



ASSOCIATIONS, FONDATIONS, ET AUTRES FORMES DE PERSONNES MORALES AU SERVICE DU SPORT

Denis Oswald



ASSOCIATIONS, FONDATIONS, ET AUTRES FORMES DE PERSONNES MORALES AU SERVICE DU SPORT

Denis Oswald

En droit suisse, comme dans la plupart des systèmes juridiques de même inspiration, seule une «personne» peut être sujet de droits. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale. Il est donc logique que le législateur ait consacré le Livre premier du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)¹ au droit des personnes, avec un Titre premier (art. 11 ss CC) dédié aux personnes physiques et un Titre second (art. 52 ss CC) traitant des personnes morales. C'est cette dernière partie qui nous retiendra principalement.

La première partie du Titre second comprend des dispositions générales applicables à toutes les personnes morales (art. 52 ss CC)², qu'elles relèvent du Code civil ou de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Code des obligations, CO)³. En effet, le législateur a placé les dispositions régissant les personnes morales à but idéal dans le Code civil et les règles relatives aux sociétés commerciales dans le Code des obligations⁴.

Le droit suisse connaît un système de personnes morales dit «fermé»⁵. Cela signifie qu'on ne peut créer qu'une personne morale qui correspond à l'un des modèles décrits par la loi⁶. Dans cette limite, chacun est libre de constituer une personne morale. Il existe toutefois encore une réserve à l'art. 59 al. 1 CC qui dispose que «[l]e droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique»⁷.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a rejeté, dans deux arrêts, les principes de l'autorisation préalable et de la concession⁸, notions qui se recourent puisqu'elles visent à soumettre à l'approbation d'une autorité étatique la création d'une personne morale de droit privé⁹.

1 RS 210.

2 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 14 n° 1 p. 138.

3 RS 220.

4 BRÜCKNER, n° 1002 p. 305 s.; GUILLOD, n° 384 p. 199; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.26 p. 297; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 11 p. 4; HONEGGER, p. 95; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 14 n° 11 p. 142.

5 BERETTA, Vereine, p. 103; HONEGGER, p. 38; MONTAVON, Droit commercial, p. 14; TABET, n° 16 p. 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 24 p. 151.

6 AEBI-MÜLLER, p. 723; BERETTA, Vereine, p. 103 ss; GUILLOD, n° 388 p. 200 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.27 p. 297 s.

7 ATF 104 Ia 440, JdT 1980 I 514 (trad.), consid. 4c.

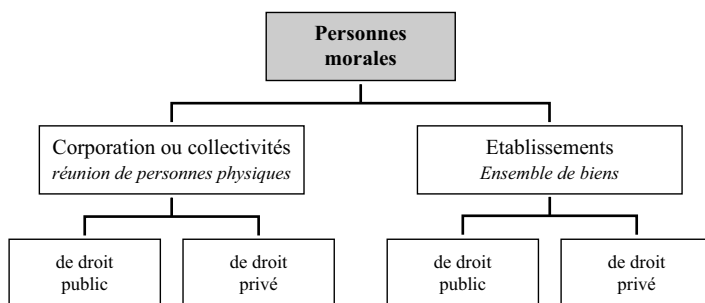
8 ATF 120 II 374, JdT 1996 I 110 (trad.), consid. 4b; ATF 96 I 219, JdT 1971 I 74 (trad.), consid. 7a.

9 GUILLOD, n° 393 ss p. 202 ss; HONEGGER, p. 85; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 11 p. 146.

1.1 Les personnes morales en général

A l'intérieur de ce système fermé, le législateur a prévu plusieurs formes de personnes morales afin de répondre aux divers besoins des utilisateurs. Parmi les personnes morales, on peut distinguer les corporations (ou collectivités), soit un groupement de personnes physiques, et les établissements, soit un ensemble de biens destinés à un but spécial ne comptant pas de membres (même si des personnes physiques les dirigent)¹⁰. Il convient de souligner qu'aussi bien les corporations que les établissements peuvent relever du droit public ou du droit privé (cf. fig. 1)¹¹. Nous nous intéressons ici essentiellement aux entités de droit privé.

Figure n°1: Formes de personnes morales



Les personnes morales (corporations et établissements) possèdent la personnalité juridique¹². Elles se distinguent aussi selon leur but, lucratif ou idéal. On trouve ainsi deux formes de personnes morales à but idéal: les associations (art. 60 ss CC) et les fondations (art. 80 ss CC). On dénombre, par ailleurs, quatre grandes catégories de personnes morales à but lucratif

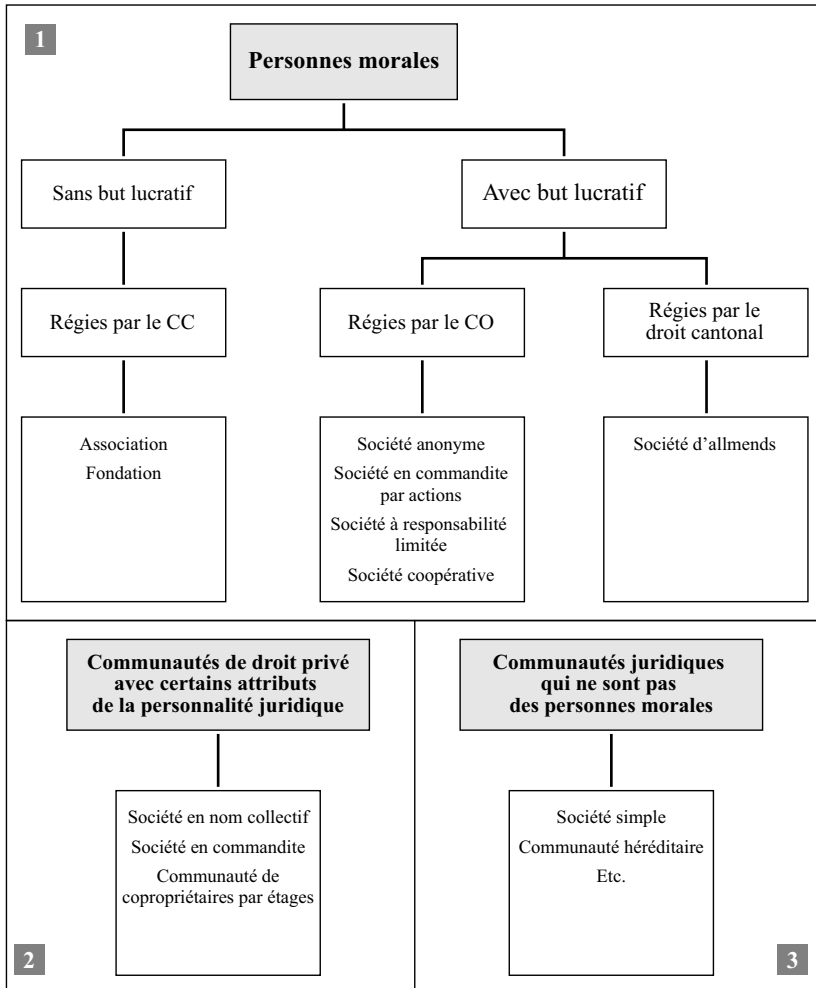
10 BRÜCKNER, n° 1004 s. p. 306 s.; GUILLOD, n° 390 ss p. 201; HANDSCHIN, p. 4; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.31 s. p. 299; MONTAVON, Droit civil, p. 90 s.; RUEDIN, n° 691 ss p. 127 ss; SCHÖNENBERG/VON SCHNURBEIN, n° 6 ss; SCHUEPBACH, p. 50; TABET, n° 13 ss p. 4 s.

11 GUILLOD, n° 390 s. p. 201; MONTAVON, Droit civil, p. 90 s.; TABET, n° 15 p. 4.

12 SCHERRER, Verein, n° 13 p. 23 s.

régies par le CO: les sociétés anonymes (SA; art. 620 ss CO), en commandite par actions (SCA; art. 764 ss CO), à responsabilité limitée (Sàrl; art. 772 ss CO) et coopératives (Scoop; art. 828 ss CO)¹³.

Figure n°2: Personnes morales et autres entités juridiques



13 GUILLOD, n° 388 p. 200; HONEGGER, p. 39; KEISER, p. 5; RUEDIN, n° 788 p. 151; TABET, n° 16 s. p. 4 s.

Il existe aussi des entités connues sous le nom de «sociétés d'allmends». Il s'agit en réalité de «corporations agricoles qui, nées des notions moyennageuses de la propriété, se sont maintenues jusqu'à nos jours et ont pour but l'exploitation en commun d'immeubles, de pâturages, de forêts, etc.»¹⁴. Celles-ci sont régies par le droit cantonal (art. 59 al. 3 CC)¹⁵.

A cette liste, viennent s'ajouter d'autres communautés de droit privé, qui poursuivent un but lucratif. Elles «ne constituent pas des personnes morales, bien qu'elles possèdent parfois certains attributs de la personnalité, comme le droit d'agir en justice ou d'être actionnée dans des cas particuliers»¹⁶. On trouve dans cette catégorie les sociétés en nom collectif (SNC; art. 552 ss CO), en commandite (SC; art. 594 ss CO)¹⁷ et les communautés de copropriétaires par étages (art. 712a ss CC)¹⁸.

Finalement, il existe encore «[d]'autres communautés juridiques [qui] ne possèdent aucun des attributs d'une personne morale»¹⁹. Il s'agit, par exemple, de la société simple (SS; art. 530 ss CO), qui représente une forme de société supplétive à toutes les autres.²⁰ En effet, l'art. 530 al. 2 *in fine* CO dispose que:

La société [, c'est-à-dire le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.] est une société simple [...] lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi.

La communauté héréditaire (art. 602 ss CC) entre également dans cette catégorie²¹.

14 BRUTTIN, p. 45.

15 BRÜCKNER, n° 1025 ss p. 311 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.41 p. 302.

16 GUILLOD, n° 389 p. 201. Cf. également RUEDIN, n° 789 s. p. 152.

17 RUEDIN, n° 788 p. 151; SCHERRER, Verein, n° 13 p. 23 s.

18 MONTAVON, Droit civil, p. 97.

19 GUILLOD, n° 389 p. 201.

20 RUEDIN, n° 610 p. 109.

21 GUILLOD, n° 389 p. 201.

1.2 Les dispositions générales régissant les personnes morales (art. 52 ss CC)

1.2.1 Généralités

Les art. 52 ss CC sont applicables à toutes les personnes morales²². Ils traitent de la création, de la composition et du fonctionnement de ces entités en général. Il est intéressant de relever que ces dispositions n'ont pratiquement pas subi de modifications depuis leur adoption²³. L'art. 52 CC retient trois conditions d'existence pour les sociétés corporatives: avoir une existence propre (autonomie), un but licite et conforme aux mœurs et être inscrites au registre du commerce (RC)²⁴. Les associations à but non lucratif, auxquelles appartiennent la plupart des associations de sport²⁵, échappent à cette dernière condition conformément à l'art. 52 al. 2 CC²⁶, même si elles conservent la latitude de s'inscrire volontairement (cf. pt. 1.2.2.3)²⁷. Le législateur fédéral a toutefois prévu une obligation de s'inscrire pour les associations (art. 61 al. 2 CC) qui exercent une industrie

22 HUGUENIN, n° 1 p. 398, relève qu'il s'agit là d'une particularité que seuls l'Italie et le Liechtenstein connaissent parmi les États qui nous entourent. Cf. également HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.20 ss p. 296 s.

23 Seuls les art. 56 et 57 al. 3 CC ont été modifiés, respectivement les 1^{ers} janvier 2008 (Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations, FF 2002 p. 2949 ss; Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations [obligation de révision dans le droit des sociétés] et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 p. 3745 ss) et 2006 (Initiative parlementaire – Révision de la législation régissant les fondations – Rapport du 23 octobre 2003, FF 2003 p. 7425 ss).

24 COLLAUD, p. 25 ss; GUILLOD, n° 393 ss p. 202 s.; MONTAVON, Droit civil, p. 91; ZENRUFFINEN, Droit du sport, n° 139 p. 54.

25 BADDELEY, L'association sportive, p. 23; COLLAUD, p. 33; PERRIN/CHAPPUIS, p. 20 ss; STEINER, p. 31; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 30 ss p. 152.

26 GUILLOD, n° 396 p. 203 s.

27 PERRIN/CHAPPUIS, p. 20 s. Dans le même sens: GUILLOD, n° 419 p. 215 s.; MONTAVON, Droit civil, p. 103.

en la forme commerciale afin de réaliser leurs buts idéaux²⁸ ou celles qui doivent faire réviser leurs comptes (cf. pt. 2.2.4.3). Comme nous le verrons par la suite, cette modification législative, qui s'applique aussi aux associations préexistantes, répond à de nombreux appels de la doctrine et de la jurisprudence (cf. pt. 2.2.6.1.2).

1.2.2 Les trois conditions d'existence

1.2.2.1 *L'existence autonome*

Une personne morale est constituée dès qu'elle dispose «[d]es organes que la loi et les statuts exigent à cet effet» (art. 54 CC). Ainsi, elle «acquiert la personnalité juridique, c'est-à-dire une existence propre, indépendante de celle de ses membres»²⁹. Cela signifie qu'elle peut «acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté» (art. 53 CC). Malgré ces restrictions évidentes, le statut juridique des personnes morales n'est pas qualitativement inférieur à celui des personnes physiques³⁰.

1.2.2.1.1 *Les organes*

La constitution et la désignation de ses organes représentent, pour une personne morale, une condition obligatoire de l'acquisition de la personnalité juridique (art. 54 CC). Ces organes remplissent un double rôle. A l'interne, ils assurent le fonctionnement de la personne morale et, vis-à-vis de l'extérieur, ils la représentent en lui permettant d'exprimer sa volonté³¹.

28 BADDELEY, *L'association sportive*, p. 73; PERRIN/CHAPPUIS, p. 24 s.; SATTIVA SPRING, p. 69; ZEN-RUFFINEN, *Droit du sport*, n° 195 p. 70.

29 ZEN-RUFFINEN, *Droit du sport*, n° 140 p. 54.

30 TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 12 p. 146.

31 COLLAUD, p. 25 s.; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 307 p. 99; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 15 p. 147; ZEN-RUFFINEN, *Droit du sport*, n° 144 p. 55.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral,

[i]l faut considérer comme organes d'une personne morale toutes personnes qui, de par la loi, les statuts ou l'organisation de fait, participent à la formation de la volonté de la société et qui sont de plus dotées d'une compétence décisionnelle correspondante de droit ou de fait³².

Sous réserve de dispositions spécifiques, l'art. 55 CC détermine comment se manifeste la volonté de la personne morale. Celle-ci «s'exprime par ses organes» (art. 55 al. 1 CC). Les organes sont désignés par les statuts et «obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits» (art. 55 al. 2 CC)³³. Ils en sont les représentants directs (art. 32 CO). En cas de faute, la responsabilité personnelle de leurs auteurs peut être engagée (art. 55 al. 3 CC)³⁴. Elle peut également l'être, sur une base objective, pour des faits non fautifs (art. 55 al. 2 CC).

Il n'y a toutefois pas que les organes qui peuvent engager valablement la personne morale³⁵. En effet, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, une personne ou une entité qui ne possède pas cette qualité peut, en vertu d'un pouvoir qui lui est conféré par un organe, obliger valablement la personne morale par ses actes pour autant que la loi, les statuts ou la nature de l'affaire en question n'excluent pas la représentation³⁶. On parle alors d'«organe de fait»³⁷.

Les agissements des employés et des auxiliaires (art. 55 et 101 CO)³⁸ peuvent également engager la responsabilité de la personne morale. Le Tribunal fédéral distingue les «auxiliaires» et les «simples auxiliaires». Ces derniers n'obligent en principe pas la personne morale³⁹.

32 ATF 122 III 225, JdT 1997 I 195 (trad.), consid. 4b. Cf. également ATF 124 III 418, JdT 1999 I 370 (rés.) = SJ 1999 p. 249, consid. 1b.

33 ATF 122 III 225, JdT 1997 I 195 (trad.), consid. 4a: «les organes sont une partie de la personne morale elle-même et leurs agissements ne sont pas ceux d'une tierce personne».

34 Pour plus de détails, cf. arrêt du TF H 81/03 du 18 janvier 2005 et RIEMER, Causa Sport 4/2005a, p. 373 s. Cf. également ATF 106 II 257, JdT 1982 II 106 (trad.), consid. 1 s. (résumé *in*: KEISER, p. 52); HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.96 p. 319; MONTAVON, Droit civil, p. 94.

35 HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 325 p. 104.

36 ATF 54 II 250, JdT 1929 I 38 (trad.), consid. 1.

37 GUILLOD, n° 400 p. 205; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.71 ss p. 312 s.

38 GUILLOD, n° 402 p. 206; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.93 p. 318; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 326 p. 104; RIEMER, ZGB, n° 572 p. 217 s.; ZEN-RUFFINEN, Droit du sport, n° 148 p. 56.

39 ATF 122 III 225, JdT 1997 I 195 (trad.), consid. 4b: «Le Tribunal supérieur a dénié

Par conséquent, selon l'art. 55 al. 1 et 2 CC, une personne morale se trouve aussi obligée lorsqu'elle a simplement «laissé faire»⁴⁰. C'est le cas d'un club de football qui bénéficie des services d'un joueur, alors même que son président n'était a priori pas habilité à signer seul le contrat relatif à son transfert⁴¹.

1.2.2.1.2 Le nom

Bien qu'aucune disposition de la partie générale du Titre deuxième du Code civil n'exige expressément l'adoption d'un nom pour les personnes morales soumises aux art. 52 ss CC, la doctrine s'accorde sur le fait qu'il en faut un⁴². PERRIN/CHAPPUIS et RIEMER rattachent cette obligation à l'art. 53 CC, relatif à la jouissance des droits civils. Pour eux, il s'agit d'une condition essentielle à l'acquisition de la personnalité⁴³. Ce nom est d'ailleurs protégé, au même titre que celui des personnes physiques, par l'art. 29 CC⁴⁴. Il convient de relever que les associations (avec ou sans but lucratif) qui ont l'obligation de s'inscrire, ou celles qui ont requis leur inscription au Registre du commerce (RC) ne disposent pas, en plus, de la protection particulière de l'art. 956 CO sur les raisons de commerce⁴⁵. En revanche, comme pour toute personne, leur honneur est protégé par le droit pénal⁴⁶, et leurs droits de la personnalité⁴⁷ par le Code civil.

la qualité d'organe à Mario C. en raison de l'éventail des tâches qui lui incombent et du type d'organisation de l'intimée; selon lui, aussi bien Mario C. que Martin B. étaient de simples auxiliaires, au sens de l'art. 55 al. 1^{er} CO».

40 PERRIN/CHAPPUIS, p. 99. Dans le même sens, HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 417 p. 130 s.

41 Cf. à ce sujet Journal L'Express des 15 septembre 2006 et 21 novembre 2006.

42 BADDELEY, L'association sportive, p. 25 s.; BRÜCKNER, n° 1147 p. 347; COLLAUD, p. 26 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 18.20 p. 329; HEINI/PORTMANN, n° 120 p. 63; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 98 p. 34; HONEGGER, p. 75; MONTAVON, Droit civil, p. 101; PERRIN/CHAPPUIS, p. 13 s.; RIEMER, BKomm, n° 48 p. 49; SCHAWALDER, p. 30 s.; SCHERRER, Verein, n° 27 p. 32 s.; ZEN-RUFFINEN, Droit du sport, n° 146 p. 56.

43 PERRIN/CHAPPUIS, p. 13; RIEMER, BKomm, n° 48 p. 49.

44 Arrêt du TF 5C.76/2004 du 25 mai 2004, consid. 2; ATF 117 II 513, consid. 2.

45 ATF 117 II 513, consid. 3; ATF 99 Ib 34, JdT 1973 I 533 (rés.), consid. 1; ATF 90 II 461, JdT 1965 I 262 (trad.), consid. 2.

46 ATF 96 IV 148, JdT 1971 IV 110 (trad.), consid. 9.

47 Cf. p. ex. ATF 97 II 97, JdT 1972 I 242 (trad.), consid. 2, sphère privée; ATF 95 II 481, JT 1971 I 226 (trad.), relatif à la réputation commerciale.

1.2.2.1.3 *Le siège*

Le siège de la personne morale équivaut au domicile pour une personne physique⁴⁸. Si les statuts ne précisent rien, ce siège est réputé se trouver à l'endroit où la société déploie son activité principale (art. 56 CC)⁴⁹. Lorsque la personne morale ne dispose pas d'un secrétariat ou de locaux permanents, on admet généralement que son siège se trouve au domicile légal du président⁵⁰. Comme le relèvent PERRIN/CHAPPUIS, «en application de l'art. 56 CC, les statuts de l'association peuvent indiquer un autre lieu» que celui de l'administration effective de la personne morale⁵¹. Comme pour les sociétés anonymes, on trouve parfois des motivations fiscales à cela. Dans ce cas, on parle de siège fictif⁵². Toujours selon PERRIN/CHAPPUIS, «cette liberté [de choisir son siège] doit être exercée sous les réserves générales des principes de fraude à la loi et de l'abus de droit, et cela tant au plan interne qu'au plan international»⁵³. Dans certains cas, comme celui de l'Agence mondiale antidopage (AMA), une personne morale peut être créée selon le droit d'un Etat, y avoir son siège, et pourtant exercer son activité à partir de bureaux situés dans un autre pays ou, même, sur un autre continent⁵⁴. En effet, l'AMA est une fondation de droit suisse, inscrite au registre du commerce du Canton de Vaud⁵⁵ où elle a son siège légal, mais son administration se trouve à Montréal, au Canada⁵⁶.

48 BRÜCKNER, n° 1117 p. 338 s.; GUILLOD, n° 406 p. 207 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.107 p. 323; HUGUENIN, n° 1 p. 418; RIEMER, ZGB, n° 581 p. 220.

49 BAUMANN, *Personenrecht des ZGB*, p. 31; BRÜCKNER, n° 1119 s. p. 305 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 17.110 p. 324; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 12 p. 146 s.

50 BAUMANN, *Personenrecht des ZGB*, p. 31; PERRIN/CHAPPUIS, p. 14. Cf. également art. 117 al. 3 Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411).

51 PERRIN/CHAPPUIS, p. 15; RIEMER, ZGB, n° 591 p. 223.

52 ZEN-RUFFINEN, *Droit du sport*, n° 147 p. 56.

53 PERRIN/CHAPPUIS, p. 15.

54 Pour plus de détails concernant les difficultés juridiques qui peuvent survenir dans une telle situation, cf. HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 105 s. p. 36 s.

55 Site du registre du commerce du Canton de Vaud (www.zefix.ch/info/fre/VD550.htm): http://www.rc1.vd.ch/extr_comp.asp?nodos=2000%2F06399 (31.05.2010).

56 Art. 1 et 2 Statuts AMA du 1^{er} septembre 2009, *in*: site de l'Agence Mondiale Antidopage (www.wada-ama.org): http://www.wada-ama.org/Documents/About_WADA/Statutes/WADA_Statutes_2009_FR.pdf (31.05.2010). Cf. également la sentence du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) où cela est rappelé, CAS 2006/A/1025 du 12 juillet 2006, Mariano Puerta v/International Tennis Federation (ITF) § 10.7, ainsi que l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois non publié du 16 mai 2006, concernant Danilo Hondo. Dans cet arrêt (consid. 1), la Chambre des recours du Tribunal cantonal constate qu'il

1.2.2.2 Le but de la personne morale

Pour être valablement constituée, la personne morale ne doit pas poursuivre un but illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO). Ses statuts définissent son but. Cependant, aucune instance étatique ne contrôle automatiquement et systématiquement la légalité ou l'adéquation dudit but avec l'activité effective de la personne morale, exception faite, dans une certaine mesure, du RC (en cas d'inscription). Sous réserve de l'art. 20 al. 1 CO, la personne morale peut choisir librement son but. Il est opportun de définir ce dernier de manière large, afin de ne pas devoir adapter les statuts chaque fois que les circonstances se modifient.

1.2.2.3 L'inscription au registre du commerce

Il est important de relever que, pour certaines catégories de personnes morales, l'inscription au RC a un effet constitutif, et représente donc une condition d'acquisition de la personnalité⁵⁷. Pour d'autres en revanche, telles que l'association, l'inscription n'a qu'une valeur déclarative⁵⁸. Peu importe, dans ce cas, que l'inscription soit obligatoire ou non⁵⁹. Comme le relèvent PERRIN/CHAPPUIS, la seule motivation qui peut amener une telle

ne s'agit pas d'un arbitrage international au sens de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291), mais d'un arbitrage interne, régi par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA; RSN 252.2). En effet, toutes les parties ont leur domicile ou siège en Suisse: le TAS, qui a rendu la sentence attaquée, a son siège à Lausanne, Hondo est domicilié à Ascona, Swiss Cycling et Swiss Olympic ont leur siège à Berne et l'Union cycliste internationale (UCI) a son siège à Aigle. Quant à l'AMA, elle a son siège en Suisse, comme l'attestent ses Statuts et le registre du commerce du Canton de Vaud. Le caractère interne de cet arbitrage n'a d'ailleurs pas été remis en cause par le Tribunal fédéral (TF 4P.148/2006 du 10 janvier 2007, Hondo), appelé à connaître du recours interjeté contre le jugement précité.

57 Pour plus de détails, cf. MONTAVON, Droit civil, p. 91. Cf. également KEISER, p. 5; MONTAVON, Droit commercial, p. 28 s.

58 Pour plus de détails, cf. MONTAVON, Droit civil, p. 91. Cf. également KEISER, p. 5; MONTAVON, Droit commercial, p. 29.

59 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations [obligation de révision dans le droit des sociétés] et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 p. 3745, 3823. Cf. également BRÜCKNER, n° 1036 p. 314; GUILLIOD, n° 419 p. 215 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n° 18.23 p. 330; HONEGGER, p. 75; PERRIN/CHAPPUIS, p. 20 et 27.

entité à requérir volontairement son inscription est la faculté de pouvoir plus facilement prouver son existence⁶⁰. Toutefois, le nombre d'associations ayant fait usage de cette possibilité est restreint. Par exemple, le Comité International Olympique (CIO) n'est inscrit au RC que depuis le 18 mars 2010⁶¹. D'autres associations, telles que la Swiss Ice Hockey Association (SIHA)⁶², la Fédération internationale de football association (FIFA)⁶³ et l'Union des associations européennes de football (UEFA)⁶⁴ le sont, en revanche, depuis plusieurs années déjà. Cette situation est toutefois en évolution en raison de l'obligation de s'inscrire imposée depuis le 1^{er} janvier 2008, évoquée plus haut (cf. pt. 1.2.1; cf. également pt. 2.2.4.3).

1.2.3 La fin de la personne morale

Les art. 52 ss CC, ne contiennent pas de dispositions particulières sur les causes de dissolution des personnes morales⁶⁵. Tout au plus, les art. 57 et 58 CC règlent l'affectation des biens résultant de la dissolution. C'est

60 PERRIN/CHAPPUIS, p. 20 s. Dans le même sens: GUILLIOD, n° 419 p. 215 s.; MONTAVON, Droit civil, p. 103.

61 Site du registre du commerce du Canton de Vaud (www.zefix.ch/info/fre/VD550.htm): <http://rc2.vd.ch/registres/hrcintapp-pub/externalCompanyReport.action?companyOfrcId13=CH-550-1066439-8&ofrcLanguage=2> (31.05.2010). Le Mouvement olympique a par ailleurs fait enregistrer d'autres types de personnes morales comme les fondations, pour se conformer aux art. 80 ss CC. Citons, p. ex., la Fondation internationale pour la trêve olympique, la Fondation Olympique, la Fondation pour une éthique olympique universelle ou le Musée Olympique.

62 Site du registre du commerce du Canton de Zurich (www.zefix.ch/info/fre/zh020.htm): <http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.asmx/getHRGHTML?chnr=0206000334&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=2&sort=0> (31.05.2010).

63 Site du registre du commerce du Canton de Zurich (www.zefix.ch/info/fre/zh020.htm): <http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.asmx/getHRGHTML?chnr=0206000262&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=2&sort=0> (31.05.2010). Cf. également DIAS, p. 20.

64 Site du registre du commerce du Canton de Vaud (www.zefix.ch/info/fre/VD550.htm): <http://www.rc2.vd.ch/registres/hrcintapp-pub/externalCompanyReport.action?companyOfrcId13=CH-550-1017474-1&ofrcLanguage=2> (31.05.2010).

65 GUILLIOD, n° 408 p. 208 s.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 15 n° 34 p. 153.

donc dans les dispositions spécifiques à chaque forme de personne morale qu'on trouve les causes de dissolution. Celles-ci proviennent toujours de trois sources: d'une décision de la personne morale, de la loi ou d'une décision judiciaire.

1.3 Les personnes morales à but idéal

1.3.1 Introduction

La liberté associative constitue un droit constitutionnel fondamental au sens du droit suisse. Nous y consacrerons les prochains chapitres, avant de nous intéresser à quelques généralités relatives aux personnes morales à but idéal, pour aborder enfin l'association proprement dite et la fondation.

1.3.2 La liberté associative (art. 23 Cst.)

1.3.2.1 Généralités

1.3.2.1.1 Notion

La liberté associative consacre le droit pour tout individu de créer, d'adhérer ou d'appartenir à un groupement organisé et volontaire, en vue de la réalisation d'un but idéal⁶⁶. Les droits de ne pas adhérer à une association, de ne plus en être membre ou de requérir sa dissolution⁶⁷ font également partie de la garantie conférée par l'art. 23 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)⁶⁸, ceci en vertu du parallélisme des actes.

La liberté associative garantit davantage que le simple droit de se réunir, qui peut déjà s'exercer en dehors de toute structure formelle⁶⁹. Elle couvre le droit de s'organiser dans un cadre juridique. Celui-ci doit être formellement constitué car de simples réunions, même fréquentes, ne suffisent pas à

66 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 709 p. 343; STEINER, p. 38.

67 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 8 p. 199 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 709 p. 343; STEINER, p. 38.

68 RS 101.

69 MANFRINI, § 46 n° 8 p. 742 s.

le créer⁷⁰. Il n'existe donc pas d'«associations de fait». Il ne suffit pas, par exemple, que le même groupe de personnes se réunisse tous les jeudis soirs pour jouer aux cartes. En revanche, il peut exister des sociétés simples tacites.

Par ailleurs, la doctrine s'accorde sur le fait que les dispositions des constitutions cantonales qui protègent la liberté associative n'ont pas une portée indépendante de celle du droit fédéral⁷¹.

1.3.2.1.2 Rappel historique

Tant l'ancienne Constitution du 29 mai 1874 (art. 56 aCst.) que celle du 12 septembre 1848 (art. 46) reconnaissent expressément le droit des citoyens de constituer des associations⁷². La nouvelle Constitution de 1999 n'a fait que renforcer ce droit. Cette liberté, évidente aujourd'hui, n'a pas toujours été bien reçue, en particulier sous l'Ancien Régime et dans les Etats dictatoriaux⁷³. Même après la Révolution française, les révolutionnaires étaient très réservés à l'égard des associations⁷⁴. Ils s'en méfiaient à tel point qu'ils les ont interdites dans la loi «Le Chapelier» du 14 juin 1791⁷⁵. Quant à la République helvétique, alors sous domination française, elle est allée jusqu'à interdire les réunions politiques⁷⁶. Peu à peu, la tendance s'est libéralisée et a abouti à la période dite de la Régénération⁷⁷. Cette dernière se trouve à la base de la Constitution de 1848 qui instituait, pour la première fois expressément, la liberté associative en tant que droit fondamental.

1.3.2.2 La titularité

Selon l'art. 23 al. 2 Cst., «toute personne a le droit de créer des associations, d'y adhérer ou d'y appartenir et de participer aux activités associa-

70 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 6 p. 198.

71 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 718 p. 346; MANFRINI, § 46 n° 7 p. 742.

72 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 1 p. 196; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 715 p. 345; ROHNER, art. 23 Cst. n° 1 ss, p. 465.

73 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 712 p. 344.

74 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 1 p. 196; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 714 p. 344 s.

75 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 1 p. 196.

76 Lois du 19 octobre 1798 et du 12 septembre 1800; AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 1 p. 196; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 714 p. 344 s.

77 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 1 p. 196; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 715 p. 345.

tives». Cette formulation, différente de celle de l'art. 56 aCst., souligne que toutes les personnes physiques, indépendamment de leur nationalité, et les personnes morales⁷⁸, sont titulaires de la liberté associative.

1.3.2.2.1 *Les personnes physiques*

Sous l'égide de l'ancienne Constitution de 1874, la titularité de la liberté associative était encore réservée aux seuls citoyens suisses⁷⁹. Dans son Message de 1996 relatif à la réforme de la Constitution, le Conseil fédéral jugeait d'ailleurs cette formulation beaucoup trop restrictive⁸⁰. En effet, elle n'était pas conforme aux art. 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) et 22 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II ONU) que la Suisse avait ratifiés⁸¹. Cela ne signifie d'ailleurs pas que les étrangers étaient empêchés de créer des associations. En cas de difficulté, ils ne pouvaient simplement pas se prévaloir de cette liberté. Aujourd'hui, la nouvelle Constitution de 1999 a aboli la condition de la nationalité pour étendre cette liberté à toutes les personnes physiques, y compris aux étrangers⁸². La doctrine et la jurisprudence admettent toutefois que la liberté associative soit restreinte par une clause de police pour certaines catégories de personnes, notamment

78 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 4 p. 197; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 727 s. p. 349; HEINI/PORTMANN, n° 48 p. 27; SCHAWALDER, p. 42.

79 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 4 p. 197; ROHNER, art. 23 Cst. n° 9 p. 467.

80 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 1, 169 s.

81 Respectivement RS 0.101 et 0.103.2. Certains auteurs, tels que RIEMER, proposaient cependant déjà une interprétation large de la notion de «citoyen» de l'art. 56 aCst. Ce courant était d'ailleurs suivi dans la pratique [RIEMER, BKomm, n° 235 p. 107; AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 4 p. 197, note 6].

82 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 727 p. 349. A noter que rien ne s'oppose, sur le principe, à ce que des personnes de nationalité étrangère non domiciliées en Suisse fondent une association au sens des art. 60 ss CC. S'agissant de la représentation, il n'existe pas dans le droit associatif de disposition comparable aux art. 718 al. 4 et 814 al. 3 CO, lesquels prescrivent qu'une SA ou Sàrl doit pouvoir être représentée par une personne domiciliée en Suisse (administrateur/gérant ou directeur). Toutefois, l'association doit disposer d'au moins une personne en mesure de la représenter valablement (signature ou procuration), ce qui suppose que cette dernière soit domiciliée en Suisse ou, à tout le moins, régulièrement présente au siège de l'association (art. 56 CC). Le siège de l'association ne doit en outre pas être fictif.

les fonctionnaires⁸³ et, dans certaines circonstances particulières, pour les étrangers⁸⁴. Par exemple, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas contraire à la liberté associative de licencier avec effet immédiat une employée des PTT exerçant des activités politiques incompatibles avec sa profession. Une telle décision se justifiait d'autant plus que le comportement de l'employée laissait penser qu'elle risquait, de ce fait, de violer ses devoirs de fonction⁸⁵.

1.3.2.2 Les personnes morales

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a dénié aux personnes morales le droit d'invoquer la liberté associative⁸⁶. La doctrine a critiqué cette jurisprudence⁸⁷. Il est vrai que le motif invoqué par le Tribunal fédéral, à savoir le fait que la liberté associative «est destinée à protéger la liberté d'opinion», n'est pas fondé. En effet, les personnes morales sont aussi titulaires de cette liberté et peuvent donc s'en prévaloir! Le texte de la nouvelle Constitution a clarifié cette question.

1.3.2.3 Aspects positif et négatif

1.3.2.3.1 Introduction

La notion d'association retenue par le législateur à l'art. 23 Cst. est beaucoup plus large que celle prévue par les art. 60 ss CC⁸⁸. Elle n'englobe pas seulement l'association proprement dite, mais tous les groupements de personnes, volontaires et dotés d'une forme juridique, qui n'ont pas de but lucratif. C'est la poursuite d'un but idéal qui constitue la condition déterminante pour bénéficier de ce droit. Cela signifie qu'on doit inclure dans

83 ATF 99 Ib 129; AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 11 p. 201; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, vol. 2, n° 745 p. 356; ROHNER, art. 23 Cst. n° 9 p. 467.

84 ATF 96 I 266, JdT 1972 I 24 (trad. rés.), consid. 4 ss. Il s'agit d'un cas où le Tribunal fédéral a confirmé l'expulsion d'un étranger en raison de ses activités politiques. La liberté d'association représente l'élément fondamental de l'activité des partis politiques; AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 6 p. 197; ROHNER, art. 23 Cst. n° 9 p. 467.

85 ATF 99 Ib 129, consid. 6 s.

86 ATF 100 Ia 277, JdT 1976 I 510 (rés.), consid. 5.

87 Cf. p. ex. AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 4 p. 197.

88 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 6 p. 198; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, vol. 2, n° 729 p. 350; MANFRINI, § 46 n° 10 p. 743 s.; ROHNER, art. 23 Cst. n° 7 p. 466.

cette définition les associations au sens du Code civil (art. 60 ss CC), les fondations, ainsi que les sociétés simples et les sociétés coopératives, pour autant qu'elles poursuivent un but idéal⁸⁹. Les personnes morales qui ne visent pas un but idéal sont aussi protégées, mais par d'autres dispositions. Par exemple, toutes les sociétés à but lucratif, religieux ou syndical sont protégées par les garanties spécifiques que sont respectivement la liberté économique (art. 27 Cst.), la liberté religieuse (art. 15 Cst.) et la liberté syndicale (art. 28 Cst.)⁹⁰.

Pour les partis politiques, le statut d'association prime et ils sont, de ce fait, protégés par la liberté associative⁹¹. La liberté associative comprend un aspect positif (le droit de s'associer) et un aspect négatif (le droit de ne pas s'associer).

1.3.2.3.2 *L'aspect positif*

Pour mémoire, l'art. 23 al. 2 Cst. consacre le droit «de créer des associations, d'y adhérer ou d'y appartenir et de participer aux activités associatives» (cf. pt. 1.3.2.2). On considère qu'il s'agit de l'aspect positif de la liberté associative. Quant au droit des sociétaires de dissoudre une association sans entrave étatique, il fait aussi implicitement partie de l'art. 23 al. 2 Cst.⁹².

Le Tribunal fédéral a encore précisé, dans un arrêt relatif à la liberté de réunion, qu'il serait anticonstitutionnel de soumettre la création d'une association à un système d'autorisation préalable, comme nous l'avons déjà relevé (cf. pt. 1)⁹³. Ainsi que le soulignent certains auteurs, la Constitution fédérale va plus loin, sur ce point, que l'art. 11 CEDH, qui admet le régime de l'autorisation préalable⁹⁴.

L'aspect positif de la liberté associative est, avant tout, dirigé contre l'Etat (caractère vertical⁹⁵), notamment pour empêcher celui-ci d'agir

89 HEINI/PORTMANN, n° 49 p. 28.

90 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 6 p. 198; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 730 et 732 p. 350; MANFRINI, § 46 n° 10 p. 743 s.

91 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 731 p. 350.

92 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 7 p. 198 s.

93 ATF 120 II 374, JdT 1996 I 110 (trad.), consid. 4b; ATF 96 I 219, JdT 1971 I 74 (trad.), consid. 7a.

94 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. p. 199 note 11; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol.2, n° 721 p. 347 s.

95 Sur l'effet vertical des droits fondamentaux, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 116 ss p. 57 ss.

impérieusement en empêchant la constitution d'une association, en dissolvant une association existante ou en prenant des mesures directes ou indirectes contre les membres d'une association⁹⁶. Même si le Conseil d'Etat argovien a considéré que l'appartenance à une association hostile à l'enseignement traditionnel ne suffisait pas à motiver le refus de nommer une enseignante, il a néanmoins estimé qu'ajoutée à d'autres facteurs, cette appartenance pouvait conduire à sa mise à l'écart du poste⁹⁷. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER critiquent cette décision⁹⁸.

Plus rarement, l'aspect positif de la liberté associative peut avoir un caractère horizontal⁹⁹ et limiter l'activité des particuliers¹⁰⁰. A titre d'exemple, on peut citer le cas des syndicalistes vis-à-vis de leur employeur¹⁰¹. En effet, ceux-là ne doivent pas être désavantagés par leur appartenance à un syndicat.

1.3.2.3.3 L'aspect négatif

Dans son aspect négatif, la liberté associative protège le droit de ne pas être «contraint d'adhérer à une association ou d'y appartenir» (art. 23 al. 3 Cst.), de la quitter et de la dissoudre¹⁰². Tout comme l'aspect positif, l'aspect négatif de la liberté associative vise principalement à protéger les personnes physiques et morales contre les interventions de l'Etat. Subsidièrement, l'aspect négatif de la liberté associative peut intervenir entre particuliers, notamment comme base légale pour corriger la trop grande influence de certains groupements tels que les syndicats¹⁰³.

96 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 7 p. 198 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 733 ss p. 350 ss; HEINI/PORTMANN, n° 49 p 28; HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 36 p. 13; ROHNER, art. 23 Cst. n° 14 p. 468.

97 ZBI 1993 p. 15, consid. 3 ss. Sur les conditions nécessaires pour la récolte et la conservations de telles informations, cf. ATF 122 I 360, JdT 1998 I 203 (trad.), consid. 5b ss. Pour un résumé de cet arrêt, cf. KEISER, p. 52.

98 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 735 p. 351.

99 Sur l'effet horizontal des droits fondamentaux, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 124 ss p. 60 ss.

100 HEINI/PORTMANN, n° 55 ss p 30 s.; SCHERRER, Verein, n° 7 p. 18 s.

101 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 7 p. 198 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 736 ss p. 351 ss.

102 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 8 p. 199 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 740 p. 353 s.; ROHNER, art. 23 Cst. n° 13 p. 468.

103 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 8 p. 199 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 741 p. 354 s.

Inversément, il n'existe pas de droit légal à faire partie d'une association¹⁰⁴. Un refus ne doit toutefois pas constituer un abus de droit ou une violation des droits de la personnalité¹⁰⁵.

Il est admis que «le droit de rester à l'écart ou de sortir d'une association est valablement limité lorsque le législateur impose l'affiliation obligatoire au nom de l'intérêt public»¹⁰⁶. Cette situation n'est admissible qu'en cas de délégation de compétence de la part de l'Etat ou d'affiliation à une corporation de droit public¹⁰⁷. En règle générale, une telle délégation est accordée à certaines associations professionnelles comme les ordres de médecins ou d'avocats¹⁰⁸. Les avocats jurassiens, par exemple, doivent s'affilier à l'Ordre des avocats jurassiens, car celui-ci exerce des compétences que l'Etat lui a déléguées, alors qu'il n'existe rien de tel dans le Canton de Neuchâtel (cf. pt. 2.3.2.3.4). On peut donc parfaitement y pratiquer le barreau sans être membre de l'Ordre des avocats neuchâtelois (OAN). Pour AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, «c'est la nécessité d'appliquer des règles de police et de déontologie à l'intérieur de la profession qui peut justifier cette entorse à la liberté d'association»¹⁰⁹.

En ce qui concerne l'affiliation obligatoire à une association d'étudiants, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle n'était pas contraire à l'aspect négatif de la liberté associative, dans la mesure où l'association restait neutre politiquement¹¹⁰. Les étudiants de l'Université de Neuchâtel sont

104 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 739 p. 353; ZEN-RUFFINEN, Droit du sport, n° 270 p. 94.

105 ATF 98 II 221, JdT 1973 I 309 (trad.), consid. 5.

106 MANFRINI, § 46 n° 18 p. 746.

107 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 12 p. 201 s.

108 ATF 124 I 107, consid. 4, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que la soumission obligatoire d'une entreprise à une convention collective de travail était disproportionnée et, partant, constituait une atteinte à sa liberté d'association et à ses droits de la personnalité; arrêt du TF 2P.219/1990 du 4 juillet 1990, *in*: RDAT 1991 II p. 58, consid. 4d, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que le but poursuivi ne justifiait pas une adhésion obligatoire et violait la liberté associative; ATF 78 I 409, JdT 1953 I 331 (trad.), dans lequel le principe de l'adhésion obligatoire a été admise.

109 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 743 p. 355 s.

110 ATF 104 Ia 440, JdT 1980 I 514 (trad.), consid. 3; ATF 110 Ia 36, JdT 1985 I 229 (trad.), consid. 4.

ainsi automatiquement membres de la Fédération des Etudiants Neuchâtois (FEN)¹¹¹ de par leur immatriculation. Ils peuvent toutefois en démissionner en envoyant une lettre au rectorat¹¹².

Au vu de ce qui précède, et contrairement à ce que sa rédaction peut laisser penser, l'art. 23 al. 3 Cst. ne constitue pas le noyau intangible de l'aspect négatif de la liberté d'association¹¹³. Cela signifie que cette liberté ne bénéficie pas de la protection absolue conférée par l'art. 36 al. 4 Cst. (cf. pt. 1.3.2.4.5).

1.3.2.4 Les restrictions à la liberté associative

La liberté associative n'est évidemment pas sans limite¹¹⁴. L'art. 56 aCst. contenait une interdiction expresse de créer des associations dont le but ou les moyens étaient illicites ou dangereux pour l'Etat¹¹⁵. Le constituant de 1999 n'a pas repris cette formulation. Le Conseil fédéral précise toutefois dans son Message que:

la liberté d'association est susceptible d'être restreinte en cas de danger sérieux, direct et imminent: il s'agit alors d'une application de la clause générale de police [art. 36 al. 1 *in fine* Cst.], qui permet à elle seule d'interdire les activités d'une association présentant un véritable danger pour l'Etat¹¹⁶.

Par ailleurs, tant l'art. 11 ch. 2 *in fine* CEDH que l'art. 22 ch. 2 *in fine* Pacte II ONU prévoient qu'il est admissible de restreindre la liberté associative des fonctionnaires pour prévenir tout risque de violation des devoirs de service ou de fonction¹¹⁷. La pratique tend toutefois à leur conférer les mêmes droits qu'aux citoyens ordinaires¹¹⁸. Ainsi, comme tous les

111 Art. 6 let. a Statuts FEN du 16 décembre 2008, *in*: site de la Fédération des Etudiants Neuchâtois (www.unine.ch/fen): http://www1.unine.ch/fen/attachments/003_statuts%20version%2020081216_def.pdf (31.05.2010).

112 Art. 7 al. 1 Statuts FEN.

113 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 170; AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 12 p. 201 s.

114 HEINI/PORTMANN, n° 50 p 28.

115 SCHAWALDER, p. 30.

116 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 171.

117 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 745 p. 356 s.

118 Cette affirmation fait suite à l'abrogation de l'art. 13 al. 2 de la Loi fédérale sur le sta-

citoyens, les fonctionnaires peuvent jouir de la liberté associative s'ils respectent, notamment, les normes de droit civil et pénal (en particulier, les art. 260^{ter} ss et 265 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937, CP¹¹⁹, relatifs aux organisations criminelles et aux crimes contre l'Etat)¹²⁰.

1.3.2.4.1 *Les conditions générales de la restriction*

Pour tous les cas de restrictions d'un droit fondamental qui ne s'appuient pas sur une clause générale de police, il convient d'appliquer les principes généraux de l'art. 36 Cst¹²¹. Ceux-ci requièrent que toute restriction soit fondée sur une base légale suffisante, que la restriction soit justifiée par un intérêt public, qu'elle soit proportionnelle et qu'elle ne touche pas le noyau intangible du droit fondamental restreint.

1.3.2.4.2 *La base légale*

On considère qu'une base légale est suffisante lorsqu'elle se fonde sur une norme du droit civil ou pénal. A contrario, «[l]orsqu'une restriction à une liberté n'est prévue dans aucune norme générale ou abstraite et résulte donc du seul exercice de la liberté d'appréciation du juge ou du fonctionnaire, elle est inconstitutionnelle»¹²².

1.3.2.4.3 *L'intérêt public*

La condition de l'intérêt public est réalisée lorsque la restriction vise à protéger «le maintien de l'ordre public qui recouvre aussi bien la sécurité publique que la santé et la tranquillité publique, la moralité publique et la

tut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF) qui leur interdisait de «faire partie d'une association qui vise des buts ou emploie des moyens qui sont illicites ou de nature à porter atteinte à la sûreté de l'Etat». Cette loi a été remplacée par la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1), qui ne prévoit pas explicitement de restriction à la liberté associative. Cf. également le Message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), FF 1999 II p. 1421, 1444 s., qui impose une base légale formelle pour toute restriction des droits fondamentaux des fonctionnaires.

119 RS 311.0.

120 Cf. p. ex. l'art. 32 de la Loi sur le statut de la fonction publique, du 28 juin 1995 (LSt; RSN 152.510) qui indique que «[l]e droit d'association est garanti aux titulaires de fonctions publiques dans les limites du droit fédéral et cantonal».

121 HEINI/PORTMANN/SEEMANN, n° 37 p. 13 s.

122 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 188 p. 87 s.

bonne foi en affaires»¹²³. Selon AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, une condition supplémentaire doit être réalisée: la sauvegarde de l'existence même de l'Etat¹²⁴.

1.3.2.4.4 La proportionnalité

Le principe de la proportionnalité des restrictions englobe trois composantes cumulatives. La restriction doit tout d'abord être apte à atteindre le but visé¹²⁵. Si ce n'est pas le cas, «la disproportion entre le moyen [utilisé pour restreindre la liberté], le but et la liberté ne peut pas être tolérée par la constitution»¹²⁶. La restriction doit ensuite être nécessaire pour atteindre le but visé. On veut par là minimiser l'impact de la mesure prise. En troisième lieu, la restriction doit être proportionnée, au sens étroit. Cela signifie que «la restriction, tout apte et nécessaire qu'elle soit, pèse effectivement plus lourd, dans le cas particulier, que le respect de la liberté»¹²⁷. Par conséquent, il faut opérer une pesée des intérêts privés et publics en présence.

1.3.2.4.5 Le noyau dur

L'art. 36 al. 4 Cst. indique que «[l]'essence des droits fondamentaux est inviolable». En d'autres termes, même une restriction justifiée par un intérêt public et qui remplit les conditions de la proportionnalité (aptitude, nécessité et proportionnalité au sens étroit) n'est pas admissible si elle vide de son sens le droit fondamental en cause.

L'exemple le plus typique est celui de l'interdiction absolue de la torture comme élément du noyau dur de la liberté personnelle. L'utilisation de la torture est interdite indépendamment du fait qu'elle puisse reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public et être proportionnée¹²⁸.

123 MANFRINI, § 46 n° 23 p. 748.

124 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, vol. 2, n° 217 p. 101.

125 *Id.*, n° 230 p. 108 s.

126 *Id.*, n° 231 p. 109.

127 *Id.*, n° 234 p. 110.

128 AUBERT/MAHON, art. 36 Cst. n° 18 p. 330.

La situation n'est toutefois pas toujours aussi claire que dans l'exemple précité. Il est rare de trouver dans le texte même de la Constitution fédérale des éléments précisant le noyau dur d'un droit fondamental¹²⁹. C'est principalement la jurisprudence qui contribue à le définir. En ce qui concerne la liberté d'association, rappelons que l'art. 23 al. 3 Cst. ne constitue pas le noyau dur de cette liberté (cf. pt. 1.3.2.3.3)¹³⁰. Comme d'autres libertés plus spécifiques telles que la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.), la liberté de réunion (art. 22 Cst.) ou la liberté syndicale (art. 28 Cst.) peuvent être invoquées en lieu et place de la liberté d'association¹³¹, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de préciser en quoi consiste son essence. Récemment, le Tribunal fédéral a reconnu que l'obligation pour une société de rester affiliée à une caisse interprofessionnelle d'allocations familiales constituait une restriction grave à sa liberté d'association¹³². Précisons que cette caisse était la seule reconnue et appropriée pour le cas donné. Selon l'argumentation du Tribunal fédéral, la restriction en question respectait le principe de la légalité, visait des buts d'intérêt public et de politique sociale et ne violait pas le principe de proportionnalité. Concernant le noyau dur de la liberté d'association, le Tribunal fédéral n'a fait que rappeler de manière théorique le texte de la loi, sans pour autant le définir. La société se plaignait de l'obligation de s'affilier à une caisse déterminée. Malheureusement, même s'il a admis une restriction grave à la liberté d'association de la recourante, le Tribunal fédéral n'a pas eu à définir le noyau dur de la liberté d'association, par manque d'argumentation pertinente de l'intéressée.

Par ailleurs, dans le système instauré par la Constitution fédérale de 1999, les restrictions possibles peuvent varier selon le droit fondamental touché. Ainsi, en droit suisse, un système d'autorisation préalable est admissible en matière de réunions sur le domaine public¹³³, alors qu'un tel système est interdit en matière de liberté d'association.

129 C'est le cas pour l'art. 17 al. 2 et al. 3 Cst. (liberté des médias), qui interdit la censure et garantit le secret de rédaction, l'art. 26 al. 2 Cst. (garantie de la propriété), qui garantit une pleine indemnité en cas d'expropriation, ou l'art. 28 al. 4 Cst. (liberté syndicale), qui prévoit que la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

130 AUBERT/MAHON, art. 23 Cst. n° 12 p. 201 s.

131 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 249 p. 117.

132 Arrêt du TF 2P.6/2004 du 2 novembre 2004, consid. 5.1.

133 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 195 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, n° 690 p. 332.