

Thierry de LORGERIL
Séverine DEVOIZE
Thibault GRIFFON
Noëlle MORIN
Avocats Associés
Anne-Sophie EYRAUD
Stéphanie LE GUILLAS
Marine GALLAIS
Avocats
Manuella RICHARD
Aurélie CADIET
Juristes

APEI OUEST 44
Secteur Travail Protégé
8 rue de l'Etoile du Matin
44600 SAINT NAZAIRE

Saint Nazaire, le 18 mai 2015

30 boulevard de l'Université
BP 40280
44616 SAINT NAZAIRE Cedex
Tél. 02 51 73 09 83
Fax. 02 51 10 25 52

Nos Réf. : 15.00183 - ESAT OCEANIS - NM/

Mesdames, Messieurs,

Je fais suite à votre demande du 23 avril dernier, aux termes de laquelle vous m'interrogez sur le fait de savoir si un ESAT peut faire de la publicité et, dans l'affirmative, sous quelles conditions particulières.

Sauf erreur ou omission, ma compréhension de votre dossier est la suivante :

- les trois ESAT relevant de l'APEI OUEST 44 sont des ESAT privés (Océanis, Pontchâteau, Saillé),
- l'APEI OUEST 44 est une association déclarée dite « association Loi 1901 »,
- ces ESAT bénéficient du régime fiscal des organismes à but non lucratif et, à ce titre, ne sont pas soumis aux impôts commerciaux.

Par principe, une association loi 1901 peut, tout comme les entreprises, mettre en œuvre des actions publicitaires, voire de véritables campagnes de publicité, dès lors qu'elle respecte la réglementation générale de la publicité **(1)**.

Toutefois, l'utilisation de moyens publicitaires importants peut faire présumer du caractère commercial de l'activité exercée par l'association et entraîner un changement de régime fiscal **(2)**.

1. Sur les limites juridiques : le respect de la réglementation de la publicité

A l'exception de certaines associations limitativement énumérées (tourisme, villages de vacances), dont ne font pas partie les ESAT, il n'est pas interdit à une association d'avoir recours à des actions publicitaires.

BRET LIM OUEST

Nantes
Saint-Nazaire
Guérande
Brest



BRET LIM VAL DE LOIRE

Blois
Tours



BRET LIM ILE DE FRANCE

Versailles



BRET LIM RHONE ALPES

Villefranche-sur-Saône

Au même titre que les entreprises commerciales, les ESAT doivent respecter les règles générales relatives à la publicité.

Notamment, les messages publicitaires d'un ESAT :

- ne doivent pas être mensongers, trompeurs ou même équivoques,
- ne doivent pas imiter une autre publicité, notamment celle d'un concurrent,
- ne doivent pas reproduire tout ou partie de l'œuvre ou de la marque d'un tiers sans son autorisation,
- doivent être affichés en dehors des emplacements réservés par les communes,
- doivent respecter les règles relatives à la distribution des prospectus ou tracts distribués au public,
- doivent respecter les règles relatives aux écrits périodiques diffusés en grand nombre, adressés à un public extérieur à l'association (revue associative, lettre d'information, brochure, etc) : désignation d'un directeur de publication, déclaration d'intention de paraître auprès du TGI, mentions obligatoires, etc.

A défaut, l'ESAT s'exposerait à des sanctions civiles et pénales (concurrence déloyale, publicité mensongère, contrefaçon...).

2. Sur les limites fiscales : le recours à l' « information » plutôt qu'à la « publicité » ?

Il est ici rappelé que les trois ESAT relevant de l'APEI OUEST 44 bénéficient du régime fiscal applicable aux organismes à but non lucratif.

A ce titre, ils sont exonérés des impôts commerciaux (notamment impôt sur les sociétés, TVA) pour les prestations et ventes qu'ils réalisent.

En effet, les **organismes qui ont pour objet d'aider des personnes défavorisées en leur permettant d'exercer une activité professionnelle et en commercialisant sur le marché leurs produits ou leurs prestations** ne sont pas soumis aux impôts commerciaux si les conditions suivantes sont remplies :

- l'organisme a pour objet l'insertion ou la réinsertion économique ou sociale de personnes, qui ne pourrait être assurée dans les conditions du marché,
- l'activité ne peut pas être exercée durablement par une entreprise lucrative en raison des charges particulières rendues nécessaires par la situation de la population employée (adaptations particulières des postes de travail, productivité faible, etc.),
- les opérations en principe lucratives sont indissociables de l'activité non lucrative, en contribuant par nature et non pas seulement financièrement à la réalisation de l'objet social de l'organisme,
- l'organisme ne doit pas faire prévaloir la recherche du profit et sa gestion doit rester désintéressée.

Les ESAT peuvent bénéficier de cette mesure (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 n°720 à 760, anciennement Inst. du 18.12.06, BOI 4 H-5-06, n°79 à 82, dont copie ci-jointe).

En effet, la réalisation de la même activité, dans les mêmes conditions, ne pourrait pas être rentable si elle était soumise aux conditions normales du marché en raison des surcoûts occasionnés par l'emploi de personnes handicapées. En l'occurrence, le service rendu n'est pas tant destiné aux clients de l'ESAT ou de l'atelier protégé qu'aux personnes qui y sont employées.

S'agissant des organismes sans but lucratif dont l'objet même conduit à la réalisation d'actes payants (comme les ESAT), la doctrine administrative semble s'éloigner de la règle des quatre « P » applicables aux organismes sans but lucratif classiques.

Rappel de la règle des quatre « P » (Produit, Public, Prix, Publicité)

Il résulte des dispositions législatives et de la doctrine administrative « *qu'une association à but non lucratif n'est pas soumise aux impôts commerciaux sauf lorsque l'administration établit que :*

- . la gestion de l'organisme est intéressée,*
- . ou que l'organisme concurrence le secteur commercial ».*

La doctrine administrative a, en outre, précisé qu'un organisme à but non lucratif échappe en principe aux impôts commerciaux si son activité ne concurrence pas le secteur commercial ou, **s'il y a concurrence, si son activité s'exerce dans des conditions différentes de celles de secteur marchand.**

Lorsque qu'un organisme à but non lucratif intervient dans un domaine d'activité où il existe également des entreprises commerciales, il convient de considérer l'utilité sociale de l'activité ainsi que les conditions dans lesquelles le service est accessible.

La doctrine administrative a ainsi établi que « *pour apprécier si l'organisme exerce une activité dans des conditions similaires à celle d'une entreprise, il faut examiner successivement quatre critères selon la méthode du faisceau d'indices : le Produit proposé par l'organisme, le Public qui est visé, les Prix qui sont pratiqués, enfin les **opérations de communication (Publicité) réalisées*** » (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 n°570, anciennement Inst. du 18.12.06, BOI 4 H-5-06, n°60, dont copie ci-jointe).

Nous nous attacherons uniquement au quatrième critère visé ci-dessus.

En principe, le recours à des pratiques commerciales est un indice de lucrativité qui, cumulé avec un ou plusieurs autres indices, peut entraîner un changement de régime fiscal de l'organisme.

Mais l'organisme peut, sans que sa non-lucrativité soit remise en cause :

- procéder à des opérations de communication pour faire appel à la générosité publique,
- **réaliser une information**, notamment sur des sites internet, sur ses prestations sans toutefois que celle-ci s'apparente à de la publicité commerciale destinée à capter un public analogue à celui des entreprises du secteur concurrentiel (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 n°670 à 710, anciennement Inst. du 18.12.06, BOI 4 H-5-06, n°71 à 78, dont copie ci-jointe).

Pour distinguer l'information de la publicité, il convient de regarder si le contenu des messages diffusés et le support utilisé ont été sélectionnés pour tenir compte du public particulier auquel s'adresse l'action non lucrative de l'organisme en cause.

Ainsi, un organisme sans but lucratif peut présenter les prestations qu'il offre dans un catalogue si ce support est diffusé soit par l'organisme lui-même aux personnes ayant déjà bénéficié de ses prestations ou qui en ont exprimé la demande, soit par l'intermédiaire d'organismes sociaux.

En revanche, la vente de ce catalogue en kiosque, la diffusion de messages publicitaires payants (passage de messages dans les journaux, à la radio, location de panneaux publicitaires, bandeaux publicitaires sur des sites internet, etc) sont des éléments susceptibles de remettre en cause le caractère non commercial de la démarche. Il en serait de même de l'utilisation d'un réseau de commercialisation (participation à des foires ou salons dont les exposants sont principalement des professionnels, etc).

Le fait que l'organisme dispose d'un site internet pour informer tant ses adhérents que toute personne intéressée par ses activités ne conduit pas à considérer que cet organisme recourt à des méthodes commerciales destinées à capter un public analogue à celui des entreprises du secteur commercial. **Internet apparaît en effet comme un vecteur normal de diffusion d'informations pour un organisme sans but lucratif** (à condition de ne pas avoir recours à la publicité payant telle que bandeaux ou bannières publicitaires).

Comme indiqué précédemment, il semble que la doctrine administrative n'impose pas le respect des quatre critères de lucrativité visés ci-dessus (dont celui de la publicité) aux organismes dont l'objet même conduit à la réalisation d'actes payants (comme les ESAT).

L'absence d'imposition aux impôts commerciaux a ici pour but d'éviter des distorsions de concurrence au détriment de ces organismes non lucratifs. La doctrine administrative rappelle également que l'absence d'imposition aux impôts commerciaux n'a évidemment pas pour but d'éviter des distorsions au détriment des entreprises du secteur concurrentiel, notamment par des prix significativement plus bas.

A mon sens, un ESAT pourra donc réaliser de la publicité, comme toute entreprise commerciale, à condition de respecter la réglementation relative aux différents supports de communication utilisés, de ne pas faire prévaloir la recherche de profit et de maintenir une gestion désintéressée.

Malgré mes diverses recherches, je n'ai pu trouver aucune jurisprudence faisant référence à une affaire mettant en cause une communication publicitaire effectuée par un ESAT (ou anciennement CAT). Cette absence de décision jurisprudentielle laisse à penser qu'il existe peu de contentieux sur ce sujet.

Enfin, ainsi que nous avons eu l'occasion de l'évoquer, il serait opportun de vous assurer que l'objet statutaire de l'APEI OUEST 44 inclut bien les diverses activités exercées par les ESAT d'Océanis, de Pontchâteau et de Saillé.

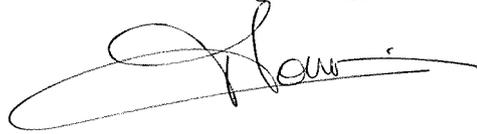
Je me tiens naturellement à votre entière disposition afin de vous apporter toute précision sur les termes de la présente consultation.

Vous souhaitant bonne réception des présentes je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de ma considération distinguée.

Noëlle MORIN

Avocat Associé

nmorin@bretlim.com

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Noëlle Morin', with a long horizontal flourish extending to the right.