dirigeants d'une association encourent la mise en jeu de leur responsabilité, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils sont :

- rémunérés ou non ;
- personnes physiques ou morales ;
- dirigeants de droit, c'est-à-dire régulièrement investis de leurs fonctions dans les conditions du contrat associatif ;
- ou dirigeants de fait, c'est-à-dire se livrant à des actes positifs de gestion et de direction en toute indépendance et en lieu et place des dirigeants de droit².

Plusieurs domaines de la responsabilité financière des dirigeants doivent ainsi être distingués.

La responsabilité civile des dirigeants

La responsabilité civile personnelle du dirigeant peut être engagée en cas de dommage causé soit envers l'organisation, soit envers un tiers ou un membre.

Envers l'association

La faute d'un dirigeant, pour entraîner sa responsabilité personnelle envers l'association, doit avoir causé un préjudice au groupement associatif. La mise en jeu de cette responsabilité suppose que l'on puisse apporter la preuve d'une faute de sa part, le cas le plus fréquent étant un acte de gestion à caractère anormal, c'est-à-dire réalisé dans un intérêt autre que celui du groupement³.

Vis-à-vis des membres ou des tiers

En principe, l'association est responsable des dommages causés par son représentant dans l'exercice de son mandat. Cette solution s'applique sans difficulté lorsque le dirigeant commet un manquement à une obligation légale, réglementaire ou contractuelle. S'agissant des fautes délictuelles, l'association (et son assureur) répond également des fautes commises par ses dirigeants dans le cadre de leurs fonctions, les dirigeants étant censés avoir agi au nom de l'association à ce titre. En revanche, les dirigeants sont seuls responsables des fautes dites détachables de leurs fonctions⁴. Dans cette hypothèse, le dirigeant est réputé avoir agi

* Avocat associé au barreau de Lyon, Altyx groupement d'avocats, intervenant ISBL Consultants.

1. C. civ., art. 1984 et s.

2. Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-17.402 ; CA Limoges, 2 juillet 2004, *Jurisdata*

n° 2004-272809.

3. TGI Lyon, 4 décembre 1985, *JCP G* 1987 II n° 20725.

4. Cass. 2^e civ., 19 février 1997, *Bull. civ.* II n° 53.

en son nom personnel et non pour le compte de l'association. Tel est le cas d'un dirigeant ayant commis intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. Cette responsabilité civile du dirigeant associatif se rapproche donc de celle des sociétés commerciales⁵.

La responsabilité fiscale et administrative

Les dirigeants de droit ou de fait d'associations peuvent être déclarés judiciairement responsables du paiement des impositions et pénalités dues par le groupement associatif s'ils se sont rendus responsables de manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement de ces impôts et pénalités⁶. Pour l'administration, cette disposition s'applique, que l'association soit déclarée ou non.

Quant à la responsabilité administrative, elle s'entend d'une responsabilité liée à la gestion des fonds publics. Ainsi, en cas de faute de gestion de ces fonds publics, les dirigeants peuvent être condamnés à une amende par la Cour de discipline budgétaire et financière⁷. De même, tout dirigeant d'une association détenant, sans être comptable public, des fonds ayant la nature de deniers publics peut être déclaré comptable de fait de ces fonds par une chambre régionale des comptes ou par la Cour des comptes⁸. Une telle responsabilité est encourue même si le dirigeant n'a pas disposé matériellement des sommes, car il a l'obligation de surveiller les personnes, placées sous son autorité, qui en disposeraient. Cette responsabilité peut être cumulative avec celle de l'association.

À défaut de pouvoir justifier de l'emploi des fonds, le dirigeant pourra être condamné à reverser les sommes litigieuses, voire être condamné à une amende ou être poursuivi pour prise illégale d'intérêts⁹.

Les procédures collectives : une procédure spéciale

Dans l'hypothèse où le groupement est placé en redressement ou en liquidation judiciaire et qu'un passif subsiste au préjudice des créanciers, les dirigeants encourent différentes sanctions judiciaires, telles que¹⁰ :

- responsabilité pour insuffisance d'actif : en cas de faute de gestion ayant contribué à faire apparaître une insuffisance d'actif, les dirigeants peuvent être condamnés à payer tout ou partie du passif de l'association ;
- l'obligation aux dettes sociales : en cas de liquidation judiciaire mise à la charge des dirigeants qui auraient commis des manquements d'une particulière gravité dans leur gestion de tout ou partie des dettes sociales ;
- la faillite personnelle : la faillite personnelle a pour conséquence différentes déchéances, et notamment l'interdiction de diriger, gérer ou administrer toute personne morale pour une durée qui ne peut dépasser quinze ans.

D'autres sanctions à caractère pénal peuvent être prononcées en cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une association à l'encontre de ses dirigeants (banqueroute, etc.).

La responsabilité pénale

Un dirigeant est pénalement responsable des infractions qu'il commet dans le fonctionnement de l'association qu'il dirige. Dans cette hypothèse, il doit supporter les conséquences financières de ses actes tant du point de vue de la sanction pénale (amende) que de la réparation civile envers la victime (dommages et intérêts), et ce éventuellement solidairement avec l'association. Le dirigeant peut également être pénalement responsable des mêmes faits que ceux reprochés à l'association en sa qualité de coauteur ou de complice de ces faits tels que :

- absence de tenue d'un registre spécial¹¹ ;
- absence de déclaration en préfecture dans un délai de trois mois des changements de dirigeants¹² ;
- pour une association sportive, le fait de ne pas souscrire les garanties d'assurance obligatoires¹³ ;
- banqueroute en cas de détournement des fonds associatifs¹⁴.

Enfin, précisons que les décisions rendues en matière de responsabilité financière et personnelle des dirigeants d'associations sont généralement liées à des infractions pénales caractérisant des fautes de gestion de nature frauduleuse (fraude fiscale, abus de confiance...) ou font suite à l'ouverture d'une procédure collective du groupement et à une insuffisance d'actif. ■

5. C. com., art. L. 223-22.

6. LPF, art. L. 267.

7. CJF, art. L. 311-1 et s.

8. CJF, art. L. 131-2 et L. 231-3 ; voir JA n° 323/2005, p. 12.

9. C. pén., art. 432-12 ; CJF, art. L. 131-11 et L. 231-11.

10. C. com., art. L. 651-2 et s.

11. Loi 1901, art. 2, al. 2.

12. Loi 1901, art. 5, al. 5.

13. C. sport, art. L. 321-2.

14. C. com., art. L. 654-1 et L. 654-9.

De l'association à l'entreprise associative

L'association est-elle une entreprise comme une autre ? La question est périlleuse, et y répondre par oui ou par non semble bien impossible. Mais elle est stimulante en ce qu'elle oblige à se réinterroger sans tabou sur la réalité de la personne morale associative. Synthèse.

➤ HUGUES SIBILLE*

Q uoi de plus hétérogène que le monde associatif ? Et quoi de plus hétérogène que le monde de l'entreprise ? Quoi de commun entre un artisan en EURL et une multinationale ? Quoi de commun entre une association de riverains sans budget ni salariés et la Croix-Rouge, avec ses milliers de salariés ? Comment alors comparer « une » association et « une » entreprise ?

Une délicate comparaison

Une première difficulté vient de ce que la question est posée au singulier, prenant pour objets de comparaison un « idéal type » de l'association et un « idéal type » de l'entreprise. Pourtant, témoigner de la diversité des associations et des entreprises ne vise pas à refuser la question de leur ressemblance, mais à en éclairer les termes.

Allons plus loin. Parmi les associations, il en est qui ont une activité économique réelle, et d'autres, non. Et parmi les entreprises, il en est qui ont la forme juridique de sociétés de capitaux et d'autres qui ont la forme de sociétés de personnes. Dès lors, on voit qu'en spécifiant chaque terme de la comparaison, l'association d'un côté et l'entreprise de l'autre, on orienterait évidemment la réponse en demandant : l'association à dimension économique est-elle une société de personnes ?

Une seconde difficulté vient de ce que l'on compare un concept économique, celui de l'entreprise, à un statut juridique, celui de la personne morale qui se crée en adoptant la forme juridique initiée par la loi de 1901. On sait que l'entreprise n'existe pas en droit, alors que l'association existe. On peut à nouveau reformuler la question en reprenant la définition de l'entreprise de

la Cour de justice¹ : « Est entreprise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. » Une personne morale exerçant une activité économique et choisissant la forme associative serait donc une entreprise, non parce qu'elle est associative mais parce qu'elle exerce une activité économique.

Poursuivons : la vocation de l'entreprise est de rassembler des moyens pour produire et vendre des biens ou des services sur un marché. Est-ce la vocation de l'association dans l'esprit du législateur de 1901 ? Nous ne le croyons pas. S'il est vrai qu'il existe des associations dont la finalité est purement l'activité économique, ne sont-elles pas, finalement, peu nombreuses ? La finalité de l'entreprise est de créer et de répartir de la richesse, et, pour l'entreprise de capitaux, de dégager du profit qui rémunère le capital. La finalité associative non lucrative porte le plus souvent sur un objectif d'utilité sociale. L'activité économique associative, quand elle existe, n'est pas une fin mais un moyen pour développer le projet associatif socialement utile.

Enfin, la difficulté de la question porte sur le fait de comparer l'association non à une entreprise mais à une entreprise « comme une autre ». Répondre oui revient à refuser la spécificité de l'entreprise associative, à en faire une entité économique *inter pares*, bref, à la banaliser. Ceci semble dangereux. Il existe une spécificité de l'association entreprenante ou de l'entreprise associative. Cette spécificité est celle des entreprises de l'économie sociale, soit, pour l'essentiel, l'impartageabilité des réserves qui concrétise la non-lucrativité et le principe démocratique « un homme, une voix », c'est-à-dire un pouvoir qui ne dépend pas de la possession du capital.

* Président d'Avise, directeur général délégué du Crédit coopératif, ancien délégué interministériel.

1. CJCE, 23 avril 1993, n° C-41/90, Rec. CJCE, p. 1979.

Il convient de réinsister ici sur la différence entre le caractère marchand et le caractère lucratif des entités qui exercent une activité économique. Les associations 1901 peuvent donc être marchandes sans être lucratives. La règle dite « des 4 P » (produit, public, prix, publicité) a été de ce point de vue une clarification utile. Il reste cependant que les associations 1901 ne sont pas inscrites au registre du commerce, qu'elles n'ont donc pas de dimension commerciale en droit, et qu'elles n'ont pas non plus de capital social comme les entreprises lucratives.

On peut, à partir de cette double différence, s'interroger sur la possibilité, pour nombre d'associations 1901 qui sont des entreprises d'économie sociale, d'utiliser des statuts d'économie sociale plus proches de ceux de l'entreprise, et notamment les statuts coopératifs. Rappelons que dans d'autres pays, comme l'Italie, des activités économiques qui, en France, sont exercées sous forme associative, le sont sous des formes coopératives. La loi créant en France un nouveau statut de société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) vise bien à proposer un statut d'entreprise commerciale ayant des fonds propres mais poursuivant des objectifs d'utilité sociale.

Ayant ainsi rappelé l'importance de la « spécificité » de l'entreprise associative, il faut poursuivre en indiquant que cette entreprise associative a des enjeux communs avec le reste des entreprises.

Les enjeux communs

D'abord, l'entreprise associative doit avoir un « modèle économique », c'est-à-dire une structure de ressources qui lui donne une certaine pérennité, lui permette d'assurer ses charges en équilibrant ses comptes. Sans modèle économique, pas de projet associatif durable. Les modèles économiques associatifs évoluent, et l'un des enjeux majeurs les concernant aujourd'hui consiste à chercher davantage de ressources provenant de la générosité publique, du mécénat d'entreprise, de la vente de prestations, et moins provenant des subventions publiques, ce tout en conservant leur indépendance et le sens de leur projet associatif.

Ensuite, l'entreprise associative a des enjeux de « management » comme toute entreprise, et particulièrement des enjeux de gestion des ressources humaines (GRH) et de management de projet. Si les employeurs asso-

ciatifs appliquent l'intégralité du droit du travail comme tout employeur privé, ils ont des enjeux spécifiques de GRH. En particulier celui de gérer des ressources salariées et des ressources bénévoles et de gérer l'articulation entre les deux, ce qui n'est pas toujours chose aisée et nécessite des talents de managers (par exemple dans le domaine de la formation, de la validation des acquis ou des avantages sociaux. L'entreprise associative doit savoir attirer et fidéliser des compétences et, pour cela, utiliser des outils de management.

Enfin, l'entreprise a des enjeux de « gouvernance » comme toutes les entreprises. Il est intéressant de voir que l'Institut français des administrateurs (IFA) a lancé un important travail sur la gouvernance associative, et en particulier sur le rôle des administrateurs². Les enjeux de transparence, de composition des conseils d'administration, de régularité de leur travail, de comités de rémunération ou d'audit sont des questions majeures pour l'entreprise associative. Des échecs retentissants comme celui de l'ARC, ou d'autres moins médiatiques, nous le rappellent régulièrement. Sur ces enjeux — modèle économique, management et gouvernance — à mettre en œuvre dans le cadre d'un projet associatif, les associations 1901 peuvent maintenant bénéficier d'aide au conseil à travers les DLA, dispositifs locaux d'accompagnement. Le recours à de la matière grise externe est essentiel pour trouver les bonnes solutions. Le monde associatif a besoin d'« intelligence socio-économique ».

Les associations 1901 sont assurément des agents économiques. Il n'est besoin que de rappeler qu'elles gèrent un budget annuel consolidé de 59 milliards d'euros et qu'elles emploient 1,9 million de salariés³. Elles sont partiellement marchandes mais non lucratives, et doivent affirmer leur spécificité d'économie sociale.

De ce point de vue, doit être défendu le concept d'« entrepreneurs sociaux », qui a récemment émergé et correspond bien aux mutations de nos sociétés, de leur système de protection sociale, des nouvelles aspirations des consommateurs et des vocations d'entrepreneurs des jeunes qui cherchent à concilier initiative économique et sens. Le débat sur l'entreprise associative a encore de beaux jours devant lui.

2. Voir JA n° 365/2007, p. 12.

3. V. TCHERONOG, *Le paysage associatif français : mesures et évolutions*, éd. Juris associations — Dalloz, novembre 2007.