

→ ECLAIRAGE

Commande publique : un outil associatif ?

Les associations et les règles de la commande publique de quelles marges de manœuvre disposent les associations ? Comment utiliser les règles de mise en concurrence comme un outil au service des associations ? Les rapports des collectivités publiques avec les associations sont aujourd'hui dominés par une profonde ambiguïté notionnelle entre la subvention et l'exercice d'une mission pour une personne publique, source d'insécurité et de requalification des conventions de subvention en marchés publics (I). Cela conduit à une nécessaire redéfinition des relations entre les personnes publiques et les associations (II), sans oublier pour autant que cette redéfinition doit paradoxalement inciter les associations à utiliser les outils de la commande publique pour leur propre bénéfice (III).

► **Maître Anne-Cécile VIVIEN**
*Docteur en droit – Avocat associé au
Barreau de Lyon
Responsable rubrique « Partenariats
publics » ISBL consultants*

I.- Une ambiguïté notionnelle entre subvention et exercice d'une mission pour une personne publique : la nécessaire prise en compte de l'initiative de l'opération

Dans leurs relations avec les personnes publiques, les associations ont coutume de demander le versement de subventions afin de pouvoir poursuivre leur objet social. Ces subventions peuvent tout d'abord être octroyées par les personnes publiques si elles entrent bien dans le champ de leur compétence (cf. *CGCT, art. L. 2121-29*). Elles doivent également correspondre à un intérêt public (CE. 11 juin 1997, n° 170069, Département de l'Oise, Rec. CE 1997, p. 236).

Depuis loi du 12 avril 2000, et son article 10 lorsque une subvention dépasse un seuil de 23 000 euros, une convention doit être signée avec la personne

publique définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée.

Répondant ainsi à un souci de transparence financière, ces conventions ont vocation à préciser outre le montant de la subvention versée par la personne publique, les obligations mises à la charge de l'association dont l'activité présente, par définition, un intérêt public certain.

Or, la naissance de cette obligation dictée au départ par un juste souci de transparence engendre désormais des risques non négligeables de requalification ►

SOMMAIRE

Chronique	1
???	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	?
► ???	
PRATIQUE	?
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF	?

N° 155

février

2008

ISSN 1275-7349

Ce bulletin actualise
votre ouvrage entre
deux mises à jour



Grâce au E-pass accessible depuis votre cédérom, vous pouvez consulter les informations de ce bulletin dès son bouclage par nos rédactions, effectuer des recherches, par mot(s)-clés et disposer d'une veille juridique personnalisée.

Pour en savoir plus, nos conseillers sont à votre disposition au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

www.wkf.fr

0,15 € TTC / MN



Lamy

une marque Wolters Kluwer

des conventions de subvention en marchés publics, voire en délégation de service public si l'objet de la subvention n'est pas clairement défini.

Un tel risque n'est pas sans incidence pour les personnes publiques puisque le non respect des règles de la commande publique entraîne la commission d'infractions pénales comme le délit d'octroi d'avantages injustifiés (C. pén., art. 432-14 - jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amendes) ou le délit de prise illégale d'intérêt (C. pén., art. 432-12 - jusqu'à 75 000 euros d'amende et 5 ans d'emprisonnement).

Partant, il est indispensable de bien déterminer dans quel cadre doit s'inscrire l'action d'une association et son besoin de financement. La lecture des textes permet d'apporter quelques éléments de réponse. Ainsi, la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics définit une subvention de la manière suivante : « *contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers* ».

Un marché public se définit, au contraire, selon l'article 1^{er} du Code des marchés public comme un contrat à titre onéreux conclu notamment par une personne publique pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fourniture ou de service.

Enfin, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit la convention de délégation de service public de la façon suivante : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Un marché public et une délégation de service public se distinguent dès lors d'une subvention par la notion d'initiative du projet qui implique, également sa conception et sa définition. En outre, la différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public provient du mode de rémunération retenu (soit par paiement d'un prix par l'acheteur public, soit par une rémunération tirée principalement de l'exploitation du service).

Ces distinctions pourtant claires posent toutefois aujourd'hui de très profonds problèmes de sécurité juridique pour les

associations qui se voient exposées à un risque de requalification de leurs conventions de subvention en marchés publics ou en délégation de service public.

II.- Une nécessaire redéfinition des relations entre les personnes publiques et les associations

En étant exposé à un risque de requalification des conventions de subvention mal rédigées ou à tort utilisées (TA Melun, 17 août 2006, Préfet de Seine et Marne, requalification en marché public d'une convention qui confie à une association l'organisation d'activités culturelles et artistiques en vue de promouvoir l'image de la collectivité et qui prévoit le versement de subventions affectées à cette activité et liées à l'importance des moyens mis en oeuvre par l'association ; TA Amiens, 9 nov. 2006, Préfecture de l'Oise, requalification d'une convention de sponsoring en marché public), les associations s'exposent à une annulation de ces conventions et à une obligation de reversement des sommes perçues.

Un premier effort d'identification de l'initiative du besoin aussi bien dans sa conception que dans sa définition doit donc être prioritairement effectué. Ensuite, si l'initiative de l'opération semble appartenir à la personne publique, les associations doivent répondre dans le respect des règles de mise en concurrence. Une jurisprudence récente semble cependant atténuer cette obligation dans des hypothèses strictement limitées. En effet, dans une décision en date du 6 avril 2007, Commune D'Aix en Provence, le Conseil d'Etat paraît effectuer un revirement de jurisprudence et réhabiliter l'usage de l'outil associatif financé, dirigé et contrôlé par une collectivité locale en considérant que les collectivités locales sont libres de gérer leurs activités de service public et peuvent se dispenser de passer un marché public ou une délégation de service public quand « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ».

Ainsi, le financement d'une activité de service public administratif exercée par une association contrôlée et majoritairement financée par une collectivité peut être exemptée des règles de mises en concurrence.

Cette jurisprudence doit toutefois être strictement circonscrite a priori au domaine médico-social, culturel et éventuellement sportif et, si son application peut se renouveler, il n'en demeure pas moins que les faits de chaque espèce devront être strictement analysés.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat a ouvert aux associations une possibilité d'exercer des missions pour le compte des personnes publiques sans être mises en concurrence.

Si les conditions de mise en œuvre de cette absence de mise en concurrence ne sont pas remplies, cela ne signifie pas pour autant que les associations doivent subir les règles de la commande publique, elles doivent au contraire les anticiper et s'en servir pour améliorer leurs chances de succès.

III.- L'utilisation des règles de la commande publique au bénéfice des associations

Les associations peuvent utiliser les règles de la commande publique à leur bénéfice dans deux types de situation, lorsqu'elles sont susceptibles de devenir prestataire d'une personne publique (A) et lorsqu'elles sont elles-mêmes des donneurs d'ordre (B). Dans ces deux hypothèses, les associations doivent prendre conscience qu'elles ont les moyens d'utiliser les règles de la commande publique dans leur intérêt.

A. Les associations prestataires

Les associations ne doivent pas oublier que le code des marchés publics doit être conçu comme un outil permettant de favoriser un meilleur accès à la commande publique.

Ainsi, un rapprochement préalable avec les personnes publiques serait tout d'abord fortement souhaitable dans la mesure où ces dernières pourraient davantage utiliser des notions comme les clauses sociales et environnementales de l'article 14 du Code des marchés publics, ou la notion de marché réservé de l'article 15 du même code, voire mieux utiliser les critères de jugement des offres.

Par ailleurs, il serait fortement souhaitable que les associations utilisent dans le cadre de leurs réponses les possibilités de mutualisation de leurs compétences que leur offre le code des marchés publics en ayant recours aux formules de groupement solidaires ou conjoint ou à la formule de la sous-traitance.

L'utilisation de ces différents outils permettrait aux associations d'obtenir des avantages non négligeables.

B. Les associations donneurs d'ordre

Enfin, et surtout, il n'est plus possible aujourd'hui, pour certaines associations d'ignorer qu'elles constituent ce que l'on appelle des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire.

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics considère que sont notamment des pouvoirs adjudicateurs « *les organismes de droit privé (...) qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » et dont, « *soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics* » - c'est-à-dire schématiquement une personne publique - (...) « *soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics* », « *soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics* ».

Sont également des pouvoirs adjudicateurs : « *les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun* », notamment par « *un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics* ».

Si une association se trouve dans cette situation, elle doit mettre en concurrence ses fournisseurs en mettant en place ce que l'on appelle une publicité minimale adéquate.

Comme l'ordonnance du 6 juin 2005 est peu précise sur les modalités de mise en œuvre des règles de mise en concurrence à établir, ces associations vont devoir, dans des délais très courts, élaborer elles-mêmes ce que l'on peut appeler un guide interne des procédures qui décrira la manière de passer leur marché et qui, dans l'hypothèse par elle d'une stricte application, leur permettra de conclure des marchés en toute régularité.

Loin d'être une contrainte, cette nouvelle obligation d'organiser les règles de passation de leurs achats doit être perçue par les associations comme un moyen de définir elles-mêmes les règles de mise en concurrence auxquelles elles s'assujettissent et, dès lors, comme une liberté à conquérir. Ainsi perçue et conçue, les règles de mise en concurrence pourront devenir un outil au service des associations.

Source : <http://www.isbl-consultants.fr> ❖

Actualisation de l'ouvrage

↓ LE FONCTIONNEMENT DE L'ASSOCIATION

Pouvoir d'agir en justice

Dispositions statutaires et décision de former une action en justice

En l'absence, dans les statuts d'une association, de stipulations réservant expressément à un autre organe la capacité de décider de former une action en justice, celle-ci est régulièrement engagée par la personne tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice cette association.

Toutefois, comme le rappelle une décision de la Cour de cassation du 16 janvier 2008, « dans le silence desdits statuts sur ce point, l'action ne peut être régulièrement décidée que par l'assemblée générale ».

La représentation de l'association devant les juridictions est ainsi fonction des statuts. Si les statuts sont muets quant à la désignation de l'organe ayant la capacité de décider d'agir en justice, cette action sera régulièrement engagée par la personne tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice l'association. Il s'agit du pouvoir donné à certaines instances d'incarner un groupement lors d'une procédure judiciaire. Aucune disposition de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne vise clairement cette fonction, à peine est il évoqué à l'article 5 les personnes qui, « à un titre quelconque » sont chargées de l'administration ou de la direction. La décision du 16 janvier 2008 rappelle en premier lieu que l'organe désigné par les statuts pour

représenter l'association cumule, à défaut de précisions statutaires définies, le pouvoir de décider de l'action en justice.

Généralement, le président de l'association est désigné, par les statuts comme ayant le pouvoir de représenter l'association en justice. La liberté contractuelle prévaut en la matière : d'autres personnes ou d'autres instances peuvent ainsi être désignées. Il peut s'agir par exemple d'un comité exécutif (Cass. crim. 27 mars 1984, no 83-93.151, Bull. crim. no 128, p. 329) ou encore du conseil d'administration (Cass. 2e civ., 10 janv. 1973, no 71-13.849, Bull. civ. II, no 9, p. 7). Dans notre hypothèse l'organe visé disposera de la double compétence : pouvoir de décision et pouvoir de représentation.

En cas d'absence de stipulation statutaire expresse relative à la représentation que se passe-t-il ? La réponse est claire : l'assemblée des sociétaires, organe souverain du groupement détient le pouvoir d'ester en justice. Elle désignera le mandataire la représentant devant les tribunaux. ❖

→ Lamy Associations, n° 232-14

Occupation du domaine public Autorisation d'occupation ou d'utilisation à titre gratuit

L'article 19 de la loi de simplification du droit permet aux communes d'accorder une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public à titre gratuit, à condition que le bénéficiaire n'exerce pas d'activité commerciale.

Au titre de l'article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, toute occupation ou utili-

sation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une redevance, excepté lorsque l'occupation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous (sécurité et salubrité publique) ou lorsque l'occupation contribue à assurer la conservation du domaine public lui-même (canalisations d'égouts, d'eaux pluviales ou ménagères...). Or, « cette procédure constitue un frein injustifié au développement des activités associatives ». En effet, dans le cas des associations, dont l'activité est désintéressée et concourt à la satisfaction d'un intérêt général, l'avantage économique induit par l'occupation ou l'utilisation du domaine public est extrêmement faible. « Dès lors, les collectivités peuvent leur octroyer des titres d'occupation en compensation d'une redevance qui tiendra compte uniquement de la part fixe relative à la valeur locative du bien occupé ou utilisé et dont le montant pourra être, au vu de l'appréciation de la collectivité territoriale, minimal, voire symbolique » (Rép. min. XXX, JOAN Q, 23 oct. 2007, p. 6571).

Aussi, l'article 18 permet aux communes, dans des conditions déterminées par le conseil municipal et à condition que l'activité exercée ne présente pas un caractère commercial, d'autoriser l'occupation ou l'utilisation de leur domaine gratuitement. ❖

L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 18, JO 21 déc., p. 20 639

→ Lamy Associations, n° 262-20

↓ LA FISCALITÉ DE L'ASSOCIATION

Débîts de boissons temporaires

Suppression de formalité

L'article 13 de la loi de simplification du droit supprime la formalité de la transmission obligatoire des actes autorisant l'exploitation des débits de boissons temporaires.

Par dérogation à la règle des licences, Les associations qui établissent des cafés ou débits de boissons pour la durée des manifestations publiques qu'elles organisent doivent obtenir l'autorisation de l'autorité municipale, dans la limite de cinq autorisations annuelles pour chaque association (C. santé publ., art. L. 3334-2). Jusqu'à présent, les maires devaient transmettre au représentant de l'État dans le département les actes tendant à autoriser l'exploitation.

L'article 13, VII de la loi de simplification du droit supprime cette déclaration. au cours des débats parlementaires il a été remarqué que la transmission de ces actes était actuellement dépourvue d'objet puisque, d'une part, ces actes étaient souvent transmis alors même que la manifestation avait déjà eu lieu, et, d'autre part, les contestations de légalité de ces mesures émanaient uniquement de personnes intéressées par la mesure, c'est-à-dire essentiellement les exploitants de débits de boissons permanents...

La mesure vise à supprimer un traitement d'actes inutile par les préfetures, sans menacer la préservation de l'ordre public, dans la mesure où l'autorisation d'exploitation peut toujours être contestée. ✚

L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 13, JO 21 déc., p. 20 639

→ Lamy Associations, n° 426-6

Taxe sur les salaires

Barème

Une instruction du 28 décembre 2007 confirme les nouveaux montants le barème de la taxe sur les salaires

Conformément aux dispositions du 2 bis de l'article 231 du code général des impôts, les limites d'application des taux majorés de la taxe sur les salaires (8,50 % et 13,60 %) sont relevées chaque année dans la même proportion que la limite supérieure de la première tranche du barème de l'impôt sur le revenu de l'année précédente. Une instruction du 28 décembre dernier confirme les montants chiffrés tels qu'indiqués dans le bulletin associations du mois de janvier.

Pour les rémunérations versées en 2008, le barème de la taxe sur les salaires s'élève à :

- 4,25 % jusqu'à 7 250 euros ;
- 8,50 % de 7 250 euros à 14 481 euros ;
- 13,60 % au-delà de 14 481 euros. ✚

Instr. 28 déc. 2007, BOI 5 L-03-07

→ Lamy Associations, n° 453-15

Abattement

Une instruction du 28 décembre 2007 confirme le montant de l'abattement de la taxe sur les salaires applicable aux associations.

Les associations, syndicats professionnels et leurs unions ainsi que les mutuelles régies par le Code de la mutualité qui emploient moins de trente salariés bénéficient d'un abattement de taxe sur les salaires.

Une instruction fiscale du 28 décembre 2007 précise que le montant de l'abatte-

ment applicable à la taxe sur les salaires due à raison des rémunérations versées en 2008 s'établit à 5 724 € (au lieu de 5 651 € pour les rémunérations versées en 2007). ✚

Instr. 28 déc. 2007, BOI 5 L-03-07

→ Lamy Associations, n° 453-16

↓ L'ASSOCIATION EMPLOYEUR

Chèque emploi associatif

Fixation de l'effectif maximal

Une proposition de loi vise à élargir l'usage du chèque-emploi associatif en relevant l'effectif maximal d'employés des associations autorisées à utiliser le chèque emploi-associatif

Selon une estimation récente proposée par le bulletin de statistiques et d'études du ministère de la santé, de la jeunesse et des sports (nov. 2007) on compte en France 172 000 associations embauchant 1,9 million de salariés, ce qui correspondent à environ un million d'équivalents temps plein. Ces emplois sont principalement localisés dans le secteur sanitaire et social, qui en regrouperait le tiers, suivi du secteur éducatif et des secteurs culturel et sportif.

Le chèque-emploi associatif a été institué par la loi n° 2003-442 du 19 mai 2003. La gestion en est confiée par la loi aux « organismes de recouvrement du régime général de sécurité sociale », qui doivent l'assurer à titre gratuit. Le dispositif inclut une indemnité représentative des congés payés et permet l'ensemble des facilités attachées aux titres simplifiés de paiement de rémunérations :

- paiement des salaires par la remise d'un chèque aux salariés
- calcul des charges sociales par le CNCEA à partir d'un volet social qui lui est ►

transmis et prélèvement automatique de ces charges ;

- dispense de diverses obligations administratives (déclarations sociales diverses), détablissement d'un contrat de travail écrit et des bulletins de paie.

L'article unique de la proposition de loi n° 616 relative à l'extension du chèque emploi associatif permet de porter de trois à neuf l'effectif maximal de salariés des associations pouvant utiliser le chèque-emploi associatif. En effet, à l'heure actuelle, le développement du chèque emploi associatif reste bridé par le critère d'éligibilité en vigueur : il est réservé aux

associations dont le recours à du travail salarié n'excède pas dans l'année l'équivalent de trois salariés à temps plein, soit 4 821 heures rémunérées. ❖

Prop. loi, n° 616, 21 janv. 2008, relative à l'extension du chèque emploi associatif

→ Lamy Associations, n° 635-73



Wolters Kluwer
France

LAMY ASSOCIATIONS ACTUALITÉS

Président, directeur de la publication : Jean-Paul NOVELLA –
Rédacteur en chef : P. DELAMARRE

Editeur : WOLTERS KLUWER FRANCE

SAS au capital de 220 037 000 €

Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot

92856 Rueil-Malmaison cedex

RCS Nanterre 480 081 306

N° Indigo : 0 825 08 08 00 – Fax : 01 76 73 48 09

Associé unique : HOLDING WOLTERS KLUWER FRANCE

N° Commission paritaire : 77166 – Dépôt légal : à parution –
N° ISSN : 1275-7349

Prix de l'abonnement : 538,05 € TTC – Périodicité : mensuelle
Imprimerie Delcambre, 45, rue Delizy 93500 Pantin
Le Lamy Associations et sa lettre d'information Lamy Associations
Actualités sont indissociables.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 06/01/78, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS – Direction Commerciale.