

CHRONIQUES

Sociétés et autres groupements

Sociétés civiles, associations et autres groupements

David Hiez
Professeur de Droit privé
à l'université du Luxembourg

L'association européenne transfrontalière : une nouvelle tentative pour intégrer l'association dans le paysage juridique européen

La Commission européenne a pris le courage de proposer l'adoption d'un nouveau texte en droit des groupements, alors qu'on sait que les grands textes juridiques ne sont plus à l'ordre du jour et que l'échec des propositions sur la société privée européenne et la société unipersonnelle à responsabilité limitée a marqué la Commission. Pourtant, tandis que de nouvelles voix se font entendre pour relancer une société européenne simplifiée, c'est en matière associative que la Commission a fait une proposition de directive¹. Ce choix peut s'expliquer par l'intérêt ravivé de l'Union euro-

péenne (UE) pour l'économie sociale², conforté en cela par les organisations internationales³. Qui plus est, elle sait pouvoir compter sur le Parlement européen, qui le lui a expressément demandé dans une résolution de 2022⁴.

La proposition de la Commission s'inscrit dans une histoire⁵ également marquée par des enthousiasmes passés et des rebuffades. L'idée d'une forme européenne pour l'association remonte aux années 1980, avec les premières initiatives en faveur de l'économie sociale⁶, ce qui a conduit la Commission à pré-

1

- (1) Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux associations transfrontalières européennes, Bruxelles, le 5 oct. 2023, COM(2023) 516 final : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52023PC0516>.
- (2) D. Hiez, 2011-2021 : D'une communication de la Commission européenne à l'autre, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2022, n° 3, p. 40-53.
- (3) OIT (Organisation Internationale du Travail), Résolution concernant le travail décent et l'économie sociale et solidaire, 10 juin 2022 : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848645.pdf ; OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), Recommandation du Conseil sur l'économie sociale et solidaire et l'innovation sociale, 10 juin 2022 : <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0472>.
- (4) Résolution du Parlement européen du 17 févr. 2022 contenant des recommandations à la Commission sur un statut pour les associations et organisations à but non lucratif européennes transfrontalières (2020/2026(INL)) : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0044_FR.html. Il se basait not. sur K. Müller with the collaboration of M. Fernandes, *A statute for European cross-border associations and non-profit organisations : European added value assessment*, European Parliamentary Research Service, May 2022 : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662630/EPRS_STU\(2021\)662630_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662630/EPRS_STU(2021)662630_EN.pdf), ainsi que sur le conseil économique et social européen, traditionnellement favorable aux initiatives en matière d'économie sociale.
- (5) T. Wöffen, *European association : The Political Debate and Basic Legal Questions*, 2018, 17 p.
- (6) N. Fontaine, *Report on Non-Profit Making Associations in the European Community*, Appendix 3.7 of the *International Associations Statutes Series* vol. 1, UIA eds (1988) : <https://uia.org/archive/legal-status-3-7> ; E. Alfandari et M. Jeantin, *Le projet d'association européenne*, JCP 1988. 101554.

senter en 1992 une proposition de règlement sur le statut d'association européenne⁷. Il semble toutefois qu'à cette époque l'initiative bénéficiait de trop peu de soutien étatique et des organisations concernées, alors que des États forts marquaient leur opposition, tels le Royaume-Uni et l'Allemagne⁸. La proposition de règlement faisait finalement les frais de la volonté de ménage de la Commission dans ses vieilles casseroles et était expurgée du programme de la Commission en 2005⁹, aux regrets du conseil économique et social¹⁰. La Commission tourna le regard vers la fondation européenne¹¹ mais n'alla pas jusqu'à une proposition de texte. Le plan d'action de 2021 marque surtout un changement dans les orientations procédurales de la Commission, celle-ci y privilégiant alors des initiatives moins normatives. Cette stratégie plus modeste n'est toutefois pas unique et la Commission suit donc aussi, comme elle le démontre ici, la voie réglementaire plus traditionnelle. Il n'est pas question de faire un quelconque pronostic sur les chances de succès de

l'initiative, mais il faut au moins noter que le contexte est totalement différent de celui des années 1990-2000¹².

La question classique de la compétence de l'UE et du choix du fondement juridique de son intervention prend ici une couleur particulière. En effet, elle s'inscrit, avec ses différences, dans la lignée des interventions en vue de la création de groupements européens et d'harmonisation du droit des sociétés. Les trois groupements de droit privé européen (groupe européen d'intérêt économique, société européenne, société européenne coopérative) ont été instaurés sur le fondement de l'ancien article 235 du traité des Communautés européennes, devenu article 352 TFUE, la Commission ayant considéré que le traité ne fournissait pas de fondement juridique autre pour l'intervention de l'Union. Or, ce fondement impose l'unanimité du Conseil. Le droit des sociétés a par ailleurs fait l'objet d'un mouvement continu d'harmonisation sur des aspects particuliers¹³ par l'adoption de directives fondées, quant

- (7) Proposition de règl. (CEE) du Conseil portant statut de l'association européenne, présentée par la Commission le 6 mars 1992, COM(91) 273final : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0273\(01\)&from=en](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0273(01)&from=en) ; B. Lecourt, Rép. sociétés, v° « Droit des sociétés de l'Union européenne », 2021, spéc. n° 247.
- (8) L. Fraisse, et J. Kendall, Le statut de l'association européenne : Pourquoi tant d'indifférence à l'égard d'un symbole d'une politique européenne des associations ?, RECMA (Revue internationale de l'économie sociale) 2006, n° 300, p. 45-61 ; O. Gjems-Onstad, The proposed European Association : a symbol in need of friends ?, *Voluntas* 1995, n° 6, p. 3-21.
- (9) Communication de la commission au conseil et au Parlement européen : Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur, 27 sept. 2005, COM(2005) 462 final : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0462:FIN:en:PDF>.
- (10) Communication du Conseil économique et social présentée au nom du Bureau par M. Jean-Marc Roirant au nom de la délégation pour l'Union européenne, Séance du Bureau du 10 juin 2008 : https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2008/2008_20_jean_marc_roirant.pdf.
- (11) H. Anheier, W. Ebke, K. Hopt, E. Reimer, V. Then, T. Vahlpahl, T. Von Hippel, *Feasibility study on a European Foundation statute : Final Report*, Centre for Social Investment at the University of Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2009 : http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/18688/1/feasibilitystudy_en.pdf.
- (12) T. Wöffen, Überlegungen zur Einführung der Rechtsform des europäischen Vereins, *Newsletter für Engagement und Partizipation in Europa*, juill. 2017 : https://www.b-b-e.de/fileadmin/Redaktion/05_Newsletter/02_Europa_Newsletter/2017/enl-7-17-woeffen-beitrag.pdf ; M. Schwärzel, A study in perseverance... The timeline of initiatives towards a European statute for associations, *Heinrich Böll stiftung*, 31 oct. 2022 : <https://eu.boell.org/en/2022/10/31/study-perseverance-timeline-initiatives-towards-european-statute-associations> ; M. Schwärzel, Bolstering European civil society ! Making the case for a European Association Statute, *Heinrich Böll stiftung*, 31 oct. 2022 : <https://eu.boell.org/en/2022/10/31/bolstering-european-civil-society-making-case-european-association-statute> ; C. Pütz, interview de Sergey Lagodinsky, Il est temps d'envisager un droit européen des associations, *Heinrich Böll stiftung*, 20 oct. 2022 : <https://fr.boell.org/fr/2022/10/18/il-est-temps-d-envisager-un-droit-europeen-des-associations>. Pour les avis sur la consultation lancée par la Commission en 2022 : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13538-Marche-unique-Proposition-d-initiative-legislative-sur-les-activites-transfrontieres-des-associations/feedback_fr?p_id=31366413&page=4.
- (13) En dernier lieu : dir. (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1132>.

à elles, sur les articles 49, 50 et 54 TFUE, donc soumises à la procédure ordinaire qui dispense de l'unanimité des États membres. C'est également cette base juridique qui a été choisie par la Commission européenne pour ces dernières propositions de directive tendant à la création de société à dimension européenne¹⁴. Ces deux propositions ont toutefois dû être retirées en raison de l'opposition du Parlement, chaque fois en raison de ses préoccupations liées aux relations sociales et au droit du travail¹⁵. La présente proposition reprend le fondement des articles 50 et 54 TFUE, auxquels est adjoint l'article 114 TFUE. La Commission justifie ce choix en arguant que la directive poursuit le double objectif de faciliter la liberté d'établissement des associations à but non lucratif, mais aussi de leur permettre de jouir pleinement de la libre circulation des marchandises, d'exercer une activité économique et de recevoir des services, ainsi que d'exercer la liberté de recevoir des capitaux¹⁶. Stratégiquement, le choix semble heureux, puisque la Commission peut vraisemblablement compter désormais sur le soutien du Parlement qui lui a lui-même enjoint de faire cette proposition¹⁷ et que la majorité au Conseil ne semble pas inatteignable. La base juridique choisie soulève toutefois certaines difficultés ou hésitations qui doivent être levées.

La première difficulté porte sur la nature de l'entité objet de l'intervention de l'Union et plus particulièrement du point de savoir s'il crée une nouvelle entité

juridique ou non et si celle-ci constitue une entité de nature européenne. La proposition de directive affirme explicitement créer une nouvelle forme juridique d'associations sans but lucratif dédiées aux activités transfrontalières de l'Union ; c'est affirmé par l'exposé des motifs, qui se retrouve dans la directive¹⁸. La seule hésitation sur ce point provient de ce que rien n'exige formellement des droits nationaux que cette entité soit distincte d'une entité nationale préexistante, pourvu que le régime juridique applicable à cette entité soit conforme aux règles posées par la directive. Il n'est toutefois pas certain que cette question ait une incidence sur la pertinence de la base juridique. L'entité n'est en revanche certainement pas une entité supranationale comme le sont les groupements déjà existants en droit européen des activités économiques. Ceci est certainement de nature à justifier le recours à l'article 50 TFUE comme base juridique¹⁹, base qui avait été déclarée inapplicable pour la société coopérative européenne²⁰. La base choisie semble donc défendable, quoique notre avis ne s'appuie pas sur une solide compétence en droit européen.

La question est plus délicate s'agissant de la nature non lucrative de l'entité objet de la directive, dès lors que l'article 54 les exclut du bénéfice de la liberté d'établissement. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales

- (14) Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, com/2008/0396 final - cns 2008/0130, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52008PC0396> ; Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, com/2014/0212 final – 2014/0120 (cod) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52014PC0212>.
- (15) Fiches thématiques sur l'Union européenne : https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/fr/FTU_2.1.11.pdf.
- (16) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, p. 5.
- (17) Résolution du Parlement européen du 17 févr. 2022 sur l'élimination des barrières non tarifaires et non fiscales dans le marché unique : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0043_FR.html.
- (18) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux associations transfrontalières européennes, art. 3.1.
- (19) Pour un avis plus nuancé et plus solide : C. Malberti, The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis : Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law ?, *European company and financial law review*, 2/2015, p. 238-279, spéc. p. 241 s.
- (20) CJUE, gr. ch., 2 mai 2006, aff. C-436/03, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*.

relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif (TFUE, art. 54 2). Si la société qui ne poursuit pas de but lucratif n'est pas protégée par la liberté d'établissement, l'Union n'a pas de compétence pour faire disparaître les atteintes qui y seraient portées.

Pour justifier l'intervention de l'Union, les arguments invoqués tournent autour de l'interprétation de la notion d'organisme qui ne poursuit pas un but lucratif. La lettre de l'article 54 serait empreinte de l'acception restrictive du but non lucratif, propre à l'époque de son écriture, qui supposerait que l'activité n'ait aucune dimension économique. Cette analyse littérale teintée de recherche de l'intention du législateur et de contextualisation historique trouve au moins écho dans la justification de la disposition : l'absence de liberté d'établissement garantie à ces organismes s'expliquerait précisément par leur absence d'activité économique, disqualifiant par là toute intervention du droit européen²¹. Or, l'évolution de l'activité des associations se caractérise par une rupture avec cette image²². C'est vrai dans la plupart des droits nationaux, ça l'est de toute évidence aux yeux du droit européen lui-même. En effet, le principe de neutralité du droit de la concurrence fait depuis longtemps échec à toute distinction fondée sur la forme juridique de l'entreprise et plus personne ne conteste qu'une association soit une entreprise en droit européen²³, non seulement en droit de la concu-

rence mais aussi en droit des marchés publics²⁴. Le commentaire du Traité est dans le même sens, qui considère que ce n'est pas tant la poursuite d'un but lucratif qui compte que l'exercice d'une activité économique²⁵.

Parmi les objectifs mis en avant par la Commission, à savoir l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur et le renforcement de l'intégration européenne, la promotion de l'équité sociale et de la prospérité pour les citoyens de l'Union et la facilitation de l'exercice effectif de la liberté de réunion et d'association dans l'ensemble de l'Union²⁶, il semble bien que les derniers soient en réalité les premiers, c'est-à-dire que la Commission essaie de redonner un souffle politique à son action, alors qu'elle reste tenue de fournir des gages économiques qui seules sont susceptibles de fonder juridiquement son intervention. La réaffirmation en fin de préambule de l'objectif d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur en éliminant les obstacles juridiques et administratifs pour les associations à but non lucratif exerçant des activités dans plusieurs États membres²⁷ atteste de la pleine conscience de la Commission de cette nécessité. La proposition de se fonder sur l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux et la liberté d'association qu'il institue apparaît ainsi comme un appel plus symbolique, son auteur lui-même relevant l'incapacité de la charte à fonder une extension des pouvoirs de l'Union²⁸.

- (21) V. toutefois pour une intervention sans considération de l'existence ou non d'une activité économique, sur la base de la discrimination entre citoyens européens : CJCE, 6^e ch., 29 juin 1999, aff. C-172/98, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, D. 1999. 215.
- (22) A. Fici, W. Van Veen et B. Van Baelen, *Study supporting an impact assessment on cross-border activities of associations final report*, Capgemini Invent, Ecorys, sept. 2023, p. 19-31, 109 s.
- (23) S. Lombardo, Some reflections on freedom of establishment of non-profit entities in the EU, ECGI - Law Working Paper N° 192, 2012, 38 p. : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2115107.
- (24) Il est aussi fait remarquer que de telles consécutions indirectes se retrouvent aussi dans des dispositions fiscales.
- (25) M. Kellerbauer, M. Klamert and J. Tomkin (ed.), *The eu treaties and the charter of fundamental rights a commentary*, Oxford, 2019, 2512 p.
- (26) Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux associations transfrontalières européennes, consid. 2.
- (27) *Ibid.*, consid. 50.
- (28) T. Wöffen, Überlegungen zur Einführung der Rechtsform des europäischen Vereins, *Newsletter für Engagement und Partizipation in Europa*, juill. 2017, https://www.b-b-e.de/fileadmin/Redaktion/05_Newsletter/02_Europa_Newsletter/2017/enl-7-17-woeffen-beitrag.pdf.

Cette proposition de texte est importante, notamment parce qu'elle est la première proposition normative concrète en matière d'économie sociale depuis 2003 et l'adoption du règlement sur la société coopérative européenne²⁹. Or, la directive qui est proposée, en s'appuyant sur un travail récent de droit comparé³⁰, prend position sur des questions essentielles. Bien sûr, le point sur lequel le texte sera d'abord discuté³¹ est celui de la définition de cette association (I). Mais, fort heureusement, la directive va plus loin et fournit les bases d'un régime juridique pour cette association (II). Ce n'est qu'aux termes de l'étude de ces deux aspects qu'une première appréciation pourra être faite sur le fond de la proposition.

I – La définition : de l'ECBA

À proprement parler, la directive ne comporte pas de définition de son objet, ce qui s'explique notamment par le fait que la Commission a choisi comme véhicule juridique la directive plutôt que le règlement. Mais cette définition se trouve toutefois en pointillé dans l'adresse faite aux États membres de créer dans leur droit national une association européenne transfrontalière. Cette entité devra remplir trois conditions cumulatives (art. 3 (1)) :

- constitution par un accord volontaire entre personnes physiques citoyens de l'Union ou résidant légalement dans l'Union ou des entités juridiques à but non lucratif établies légalement dans l'Union ;
- un but non lucratif, ce qui signifie une utilisation exclusive des bénéfices pour la poursuite de ses objectifs statutaires, sans aucune répartition entre ses membres ;

- l'exercice effective ou prévue dans les statuts d'activités dans au moins deux États membres, et l'existence de membres fondateurs ayant des liens avec au moins deux États membres, sur la base de leur citoyenneté ou de leur résidence légale, ou de leur siège social, dans le cas d'entités juridiques.

Ces trois questions recouvrent en réalité deux aspects distincts : d'abord la dimension européenne de nature à justifier l'intervention de l'UE (A), d'autre part la substance non-lucrative de l'association (B) dont l'adhésion volontaire est un complément.

A – La nature européenne

La dimension européenne de l'ECBA transparaît déjà explicitement dans son nom à un double titre : elle est européenne et cette européanité ne consiste pas seulement dans son rattachement à un territoire européen (art. 3 5.) ; elle requiert un rattachement à plusieurs pays de l'Union. Or, ce rattachement s'établit à travers deux conditions cumulatives : l'activité et les membres, les deux conditions devant manifester le dépassement de la frontière nationale. Pourtant, chacune des deux conditions comporte des nuances qui fragilise l'impérativité de la condition. S'agissant de l'activité qui doit avoir lieu dans au moins deux États membres, celle-ci doit résulter de l'exercice effectif ou d'une prévision statutaire. Bien sûr, il est possible de comprendre cette alternative comme une simplification : plutôt que de sanctionner l'ECBA qui n'aurait pas prévu cette dimension dans ses statuts, il lui est permis de prouver sa réalité matérielle ; inversement, au lieu d'exiger la démonstration difficile de

(29) Règl. (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juill. 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

(30) Research, Analysis and strategy institute, *Comparative legal analysis of associations laws and regimes in the eu : final report*, sept. 2022, European Commission, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21adb612-42cb-11ed-92ed-01aa75ed71a1>.

(31) Il n'y a pour l'instant, à notre connaissance, pas d'étude technique systématique sur le contenu de la proposition, en sorte que l'appareillage scientifique sera relativement pauvre. – T. Giraud, Vers un nouveau statut d'association européenne, JA 2023, n° 685, p. 6.

cette réalité matérielle, il est permis à l'ECBA de s'appuyer sur la lettre des statuts. Il n'en demeure pas moins que, interprétée littéralement, la disposition permet de considérer comme transfrontalière une ECBA qui prévoirait une telle activité sans jamais la mettre en œuvre. La fragilité observée à propos de l'activité est confirmée si on se tourne vers les membres. Les fondateurs de l'ECBA doivent provenir d'au moins deux pays de l'Union, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. La règle est claire. En revanche, il faut observer que la condition ne vise que les fondateurs. Or, rien ne contraint les fondateurs à demeurer dans l'association, si bien que la condition de pluri-appartenance pourra très rapidement ne plus être remplie, sans qu'une disposition de la directive ne donne prise à une quelconque sanction.

La directive est beaucoup plus ferme quant à la soumission de l'ECBA au régime juridique européen qu'elle met en place. Bien sûr, tout ce qui est réglé par la directive ne peut lui échapper (art. 4 1), mais les aspects non couverts devront être soumis au régime juridique de l'entité nationale la plus proche (art. 4 2), dont chaque État membre devra indiquer la nature dans les deux ans de l'entrée en vigueur de la directive (art. 4 4). Cette obligation est renforcée par le principe de traitement non-discriminatoire de l'ECBA par rapport au modèle le plus proche désigné (art. 9). Le droit national ne retrouve son empire que dans un cadre strictement délimité : mesures adoptées pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique visant à prévenir le risque d'utilisation abusive d'associations sans but lucratif et à garantir la transparence de certains mouvements de capitaux lorsque le droit de l'Union ou le droit national l'exige confortement au droit de l'Union. Il n'est donc permis aux États membres d'intervenir que pour lutter contre l'utilisation abusive du moule de l'ECBA qui troublerait l'ordre public ou la sécurité publique, ou pour la garantie de

la transparence financière. Encore ces deux justifications ne sont-elles acceptables que si le droit de l'Union ou le droit national l'exige conformément au droit de l'union.

Pour assurer l'efficacité des solutions ainsi formulées, la directive prohibe explicitement un certain nombre de restrictions qui concernent principalement le caractère européen de l'association (art. 15) : toute autre condition de nationalité ou de résidence, exigence de présence physique des membres pour les réunions, règle sur le lieu de l'administration centrale ou de la principale activité, condition de réciprocité de la reconnaissance, antériorité de la reconnaissance comme condition d'activité.

La dimension européenne se manifeste encore par la liberté du transfert du siège social (art. 22), qui se traduit logiquement par la description de la procédure du transfert (art. 23). Cette préoccupation est cohérente par comparaison avec la réglementation des autres groupements ; il n'est pas certain qu'elle présente un intérêt pratique considérable : il y a fort à parier que peu d'associations l'utiliseront, dans la mesure où l'ancrage de l'association sur ses membres (v. *infra*) n'est pas propice à une hyper mobilité. Il est certain que la dimension substantielle de la définition revêt une bien plus grande importance.

B – La nature substantielle : non lucrative et centrée sur les membres

C'est sans doute à l'article 2 c) qu'on trouve la meilleure définition de l'association que la directive a en vue, dépouillée de son vernis européen : « une entité juridique établie en vertu du droit national qui repose sur un système d'adhésion, qui a une finalité non lucrative et qui est dotée de la personnalité juridique ». La personnalité morale de l'association en question n'est pas de

sa nature, elle constitue un vêtement subordonné à certaines conditions, trop variables selon les droits nationaux pour qu'une règle unitaire soit dégagée. L'inclusion de ce caractère dans la définition n'a pour but que de délimiter l'intérêt de l'UE : le droit européen ne cherche pas à influencer sur les associations non personnifiées, principalement parce que leur taille, et plus encore celle de leur activité économique, est trop modeste pour lui importer ; peut-être accessoirement parce qu'elles manifestent la volonté de ses membres de se soustraire au contrôle public et que l'union laisse aux États membres le soin de gérer cette situation. Il suffit donc de commenter la structure basée sur les membres et la finalité non lucrative.

L'ECBA est une « entité fondée sur l'adhésion, constituée au moyen d'un accord volontaire » (art. 3 1). L'accord volontaire est un contrat qui ne dit pas son nom, pour éviter les querelles doctrinales sur la nature juridique de l'acte constitutif des groupements³² ; la solution est sage. Par-delà la terminologie, la volonté affichée du législateur est de distinguer l'association de la fondation, cette dernière ne trouvant pas son unité dans la réunion de personnes mais dans le rassemblement de biens qui n'exige la présence de personnes que par ricochet pour réaliser leur affectation spécifique. Le choix n'est pas neutre, dans la mesure où il est alternativement possible de considérer à titre principal le but à réaliser et embrasser alors les deux structures de concert. Ce n'a jamais été le choix de l'UE, que ce soit lorsqu'elle a voulu créer un statut d'association européenne ou lorsqu'elle s'est penchée sur la fondation. Cette distinction, voire cette opposition, est particulièrement parlante en France, où ce n'est qu'avec difficulté que les fondations ont été intégrées à l'économie sociale et solidaire (ESS),

celles-ci apparaissant opposées à toutes les autres entreprises d'ESS en raison même de l'absence de toute dimension collective en son sein³³.

Il est permis de s'interroger sur la cohérence de l'approche de l'UE si on met ce choix en regard des autres préoccupations contenues dans la directive. Incontestablement, le but non-lucratif est commun aux associations et aux fondations, tout comme leur personnification juridique éventuelle. Qui plus est, sont expressément exclues du champ d'application de la directive les associations qui ont l'ancrage le plus fort dans son sociétariat : syndicats, partis politiques, organisations religieuses (art. 3 1. A)). Cette exclusion réduit d'autant la différence entre association et fondation. Les questions d'activité transfrontalière, de dissolution, d'enregistrement..., sont également semblables. Il n'y a qu'une différence importante entre association et fondation, conséquence directe de la présence ou l'absence de sociétariat à son centre, c'est la question de la répartition et l'exercice du pouvoir. Or la proposition de directive ne détaille pas cette gouvernance.

Finalement, il convient donc de se demander si le choix de distinguer aussi radicalement association et fondation n'est pas le fruit de la survie d'une distinction propre à certains systèmes juridiques, alors que les justifications de cette distinction n'auraient quant à elles pas été conservées. Pourtant, l'auteur de ces lignes ne peut s'empêcher de se réjouir du choix de la Commission. En effet, si la directive gomme tout ce qui dans l'association en fait un élément de la société civile, y compris dans sa dimension politique, la séparation de l'association et de la fondation offre au moins les ressources conceptuelles de l'investissement de la société civile agissante dans les associa-

(32) J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, *Economica*, 2012, préf. N. Molfessis ; S. Bradburn, *Les systèmes d'échange locaux*, LGDJ, 2017, n°s 41 s. et 372 s. – Pour une autre présentation, détachée de l'association : C. Leduque, *L'économie de partage saisie par le droit des contrats*, thèse, Lyon III, 2021, n°s 188 s.

(33) J.-F. Draperi, *Comprendre l'économie sociale*, Dunod, 2007, spéc. p. 9.

tions. La proposition européenne n'a pas mis de moteur social dans l'association qu'elle consacre, mais au moins en la séparant de la fondation elle rappelle implicitement que ce véhicule a des roues et qu'il est destiné à se mouvoir, sous l'impulsion du collectif.

Le caractère non lucratif est l'aspect qui a retenu l'attention la plus vive des diverses parties prenantes à l'écriture de ce texte, aussi bien pour en affirmer le caractère fondamental que pour en circonscrire la signification. Le terme se trouve directement employé, sans tenir compte des occurrences où il est inclus dans celui d'association à but non lucratif, huit fois : art. 2 c) et d), art. 3. 1 et 2, art. 4. 2, art. 6. 2. b) et d), art. 25. 2. a). Ceci atteste de son importance et celle-ci est confirmée par l'étendue des conséquences qui en sont tirées : d'une part l'affectation des bénéfices, d'autre part le principe de la dévolution désintéressée.

L'affectation des bénéfices connaît une double précision, positive et négative (art. 2 c)). Positivement, ils doivent n'être « utilisés que dans la poursuite des objectifs de l'ECBA tels qu'ils sont définis dans ses statuts ». C'est un des éléments de la définition de l'économie sociale telle qu'elle se retrouve dans les instruments internationaux déjà adoptés sur l'ESS ; ceci justifie habilement l'insertion des associations dans cette ESS. Mais cette précision entraîne vers d'autres questions tout aussi fondamentales. L'emploi du terme « utilisé » au lieu de celui d'« affecté », beaucoup plus technique et précis, est peut-être négligeable. En revanche, la poursuite des objectifs tels qu'ils sont définis dans les statuts doit être approfondie, à commencer par la clarification de ce que recouvrent ces objectifs. Autrement dit, la question est de savoir si l'association peut avoir n'importe quel objectif. Or, la directive n'en dit rien, sauf à exclure implicitement qu'il s'agisse de répartir des bénéfices

entre ses membres. Cette définition négative des objectifs est vague. Certes, la première pensée se porte vers les buts d'intérêt général, ou quel que soit le nom qu'on leur donne, les objectifs altruistes. Mais cette restriction n'est pas faite par la directive. Il est donc possible d'y ajouter d'autres finalités, comme la satisfaction de l'intérêt des membres : n'en va-t-il pas ainsi par exemple d'une association de protection des consommateurs ? Mais il s'agit alors de la fourniture de services qui ne sont pas directement économiques, même si les intérêts des consommateurs sont pourtant matériels en fin de compte. Il faut aller plus loin et envisager la fourniture de services économiques plus directs aux membres, comme le club sportif qui offre des installations et un encadrement pour la pratique du sport par ses membres. Se pose alors la question des coopératives, dont la nature est précisément de satisfaire les intérêts de ses membres par la fourniture de prestations³⁴. Il est difficile de repérer une différence de nature entre ces deux entités juridiques, quoiqu'elles soient généralement soumises à une réglementation différente, comme en atteste sur le plan européen l'existence d'un règlement dédié. Il existe bien une différence dans ces réglementations puisqu'à l'interdiction de partager les bénéfices entre les membres pour l'association à but non lucratif répond la limitation de ce partage dans les coopératives. Mais cette réglementation différente ne peut pas s'appuyer sur une différence de nature ; elle correspond seulement au choix des fondateurs de l'entité de recourir à une gestion différente fondée sur un rapport spécial quant au partage de la valeur. Autrement dit, la définition de l'ECSB autorise les porteurs d'un projet collectif orienté vers la satisfaction de ses membres à emprunter ce moule, alors qu'ils auraient pu opter pour la coopérative, à la condition qu'ils se soumettent à l'interdiction absolue de partager les bénéfices.

(34) H. Azarian, *Sociétés coopératives, associations et G.I.E.*, thèse, Paris V, 2000.

Car c'est là le volet négatif de la non-lucrativité telle que définie par la directive : la prohibition de partager les bénéfices. Cette interdiction prend deux formes selon qu'on envisage la vie de l'association ou sa dissolution. Durant la vie de l'association, les bénéfices ne peuvent être partagés entre les membres. Les bénéfices consistent toutefois dans le résultat net de chaque exercice, en sorte qu'il n'est pas interdit à l'association de pratiquer des tarifs préférentiels pour ses services à l'attention de ses membres, dès lors que cette pratique intervient en amont de l'établissement des résultats comptables. La limite à cette pratique n'est pas juridique mais économique, liée à la nécessaire recherche de l'équilibre financier pour assurer la pérennité de l'entité. En revanche, la prohibition du partage des bénéfices vise tout à la fois l'allocation monétaire sous quelque forme que ce soit et l'attribution d'avantages en nature. Il en résulte aussi que le membre sortant d'une association ne peut prétendre à aucun droit sur le patrimoine commun. Ceci pose la question du traitement réservé en droit français aux apports, qui, selon la rédaction du contrat d'apport, sont susceptibles de reprise³⁵. Dès lors que le contrat stipule clairement qu'il n'y a pas dépouillement irrémédiable de l'apporteur, rien ne semble exiger dans la directive qu'il soit analysé en une contribution irréversible au patrimoine associatif.

Cette prohibition se double du mécanisme de la dévolution désintéressée au moment de la dissolution de l'association. Toute dissolution d'association entraîne sa liquidation (art. 26) et celle-ci s'accompagne impérativement de la dévolution de l'actif net à une entité à but non lucratif exerçant une activité similaire à celle de l'ECBA dissoute ou à une autorité locale. Il faut d'abord relever que la dévolution n'est pas nécessairement faite à une association à but non

lucratif mais à une entité dont le but est non lucratif. Or, si la directive ne définit pas directement ce terme, il est possible de se référer à la définition du but non lucratif (art. 2 c)), qui contient les deux éléments en discussion d'utilisation pour la réalisation des objectifs statutaires et de prohibition du partage des bénéfices. Il en résulte notamment que l'actif net peut être attribué à une fondation d'utilité publique. Plus largement, le spectre des bénéficiaires potentiels de l'actif net dépendra donc des droits nationaux. Les potentiels bénéficiaires sont encore plus larges puisqu'ils comprennent les autorités locales. Le texte ne le dit pas expressément, et on peut le regretter, mais il est sous-entendu qu'il s'agit d'une autorité publique. Le caractère local exclut certainement l'État et ses subdivisions, mais les contours précis n'en sont pas définis en droit européen, ce qui renvoie au droit national. Pour tenir compte de l'étendue de l'objet de ces collectivités, il est précisé que la collectivité locale bénéficiaire est tenue d'utiliser l'actif dévolu pour une activité similaire à celle exercée par l'ECBA dissoute. La directive n'exige pas de chaque État membre de mettre en place des mécanismes spécifiques de contrôle du respect de cette condition, en sorte qu'il faudra s'en remettre aux solutions de droit commun. L'association dissoute ne pourra agir pour faire respecter cette condition. Il est incertain que tout citoyen pourra se prévaloir d'un intérêt à agir à cet effet.

L'attention portée à la non-lucrativité se double d'une autre préoccupation : ne pas hypothéquer la poursuite d'une activité économique. La directive précise que le but non lucratif est indifférent à la nature économique de l'activité de l'association (art. 2 c)). Cette perspective est renforcée par plusieurs dispositions. D'abord, il est enjoint au droit national de permettre à l'ECBA d'exercer une activité économique, à côté de l'aptitude

(35) D. Hiez, Rép. civ., v° « Association », 2016, spéc. n°s 281 s.

à employer du personnel, de participer aux marchés publics et de demander un financement public, tout comme de posséder des biens mobiliers et immobiliers (art. 5 2), et tout particulièrement de pratiquer des prestations de services et commerce de biens (art. 14). Mais ce n'est pas suffisant, la directive interdit encore aux droits nationaux un certain nombre de limites qui pourraient entraver cette activité économique (art. 15 g) : l'interdiction générale d'exercer des activités économiques, restriction des activités économiques permises à celles qui sont liées aux objectifs statutaires, prohibition de l'activité économique qui serait l'objectif principal ou l'activité économique de l'ECBA.

À s'en tenir au droit français, cette exigence paraîtra sans doute assez naturelle, tant on sait que les tentatives des années 1950-1960 pour cantonner l'activité associative dans le domaine économique ont échoué³⁶. La référence à la capacité de posséder des biens meubles et immeubles pourra toutefois être plus dérangement ; elle pourrait bien interdire de prendre comme entité de référence l'association simplement déclarée³⁷, renforçant le caractère anachronique de cette limitation d'un autre âge. Mais il est des pays dans lesquels ces dispositions paraîtront révolutionnaires ; l'exemple n'en sera pris que dans un droit tout proche. La question était lancinante en droit belge jusqu'en 2019³⁸ et l'adoption du code des sociétés et des associations³⁹. Elle demeure

vivace au Luxembourg, dont la loi sur les associations sans but lucratif adoptée en 1928 constituait un décalque de la loi belge de 1921. En dépit de sa réforme en 2023⁴⁰, cette loi conserve la définition traditionnelle : « [l']association sans but lucratif (dénommée dans la présente loi "association") est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, ou qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel »⁴¹. Son interprétation a donné lieu à de multiples débats en droit belge⁴² – la doctrine luxembourgeoise est trop pauvre pour être utilisée – et la jurisprudence luxembourgeoise a au moins statué dans une affaire dans laquelle elle a disqualifié les associations de l'aptitude à concourir dans un marché public, faute de pouvoir par sa nature avoir la qualité de professionnel⁴³. L'adoption de la directive créerait dans ce cas une situation étrange : la capacité de l'ASBL domestique serait moins large que celle de l'ECBA. Il est permis de se demander si le droit domestique ne serait pas alors modifié pour s'adapter au modèle européen. Or, la persistance du refus de l'activité économique illimitée de l'association est porteuse de valeurs ambiguës. D'un côté, elle s'explique par une conception quasi sacrée de la gratuité qui la considère comme corrompue par tout contact économique ; cette recherche de pureté entraîne, de façon consciente ou non, une marginalisation du secteur associatif et une légitimation par contrecoup de l'extension continue du modèle capitaliste porté par la

(36) J.-C. Hallouin, *L'activité économique des associations*, in *L'association, septième journée René Savatier*, PUF, 2002, p. 117 s.

(37) L. du 1^{er} juill. 1901, art. 6, al. 4.

(38) Pour un résumé : M. Davagle, *L'A.S.B.L. dans tous ses états*, Diegem CED Samson, 1991, p. 59 s.

(39) C.S.A., art. 1 :2 : « [u]ne association est constituée par une convention entre deux ou plusieurs personnes, dénommées membres. Elle poursuit un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts ».

M. Davagle, A. Cauwenbergh et M. Coipel (coord), *Le nouveau visage des A.S.B.L. après le 1^{er} juillet 2019*, Les dossiers du bulletin juridique et social, 2019, 274 p.

(40) L. du 7 août 2023 sur les associations sans but lucratif et les fondations : <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2023/08/07/a592/jo>.

(41) L. du 7 août 2023 sur les associations sans but lucratif et les fondations, art. 1. 1.

(42) M. Coipel (dir.), *Les A.S.B.L. Évaluation critique d'un succès*, Story-Scientia, 1985.

(43) Cour admin., 2 déc. 2008, Numéros du rôle : 24416C et 24427C : <https://ja.public.lu/20001-25000/24416C.pdf>.

société. Dans le même temps, toutefois, cette restriction constitue un instrument de lutte contre la libéralisation de la société, en veillant à ce que le secteur associatif ne s'y trouve pas entraîné. La posture européenne, avec le souvenir de son néo-libéralisme triomphant, et sa prise de distance avec les dimensions non économiques de l'association, auront besoin de beaucoup de pédagogie pour convaincre qu'il s'agit de la proposition d'un nouveau modèle plus largement représenté par l'ESS.

À présent que l'idée est plus claire de ce qu'est l'ECBA, il convient d'en déterminer le régime juridique.

II – Le régime juridique de l'ECBA

Le régime juridique défini par la proposition de directive n'est évidemment pas complet ; il sera complété par celui de l'association choisie par chaque État membre comme modèle de référence. Il contient toutefois un certain nombre de règles qui dessinent déjà la couleur de cette entité. Sans le détailler autant que la définition de l'ECBA, il convient d'en présenter les traits principaux. Ceux-ci peuvent aisément se diviser entre la réglementation des relations internes à l'association et ses relations externes.

A – Les relations internes à l'ECBA

Très simplement, il est possible de structurer ce régime en distinguant les trois phases classiques d'un groupement : sa création, sa vie et sa dissolution.

1 – La création

La création de l'ECBA résulte d'un accord volontaire, cela a été dit. Ceci signifie qu'il ne sera pas possible au législateur national d'emprunter cette forme juridique, comme il l'a parfois fait en créant

par l'autorité de la loi des entités sous forme associative. Il est donc douteux qu'une structure associative d'origine légale puisse se transformer en une ECBA. Pourtant, l'article 17 évoque la transformation d'une association sans but lucratif, sans autre restriction. Dès lors que l'origine légale n'a pas laissé de trace et que l'association dispose d'un organe décisionnel, il faut donc admettre que cette transformation serait valide. L'intervention de l'organe décisionnel est exigée (art. 17. 2).

L'ECBA doit compter au moins trois membres fondateurs (art. 16. 2), donc un de plus que selon la loi de 1901. L'accord entre ces membres sera soit écrit, soit oral et constaté par le procès-verbal de la réunion constitutive (art. 16. 3). L'ECBA doit ensuite s'enregistrer selon une procédure détaillée plus bas, étant rappelé que cet enregistrement sera la date d'acquisition de sa personnalité et capacité juridique (art. 5. 1).

L'accord volontaire créateur de l'association constituera ses statuts. Ceux-ci sont gouvernés par le principe de libre détermination de son contenu, dans la limite des règles imposées par la directive (art. 6. 1). Le droit national est fortement muselé dans son éventuelle tentation d'ajouter aux contraintes imposées par la directive. Toute disposition impérative additionnelle doit passer le filtre de trois critères cumulatifs (art. 6. 1), qui s'apparentent à ceux qu'on retrouve dans la Convention européenne des droits de l'Homme pour les limites aux droits qu'elle édicte : la nature légale de la prescription, la justification par une raison impérieuse d'intérêt général, la proportionnalité entre la restriction à la liberté statutaire et la réalisation de l'objectif d'intérêt général. La disposition sera en principe aisée à mettre en œuvre en droit français, tant la liberté est de l'essence de la loi de 1901.

En contre-point de cette liberté statutaire, la directive définit les informations que les statuts doivent contenir (art. 6. 2) : le

nom de l'entité ; la description détaillée de ses objectifs et une indication de son but non lucratif ; les noms et adresses des membres fondateurs et, s'il s'agit de personnes morales, le nom de ses représentants légaux et son siège statutaire ainsi que la description détaillée de ses statuts et de son but non lucratif ; l'adresse du siège social ; les actifs de l'ECBA au moment de son enregistrement ; les conditions et modalités de l'admission, de l'exclusion et du retrait de ses membres ; les droits et obligations des membres ; les dispositions régissant la composition, le fonctionnement, les pouvoirs et les responsabilités de l'organe décisionnel et de l'organe exécutif comme celles régissant la nomination, la révocation, les compétences et les responsabilités des membres de l'organe exécutif ; les exigences en matière de majorité et de quorum applicables à l'organe de décision et la procédure de modification des statuts ; la durée de vie de l'ECBA lorsqu'elle est limitée ; la méthode de cession des actifs de l'ECBA en cas de dissolution. Seule cette dernière règle est peu claire, sauf à ce qu'elle constitue une requête de précision destinée à éviter l'évasion des actifs avant leur dévolution désintéressée.

La création d'une ECBA peut aussi résulter de la transformation d'une association à but non lucratif. La transformation doit résulter d'une décision de l'organe de décision (art. 17. 2), sans que les modalités de cette décision soient définies. Elle prend effet lors de l'enregistrement de l'ECBA ainsi créée (art. 17. 5), ce qui comprend la radiation de l'ancienne association de tous les registres (art. 17. 6). La transformation n'entraîne évidemment pas la dissolution de l'ancienne association (art. 17. 3), ce qui impliquerait sa liquidation. Au contraire, tous les éléments d'actif et de passif sont transférés à l'ECBA nouvellement constituée (art. 17. 4).

2 – Le fonctionnement

Le fonctionnement est appréhendé par la directive tant sous l'angle de sa gou-

vernance que de sa capacité juridique effective. Ces deux aspects ne sont envisagés que très partiellement, ce qui laisse une latitude plus importante au droit national.

La gouvernance doit s'articuler autour d'un organe décisionnel et d'un organe exécutif (art. 7), mais il n'y a pas de règle générale quant à leurs compétences respectives. Trois solutions de détail sont toutefois éclairantes : l'organe décisionnel doit intervenir pour la transformation d'une association en ECBA (art. 17. 2), pour le transfert de siège social (art. 23. 2) comme pour la dissolution volontaire (art. 24. 2). La directive se préoccupe en revanche de la composition de l'organe exécutif : au moins trois personnes, qui doivent être citoyennes européennes ou résidentes régulières de l'Union ou associations à but non lucratif établies dans l'Union (art. 7. 2). Ne peuvent être membres de cet organe, à titre personnel ou comme représentant d'une personne morale, les personnes physiques qui ont été condamnées pour une infraction pénale particulièrement grave (art. 7. 3.). Le considérant 48 fournit un certain nombre d'exemples de telles infractions, sans cohérence perceptible : terrorisme, exploitation sexuelle des femmes, criminalité organisée... Rien n'est dit en revanche sur le point de savoir si les membres de l'organe exécutif sont nécessairement membres de l'ECBA : la nature d'entité fondée sur son sociétariat oriente dans une direction restrictive mais celle-ci ne s'impose pas absolument et, faute de disposition expresse, le droit national retrouve son empire.

Chaque membre de l'ECBA doit disposer d'une voix (art. 8. 1). Par sa généralité, la règle s'applique dans tous les organes de l'ECBA, donc aussi dans des organes additionnels, puisque la structure duale prévue par la directive n'est pas limitative. Cette égalité s'impose d'abord dans l'organe décisionnel, qu'on peut considérer comme l'organe souverain. Si rien ne l'impose explicitement, il semble tout de

même que tous les membres de l'ECBA sont automatiquement membres de l'organe décisionnel, puisque la directive n'envisage la désignation que des seuls membres de l'organe exécutif (art. 6 j)). Il est toutefois difficile d'aller plus loin et d'imposer que les membres de l'association soient les seuls membres de l'organe décisionnel.

Une protection des membres est en revanche assurée par l'exigence de leur irresponsabilité pour les actes ou omissions de l'ECBA (art. 8. 2). Cette disposition ne vaut évidemment pas dispense de responsabilité personnelle. Les solutions nationales qui prévoient une responsabilité solidaire de principe des membres de l'association pour ses activités sont en revanche exclues ; le droit français n'est pas concerné.

La directive prévoit encore une règle de non-discrimination, tant à l'égard des groupes que des personnes, notamment en ce qui concerne la naissance, l'âge, la couleur, le sexe et le genre, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, les conditions de santé, l'immigration ou le statut de résident, les caractéristiques génétiques, la langue, l'origine nationale, ethnique ou sociale, les opinions politiques ou toute autre opinion, un handicap physique ou mental, l'appartenance à une minorité nationale, la propriété, la race, la religion ou les convictions, ou tout autre statut (art. 10). Cette disposition est inédite en droit des groupements ; elle doit pourtant être approuvée dans son principe, pour au moins deux raisons. D'une part, la dimension non économique des associations, que l'attention portée aux activités économiques ne fait pas disparaître, accroît le risque d'un traitement discriminatoire. D'autre part, la tension croissante dans les rapports sociaux de toutes nos sociétés européennes requiert de plus en plus le rappel de l'interdiction des comportements discriminatoires. Il faut toutefois relever que la non-discrimination ne s'adresse pas aux personnes privées, donc ni aux ECBA ni à leurs membres, mais aux

autorités publiques. La disposition peut se comprendre dans la politique de la Commission à l'égard des démocraties dites illibérales. La raison pour laquelle cette règle de non-discrimination ne vaut pas dans le fonctionnement de l'ECBA elle-même est moins évidente.

Outre la pleine capacité de prestation de services et de fourniture de biens, la directive garantit « un accès libre et non discriminatoire aux financements provenant d'une source publique » (art. 13. 1). Autrement dit, toute ECBA enregistrée dans un État membre doit pouvoir bénéficier du financement de n'importe quelle autorité publique d'un autre État membre comme toute association à but non lucratif ressortissante de ce dernier. Cette garantie s'étend à la pleine capacité à recevoir des financements, y compris des dons, sans limites (art. 13. 2). Cette exigence est renforcée par une prohibition expresse : les ECBA ne doivent pas être soumises « à une exigence d'une autorisation ou d'une approbation par une autorité d'un État membre comme condition pour recevoir des dons provenant d'une source au sein de l'Union » (art. 15 f)). Les textes se réfèrent aux dons mais ils ne disent rien des legs ; du côté des ECBA, on ne voit pas de différence notable, en sorte que l'un et l'autre doivent être assimilés. Les restrictions à cette capacité sont soumises à la même triple condition que les atteintes à la liberté statutaire. Il faut aussi relever que la restriction à la capacité de prester des services et vendre des biens connaît le même encadrement (art. 14. 2) : la nature légale de la prescription, la justification par une raison impérieuse d'intérêt général, la proportionnalité entre la restriction à la capacité de recevoir des financements et la réalisation de l'objectif d'intérêt général. Il n'est pas exclu que des restrictions issues du droit des libéralités remplissent ces trois conditions.

3 – La dissolution

La dissolution ne sera pas envisagée dans sa globalité dans ce paragraphe :

la dévolution désintéressée qui l'accompagne a déjà été évoquée, la dissolution sanction des pouvoirs publics le sera plus bas. C'est donc la dissolution volontaire qui retiendra ici l'attention principale. Cette dissolution n'est possible qu'à une double condition : une décision des membres et un motif particulier.

L'exigence de la décision des membres et bienvenue, elle est en parfaite cohérence avec la revendication de la place centrale de ceux-ci dans l'association. Non seulement elle relève de l'organe décisionnel, mais encore est-il précisé que la décision doit être adoptée aux deux tiers des voix, représentant au moins la moitié du total des membres (art. 24. 2), au cours d'une réunion qualifiée d'extraordinaire. Il n'y a pas à proprement parler de quorum, mais la règle ci-dessus implique qu'aucune décision de dissolution ne peut être valide que si sont présents 50 % des membres, et encore à la condition qu'ils soient unanimes ; moins il y a d'unanimité, plus le quorum requis augmente. Rien n'est prévu sur l'incidence d'éventuelles procurations. Le caractère extraordinaire de la réunion est obscur, mais sans doute faut-il au moins en déduire que la décision de dissolution doit figurer à l'ordre du jour.

L'exigence d'un motif spécial est assez souple et inspirée par la même considération ; le motif consiste dans l'atteinte de l'objectif social, l'expiration de la période d'existence, et toute raison statutaire (art. 24. 1). La seconde hypothèse est un peu surprenante, dans la mesure où il aurait été concevable de considérer que l'expiration du temps pour lequel l'ECBA était conçue entraînait sa dissolution automatique. Dans le même temps, la dissolution requiert d'autres décisions, liées à la liquidation et à la dévolution désintéressée, et il n'est pas mauvais à cet égard qu'une décision des membres soit requise.

La dissolution de l'ECBA par l'autorité publique donne lieu à des développe-

ments beaucoup plus longs, reflet de la préoccupation du législateur européen pour l'intervention des autorités publiques.

B – Les relations externes sous l'œil des autorités publiques

Les autorités publiques interviennent à un double titre. D'un côté, comme gendarme, elles font surtout l'objet d'une méfiance de l'UE qui circonscrit au maximum leurs pouvoirs (1). De l'autre, les États sont des prestataires de fourniture d'une information fiable et, à cet égard, ils sont largement mis à contribution (2).

1 – Le contrôle étendu du contrôleur

Le contrôle le plus naturel est opéré par le juge ; il est toutefois déjà original d'observer que la directive prend soin d'exiger qu'un tel contrôle juridictionnel effectif soit en place pour « toutes les décisions des autorités compétente sur leur territoire ayant une incidence sur les droits et obligations des ECBA, ou sur les droits et obligations d'autres personnes en rapport avec leurs activités » (art. 11).

Pour le reste, plusieurs marques de la méfiance à l'égard des États membres ont été relevées, à l'occasion des diverses limites à leur intervention : non-discrimination (art. 10), liberté statutaire (art. 6), libre prestation (art. 14), et toutes les restrictions interdites (art. 15). Cette même méfiance transparaît dans la réglementation du pouvoir de dissolution des ECBA (art. 25). Au lieu d'autoriser cette dissolution, la directive ne contient que des règles destinées à cantonner ce pouvoir tant sur le fond que pour la procédure. Au fond, les causes de dissolution d'une ECBA par l'autorité publique compétente sont limitativement énumérées : irrespect du but non lucratif, menace grave à l'ordre public ou la sécurité publique causée par ses activités, condamnation pour infraction

pénale grave de l'ECBA ou des membres de son organe exécutif. Il s'agit de dissolutions prononcées à titre de sanction, et celles-ci ne comprennent donc pas les hypothèses de faillite, qui pourtant aboutissent à la dissolution. Quant à la procédure, elle s'ouvre nécessairement par un avis écrit adressé à l'ECBA et l'octroi d'un délai pour lui permettre de répondre aux préoccupations de l'autorité publique. La dissolution n'est une sanction adéquate qu'à la condition qu'il n'existe aucune mesure moins restrictive susceptible de répondre à ces préoccupations. La décision éventuelle de dissolution doit être prise sur la base de l'examen des réponses apportées par l'ECBA, par un acte écrit et motivé dont l'ECBA est informée. Non seulement la décision doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire effectif, mais en outre elle ne peut produire ses effets avant la fin de ce contrôle judiciaire ; autrement dit, aucune mesure d'exécution provisoire n'est autorisée. Dans la même veine de protection, la dissolution n'aboutit à la radiation de l'ECBA qu'après la clôture de la liquidation.

2 – La mobilisation de l'autorité publique au soutien de la publicité

La directive ne s'aventure pas dans les relations entre l'ECBA et les tiers. Particulièrement, elle ne dit rien sur la représentation de l'ECBA, pas plus qu'elle ne régit la nullité des décisions qu'elle adopte. Elle retient à cet égard une position semblable à celle que le droit européen a prise pour la société coopérative européenne. En revanche, la directive s'appesantit sur les questions de publicité, base de la sécurité juridique pour les tiers. Cela commence par la publicité du nom (art. 3. 4) : dès lors que le nom doit être précédé ou suivi de l'acronyme ECBA, les tiers seront systématiquement informés de la nature associative du sujet de droit.

Le cœur de la publicité repose sur l'existence d'un registre, qu'il soit dédié ou non, et d'une communication entre les divers registres des États membres.

Cette information européenne est, en effet, indispensable pour que les ECBA puissent bénéficier d'une reconnaissance dans tous les États, sans que cette reconnaissance ne fasse naître de risques systémiques. À cet effet, un registre doit être tenu dans chaque État membre (art. 20. 1), et il doit conserver : statuts, noms et adresses des personnes habilitées à représenter l'ECBA dans ses relations avec des tiers (y compris savoir s'ils peuvent agir seuls ou conjointement), liquidation et dissolution, ainsi que copie du certificat dont il sera question plus bas. Les ECBA seront naturellement tenus d'informer de toute modification de ces informations dans les trente jours de la modification (art. 20. 3). Il faut aussi relever la préoccupation pour la protection du droit à l'oubli à travers l'exigence que passé un certain temps des informations ne soient plus accessibles et même que certaines ne soient pas conservées. Du côté de la coopération inter-étatique, il faut relever l'information systématique des autres États membres de tout nouvel enregistrement (art. 19. 2).

Ce registre recueille donc l'enregistrement de toutes les ECBA, avec une attention précise à la procédure qui l'entoure. La directive énumère les documents qui doivent être joints à la demande d'enregistrement, qui doit pouvoir être faite en ligne (art. 18. 4), et interdit que d'autres soient exigés (art. 18. 1). L'autorité doit procéder à l'enregistrement dans les trente jours de la réception d'une demande complète (art. 20. 1), le dépassement du délai ne pouvant être invoqué pour rejeter la demande (art. 20. 4). Mais ce long fleuve tranquille peut connaître des remous, plus ou moins forts. Tout d'abord, les informations fournies peuvent être incomplètes ou contenir des erreurs manifestes ; en ce cas, l'autorité demande compléments ou rectifications dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours (art. 20. 3). Viennent ensuite les causes de rejet proprement dit de la demande, limitativement énumérées

par la directive : irrespect des conditions fondamentales posées à l'article 3 (membres fondateurs, non-lucrativité, caractère transfrontalier), identité invérifiable ou falsifiée des représentants, condamnation pénale particulièrement grave d'un représentant ou d'un membre de l'organe exécutif. Une situation particulière concerne le cas où l'objet statutaire serait suspect d'être contraires au droit de l'Union ou aux dispositions du droit national conformes au droit de l'Union (art. 18. 3. art. 19. 4. D)). Tout d'abord, ce cas autorise l'autorité à solliciter d'autres documents que ceux limitativement énumérés et de nature à éclairer le soupçon. Ensuite, si l'autorité considère que l'illicéité des objectifs statutaires subsiste, elle peut y trouver le fondement du refus d'enregistrement. Le refus d'enregistrement doit être écrit, motivé, et être adressé au représentant de l'ECBA (art. 19. 4, al. 2.).

Chaque ECBA se voit remettre dans les cinq jours de son enregistrement un certificat, sous forme numérique et sur papier, qui fait preuve de son enregistrement (art. 21. 1). Il contient : le numéro d'enregistrement et le code pays, la date d'enregistrement ou d'un transfert de siège social, le nom, l'adresse postale et électronique, les objectifs statutaires, les représentants dès qu'ils sont communiqués. Autrement dit, l'autorité doit fournir un certificat mis à jour après chaque modification d'un des points qu'il contient. Ce certificat permet à chaque

ECBA de fournir à ses partenaires une information fiable. Mais le grand public dispose d'une autre source d'information, indépendamment de l'ECBA elle-même, puisque l'autorité doit mettre en ligne les certificats ainsi que la liquidation ou la dissolution (art. 20. 4.).

Le juriste est mal placé pour apprécier les chances de succès d'une proposition de texte tant celle-ci est soumise à des considérations politiques, non exclusives d'éléments politiques. Certes, la compétence de l'Union est éminemment technique, mais les arguments invoqués à l'encontre de cette intervention ne semblent pas suffisamment dirimants pour interdire une validation par la Cour de justice. Sur le fond, il est certain que l'adoption de la proposition constituerait une consécration importante, tant symboliquement que pratiquement. Sur le plan symbolique, ce serait un pas supplémentaire dans la reconnaissance européenne de l'ESS, après la société coopérative européenne et plus récemment le plan d'action en faveur de l'économie sociale, faisant contraste avec la décennie d'échecs en matière de droit des sociétés. Mais le plan pratique n'est pas à négliger. Tout en ayant choisi la voie de la directive et de l'addition d'une forme juridique au sein de chaque droit national, la proposition présente l'avantage d'être beaucoup plus simple que celle de la société coopérative européenne et on peut espérer qu'elle rencontre un succès plus significatif.