

Chapitre III

Concurrence et fiscalité

3.1. La question fiscale

La concurrence est au cœur de la doctrine et de la jurisprudence fiscale applicable aux associations et plus généralement aux organismes sans but lucratif.

Non seulement c'est elle qui permet à l'administration d'identifier les activités associatives devant être considérées comme lucratives et soumises aux impôts commerciaux, au même titre que toute société commerciale, mais encore c'est elle qui doit primer sur tout autre enjeu sociétal, et notamment l'utilité sociale lorsque ces deux enjeux se retrouvent précisément en concurrence.

En d'autres termes, l'apparition d'un opérateur lucratif sur un marché donné jusque-là uniquement occupé par une ou plusieurs associations parce qu'insuffisamment rentable, est à elle seule susceptible de faire basculer ces dernières dans le champ des impôts commerciaux avec les conséquences économiques que cette soumission aura nécessairement sur elles et surtout indirectement sur les personnes qu'elles accueillent ou auxquelles elles rendent des services.

Ce principe n'est pas nouveau, mais il a connu plusieurs étapes et s'est sans doute renforcé avec le temps.

Au cours des Trente Glorieuses, il n'est pas certain que la question se soit réellement posée. Le secteur marchand est occupé à la reconstruction, à l'équipement des ménages et à l'investissement dans des secteurs d'avenir (l'aéronautique, le nucléaire...). La France connaît le plein emploi et la progression du pouvoir d'achat contribue à la résorption des inégalités.

Les associations déploient leurs activités traditionnelles : le sport, l'accompagnement périscolaire, l'éducation populaire, l'aide aux plus démunis, le secteur sanitaire, médico-social, l'accueil et l'accompagnement des handicapés, des personnes âgées et, depuis les lois sur les congés payés, le tourisme accessible à tous.

L'équilibre économique de ces associations repose à la fois sur le bénévolat, les aides publiques et une mutualisation des ressources émanant des usagers, ne laissant que peu de place à l'exclusion.

Le « monde des affaires » ne se préoccupe alors pas du « monde associatif », si ce n'est pour contribuer à son action. Un grand nombre de patrons ou dirigeants d'entreprise s'engagent en effet, pour des raisons politiques, philosophiques ou religieuses, soit dans des associations locales ou de quartier, soit dans de grands mouvements nationaux.

Les frontières entre les deux mondes sont relativement paisibles : sur le plan fiscal, peu de redressement, peu de jurisprudence. Chacun vit en quelque sorte sa vie sans se soucier de l'autre.

Sur le plan jurisprudentiel, le Conseil d'Etat fonde principalement ses décisions sur l'absence de recherche de profit, c'est-à-dire sur la définition juridique de l'association.

Jusqu'en 1960 en effet, les Hauts Magistrats écartent du champ de l'impôt sur les sociétés et de la taxe professionnelle, les associations qui pratiquent des tarifs inférieurs aux coûts des services rendus et où ne parviennent à l'équilibre que grâce à des subventions ou des dons.

La non lucrativité est alors synonyme de déficit chronique. Tout excédent est imposé, alors même qu'il est réinvesti dans le cadre d'activités désintéressées (cf. notamment CE 27 Mai 1946, n°73 016 ; 19 mars 1955, n°30685 ; 24 mai 1958 n°40 523).

Ce critère avait le mérite de la simplicité mais présentait toutefois le double inconvénient d'encourager des gestions dispendieuses et de peser sur les finances publiques.

Par une série d'arrêts s'étalant de 1958 à 1962, le Conseil d'Etat en vint donc à considérer que le caractère non lucratif d'une œuvre n'était pas remis en cause du seul fait de l'apparition d'excédents dès lors que ceux-ci n'étaient pas systématiquement recherchés et qu'ils étaient réinvestis dans l'œuvre (CE 31 décembre 1959, n°45383 ; 15 juin 1960, n°45 248 ; 15 mai 1961, n°34 4997).

Puis, le critère de la recherche systématique d'excédents fut abandonné à son tour au profit de celui des conditions dans lesquelles ceux-ci étaient apparus : avaient-ils été dégagés « *grâce à une administration conduite aux divers échelons, dans un esprit largement désintéressé et notamment grâce à des concours bénévoles ou peu rémunérés ?* » (CE 26 avril 1962 n°61 743 et 61 744).

A l'aube des années 1970, la philosophie du Conseil d'Etat s'articulait donc autour de deux éléments : l'origine des éventuels excédents et leur affectation à la mise en œuvre de l'objet de l'association.

Sur le plan doctrinal, le « traité de paix » fut institué, assez tardivement, en 1977 avec ce qui allait devenir la « doctrine des œuvres », une série de cinq critères cumulatifs produits par la jurisprudence.

La relecture de celle-ci comparée à celle des « 4P » est intéressante à plus d'un titre.

Le choix du vocable tout d'abord – « doctrine des œuvres » - ne laisse aucun doute sur la séparation des deux mondes. Les œuvres laïques ou les œuvres charitables ont peu de points communs avec l'univers de l'entreprise. Il s'agit ici de faire le bien bénévolement.

La doctrine fiscale des œuvres traduit cette orientation (BOI 4H-2-77) :

- « - L'activité exercée doit entrer strictement dans le cadre de l'activité désintéressée de l'association ou contribuer par sa nature et non simplement financièrement, à la réalisation de cet objet ;*
- La gestion de l'association ne doit procurer aucun profit matériel direct ou indirect aux fondateurs, dirigeants ou membres de cette dernière ;*
- La réalisation d'excédents de recettes ne doit pas être systématiquement recherchée ; (absence de recours à des méthodes commerciales) pratique de tarifs modérés, gestion équilibrée... ;*
- Lorsqu'ils existent, les excédents de recettes doivent être réinvestis dans l'œuvre elle-même ;*
- Enfin, l'activité doit présenter une certaine utilité sociale ».*

Le premier de ces critères se traduit, en droit des personnes morales, par le respect du principe de spécialité ; d'une part, une association, comme toute personne morale, voit sa compétence limitée à la réalisation de l'objet qui lui a été assigné par ses statuts, et d'autre part, elle doit mobiliser l'ensemble des moyens nécessaires à la mise en œuvre et à la réalisation de cet objet.

Le second critère a trait à la gestion désintéressée et à l'absence de tout partage, le troisième au fait que le but d'une association n'est pas la recherche de profit, notamment par le recours à des méthodes commerciales, et le quatrième, à l'obligation de réinvestir les éventuels excédents dans l'œuvre elle-même. Enfin et surtout, le respect du 5^{ème} critère impose que l'activité déployée présente une certaine utilité sociale.

Le mot concurrence n'apparaît pas : les deux fils conducteurs sont :

- le caractère désintéressé de l'entreprise et de ses promoteurs ; l'absence de recherche de profit ;
- l'utilité sociale de l'activité ; en quelque sorte que l'intérêt général inspire celle-ci et l'emporte sur toute autre considération.

Ces cinq critères paraissent inspirés par le bon sens, répondre à un certain pragmatisme et correspondre assez bien à la « summa divisio » apparue en 1901 entre les associations constituées dans un but autre que de partager les bénéfices et les sociétés commerciales dont la finalité, exclusive à l'époque, consiste à l'inverse, à les rechercher en vue de se les partager.

Malheureusement, la doctrine des œuvres ne définit pas l'utilité sociale, pas plus que l'intérêt général. On eut pu imaginer que l'on s'inspire de certaines valeurs de notre République : la solidarité par exemple. La recherche et la mise en œuvre de ces valeurs auraient alors prévalu sur tout autre critère dans la définition de la non lucrativité.

Il n'en fut rien, et très tôt, le ver se glissa dans le fruit.

Dès 1973, dans le cadre d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat à propos d'une clinique gérée par une association, le commissaire du Gouvernement, Delmas Marsalet définissait le critère de la non lucrativité :

« Celui qu'on peut tirer de la couverture de besoins qui ne sont pas normalement ou suffisamment pris en compte par le marché (...).

Qu'est-ce qu'en effet qui peut être moins lucratif dans la société actuelle, que de pallier les insuffisances de l'économie de marché, que ce soit en fournissant dans des conditions alors nécessairement désintéressée des services qui ne sont pas assurés par le marché, faute d'être rentables, ou que ce soit en pourvoyant aux besoins que ceux que le marché délaisse parce que leurs ressources, trop modestes, n'en font pas des clients intéressants (CE 30 novembre 1973, n°85 586 et 85 598). ».

L'existence ou non d'une concurrence - d'un marché devenait centrale dans la détermination de la lucrativité ou de la non lucrativité d'une association et en particulier dans l'appréciation de ce qui allait devenir de « l'utilité sociale ».

Même si parallèlement ou ultérieurement le Conseil d'Etat et les juridictions administratives s'efforcèrent à plusieurs reprises d'adopter une approche circonstanciée de la place des associations sur un marché donné (par exemple à propos du restaurant d'un foyer de jeunes travailleurs, CE 12 juillet 1969 ; à propos d'une maison de retraite, CE 24 novembre 1979 ; à propos d'un magasin de vêtements, CAA Nancy 4 février 1993), le ou les critères retenus portaient toujours sur la comparaison avec des opérateurs lucratifs.

Les crises économiques et l'évolution de l'idéologie européenne allaient pourtant finir de donner le « la ».

Les crises qui se succédèrent à partir des deux chocs pétroliers de 73 et 79 produisirent une série d'effets indésirables sur le secteur associatif. Elles induisirent notamment l'apparition d'une concurrence lucrative émanant d'opérateurs en quête de nouveaux débouchés ; phénomène abondamment démontré dans le présent rapport.

Cette apparition entraîna, au milieu des années 1990, des plaintes de la part d'opérateurs lucratifs ou de leurs lobbies qui entraînèrent elles-mêmes d'importants contrôles fiscaux dans les secteurs du tourisme, de l'éducation populaire, de l'insertion, ou médico-social, contrôles trop nombreux pour ne pas avoir été initiés et/ou coordonnés par l'administration centrale.

C'est cette vague de contrôles qui déboucha sur des négociations entre cette dernière et le Conseil National de la Vie Associative, aboutissant elles-mêmes aux instructions du 15 septembre 1998 et du 2 février 1999.

L'impérium de l'ordo-libéralisme qui allait s'imposer progressivement à Bruxelles eut naturellement une traduction fiscale directe dans chaque Etat.

Jusque dans les années 1980, l'intervention de l'Etat notamment en matière de politique industrielle et la politique concurrentielle, parvenaient à s'équilibrer, bon an mal an, dans un bras de fer continu entre la France et l'Italie défenseuses de la première et l'Allemagne, promoteur de la seconde.

Cet équilibre s'était notamment traduit dans la rédaction ambiguë de l'article 86 (ex article 90) du Traité de Rome :

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. ».

Mais le volontarisme allemand devait bientôt l'emporter en imposant la primauté de la direction de la concurrence sur celle de l'industrie, partant du postulat libéral selon lequel la concurrence et le libre marché sont les seuls vecteurs du bien-être des peuples.

Dès 1961, le Directeur Général de la Direction de la Concurrence de la Commission Européenne écrivait :

« Il convient de réprimer avec la même fermeté et avec le même principe, les différentes pratiques gouvernementales ou privées qui tendent à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence et qui ont des répercussions analogues sur l'économie. ».

Dès lors, comme le démontre fort pertinemment Frédéric Marty, l'Etat n'est plus là pour faire prévaloir quelques mécanismes de solidarité que ce soit, ni pour suppléer ou faire suppléer par les associations, aux carences du marché, il doit contribuer à la création de nouveaux marchés partout où cela est possible.

Le statut juridique de l'entreprise, public, commercial ou associatif, ne doit pas interférer, ce qui importe c'est l'activité industrielle ou commerciale développée par l'entreprise. Dès lors que celle-ci existe, un marché doit exister, s'il n'existe pas, il s'agit de le créer.

Cette évolution idéologique qui s'opère véritablement au milieu des années 80, trouve sa traduction dans l'acte unique européen de 1986.

Sur le plan fiscal, même si la commission européenne n'est jamais parvenue à imposer un taux unique d'imposition des entreprises, la philosophie qui devait présider à cette dernière s'impose rapidement à tous les Etats.

En France, sa déclinaison se traduit donc par la parution des instructions de 1998 et 1999²⁶, faisant glisser le critère de soumission à l'impôt sur les sociétés de l'absence de recherche et de partage de bénéfices (doctrine des œuvres), à l'absence de toute concurrence commerciale (règle des « 4 P »).

Si la gestion désintéressée demeure un critère important, en pratique, sa portée reste limitée dans la mesure où la très grande majorité des associations se conforme à cette règle.

L'appréciation de la situation concurrentielle de l'organisme arrive donc immédiatement après, en seconde position ; même si celle-ci doit être effectuée à un niveau fin, la question centrale consiste à savoir non pas si l'association met en œuvre des mécanismes de solidarité ou permet à des personnes de se réinsérer par le travail ou d'accéder à la culture ou à des loisirs dans des conditions favorables au plus grand nombre, mais si le public, (c'est-à-dire le consommateur) peut indifféremment s'adresser à une structure lucrative ou non lucrative, en un mot ; si l'association se trouve sur un marché concurrentiel.

²⁶ Reprise par une instruction de 2006, puis aujourd'hui découpée en une jungle de BOI

Heureusement, la démonstration ne s'arrête pas à ce stade et si la réponse est positive à cette première question, il convient de passer à l'appréciation de l'utilité sociale de l'activité.

Seulement, les mots sont trompeurs - ou dévoyés - cette utilité sociale n'est pas retenue en ce qu'elle permettrait de faire prévaloir par exemple le travail d'insertion réalisé ou la mutualisation des coûts mis en œuvre afin de permettre au plus grand nombre d'accéder aux services mais une nouvelle fois, à partir d'éléments de comparaison avec les offres de la concurrence commerciale.

✓ Premier « P » : le produit :

« Est d'utilité sociale l'activité qui tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante. ».

Le critère est donc celui de l'existence ou non d'une offre concurrente : tel est bien ce que réclamait le MEDEF dans un rapport de 2002 : les associations n'ont droit de cité qu'en deçà des frontières du marché.

✓ Deuxième « P » : le public bénéficiaire

« Sont susceptibles d'être d'utilité sociale les actes payants réalisés principalement au profit de personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale (chômeurs, personnes handicapées notamment, etc.). ».

Autrement dit : les services rendus à des personnes « que le marché délaisse » parce qu'insuffisamment rentables.

L'utilisation de l'adverbe « principalement » est riche de sens. Il signifie que l'association doit s'adresser majoritairement à ces publics, sans pouvoir faire de péréquation avec l'accueil d'autres personnes, permettant d'équilibrer les comptes à une époque où les budgets publics subissent les contraintes que nous leur connaissons.

✓ Troisième « P » : le prix

« Les efforts fait par l'organisme (sur les prix) pour faciliter l'accès du public se distinguent de ceux accomplis par le secteur lucratif... ».

La comparaison des tarifs avec ceux du secteur lucratif démontre une nouvelle fois que l'existence ou non d'une concurrence commerciale constitue le critère déterminant.

✓ Quatrième « P » : la publicité

Enfin, le recours ou non à des pratiques commerciales, et notamment à de la publicité, clôt la démonstration du fait que le critère fiscal discriminant de la non lucrativité est bien l'existence ou non - en pratique - d'une concurrence lucrative.

Le présent rapport démontre, s'il en était besoin, les effets négatifs que peut avoir l'existence de cette concurrence sur un certain nombre de populations et son incidence sur le développement de nombreuses fractures sociales.

L'assujettissement aux impôts commerciaux ne peut qu'accentuer ce phénomène en alourdissant les charges de l'association et en faisant supporter la TVA aux usagers, du moins pour les prestations non exonérées.

Outre le fait que des associations peuvent ainsi, comme un certain nombre de mutuelles, se retrouver non lucratives sur le plan juridique et lucratives sur le plan fiscal, de nombreuses simulations ont été réalisées sur cet impact, en déduisant la taxe sur les salaires et en ajoutant le différentiel de TVA, l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun (même pour de faibles montants) et la contribution économique territoriale. Toutes concluent à un surcoût pour l'association.

Ainsi, en soi, l'application de la fiscalité de droit commun aux associations ne peut qu'accentuer le phénomène décrit dans le présent rapport.

Il convient ici d'évoquer un autre aspect de la problématique fiscale, présente à plusieurs reprises lors des auditions du HCVA. Il s'agit de l'impact du développement, dans un « secteur distinct », d'activités lucratives par une association.

Un des exemples est fourni par les modalités de fonctionnement de l'Association AFM Téléthon dont l'objet est principalement la recherche pure concernant certaines maladies rares.

Pour ce faire, cette association est financée essentiellement par la générosité du public (le Téléthon), par certaines subventions et par le recours au mécénat.

Il arrive naturellement que l'AFM mette au point des brevets et qu'elle les vende à des laboratoires lesquels les exploiteront à des fins commerciales dont les résultats seront soumis à l'impôt.

Considéré comme une recette lucrative, le produit de ces ventes est imposé chez l'association à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun dès le premier euro, avant que le solde puisse alimenter la recherche pure que, par ailleurs, l'Etat n'a pas les moyens de prendre en charge.

Le motif invoqué pour cette imposition est naturellement que la vente de brevets est une activité concurrentielle.

Il pourrait toutefois être imaginé une approche moins dogmatique, par laquelle l'Etat pourrait compenser son incapacité à prendre en charge la recherche, par une exonération de l'impôt sur les sociétés sur les recettes provenant de la vente de brevets ou du moins une imposition atténuée qui tienne compte de l'affectation de celle-ci à la recherche pure, c'est-à-dire somme toute à une œuvre d'intérêt général.

La même démonstration pourrait être déployée dans d'autres secteurs d'activité dans lesquels le développement de prestations lucratives accessoires a juste pour fonction de permettre à l'activité non lucrative de se pérenniser.

A ce stade, le HCVA considère que le fait de retenir la situation de concurrence comme principal critère d'assujettissement aux impôts commerciaux procède d'un choix idéologique qui n'est pas pertinent car de nature à alourdir les charges d'associations œuvrant réellement en faveur de l'utilité sociale et de la cohésion de notre pays.

D'autres choix sont possibles ; le recours à d'autres critères permettrait sans doute de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers d'entreprises concurrentes et de leurs actionnaires.

Nous évoquons les valeurs et principes de notre République. Parmi ces derniers, qui oserait contester ceux posés par le Conseil National de la Résistance, en pleine Seconde Guerre Mondiale, le 15 mars 1944 : l'ensemble des mouvements, partis ou tendances politiques regroupés par celui-ci était décidé à rester unis après la libération afin notamment de promouvoir les réformes indispensables (...) sur le plan économique à : « *une organisation rationnelle de l'économie assurant la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général et affranchie de la dictature professionnelle instaurée à l'image des Etats fascistes.* ».

Les Etats fascistes n'ont fort heureusement plus place en Europe. En revanche, le HCVA estime qu'il ne serait peut-être pas inutile de s'affranchir d'une certaine forme de dictature de la concurrence qui s'avère nuisible à certaines catégories de la population et d'en revenir à une approche plus concrète et moins idéologique de la concurrence et de l'intérêt général.

La jurisprudence de la CJCE, puis de la CJUE, nous donne par ailleurs de nombreux exemples d'une telle approche, notamment en matière d'aides d'Etat. Ces décisions s'appuient notamment sur les 49, 52, 56 et 58 du TFUE.

Un premier exemple est donné par l'arrêt Sodemar de la CJCE du 17 juin 1977 (aff. C-70/95) à propos d'une loi italienne réservant à des organismes privés non lucratifs le bénéfice de certains agréments ouvrant droit à des remboursements :

« A cet égard, il y a lieu de constater que, en l'état actuel du droit communautaire, un Etat membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale, tel que celui en cause au principal implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif. ».

Ou encore l'arrêt Azienda Sanitaria locale de la CJUE en date du 11 décembre 2014 (aff. C-113/13) à propos de l'affectation à une association d'un marché de transport sanitaire au motif que celui-ci devait être confié à une entité recourant à des bénévoles :

*« les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, telle que celle en cause au principal, prévoit que la fourniture des services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême urgence doit être confiée par priorité et par voie d'attribution directe en l'absence de toute publicité, aux organismes de bénévolat conventionnés, pour autant que le cadre légal est conventionnel dans lequel se déploie l'activité **de ses organismes contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée.** ».*

Il est donc inexact de prétendre que la législation européenne s'opposerait à toute loi étatique faisant prévaloir d'autres critères que la concurrence pour apprécier l'utilité sociale de certaines activités associatives.

D'autres chapitres du présent rapport traitent abondamment des concepts de SSIG et/ou SIEG et de leur utilisation dans notre pays.

S'appuyant sur ces différents éléments, le HCVA recommande ainsi de faire évoluer la doctrine fiscale actuelle afin de retenir comme critère principal, outre celui de la gestion désintéressée de l'organisme, sa réelle utilité sociale, c'est-à-dire l'impact réel de son action sur le bien-être des populations accueillies ou bénéficiaires de ses prestations.

L'utilité sociale d'une association pourrait ainsi être évaluée à partir de l'impact social de son action et non plus de la seule question de savoir si l'association exerce ou non une activité concurrentielle.

Le HCVA propose également de remplacer au BOFIP (boi-is-champ-10-50-10-10) la règle des « 4P » par les règles suivantes :

- « est d'utilité sociale, l'activité qui tend à satisfaire un besoin d'intérêt général auquel l'application des règles de la concurrence serait susceptible de faire échec, en droit comme en fait ;

- sont susceptibles d'être d'utilité sociale, les actes payant s'inscrivant dans une logique de mutualisation entre différents publics, de telle sorte que puissent y avoir accès les personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers. ».

Il est en outre proposé d'ajouter deux dispositions au Code général des impôts :

A l'article 206-1 bis, après l'alinéa 1 un alinéa rédigé comme suit :

« Par dérogation, les excédents dégagés par les activités lucratives accessoires d'une association ayant mis en place une sectorisation – sur option – sont soumis à une imposition à taux réduit dès lors qu'ils sont affectés en totalité à l'activité d'intérêt général de l'association ».

A l'article 219 bis un II ainsi libellé :

« II.- Par dérogation aux dispositions de l'article 219, le taux de l'impôt sur les sociétés est fixé à 10 % en ce qui concerne les revenus visés au 1 bis, alinéa 2 de l'article 206, perçus par les établissements publics, associations et collectivités sans but lucratif. ».

Dans le cadre de la mutualisation de moyens d'intérêt commun (fonctions supports, locaux, salariés... notamment en incitant à la construction de groupements d'employeurs) évoqué plus haut, le risque d'assujettissement à la TVA des remboursements de charges, opérés même à prix coûtant, par des associations par ailleurs exonérées de TVA sur leurs activités est réel. C'est pourquoi, le HCVA demande instamment que ce problème soit revu à l'occasion de la prochaine loi de finances. A défaut, il serait vain d'inciter à des coopérations ou mutualisations de moyens entre associations.

Enfin, et afin de favoriser une mutualisation financière privée au sein de chaque organisme et de compenser ainsi la diminution des financements publics, il convient, le Haut Conseil renouvelle sa proposition de modifier le § 140 alinéa 2 de la doctrine BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10, en supprimant l'adverbe « significativement » dans la phrase « Il est en outre nécessaire que l'activité non lucrative demeure significativement prépondérante ».

3.2. La lucrativité limitée

La question centrale de la concurrence pose de manière assez logique la nécessaire interrogation du régime fiscal appliqué au secteur associatif mais plus précisément de la place laissée au principe de non lucrativité, véritable ADN du secteur et qui continue de cliver les secteurs, le secteur marchand lucratif versus le non marchand non lucratif.

Pour autant, et les développements qui précèdent l'ont mis en évidence, une porosité assumée par certains, revendiquée par d'autres, fantasmée par beaucoup semble désormais s'imposer.

La frontière entre les deux mondes confortablement assise pendant des décennies sur la nature du régime juridique appliqué à chaque opérateur est désormais caduque.

Les raisons ne manquent pas et elles sont multiples. On se bornera à relever du côté secteur marchand, notamment dans un souci d'attractivité et d'adhésion à des valeurs partagées de la clientèle et des partenaires comme des ressources humaines de l'entreprise, l'effort de faire émerger une forme de société commerciale plus vertueuse, plus responsable, voire moins libérale, quant au même moment, le secteur non lucratif s'efforce de prouver son professionnalisme et son expertise en revendiquant son rôle d'acteur sociétal majeur et donc d'acteur économique plein et entier.

Aussi vont apparaître au cours des récentes années et à l'aune de cette modification de paradigme des formes hybrides d'entrepreneuriat. On peut schématiquement dessiner 4 grandes étapes dans l'évolution de l'environnement juridico-économique de ces structures.

Tout d'abord, en 2001, l'introduction par la Loi sur les Nouvelles Régulations Économiques de la Responsabilité Sociale des Entreprises (dite Loi NRE) ; cette dernière se révélera à l'usage dans de nombreuses entreprises un prétexte à un vernis social quand d'autres s'efforceront d'agir selon un code de conduite un peu plus respectueux des parties prenantes.

En 2005, la loi dite « Jacob-Dutheil » introduit quant à elle la capacité des fondations à devenir de véritables actionnaires d'entreprises traditionnelles ; beaucoup avaient misé sur un prétendu engouement des entreprises à transmettre leur actionnariat à un organisme d'intérêt général ; là encore, cette initiative ne résistera pas à l'épreuve d'une réalité toute autre ; la complexité du fonctionnement et les conditions posées par les textes rendront une nouvelle fois cette possibilité peu utilisée, se résumant à quelques transformations, réussies par ailleurs. En 2014, la loi dite « Hamon » va bousculer le paysage en introduisant les Entreprises Solidaires d'Utilité Sociale (ESUS).

L'objectif est de reconnaître, entre autres, à certaines entreprises commerciales une capacité à remplir, au-delà du seul intérêt capitalistique de leurs actionnaires ou associés, un objectif d'utilité sociale. Ce véritable label, accordé à celles qui remplissent les conditions requises, permet à ces structures d'accéder à des financements privilégiés.

Si le ressort du dispositif est louable, là encore les résultats ne sont pas à la hauteur des ambitions, probablement parce qu'une nouvelle fois les initiateurs de ce projet n'ont pu aller au-delà du cadre juridique et n'ont pas posé notamment les bases d'un traitement fiscal adapté qui aurait pu donner véritablement naissance à un statut de lucrativité limitée.

Enfin, en 2019, la loi « Pacte » rajoutera au mille-feuille juridique d'une part, une nouvelle structure, le fonds de pérennité, et d'autre part, un avatar de l'entreprise commerciale en lui permettant de se doter d'une mission autre que le seul enrichissement de ses actionnaires ou associés, les entreprises dites à mission.

Ces quelques exemples pris sur les deux dernières décennies illustrent les tentatives de jeter des ponts entre les deux mondes, même si certaines sociétés n'ont attendu ni une modification de la loi ni la création d'un nouveau statut ou label - souvent difficile et coûteux à entretenir - pour intégrer à leur mission sociale une mission au service du bien commun engageant l'ensemble de ses membres associés, actionnaires et salariés.

Force est malgré tout de constater le relatif échec du développement de ces structures même si pour les deux dernières leur mise en œuvre est trop récente pour en juger objectivement.

Sur ces sujets, la France est encore bien loin de l'engouement outre Atlantique pour ce type de structures hybrides où la certification « B-corp » permet de labelliser des entreprises responsables (label accessible en France depuis 2015 mais lors des auditions ayant précédé la loi Pacte, plusieurs entrepreneurs et entreprises avaient argué de l'effet trop contraignant de la certification nécessitant un score de 80 points sur 200 à 300 questions concernant la gouvernance, les collaborateurs, la communauté ou encore le modèle économique...), et où plus de 2000 « benefit corporations » sont actives depuis les années 2010 ; au Royaume Uni, ce sont 12 000 « Community interest companies » qui agissent ; en Belgique, 1000 sociétés à finalité sociale se sont créées au cours des dernières années et la liste des pays qui se sont dotés de structures juridiques hybrides pourrait encore s'allonger !

On comprend aisément que le débat soit posé dans notre pays.

Par-delà les actions de mécénat menées en interne ou la création de fondations d'entreprises externes, la revendication de plus en plus assumée du secteur marchand de se doter d'une finalité propre autre que strictement financière pose en effet la question de l'émergence de nouvelles formes d'entrepreneuriat qui, au-delà du monde de l'Économie Sociale et Solidaire dans lequel il ne se retrouve pas nécessairement, nécessite de s'interroger sur les conséquences d'une lucrativité limitée qui leur serait ainsi reconnue.

En effet, elle supposerait probablement d'accorder à ces entreprises l'accès à des besoins jusqu'à présent couverts par le seul secteur associatif, voire à des avantages réservés à ce dernier sans pour autant en respecter les caractéristiques. Cette concurrence nouvelle viendrait assurément fragiliser un peu plus les associations.

Preuve en est, la demande insistante des entreprises commerciales labellisées ESUS d'être éligibles au régime du mécénat en pouvant émettre des reçus fiscaux.

Accéder à cette revendication serait mettre à bas ce qui fait l'essence même des structures associatives, ce qui constitue leur originalité et leur unicité : le caractère désintéressé de leur gestion.

Si elles n'ont certes pas le monopole de l'intérêt général, les structures non lucratives et à gestion désintéressée que sont la plupart des associations reposent sur un modèle économique spécifique. Ayant développé un savoir-faire et une expertise désormais reconnues par l'Etat comme par le monde académique et échappant du fait de leur non-lucrativité aux pressions de rentabilité du secteur marchand, ces structures, maillon indispensable au maintien comme au renforcement de la cohésion sociale, sont à l'origine de bon nombre d'expérimentation et de solutions innovantes que ce soit sur le territoire où elles opèrent, au niveau national ou bien à l'international.

Alors que les débats sur l'intérêt général sont souvent, à tort et au détriment d'une vision plus globale et stratégique, tournés exclusivement vers la mesure à court terme de l'impact des actions menées, il est essentiel de rappeler que les avantages, notamment fiscaux, dont bénéficient les associations et leurs donateurs ne trouvent pas leur justification dans le seul impact de l'action de celles-ci au profit des causes d'intérêt général mais bien dans leur manière exclusivement désintéressée d'agir.

En effet, au-delà des effets et du domaine dans lequel s'exerce l'activité de l'association, la pierre angulaire de l'intérêt général légitimant la renonciation à l'impôt consentie par l'Etat réside en réalité dans leur manière d'agir, selon les trois critères cumulatifs suivants formant une distinction philosophique nette entre organisme d'intérêt général et société du secteur marchand :

- a) l'organisme ne doit pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes (*i.e.* son objet ne doit pas être fermé et assurer uniquement la défense ou l'intérêt de ses membres, ce premier critère de l'intérêt général interdisant par exemple formellement à une fondation d'entreprise de restreindre ses actions aux salariés, partenaires ou clients de l'entreprise fondatrice) ;
- b) l'organisme doit faire l'objet d'une gestion désintéressée, l'administration fiscale considérant que ce critère est rempli si :
 - l'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation (sauf tolérance administrative lorsque la rémunération ne dépasse pas 3/4 SMIC ou exception légale alternative visée à l'article 261-7-1° du CGI pour les organismes ayant d'importantes ressources) ;
 - l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit (les bénéfices devront donc impérativement être réaffectés à l'exécution des missions de l'organisme) ;
 - les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, et donc se voir attribuer le produit de la liquidation de l'organisme si celui-ci venait à être liquidé.
- c) l'organisme ne doit pas être fiscalement lucratif, sachant que si la gestion est désintéressée, le caractère lucratif d'un organisme ne pourra être constaté que si celui-ci concurrence un organisme du secteur lucratif et il conviendra alors de se livrer à l'examen de quatre critères successifs pour juger de sa lucrativité fiscale, selon la méthode du faisceau d'indices appelée règle des « 4 P » (produit, public, prix, publicité, auxquels s'ajoute un cinquième critère tenant à la façon dont l'organisme gère les excédents).

L'association, mais également la fondation et le fonds de dotation ne sont ainsi autorisés à agir qu'au-delà de l'intérêt de leurs membres, tandis que les entreprises de l'ESS et ESUS, tout en ayant une « utilité sociale », visent un mode d'entreprendre permettant de poursuivre une activité lucrative et de distribuer des dividendes. Quant à l'entreprise à mission nouvellement créée, malgré une action également tournée vers le bien commun, elle est totalement lucrative et à gestion intéressée.

Plus encore, et contrairement aux entreprises de l'ESS et ESUS et aux entreprises à mission, les associations ne sont, si elles souhaitent conserver leur caractère désintéressé et non lucratif qui sont une composante fondamentale de leur modèle économique, autorisées à développer des activités lucratives que dans un cadre précis et extrêmement limité (leur activité lucrative sectorisée ne doit en effet pas générer plus de 20% - 25% de leurs ressources annuelles, faute de quoi elle contaminerait leur statut d'intérêt général).

Les besoins croissants auxquels elles doivent répondre, la baisse des financements publics, le remplacement de la subvention par la commande d'une prestation dans le cadre d'un contrat de marché public faisant suite à une mise en concurrence ont incité les associations à proposer leurs services en même temps à des populations solvables (qui acquittent donc la prestation) et à des populations non solvables (auxquelles la prestation est donc « offerte »). De cet équilibre - qui a également pour vertu le développement de la mixité sociale au sein des personnes bénéficiant d'un service - dépend la survie économique de bon nombre d'associations agissant notamment dans le secteur social.

Or les travaux menés par la HCVA ces dernières années ont montré que l'apparition d'une concurrence lucrative sur des secteurs d'activités non lucratifs réduisait la capacité de mutualisation essentielle au secteur associatif et induisait soit une diminution de l'ampleur ou de la qualité du service rendu par l'association, soit une exclusion pure et simple de l'accès auxdits services des personnes ne disposant pas de ressources suffisantes pour pouvoir en bénéficier. Dans son rapport intitulé *Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d'entreprise*, le HCVA relatait en effet l'audition, en 2017, du dirigeant du plus grand groupe d'entrepreneuriat social français, dont le nombre important d'EPHAD parvenait à accueillir des personnes aux ressources très variées. A la question de savoir si son groupe disposait de services aux personnes âgées à domicile, il avait répondu que ce type d'activités n'était pas suffisamment rentable.

Préserver notre cohésion sociale passe en conséquence également par l'attention portée à la sécurité juridique et au maintien d'une cohérence entre statut et mission.

En revanche, il convient de bien mesurer les conséquences opérationnelles des tentatives de définition de l'ESS actuellement en gestation. En effet, l'absence de reconnaissance au niveau européen du secteur de l'ESS amène un certain nombre d'acteurs à tenter légitimement de le définir.

D'aucuns souhaiteraient faire émerger la notion de structures à lucrativité limitée susceptible d'englober tant les associations, fondations, fonds de dotation que les coopératives, les mutuelles, les entreprises sociales, les ESUS...

Cette tentative ne résiste pas à l'analyse juridique en droit français.

On peut le regretter mais sauf à bouger les lignes, il est impossible d'assimiler les associations qui par construction sont des structures sans but lucratif (c'est à dire susceptibles d'avoir des excédents recettes mais dans l'impossibilité absolue de les partager autrement dit de les redistribuer et qui de surcroît doivent être gérées de manière désintéressée). A la différence par ex des coopératives ou de certaines ESUS sous forme commerciale qui peuvent distribuer, certes sous des conditions restrictives et contraignantes, mais qui bénéficient malgré tout de cette possibilité.

Considérer les associations comme une structure à lucrativité limitée revient à créer un magnifique oxymore juridique !

Dès lors la définition de l'ESS gagnerait bien au contraire à couvrir d'une part, les entités sans but lucratif et d'autre part, celles à lucrativité limitée.

Faut-il pour autant écarter sans autre forme de procès la question de la lucrativité limitée ?

Nous ne le pensons pas et les travaux menés dans le cadre de l'élaboration de cet avis ont démontré la nécessité d'apporter une réponse construite, cohérente et porteuse d'une véritable vision politique au-delà des « gadgets » législatifs récents.