

Concurrence et paracommercialisme

Les questions liées à la coexistence des acteurs économiques, à but lucratif ou non, sur un même marché constitueront un enjeu majeur dans les années à venir. Comment faire valoir les spécificités associatives sans revendiquer un traitement de faveur ?

➤ COLAS AMBLARD*

Dans bon nombre de secteurs d'activités, les contentieux portant sur des questions de concurrence déloyale¹ entre associations à caractère économique et sociétés commerciales traditionnelles se multiplient. Face à la montée en puissance du secteur associatif² (qui se revendique de plus en plus comme une véritable alternative au système économique libéral), les tensions devraient immanquablement se cristalliser autour des nombreux avantages dont bénéficieraient systématiquement les associations au détriment des entrepreneurs commerciaux : non-assujettissement aux impôts commerciaux, exonérations, subventions, etc. Une vision simpliste, que les tribunaux, s'appuyant sur la doctrine de l'administration fiscale, commencent à appréhender de la meilleure manière qui soit pour le monde associatif.

La concurrence déloyale : une idée savamment entretenue ?

Récemment, un député qui s'inquiétait de la concurrence déloyale faite par les associations à l'encontre des entreprises privées travaillant dans le secteur de l'animation et de l'événementiel s'est vu répondre : « Les associations ont le droit d'exercer des activités de nature commerciale, mais elles sont alors soumises au droit commun du code de commerce et ont l'obligation de mentionner dans leurs statuts l'exercice habituel de ces activités. Sur un plan fiscal, les associations sont assujetties aux impôts et taxes commerciaux dès lors qu'elles exercent de telles activités à titre habituel et qu'elles fonctionnent comme une entreprise commerciale. Seules les associations qui réservent leurs prestations à un public spécifique et

exercent une activité sociale sans but lucratif peuvent bénéficier d'un régime d'exonération fiscale³. » La réponse est limpide. Pour autant, le message semble avoir du mal à passer auprès des élus, qui continuent de se faire l'écho des inquiétudes du secteur économique marchand : les hébergeurs touristiques subiraient la concurrence déloyale des gîtes ruraux et des chambres d'hôtes⁴, les bouquinistes et revendeurs de livres d'occasion celle des associations organisant des vide-greniers⁵, tandis que les MJC et autres centres culturels « bénéficie[raie]nt de la publicité pour promouvoir [leurs] activités, grâce à des supports gratuits, au grand dam des acteurs privés de ces activités⁶ ». Sans compter les associations intervenant dans le domaine de l'ingénierie environnementale admises à soumissionner dans le cadre des marchés publics⁷. La propension des députés à interroger les gouvernements successifs sur le caractère prétendument déloyal du mode d'intervention économique des associations interpelle. D'autant que la position du législateur et des tribunaux sur la question de la capacité juridique des associations à exercer des activités économiques, voire commerciales⁸, est invariablement établie depuis plus d'une trentaine d'années.

Le paracommercialisme⁹ associatif

La légitimité des associations à intervenir dans la sphère économique doit faire l'objet d'une approche en deux étapes.

■ **Sur le plan juridique.** Depuis 1981¹⁰, il est clairement admis que toute association peut exercer des activités commerciales à titre habituel sans pour autant être

* Docteur en droit, avocat au barreau de Lyon, président de la commission Droit des associations du barreau de Lyon, directeur ISBL consultants.

1. C. civ., art 1382 et 1383.

2. « Les chiffres clés de la vie associative associatif », 2007, MSJSVA ; voir V. TCHERONOG, *Le paysage associatif français : mesures et évolutions*, éd. Juris associations – Dalloz, 2007 ; voir aussi dans ce numéro Dossier p. 30.

3. Rép. min. à D. Cinieri, JOAN du 27 mai 2008, p. 4396, n° 20153.

4. Rép. min. à H. Martinez, JOAN du 17 juin 2008, p. 5146, n° 6696.

5. Rép. min. à L. Tardy, JOAN du 29 janvier 2008, p. 814, n° 9423.

6. Rép. min. à F. Falala, JOAN du 21 septembre 2004, p. 7295, n° 34356.

7. Rép. min. à J.-P. Nicolas, JOAN du 30 mars 2004, p. 2581, n° 28556.

8. Sur la distinction entre activités économiques et activités commerciales, voir C. AMBLARD, « Activités économiques et commerciales des associations », Étude 246, *Lamy Associations*.

9. M. LAPIERRE, « La paracommercialité », *RJ com.* 1980, numéro spécial, p. 113 et s. : « ce sont toutes les activités commerciales exercées par des particuliers ou des organismes qui n'ont pas le statut de commerçant ou qui n'en supportent pas les obligations et les charges ».

10. Cass. com., 17 mars 1981, Institut musulman de la Mosquée de Paris, *D.* 1983, p. 23.

qualifiée de commerçante, « qualité incompatible avec son statut¹¹ ». Néanmoins, les associations supportent les mêmes contraintes (compétence des tribunaux de commerce¹², opposabilité des livres de commerce d'un autre commerçant¹³, etc.) et relèvent des mêmes dispositifs législatifs et réglementaires que les entreprises commerciales¹⁴. Par conséquent, elles ne sauraient être exclues des règles de concurrence. À ce titre, la concurrence exercée par une association n'est condamnable que si elle est effectivement déloyale et préjudiciable.

La concurrence déloyale est présumée notamment lorsque l'association exerce une activité (commerciale) qui n'est pas conforme à son objet statutaire¹⁵ et n'est pas assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants¹⁶. Toutefois, le Conseil de la concurrence a rappelé¹⁷ que « le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le libre jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général ». Le statut réservé aux associations et organismes concourant à la promotion d'activités dites d'« intérêt général »¹⁸ doit donc pouvoir justifier l'organisation d'un statut d'exception — par une dérogation possible en matière de règles censées garantir la libre concurrence¹⁹ —, étant entendu qu'« un statut d'exception ne signifie pas nécessairement un statut privilégié²⁰ ». Quant à la concurrence préjudiciable, « les entreprises qui estiment être victimes de la concurrence déloyale d'associations peuvent en tout état de cause engager une action contentieuse devant le juge civil sur la base de l'article 1382 du code civil²¹ ». Toutefois, il est précisé qu'« il importe dans ce cas que ces entreprises puissent démontrer la réalité du dommage subi en termes de réduction d'activité et le lien de causalité entre ce dommage et l'activité des associations en cause ». Pas simple.

■ **Sur le plan fiscal.** Une association qui exerce des activités, même potentiellement, identiques à celles des sociétés commerciales doit normalement être assujettie aux impôts commerciaux²². Il s'en trouvera toujours

qui échapperont aux contrôles opérés par l'administration fiscale. Mais pour continuer à bénéficier du régime de non-assujettissement par principe applicable aux organismes sans but lucratif depuis l'instruction fiscale du 15 septembre 1998, les associations doivent à tout moment pouvoir démontrer qu'elles se distinguent du modèle d'intervention économique marchand par un mode de gestion fondé sur le désintéressement²³, une « plus-value sociale » ajoutée (règle des « 4 P ») aux activités de prestation de services ou de vente de biens qu'elles exercent, une affectation des excédents dans des besoins ou des projets entrant dans le champ de leur objet statutaire non lucratif, une absence de relations privilégiées entretenues avec des organismes du secteur lucratif.

En définitive, le paracommercialisme associatif apparaît, avant toute autre chose, comme un problème de nature fiscale²⁴. Tel semble être le message adressé par les juridictions civiles qui, appelées à statuer sur l'existence d'une situation de concurrence déloyale, se sont référées expressément à la règle des « 4 P » retenue par l'administration fiscale.

Un jugement du tribunal de grande instance d'Annecy du 2 avril 2008²⁵ illustre cette position. En l'espèce, le tribunal se fonde explicitement sur la règle des « 4 P » pour rejeter les demandes en réparation de préjudice pour insuffisance de preuves : « La situation de concurrence déloyale à l'encontre du syndicat professionnel des métiers de la danse ne saurait être retenue à l'égard de l'association Querido Tango, celle-ci proposant un produit différent, s'adressant à un public autre et ne pratiquant pas des prix et une publicité concurrentiels. Ainsi, les agissements non fautifs de l'association ne peuvent être tenus comme responsables du préjudice éventuel subi par les écoles de danse d'Annecy et de ses environs, à savoir une perte de clientèle et une baisse de leur chiffre d'affaires, le syndicat n'en rapportant pas la preuve. »

Une telle décision peut-elle préfigurer la naissance d'un courant jurisprudentiel nouveau disposé à reconnaître et — surtout — à défendre le particularisme des associations en matière économique (à travers le recours à la notion d'utilité sociale) ? En tout état de cause, une pierre importante de l'édifice vient d'être posée. ■

11. Cass. com., 19 janvier 1988, *Bull. civ. IV*, n° 33, p. 23.

12. CA Dijon, 4 novembre 1987, *RTD com.* 1988, p. 257, n° 18.

13. Cass. com., 17 mars 1981, préc.

14. Voir notamment loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

15. C. com., art. L. 442-7.

16. Circ. du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales, JO du 23, p. 9704.

17. Cons. concurr., 10 février 1998, BOCCRF du 15 septembre, p. 486, SNPC c/ SPA.

18. C. AMBLARD, « Associations et activités économiques : contribution à la théorie du tiers secteur, thèse de droit, université de Versailles, 1998, p. 264 et s.

19. S. CASTRO, « Intérêt général et droit communautaire », *Reema* n° 258, p. 65 et s.

20. M. MALAURIE, « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, chron. 274.

21. Rép. min. préc. du 27 mai 2008.

22. Instr. du 15 septembre 1998, BOI 4 H-5-98, et instr. du 16 février 1999, BOI 4 H-1-99 ; instr. de synthèse du 18 décembre 2006, BOI 4 H-5-06.

23. L'instruction fiscale de 1998 et la loi de finances pour 2002 ont assoupli cette condition : désormais, il est possible de verser, sous certaines conditions, une rémunération pouvant aller jusqu'aux trois quarts du smic brut annuel ou trois fois le plafond de la Sécurité sociale.

24. N. ALIX et S. CASTRO, *L'entreprise associative*, Éd. Economica, Paris 1990, p. 58 et s. et p. 158 et s.

25. TGI Annecy, ch. civ., 2 avril 2008, n° 06/01809 (inédit).