

Conventions réglementées, une composante de la transparence financière

Cadre légal, procédure d'autorisation et de contrôle, actualité récente pour les organismes privés non-lucratifs gestionnaires d'établissements du secteur médico-social. Les modalités qui régissent les conventions réglementées montrent à quel point celles-ci sont un aspect important de la transparence financière.

► GUY CASTINEL*

Traiter de la transparence financière au sein des associations implique nécessairement d'évoquer une notion plus globale, celle de la gouvernance associative. Cette notion largement commentée, sans qu'on sache toujours bien ce qu'elle recouvre réellement, est dérivée de la *corporate governance* ou « gouvernance d'entreprise ».

La gouvernance n'est pas le seul apanage du secteur marchand. En effet, du fait de leur importance tant économique que sociale, les associations ont dû mettre en place des procédures et des outils de transparence et de contrôle interne, tant en matière d'informations financières que de mode de direction et de fonctionnement. Ces règles de bonne gouvernance permettent à l'association de fonctionner durablement conformément à son projet associatif et en toute transparence envers son environnement. Les conventions réglementées participent à cette transparence.

Le cadre légal

Dans un souci de plus grande transparence, le législateur a entendu renforcer l'information mise à disposition des membres de l'organe délibérant ou des adhérents d'une association sur le fonctionnement interne de l'association.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001¹, dite loi « NRE », a ainsi étendu aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et aux associations subventionnées à hauteur de 153 000 euros par l'État, ses éta-

blissements publics ou les collectivités locales, la procédure de contrôle *a posteriori* de certaines conventions².

Jusqu'alors, cette procédure ne s'appliquait qu'aux sociétés commerciales dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports en capital.

Dans sa rédaction initiale issue de la loi NRE, le texte, en l'absence de toute précision, visait toute convention sans dérogation pour les conventions courantes conclues à des conditions normales.

Ainsi, entrant dans le champ d'application de la procédure de contrôle tout contrat, quels qu'en soient l'objet, la forme et l'incidence financière, conclu, directement ou par personne interposée, entre l'association ayant une activité économique ou l'association subventionnée et l'une des personnes énumérées par le texte.

La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003³ a aligné les conditions du contrôle des conventions dans les associations sur celles applicables dans les sociétés commerciales et a exclu du contrôle « les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, à raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties ».

LES CONVENTIONS
CONCLUES
PAR UNE ASSOCIATION
AVEC L'UN DE SES
DIRIGEANTS FONT L'OBJET
D'UN RAPPORT ÉTABLI
PAR LE REPRÉSENTANT
DE L'ASSOCIATION
OU PAR LE COMMISSAIRE
AUX COMPTES.

* Expert-comptable, commissaire aux comptes, Cabinet PKF Audit Conseil Expertise.
1. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, art. 112, JO du 16, p. 7776.

2. C. com., art. L. 612-5.

3. Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, JO du 2, p. 13220 ; voir JA n° 291/2004, p. 8.

Désormais, les conventions conclues par une association avec l'un de ses dirigeants font l'objet d'un rapport établi par le représentant de l'association, ou par le commissaire aux comptes s'il en existe un. Ce rapport, dont le contenu a été fixé par le décret du 28 décembre 2005⁴, est ensuite soumis au contrôle de l'organe délibérant de l'association.

Les associations visées

Les associations concernées par l'obligation d'établir un rapport sur les conventions réglementées⁵ sont :

- les associations qui, quelle que soit leur activité, reçoivent annuellement de l'État, de ses établissements publics ou des collectivités locales, une ou plusieurs subventions d'un montant supérieur à 153 000 euros⁶ ;
- les personnes morales de droit privé non commerciales qui se livrent à une activité économique.

LA NOTION D'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE VISÉE DOIT S'ENTENDRE PLUS LARGEMENT QUE LA NOTION D'ACTIVITÉ LUCRATIVE OU COMMERCIALE ET ENGLOBE TOUTES PRESTATIONS DE SERVICES, MÊME EFFECTUÉES DANS UN BUT PHILANTHROPIQUE.

La notion d'activité économique visée par le texte doit s'entendre plus largement que la notion d'activité lucrative ou commerciale et englobe toutes prestations de services, même effectuées dans un but philanthropique.

Toutefois, aucune disposition législative ou réglementaire ne précise ce qu'il faut entendre par « acti-

tivité économique ». Il a cependant été considéré par le Garde des Sceaux, lors du vote de la loi du 1^{er} mars 1984⁷ relative à la prévention des difficultés des entreprises, que « par activité économique, il faut entendre toute activité de production, de transformation ou de distribution de biens meubles ou immeubles, et toute prestation de services en matière industrielle, commerciale, artisanale et agricole »⁸.

Le Conseil national des commissaires aux comptes considère comme économique toute activité tendant à la création ou à la distribution des richesses⁹.

La jurisprudence considère, quant à elle, que l'activité économique se caractérise par le fait que :

- elle consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁰ ;
- elle ne se rattache pas, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, à des prérogatives de puissance publique.

La Cour de cassation¹¹ qualifie d'économique toute activité impliquant pour l'association une gestion entrepreneuriale qui peut être caractérisée, par exemple, par l'emploi de nombreux salariés.

Les conventions exclues

Les dispositions relatives aux conventions réglementées ne s'appliquent donc pas aux conventions courantes. Sont considérées comme des conventions courantes celles qui sont effectuées par une association dans le cadre de son activité habituelle et, s'agissant d'actes de disposition, celles arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles¹².

Les conditions peuvent être considérées comme normales lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par l'association dans ses rapports avec les tiers, de telle sorte que le dirigeant intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un partenaire quelconque de l'association. Il faut tenir compte des conditions en usage pour des conventions semblables dans d'autres associations ayant la même activité¹³.

En revanche, certaines conventions prohibées par des dispositions réglementaires spéciales sont qualifiées d'interdites.

La procédure d'autorisation des conventions réglementées

Sont soumises au contrôle de l'organe délibérant¹⁴ :

- les conventions conclues directement entre une association et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social. À défaut de définition légale du mandataire social, et devant la liberté contractuelle accordée aux fondateurs

4. Décr. n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, art. 48, JO du 29, p. 20324.

5. C. com., art. L. 612-5.

6. Décr. n° 2006-335 du 21 mars 2006, art. 1, JO du 23, p. 4344.

7. Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, JO du 2, p. 751.

8. JOAN, 6 décembre 1983, p. 6016.

9. *Bulletin CNCC*, septembre 1985, n° 59, p. 398.

10. Principe général posé par CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96

Rec. P. I-3851, point 36.

11. Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 485 FS-PBR, *Bull. civ. I* n° 86, et CA Paris 3^e ch. A, 9 avril 2002, BAF 8/02 inf. 230.

12. Cass. com., 1^{er} octobre 1996, *RJDA* 1/97 n° 65, solution rendue en matière de sociétés et transposable aux associations.

13. JOAN du 3 avril 1969, réponse LEBAS, p. 870, transposable aux associations.

14. C. com., art. L. 612-5.

Sanctions en cas de non-approbation

Une convention non approuvée produit néanmoins ses effets. Toutefois, les éventuelles conséquences préjudiciables pour l'association peuvent être imputées, individuellement ou solidairement selon le cas, aux dirigeants concernés. En outre, ces conventions sont toujours annulables sur le fondement des causes de nullité de droit commun des contrats.

Les associations qui ne répondent pas aux critères de l'article L. 612-5 du code de commerce continuent d'échapper à la procédure de contrôle des conventions signées au cours de l'exercice entre elles et leurs dirigeants. Seule exception : les conventions intervenant entre une association habilitée à collecter la participation des employeurs à l'effort de construction et l'un de ses administrateurs, qui sont considérées comme des conventions réglementées (CCH, art. L. 423-10 et L. 423-11).

d'une association en ce qui concerne ses modalités de direction, la détermination des personnes entrant dans les prévisions du texte n'est pas facile. La finalité du texte qui concerne « la prévention des conflits d'intérêts » suppose qu'il devrait viser toutes les personnes mandatées par les adhérents de l'association pour assurer la direction de celle-ci. Lorsqu'une association veut conclure une convention avec son propre représentant, celui-ci ne peut représenter le groupement, ni déléguer à une personne de son choix le pouvoir de représenter l'association pour la conclusion de cette convention. Le groupement doit alors se faire représenter par un mandataire *ad hoc* qui sera désigné selon les modalités prévues dans les statuts pour le représentant statutaire ;

- les conventions conclues, par personne interposée, entre une association et l'un de ses dirigeants, c'est-à-dire celles dont le dirigeant est le bénéficiaire réel alors qu'elles ont été passées apparemment avec un tiers ;
- les conventions conclues entre une association et une société dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, un administrateur, un directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire

ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est aussi dirigeant de l'association.

Depuis décembre 2005, sont également concernées dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux¹⁵ :

- les conventions conclues, directement ou par personne interposée, entre l'association et les administrateurs, cadres dirigeants salariés ou directeurs d'établissements sociaux et médico-sociaux ;
- les conventions auxquelles sont parties les membres de la famille des administrateurs, des cadres dirigeants et des directeurs des établissements sociaux et médico-sociaux qui sont salariés par le même organisme gestionnaire dans lequel exercent ces administrateurs et ces cadres dirigeants. Ce dernier type de convention oblige à un recensement, depuis notamment la précision récente relative aux directeurs des établissements.

La procédure de contrôle des conventions réglementées

Le représentant de l'association, ou le commissaire aux comptes s'il en existe un, doit établir un rapport sur les conventions intervenues au cours de l'exercice.

Ce rapport doit être présenté par le représentant de l'association à l'organe délibérant, ou en l'absence d'un tel organe, il doit être joint aux documents communiqués aux adhérents. En effet, il semble opportun, à défaut d'organe délibérant, d'adresser ce rapport aux membres de l'association, même si les statuts ou le règlement intérieur n'ont pas prévu de communication de documents, faute de quoi cette disposition légale deviendrait inopérante.

Ce sont les statuts qui déterminent l'organe délibérant de l'association. La compagnie nationale des commissaires aux comptes pose comme principe que l'organe délibérant est celui qui approuve les comptes : « En effet, c'est généralement la réunion des membres ou des adhérents [...]. Si les statuts ne prévoient pas d'assemblée, le rapport est adressé directement aux adhérents [...] »¹⁶.

Enfin, l'organe délibérant, s'il existe, statue sur ce rapport. Il semble que le dirigeant intéressé puisse prendre part au vote puisqu'il n'en est pas expressément

15. Ord. n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005, art. 12, JO du 2, p. 18636 ; CASF, art. L. 313-25.

16. *Bulletin CNCC* n° 62, juin 1986.

exclu par le code de commerce, contrairement aux dirigeants de sociétés de capitaux¹⁷.

Dans les établissements sociaux et médico-sociaux, le rapport spécial doit être transmis dès son établissement à l'autorité de tarification¹⁸.

Le rapport doit contenir les informations suivantes¹⁹ :

- l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'organe délibérant ou jointes aux documents communiqués aux adhérents en l'absence d'organe délibérant ;
- le nom des administrateurs intéressés ou des personnes intéressées assurant un rôle de mandataire social ;
- la désignation de la personne avec laquelle la convention a été passée ;
- la nature et l'objet des conventions concernées ;
- les modalités essentielles de ces conventions, notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant à l'organe délibérant ou aux adhérents d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées.

S'agissant des conventions conclues sur les exercices antérieurs, il n'existe pas d'obligation légale de les inscrire sur le rapport spécial, sauf si les statuts le prévoient expressément ou si le représentant légal en fait la demande au commissaire aux comptes.

Lorsque le rapport est établi par le commissaire aux comptes, le représentant de l'association doit l'aviser des conventions conclues dans un délai d'un mois à compter de la conclusion des dites conventions²⁰.

Le rapport du commissaire aux comptes doit être réalisé même en l'absence de conclusion de nouvelles conventions au cours de l'exercice.

Aspects pratiques

Les différences avec le monde marchand s'amenuisent notamment en matière de conventions réglementées et la procédure incluant les directeurs d'établissements et services sociaux et médico-sociaux va même plus loin. En matière de transparence, la définition et la mise en place de règles de bonne gouvernance sont essentielles, mais ne suffisent pas à elles seules à promouvoir et faire vivre durablement les bonnes pratiques. Il ne faut pas perdre de vue que la gouvernance associative n'est rien d'autre que la contractualisation la plus large possible d'un ensemble de règles de gestion appliquées à tous les domaines de la vie associative et placées sous le contrôle de l'assemblée générale.

En matière de conventions réglementées, les parties prenantes du monde associatif (présidents, directeurs d'associations, directeurs d'établissements et services sociaux et médico-sociaux, autorités de tutelle, financeurs) ont besoin de s'appuyer sur des modalités de fonctionnement efficaces et transparentes.

Dans ce but, il convient de mettre en place des règles de bonne gouvernance adaptées, afin de faciliter le recensement des conventions et d'assurer toute transparence. Il est préférable de mettre en place une procédure annuelle de confirmation directe des mandats détenus par les dirigeants et des intérêts directs ou indirects au sein d'entités en lien avec l'association. Cette documentation sera actualisée et confirmée annuellement ; elle facilitera l'inventaire à transmettre au commissaire aux comptes.

On assiste depuis quelques années à une forte sensibilisation à cette problématique ; sensibilisation qui a été également renforcée avec le décret du 22 octobre 2003²¹ pour la finalisation du dossier d'autorisation de frais de siège social.

17. C. com., art. L. 223-19 et L. 225-40.

18. CASF, art. R. 314-59.

19. C. com., art. R. 612-6, issu de l'article 48 du décret n° 2005-1677 du

28 décembre 2005 préc.

20. Décr. n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 préc., art. 49.

21. Décr. n° 2003-1010 du 22 octobre 2003, JO du 24, p. 18112.