

« CENT ANS DE PRATIQUE ASSOCIATIVE :
UN POINT DE VUE JURIDIQUE »

XVI COLLOQUE ADDES
7 juin 2001

Colas AMBLARD

PLAN

INTRODUCTION	p. 3
I. - LE DROIT A L'ASSOCIATION... OU LA RECONNAISSANCE TARDIVE D'UNE LIBERTE PUBLIQUE	p. 7
A. – LA GENESE... A LA RECONNAISSANCE DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION	p. 7
1. – Les grandes étapes historiques qui ont façonné l'acception contemporaine de l'Association ..	p. 7
2. – La décision du Conseil Constitutionnel en date du 16 juillet 1971... ou la valeur constitutionnelle donnée à la liberté d'association	p. 10
B. – DES « CORPS INTERMEDIAIRES » SOUS CONTRÔLE DE L'AUTORITE PUBLIQUE	p. 11
1. – Une reconnaissance « incomplète » : la « petite personnalité » accordée à l'Association	p. 12
2. – Le maintien des problématiques posées par la liberté d'association à travers le temps.....	p. 13
II. - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION... OU L'INFLUENCE DE LA NATURE CONTRACTUELLE	p. 14
A.– LA LOI DU 1^{ER} JUILLET 1901 : UN DISPOSITIF LACUNAIRE ?	p. 14
1. – Le rattachement aux règles du Code civil	p. 14
2. – L'émergence d'un droit « matériel » des associations	p. 18
B. – LE « PHENOMENE ASSOCIATIF » ... OU LES RAISONS DU SUCCES.....	p. 20
1. – Le « baby-boom » associatif.....	p. 20
2. – Les raisons du succès	p. 22
III. - L' « ENTREPRISE ASSOCIATIVE » ... OU LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE AUTREMENT	p. 24
A. – CONCERNANT L' « INSTRUMENTALISATION » DES ASSOCIATIONS PAR LES POUVOIRS PUBLICS	p. 24
1. – La clarification des rapports entre les associations et la puissance publique : du contrôle... au partenariat ?	p. 25
2. – La nécessité de mettre fin aux abus de l'utilisation des structures associatives par les collectivités publiques.....	p. 29
B. – LES QUESTIONS LIEES A L'INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE DES ASSOCIATIONS	p. 32
1. – Présentation du phénomène de développement des « entreprises associatives »	p. 33
2. – Sur l'opportunité de la mise en œuvre d'un droit commun des groupements économiques.....	p. 35
3. – Le rôle de la fiscalité dans la mise en œuvre d'un traitement différentiel	p. 43
CONCLUSION	p. 54
BIBLIOGRAPHIE	p. 55

INTRODUCTION :

§ 1. - La célébration du centenaire de la loi du 1^{er} juillet 1901 nous offre l'occasion de faire le point sur une pratique associative qui, aujourd'hui, recouvre des réalités diverses et complexes, extrêmement difficiles à appréhender du point de vue juridique.

Cent ans après la loi de 1901, le monde associatif apparaît moins que jamais un ensemble homogène. En effet, qu'y a-t-il de commun entre une modeste association de quartier et les énormes organismes associatifs qui gèrent des pans entiers de la politique sanitaire et sociale ? A côté d'un formidable accroissement quantitatif¹, une grande diversité marque en effet le développement de l'usage de la loi au point que, aujourd'hui, « vouloir faire l'inventaire de toutes les associations régies par la loi de 1901, ce serait prétendre énumérer l'infinie variété des activités humaines »².

Autant la loi de 1901 apparaît, dans son dispositif actuel, parfaitement adaptée aux premières, autant les modes de fonctionnement, pour les secondes, suscitent des interrogations.

§ 2. - Curieusement, de telles évolutions constatées dans la pratique associative ne sont pas dues à une modification du cadre juridique. Le texte de loi a peu changé depuis sa promulgation³ démontrant, au passage, sa formidable capacité à résister aux épreuves du temps. Son usage a, en revanche, considérablement élargi les champs d'activités, les objectifs, les modalités de fonctionnement, le rôle, le nombre et les acteurs des associations. La multiplication des pratiques associatives a conduit certains groupements dans des zones inconnues, aux frontières des limites imposées par le texte d'origine.

¹ E. BIDEZ, « *Les associations en France, esquisse de présentation* », Groupe international de recherche sur les associations, CIRIEC, Paris, ronéo, 1994 : de 12 000 créations en 1960, le nombre de créations d'associations, depuis 1990, oscille entre 60 000 et 70 000 par an soit une création toutes les huit minutes ; M. BARTHELEMY, *Les associations dans la société française : un état des lieux*, Centre d'étude de la vie politique française, Paris, Fnsp, CNRS, 1994, p. 11 et s. : d'après l'auteur, le nombre total des associations est évalué à environ 700 000 avec 50.000 création par an.

² Documentation du service d'information et de diffusion du Premier Ministre, nov. 1979, in M.-T. CHEROUTRE, Rapport au Conseil économique et social, 1993, « *Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi de 1901* », J.O. Avis et rapports du C.E.S., 1 avril 1993, n°4, p. 9

³ J. FENOGLIO, « *La loi de 1901 est confrontée aux mutations des associations* », Le Monde, 18 avril 1998, p. 15 : l'auteur cite A. VIVIEN (Président du Centre de documentation, d'éducation et d'action contre les manipulations mentales, et ancien député), auteur d'une proposition de loi visant à modifier la loi 1901 actuelle : « *La loi de 1901 [estime l'exposé des motifs de ce texte] n'est pas un monument législatif immuable. Depuis son adoption (...) neuf lois et décrets l'ont sensiblement modifiée pour tenir compte de l'évolution de la société.* »

La loi de 1901 est-elle extensible à l'infini ? Pourra-t-elle contenir encore longtemps l'apparition successive de pratiques novatrices, ces nébuleuses qui laissent penser que l'univers associatif est en perpétuelle expansion ? Ces questions pourraient paraître sans objet s'agissant d'un texte conçu précisément pour recevoir une multitude d'acceptions, si ces dernières années n'avaient laissé entrevoir quelques limites.

§ 3. - Les mutations économiques et sociales induisent, aujourd'hui, des changements qui se sont traduits par de profonds bouleversements au sein même de toutes les composantes de l'Economie sociale à savoir, les mutuelles (« démutualisation ») et les coopératives (restructuration) et non pas seulement, les associations.

En effet, l'entrée massive du monde associatif dans la sphère économique, la multiplication de rapports complexes entretenus avec les pouvoirs publics, sont autant de phénomènes récents⁴ qui permettent de conclure à l'émergence de nouveaux rapports sociaux⁵. Le rôle des associations a, certes, toujours été de répondre au manque de lien social dans la construction d'une société démocratique mais, depuis peu, l'action associative semble se concentrer tout particulièrement sur la réparation des échecs successifs imputables au marché (chômage, marginalité de certaines couches de la population, etc.)⁶ et tente de satisfaire des demandes sociales non prises en compte par l'Etat⁷.

§ 4. - Le développement des « entreprises associatives »⁸ pose incontestablement un problème d'adaptation de la loi 1901 qui explique, par ailleurs, que la question de la réforme du texte fondateur⁹ soit devenue un thème récurrent en France. Pour autant qu'elle puisse paraître nécessaire, elle implique, au préalable, une importante réflexion sur le rôle que l'on souhaite voir tenir par les associations au cours du siècle prochain.

⁴ V. TCHERNONOG, « *Création, cycle de vie et mortalité des associations* », enquête du LES/CNRS, 1996 : d'après un tableau sur « la pyramide des âges des associations par secteurs d'activités », il apparaît que 40% des associations ont moins de 10 ans à la date d'observation, et dans des secteurs tels que l'éducation et la formation, dans les activités économiques, l'insertion, le développement local, les associations sont particulièrement récentes puisque pas moins de 60% d'entre elles n'existaient pas à cette même date.

⁵ J.-L. LAVILLE et R. SAINSAULIEU, « *Sociologie de l'association, des organisations à l'épreuve du changement social* », Desclée de Brouwer, Paris, 1997 ; M. FORSE, « *Les créations d'associations : un indicateur du changement social* », Observations et diagnostics économiques, janv. 1984

⁶ J.-P. MARECHAL, « *Demain l'économie solidaire* », Le Monde Diplomatique, avril 1998, p. 1 et 19

⁷ P. BOURDIEU, « *Contre feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale* », Liber-Raisons d'agir, Paris, 1998, p. 9 et s.

⁸ S. CASTRO et N. ALIX, « *L'entreprise associative : aspects juridiques de l'intervention économique des associations* », Economica, Paris, 1990.

⁹ J. FENOGLIO, La loi de 1901 est confrontée aux mutations des associations, Le Monde, 18 avril 1998, p. 15

Plus particulièrement, il convient de s'interroger sur la place qui doit être laissée aux associations comme entreprises d'économie sociale ? Quelle acception donner à ces « monstres juridiques »¹⁰ et comment les intégrer spécifiquement dans un contexte économique centré principalement autour de la notion de libre concurrence ? Les associations peuvent-elles relever le défi de l'adaptation au mode de production marchand sans pour autant perdre les spécificités qui sont les siennes (désintéressement ; bénévolat) ou, au contraire, doivent-elle demeurer des organismes à but strictement non lucratif au sens de l'acception populaire ? La réponse à ces questions suppose une connaissance approfondie d'un secteur extrêmement riche et diversifié. Or, la tendance récente du champ associatif pour la « diversification » rend délicate son appréciation et sa caractérisation. Elle explique également le peu de données chiffrées dont nous disposons sur ce secteur : « *Les chiffres dont on dispose actuellement sur les associations sont épars et peu systématiques. Ils sont souvent le sous-produit d'enquêtes ou de fichiers dont l'objet principal est différent. Ils sont en outre incomplets, souvent contradictoires et peu fiables* »¹¹. Depuis, la connaissance que nous avons sur ce secteur n'a pas fondamentalement progressé même si des dispositifs statistiques sont actuellement en cours d'élaboration¹².

§ 5. - Face à cette multiplicité des pratiques associatives, l'une des constantes de la recherche a été d'établir des typologies pour faciliter le classement des pratiques très contrastées qui empruntent la forme associative¹³. Or, au-delà de ce qui sépare les différentes associations et peut permettre de les répartir en catégories distinctes (secteur lucratif / non-lucratif, par exemple, pour les associations à caractère économique), il convient de s'intéresser à ce qui les réunit avec le souci constant de valoriser les spécificités communes (propriété impartageable des bénéfiques).

En effet, la diversité du mouvement associatif constituant sa principale richesse, on comprendra aisément que la question du maintien de l'unicité du mouvement constitue un thème absolument central dans la démarche à adopter. Elle est assurément une contrainte dans l'analyse des rapports très contrastés que l'association entretient avec la sphère économique. Mais, plus que tout autre groupement, l'association recèle la capacité de faire coexister en son sein une logique qui est à la fois économique et sociale. Cette capacité doit être au cœur de toute réflexion préalable à une éventuelle réforme de la loi 1901.

¹⁰ S. CASTRO et N. ALIX, préc.

¹¹ E. ARCHAMBAULT, Les associations en chiffre, RECMA n°12, 1984

¹² Mission « CNIS-Associations », Pour un dispositif permanent d'observation statistique des associations, Rapport d'étape, 19 mars 1997 ; voir égal., P. KAMINSKI, Le renouveau du dispositif statistique français sur l'emploi : premiers enseignements concernant l'économie sociale, XIIIème colloque de l'A.D.D.E.S., Paris, 18 nov. 1997 ; D. MOUEZA, Pour un dispositif permanent d'observation statistique des associations, R.F.C. 290-juin 1997, p. 39 et s.

¹³ A. MEISTER, « *Vers une sociologie des associations* », Les éditions ouvrières, 1972, Paris.

§ 6. - Faut-il réformer la loi de 1901 ? Telle sera la question sous-jacente à la présente intervention.

Le Conseil d'Etat a récemment abordé la question¹⁴. Les pouvoirs politiques, quant à eux, hésitent à entreprendre une telle réforme tant il est vrai que l'exercice comporte un risque, le risque réel d'ébranler un édifice juridique extrêmement fragile. A moins que ce ne soit l'attachement exprimé par l'ensemble des français pour cette loi qui freine toutes velléités de changement...

§ 7. - Les développements qui vont suivre auront pour ambition d'apporter quelques éléments de réflexion concernant l'éventualité d'une réforme de la loi de 1901. Ils contribueront, nous l'espérons, à balayer un certain nombre d'idées reçues sur un secteur pourtant pratiqué par près d'un français sur deux¹⁵. Du point de vue juridique, l'association et la pratique qui en découle doivent être vue sous différents aspects :

- En premier lieu, comme droit à l'association, on verra qu'il s'agit en France d'**une liberté publique reconnue tardivement (I)** ;
- En second lieu, comme groupement juridique, l'association est un contrat ; à cette occasion, il conviendra de s'interroger sur **la nature juridique actuelle de l'association (II)** et les raisons qui président à l'émergence d'un véritable droit « matériel » associatif.
- Enfin, on verra que l'apparition récente de nouvelles pratiques associatives liées notamment au **rapprochement de la sphère économique (III)** pose incontestablement un problème d'adaptation du statut initial.

Cette présentation préfigure des évolutions qu'a connue la loi du 1er juillet 1901 au cours de son premier siècle d'existence.

¹⁴ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, « Les associations et la loi de 1901, cent ans après », p. 237 et s.

¹⁵ C.R.E.D.O.C., INC Hebdo, 10 septembre 1993, n°825 : « depuis 10 ans, le pourcentage d'adhésion a progressé de 1,8 %. C'est désormais 45,6 % des français qui déclarent adhérer à au moins une association ».

I. - LE DROIT A L'ASSOCIATION... OU LA RECONNAISSANCE TARDIVE D'UNE LIBERTE PUBLIQUE

§ 8. - L'étude historique permet de constater que de nombreuses modalités du droit des associations puisent leur origine dans des sources fort anciennes (A) et témoignent, au-delà d'incontestables évolutions, du maintien de préoccupations similaires de la part des pouvoirs successifs. La valeur constitutionnelle de la liberté d'association reconnue, les pouvoirs publics conservent néanmoins une certaine méfiance vis-à-vis de ce qu'ils semblent encore considérer comme des « corps intermédiaires » (B).

A. - DE LA GENESE A LA RECONNAISSANCE DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION :

1. - Les grandes étapes historiques qui ont façonné l'acception contemporaine de l'Association :

§9. - **Les Associations à l'époque romaine** : La période qui s'étend de l'Empire romain à 1789 se caractérise par une conception collective et communautaire de la vie en société ce qui s'est traduit, du point de vue du droit des associations, par la mainmise de l'Etat ou de l'Eglise catholique sur les groupements, qu'il s'agisse d'associations à but économique, charitable ou même religieux. Bien que la Cité grecque soit initialement une association d'hommes libres, les Grecs anciens ne paraissent pas avoir développé dans leur droit la notion d'association. Par contre, ce concept était connu et utilisé par le droit romain¹⁶. Comme en bien d'autres domaines, ce dernier a grandement influencé le droit français des associations, du moins jusqu'à la loi de 1901. A partir de 58 av. J.-C., la législation romaine permettait la libre création d'associations, sous la seule réserve de respecter l'ordre public. Toutefois, dans les faits, on s'aperçoit que le gouvernement prononçait la dissolution ou interdisait des groupements qui le gênaient. Sous Jules CESAR, le régime de liberté fut affaibli par l'institution de l'autorisation préalable donnée par l'Administration pour créer une association. En conséquence, seules les associations autorisées pouvaient ester en justice et faire des actes juridiques¹⁷. La dégénérescence progressive de l'Etat romain provoqua la disparition des associations charitables et la crise économique qui caractérisa le Bas-Empire conduisit à la « publicisation » des associations professionnelles. Les marchands et artisans furent obligés d'adhérer à des structures représentatives officielles désormais détentrice, en raison de l'affaiblissement de l'Etat, de certaines prérogatives de la puissance publique qui sont à l'origine des corporations d'Ancien Régime voire de certaines associations à caractère économique qui existe encore de nos jours. On observera que la diminution du

¹⁶ J. IMBERT, « *Le droit antique* », PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^{ème} ed., 1994

¹⁷ B. STASI, « *Vie associative et démocratie nouvelle* », Paris, PUF, 1979

rôle de l'Etat n'a pas empêché les pouvoirs publics de renforcer les pouvoirs des associations à but économique tout en réduisant les possibilités des autres, ce qui provoqua leur déclin.

§ 10. - Les associations au Moyen-Age : La structure tribale des envahisseurs barbares s'opposait à toute forme d'association qui aurait été susceptible de menacer la cohésion du groupe. L'Etat ayant pratiquement disparu, l'Eglise chrétienne était la seule structure stable. Comme nous l'avons déjà indiqué pour la période romaine, l'Eglise s'est progressivement substituée aux associations pour prendre en charges les questions sociales. De plus, elle favorisait les organisations non religieuses qu'elle contrôlait (par exemple les corporations d'ouvriers chargés d'édifier des bâtiments religieux) et interdisait les structures profanes susceptible de la concurrencer (le synode de Rome de 1189 décida d'excommunier les clercs et les laïcs formant des associations de secours mutuel). Au cours du Moyen Age, l'institutionnalisation des associations professionnelles officielles (les corporations) se poursuivit. On notera également que c'est au sein des monastères que naquirent les règles de la démocratie représentative qui aujourd'hui caractérise le fonctionnement de l'association loi 1901. Le bilan du Moyen Age paraît donc contrasté, caractère que l'on retrouvera tout au long de l'Ancien Régime.

§ 11. - La problématique du droit des associations sous l'Ancien Régime : L'Ancien Régime se caractérise par la soumission au roi de droit divin d'une multitude de groupes sociaux plus ou moins importants et agglomérés les uns aux autres (villes, paroisses, métiers, guildes, confréries) dénommés états (d'où la réunion autour du roi des Etats généraux), alors que le pouvoir royal, l'Eglise et les jurandes et corporations établies se soutiennent mutuellement pour empêcher la naissance de puissantes associations libres qui auraient pu menacer la stabilité de l'un et le monopole de l'autre. A cette époque, cette ambiguïté se rencontre dans les multiples secteurs de la vie sociale et même intellectuelle. Dès le XIIIème à Paris, il était interdit de former des associations volontaires entre maîtres ; l'interdiction concernait également, dans les autres villes, les associations festives de jeunes gens (édit de 1538). Les guerres de religion et l'apparition de la religion réformée, très ouverte à la pratique associative, fut l'occasion de renforcer la répression notamment en direction des compagnons ouvriers (Edit de Villers-Cotterêt de 1539). Au cours du XVIIème siècle, l'interdiction officielle des associations non autorisées par le pouvoir royal fut maintenue. Cette période correspond pourtant au développement de structures associatives puissantes en marge des organismes contrôlés par l'Etat, ce qui montre la portée limitée des interdictions et réglementations face à un dynamisme social. La monarchie laissa s'épanouir les corps intermédiaires et notamment les corporations qui ont très rapidement bénéficié d'un statut légal au point de devenir un rouage de l'administration féodale et monarchique. En effet, surtout à la fin de l'Ancien Régime, l'interdiction des associations était plus théorique que réelle même s'il est vrai que les confréries de métiers et de compagnonnages, véritables ancêtres de l'associationnisme ouvrier du XIXème siècle, ont été constamment maintenues durant cette période dans une position illicite.

§ 12. - Les contradictions de la Révolution française : L'individualisme l'emportant finalement sur le libéralisme, la période révolutionnaire et instituera l'interdiction de principe des associations en droit, et la tolérance de certaines d'entre elles en fait, de ce point de vue, la Révolution n'apporta pas le changement radical qu'on pouvait attendre. Finalement, c'est au nom de la liberté (individuelle) que les révolutionnaires refusèrent la liberté aux associations !

La Déclaration de 1789 ne contient aucune référence au droit des associations, pour des raisons doctrinales mais aussi du fait de la grande tolérance de l'Ancien Régime à ce sujet. A cette époque, certains intellectuels comme J.-J. ROUSSEAU se sont rapidement montrés hostiles aux groupements dans la mesure où ceux-ci étaient susceptibles de se dresser contre l'Etat et l'intérêt général (art. 1^{er}, Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 « *la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice* »).

La loi du 5 février 1790 supprima les congrégations religieuses. Peu après, le Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 suppriment les corporations au nom de la liberté professionnelle et de l'individualisme. Le premier instituait le délit de coalition qui réprimait toute tentative de coalition qui réprimait toute tentative de représentation d'intérêts communs et la seconde abolissait les corporations et interdisait la défense des « *prétendus intérêts communs* ». Cet arsenal fut utilisé jusqu'à la fin du siècle dernier pour poursuivre les tentatives de création d'associations ou de syndicats. On observera que sous l'Ancien Régime, cette interdiction de principe n'empêcha pas la prolifération des groupements.

§ 13. - La répression napoléonienne : Pour les raisons évoquées ci-dessus liées à la mauvaise image des associations et aussi dans le but d'empêcher les associations d'opposants politiques et les associations ouvrières, la période post-révolutionnaire ne fut pas davantage favorable aux associations. L'article 291 du Code criminel de 1810 interdisait les associations de plus de vingt personnes non agréées par le gouvernement et instituait une autorisation préalable pour les réunions. Les associations voyaient leur capacité d'action très fortement limitée puisqu'elles ne pouvaient pas avoir d'objet ni religieux, ni littéraire, ni politique... Cette sévérité n'empêcha pas le développement de structures associatives, soit tolérées comme la franc-maçonnerie, soit clandestines comme le compagnonnage.

§ 14. – De la II^{ème} République à la chute du Second Empire : Il fallu attendre les constituants du 4 novembre 1848 pour voir proclamer la liberté d'association et pour enfin en permettre l'exercice, le Nouveau Régime ayant été soutenu par les groupements ouvriers. Néanmoins, l'opposition au coup d'Etat de Louis-Napoléon Bonaparte fut en grande partie le fait d'associations plus ou moins secrètes. Un certain nombre de membres de ces sociétés secrètes furent déportés outre-mer en application de mesures extrêmement rigoureuses prises dès le lendemain du 2 décembre 1851 : la loi du 2 décembre 1851 complétée par le décret du 25 mars 1852 et 15 janvier 1853 qui soumit

toutes les associations à une autorisation préalable sous peine de sévères sanctions qui furent appliquée durant la période de l'Empire autoritaire.

Avec l'Empire libéral, l'application des mesures répressives fut progressivement assouplie (création d'un mouvement ouvrier qui exposa son programme « *Manifeste des Soixante* » en 1860 ; autorisation du droit de grève en 1864 ; statut légal accordé aux coopératives en 1867...)

La question de la liberté d'association se reposa après la chute de l'Empire. Un long débat eu lieu de 1875 à 1901 sur la question de la reconnaissance de ce droit au sein même des républicains. Les conservateurs y étaient hostiles par crainte d'une menace sur l'ordre public et en raison de mauvais souvenirs nés de la Révolution et de la IIème République, ne souhaitant protéger que les congrégations, cependant que les libéraux voyaient dans la liberté d'association la double menace d'une remise en cause de l'individualisme et d'un renforcement du cléricisme, souvenir de la restauration. Il fallut un quart de siècle pour parvenir à un accord.

La loi qui fut adoptée par 312 voix contre 216 à la Chambre des députés et par 169 suffrages contre 95 au sénat, libéralisait les associations ordinaires mais se montrait particulièrement sévère à l'égard des congrégations religieuses en aggravant les dispositions primitives, plus conciliantes de WALDECK-ROUSSEAU. A cette époque, la question religieuse est au cœur des débats concernant la loi de 1901. Elle se posa jusqu'à l'adoption de la loi de 1905 qui consacra la séparation de l'Etat et de l'Eglise. Les débats parlementaires¹⁸ montrent que la liberté d'association continuait d'être considérée par beaucoup comme dangereuse pour l'ordre public en empêchant un contrôle d'opportunité au cas par cas.

2. - La décision du Conseil Constitutionnel en date du 16 juillet 1971... ou la valeur constitutionnelle donnée à la liberté d'association :

§ 15. – La valeur constitutionnelle de la liberté d'association avait été affirmée par le Conseil d'Etat sous la IVème République par deux arrêts connus, « Amicale des Annamites de Paris » en date du 11 juillet 1956¹⁹ et « Association des anciens combattants » en date du 24 janvier 1958²⁰ qualifiant la liberté d'association de principe garanti par les lois de la République. Cependant cette reconnaissance n'avait qu'une valeur jurisprudentielle.

¹⁸ P. WALDECK-ROUSSEAU, « *Associations et congrégations* », Paris, Fasquelle (Bibliothèque Charpentier), 1901.

¹⁹ CE, Ass., 11 juillet 1956, Rec., p. 317, AJDA, 1956.II.400

²⁰ CE, 24 janvier 1958, Rec., p. 38

Par une décision du 16 juillet 1971²¹, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté d'association telle qu'elle est connue dans la loi de 1901 dont il constitutionnalise le contenu. La Constitution, telle qu'elle est interprétée par le Conseil, exclut donc tout système d'autorisation préalable, même par le juge judiciaire. La valeur constitutionnelle accordée au principe de liberté d'association constitue une avancée démocratique significative. En tout état de cause, elle agit comme premier « garde-fou » à toute réforme éventuelle. Le législateur ne peut plus remettre en cause la règle de la libre constitution des associations qui, désormais, existent de la seule volonté de leurs fondateurs et peuvent être rendues publiques et bénéficier de la personnalité juridique par simple déclaration à l'autorité préfectorale.

§ 16. – La liberté d'association²² est garantie au niveau constitutionnel dans la plupart des pays d'Europe occidentale²³ ce qui n'exclut pas l'existence de divergences notables entre les régimes applicables aux organismes privés à but non lucratif²⁴ rendant difficiles l'émergence d'un statut d'association européenne (A.E.) pourtant tant attendu. Reflétant des histoires et des traditions juridiques variées, ces différences soulignent les contradictions réservées par le droit français où, la facilité d'acquisition de la personnalité morale et le contrôle minimal qui s'exerce sur l'organisation interne de l'association, tranche singulièrement avec les capacités extrêmement réduites laissées à ce type de groupement. De ce point de vue, et sur bien des points aujourd'hui encore, on peut affirmer que les associations sont considérées par l'autorité publique comme des « corps intermédiaires » placés sous sa surveillance.

B. – DES « CORPS INTERMÉDIAIRES » PLACÉS SOUS LE CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE :

§ 17. - Le maintien de la « petite personnalité » accordée aux associations limitant leurs capacités juridiques et, par conséquent, leurs champs d'actions, confirme l'existence d'une certaine forme de méfiance de l'autorité publique vis-à-vis de ce qu'elle considère encore comme des « corps intermédiaires » (1°). Cette reconnaissance incomplète des associations, si caractéristique des relations entretenues entre les associations et l'Etat, démontre la permanence, au travers l'histoire, d'un certain nombre de questions qui ne seront probablement jamais totalement résolues (2°).

²¹ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, JCP éd. G. 1971, II, n°16832

²² Pour un aperçu plus large du droit des associations dans le monde, on se rapportera aux informations diffusées sur le site www.diplomatie.fr/ong

²³ Par exemple par l'article 18 de la constitution en Italie, l'article 56 en Suisse, l'article 27 en Belgique, l'article I A en Finlande... Cette reconnaissance constitutionnelle du droit d'association exclut en général tout contrôle préventif, de façon implicite, ou explicite, comme par exemple en Belgique : « *Les Belges ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive* ».

²⁴ La définition de l'association n'implique pas toujours une activité désintéressée. Le Royaume-Uni distingue ainsi entre associations non bénévoles et bénévoles (« *voluntary organisations* ») et la République fédérale d'Allemagne entre les associations à but lucratif (« *wirtschaftliche vereine* ») et à but non lucratif (« *idealvereine* »). Des notions identiques se retrouvent en droit Suisse.

1. - Une reconnaissance « incomplète » : la « petite personnalité » accordée à l'Association

§ 18. – Personnalité morale de l'association : L'association déclarée dispose de la personnalité morale. A ce titre, elle constitue une entité juridique capable de volonté et d'action distincte de celle de ses fondateurs. Elle dispose d'un nom, d'un domicile, d'une nationalité ainsi que d'un patrimoine propre. Elle peut ester en justice dans le but d'obtenir réparation d'un préjudice qu'elle a subi en propre ou encore pour défendre son honneur (action en diffamation)²⁵ et être elle-même traduite devant une juridiction, être créancier ou débiteur d'obligations diverses (notamment en termes de responsabilité civile et depuis le Nouveau Code Pénal, en terme de responsabilité pénale). Les associations déclarées peuvent se livrer à toutes les activités découlant de leur objet, passer sans autorisation tous les contrats (achat, vente, location, contrat de travail ...) et entrer dans la capital de sociétés civiles ou commerciales.

§ 19. - Les conséquences juridiques de la déclaration : « la petite personnalité ». Il faut bien reconnaître une certaine réticence du législateur à reconnaître à l'association une pleine et entière capacité pourtant admise pour les autres personnes morales de droit privé (sociétés commerciales, par exemple). La capacité découlant de la personnalité juridique des associations a ainsi été limitée par l'article 6 de la loi 1901, d'où l'expression usitée de « petite personnalité. »

§ 19.1. - En matière patrimoniale, les associations ne peuvent posséder et administrer librement que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement de leurs buts. Certes, l'Administration entend très largement cette notion et n'exclut que l'achat de biens manifestement étrangers à l'objet de l'association. Dès lors qu'elles achètent un immeuble, les associations déclarées doivent avertir l'autorité qui a enregistré leur déclaration, par un état descriptif et le montant du prix, et consigner toute évolution du patrimoine sur un registre spécial à peine de nullité de la vente (sur demande du Ministère public ou de toute personne y ayant un intérêt).

§ 19.2. - En matière de libéralités, l'article 17 de la loi 1901 interdit aux associations déclarées de recevoir des dons et legs que ce soit directement, indirectement ou par personnes interposées et frappe de nullité tous les actes entre vifs ou testamentaires ayant cet objet. Une tolérance, fondée sur la notion de « don manuel », a toutefois été admise par l'Administration. Il s'agit de sommes d'un montant modique que les associations déclarées peuvent recevoir et accepter sans contrôle particulier (Loi n°87-571 du 23 juillet 1987, art. 6). En dehors de cette tolérance, seules les associations reconnues d'utilité publique (R.U.P.) peuvent normalement recevoir des dons et des legs. La contrepartie pour elles consiste en un contrôle accru de la part de l'Etat (adoption de statut-type) et des obligations supplémentaires (par exemple, toutes les acquisition ou aliénation immobilière doivent faire l'objet d'une déclaration préfectorale en application de l'art. 3 et 11 du décret du 16 août 1901).

²⁵ En ce sens, voir Cour d'appel, 10 novembre 1987, BRDA 1988/11, p. 7

§ 20. - On constate, dès lors, que la personnalité morale ainsi concédée aux associations ne va toutefois pas jusqu'à leur reconnaître une pleine capacité civile. Après l'adoption de la loi 1901, la France se trouve donc être le pays où l'existence légale et la personnalité morale sont le plus facilement reconnues aux associations, mais où les moyens dont celles-ci disposent sont les plus limités²⁶.

2. – Le maintien des problématiques posées par la liberté d'association à travers le temps :

§ 21. - Le principal intérêt d'une étude historique du droit des associations est de montrer le maintien, à travers le temps, d'un certain nombre de questions essentielles qui probablement ne seront jamais totalement résolues.

Les associations doivent-elles être libres afin de constituer un contre-pouvoir à l'Etat ou doivent-elles, au contraire, demeurer subordonnées à la puissance publique afin de seconder celle-ci dans sa mission de réalisation d'intérêt général ? La capacité juridique des associations doit-elle (encore) être limitée pour protéger des principes supérieurs (intérêt général...) ou doit-on leur appliquer, de la manière la plus libérale qui soit, le principe de la liberté contractuelle ?

De manière plus prosaïque, la question du rôle des associations dans la recherche et la protection de l'intérêt général demeure posée et, aujourd'hui, il semble bien que le mot de ROLLAND soit plus que jamais d'actualité : « l'Etat n'a pas le monopole du bien public »²⁷.

§ 22. - Si, aujourd'hui, les pouvoirs publics ne combattent plus la liberté d'association, on constate qu'ils placent les associations sous la surveillance de leur principal représentant sur l'ensemble du territoire, le Préfet...

²⁶ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, « *Les associations et la loi, cent ans après* », La documentation française, Etudes & Documents n°51, p. 259.

²⁷ Principe repris *in extenso* dans la circulaire n°2010 du 27 janvier 1975 du Premier Ministre relative aux rapports entre les collectivités publiques et les associations assurant des tâches d'intérêt général. Il est cependant précisé quelques lignes plus loin que « *néanmoins, la puissance publique ne peut laisser le soin aux associations de définir les orientations générales des politiques auxquelles elles contribuent.* »

II. - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION... OU L'INFLUENCE DE LA NATURE CONTRACTUELLE

§ 23. – Comme principale justification à la mise en œuvre d'une réforme de la loi de 1901, d'aucuns mettent en exergue, de manière récurrente, le caractère prétendument lacunaire du dispositif centenaire alors que, contrairement aux idées reçues, l'association se rattache aujourd'hui à un « corpus » de règles juridiques de plus en plus précis (A). Néanmoins, il semble bien que la nature contractuelle de l'association soit à la base de son succès au point que l'on parle aujourd'hui de « phénomène associatif » (B).

A. – LA LOI DU 1^{ER} JUILLET 1901 : UN DISPOSITIF LACUNAIRE ?

§ 24. - **Définition** : L'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 définit l'association comme « *une convention (...) régie quant à sa validité par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations.* » L'association est donc bien un contrat. Lors des débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi de 1901, WALDECK-ROUSSEAU a confirmé pareille analyse en précisant que « *cette constatation inscrite au frontispice du projet de loi n'a pas seulement pour but de donner satisfaction à la curiosité ou à l'esprit critique du jurisconsulte ; elle emporte, à notre sens, des conséquences beaucoup plus graves, car elle a pour effet de déterminer à priori quels sont les principes qui vont s'appliquer à l'association.* »²⁸. L'association est incontestablement de nature contractuelle ainsi qu'il ressort de la loi et de la jurisprudence. Le régime juridique applicable aux associations dépend donc, pour une large part, des principes issus de notre Code civil (1^o) tandis que la neutralité du cadre associatif favorise la naissance d'un véritable droit « matériel » des associations (2^o).

1. – Le rattachement aux règles du Code civil :

§ 25. – **La nature contractuelle de l'association** peut être relevée à l'occasion des trois étapes essentielles de l'association à savoir, la constitution, la vie et la dissolution, entraînant par là-même l'application d'un grand nombre de règles essentielles contenues dans notre Code civil. A noter également le rôle prépondérant joué par la jurisprudence qui n'a eu de cesse de préciser les règles civilistes²⁹.

²⁸ WALDECK-ROUSSEAU, « Associations et Congrégations », Bibliothèque Carpentier 1901, p. 68, chambre des députés, séance du 21 janvier 1901.

²⁹ A noter que dans son discours préliminaire au Code civil, Portalis, lui-même, encourageait les tribunaux à « *saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés.* »

§ 25.1. – Concernant la constitution de l'association, outre le fait que le contrat d'association doit, sous peine de dissolution automatique³⁰, concerner de manière permanente au moins deux personnes, les règles essentielles applicables à la formation des conventions visées par l'article 1108 du Code civil nécessitent d'être réunies.

En premier lieu, le consentement de la partie qui s'oblige : comme pour n'importe quelle convention, le consentement d'un membre à son adhésion ne pourra être valable juridiquement que si celui-ci, conformément à l'article 1109 du code civil, n'a pas été donné par erreur, extorqué par la violence ou surpris par le dol. Dans le cas contraire, l'adhésion sera déclarée comme étant nulle³¹. Cette solution a été confirmée³² et même explicitée par la jurisprudence laquelle a, par exemple, mis en avant la liberté pour l'association de choisir ses membres : « *une association régie par la loi de 1901 est libre de choisir ses membres et n'a pas à justifier ses choix ; (...) si le tribunal doit pouvoir contrôler la légitimité d'une sanction, il ne lui appartient pas de s'immiscer dans les décisions d'admission des membres d'une association ; (...) en conséquence, l'article des statuts qui dispose que le conseil ou comité de direction est seul juge de l'admission et la prononce ou la refuse sans avoir à motiver sa décision, n'est contraire ni à l'ordre public ni à la loi.* »³³

En second lieu, le contrat d'association doit avoir une cause licite. Il résulte de l'article 1133 du code civil que « *la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». Cette disposition a été reprise par l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 laquelle dispose que « *toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet.* » A pu ainsi être considérée comme illicite une association de mères porteuses car contraire à la loi. Par ailleurs, il résulte de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 que l'adhésion d'une association suppose un apport permanent de connaissances et d'activités des membres de l'association. Cet apport constitue au sens de l'article 1108 du code civil l'objet des obligations contractées par les parties. A ainsi pu être requalifiée en contrat à titre onéreux, une adhésion de pure forme qui visait en fait uniquement adhérent des personnes à une association en vue de leur offrir un baptême de l'air³⁴.

³⁰ Rép. Min. n°19256 à M. Roland HUGUET : JO Sénat Q, 24 fév. 2000, p. 27 ; JCP E 2000, p. 392

³¹ Conseil d'Etat, 20 janvier 1950, Rec. Conseil d'Etat, p. 767 : en l'espèce, il s'agissait d'une adhésion au Parti national socialiste « *extorquée sous la menace de représailles, c'est-à-dire sous l'empire de la contrainte.* »

³² Cour d'appel de Poitiers, 15 mai 1985, Bull. Joly 1986, 2^{ème} trim., p. 625 : « *Même si les statuts dans leur imprécision d'origine ne soumettent l'acquisition de la qualité de membres à aucun formalisme, l'association étant un contrat suppose une rencontre des volontés et non seulement un acte unilatéral d'un candidat ; que pour revendiquer cette qualité, les membres visés doivent donc justifier d'une postulation de leur part et d'une acceptation de celle-ci par l'association.* »

³³ Cour d'appel de LYON, 2 juillet 1985, Rev. Sociétés 1985, p. 656, note G. SOUSI.

³⁴ Cour de cassation, 2^{ème} ch. civ., 5 février 1980, JCP éd. G. 1980, II, n°19461, note CAUVEAU.

§ 26.2. - Concernant la vie de l'association, le Code civil comprend également de nombreuses règles juridiques auxquelles l'on doit se référer pour tout ce qui concerne le fonctionnement social de l'association. Cela se vérifie notamment à l'occasion de l'exercice du pouvoir disciplinaire, de l'administration et de la direction de l'association ou encore de la tenue des assemblées générales.

En ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire au sein d'une association, il convient de rappeler que la violation de l'une quelconque des obligations découlant du contrat d'association peut justifier l'application de l'article 1184 du code civil c'est à dire la résolution du contrat à l'égard du sociétaire fautif et donc son exclusion. La nature contractuelle de l'exercice du pouvoir disciplinaire a été confirmée par la jurisprudence. C'est ainsi qu'a pu être précisé, par exemple, qu'une association, en l'occurrence il s'agissait d'un syndicat patronal, « *ne peut, en dehors des cas prévus aux statuts, prononcer l'exclusion de ses adhérents* » et que dans une telle hypothèse, le groupement « (...) *viole un contrat, se soustrait aux obligations qu'il a assumées et commet un acte illicite dont il doit répondre.* »³⁵ La jurisprudence précise encore que « *le sociétaire dont l'exclusion n'est pas justifiée, a le choix, en vertu de l'article 1184 du code civil, ou de demander la résolution du contrat d'association en ce qui le concerne, avec dommages-intérêts, ou d'en poursuivre l'exécution en tenant pour non-avenue la décision prise en son encontre.* »³⁶

S'agissant l'administration et la direction de l'association, il importe au préalable de déterminer la nature juridique des fonctions exercées par les dirigeants. Or, il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 février 1991 que « *le président d'une association est un mandataire de la personne morale dont les pouvoirs sont fixés conformément aux dispositions de la convention d'association* »³⁷. Les règles du code civil, et notamment l'article 2004, viennent notamment préciser que le mandat est révocable à tout moment. Relativement méconnue, la règle de la révocation « *ad nutum* » n'en constitue pas moins une règle absolument incontournable dans les rapports entretenus entre les instances dirigeantes de l'association et l'assemblée générale des membres.

Enfin, la jurisprudence a régulièrement l'occasion d'insister sur nature contractuelle des assemblées générales. Dans un arrêt en date du 25 novembre 1977, la Cour d'appel de Paris a, par exemple, rappelé que « *la validité du contrat d'association étant régie par les règles juridiques applicables aux contrats et obligations, à plus forte raison en est-il de même de la validité des délibérations des assemblées créées par les clauses de ce contrat. En conséquence, aucune nullité absolue ne saurait être admise en cas de non-respect des règles d'organisation intérieure de l'association, la prescription de droit commun des nullités relatives de l'article 1304 du code civil devant seule s'appliquer au contrat d'association, et l'expiration du délai de prescription de cet*

³⁵ Cour d'appel de DOUAI, 25 avril 1910.

³⁶ Tribunal civil de la Seine, 1^{er} juin 1939, RTD civ. 1942, p. 212

³⁷ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 5 février 1991, JCP éd. G. 1991, IV, p. 125

article à compter de la date des réunions des assemblées rend les décisions définitives. »³⁸ Aussi, s'il est coutume de dire qu'il s'agit là de l'organe souverain de l'association, contrairement aux idées reçues, la loi de 1901 relative au contrat d'association ne prévoit pas l'obligation de réunir une assemblée générale annuelle des membres. La seule obligation légale concerne la tenue d'une assemblée générale en cas de dissolution de l'association (art. 9 de la loi du 1er juillet 1901). Cela vient récemment d'être rappelé dans une réponse ministérielle récente du Ministre de la justice en date du 21 février 2000³⁹.

§ 26.3. – Enfin, en matière de dissolution d'association, les règles applicables sont également très largement empreintes des principes tirés du Code civil. Cela se vérifie notamment lors de la disparition voire même de la nullité de l'objet du contrat d'association.

En ce qui concerne la disparition de l'objet, il faut en effet savoir que si, en cours d'exécution du contrat d'association, une des conditions posées à l'article 1108 du code civil vient à disparaître, le contrat ayant perdu l'une des conditions nécessaires à sa validité doit être annulé. Cette analyse est corroborée par l'article 1302 alinéa 1 du code civil qui dispose que « *lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors de commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans faute du débiteur* ». Cette solution a été transposée en droit des associations de manière implicite par la jurisprudence qui a pu décider qu'une association ayant pour objet l'indemnisation des agents rapatriés d'Algérie de la Société Nationale REPAL, laquelle société avait apporté 5 millions de francs à cette association à titre de fonds de garantie, doit être dissoute dès lors que l'objet de cette association a été réalisé⁴⁰.

Enfin, la nullité de l'objet subit le même sort. Autrement dit, ce n'est que parce que l'association est un contrat, que ce type de groupement ne peut exister si son objet est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. Cette obligation, qui résulte de l'article 1133 du code civil, a été reprise à l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901. De ce point de vue, la Cour d'appel de Paris a fait une exacte application de ce principe en jugeant qu'une association ayant pour objet le « *prêt d'utérus* » *est une convention illicite en ce qu'elle a un objet interdit par la loi.* »⁴¹

On peut donc légitimement rattacher la liberté d'association à la liberté contractuelle qui est également garantie constitutionnellement en droit français⁴². Toutefois, un bémol doit être apporté à ce tableau idyllique ayant quelque fois trop tendance à faire de la liberté contractuelle le principe fondamental du droit des associations.

³⁸ Cour d'appel PARIS, 25 novembre 1977, G.P. 1978, 1ère sem., p. 316.

³⁹ JO Ass. Nat. 21 février 2000, p. 1186, n°35572.

⁴⁰ Cass. 1ère ch. civ. 17 oct. 1978, Bull. civ. I, n°301, p. 232.

⁴¹ Cour d'appel PARIS, 11 oct. 1988, D. 1988, IR, p. 275.

⁴² Conseil constitutionnel, Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Rec. P.17.

§ 27. – Le rôle supplétif joué par le droit des sociétés : une remise en question de la nature contractuelle de l'association ? Il peut être démontré l'existence d'une tendance récente de la jurisprudence à faire jouer un rôle subsidiaire ou supplétif aux droits des sociétés à l'égard des associations dont les statuts sont muets sur des points litigieux. Suite à une série d'arrêts rendus en 1982⁴³, une réponse ministérielle avait pourtant exclu tout recours au droit des sociétés : « *la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ne fait aucune référence au droit des sociétés dont il puisse résulter que des règles applicables au droit des sociétés soient transposables aux associations* »⁴⁴. La Cour de cassation a néanmoins choisi d'adopter la position inverse : « *la Cour de cassation vient d'approuver la solution d'une Cour d'appel selon laquelle, en l'absence de dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 et de clauses statutaires concernant la tenue des assemblées, les règles applicables sont celles prévues par la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales.* »⁴⁵ Pour aussi intéressant qu'il soit, cet arrêt recèle un danger évident, celui de remettre en question l'essence même du contrat d'association en ne respectant pas la spécificité d'un groupement dont les objectifs sont à l'opposé de ceux de la société. Il importe donc d'être particulièrement vigilant au regard de ce qui, incontestablement, constitue une dérive.

2. – L'émergence d'un véritable droit « matériel » des associations

§ 28. – Neutralité du cadre associatif : Au-delà des règles institutionnelles régissant le fonctionnement interne des groupements « loi 1901 », il importe de souligner que les associations sont, en outre, soumises, comme d'autres groupements, à des législations objectives. Selon l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901, une association ne peut être constituée que dans « *un but autre que de partager des bénéfices.* » Une telle définition met en exergue la neutralité du cadre associatif qui, pour une large part, procède de la finalité de l'association laquelle n'est encadrée par la loi française que de façon négative. Il résulte de ce constat que le droit de la concurrence ou encore le droit social s'applique indifféremment à ce type de groupement. On peut encore citer bon nombre de législation contraignante. Tel est notamment le cas de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises⁴⁶ qui impose à certaines des associations ayant une activité économique des prescriptions d'ordre comptable particulière (art. 27 et 28)⁴⁷. Par ailleurs, en cas de

⁴³ TGI Saint-Etienne, 3 sept. 1982, Petites Affiches, 1986, n° 34, p. 18, note SOUSI ; CA LYON, 13 oct. 1982, Petites Affiches, 1986, précité, confirmation de TGI Saint-Etienne, 3 sept. 1982

⁴⁴ Rép. Min. n°56969, 10 déc. 1984, p. 5445.

⁴⁵ Cass. 1^{ère} ch. civ. 29 nov. 1994, BRDA 95.1, p. 6.

⁴⁶ JO du 2 mars 1984

⁴⁷ L'article 27 précité dispose que « *les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique dont le nombre de salarié, le montant hors taxe du chiffre d'affaires ou les ressources et le total du bilan dépassent pour deux de ces critères, des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, doivent établir chaque année un bilan, un compte de résultat et une annexe (...). Ces personnes morales sont tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant (...).* En application de

cessation des paiements, les associations, comme tout autre groupement, sont soumises à la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises⁴⁸ laquelle dispose, en son article 2 que « *le redressement et la liquidation judiciaire sont applicables à tout commerçant, à tout artisan à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé.* ».

§ 29. – Vers une codification du droit des associations ? S’agissant des règles auxquelles sont soumises les associations, il convient d’observer que le principe de neutralité du cadre associatif n’est pas total puisque la forme associative génère de plus en plus souvent des règles spécifiques ou des adaptations aux règles générales (au point, qu’aujourd’hui, il serait impossible de toutes les citer). Désormais, dès lors que les associations entreprennent de faire quelque chose, elles sont « *de facto* » soumises au droit applicable à l’activité exercée. Tel est par exemple le cas pour les associations exerçant des activités d’agence de voyage (Offices du tourisme) puisque la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 (art. 11) complétée du décret n° 94-490 du 15 juin 1994 (art. 51 à 59) qui se voient ainsi contraintes d’obtenir une autorisation administrative préalable, de réunir des garanties financières ou encore d’exiger de ses dirigeants qu’ils disposent des aptitudes professionnelles requises. Les exemples de cette prolifération juridique concernant les associations sont nombreux. De manière non exhaustive, on peut encore citer la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 (modifiée récemment) qui impose aux associations sportives d’adopter des statuts-types, de souscrire une assurance, voire même de filialiser ses activités professionnelles⁴⁹ au-delà de certains seuils⁵⁰ (5,5 MF de salaires versés et/ou 7,5 MF de chiffres d’affaires... ou encore, la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d’exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce pour les associations (Association offrant des immeubles à la location). Et que dire alors de la parution récente des instructions fiscales du 15 septembre 1998⁵¹ et 16 février 1999⁵² ou encore de la promulgation récente du plan comptable associatif⁵³ ...

l’article 22 du décret d’application en date du 1 mars 1985, il s’agit des associations qui dépassent, à la fin de l’année civile ou à la clôture de l’exercice, les chiffres ci-après décrits pour deux des trois critères suivants : 50 salariés, 20 millions de francs de chiffre d’affaires ou de ressources, 10 millions de francs de total du bilan. L’article 28 précité concerne les associations de « taille très importante » qui remplissent l’un des deux critères suivants : 300 salariés, 120 millions de francs de chiffre d’affaires ou de ressources. Dans cette hypothèse, outre les obligations précitées, une telle association est soumise à des obligations d’information financière et de contrôle externe.

⁴⁸ JO 26 janvier 1985

⁴⁹ Loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999, J.O. 29 décembre p.19582

⁵⁰ Décret n°99-504 du 17 juin 1999 (J.O. 18 juin)

⁵¹ Instruction 4 H-5-98 n°170 du 15 sept. 1998

⁵² Instruction fiscale 4 H-1-99 n°33 du 19 février 1999

⁵³ Règlement n°99-01 du CRC et son annexe, JO 4 mai 1999

Contrairement aux idées reçues, l'association n'échappe pas à l'inflation législative ambiante au point que certains auteurs⁵⁴ vont jusqu'à stigmatiser la menace qu'elle représente au regard du caractère libéral du texte de loi initial. Soumis à un encadrement juridique de plus en plus contraignant, l'univers associatif tend, aujourd'hui, à se professionnaliser. Contre toute attente, cette tendance à la professionnalisation n'empêche pas le succès grandissant du recours à la formule associative au point que l'on évoque aujourd'hui le « phénomène associatif. »

B. – LE « PHENOMENE ASSOCIATIF » ... OU LES RAISONS DU SUCCES

§ 30. - Le « phénomène associatif » se caractérise sur bien des points. Parmi ces points figure incontestablement l'extraordinaire développement quantitatif du recours à la formule associative de même que l'extrême diversité du champ d'intervention des associations. Les raisons qui expliquent le succès du recours à la formule associative - on parle de « baby-boom » associatif » (1°) - sont incontestablement à rechercher dans les qualités intrinsèquement développées par ce type de groupement (2°).

1. - Le « baby-boom » associatif :

§ 31. – Quelques chiffres : Au-delà du poids de l'histoire, les associations ont, grâce à leur dynamisme, pris un poids considérable dans notre société. Avec 700.000 associations, 20 millions de membres, un budget de plus de 200 milliards de francs et 1,3 millions de salariés, la vie associative est devenue un des rouages clés du jeu social français et un acteur économique à part entière. La création chaque année de près de 60.000 associations (chiffre à peu près constant depuis les années 1990) démontre la vitalité du phénomène.

§ 32. - Des capacités budgétaires en constante progression : Le budget total du secteur associatif en 1995 s'est élevé à 290 milliards de francs. En 1991, ses recettes d'activités ont été chiffrées à 93,4 milliards de francs. Les résultats du programme John HOPKINS⁵⁵ démontrent l'importance du poids économique du secteur associatif n'est pas un phénomène uniquement français mais international : de l'ordre de 3,5% du P.I.B des sept pays étudiés (Allemagne, Etats-Unis, France, Italie, Japon, Royaume-Uni, Suède) soit plus de 600 milliards de dollars (en constante progression).

⁵⁴ J.-F. MERLET, « Une grande loi de la IIIème République : La loi du 1^{er} juillet 1901 », Thèse de droit, Université PANTHEON-SORBONNE, 30 octobre 2000, p. 413 : pour l'auteur « le régime de la loi de 1901 est parfois incidemment contrarié » par le rattachement toujours plus nombreux à « des législations objectives, tels que le droit de la concurrence et le droit fiscal, à des techniques telles que la requalification et la théorie de la transparence permettant que le régime juridique inscrit dans la loi soit complété, sans être vraiment modifié. ».

⁵⁵ The Johns HOPKINS University, « The emerging sector : the nonprofit sector in comparative perspective-an overview », Baltimore, 1994

§ 33. - L'activité associative touche tous les pans de la vie en société : Au cours de son premier siècle d'existence, la loi 1901 a connu une pratique très contrastée. Les thèmes d'engagement ont nettement évolué. A cet égard, la pyramide des âges des différents secteurs d'activités associatives⁵⁶ est extrêmement révélatrice.

Les années 1901 à 1930 voient naître les grands partis politiques (Parti radical, Action libérale populaire, Fédération républicaine ou encore SFIO), associations déclarées ou non, mais incontestablement sous la forme associative (8%)⁵⁷. Les lendemains de la première guerre mondiale verront fleurir les associations d'anciens combattants, mais également un grand nombre d'associations de solidarité à vocation plus large.

Il faut attendre les initiatives du Front populaire et, singulièrement, la création des congés payés pour qu'explose la vie associative dans le domaine des sports (14,5 %), des loisirs, de l'éducation populaire et du tourisme social (7,5%), ainsi que de la culture (6,8%) de 1930 à 1960.

Les grandes lois sociales des années 1945 à 1975 en faveur des enfants, des personnes handicapées ou, tendant à la lutte contre les fléaux sociaux (Union nationale des parents d'enfants handicapés, Association de sauvegarde de l'enfance, Fédération nationale des accidentées du travail...) contribuaient à stimuler l'entrée du secteur associatif dans le domaine de la santé (15,2%) et de l'action sociale (7,4%) au cours de la période 1960-1970.

La législation de 1971 sur la formation professionnelle continue donnait, quant à elle, un nouvel élan aux mouvements d'éducation populaire (22,3%), en même temps qu'à certains organismes d'inspiration patronale (14,2%) ayant choisi le cadre de la loi 1901 plutôt que celui de la loi de 1884 (période 1970-1980). Par ailleurs, elle encourageait la naissance de très nombreuses associations para-administratives créées dans la mouvance des établissements scolaires et des universités, organismes de toutes natures empruntant la forme associative pour se présenter sur le nouveau marché de la formation, ce qui sonnait le retour en force du secteur associatif dans le domaine de l'éducation, de la formation et de l'insertion au cours de la période 1980 à 1990. Dans le même temps, le secteur de l'action humanitaire s'ouvrait aux associations (29,6%) qui, de plus en plus nombreuses, s'investissaient au profit des droits de l'homme (Ligue des droits de l'homme ; MRAP...), des travailleurs immigrés (SOS Racisme ; GISTI ; France Plus...) ou encore, de la solidarité à l'égard du Tiers Monde (Volontaires du Progrès ; Médecins du Monde ; Pharmaciens sans frontière ; France Libertés...)

⁵⁶ Enquête Matisse, Les CNRS auprès des associations - 1999

⁵⁷ Soit le plus fort taux de création durant la période.

A partir de 1990, le plus fort taux de création d'associations est enregistré dans le domaine de la défense d'intérêts économiques et le développement local (45,6%) ce qui laisse à penser que l'engagement associatif s'analyse, majoritairement, comme un phénomène de réaction face à la montée du chômage (Mouvement national des chômeurs et précaires ; Apeis...) et de la pauvreté (Banques alimentaires ; Restaurants du cœur...) ou encore le besoin d'une expression propre ressenti par certains chômeurs (AC...).

§34. – En définitive, la loi de 1901 aura, sans que son contenu ait beaucoup changé en un siècle, accompagné avec succès un développement spectaculaire de la pratique associative. Incontestablement, les raisons du succès du recours à la formule associative sont à rechercher dans les qualités intrinsèquement développées par les groupements relevant de la loi de 1901 ce qui explique d'ailleurs que, pour beaucoup, « *il ne faut pas toucher à un cheveu de la loi* ». ⁵⁸

2. – Les raisons du succès :

§ 35. - La souplesse de la loi de 1901 : Grâce à la loi de 1901, fonder une association est un jeu d'enfants puisqu'il suffit d'être deux et de déposer une déclaration à la préfecture. Facile à mettre en oeuvre, la structure juridique associative constitue bien un mode organisationnel à la portée de tous. Cette souplesse, combinée à l'absence de capital de départ, la combinaison possible des différentes sources de financement (ressources privées, ressources publiques), l'apport du bénévolat, sont autant de raisons qui expliquent le recours à la formule associative. « *Beaucoup de personnes se sont rendu compte, durant cette période, qu'il n'y avait rien de plus simple et de plus rapide que de créer une association pour faire aboutir un projet* » ⁵⁹. L'essor de la vie associative s'est ainsi accompagné d'une certaine « démocratisation » entrepreneuriale.

§ 36. - La « plasticité » de la loi de 1901 : L'adaptabilité du régime juridique de la loi du 1^{er} juillet 1901 n'est plus à démontrer. La souplesse et la nature même de l'association lui permet de disposer d'une grande capacité d'adaptation et ainsi de s'immiscer dans les interstices laissés vacants par le marché et l'Etat. « *A partir des années 1980, l'essor du chômage, l'impuissance de l'Etat ont conduit les associations à répondre à des besoins que personne ne comblait. A leur manière, elles ont participé aux politiques de l'emploi, elles ont notamment de répondre à des besoins sociaux que ni l'Etat, ni le marché ne sont capables de satisfaire* ». ⁶⁰ Ces dernières années, l'interventionnisme économique des associations est incontestablement le fait le plus

⁵⁸ J.-M. BELORGEY, « *Il ne faut pas toucher un cheveu de la loi de 1901* », Le Monde, 3-4 décembre 2000.

⁵⁹ J. BASTIDE, ancien président du CNVA, cité par J. FERNOG, « *La loi de 1901 est confrontée aux mutations des associations* », Le Monde, 20 avril 1998.

⁶⁰ J. BASTIDE, préc.

marquant de l'évolution que connaît actuellement le monde associatif. Ce faisant, le secteur associatif s'est approché d'un monde qui lui était auparavant étranger : celui du marché et de la concurrence créant ainsi « *un sentiment de malaise* »⁶¹. L'« entreprise associative » pose incontestablement un problème d'adaptation de la loi de 1901.

§ 37. – La refonte de la loi de 1901 comporte des risques : Ainsi, on le voit, parler de la loi de 1901 comme d'un « système » juridique autonome ne saurait traduire une réalité. En effet, liberté d'association ne sous-entend pas automatiquement que ce type de groupement évolue dans « no man's land » juridique. Au contraire, il vient d'être observé que bon nombre de principes « civilistes » qui, par ailleurs ont été précisés voir même complétés par la jurisprudence, viennent régir de façon très précise le fonctionnement interne de l'association.

C'est précisément ce qui nous fait dire que le prétendu caractère lacunaire de la loi de 1901 ne saurait aujourd'hui justifier, à lui seul, une réforme de la loi de 1901. En effet, un tel exercice comporterait un risque évident. Celui de déstabiliser un édifice juridique fragile, fait de subtils rattachements à de nombreuses règles juridiques préexistantes. C'est précisément le constat de cet équilibre juridique précaire qui (probablement) fait dire à cet auteur que « *le rôle du juriste sera, tout au long de sa réflexion et de son analyse, de témoigner de la perfection de la loi de 1901 : quelques dispositions de plus, quelques dispositions de moins, et la perfection la place à l'à-peu-près, à l'interprétation, mais aussi à la contrainte et à l'immobilisme, pire, à l'arbitraire et à la répression. Un article de plus, un article de moins, et la loi de 1901 est brutalement figée dans le temps et cesse d'être la loi contemporaine, la loi actuelle, la loi de toutes les années. Un mot en plus, un mot en moins, par choix délibéré ou par inadvertance, et c'est la liberté qui est raturée.* »⁶²

Une telle position a récemment été confirmée par le Conseil d'Etat⁶³ qui considère, dans son rapport public 2000, qu'il faut avant tout autre chose préserver la liberté d'association : « *il serait plus judicieux, avant de s'orienter vers une modification de la loi de 1901, d'examiner si d'autres techniques ne permettraient pas de répondre plus efficacement aux préoccupations qui sont légitimement exprimées (...)* ».

⁶¹ J. MENGIN, présidente de la FONDA, Le Monde Initiatives, 10 décembre 1997.

⁶² G. SOUSI, Les Associations, Manuel Dalloz usuel, p. 12.

⁶³ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

III. – L' « ENTREPRISE ASSOCIATIVE » ... OU LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE AUTREMENT

§ 38. – Le champ d'intervention des associations a connu une extension spectaculaire. Le rôle des associations, et par conséquent leur place dans la société, a lui aussi été transformé.

Comme le fait observer le Conseil d'Etat dans son rapport public 2000 consacré aux associations, deux phénomènes récents sont particulièrement révélateurs de la tendance actuelle de la pratique associative « *qui ont profondément modifié le rôle économique et social du monde associatif* »⁶⁴ : D'une part, « *les associations ont pris en charge, dans les domaines de la santé, de l'action sociale, de l'éducation, du sport, des actions que la sphère marchande n'entendait pas assumer ou que les pouvoirs publics – à tort ou à raison – ne souhaitent plus conserver dans leur champ de compétence : ainsi, certaines associations, qui avaient pourtant un statut de personne morale de droit privé, se voyaient confier de véritables missions de service public et, parfois même, étaient investies de prérogatives de puissance publique* » ; il conviendra, donc, dans un premier temps, d'envisager le phénomène d' « instrumentalisation » des associations par les pouvoirs publics (A) ; D'autre part, « *elles se sont vues reconnaître la possibilité d'avoir des activités lucratives, dès lors que la réalisation des bénéfices ne s'accompagne pas d'un partage entre les adhérents* » ; le rôle économique des associations est de plus en plus important, et il conviendra, dans un second temps, d'apporter des réponses aux difficultés liées à l'émergence de ce nouveau type d'interventionnisme économique (B). L'un et l'autre des phénomènes pose clairement le problème de l'adaptation de la loi de 1901 et, au-delà, témoignent de la naissance d'un nouvel être juridique « hybride » : l' « *entreprise associative* ».

A. – L' « INSTRUMENTALISATION » DES ASSOCIATIONS PAR LES POUVOIRS PUBLICS

§ 39. – A maints égards, le domaine associatif est si large qu'il tend à se rapprocher de celui, universel, de l'Etat. De ce point de vue, en effet, les pôles privilégiés de l'action associative montrent combien celle-ci complète, remplace ou encore relaie l'action de l'Etat.

Les rapports entre les associations et l'Administration ont ainsi pu se développer considérablement, en particulier depuis qu'il a été reconnu qu'un organisme de droit privé pouvait être chargé d'un service public⁶⁵, de se voir reconnaître, à cet effet, des

⁶⁴ Conseil d'Etat, Rapport 2000, préc.

⁶⁵ Conseil d'Etat, 13 mai 1938, *Caisse primaire aide et protection*, Rec. P. 417

prérogatives de puissance publique⁶⁶, et de relever, pour « *des décisions qu'ils étaient amenés à prendre dans la sphère de ces attributions, soit par voie de règlement, soit par des dispositions d'ordre individuel* »⁶⁷ de la compétence du juge administratif, leurs actes étant alors considérés comme des actes administratifs. Pour ce qui concerne plus particulièrement les associations constituées sous la forme de la loi de 1901, il a fallu attendre 1974⁶⁸, pour que le Conseil d'Etat élargisse le champ de sa jurisprudence.

Une attention toute particulière doit donc être portée à la situation des associations gestionnaires. En effet, si le recours à des associations pour assurer la gestion et l'exécution du service public est, dans son principe, parfaitement légitime, et souvent souhaitable, il doit, en revanche, susciter plus de réserve lorsque la collectivité délégante fait partie de l'association délégataire et exerce en réalité sur elle un total contrôle.

Il importe, donc, à ce stade de la réflexion, d'opérer une distinction entre les associations qui sont partenaires ou prestataires du service public et pour lesquelles, une clarification des rapports qu'elles entretiennent avec la puissance publique est nécessaire (1), et celles généralement qualifiées de « faux-nez » de l'Administration dont l'existence ne vaut que sur la base de décisions unilatérale de la puissance publique, constituant par là-même un dévoiement de l'intention du législateur de 1901. Pour ces dernières, il doit nécessairement être envisagé de mettre fin aux abus de l'utilisation des structures associatives par les collectivités publiques (2).

1. – La clarification des rapports entre les associations et la puissance publique : du contrôle... au partenariat ?

§ 40. – Du contrôle ... : contrairement à l'opinion répandue, le secteur associatif supporte de très nombreux contrôles. En effet, ce ne sont pas moins de vingt cinq types de contrôles différents - dont certains sont postérieurs à la promulgation de la loi de 1901 - qui ont pu être recensés dans une étude récente⁶⁹.

§ 40.1. - Un tel enchevêtrement de textes, outre le fait qu'il révèle incontestablement un manque de clarté, constitue davantage un aveu d'impuissance de la part de l'Etat et des collectivités locales qu'un progrès du droit.

⁶⁶ Conseil d'Etat, 20 décembre 1935, *Vezia*, Rec. P. 1212

⁶⁷ Conseil d'Etat, 3 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec. P. 239, à propos des organismes corporatifs mis dans le cadre de l'économie de guerre ; Conseil d'Etat, 2 avril 1983, *Bouguen*, Rec. P. 86, à propos des ordres professionnels.

⁶⁸ Conseil d'Etat, 22 novembre 1974, Fédération française d'articles de sport, Rec. P. 537, avec les conclusions de J.-F. THERY.

⁶⁹ G. SOUSI, « *Les contrôles sur les associations : inventaire et questions* », Les petites Affiches, 24 avril 1996, n°80.

De ce point de vue, deux exemples significatifs doivent être examinés :

S'agissant, en premier lieu, des associations reconnues d'utilité publique, le contrôle étatique se caractérise à deux moments clés de leur existence : en amont, tout d'abord, à l'occasion de la procédure de reconnaissance elle-même, et ultérieurement, par un contrôle des pouvoirs publics sur le fonctionnement de ce type d'associations. A propos de ce dernier, il était initialement prévu par l'article 5 du décret du 13 juin 1966 relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations, un régime d'autorisation préfectorale pour les actes de gestion les plus fondamentaux. Toutefois, ce type de contrôle étant « *progressivement tombé en désuétude* »⁷⁰, la part la plus importante de la tutelle s'exerce dorénavant de manière purement formelle. En effet, il est désormais permis de s'interroger sur l'effectivité de ce type de contrôle qui, aujourd'hui, ne peut se fonder sur la certitude d'avoir une vision claire des conditions dans lesquelles fonctionne en réalité l'association⁷¹. Une réflexion concernant les règles relatives à la reconnaissance d'utilité publique est actuellement en cours⁷², l'objectif étant de permettre l'ouverture à un plus grand nombre d'associations de la formule permettant l'accès à la « grande personnalité ».

S'agissant, en second lieu, des associations faisant appel à la générosité ou au subventionnement, un rapport du comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics a mis en évidence « *le caractère largement obsolète* » du régime de contrôle applicable aux associations subventionnées. Les auteurs relèvent, en effet, que l'« *administration allie en première approche une très large faculté de subventionner les associations de manière discrétionnaire à une faible capacité juridique à s'imposer des contraintes à l'usage des fonds* ».

D'une manière générale, le caractère lacunaire et vieillissant des textes existants⁷³, ajouté à la faiblesse de leur autorité⁷⁴, ne permet plus aux administrations d'exercer leur contrôle d'une manière efficace.

⁷⁰ Yannick BLANC, ancien chef de bureau des groupements et des associations au Ministère de l'intérieur, « *La reconnaissance d'utilité publique : du privilège régalien à l'assurance qualité* », Revue Administration, n°176, juill. Sept. 1997.

⁷¹ J.-P. LEMOINE, A. FONTANA, S, Rapport adopté le 25 oct. 2000, La Documentation Française, 2001. TAILLANTER, « *L'effacement de la fonction de contrôle* », Revue Administration, n°176, juill. – sept. 1997

⁷² Conseil d'Etat, « *Les associations reconnues d'utilité publique* », Rapport déc. 2000

⁷³ Décret-loi du 2 mai 1938 obligeant les associations qui reçoivent des subventions de fournir spontanément leurs comptes ou encore, leur interdisant d'utiliser les fonds reçus pour subventionner à leur tour d'autres associations ; Décret du 30 juin 1934 obligeant les associations à restituer au Trésor les sommes non utilisées

⁷⁴ Il s'agit le plus souvent de dispositions édictées par voie de circulaire : voir, par exemple, la circulaire du 15 janvier 1988 du Premier ministre (JO 15 janvier 1988) qui fait imposer de passer des conventions au delà d'un certain seuil de subventions ou d'établir des « comptes d'emploi » des subventions.

§ 40.2. - Bien plus qu'une multiplication des procédures, c'est bien la question du renforcement des dispositifs de contrôle visant notamment à assurer en amont une meilleure transparence financière des associations qu'il convient d'envisager aujourd'hui. A cela rien de choquant dans la mesure où le principe de la liberté d'association n'interdit pas l'exercice de certaines formes de contrôle sur la vie de l'association dès lors qu'elles s'exercent dans le cadre d'une réglementation précise⁷⁵.

Les auteurs du rapport proposent de rendre obligatoires, au-delà d'un seuil financier à définir⁷⁶, la tenue et la production d'un compte justifiant l'emploi des sommes allouées par subvention. Ce compte, obligatoirement certifié par le commissaire aux comptes, permettrait ainsi de diriger le contrôle vers l'essentiel, c'est-à-dire l'affectation réelle des fonds issus de subventions. Cette mesure, qui renforcerait les obligations contenues dans le nouveau plan comptable des associations, aurait le mérite d'unifier les modalités de contrôle applicables aux associations subventionnées et aux établissements faisant appel à la générosité publique. Dès lors, on s'aperçoit que la préoccupation majeure n'est plus tant d'organiser un renforcement des contrôles sur les associations que de permettre leur transparence financière ainsi qu'à pu le faire observer le Conseil d'Etat⁷⁷ : *« si une meilleure transparence pouvait être obtenue par plus de rigueur dans l'élaboration de documents comptables et l'information des tiers, le problème du contrôle administratif se poserait de façon moins pressante. Il en irait de même dans l'hypothèse où des règles plus précises de fonctionnement interne seraient adoptées. L'insécurité juridique résultant du fonctionnement des associations appelle sans doute d'autres remèdes que le renforcement des contrôles que les pouvoirs publics n'ont d'ailleurs pas toujours les moyens d'exercer »*.

§ 40.3. - En définitive, il conviendrait d'établir une proportionnalité entre la capacité des associations, la nature de leurs activités et leur degré de contrôle. En effet, comme le souligne le Conseil d'Etat, *« il n'est pas anormal que des associations qui ont des responsabilités vis-à-vis des tiers, prennent des engagements financiers, manient des fonds publics, font appel à la générosité publique, exercent des activités économiques ou jouent un rôle d'employeur, puissent bénéficier d'une capacité d'action plus étendue. En contrepartie, ces associations devraient être soumises au respect de règles d'ordre public qui contribueraient à améliorer leur fonctionnement, notamment en ce qui concerne les trois domaines majeurs que sont la réunion régulière de leurs instances, leur transparence financière (régularité financière et comptables, publicité des comptes) et le respect de l'objet statutaire »*⁷⁸.

⁷⁵ Dans un rapport remis au Premier ministre, le CNVA en admettait le principe à la condition que les fondements en soient explicites

⁷⁶ Qui pourrait être de 50.000 francs selon les mêmes sources.

⁷⁷ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

⁷⁸ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

§ 40.4. - Enfin, l'effectivité d'un tel système ne saurait être assurée sans la mise en œuvre d'un dispositif coercitif efficace. Pour cela, il conviendrait d'élargir les critères de nullité pour le moment limités à la non conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou à l'atteinte à la forme républicaine du gouvernement. Là encore, le conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur cette question : « *Il conviendra sans doute de réfléchir à de nouveaux cas de nullité, portant non sur d'éventuelles dérives par rapport à l'objet de l'association, mais également sur un fonctionnement anormal, au regard des règles administratives et financières fixées dans ses statuts* »⁷⁹.

§ 41. – ... au partenariat : au-delà du renforcement du contrôle « *à priori* » par l'adoption de certaines dispositions plus contraignantes, notamment sur le plan comptable, il convient de développer une approche plus contractuelle des relations entre les pouvoirs publics et les associations⁸⁰.

§ 41.1. - De ce point de vue, il est généralement recommandé de mettre en place des chartes de partenariat qui définissent un code de bonne conduite entre la puissance publique et le monde associatif. Toutefois, les enseignements tirés de la pratique passée démontre qu'un partenariat bien compris ne saurait se limiter à de simples déclarations d'intention : les changements de comportements ne peuvent s'inscrire qu'à partir de l'adoption de procédures précises qui délimitent les responsabilités de chacun.

La parution récente de la circulaire du 1^{er} décembre 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'Etat et les associations⁸¹ s'inscrit tout à fait dans la nécessité du moment, ainsi qu'à pu l'exprimer le Conseil d'Etat dans son rapport public 2000⁸². Désormais, le fonctionnement des associations doit être sécurisé par un financement acquis sur trois ans au maximum. Jusqu'à présent, ce dispositif était réservé aux administrations centrales, selon les conditions prévues par la circulaire du 7 juin 1996. Désormais, il est étendu à l'ensemble des services de l'Etat, « *en particulier aux services déconcentrés* » et doit être « *systématiquement préféré* » aux conventions conclues sur une base annuelle « *dès lors que l'aide de l'Etat à une association consiste à soutenir son action dans la durée* ». Plus de transparence est attendue de la part de l'Etat en matière de subventionnement, tant au niveau central que déconcentré. Ainsi, chaque département ministériel est tenu de définir de « *manière formelle* » les « *objectifs de partenariat* » avec les associations. Les sommes allouées doivent « *recevoir une affectation claire* » et être assorties de garanties quant à leur efficacité. Les actions financées doivent faire l'objet d'une évaluation et d'un suivi, dont les modalités sont inscrites dans la convention elle-même. Un guide, établi conjointement par les services publics et les représentants des mouvements associatifs, doivent venir en fixer les principes. Autres points notables : la possibilité de subventionner les frais de structure

⁷⁹ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

⁸⁰ Certains pays, comme le Royaume-Uni, ont traduit ce souci dans l'adoption de règles de bonne conduite entre l'Etat et le « *voluntary sector* ». Le Portugal s'est engagé dans une initiative du même type

⁸¹ J.O. 2 décembre 2000

⁸² Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

apparaît clairement. La moitié, et non plus seulement le quart, de la subvention totale prévue pour l'exercice en cours peut désormais être versée, à titre d'avance, avant le 31 mars de chaque année, à la demande des associations. Par ailleurs, un bilan annuel sur la mise en œuvre des conventions pluriannuelles sera dressé par les délégués départementaux à la vie associative et les correspondants régionaux de l'économie sociale, puis devra être transmis à la délégation interministérielle. Ces dispositions sont applicables aux nouvelles conventions conclues depuis le 2 décembre dernier. Un modèle de convention est annexé à la circulaire. La circulaire exige enfin des associations « *le respect des principes éthiques qui sont le fondement de la vie associative (...), de règles qui sont garantes du fonctionnement démocratique de leurs instances* ».

Autres illustrations de la « normalisation » des rapports pouvoirs publics/associations, le travail de simplification mené pour aboutir à un modèle unique d'imprimé de demande de subvention pour l'ensemble des administrations de l'Etat et à une harmonisation des pièces et documents probants exigés ou encore la circulaire en date du 22 septembre 1999 laquelle élabore un partenariat entre l'Etat et les associations dans la perspective des futurs contrats de ville 2000-2006.

§ 41.2. - En définitive, pour les associations partenaires ou prestataires du service, le développement d'un « partenariat bien compris » nécessite la mise en œuvre de conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'Etat et les associations qu'il finance. Cette convention d'objectifs devra porter sur des objectifs quantifiés, sur le montant des subventions et les procédures d'évaluation. Pour le conseil d'Etat, « *il importe également de clarifier les règles relatives à la participation de l'Etat dans le conseil d'administration des associations qu'il subventionne. L'efficacité et la déontologie commandent que l'Etat ne soit pas à la fois contrôleur et membre de l'association* »⁸³.

2. – La nécessité de mettre fin aux abus de l'utilisation des structures associatives par les collectivités publiques :

§ 42. – Associations « administratives » ou « para-administratives » : La participation des pouvoirs publics à des associations de la loi du 1^{er} juillet 1901 revêt une forme qui fait l'objet de critiques récurrentes depuis plus de trente ans : celle des associations dites « administratives » ou « para-administratives »⁸⁴, qui exercent à la place de l'administration des missions qui incomberaient normalement à cette dernière.

En effet, les associations administratives, dont ni la loi ni la jurisprudence n'ont donné de définition écrite, prennent la forme d'associations déclarées selon les modalités prévues par la loi de 1901, mais fondée et dirigée par les autorités, financées exclusivement ou principalement grâce à des subventions versées par ces personnes

⁸³ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

⁸⁴ La dénomination d' « associations para-administratives » est réservée aux cas dans lesquels a été prévue la participation de personnes privées aux côtés de personnes publiques ».

publiques ne sont pas conformes aux prescriptions de la loi de 1901 : Nous avons vu précédemment que l'association était avant toute autre chose un contrat civil, qui reposait sur l'initiative individuelle, sur le bénévolat, sur le pacte fondateur entre associés et, en aucune façon, comme c'est le cas pour les associations administratives, sur une décision unilatérale de la puissance publique.

Il est clair que la création d'associations para-administratives sur la base de décision unilatérales de la puissance publique est un dévoiement de l'intention du législateur de 1901, qui concevait l'association comme un contrat civil fondé sur la volonté individuel des sociétaires. Ces associations, qu'elles soient constituées dans le but de donner à un service une existence juridique autonome ou, dans le but moins avouable, de dégager l'action associative de certaines règles de la comptabilité publique notamment lorsqu'elles se révèlent trop contraignantes ou mal adaptées aux missions poursuivies, n'en révèlent pas moins une pratique déviante du dispositif de la loi de 1901.

Une telle position a récemment été confirmée par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 21 janvier 1999⁸⁵. Un conseil général avait adhéré à une association d'utilisation de logiciels composée uniquement par d'autres départements et créée à leur initiative. Ladite association avait pour but d'assurer la maintenance et l'amélioration d'un logiciel de gestion informatisée des services d'archives départementales. L'annulation de la délibération autorisant l'adhésion de la collectivité publique à l'association était motivée par le fait que cette dernière avait « *pour objet et pour effet de faire participer le département des Pyrénées-Orientales à la création d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 ne regroupant, en l'espèce, que des collectivités territoriales* » et « *qu'eu égard à son objet, cette association de droit privé se retrouve substituée aux formes de coopération des collectivités ayant des intérêts communs telles qu'instituées par la loi dans un cadre de droit public* ».

On retiendra de cette jurisprudence, certes, la confirmation de la possibilité pour les collectivités territoriales, de créer exceptionnellement une association par exemple pour « *assurer certaines activités en collaboration avec les usagers, une profession ou d'autres collectivités locales* » mais aussi, l'impossibilité de recourir à de telles pratiques lorsqu'il s'agit de gérer l'ensemble d'une mission de service public qui incombe, de par la loi, aux collectivités publiques concernée

Ainsi, on le voit, la formule de l'association délégataire n'est viable que si l'association qui se voit investie d'une mission de service public est, une véritable association, déjà constituée et qui a fait ses preuves. En outre, l'efficacité et la déontologie commandent que l'Etat ne soit pas à la fois partenaire, contrôleur et membre de l'association.

⁸⁵ Cour administrative d'Appel de Marseille, 21 janvier 1999, form. Plén. N 96MA11085, Droit adm., mai 1999, p. 44, confirmant le jugement du Tribunal Adm. de Montpellier du 5 juin 1996.

§ 43. – Rôle des juridictions financières dans la mise en œuvre des notions de transparence et de gestion de fait : Le juge administratif a forgé la notion d'« association transparente » dans le but d'apprécier le caractère fictif d'un tel groupement qui, en réalité, ne peut être distinguée de la collectivité publique qui l'a créée et qui, n'ayant dès lors aucune existence réelle, est traitée comme un abus de droit.

Le juge administratif déclare ainsi transparente une association administrative dont les statuts se bornent à reproduire une décision du maire, et qui n'a jamais véritablement fonctionné⁸⁶ ou, une association « *qui ne recouvre aucune réalité* » et se borne « *à réaliser des missions déterminées par le maire de Nice et certains de ses collègues, avec les moyens de la municipalité* »⁸⁷.

La reconnaissance du caractère « fictif » d'une association peut incontestablement avoir de lourdes conséquences pratiques au regard de l'imputabilité de la responsabilité extra contractuelle. Le recours à cette théorie présente de ce point de vue un intérêt évident au regard de la sécurité juridique des administrés, par exemple, en cas d'insolvabilité du groupement en cause. Néanmoins, on observe, ces derniers temps, une tendance récente du juge administratif à ne recourir à cette théorie que lorsque cela est rendu indispensable pour que la personne privée lésée puisse obtenir réparation (en cas de défaut de solvabilité de l'association, par exemple). En dehors de cette hypothèse, le juge administratif ne fera que très rarement application de cette théorie et préférera reconnaître à l'association une personnalité morale propre⁸⁸. La jurisprudence financière limite également, depuis peu, les cas dans lesquels une association transparente peut être déclarée comptable de fait : ce changement, amorcé par la chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur⁸⁹ a été, depuis, confirmé à plusieurs reprises par la Cour des comptes, les juridictions financières estimant généralement qu'il y a pas lieu de déclarer comptable de fait une personne morale dénuée de personnalité, et donc de volonté propre, sauf si c'est pour elles le seul moyen dont elles disposent pour récupérer les fonds publics qu'elle détient.

Ainsi, on le voit, les juridictions judiciaires ne peuvent à elles seules contrer tous les dangers que recèle la formule juridique de l'association administrative. La raison principale en est que, comme l'a constaté le Conseil d'Etat, les dérives sont rarement inspirées par la recherche de fins illégales. Pour autant, il n'en demeure pas moins que « *le recours à des associations purement administratives doit être, en principe, écarté (...)* ». Il importe donc de trouver des alternatives à cette pratique « déviante » de la part de l'Administration.

§ 44. – Transformation de l'association « administrative » : La prévention de cette dérive se trouve incontestablement dans la modernisation des modes de gestion de l'Administration et dans l'assouplissement de ses règles budgétaires.

⁸⁶ Conseil d'Etat, 17 avril 1964, Ville d'Arcueil, Rec. P. 210.

⁸⁷ Conseil d'Etat, sect., 6 janvier 1995, Oltra, Rec. P. 11

⁸⁸ Jean MASSOT, « *Le rôle et la participation des associations dans l'action administrative en France* », in Journées de la société de législation comparée France-Pologne, p. 1988, p. 58

⁸⁹ CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 21 décembre 1990, affaire dite de l'association « Nice-Communication », Revue du Trésor, 1992, p. 57

Au-delà, l'utilisation, en lieu et place de la structure associative, de la formule du Groupement d'Intérêt Public (GIP) « *allégée et modernisée* » ou, « *selon le cas* », la régie personnalisée instituée par la loi sur l'inter-communalité n° 99-586 du 12 juillet 1999 devrait régler une partie importante des difficultés qui conduisent l'Etat et les collectivités décentralisées à recourir aux associations para-administratives. Le GIP, personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière, se créerait désormais par une convention dont le projet de loi fixe l'essentiel du contenu et les modalités d'approbation et de publicité. Par la souplesse qu'elle apporte et le travail en coopération qu'elle permet, la formule du GIP, une fois sa création rendue plus facile par le statut unique que porte le projet de loi, pourrait être utilisée en particulier par les collectivités territoriales. Il est donc important qu'une telle loi, prévoyant un cadre clair et adapté à la disposition des élus, puisse être, à bref délai, représentée au Parlement et adoptée.

B. – L'INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE DES ASSOCIATIONS

§ 45. - Il convient, dans un premier temps de procéder à une rapide présentation du phénomène de développement des entreprises associatives (1°). Dans un second temps, nous verrons que quelques adaptations sont nécessaires pour que ce type de groupement trouve la place qui est la sienne dans notre système juridique. En effet, comme le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de le souligner, « *au-delà, le problème posé par les associations dites économiques est celui de savoir s'il y a place, dans notre organisation économique et dans notre système juridique, pour des structures associatives qui, tout en étant présente dans l'économie marchande, tirent une spécificité de leurs finalités d'utilité sociale et de leur mode d'organisation et de fonctionnement* »⁹⁰. De ce point de vue, la mise en oeuvre d'un droit commun des groupements économiques (2°) et l'organisation d'un traitement différencié sur le terrain de la fiscalité (3°) semble être de nature à répondre aux aspirations de ces entreprises d'économie sociale.

⁹⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 2000, préc.

1. – Présentation du phénomène de développement des entreprises associatives :

§ 46. – Accroissement du rôle des associations dans la sphère économique : c'est une autre des évolutions majeures qui ont marqué la vie associative au cours des dernières décennies. Avec aujourd'hui 270.000 associations inscrites au répertoire des entreprises⁹¹, 250 milliards de francs de budget consolidé, 1.300.000 salariés, soit plus de 800.000 équivalents de temps plein, les associations représentent une composante importante de l'activité économique et sociale, qui n'était nullement inscrite dans la loi de 1901.

Actuellement, le secteur associatif est l'un des premiers employeurs de France⁹². Au 31 décembre 1995, plus de 110.000 associations employaient près de 1,2 millions de personnes, soit 960.000 salariés en équivalant temps plein. Avec un taux de croissance moyen en matière de création d'emploi de 3,4% par an de 1981 à 1991 (soit 500.000 emplois sur 10 ans)⁹³, la structure associative apparaît incontestablement comme un mode de substitution aux autres structures porteuses d'emploi⁹⁴. Les associations sont également le premier employeur de titulaires de contrats emploi solidarité (CES) : 35 % des CES en France sont employés par une association ; 13 % de l'emploi salarié associatif prend cette forme, avec un poids particulier des associations intervenant dans le domaine de la santé et de l'action sociale. De même, les associations ont été responsables de la création de 40.000 emplois pour les jeunes dans le cadre du plan « nouveaux services » destiné à répondre aux besoins non satisfaits par le marché et par les services publics existants. Le monde associatif participe ainsi, au premier plan, à la mise en œuvre des politiques publiques prioritaires de l'emploi.

§ 47. – La « dérive » d'une liberté ? La liberté d'association, liberté politique et juridique, serait-elle ainsi progressivement devenue une « liberté économique »⁹⁵ parfois assimilable à la « liberté d'entreprise »⁹⁶ ? La loi de 1901 est-elle extensible à l'infini ou doit-on voir dans ce phénomène de rapprochement le symptôme de carence du texte fondateur au regard des mutations qu'a connu dernièrement le secteur associatif ?

⁹¹ Selon la Mission CNIS-Associations, 19 mars 1997, « *Pour un dispositif permanent d'observation statistique des associations* », p. 10, il a été enregistré, pour la seule année 1995, 20.000 demandes d'inscription supplémentaires d'associations à objet économique au répertoire SIRENE

⁹² Conseil d'État, Rapport public 2000, préc., p.276

⁹³ Le Monde, 9 novembre 1996 (Source INSEE et La Fondation de FRANCE) ; G. YOU (CNVA), extraits de l'intervention intitulée « *L'emploi associatif* » lors du Colloque « La politique de la ville et la dynamique associative : vers une nouvelle citoyenneté », CLERMONT-FD, 24 octobre 1996 : en 1996, l'auteur faisait même observer que l'association loi 1901 était l'acteur économique qui créait le plus d'emplois avec une augmentation annuelle de 13,5 % par an.

⁹⁴ Alain BEUVE-MERY, Le Monde, 8 mars 1995

⁹⁵ E. ALPHANDARI, « *La liberté d'association* », in Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 4^{ème} édition 1997.

⁹⁶ G. SOUSI, « *Le 90^{ème} anniversaire de la loi du 1^{er} juillet 1901, 1901-1991 : de la liberté d'association à la liberté d'entreprise* », Les petites affiches, 28 juin 1991, n°77, p. 37.

Certains n'hésitent pas à parler de « *dérive d'une liberté* »⁹⁷ pour expliquer le phénomène de rapprochement qui s'opère entre association et société commerciale.

Il est vrai qu'en exerçant une activité économique, les associations s'introduisent dans un monde pour lequel elles n'étaient pas à *priori* conçues. La possibilité d'effectuer des bénéfices commerciaux pour le compte de l'association a d'ailleurs été contestée sur le fondement de l'article 6 de la loi de 1901. Une partie de la doctrine a en effet fait remarquer que l'article 6 de la loi de 1901, qui mentionne les recettes de l'association, ne fait pas référence aux éventuels produits qui pourraient éventuellement être tirés de l'exercice d'activités économiques⁹⁸.

L'on peut toutefois objecter qu'à une certaine époque, le bénévolat des membres, leurs cotisations étaient sans doute suffisant pour assurer la réalisation d'objectifs par ailleurs limités dans l'espace. Aujourd'hui, comme a pu le faire remarquer Marie-Thérèse CHEROUTRE⁹⁹, « *il n'est pas d'organisation qui n'ait besoin de se procurer des ressources sur le marché et l'activité économique fait partie de toutes les personnes, individus ou groupements. Elle rencontre l'association comme toute autre entité juridique* ».

Par ailleurs, l'exégèse de l'article 1 de la loi de 1901, qui définit l'association comme étant « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices* », ne permet pas de conclure à l'interdiction pour les associations d'exercer une activité économique voire même commerciale¹⁰⁰. En effet, il est important de souligner que l'interdiction formelle édictée par l'article 1 ne concerne que les sociétés. Or, dans la lecture communément admise de l'article 1 de la loi de 1901, tout se passe comme si l'importance accordée par le texte à la volonté du groupement était masquée par la primauté apparente donnée à l'intention individuelle.

⁹⁷ E. ALPHANDARI, « *L'association, dérive d'une liberté* », JCP, éd. E, 1986, suppl. n°5.

⁹⁸ On peut également objecter que cet article de loi ne prévoit pas non plus les apports des sociétaires.

⁹⁹ M.-T. CHEROUTRE, « Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901 », Rapport au nom du C.E.S., 1993, p. 98

¹⁰⁰ L'activité économique, à la différence de l'activité commerciale, ne tient pas compte de l'aspect subjectif de l'approche, est indifférente au mobile de l'exploitant : l'intention spéculative, la recherche de « lucre ». A ce titre l'activité économique recouvre un domaine plus large que celui des activités commerciales. L'activité commerciale est essentiellement définie comme étant une activité à but lucratif. L'activité lucrative comporte un élément matériel (réalisation de profit, voulu ou non) et un élément psychologique (l'intention lucrative qui consiste en la recherche du profit, réalisé ou non). En ce sens, on peut dire que toute activité commerciale est nécessairement économique, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, parmi les activités économiques, certaines telles que les activités agricoles, immobilières, libérales ou artisanales, si elles sont à l'origine de la création de richesses, n'en sont pas moins non commerciales.

Aujourd'hui, l'on doit se demander si une telle formulation ne vaut pas, au contraire, reconnaissance implicite de la possibilité de réaliser des profits au niveau du groupement lui-même¹⁰¹. Pour autant, si dérive il y a eu, il convient d'observer que celle-ci n'a pu avoir lieu sans l'assentiment des pouvoirs publics¹⁰² et des tribunaux qui ont reconnu à l'association la capacité juridique d'exercer des activités économiques voir même des actes de commerce.

2. – Sur l'opportunité de la mise en place d'un droit commun des groupements économiques :

§ 48. – La reconnaissance de la possibilité pour les associations de réaliser des actes de commerce : La définition même de l'association, telle que posée par l'article 1^{er} de la loi de 1901, n'interdit pas à une association d'exercer une activité économique, voire même commerciale. La liberté de choix de l'objet ou du but laissé aux sociétaires leur permet de faire de leur association une véritable entreprise. Cependant, il s'agira d'une entreprise bien différente des autres puisqu'il lui est interdit de distribuer des bénéfices, mais il lui est toujours loisible d'en réaliser. Bien que la loi n'ait pas été conçue pour ce type d'association, le juge a très rapidement reconnu cette compatibilité du caractère désintéressé de l'objet du contrat d'association et de la nature intéressée de l'association elle-même¹⁰³.

Hors la prohibition de répartir les bénéfices, l'association peut être le support de toute activité, éventuellement lucrative ou commerciale. La portée de l'interdiction doit néanmoins être exactement mesurée. Une association peut accomplir des actes qui lui rapportent un profit pécuniaire pourvu que ces actes gardent un caractère accessoire par rapport à l'activité principale et que le profit qui en résulte soit, non pas réparti entre les membres, mais employé conformément à son objet¹⁰⁴. La liberté d'exercer des activités lucratives a ainsi été jugée par le Conseil constitutionnel comme liée à la liberté d'association¹⁰⁵. L'article 37 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁰⁶ interdit aux associations de vendre des produits ou de fournir des services seulement si leurs statuts ne prévoient pas l'exercice de telles activités.

¹⁰¹ Une telle position est confortée par la référence faite à un grand principe de droit français qui consiste à autoriser ce qui n'est pas expressément interdit.

¹⁰² Loi de finances 2000, article 15 prévoit une franchise de 250.000 F pour les activités économiques accessoires des associations.

¹⁰³ Cassation, ch. réun., 11 mars 1914, « *Caisse rurale de la commune de Manigod c./ Enregistrement* », D. 1914.I.257, note SARRUT.

¹⁰⁴ Cassation, com., 24 novembre 1958, Bull. cass., 1958, IV, n°400.

¹⁰⁵ Décision n°84-176 DC du 25 juillet 1984, Rec. P. 55

¹⁰⁶ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Aujourd'hui, on assiste à l'émergence d'un nouveau groupement juridique : ce que l'on nomme « entreprise associative »¹⁰⁷. A l'évidence, ce type de groupement tarde à prendre place dans notre système juridique. La difficulté rencontrée est probablement à rechercher dans la formulation même de l'article 1 de la loi de 1901. En effet, comme le fait observer Henri BLAISE¹⁰⁸, « *le législateur eut-il interdit, de façon explicite, aux associations la réalisation de bénéfices que, sans doute, la question de l'exercice par une association d'une activité commerciale se fût posée en des termes forts différents* ». Pour l'auteur, en effet, « *la formulation légale, qu'il est permis de juger malheureuse, a constitué une véritable brèche dans le caractère désintéressé qui est à la base de l'association* ». A cela doit-on ajouter la formulation originelle et toujours classique d'« association sans but lucratif » donnée par la doctrine qui est, aujourd'hui encore, génératrice d'errements.

§ 49. – Régime de « commercialité-sanction » : Bien que la faculté de s'associer ait pu être considérée depuis longtemps comme un droit naturel¹⁰⁹, le droit français manifeste toujours une attitude restrictive à l'égard des associations¹¹⁰ notamment lorsque ces dernières s'adonne au commerce. Cette méfiance a été largement entretenue par la doctrine qui, dans sa grande majorité, a longtemps considéré que « *les associations ne sont pas faites pour le commerce, mais du moment qu'elles le font, on ne voit pas pourquoi elles bénéficieraient de privilèges* »¹¹¹.

Aujourd'hui, on ne voit pas très bien de quels privilèges l'association serait en droit de se prévaloir. Bien plus, alors que le statut de commerçant conféré par l'exercice à titre habituel et professionnel d'une activité commerciale se présente simultanément comme alliant charges et privilèges, la jurisprudence¹¹² semble avoir pris son parti : elle applique les contraintes du droit commercial aux associations qui exercent une activité commerciale à titre habituel (compétence des juridictions consulaires¹¹³, preuve commerciale¹¹⁴, ...) sans leur reconnaître la possibilité de jouir de privilèges liés à ce statut.

Loin de bénéficier de quelconques avantages particuliers, ce « monstre » juridique se trouve enfermée dans un statut hybride qui, à l'évidence, ne trouve plus aucune justification. Les plus rigoristes parlent de « commercialité-sanction »¹¹⁵.

¹⁰⁷ S. CASTRO et N. ALIX, « *L'entreprise associative, aspects juridique de l'intervention économique des associations* », préc.

¹⁰⁸ H. BLAISE, « *Esquisses de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique* », Etudes offertes par HOUIN, Dalloz, 1985, p. 35.

¹⁰⁹ A. SERIAUX, « *Le droit naturel* », PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p. 114

¹¹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rép. civ. Dalloz, voir Associations, n°1

¹¹¹ E. ALPHANDARI et M. JEANTIN, commentaires sous Cass. com. 17 mars 1981, RTD com. 1981, n°8, p. 558

¹¹² Il s'agit des décisions les plus nombreuses et surtout les plus importantes.

¹¹³ C.A. Reims, 19 févr. 1980 : JCP 1981, éd. G, II, 19496, note Y. GUYON.

¹¹⁴ Cass. Com. 17 nov. 1981 : D. 1983, 23, note R. PLAISANT.

¹¹⁵ La notion de « commercialité-sanction » s'entend de l'interdiction posée aux associations qui se sont vues reconnaître par la jurisprudence la capacité d'exercer des actes de commerce à titre habituel de bénéficier des prérogatives normalement attachées à la qualité de commerçant.

Ce régime¹¹⁶ découle, pour une large part, du refus des tribunaux de procéder à son inscription au Registre du Commerce et des Sociétés, l'association ne figurant pas dans le texte des groupements expressément visés par l'article 1^{er} du décret n°84-406 du 30 mai 1984 relatif au Registre du Commerce et des Sociétés¹¹⁷.

Aujourd'hui, on ne comprend pas très bien pourquoi l'association exerçant une activité économique aurait à souffrir du défaut légal de son obligation à l'inscription, alors que celui-ci n'est pas dû à sa négligence¹¹⁸. En effet, il a été fait précédemment état de ce que l'association s'est vue reconnaître par la jurisprudence la faculté d'exercer une activité commerciale. Néanmoins, le législateur hésite encore à tirer toutes les conséquences attachées à cette reconnaissance et la problématique qui se cristallisait, il y a peu de temps encore, sur le terrain de la qualification de l'acte de commerce semble s'être déplacée sur celui de la reconnaissance des prérogatives attachées à l'exercice de tels actes. Dans quelle mesure l'association qui réalise des actes de commerce doit-elle se voir accorder les mêmes droits que les commerçants ? Nul doute que la question devient encore plus « aiguë » lorsque que l'on objecte que ce type de groupement développe des qualités incompatibles avec la définition même de commerçant (telle qu'elle figure dans l'article 1 du Code de commerce). En effet, si l'association peut être considérée comme une véritable « entité économique », l'interdiction de partage des « bénéfices »¹¹⁹ édictée à l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 condamne, par avance, toute assimilation avec la notion de personne morale commerçante¹²⁰. Or, précisément, la notion d'association commerçante étant rejetée, il n'en reste pas moins nécessaire de faire bénéficier cette dernière des institutions commerciales. Tout groupement constitué dans un but autre que de partager les bénéfices n'en est pas moins vertueux, et l'on ne voit pas très bien pourquoi les tiers qui contractent avec une association devraient renoncer à la sécurité des transactions que seul le droit commercial permet.

§ 50. – Quelle place pour les associations « économiques » ? Un tel constat conduit à s'interroger sur la place laissée aux associations dans la vie des affaires et l'acceptation de l'association en tant qu'acteur à part entière de la vie économique soulève encore de nombreuses difficultés.

¹¹⁶ M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, LITEC, 9^{ème} éd., 1996, n°1683, p. 559.

¹¹⁷ Décret n°84-406 relatif au registre du commerce et des sociétés, J.C..P. 1984, éd. G, III, 55735

¹¹⁸ Y. REINHARD, Lamy Associations, Etude 234, Partie II, n°21; voir égal. Y. Guyon, Droit des Affaires, 7^{ème} éd., ECONOMICA, 1992, n° 664, p. 670.

¹¹⁹ Cass. Ch. réunies, 11 mars 1914, Caisse rurale de MANIGOD c./ Enregistrement, DP, 1914, I, 257, note B. SARRUT.

¹²⁰ B. ENJOLRAS, « Comment expliquer la présence d'organisations à but non lucratif dans une économie de marché ? Une théorie socio-économique des organisations non lucratives », Annals of Public and Cooperative Economics, CIRIEC, 1995, p. 432.

Aujourd'hui plus que jamais « (...) *le droit commercial continue à être le droit des commerçants* »¹²¹. Aussi logique soit-elle, cette conception rigide de l'approche commerciale pêche par un manque de pragmatisme évident. Elle crée des distorsions évidentes entre les différentes personnes morales exerçant dans la sphère économique alors que l'égalité de traitement de tous les acteurs (potentiels) de la vie économique, quel que soit la forme juridique choisi par eux, apparaît fondamentale. Assurément, cela nécessite que l'on redéfinisse notre classification des personnes morales autour de la notion plus pragmatique d' « activité économique ». Plus objectif, le concept apparaît mieux adapté au particularisme de l'entreprise associative. En effet, comme le souligne Marie MALAURIE¹²², « *l'association développe sur le marché une action spécifique. (...). La diversité des groupements est nécessaire. Elle répond à la diversité des aspirations humaines* ». De la reconnaissance des fonctions spécifiques des associations dépend en réalité la prise en charge économique d'un certain nombre de besoins¹²³ de notre société auquel ni l'Etat, ni le Marché n'est actuellement en mesure de répondre.

§ 51. – Une tendance naturelle au rapprochement du statut des associations « économiques » avec le régime juridique des sociétés commerciales : Comme le fait observer Marie MALAURIE, c'est « *par un mouvement naturel que l'association économique tombe (...) sous l'empire de la loi commune* ». Différenciés à l'origine¹²⁴, on observe aujourd'hui une tendance naturelle au rapprochement entre les différents régimes juridiques auxquels sont normalement soumises les entreprises associatives et sociétés commerciales.

La première étape réside incontestablement dans la modification de l'article 1832 du Code civil¹²⁵ qui, désormais, permet à la société d'avoir pour but la réalisation d'économies par la mise en commun de biens. Par la suite, la prolifération de textes juridiques indifféremment applicables aux associations comme aux associations exerçant des activités économiques a accentué la confusion qu'entretiennent ces deux entités.

Ainsi, comme toutes les personnes morales de droit privé en vertu de la loi du 1^{er} mars 1984¹²⁶, les associations qui exercent une activité économique doivent, sous réserve du dépassement de certains seuils, nommer un commissaires aux comptes, établir des comptes annuels et des documents de gestion prévisionnels.

¹²¹ H. BLAISE, « *Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique* », préc.

¹²² M. MALAURIE, « *Plaidoyer en faveur des associations* », D. 1992, Chr. 274, p. 275.

¹²³ E. BIDET, « *L'économie sociale : un secteur d'avenir ?* », problèmes politiques et sociaux, La documentation française n°798, 27 février 1998

¹²⁴ Cass. Ch réun., 11 mars 1914, Caisse rurale de la commune de MANIGOD c./ Enregistrement, D. 1914, I, 257, note SARRUT.

¹²⁵ Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, cf. Y. GUYON, « *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978* », Mélanges SECRETAN.

¹²⁶ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, modifiée par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994.

Pour les associations les plus importantes¹²⁷ de nouvelles règles comptables sont désormais applicables. Le comité de la réglementation comptable a ainsi adopté le règlement 99-01, homologué par un arrêté récent en date du 8 avril 1999¹²⁸, lequel s'attache principalement à renforcer la transparence des comptes publiés, notamment en ce qui concerne les relations entre les bailleurs de fonds. Il prévoit en particulier que le résultat comptable devra distinguer les résultats définitivement acquis de ceux pouvant être repris par les tiers financeurs. De même, il clarifie le traitement comptable des subventions pluriannuelles ainsi que celui des dons et des legs. Les procédures de redressement et de liquidation judiciaire sont également applicables aux associations¹²⁹. Parallèlement à cette ébauche de droit commun des groupements, et comme il en a été fait état précédemment¹³⁰, il convient de signaler cette tendance récente de la jurisprudence à faire jouer un rôle subsidiaire ou supplétif au droit des sociétés.

Enfin, il convient de faire état de ce courant jurisprudentiel¹³¹ qui, après avoir constaté que l'association avait accompli de façon habituelle des actes à but lucratif, décidait de la soumettre à certaines règles commerciales ou à la compétence des tribunaux de commerce. Une partie de la doctrine¹³² a même été jusqu'à interpréter cette décision comme une reconnaissance implicite de la qualification de l'association en tant que personne morale commerçante. Depuis lors, toute idée d'assimilation semble avoir été rejetée par un nouvel arrêt de principe de la Cour de cassation en date du 12 février 1985¹³³. En effet, ces ressemblances, règles communes et assimilations entre associations et sociétés ne doivent pas permettre de conclure que les différences entre les deux catégories sont abolies. Elles demeurent essentielles, mais la pratique et l'évolution du droit ont rendu la classification traditionnelle moins claire et moins stricte.

§ 52. – Une intervention du législateur visant à instaurer un corps de règles communes à l'ensemble des personnes morales de droit privé : Afin de donner une cohérence à cet élan naturel, ne conviendrait-il pas d'envisager une réforme législative visant à instaurer un corps de règles communes applicables à l'ensemble des personnes morales de droit privé ?

¹²⁷ C'est-à-dire les associations exerçant une activité économique et dépassant deux des seuils définis par le décret du 1 mars 1985 (50 salariés, 20 millions de francs de chiffre d'affaires ou de ressources, 10 millions de francs pour le total du bilan), les associations reconnues d'utilité publique et les associations bénéficiant annuellement de subventions publiques supérieures à un million de francs.

¹²⁸ JO, 4 mai 1999

¹²⁹ Loi n° 85-20 du 25 janvier 1985

¹³⁰ Cf *infra* n°51

¹³¹ Cass. Com.. 17 mars 1981, Institut musulman de la Mosquée de PARIS, D. 1983, p. 23 : sans aller jusqu'à qualifier expressément l'association de commerçant, la Cour en a déduit que l'activité exercée par elle devait avoir pour conséquence de la soumettre aux règles de la preuve du droit commercial : « *les livres de commerce peuvent être admis pour faire preuve entre commerçants* ».

¹³² R. PLAISANT, comm. Sous Cass.com. 17 mars 1981, Dalloz, p. 23.

¹³³ Cass. Com. 12 février 1985, Club de chasse du VERT-GALANT, Bull. civ. IV, n°59, p. 50.

Une telle réforme consisterait clairement à définir un droit commun auquel pourraient se référer à la fois l'association et la société. Ainsi, il s'agirait, petits groupements mis à part¹³⁴, de soumettre tous les groupements économiques à un traitement juridique identiques et aux mêmes formalités. Cette approche inspirée des pratiques anglo-saxonnes permettrait de classer dans une même famille toutes les personnes morales de droit privé, ce qui n'empêcherait pas de procéder, par la suite, à une différenciation - on parlera de « discrimination positive »¹³⁵ - notamment sur le plan fiscal entre les différents groupements selon leur objet et la destination des excédents.

Parmi les raisons qui militent en faveur de l'instauration d'un corps de règles communes, la faculté ouverte aux associations « économiques » de s'inscrire au Registre du Commerce et des Sociétés (R.C.S.) constitue un exemple significatif. A l'heure actuelle, le décret du 30 mai 1984 relatif au R.C.S. ne prévoit pas cette possibilité. La position ferme affichée sur ce point par la Cour de cassation dans un arrêt de principe en date du 1er mars 1984 permet d'affirmer que les motifs du refus proviennent essentiellement de ce que les juridictions ont une conception extrêmement formaliste du rôle du R.C.S. Une telle situation s'avère particulièrement préjudiciable pour la protection des tiers qui, en aucune façon, ne saurait, trouver une justification dans les limites apportées à la liberté d'association. De ce point de vue, Y. GUYON¹³⁶ s'est attaché à démontrer la différence qui existait entre immatriculation¹³⁷ et inscription qui est une simple mesure d'information des tiers. Or, pour l'auteur, « *il ne faudrait pas que la publicité qui était initialement destinée à protéger les intérêts privés, glisse vers le formalisme administratif* ».

La protection des tiers connaîtrait-elle des degrés selon la forme juridique de l'entreprise commerciale concernée ? Pareille question montre combien la position de principe affichée par la Cour de cassation constitue un frein à l'évolution vers un véritable registre des entreprises. Par ailleurs, de telles distorsions dans le traitement juridique des activités économiques des groupements sont particulièrement défavorables aux partenaires externes de l'association « économique » qui souffrent du caractère rudimentaire de l'organisation de sa structure. En effet, l'existence de statuts souvent mal rédigés, l'inexistence d'un capital social de départ et, la plupart du temps, le manque de fonds propres (ce qui n'est pas précisément l'apanage des associations, les sociétés commerciales, dans leur grande majorité, souffrant d'un mal identique) milite en faveur d'un renforcement de l'information destinés aux tiers (sur la situation financière de l'association, la capacité et l'identité de ses mandataires...). Les possibilités offertes aux associations de s'inscrire au R.C.S. - qui, pour les besoins de la cause, pourrait être rebaptisé en Registre des activités économiques et des entreprises - constitueraient, de ce point de vue, une avancée significative.

¹³⁴ Par exemple, les associations qui exerceraient des actes de commerce à titre accessoire, par opposition à ceux qui exercent à titre habituel.

¹³⁵ C.E., Rapport public 1996, p. 87 : pour le C.E., « *la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité* ».

¹³⁶ Y. GUYON, Droit des affaires, T. 1, 1992, n°935, p. 902.

¹³⁷ Qui permet d'assurer la publicité légale de la constitution du groupement associatif

§ 53. – Des aménagements souhaitables en vue de permettre la transformation de l'association « commerçante » : Dans un arrêt en date du 12 février 1985¹³⁸, la cour de cassation a posé les limites de l'exercice, par les associations, d'une activité commerciale : « *en retenant la qualité de commerçant du club, au motif qu'il se livrait habituellement à des actes de commerce, sans rechercher si cette activité revêtait un caractère spéculatif au point de primer l'objet statutaire, la Cour n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

La première limite découle directement de l'interprétation de l'article 1 de la loi de 1901 : l'exercice d'une activité commerciale par un groupement associatif ne doit jamais conduire à un partage de bénéfices entre sociétaires ; La seconde limite, posée par la jurisprudence de la Cour de cassation, est conforme à l'esprit de la loi du 1^{er} juillet 1901 : l'exercice d'une activité commerciale ne doit pas primer sur l'objet statutaire de l'association qui, lui, doit demeurer strictement désintéressé.

Depuis 1985, la Cour de cassation exige que soit rapportée une triple preuve de la commercialité de l'association :

- Le caractère spéculatif de l'activité ;
- Le caractère répétitif de l'opération ;
- La primauté de l'activité commerciale sur l'objet statutaire de l'association.

Dans une telle situation, l'association « commerçante » s'expose à une requalification en commerçant de fait par décision des tribunaux de commerce¹³⁹. Cette disqualification en société créée de fait entraîne l'assujettissement des associations aux dispositions des articles 1871 et suivants du code civil. Or, selon l'article 1872-1 du Code civil, « *si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'une des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas* ». Les conséquences de cette disqualification sont donc sévères pour les membres de l'association qui se voient ainsi appliquer l'obligation solidaire dans la mesure où il aura été reconnu que l'association a un caractère commercial. Quant aux biens, l'alinéa 4 du même article prévoit de les soumettre aux règles de l'indivision. (C. civ. Art. 815 et s.).

¹³⁸ Cass. Com. 12 février 1985, « Club de chasse du Vert-Galant », Bull. civ. 1985, n°59

¹³⁹ Pour exemple, tel a été le cas pour une agence de voyages, Cass. com., 8 juil. 1969, J.C.P., II, 16155 bis, obs. J. A.; "une entreprise de spectacles publics, C.A. Paris, 28 mars 1980, D. 1981, J. R., p. 478, obs. F. ALAPHILIPPE et J.P. KARAQUILLO; une entreprise de fournitures de services, C.A. Paris, 10 juin 1992, Bull. Joly, 1992, p. 1089, n°335, note J. P. Legros ; pour l'exploitation d'une pension de famille, Trib. civ. Mantes, 15 juin 1934, DH, 1934-5-503 ; pour l'exploitation d'un restaurant, Trib. civ. Seine, 26 oct. 1934, DH 1935, D31 ; pour l'exploitation d'un cinéma, Cass. com., 6 déc. 1965, Bull. civ. III, n°695, B571

Dès lors, pourquoi ne pas officialiser ce que le juge peut être amené à dénoncer sous la forme de « requalification » ? Pourquoi ne pas faire bénéficier l'association des aspects positifs de la transformation alors que la requalification judiciaire, en général, n'entraîne que des effets négatifs ?

L'opération de transformation continue à être assimilée à un partage différé des bénéfices réalisés par l'association¹⁴⁰. La difficulté provient du fait que la loi de 1901 interdit aux membres toute attribution des biens associatifs¹⁴¹ en dehors de la reprise des apports¹⁴². Ceci explique pourquoi les tribunaux considèrent généralement le transfert des biens associatifs comme une manœuvre frauduleuse et voient dans la société nouvellement créée un écran derrière lequel se dissimulent, en fait, les membres de l'association. La dévolution des biens associatifs n'est donc possible que si les membres de la société ne sont pas les anciens membres de l'association¹⁴³.

Nombreuses sont les associations qui voient progressivement évoluer leurs activités et/ou leur objet social vers la sphère lucrative au point que leur comportement révèle incontestablement un rapprochement avec celui de la société commerciale. Dans cette hypothèse, le groupement associatif peut vouloir quitter purement et simplement ce statut associatif lorsque celui-ci se révèle être inadapté ou/et confine l'association dans le rôle d'un opérateur déloyal sur le terrain de la concurrence.

L'entreprise associative devrait pouvoir modifier sa structure juridique afin de la faire correspondre aux exigences que comporte toute intervention économique. Ainsi, nombre d'auteurs¹⁴⁴ considère aujourd'hui que « *la structure associative peut être utilisée pour créer une entreprise tout comme la structure de société, et la question qui se pose le plus souvent est celle du choix entre les deux formules* »¹⁴⁵. C'est pourquoi, face à de tels groupements dont la recherche de profits à titre principal caractérise en fait un comportement « déviant » d'un point de vue concurrentiel (paracommercialisme), la filialisation pourrait ne constituer qu'« une étape intermédiaire » avant de devoir envisager une transformation en société¹⁴⁶. Dans un premier temps, la limitation de la possibilité de transformation en société coopérative, dont la parenté avec l'association est plus grande que pour les sociétés anonymes, pourrait être une piste à explorer¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Décret du 16 août 1901, art. 15

¹⁴¹ Loi du 1 juil. 1901, art. 1

¹⁴² Cass. Civ.. 4 nov. 1982, Rev. Soc. 1983 note G. SOUSI: contrairement à ce qui prévaut en droit des sociétés, la reprise par l'apporteur de son apport n'est pas de droit.

¹⁴³ Cass. civ.. 29 nov. 1988, RTD com. 1989, 692.

¹⁴⁴ H. BLAISE, « *Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique* », Etudes Houin, 1985, 35; E. ALPHANDARI, « *L'association, la dérive d'une liberté* », JCP 1986, éd. E (supplément) ; S. CASTRO et N. ALIX, *L'entreprise associative*, préc

¹⁴⁵ E. ALPHANDARI, « Associations et Sociétés: Points de rencontre », préc.

¹⁴⁶ E. BEMBARON, « *Débuter une activité en créant une association* », Le figaro économique, 5 janvier 1998, p.16

¹⁴⁷ Y. GUYON, « *Le régime juridique de l'activité économique des associations* », Journée d'étude de l'UNIOPSS, PARIS, 6 nov. 1986.

§ 54. – Concernant la création de l' « entreprise à but social » : Face aux problèmes posés par les associations « économiques », il a été envisagé d'instaurer un nouveau groupement, à mi-chemin entre association et société - le groupement d' « utilité sociale ».

Néanmoins, il n'apparaît pas souhaitable de procéder à la création d'un nouveau type de personne juridique. En effet, l'idée de créer une personne morale nouvelle en plus de celles déjà existantes n'est pas satisfaisante. Pour Vincent GRELLIERE¹⁴⁸, « *la proposition est intéressante, mais d'un maniement délicat, car elle nécessite l'élaboration de la notion d'utilité sociale qui viendrait s'insérer entre l'activité civile et l'activité commerciale, aux contours déjà incertains* ». L'auteur souligne d'autre part que l'adoption d'une telle solution suppose « *le retour impératif de l'association à la spécificité civile* ».

Nous considérons pour notre part que la justification d'un tel rejet n'est pas à rechercher dans le caractère prétendument inopérant de la notion d'utilité sociale¹⁴⁹ mais plus simplement dans le refus de voir proliférer des groupements dont la coexistence s'avère par avance difficile. Cette démarche qui consiste à multiplier les acteurs ne va pas dans le sens souhaité. En outre, elle ne correspond pas aux aspirations du monde associatif : « *Le problème est sans doute moins de créer un nouveau statut, une nouvelle catégorie juridique et fiscale juxtaposée à celles existantes accroissant distinctions formelles et rigidités que de conforter l'unité de l'ensemble du secteur de l'économie sociale et solidaire* »¹⁵⁰.

3. - Le rôle de la fiscalité dans la mise en œuvre d'un traitement différentiel :

§ 55. – Règles fiscales applicables aux associations : Pour répondre à la situation d'insécurité fiscale des associations, les pouvoirs publics ont engagé un aménagement et une clarification de leur régime fiscal. Par une instruction fiscale en date du 15 septembre 1998¹⁵¹, l'Administration a en effet abandonné son ancienne doctrine des œuvres et a ainsi exposé les nouveaux critères selon lesquels elle entend désormais apprécier si un organisme sans but lucratif relève des principaux impôts qui frappent les activités professionnelles. De plus, a été mise en place une procédure de consultation par écrit du « correspondant associations » dont dispose chaque service départemental des impôts, procédure dont qui doit permettre aux associations qui le désirent, d'obtenir une prise de position formelle sur leur situation fiscale.

¹⁴⁸ V. GRELLIERE, « *De l'illicéité ou non de l'association commerçante* », RTD com. 1997, p. 561

¹⁴⁹ Bien que l'avis semble partagé par le rapporteur G. GOULARD, La clarification du régime fiscal des associations. Rapport au Premier Ministre, Dr. fisc. 1998, n°13, p. 419, lequel ne souhaite pas organiser un « label » d'utilité sociale, « label » qu'il juge trop difficile à mettre en œuvre, mais plutôt une « *prise en compte de l'utilité sociale lors de l'examen du caractère non lucratif de l'association* »

¹⁵⁰ Rapport de l'atelier n°6, « *Vie associative et développement d'activités et de services générateurs d'emploi et de développement local* », Actes des Assises nationales de la vie associative, délégation interministérielle à l'innovation sociale et à l'économie sociale », juin 1999, p. 155.

¹⁵¹ Instr. N° 170 du 15 septembre 1998, BOI 4 H-5-98

Enfin, une nouvelle instruction du 16 février 1999¹⁵² a complété certains points et précisé les modalités et les conséquences de la sectorisation et de la filialisation de l'activité lucrative d'une association.

Désormais, dès lors que la gestion d'une association est désintéressée et que celle-ci ne concurrence pas le secteur commercial d'une manière effective¹⁵³, elle peut bénéficier d'une exonération des trois impôts commerciaux (I.S. ; TVA ; T.P.). L'instruction du 16 février 1999 précise, quant à elle, les règles de sectorisation et de filialisation de ces activités : elles peuvent être poursuivies par le même organisme (sectorisation) dès lors qu'elles sont dissociables de l'activité non lucrative qui doit rester significativement prépondérante, soit être gérées par une structure juridiquement distincte (filialisation), s'il n'y a pas de complémentarité économique entre les deux entités supposant un but commercial commun. Enfin, l'article 15 de la loi n°99-1172 du 30 décembre 1999 a institué, à partir du 1^{er} janvier 2000, une franchise d'imposition en faveur des organismes sans but lucratif qui réalisent des opérations commerciales.

§ 56. – Critiques apportées au régime fiscal actuel : Ces nouvelles dispositions n'ont pas apporté la sécurité juridique attendue. Elles consistent plus, en une méthodologie en direction de l'Administration fiscale, qu'en des mesures destinées à promouvoir le secteur associatif riche de ses spécificités. En effet, certains ont estimé que leur portée restait inférieure aux attentes du monde associatif¹⁵⁴.

La notion de gestion désintéressée, telle que définie par l'instruction du 15 septembre 1998, a été interprétée comme excessivement restrictive. Par ailleurs, la tolérance relative à la rémunération versée aux administrateurs équivalente aux trois quarts du SMIC est arbitraire. Nul doute que ces rémunérations pourraient, sous certaines réserves, se combiner avec l'esprit de désintéressement et de service à autrui dès lors qu'elles seraient normales¹⁵⁵, et que les membres rémunérés du conseil d'administration de l'association n'excéderaient pas un certain nombre, la gestion de l'organisme à but désintéressé resterait considérée comme désintéressée.

En outre, l'importance accordée au critère de la concurrence apportée aux entreprises commerciales est excessive et contribue à assurer la prédominance du secteur économique traditionnel. En exigeant, désormais, qu'il soit démontré l'existence d'une concurrence qui soit effective entre les associations « économiques » les sociétés commerciales classiques, le législateur a en même temps multiplié les critères

¹⁵² BOI, 4 H-1-99

¹⁵³ CE, 1^{er} octobre 1999, n°170289, Section, « Association Jeune de France », RJF 11/99, n°1354.

¹⁵⁴ Par exemple, O. MASSON, « Fiscalité des organismes sans but lucratif : que retenir de l'instruction du 15 septembre 1998 ? », Bulletin fiscal Francis LEFEBVRE, février 1999 ; B. CLAVAGNIER, « L'embellie fiscale n'aura pas lieu, commentaires de l'instruction du 16 février 1999 », Revue française de comptabilité, n°314, septembre 1999 ; C. GERSCHEL, « La filialisation par une association de son activité lucrative », Rev. Sociétés (4), oct. Déc. 1998, p. 741.

¹⁵⁵ Aux Etats-Unis, les services fiscaux publient chaque année des barèmes permettant d'apprécier ce caractère « normal », en fonction de la taille et des ressources de l'œuvre.

d'appréciation contribuant, ainsi, à rendre particulièrement opaque la différenciation s'opérant entre les régimes fiscaux applicables à ces entités juridiques. De ce point de vue, la parution de près de 80 fiches techniques est significative de l'absence de simplification du régime juridique applicable au secteur associatif.

Par ailleurs, la pratique associative révèle une application disparate des nouveaux « outils » fiscaux au travers le territoire national. En effet, le régime fiscal applicable aux associations à activités économiques dépend très souvent de l'appréciation arbitraire des services fiscaux disposant le plus souvent d'un personnel administratif non sensibilisé aux spécificités associatives.

La franchise de 250.000 F annoncée lors des premières Assises nationales de la vie associative ne trouve aucune justification. Non seulement, elle fait de l'association une entité « paracommerciale » dans la mesure où aucune contrepartie (en termes d'apport à la société civile) n'est exigée comme justificatif d'une telle exonération d'impôt, mais également elle marginalise l'intervention économique associative en posant une limite arbitraire à cette intervention (rappelons que la franchise ne joue que pour les activités économiques accessoires des associations).

Enfin, il demeure une incertitude quant à l'appréciation du caractère « significativement prépondérant » des activités non lucratives. La loi du 30 décembre 1999 qui précise que « *la notion de prépondérance doit s'appréhender de la manière qui rende le mieux compte du poids réel de l'activité non lucrative de l'organisme* ». L'Administration définit alors les critères comptables ou autres permettant de comparer l'activité lucratives à celle non lucrative, mais ne donne pas d'ordre de grandeur permettant de fixer un seuil à partir duquel la prépondérance n'existe plus. L'enjeu est pourtant important puisque, dans la mesure où cette condition n'est pas remplie, la totalité des activités du groupement devient imposable. La sécurité du régime fiscal n'est en ce sens pas encore assurée.

§ 57. - Le rôle de la fiscalité dans l'élaboration d'un traitement différentiel :

Le particularisme associatif semble justifier l'organisation d'un statut d'exception étant entendu qu'« *un tel statut ne signifie pas nécessairement un statut privilégié* »¹⁵⁶. Or, le régime de « commercialité-sanction » auquel sont soumises, actuellement, les associations à caractère économique n'est-il pas de nature à heurter le principe de la liberté du commerce ? Un tel régime n'entre-t-il pas en contradiction avec celui qui impose le respect de l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques ? Bien plus, l'acceptation moderne du principe d'égalité n'oblige-t-elle pas à rétablir la situation en faveur d'organisations susceptibles d'œuvrer pour la collectivité et l'« intérêt général », l'exigence d'équité visant précisément toutes les politiques tendant à rompre l'égalité des droits pour rétablir une égalité de chances au bénéfice d'individus ou de groupes défavorisés.

¹⁵⁶ M. MALAURIE, Plaidoyer pour les associations, préc., p. 274

On a vu que l'abandon de la distinction entre activité commerciale et activité civile pour une approche plus pragmatique que seul le droit économique permet (l'indifférence quant à la finalité du groupement expliquant par ailleurs l'abandon de toute référence à « l'activité commerciale » trop emprunte d'esprit de « lucre »), semblait mieux à-même d'assurer le critère d'objectivité recherché. Ces changements constituent assurément la première étape vers une libéralisation dans l'approche des marchés.

Une fois l'égalité assurée, « rien empêche par la suite à ce que l'on procède à des discriminations »¹⁵⁷. Pourquoi ne pourrait-on pas soutenir l'effort particulier de groupements dont les « spécificités méritoires »¹⁵⁸ rejaillissent sur l'ensemble de la collectivité ?¹⁵⁹ Pourquoi ne pas imaginer, en dehors de toute référence à la seule logique du marché, l'organisation d'un corps de règles permettant la mise en œuvre d'un certain nombre de « discriminations positives »¹⁶⁰ en leur faveur ? En effet, nombreux sont les organismes qui, comme le C.N.V.A.¹⁶¹ ou la F.O.N.D.A.¹⁶², dénoncent « l'application aveugle des règles de la concurrence aux associations ». Pour ces organismes, elles les conduisent inévitablement à renoncer à leur projet d'utilité social pour rechercher une plus grande compétitivité d'où la nécessité d'organiser un certain nombre de mesures permettant le maintien des spécificités associatives.

S'agissant d'association évoluant sur le marché (pour une partie seulement de ses activités), il importe également de tenir de compte de l'une de ses spécificités fortes : l'hybridation des formes d'économies¹⁶³. L'activité associative prioritairement tournée

¹⁵⁷ Etant entendu qu'en vertu des articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme, et de la lecture qui en a été faite de Cons. Constit., décision du 12 juillet 1979 (Rev. dr. publ. 1979, 1726) et du Cons. d'Etat, arrêt du 10 mai 1974 (D. 1975, 393, note P. Tedeschi), « la règle de l'égalité de traitement des divers intéressés n'interdit pas les discriminations entre les différentes catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes ».

¹⁵⁸ F. BLOCH-LAINE, « Identifier les associations de service social », RECMA, 1994, n°251, p. 61 et s. : Pour l'auteur il est nécessaire de « dégager des critères servant à justifier l'existence et le statut particulier de ces associations ». Pour se faire, F. Bloch-Lainé propose trois voies de recherche : « la première, qui est la plus couramment suivie, prend en considération, à titre principal, sinon exclusif, l'impact de fait de chaque activité en cause, c'est-à-dire l'objectif et le résultat, assez indépendamment de l'esprit et de la méthode » ; « Une seconde démarche tend à mesurer objectivement les valeurs ajoutées par chaque type d'intervenant » ; enfin, « une troisième démarche prend en considération l'originalité bénéfique, potentielle ou effective, des associations véritables »

¹⁵⁹ Etant entendu que cette interrogation vaut pour des groupements autres qu'associatifs : pour les sociétés commerciales, voir P. JULY et E. LABOUZE, ont formulées des propositions extrêmement intéressantes, voir Pour une logique de l'emploi, L'emploi, instrument de compétitivité, Libération, 20 août 1997, p. 5

¹⁶⁰ Rapport public C.E., 1996, Sur le principe d'égalité, Etudes et Documents, La Documentation Française, n°48, p. 87 : « la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité »

¹⁶¹ C.N.V.A., Avis et Rapport du 15 juin 1995, L'utilité sociale et ses conséquences en matière économique, fiscale et financière, p. 16 et s.

¹⁶² F.O.N.D.A., Déclaration pour une Europe civique et sociale, Le Monde, 10 juin 1997, p. 11 (reproduite en Annexe III) ; voir égal. <http://www.globenet.org/fonda/>

¹⁶³ J.-L. LAVILLE et R. SAINSAULIEU, Sociologie de l'association, préc., p. 81 et s. : Au sein des associations, les auteurs analysent les comportements et ainsi mettent en évidence que l'activité économique s'articule, dans des proportions variables selon l'époque et le lieu, autour de trois pôles : le

vers la satisfaction d'une demande non solvable doit pouvoir continuer à être subventionnée sans pour autant, se voir reprocher ce mode de financement sur le terrain de la concurrence. En effet, l'équilibre budgétaire est tout aussi important pour ce type de groupement que pour n'importe quelle autre personne morale.

Reconnu, le principe d'un traitement différencié¹⁶⁴ ne doit-il pas être également accepté par les autres intervenants économiques ? Il semble que l'efficacité d'une telle différenciation se mesure tout autant par rapport à la qualité des critères distinctifs mis en œuvre, que par son haut degré d'acceptabilité chez la plupart des acteurs socio-économiques. Comment justifier l'idée d'un traitement différencié pour les associations à caractère économique ?

Le droit fiscal a un grand rôle à jouer dans la reconnaissance et la promotion des activités économiques d'« utilité sociale ». Par la suite, l'approche juridique de l'activité économique des associations nécessite une maîtrise des conséquences produites sur le groupement lui-même ainsi que sur l'environnement concurrentiel concerné. Le particularisme de ces associations d'« utilité sociale » milite en faveur de l'organisation d'un traitement différencié sur le terrain de la fiscalité. Or, selon Danièle DEMOUSTIER¹⁶⁵, « *les critères d'imposition retenus par Bercy ignorent les apports spécifiques du monde associatif – construction de lien social, mobilisation du bénévolat, faibles écarts de salaires, etc – qui demandent à être soutenues ou encouragées* ».

§ 58. – La nécessaire prise en compte des « spécificités méritoires » : « *Notre société veut-elle reconnaître et soutenir un secteur non lucratif orienté vers la collectivité et l'intérêt général ? Veut-elle favoriser un secteur souple, créatif, dont la présence dans la société répond à des aspirations humaines et apporte aussi à sa manière sa part de richesses ?* »¹⁶⁶. En ces termes, M.T. CHEROUTRE exposait les problèmes de fond posés par l'éventualité de la mise en œuvre d'une véritable « Reconnaissance d'Utilité Sociale » en faveur d'organisations sociales dont la finalité serait, en définitive, « *l'invention progressive d'une prise en charge économique d'un besoin de société* »¹⁶⁷.

monétaire marchand (le marché), le monétaire non marchand (la redistribution opérée par l'Etat-providence), et le non-monétaire non marchand (l'économie de proximité) ; J.-M. COLLOMBON et M. PARODI, « *L'économie solidaire a-t-elle besoin de l'économie sociale ?* » RECMA, n°264

¹⁶⁴ Rapport public C.E., 1996, « *Sur le principe d'égalité* », préc., n°48, p. 85 et s. : selon le C.E., « *Sous le nom d'affirmative action, qui a été traduite par l'expression de discrimination positive, la mise en œuvre de la forme équitable de l'égalité concerne essentiellement, aux Etats-Unis, des mesures prises en faveur de minorités ethniques. Mais les enjeux de l'égalité des chances sont évidemment beaucoup plus vastes que ce que l'on inclut d'ordinaire dans le concept américain équivalent. Ils sont également différents dans la mesure où, comme on l'a dit, l'affirmative action tend, au-delà de l'égalité des chances, à réaliser immédiatement une égalité de résultats* »

¹⁶⁵ Citée par Daniel ARONSSOHN, « *L'imbroglie fiscale* », Alternatives économiques, nov. 1999.

¹⁶⁶ M. T. CHEROUTRE, Rapport au CES « *L'exercice et le développement de la vie associative dans le cadre de la Loi de 1901* », 23 et 24 fév. 1993, J.O., CES, 1 avril 1993, n° 4

¹⁶⁷ J.-L. LAVILLE et R. SAINSAULIEU, Sociologie de l'association. Des organisations à l'épreuve du changement social, Declée de Brouwer, Paris, 1997, p. 320

Dans un avis adopté le 12 juin 1991, le C.N.V.A. déclarait de son côté que « *la reconnaissance de la vie associative par les pouvoirs publics passe nécessairement par la clarification du système fiscal appliqué aux associations. Bien que cette clarification ne soit qu'un élément de cette reconnaissance (reconnaissance par la consultation, le financement...), la fiscalité, telle qu'elle s'est développée au cours des quinze dernières années, pose au mouvement associatif des problèmes de plus en plus préoccupants : les textes de référence du C.G.I, les instructions qui en ont été tirées, et certaines pratiques des agents de l'Etat, nourrissent aujourd'hui l'inquiétude des responsables associatifs qui craignent qu'une évolution de la jurisprudence et de la doctrine fiscale favorise l'extension du champ d'imposition sans distinction. En outre, les associations qui progressivement pénètrent dans le domaine économique ont besoin de critères fiscaux clairs et stables leur permettant de connaître, avant tout contrôle fiscal, le moment précis où elles deviennent imposables, lever les incertitudes en la matière est aussi une forme de reconnaissance de la vie associative* ».

Le C.N.V.A. poursuit en affirmant que « *le problème qui se pose en premier n'est pas d'ordre technique, il est politique* ». Selon lui, chacun sait que de la reconnaissance par l'Etat de la vie associative et de ses fonctions sociales, civiques et politiques au sein de la société dépend le degré de discrimination positive qu'il est prêt à lui accorder en matière de fiscalité. C'est bien l'exercice de ces fonctions au service de l'intérêt général, et rien d'autre, qui permet de justifier le bénéfice de mesures avantageuses pour les organismes sans but lucratif; mesures dont le caractère incitatif « *serait de nature à encourager l'action associative en faveur de l'intérêt général* »¹⁶⁸.

Déjà, en 1982, le gouvernement socialiste avait projeté de faire de l'association « un partenaire privilégié de l'économie sociale », notamment autour de l'instauration d'une véritable « reconnaissance d'utilité sociale » en faveur des associations oeuvrant dans ce secteur. Le projet devait rapidement être abandonné par la suite¹⁶⁹, faute de réelle volonté politique.

Certains théoriciens ont élaboré le concept d' « économie sociale »¹⁷⁰ en démontrant qu'autour de la formule associative se mettaient en place de « *nouvelles formes d'économies* », dans lesquelles on mélangeait, pour répondre à des besoins sociaux non satisfaits, des financements privés, des subventions d'Etat et des ressources provenant des économies réalisées grâce au concours du bénévolat, forme de mixage local permettant à la fois de satisfaire des besoins sociaux et d'employer principalement des personnes en difficultés. Dans une société où la règle du marché exerce une forte pression sur les individus, il est reconnu aux associations cette faculté d'ouvrir « *des espaces sociaux* » dans lesquels « *les relations s'établissent sur des bases*

¹⁶⁸ Voir, Juris Assoc. n°57/1991., P. 21

¹⁶⁹ Projet A. HENRY, RTD com. 1982, 447 : ce projet avait, en janvier 1982, lancé une vaste consultation autour du concept d' « utilité sociale » dans le but de délimiter les associations auxquelles seraient accordé un tel label.

¹⁷⁰ Voir. Juris-Assoc. n°57/1991, p. 21

désintéressées »¹⁷¹ dont le but n'est pas le partage de bénéfices mais de se livrer réciproquement des prestations et des services en termes non monétaires où intervient « *un intérêt qui n'est pas le profit* »¹⁷². En cela, elles rejoignent les coopératives et mutuelles avec lesquelles elles partagent des origines sociales et historiques communes¹⁷³. Leurs finalités voisines les conduisent à s'appuyer sur trois principes fondamentaux qui constituent la référence à l'« économie sociale »: le volontariat, le but non lucratif et le fonctionnement démocratique.

Certains voient dans ces fonctions nouvelles d'innovation et d'expérimentation, « *les fondements embryonnaires de l'organisation sociale de demain* »¹⁷⁴ qui permettraient de lutter efficacement contre l'exclusion sociale qui touche profondément ceux qui la vive, ainsi que la société toute entière. Or, c'est précisément parce que l'exclusion sociale affecte l'environnement de chacun et que la lutte contre ce fléau appelle des formes les plus diverses, que les associations sont concernées par cette lutte à travers leurs différents champs d'activités.

On constate, d'autre part, que le développement des associations va de pair avec la création d'emplois¹⁷⁵ qui reste aujourd'hui une de leurs caractéristiques¹⁷⁶. Dans cette perspective, il apparaît donc primordial que ces types de groupements puissent continuer à inventer et à expérimenter de nouveaux types de compétences et de savoirs afin que ceux-ci ouvrent la voie à des professions non encore identifiées que le proche avenir appellera.

D'origine conjoncturelle, ces nouvelles fonctions associatives qui se fondent sur la relation avec des personnes en difficulté s'inscrivent pour certaines d'entre elles dans des dimensions économiques et de gestion confrontées au marché. En effet, « le contexte d'aujourd'hui, élargissant les missions de nombreuses associations, met davantage l'accent sur les réalités économiques et sociales qui leur demandent de mobiliser à la fois des moyens humains économiques et matériels. Dès lors, le terrain sur lequel elles agissent est celui de l'économie et, à certaines occasions, celui du marché concurrentiel (...). De ce fait, l'image de l'association est devenue, pour certains de nos contemporains, une image floue, entachée parfois de suspicions quant aux avantages que lui laisseraient

¹⁷¹ Voir Colloque de FORTEVRAUD (15-16 oct. 1981), « L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ? », Université d'Angers, Travaux et recherches, ECONOMICA, 1983.

¹⁷² M.-T. CHEROUTRE, Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901, Rapport au nom du C.E.S., 1993, préc.

¹⁷³ G. DAVEZAC, Les entreprises de l'économie sociale, Rapport au nom du C.E.S., 1986, J.O. du C.E.S. 12-12 XI

¹⁷⁴ Cf. Préface de M. ROCARD, in La Fin du travail de J. RIFKIN, collection La Découverte Paris. 1996

¹⁷⁵ Le Monde, 9 nov. 1996. Le secteur associatif souhaite des mesures gouvernementales pour relancer son activité: « le taux de croissance de l'emploi (3,4 % par an en moyenne de 1981 à 1991) y est exceptionnellement élevé » (source INSEE et La Fondation de France); Alain BEUVE-MERY, Le Monde, 8 mars 1995 : « L'économie sociale peut apparaître comme créatrice d'emplois. Au cours des dix dernières années, le secteur associatif a ainsi créé environ 500.000 emplois en France. Elle peut aussi intervenir comme un mode de substitution aux autres structures porteuses d'emplois ».

¹⁷⁶ C.N.V.A.. Rapport 1990-1991, préc.

une fiscalité bienveillante et un contrôle laxiste dont quelques scandales seraient la preuve »¹⁷⁷.

Le C.N.V.A. affirmait déjà dans l'avis du 12 juin 1991: que « *c'est bien parce qu'il y a des difficultés à effectuer le tri entre les associations qui participent quotidiennement à l'effort de solidarité et de mobilisation sociale et les autres, que la question fiscale, dont la solution est un des éléments indispensables à la tâche de clarification, est au cœur des préoccupations des responsables associatifs. Sortir de l'amalgame, les associations qui participent au service de l'intérêt général est un impératif politique qui justifie la recherche de solutions techniques appropriées pour lever les ambiguïtés et les contradictions auxquelles une grande partie du mouvement associatif est aujourd'hui confrontée* ».

A défaut de financements directs suffisants, l'exonération d'impôt demeure l'un des moyens dont dispose la collectivité pour soutenir les associations, notamment dans l'accomplissement de leurs actions d'« utilité sociale », en allégeant le coût de ces dernières. En introduisant une discrimination positive¹⁷⁸, l'exonération fiscale doit ainsi jouer pleinement son rôle incitatif.

Les associations poursuivant un tel objectif, qu'il convient d'identifier ici, devront nécessairement viser un but qui dépasse l'intérêt des membres eux-mêmes ou, s'il s'en limite aux membres, être suffisamment novateur en terme d'apport social pour être étendu, à terme, au profit de la collectivité qui en bénéficiera¹⁷⁹. Le projet social devra ainsi servir le bien commun, ce que les textes juridiques et fiscaux¹⁸⁰ nomment « l'intérêt général » qui est, en définitive, « *ce qui est reconnu comme tel par une société donnée à une époque donnée* »¹⁸¹.

Cette définition appelle un certain nombre d'observations ; d'une part, elle suppose, dans une société démocratique, que l'« intérêt général » soit reconnu et donc accepté par la majorité des citoyens et leurs instances élues. Or, avant d'être reconnu, il n'est parfois perçu que par ceux qui sont aux avant-postes, c'est-à-dire là où se discernent des besoins non exprimés, appelant des réponses expérimentales et affectant un petit nombre d'où la nécessité d'accepter un seuil de tolérance quant aux bénéficiaires du projet. Cette phase d'expérimentation n'est pas toujours reconnue comme utile à la collectivité qui, pourtant est susceptible d'en bénéficier ultérieurement.

¹⁷⁷ Rapport C.E.S.. Séances des 23 et 24 juil; 1993. préc.

¹⁷⁸ Voir Annexe 5, Extraits de la 6ème Directive du 17 mai 1967, en matière de TVA

¹⁷⁹ M.-T. CHEROUTRE, Nouvelles dimensions de l'économie sociale. Les associations dans la dynamique sociale, XIIIème Colloque de l'A.D.D.E.S., Paris, 18 nov. 1997

¹⁸⁰ Instr. fisc. du 26 fév. 1988, BOI 4C-2-88: selon l'Administration fiscale, une association présente un intérêt général, d'une part, en raison de la nature de son activité et d'autre part, en raison du caractère non lucratif de son exploitation et de sa gestion désintéressée.

¹⁸¹ Définition donnée dans le rapport du C.E.S., Séances des 23 et 24 juil; 1993, préc.

D'autre part, le caractère évolutif de l' « intérêt général » appelle, de la part des associations, une grande vigilance et une capacité de tous les instants à réactualiser leur objet en fonction des besoins. La recherche de critères d'utilité sociale sur lesquels pourraient se reconnaître d'une manière positive les associations à la recherche de l'intérêt général, implique de leur part, l'exigence d'une « production sociale » qui est « la plus-value de l'apport associatif à la collectivité et dont les indicateurs d'appréciation doivent être affinés et mesurés, non seulement en terme économique, mais aussi en termes de valeurs qu'une société se donne »¹⁸².

§ 59. - Propositions pour une reconnaissance d'utilité sociale : Le C.N.V.A. propose d'introduire, en France, un système de reconnaissance à priori¹⁸³, méthode qui présente comme avantage de supprimer aux associations reconnues d'utilité sociale, « toute incertitude durant une période définie¹⁸⁴, tant que les conditions d'exercice de leur activité, au vu desquelles elles ont obtenu l'agrément, ne seraient pas modifiées ».

Le C.N.V.A. ne souhaite pas mettre en place un système unique et isolé de reconnaissance d'une catégorie particulière d'associations qui serait d'utilité sociale à l'instar de ce qui a, par exemple, été conçu par la reconnaissance d'utilité publique¹⁸⁵. Le C.N.V.A. préconise plutôt « de multiples dispositifs susceptibles d'accorder aux associations (en tant qu'opérateurs), ou à leurs activités (en tant qu'opérations¹⁸⁶), la reconnaissance et le soutien en fonction et dans le respect de la diversité des spécificités associatives ». L'ensemble de ces spécificités doit pouvoir être appréhendé au travers d'un certain nombre d'indicateurs par la mise en œuvre de la technique du faisceau d'indices. Les critères dégagés¹⁸⁷ forment ainsi une liste non limitative qui permet de mieux cerner les contours de l'utilité sociale.

Il s'agit de :

- La primauté du projet, finalité de l'action associative¹⁸⁸ ;
- Le fonctionnement démocratique ;
- L'apport social de l'association¹⁸⁹ ;

¹⁸² F.O.N.D.A., Association pour le développement de la vie associative, 18 rue de Varennes, 75007 Paris, Séminaire du 17 oct. 1992, « Pour une éthique des rapports entre pouvoirs publics et citoyens associés ».

¹⁸³ CNVA, Bilan de la vie associative en 1990-91, La documentation française, Paris 1992; Rapport et avis adoptés en session plénière du CNVA, le 15 juin 1995, « L'utilité sociale des associations et ses conséquences en matière économique, fiscale et financière ».

¹⁸⁴ Cette reconnaissance d'utilité publique permettait à l'association de pouvoir bénéficier, pour l'essentiel, de dons et legs et reposait entièrement sur l'administration, en l'occurrence, le Ministère de l'Intérieur.

¹⁸⁵ Voir, Avis du CNVA du 4 fév. 1988 : en particulier, le CNVA s'était prononcé pour que les associations qui le souhaitent puissent, compte tenu de la nature de leurs activités, entrer dans le champ d'assujettissement sans que cela remette en cause leur statut fiscal au cours des trois dernières années.

¹⁸⁶ NB: cette solution présente l'avantage d'être neutre sur le plan concurrentiel et vis-à-vis des différents opérateurs.

¹⁸⁷ Le CNVA précise dans son rapport du 15 juin 1995, préc. : ces critères sont « non exclusifs, non cumulatifs et non exhaustifs les uns des autres ».

¹⁸⁸ Voir propositions Fonda, Séminaire du 17 oct. 1992, préc. : La FONDA suggérait et explicitait ces trois premiers critères sur lesquels elle se fondait pour identifier les associations d'intérêt général.

- La non-lucrativité qui, par essence, marque la différence par rapport au secteur commercial ;
- La gestion désintéressée, ce qui n'exclut ni la rigueur de gestion ni la transparence financière. Il convient d'insister sur ce point : il faut préciser qu'une gestion désintéressée ne sous-entend pas de facto une gestion déficitaire ;

Elle se caractérise par la réunion d'un certain nombre de critères :

- La capacité à mobiliser la générosité humaine (bénévolat) ou financière (dons) ;
- Le mixage des publics et l'ouverture ;
- Les secteurs d'intervention, pas ou mal couverts par les autres agents économiques ou par les collectivités publiques ;
- L'existence de financements publics ou parapublics ;
- L'existence d'un agrément ministériel (Ministère de rattachement) ou d'une habilitation.

La crise économique des pays occidentaux a contribué à brouiller les frontières entre le secteur lucratif et non lucratif (marchand et non marchand), en incitant certaines associations à adopter une démarche « entrepreneuriale » et en poussant certains acteurs lucratifs à investir le champ du social. En adoptant le dispositif de la R.U.S. qui viendrait, ainsi, modifier le régime juridique de l'association loi 1901, les pouvoirs publics contribuent à clarifier le régime fiscal des associations amenées à évoluer dans la sphère économique. La mise en œuvre d'un tel dispositif doit faciliter son acceptation en tant qu'acteur à part entière de la vie économique. Corrélativement, il devrait effacer progressivement l'idée habituellement reçue selon laquelle l'association est un acteur déloyal sur le terrain de la concurrence.

Certes, il apparaît indispensable de « *veiller à ce que le régime fiscal de faveur ne soit la source, ni de distorsions de concurrence par rapport à des personnes privées accomplissant les mêmes activités dans des conditions économiques comparables, ni d'inégalités devant l'impôt* »¹⁹⁰. La Reconnaissance d'Utilité Sociale (R.U.S.) doit ainsi révéler le tableau des exigences que comporte la recherche de la satisfaction de besoins d'intérêt général. En empruntant à la sphère économique, l'association se doit de justifier une telle intrusion, notamment au regard du traitement fiscal particulier qu'elle revendique, en fondant le plus objectivement possible sa contribution à l'intérêt général. En effet, la satisfaction de l'intérêt général, concept évolutif difficile à appréhender, doit se manifester par la réalisation d'opérations concrètes d'utilité sociale.

¹⁸⁹ Il constitue le but extrinsèque de la société à la différence de l'objet, qui en est le but intrinsèque.

¹⁹⁰ Rép. min., n° 59831: J.O.A.N.Q. 7 oct. 199292, p. 4080

Prenant le contre-pied des griefs habituellement formulés à l'encontre de ce « nouveau type » d'associations, la R.U.S. permet de justifier l'intervention économique associative. Cependant, cette recherche de l'intérêt général fait peser sur les associations des exigences contraignantes, exigences que seules les exonérations fiscales entraînées devraient être à même de compenser, l'effet incitatif produit par ces exonérations ne pouvant être considéré comme quantité négligeable s'agissant de la satisfaction de besoins d'intérêt collectif.

§ 60. - Qui doit juger de l'utilité sociale ? Le C.N.V.A.¹⁹¹ propose d'introduire en France un système de reconnaissance à priori qui aurait comme avantage pour les associations reconnues d'utilité sociale, de leur supprimer toute incertitude durant une période définie (3 ans), tant que les conditions d'exercice de leur activité, au vu desquelles elles ont obtenu l'agrément, ne seraient pas modifiées. Cette Reconnaissance d'Utilité Sociale (R.U.S.) devrait être accordée, non pas par le pouvoir exécutif, mais par une véritable juridiction ou commission paritaire, composée de représentants des associations et des administrations concernées (administration à laquelle se rattache l'activité considérée et administration fiscale), et présidée par un magistrat¹⁹².

Les décisions de cette instance pourraient faire l'objet d'un recours devant les juridictions compétentes. Cette R.U.S. pourrait être attribuée aux associations « *dont les statuts, le mode de fonctionnement et les modalités d'exercice de leur activité caractérisent suffisamment leur Utilité Sociale aux yeux de cette juridiction. Elle impliquerait, pour la période considérée, une exonération d'impôt sur les sociétés, de taxe d'apprentissage, de taxe professionnelle ainsi que le bénéfice de réductions fiscales plus importantes* ». Toujours selon le C.N.V.A., la R.U.S. pourrait être retirée par cette même juridiction ou commission paritaire dès lors que les conditions ayant présidée à son attribution ne seraient plus réunies. L'absence de reconnaissance d'utilité sociale ne saurait être évoquée pour créer une présomption de lucrativité pour l'association qui n'en bénéficierait pas ».

D'autres acteurs avisés du monde associatif se montrent tout à fait favorable à l'élaboration d'une R.U.S. Pour Marie-Thérèse CHEROUTRE dans le rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social, les 23 et 24 février 1993¹⁹³, « *l'attribution d'une reconnaissance par les pouvoirs publics aux organismes susceptibles d'être exonérés apparaît éminemment souhaitable. Cette reconnaissance accordée pour une durée déterminée, apporterait à ces derniers une garantie d'exonération du moins aussi longtemps qu'il ne serait pas prouvé par l'administration qu'ils ne respectent plus les conditions pour lesquelles ils ont obtenu ladite reconnaissance* ».

¹⁹¹ Rapport CNVA au Premier Ministre, L'utilité sociale des associations et ses conséquences en matière économique, fiscale et financière, 15 juin 1995, p. 145

¹⁹² On peut évoquer la « *Charity Commission* » de Grande-Bretagne, composée de fonctionnaires dont deux doivent être des juges dont le rôle d'information, de conseil, de contrôle s'exerce auprès des « *Charities* » auxquelles la commission donne le label qui ouvre droit à des facilités fiscales et financières.

¹⁹³ M.-T. CHEROUTRE, Rapport au nom du C.E.S., Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901, J.O. n°4, 1^{er} avril 1993

La F.O.N.D.A.¹⁹⁴, de son côté, souhaite également assurer une meilleure sécurité financière aux associations relevant de l'intérêt général¹⁹⁵. Elle est également favorable à la création d'une reconnaissance d'utilité sociale attribuée par une commission tripartite (Etat - magistrats - associations).

CONCLUSION :

La reconnaissance d'utilité sociale apparaît bien comme l'élément central de la régulation des activités économiques des associations même si pour certains¹⁹⁶, « *les inconvénients attachés à la délivrance d'un label d'utilité sociale sont apparus supérieurs aux avantages* ».

Notons qu'un mécanisme de conventionnement relevant de la compétence du Conseil départemental de l'insertion par l'économie a récemment vu le jour concernant toute personne de droit public ou de droit privé à but non lucratif qui, d'une part, produit des biens et des services en vue de leur commercialisation et, d'autre part, développe des activités d'utilité sociale¹⁹⁷.

Un tel système semble donc pouvoir être généralisé. L'organisation d'un principe de discrimination fiscale au profit d'opérateurs économiques qui exerceraient des activités d'utilité sociale en dépend.

En effet, pour A. LIPIETZ¹⁹⁸, « *le tiers-secteur [qui vient se glisser entre le secteur public et le secteur privé] n'existera véritablement que lorsque l'adéquation à un certain nombre de critères d'appartenance (charte ou cahier de charges) ouvrira automatiquement le droit à un certain statut fiscal* ». A moins que la solution ne révèle la nécessité d'un traitement au niveau supra national, par l'adoption du statut de l'association européenne, ceci « *afin de mieux connaître le secteur [de l'économie sociale et des associations et fondations en particulier], et d'identifier les problèmes à traiter* »¹⁹⁹ ...

¹⁹⁴ La FONDA (18, rue de Varennes - 75007 Paris - <http://www.globenet.org/fonda/>) est à l'origine de la « Déclaration pour une Europe civique et sociale » (Le Monde, 10 juin 1997, p. 11).

¹⁹⁵ Concernant les notions d'intérêt général et d'utilité sociale, voir Entretien avec Mme E. ARNOULT-BRILL, Présidente du CNVA, Juris-Association n°234, 1^{er} mars 2001, p. 34.

¹⁹⁶ Réponse du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie à M. Pierre LEFEBVRE, JO Sénat du 1^{er} juillet 1999, p. 2224, n°15769, confirmant la position prise par G. GOULARD, dans son rapport remis au Premier ministre le 10 mars 1998.

¹⁹⁷ Décret n°2000-52 du 7 juin 2000, JO du 9, p. 8716.

¹⁹⁸ A. LIPIETZ, Rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame AUBRY, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sur « *l'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale* », tome 1, p. 20.

¹⁹⁹ Colloque Bruxelles du 19 février 2001 : « Les associations et l'Europe en devenir », communiqué de presse www.europarl.eu.int

BIBLIOGRAPHIE

I. – OUVRAGES GENERAUX

BEHAR-TOUCHAIS M., Rép. civ. Dalloz, voir Associations, n°1

COZIAN M. et VIANDIER A., Droit des sociétés, LITEC, 9^{ème} éd., n°1683, 1996

GUYON Y., Droit des Affaires, 7^{ème} éd., ECONOMICA, 1992

GUYON Y., Droit des affaires, T. 1, 1992, n°935, p. 902.

MESCHERIAKOFF A.-S. et MONCEF KDHIR, Droit des associations, PUF, Collec. Droit fondamental, 1996

REINHARD Y., Lamy Associations, Etude 234, Partie II, n°21

SOUSI G., Les Associations, Manuel Dalloz usuel

II. – MONOGRAPHIES – THESES

ALPHANDARI E., « *La liberté d'association* », in Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 4^{ème} édition 1997.

ALPHANDARI E., « *L'association, dérive d'une liberté* », JCP 1986, éd. E, suppl. n°5

AMBLARD C., « *Associations et activités économiques: contribution à la théorie du Tiers-secteur* », Thèse de droit, Paris, 1998

ARCHAMBAULT E., « *Le secteur sans but lucratif* », Economica, 1996

ARCHAMBAULT E., « *Les associations en chiffre* », RECMA n°12, 1984

ARNOULT-BRILL E., Présidente du CNVA, Juris-Association, n°234, 1^{er} mars 2001, p. 34.

ARONSSOHN D., « *L'imbroglio fiscal* », Alternatives économiques, nov. 1999.

BARTHELEMY M., « *Les associations dans la société française : un état des lieux* », Centre d'étude de la vie politique française, Paris, Fnsp, CNRS, 1994

BASTIDE J., ancien président du CNVA, cité par J. FERNOG, « *La loi de 1901 est confrontée aux mutations des associations* », Le Monde, 20 avril 1998

BELORGEY J.-M., « *Il ne faut pas toucher un cheveu de la loi de 1901* », Le Monde, 3-4 décembre 2000

BEMBARON E., « *Débuter une activité en créant une association* », Le figaro économique, 5 janvier 1998

BIDET E., « *L'économie sociale : un secteur d'avenir ?* », problèmes politiques et sociaux, La documentation française n°798, 27 février 1998

BIDET E., « *Les associations en France, esquisse de présentation* », Groupe international de recherche sur les associations, CIRIEC, Paris, ronéo, 1994

BLAISE H., « *Esquisses de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique* », Etudes offertes par HOUIN, Dalloz, 1985

BLOCH-LAINE F., « *Identifier les associations de service social* », RECMA, n°251, 1994

BOURDIEU P., « *Contre feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale* », Libération-Raisons d'agir, Paris, 1998

CASTRO S. et ALIX N., « *L'entreprise associative : aspects juridiques de l'intervention économique des associations* », Economica, Paris, 1990

CLAVAGNIER B., « *L'embellie fiscale n'aura pas lieu, commentaires de l'instruction du 16 février 1999* », Revue française de comptabilité, n°314, septembre 1999

COLLOMBON J.-M. et PARODI M., « *L'économie solidaire a-t-elle besoin de l'économie sociale ?* » RECMA, n°264

ENJOLRAS B., « *Comment expliquer la présence d'organisations à but non lucratif dans une économie de marché ? Une théorie socio-économique des organisations non lucratives* », Annals of Public and Cooperative Economics, CIRIEC, 1995, p. 432.

F.O.N.D.A., « *Déclaration pour une Europe civique et sociale* », Le Monde, 10 juin 1997

FENOGLIO J., « *La loi de 1901 est confrontée aux mutations des associations* », Le Monde, 18 avril 1998

FORSE M., « *Les créations d'associations : un indicateur du changement social* », Observations et diagnostics économiques, janv. 1984

GERSCHEL C., « *La filialisation par une association de son activité lucrative* », Rev. Sociétés (4), oct. Déc. 1998

GRELLIERE V., « *De l'illicéité ou non de l'association commerçante* », RTD com. 1997, p. 561

GUYON Y., « *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978* », Mélanges SECRETAN

IMBERT J., « *Le droit antique* », PUF, coll. « *Que sais-je ?* », 4^{ème} ed., 1994

JULY P. et LABOUZE E., « *Pour une logique de l'emploi, L'emploi, instrument de compétitivité* », Libération, 20 août 1997, p. 5

KAMINSKI P., « *Le renouveau du dispositif statistique français sur l'emploi : premiers enseignements concernant l'économie sociale* », XIIIème colloque de l'A.D.D.E.S., Paris, 18 nov. 1997

LAVILLE J.-L. et SAINSAULIEU R., « *Sociologie de l'association. Des organisations à l'épreuve du changement social* », Declée de Brouwer, Paris, 1997

LIPIETZ A., « *Pour le Tiers secteur. L'économie sociale et solidaire : pourquoi, comment* », Préf. E. GUIGOU, La Documentation française, Collec. La découverte, 2001

- MALAURIE M., « *Plaidoyer en faveur des associations* », Chr. 274, D. 1992
- MARECHAL J.-P., « *Demain l'économie solidaire* », Le Monde Diplomatique, avril 1998
- MASSON O., « *Fiscalité des organismes sans but lucratif : que retenir de l'instruction du 15 septembre 1998 ?* », Bulletin fiscal Francis LEFEBVRE, février 1999
- MASSOT J., « *Le rôle et la participation des associations dans l'action administrative en France* », in Journées de la société de législation comparée France-Pologne, p. 1988
- MEISTER A., « *Vers une sociologie des associations* », Les éditions ouvrières, Paris, 1972
- MENGIN J., présidente de la FONDA, Le Monde Initiatives, 10 décembre 1997
- MERLET J.-F., « *Une grande loi de la III^{ème} République : La loi du 1^{er} juillet 1901* », Thèse de droit, Université PANTHEON-SORBONNE, 30 octobre 2000
- MOUEZA D., « *Pour un dispositif permanent d'observation statistique des associations* », R.F.C. 290-juin 1997
- RIFKIN J., « *La Fin du travail* », Préface de M. ROCARD, collection La Découverte Paris. 1996
- SERIAUX A., « *Le droit naturel* », PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p. 114
- SOUSI G., « *Les contrôles sur les associations : inventaire et questions* », Les petites Affiches, 24 avril 1996
- SOUSI G., « *Le 90^{ème} anniversaire de la loi du 1^{er} juillet 1901, 1901-1991 : de la liberté d'association à la liberté d'entreprise* », Les petites affiches, 28 juin 1991, n°77, p. 37.
- STASI B., « *Vie associative et démocratie nouvelle* », Paris, PUF, 1979
- TAILLANTER F., « *L'effacement de la fonction de contrôle* », Revue Administration, n°176, juill. – sept. 1997
- WALDECK-ROUSSEAU, « *Associations et Congrégations* », Bibliothèque Carpentier 1901, p. 68, chambre des députés, séance du 21 janvier 1901.
- Y. BLANC, « *La reconnaissance d'utilité publique : du privilège régalien à l'assurance qualité* », Revue Administration, n°176, juill. Sept. 1997.

III. – RAPPORTS – COLLOQUES

C.R.E.D.O.C., INC Hebdo n°825, 10 septembre 1993

CHEROUTRE M. T., Rapport au CES « *L'exercice et le développement de la vie associative dans le cadre de la Loi de 1901* », 23 et 24 fév. 1993, J.O., CES, 1 avril 1993

CHEROUTRE M.-T., « *Nouvelles dimensions de l'économie sociale. Les associations dans la dynamique sociale* », XIII^{ème} Colloque de l'A.D.D.E.S., Paris, 18 nov. 1997

CNVA, « *L'utilité sociale des associations et ses conséquences en matières économiques, fiscale et financière* » Bilan de la vie associative en 1990-91, La documentation française, Paris 1992 ; Rapport et avis adoptés en session plénière du CNVA, le 15 juin 1995

Colloque Bruxelles du 19 février 2001 : « *Les associations et l'Europe en devenir* », communiqué de presse www.europarl.eu.int

Colloque de FORTEVRAUD (15-16 oct. 1981), « *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?* », Université d'Angers, Travaux et recherches, ECONOMICA, 1983.

DAVEZAC G., « *Les entreprises de l'économie sociale, Rapport au nom du C.E.S* », 1986, J.O. du C.E.S. 12-12 XI

F.O.N.D.A., « *Pour une éthique des rapports entre pouvoirs publics et citoyens associés* », Séminaire du 17 oct. 1992

GUYON Y., « *Le régime juridique de l'activité économique des associations* », Journée d'étude de l'UNIOSS, PARIS, 6 nov. 1986

LEMOINE J.-P., FONTANA A., Rapport adopté le 25 oct. 2000, La Documentation Française, 2001.

LIPIETZ A., Rapport relatif à la lettre de mission du 17 septembre 1998 adressée par Madame AUBRY, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sur « *l'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale* »

Mission « CNIS-Associations », Pour un dispositif permanent d'observation statistique des associations, Rapport d'étape, 19 mars 1997

TCHERNONOG V., « *Création, cycle de vie et mortalité des associations* », enquête du LES/CNRS, 1996