

■ La distinction entre activité économique et activité commerciale est cruciale pour optimiser les modèles socio-économiques associatifs.

■ Les questions de pluralisme entrepreneurial et de démocratie économique commandent l'abandon de la notion de commercialité.

ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

POURQUOI LES ASSOCIATIONS NE SONT PAS (SOUVENT) DES CONCURRENTES DÉLOYALES

Sur fond de crise, les questions de démocratie économique et de pluralisme entrepreneurial n'ont jamais été autant d'actualité en France et en Europe. Dans ce contexte, d'autres modes d'organisation peuvent-ils supplanter l'entreprise capitaliste traditionnelle sans être systématiquement taxés de concurrents déloyaux ?



AUTEUR Colas Amblard
TITRE Docteur en droit, avocat, président de l'Institut ISBL

AUTEUR

Jérôme Saddier

TITRE

Président d'ESS France



La réponse à cette question tient à l'approche conceptuelle que nous souhaitons avoir de la notion d'entreprise en lien direct avec le rôle important que joue la notion d'activité économique.

QUAND L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE SUPPLANTE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE

Le concept d'activité économique est plus large que celui d'activité commerciale² : en d'autres termes, si toute activité commerciale est économique, l'inverse n'est pas vrai³ ! D'apparence théorique, cette

question est absolument centrale dans la mesure où les associations comme les autres entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS) voient ainsi s'ouvrir à elles un « terrain de jeu » mieux adapté à leurs spécificités consistant principalement à exercer des missions économiques d'utilité sociale⁴ (« règle des 4P »⁵), à savoir :

■ accomplir des activités qui tendent « à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante », ou réaliser des actes payants « principalement au profit de personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale (chômeurs, personnes handicapées notamment, etc.) », même si l'administration fiscale précise immédiatement que « ce critère ne doit pas s'entendre des seules situations de détresse physique ou morale »⁶ ;

■ et pratiquer des prix permettant « d'évaluer si les efforts faits par l'organisme pour faciliter l'accès du public se distinguent de ceux accomplis par les entreprises du secteur lucratif »⁷.

Ces spécificités, auxquelles il faut ajouter celle de gestion désintéressée⁸, permettent cumulativement aux associations concernées⁹ de :

1. Medef, « Marché unique, acteurs pluriels : pour des nouvelles règles du jeu », mai 2002 ; SCPC, rapp. d'activité pour l'année 2002, juin 2002.
2. C. Amblard, « Associations et activités économiques : contribution à la théorie du tiers-secteur », thèse de droit, université Versailles Saint-

Quentin-en-Yvelines, juin 1998.
3. Com. 25 janv. 2017, n° 15-13.013.
4. V. JA 2023, n° 674, p. 36, étude C. Amblard ; v. égal. C. Amblard, « L'utilité sociale : l'avantage compétitif des associations », Institut ISBL, 26 févr. 2020.
5. BOFIP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, § 590 à 620.

6. *Ibid.*, § 610.
7. *Ibid.*, § 650.
8. *Ibid.*, § 50 à 510.
9. C. Amblard, *La Gouvernance de l'entreprise associative*, Éditions Juris – Dalloz, 2019.
10. CGI, art. 206, 1 bis.
11. BOFIP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-20-20 du 20 mars 2024, § 1.

12. V. JA 2024, n° 694, p. 36, étude C. Amblard.
13. BOFIP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, préc., § 50 et s.
14. *Ibid.*, § 1 et s.
15. *Ibid.*, § 480 à 510.
16. *Ibid.*, § 630.
17. L. n° 2014-856 du 31 juill. 2014, JO du 1^{er} août, art. 59.

■ Les associations à caractère économique sont en réalité subordonnées à un régime de « commercialité-sanction ».

■ conserver leur statut d'organisme globalement non assujéti aux impôts commerciaux – à savoir impôt sur les sociétés (IS)¹⁰, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et contribution économique territoriale (CET) – quel que soit le niveau de leurs recettes d'exploitation ;

■ bénéficier d'une « franchise commerciale » pour leurs activités lucratives accessoires dans la limite annuelle de 78 596 euros (pour 2024)¹¹.

Cette différenciation entre activité « économique » et « commerciale » ouvre également la possibilité pour ces organismes sans but lucratif (OSBL) de construire de nouveaux modèles socio-économiques¹² pour une prise en charge collective de besoins sociaux insatisfaits, que ni l'État ni le marché ne peuvent ou ne veulent traiter. Or, si ces modèles demeurent économiquement viables et financièrement pérennes, y compris lorsqu'ils interviennent sur des segments de marché à faible valeur ajoutée, voire non rentables, cela ne peut s'expliquer que grâce à leurs particularismes :

■ présence de dirigeants bénévoles¹³ ;

■ absence d'imposition dont bénéficient par principe les organismes sans but lucratif en contrepartie de leur utilité sociale¹⁴ ;

■ interdiction d'appropriation privative des résultats et des moyens de production¹⁵ ;

■ obligation de réaffectation des excédents dans la structure au bénéfice du plus grand nombre (membres, salariés, bénéficiaires tiers)¹⁶ ;

■ capacités spécifiques en matière d'hybridation de ressources monétaires – financement public (subventions)¹⁷ ou privé (mécénat)¹⁸ – et non monétaires (bénévolat), la réalisation d'activités commerciales ne constituant qu'un moyen au service d'un but non lucratif¹⁹.

C'est précisément en raison de ces particularismes que nous aimons qualifier ces organismes d'« entreprises socialement intéressées »²⁰ :

■ non seulement parce que depuis la promulgation de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'ESS²¹, ils sont (encore plus) légitimes à intervenir dans la sphère socio-économique par la mise en œuvre

de pratiques de gestion visant à maximiser leurs ressources, avec pour objectif principal de répondre à une demande sociale qui explose littéralement²² ;

■ mais aussi parce que, politiquement, les associations et entreprises de l'ESS ont désormais pris pleinement conscience de leurs capacités transformatrices et refusent de plus en plus d'être simplement cantonnées dans une sphère de réparation d'un système capitaliste mortifère²³.

Enfin, cette différenciation marquée entre activité « économique » et « commerciale » explique pourquoi ces organismes à « but non lucratif »²⁴ comme ceux à « lucrativité limitée » (coopérative, SCIC, etc.) s'imposent comme des alternatives crédibles face à ce modèle économique dominant, au point qu'aujourd'hui ils revendiquent de devenir « la norme de l'économie de demain »²⁵.

“ La différenciation entre activité « économique » et « commerciale » ouvre la possibilité pour les OSBL de construire de nouveaux modèles socio-économiques pour une prise en charge collective de besoins sociaux insatisfaits ”

Le concept d'activité économique est plus objectif que celui d'activité commerciale : si le premier repose sur une base juridique objective (« offrir des biens ou des services sur un marché donné »²⁶), le second, au contraire, se fonde sur une approche arbitraire « dont les normes sont la construction d'usages peu à peu établis et non une construction fondée sur la raison »²⁷. En effet, l'activité commerciale se définit à partir du concept d'actes de commerce²⁸ qui en réalité se borne à isoler, dans la sphère économique initiale, une liste d'activités parmi les plus rentables (banque, achat-revente de biens meubles et immeubles, construction, assurance, entreprise de fourniture ou de manufacture, etc.). Or l'existence juridique de ce sous-ensemble d'activités économiques ne trouve à s'expliquer qu'à travers un double objectif poursuivi par le législateur de l'époque :

■ d'une part, définir un périmètre lucratif²⁹ à partir de ●●●

18. L. n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, JO du 2 ; CGI, art. 200 et 238 bis.

19. Cons. const. 25 juill. 1984, n° 84-176 DC.

20. V. JA 2023, n° 681, p. 13, tribune C. Amblard.

21. L. n° 2014-856, préc.

22. Observatoires des inégalités, « La pauvreté en hausse », 22 nov. 2023.

23. V. not. T. Lepeltier, « Le capitalisme

est-il mortel ? », *Sciences humaines* n° 359, juin 2023 ; C. Cauvin, « L'insoutenable dynamique du capitalisme financier », *Alternatives économiques*, 1^{er} avr. 2013 ; H. Kempf, *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Seuil, 2009.

24. C. Amblard, « But non lucratif : un concept incontournable encore mal

appréhendé par les associations », Institut ISBL, 26 juill. 2020.

25. J. Saddier, *Pour une économie de la réconciliation. Faire de l'ESS la norme de l'économie de demain*, Les Petits Matins, 2022 ; C. Amblard, « Et si l'entrée massive des associations dans la sphère économique signait la fin du capita-

lisme ? », Institut ISBL, 30 oct. 2023.

26. CJCE 18 juin 1988, aff. 35/96, point 36.

27. M. Despax, *L'Entreprise et le Droit*, LGDJ, 1957, p. 31.

28. C. com., art. L. 110-1 et L. 110-2.

29. La notion de commerçant se définit au travers de deux critères cumulatifs : un critère matériel (réaliser des actes de

●●● quelques domaines d'activité préemptés dans le but d'établir un monopole commerçant³⁰ ;

■ d'autre part, doter ce monopole de privilèges auxquels les autres modes d'entreprendre n'ont pas accès (tribunaux de commerce, registre du commerce et des sociétés, preuve commerciale, baux commerciaux, prescription, location-gérance, etc.).

Par conséquent, loin d'être des concurrentes déloyales, ce sont en réalité les entreprises associatives et de l'ESS qui, pour la plupart, sont institutionnellement placées sous l'emprise d'un régime de « commercialité-sanction ».

Fort heureusement, sous l'influence du droit communautaire, le concept d'activité économique est progressivement en train de s'imposer dans notre droit interne³¹, ce qui s'avère être extrêmement profitable au développement de l'entrepreneuriat acapitaliste représenté par certaines associations prestataires et autres entreprises de l'ESS.

PLURALISME ENTREPRENEURIAL : BATAILLE RANGÉE !

La prédominance du concept d'activité économique sur celui d'activité commerciale constitue également un enjeu central pour les associations et l'ESS, en ce qu'elle permet d'accorder la qualité d'entreprise à toute personne morale quel que soit son statut juridique, dès lors qu'elle s'immisce dans la circulation des richesses³² ou créent de l'emploi salarié³³, peu importe que les prix pratiqués soient inférieurs à celui du secteur lucratif grâce à l'intervention de membres bénévoles³⁴ ou, au contraire, que l'association agisse sans but lucratif³⁵.

Cette tendance prédominante est fondamentale en matière de pluralisme entrepreneurial parce que d'autres formes d'organisation d'entreprise existent bel et bien : celles dont l'activité économique n'entre pas en confrontation avec leur objectif social mais la complète, celles dont les réalisations collectives priment la satisfaction d'intérêts privés et, enfin, celles dont la démarche s'inscrit dans la résolution de problématiques complexes, obligeant à éviter toutes solutions « court-termistes », par conséquent incomplètes ou imparfaites. Cela explique que d'autres modes d'entreprendre s'engouffrent dans l'interstice laissé vacant par le marché (compte tenu de sa tendance naturelle à privilégier le « tout lucratif ») et par l'État

(compte tenu de l'appauvrissement régulier des services publics et du repli progressif sur ses fonctions régaliennes).

Mais cette entrée massive des associations et autres entreprises de l'ESS dans la sphère économique ne va pas sans poser de problèmes de cohabitation avec les sociétés commerciales traditionnelles, qui les suspectent régulièrement de paracommercialisme³⁶. Dès lors, afin de se prémunir contre toute action en concurrence déloyale³⁷, il est impératif que ces organismes respectent la condition imposée par l'article L. 442-10 du code de commerce : « aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ». Sous cette réserve, notre droit positif interne se montre en réalité extrêmement protecteur en ce qu'il précise :

■ d'une part, qu'une simple différence de statut juridique entre association et société commerciale ne peut être considérée en elle-même comme de nature à fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché³⁸ ;

■ d'autre part, qu'une action de ce type ne saurait uniquement se fonder sur le non-assujettissement de principe des OSBL aux impôts commerciaux et/ou le bénéfice de financements publics. En effet, il prévoit, à propos d'entreprises d'insertion par l'économie, que rien n'établit que l'octroi de subventions vient fausser le jeu normal de la libre concurrence sur les marchés concernés³⁹ ou que le fait qu'une association soit exemptée du paiement de l'impôt ne suffit pas pour engager une procédure en concurrence déloyale⁴⁰.

Sous l'influence européenne, notre état de droit présente donc des aspects particulièrement favorables au pluralisme entrepreneurial. Cela explique qu'actuellement la montée en puissance du secteur acapitaliste donne lieu à une véritable « bataille rangée », notamment dans certaines activités réglementées (experts-comptables avec les associations de gestion et de comptabilité, dentistes libéraux avec les centres de santé dentaire)⁴¹. À cette occasion, il est d'ailleurs intéressant de mesurer les efforts réalisés par le « vieux monde » – le plus souvent, avec la complicité des ordres professionnels qui n'hésitent pas à multiplier les procédures judiciaires et tracassés administratifs à l'encontre de ces nouveaux modes d'exercice professionnel – pour tenter de sauver le peu de monopole qu'il lui reste.

commerce) et un critère intentionnel (être principalement animé par une volonté de faire des bénéfices) ; à rapprocher de Cass., ch. réun., 11 mars 1914.

30. C. com., art. L. 121-1.

31. C. Amblard, « Activités économiques et commerciales des associations », *Lamy associations*, étude 246, févr. 2023.

32. Comm. eur., décis. n° 92/521/CEE du 27 oct. 1992 et n° 94/601/CE du 13 juill. 1994.

33. Civ. 1^{re}, 12 mars 2002, n° 99-17.209 ;

Paris, 9 avr. 2002, BAF 8/02, inf. 230.

34. CJCE 29 nov. 2007, aff. 119/06, rec. 27.

35. *Ibid.* ; v. égal. Civ. 2^e, 26 sept. 2013, n° 12-22.743.

36. Circ. ECOX8798378C du 12 août 1987.

37. C. civ., art. 1240.

38. Cons. conc., avis n° 98-A-02 du 12 févr. 1998.

39. Cons. conc., avis n° 94-A-01 du 5 janv. 1994.

40. C. Amblard, « Concurrence et paracommercialisme des associations : l'influence de la méthodologie

fiscale. À propos de l'affaire Querido Tango, TGI Annecy, ch. civ., 2 avr. 2008, n° 06/01809 », Institut ISBL, 28 sept. 2008.

41. C. Amblard, *La gouvernance de l'entreprise associative*, préc., p. 94 à 96.

42. J. Delépine, « Les superprofits ne connaissent toujours pas la crise », *Alternatives économiques*, 21 avr. 2023.

DÉMOCRATIE ÉCONOMIQUE : METTRE FIN À LA FÉODALITÉ CAPITALISTIQUE

Le rapport qu'entretiennent les entreprises de l'ESS – et en particulier les associations entrant dans la sphère économique – avec le modèle capitaliste (encore) actuellement dominant interroge la question de la démocratie en économie comme celle du partage de la valeur ajoutée créée⁴². Or, de ce point de vue, et compte tenu du contexte de crise précédemment évoqué⁴³, l'entrepreneuriat associatif se présente comme un redoutable concurrent, et ce pour plusieurs raisons :

■ tout d'abord, parce que l'entrée d'une association dans le périmètre de l'ESS impose d'intégrer les salariés dans sa gouvernance⁴⁴, intégration par ailleurs parfaitement balisée sur le plan juridique puisque des règles fiscales précises⁴⁵ ont été posées afin d'éviter toute remise en cause de son statut fiscal : ses salariés ne doivent pas occuper plus de 25 % des postes au conseil d'administration ou de tout organe délibérant qui en tient lieu et, en tout état de cause, ils ne peuvent pas siéger au bureau – composé généralement du président, du trésorier et du secrétaire ;

■ ensuite, parce que la multiplication des organisations d'entreprise sous forme acapitaliste limite la montée en puissance d'autres formes juridiques concurrentes sur un même marché, pratiquant un partage inégal de leur plus-value d'exploitation, en particulier les entreprises privilégiant la rémunération du capital sur le travail ;

■ enfin, parce que ces « nouvelles » organisations d'entreprise à but non lucratif ont une tendance naturelle à protéger leur « capital social »⁴⁶ face aux désordres créés par les nouvelles formes du capitalisme (financier et numérique), présentées de plus en plus souvent comme des « accélérateurs de féodalité économique »⁴⁷, et à organiser la « résistance à la marchandisation du monde » tout en participant à la « régulation démocratique du marché »⁴⁸.

CONCLUSION

Il apparaît donc que, loin d'être des concurrentes déloyales bénéficiant d'un « statut privilégié »⁴⁹, les associations à caractère économique sont en réalité placées le plus souvent dans un régime de « commercialité-sanction » bien peu propice à leur développement. Quant à la notion d'activité commerciale, largement empreinte

d'esprit de lucre et encore trop présente dans notre système juridique, elle n'est pas de nature à intégrer l'objectivité recherchée pour caractériser la démarche économique des OSBL et, surtout, l'intention réelle de leurs fondateurs au moment où ils s'immiscent dans la circulation des richesses. Dès lors, pourquoi ne pourrait-on pas soutenir l'effort particulier de groupements dont les « spécificités méritoires »⁵⁰ rejaillissent sur l'ensemble de la collectivité ? De ce point de vue, le droit fiscal ne doit-il pas continuer à moduler sa pression selon que l'organisme en question a pour finalité d'enrichir ou non ses membres, selon qu'il contribue ou non à œuvrer pour l'utilité sociale ou pour l'intérêt général ? Ainsi, l'idée générale serait la suivante : plus les objectifs visés par les entreprises sont altruistes et responsables, plus le régime juridique doit être souple et le régime fiscal favorable. Au contraire, plus l'« égoïsme » des membres participant aux objectifs et aux activités de la personne morale est avéré et plus le régime juridique devrait être contraignant et le régime fiscal pénalisant.

À l'inverse de ce qui prédomine actuellement dans notre droit interne – le code de commerce, qui date de 1807, pourrait être rebaptisé « code des activités économiques » afin d'intégrer l'approche privilégiée par le droit européen –, il conviendrait dans un premier temps d'envisager l'organisation d'un corps de règles commun à toutes les formes d'entreprises pour éviter que certaines soient avantagées par rapport à d'autres en termes de capacité à intervenir sur un segment d'activité « réservée »⁵¹. Dans un second temps, une fois l'égalité des opérateurs économiques assurée, rien n'empêcherait que l'on procède à des discriminations positives en faveur de ceux dont l'activité se concentre vers la satisfaction des intérêts du plus grand nombre. En effet, l'acception moderne du principe d'égalité⁵² n'oblige-t-elle pas à rétablir la situation en faveur d'organisations susceptibles d'œuvrer pour la collectivité et l'intérêt général ? Il importe donc de dénoncer sans relâche l'application aveugle des règles de concurrence aux acteurs de l'ESS, qui les conduit le plus souvent à renoncer à leurs projets d'utilité sociale – pour rechercher une plus grande compétitivité – ou à banaliser leurs actions. Voilà précisément la raison pour laquelle, face à de tels risques, « les statuts, s'ils ne valent pas vertu »⁵³, nous semblent plus que jamais constituer le meilleur des remparts en révélant de façon intangible les motivations réelles des entrepreneurs. ■

43. I. Martinache, « Richesse et damnation ! », *Alternatives économiques* n° 399, mars 2020 ; E. Dacheux et D. Goujon, « Cohésion sociale et richesse économique », *Management & Avenir* 2013/7, n° 65.

44. L. n° 2014-856, préc., art. 1^{er}, 1, 2^o.

45. *BOFIP-Impôts*, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, préc., § 450.

46. J.-L. Thiébault, « Les travaux de Robert D. Putnam sur la confiance, le capital social, l'engagement civique et la politique comparée », *Revue internationale de politique comparée* 2003/3, vol. 10.

47. C. Durand, *Techno-féodalisme : critique de l'économie numérique*, Zones, 2020 ; v. égal. R. Godin, « Le capitalisme

numérique, un féodalisme des temps modernes », *Mediapart.fr*, 4 oct. 2020.

48. J.-L. Laville, « Démocratie et économie : éléments pour une approche sociologique », *Hermès, La Revue* 2003/2, n° 36.

49. M. Malaurie, « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992. Chron. 274.

50. F. Bloch-Lainé, « Identifier les associa-

tions de service social », *Recma* n° 251, 1994.

51. CE, *Rapport public sur le principe d'égalité*, La Documentation française, 1997, n° 48, p. 87.

52. Cons. const. 12 juill. 1979, décis. n° 79-107 DC ; CE 10 mai 1974, n°s 88032 et 88148.

53. C. Amblard, « "Statut ne vaut pas vertu", oui mais... », *Institut ISBL*, 30 avr. 2018.