

Adapei-Aria de Vendée

A l'attention de Monsieur Patrick Soria

La Roche-sur-Yon, le 23 juin 2022

Objet : Création de SYNAPPSE – Conflit d'intérêt

Cher Monsieur,

Le Conseil d'administration de l'association Adapei-Aria de Vendée (ci-après « l'Association ») a validé le transfert de l'activité DSIN à la société SYNAPPSE dont l'Association détiendra 50% des parts.

A l'occasion de la présentation de ce projet le risque de conflit d'intérêt a été soulevé.

Comme convenu, nous vous prions de bien vouloir trouver ci-après les observations qu'appelle, de notre part, la participation de l'Association à la création de la société SYNAPPSE au regard de la notion de conflit d'intérêt.

1 Sur le contexte ayant conduit à la création de la société SYNAPPSE

Le projet SYNAPPSE intervient dans le contexte actuel où le SIN (Systèmes d'Information et Numérique) devient un enjeu stratégique, pour l'Association, tout comme pour les autres organismes œuvrant dans le secteur médico-social (dont un certain nombre font d'ailleurs de plus en plus régulièrement appel à l'Association), le déploiement de ces activités requiert des investissements massifs ainsi qu'une progression indispensable.

Or, l'Association n'a pas pour objet, ni pour projet de créer/développer en interne un SIN à destination du secteur médico-social :

- ADAPEI ARIA de Vendée est avant tout une association de parents d'enfants et d'adultes en situation de handicap ;
- Elle souhaite aujourd'hui continuer de se concentrer sur cette activité.

Parallèlement, face à la montée en puissance indispensable du SIN, l'Association se heurte à :

- **Des enjeux financiers :**

- 
- L'Association constate que le plafond de dépenses SI est atteint et qu'elle doit se recentrer sur sa mission première : l'accompagnement des personnes en situation de handicap ;
 - Dans ce contexte, la création d'une structure dédiée facilite la massification qui devrait permettre de réduire le coût des prestations SIN ou de bénéficiaire, à budget constant, d'objectifs plus ambitieux et de projets innovants. La structure créée a en effet vocation à se développer, à conquérir de nouveaux marchés et à permettre à l'ADAPEI ARIA de Vendée de bénéficier d'un SIN performant avec des coûts maîtrisés ;

- **Des obstacles RH :**

- L'Association se heurte à des difficultés de recrutement liées notamment au fait que les talents à compétence SIN n'identifient pas l'Association comme un acteur du SIN ;
- Dans ce contexte, la création d'une structure dédiée permettra d'attirer des talents dans une structure clairement identifiée, de mettre en place une politique sociale innovante (par exemple, une politique d'intéressement difficilement envisageable dans le monde associatif) et de fidéliser au bénéfice d'un secteur qui prend sens ;

- **Des enjeux d'image :**

- A ce jour, il n'existe pas d'autres structures identifiées comme fournissant des services SIN dans le secteur médico-social alors qu'est constaté un réel besoin dans le secteur en matière de SIN ; les équipes d'Adapei-Aria de Vendée sont ainsi régulièrement sollicitées sur ces sujets par les structures du médico-social ; cela génère un risque de confusion sur le rôle et l'objet de l'Association ;
- Dans ce contexte, la création d'une structure dédiée qui connaît ce secteur et ses particularités permettrait de scinder les activités SIN du cœur de l'activité ADAPEI et d'apporter au secteur médico-social une compétence spécifique ;

- **Des enjeux fiscaux :**

- La massification pourrait générer un risque fiscal pour l'Association, notamment en cas de recours à des méthodes de communication et de publicité importantes ;
- La création d'une structure dédiée permettra de lever des fonds et de bénéficier d'aides ou de crédits d'impôt en matière de recherche et de développement, tout en protégeant la situation fiscale de l'Association.

2 Sur la prise en considération du financement de l'Association ADAPEI ARIA de VENDEE par des fonds publics

2.1 Rappel des principes généraux

L'association est financée de façon significative par des fonds publics.

Qu'une association soit chargée de la gestion d'un service public ou qu'elle soit associée à ses activités, le service public n'absorbe pas l'association qui reste (sauf cas des associations administratives ou transparentes, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), une personne privée poursuivant son existence propre, même si cette dernière est plus ou moins étroitement conditionnée par ses activités publiques (Tribunal des Conflits, 15 janvier 2007, n° C3610 ; Cass. Soc. 12 octobre 2016, n° 15-14.071 ; CA Nîmes, 2 juillet 2013, n° 13/01760).

Les biens de l'association, même affectés à des activités de service publics, restent privés (et saisissables).

Le juge distingue ce que la doctrine appelle « la vie privée » de l'association de son activité de service public.

Le principe de la distinction repose sur l'interdiction faite à l'administration, maître du service, de s'ingérer dans le fonctionnement interne de l'association qui reste régie par les dispositions de la loi du 1er juillet 1901 (à défaut, il s'agirait d'une voie de fait).

Le juge (civil ou administratif) sanctionne d'ailleurs les comportements contraires de l'administration.

A ce titre, aucune obligation, ni aucune restriction d'activité de l'association ne figure expressément au contrat de subventionnement (CPOM).

L'association est parfaitement libre de sa gestion et donc, par exemple, de ses relations avec ses membres, de l'organisation et du fonctionnement de ses organes, des relations avec le personnel, etc.

2.2 Les dérives éventuelles : la prise illégale d'intérêts (article 432-12 alinéa 1 du code pénal)

Selon le Code pénal, « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction* ».

En application de ces dispositions, le responsable d'une association chargée d'une mission de service public commet le délit de prise illégale d'intérêts en se plaçant dans une situation où son intérêt personnel, direct ou indirect, le cas échéant par personne interposée, prime l'intérêt général qu'il a pour mission de défendre.

Ont ainsi été reconnus coupables de prise illégale d'intérêts :

- Le dirigeant d'une association souscrivant, pour le compte de personnes sous tutelle ou curatelle prises en charge par l'association, des contrats d'assurance, de placement, de travaux ou d'audit

dans des cabinets dont il est l'agent commercial (Cassation, Criminelle, 30.01.2013, n° 111-89.224) ;

- 
- Le directeur d'une association, en acquérant des parts de la société fournissant les services informatiques du groupement qu'il dirige (Cassation, Criminelle, 09.09.2008, n° 07-87.900) ou en faisant octroyer par cet organisme des prêts pour financer des opérations conclues avec des sociétés dans lesquelles il a des intérêts (Cassation, Criminelle, 28.05.2014, n° 12-86.485).

2.3 Application au cas particulier

Au cas particulier, l'infraction de prise illégale d'intérêts n'est, à notre sens, pas établie dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis :

- L'association n'est pas chargée d'une mission de service public ;
- Et aucun comportement préjudiciable à des intérêts d'ordre général liés à l'Association n'a été réalisé, aucun intérêt financier personnel n'a été établi dans ce cadre précis lié à l'Association ; aucun des dirigeants (*i.e.* membres du conseil d'administration) ni du personnel de direction salarié n'a usé de son implication dans l'Association et dans la constitution de la société SYNAPPSE pour en tirer un avantage personnel, direct ou indirect ; c'est l'Association elle-même qui sera actionnaire de la société SYNAPPSE et non l'un des dirigeants ou du personnel de direction salarié.

3 Sur la notion de conflit d'intérêts privés

En dépit de la fréquence avec laquelle ce genre de situation peut survenir, notre droit positif ne dispose pas d'un dispositif d'identification et de traitement des conflits d'intérêts universellement applicable.

A la différence du droit public, il n'existe aucun texte général qui serait applicable à aux relations de droit privé.

Une situation de conflit d'intérêts n'est pas réglementée ou interdite par un texte spécial.

Il est considéré généralement qu'« *un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre personnel, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées* ».

En d'autres termes, le conflit d'intérêt peut potentiellement remettre en cause la neutralité et l'impartialité avec lesquelles la personne doit accomplir sa mission du fait de ses intérêts personnels.

Le conflit d'intérêts est une situation de fait.

Il vise l'hypothèse où le dirigeant d'une entité (société ou association), dans le cadre de ses pouvoirs est amené à prendre une décision, dans une situation où cohabitent un intérêt général et un intérêt privé.

Cette réalité est d'autant plus prégnante que la personne en question cumule des fonctions très diverses.

La notion de « cumul des fonctions » est un critère important de risque de conflits d'intérêts.

En ce qui concerne les associations, les statuts permettent de mettre en place différentes obligations à la charge des membres et/ou des administrateurs.

Cependant, il existe des cas précis où, en dehors des statuts, des règles sont applicables afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts.

Ainsi, ces règles concernent aussi bien les incompatibilités, les cumuls de fonctions que les conventions réglementées.

3.1 Sur le cumul de fonctions des administrateurs et de dirigeants d'entreprises

Par principe, une même personne physique ou morale peut cumuler plusieurs fonctions de direction dans une même association ou dans plusieurs groupements.

Toutefois, dans certaines associations requérant de leurs dirigeants une attention particulière, il est fréquent que les statuts prévoient une clause interdisant le cumul de fonctions en l'assortissant éventuellement de conséquences : démission d'office, amende, exclusion de l'association, etc.

3.2 Sur les conventions interdites aux dirigeants

Il existe des dispositions réglementaires spéciales prohibant certaines conventions (domaine des associations de pêche par exemple).

Essentiellement, le représentant d'une association ne peut pas contracter pour son compte avec le groupement qu'il représente ; une telle convention est nulle, sauf si l'association l'a autorisée ou ratifiée (article 1161 du code civil).

3.3 Sur les conventions réglementées (articles L 612-5 et D 612-5 du code de commerce)

Les associations concernées sont celles qui :

- quelle que soit leur activité, reçoivent annuellement de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics à caractère administratif ou industriel et commercial, des organismes de sécurité sociale une ou plusieurs subventions en numéraire dont le montant global excède 153.000 € ;
- ou se livrent à une activité économique.

Une association répondant aux caractéristiques visées précédemment peut contracter librement avec ses dirigeants dès lors que la convention répond aux quatre conditions suivantes (article L 612-5, dernier alinéa, code de commerce) :

- Elle n'est pas expressément interdite ;
- Elle est « courante » (*i.e.* dans le cadre de son activité habituelle) ;
- Elle est conclue dans des « conditions normales » (*i.e.* habituellement pratiquées par l'association dans ses rapports avec ses partenaires (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 client ou un fournisseur quelconque de l'association) ;
- Son objet et ses conséquences financières ne la rendent significative ni pour l'association ni pour le dirigeant concerné.

Sont expressément visées et soumises à contrôle :

- 
- Les conventions autres que celles qui sont indiquées précédemment (conventions courantes), passées directement entre une association visée ci-dessus «et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social », ce qui vise tous ses dirigeants ;
 - Les conventions autres que celles qui sont mentionnées précédemment, passées par personne interposée, entre une association visée ci-dessus et l'un de ses dirigeants, c'est-à-dire les conventions dont ce dernier est le bénéficiaire réel même si elles ont été apparemment conclues avec une autre personne ;
 - Les conventions autres que celles indiquées précédemment passées entre une association visée ci-dessus et une autre personne morale (société, association, fondation, etc.) dont un dirigeant, un associé indéfiniment responsable (associé d'une société en nom collectif ou d'une société civile, associé commandité d'une société en commandite simple ou par actions), ou un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est simultanément dirigeant de l'association.

3.4 Sur les enjeux fiscaux

La notion de conflit d'intérêts privés est envisagée, en matière de fiscalité associative, sous l'angle de la gestion intéressée.

En effet, une association est considérée comme non lucrative, sur le plan fiscal, notamment sous réserve que sa gestion reste bénévole, *i.e.* que ses dirigeants ne soient pas rémunérés (sauf exceptions strictement encadrées par les textes et la doctrine administrative).

Or, selon l'administration fiscale, la gestion d'un organisme n'est pas désintéressée si celui-ci a pour but exclusif ou principal de fournir des débouchés à une entreprise ou d'exercer une activité complémentaire de celle d'une entreprise du secteur lucratif **dans laquelle un dirigeant de l'organisme aurait, directement ou indirectement, des intérêts** (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 n° 460).

Or, au cas particulier, c'est l'Association qui sera actionnaire de la nouvelle structure SYNAPPSE et qui serait amenée, le cas échéant, à percevoir des dividendes.

A cet égard, il convient de préciser que le projet de pacte d'associés rappelle expressément que « *la philosophie générale de la Société SYNAPPSE, partagée par les associés parties au présent Pacte, est de réinvestir les bénéfices éventuels **dans la Société**, au soutien de nouveaux projets ou au soutien du développement des projets en cours, les parties n'ayant pas pour objectif la distribution de dividendes à leur profit* ».

Il est ainsi clairement établi que le projet n'a nullement pour objet un enrichissement personnel de l'un ou l'autre des associés, ni de ces représentants personnes physiques, mais bien de mener des projets innovants dans un secteur dont le développement est crucial pour les prochaines années.

Par ailleurs, s'il est vrai que le projet de pacte d'associés prévoit que l'Association désignera deux représentants, l'un représentant du conseil d'administration, qui sera un administrateur, et l'autre représentant des cadres dirigeants, qui sera le directeur général, il précise aussitôt que les représentants de l'Association ne percevront aucune rémunération.

En conséquence, les dirigeants ou cadres dirigeants de l'Association ne percevront, en tout état de cause, **aucune rémunération** au sein de la société SYNAPPSE.



Le risque identifié sur le plan fiscal ne réside donc pas, à ce stade du projet, dans un conflit d'intérêt générant une situation de gestion intéressée mais celui relatif à l'existence de relations privilégiées entre l'Association et la société commerciale, notamment lié, comme indiqué précédemment, au fait que l'Association sera au démarrage le seul client de la Société.

C'est la raison pour laquelle il est essentiel que SYNAPPSE développe son activité auprès d'autres acteurs du secteur médico-social et qu'il existe une étanchéité entre les deux structures. La raison d'être du projet ne sera en effet atteinte que si la structure créée se développe avec de nouveaux clients.

4 Sur la notion de conflit d'intérêts publics

Le conflit d'intérêt est défini juridiquement pour les intérêts publics, par l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

Cette définition met en évidence trois critères d'un conflit d'intérêts :

- Le responsable public doit détenir un intérêt : cet intérêt peut être direct (une autre activité professionnelle) ou indirect (l'activité professionnelle du conjoint), privé (la détention d'actions d'une entreprise) ou public (un autre mandat électif), matériel (une rémunération) ou moral (une activité bénévole ou une fonction honorifique) ;
- Cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique : l'interférence peut être matérielle (une activité professionnelle spécialisée dans un certain secteur), géographique (les intérêts détenus dans une commune) ou temporelle (des intérêts passés) ;
- Cette interférence doit « *influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* » : ce critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas : il y a un conflit d'intérêts quand l'interférence est suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public pour exercer ses fonctions en toute objectivité.

5 Conclusion

Le conflit d'intérêt n'est pas caractérisé dans la situation présentée. Aucun texte, ni aucune règle interne à l'Association ne permettent en effet d'affirmer qu'il serait caractérisé d'autant qu'il s'agit de recentrer l'activité d'ADAPEI ARIA sur sa mission première, tout en assurant le déploiement d'une activité devenue stratégique.

Nous restons à votre entière disposition pour vous apporter toutes précisions complémentaires et vous prions d'agréer, Cher Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.



Marjorie Tritschler
Avocat Associé
Département Droit des Sociétés

Fabienne Olivard
Avocat Associé
Département Droit Fiscal

Mélanie Grellier-Drapeau
Avocat Associé
Directeur du bureau