

Les relations des collectivités locales avec les associations – 50 questions

par Auteur associé

La responsabilité des collectivités territoriales, de leurs élus et de leurs agents peut être engagée lorsqu'une irrégularité est commise dans le cadre des relations tissées avec des associations. Or, les relations contractuelles entre les collectivités territoriales et les associations sont encadrées par une multiplicité de contraintes, qu'il s'agisse pour la collectivité de leur verser des subventions ou de mettre à leur disposition des biens ou du personnel. L'implication des collectivités au sein même des structures associatives se révèle souvent risquée, surtout lorsqu'elle aboutit à rendre l'association "transparente".

Cet article fait partie du dossier :

Collectivités-associations : un partenariat financier à redéfinir

Par Philippe Bluteau, avocat au barreau de Paris — *Le Courrier des maires* », n° 235, mai 2010 (version intégrale)

Sommaire

I. Les subventions

II. Les mises à disposition de bien ou de personnel

III. L'intervention dans la gestion associative

I. Les subventions

1 – Toutes les associations peuvent-elles être subventionnées ?

Non. La collectivité locale ne pourra subventionner une association dont les buts sont politiques. Ainsi, une association qui révèle, avant le versement d'une subvention, sa nature « politique et partisane » en ne démentant pas qu'elle cherche à « combattre une formation politique dont l'existence est légalement reconnue » ne peut pas bénéficier d'une subvention municipale (CE, 28 octobre 2002, Commune de Draguignan, n°216706).

De même, les associations ayant fomenté des actes troublant l'ordre public ne peuvent être aidées (CE, 1er octobre 1993, Commune de Secondigny, n°112406).

Eu égard à la loi de séparation des Eglises et de l'Etat du 9 décembre 1905, aucune collectivité locale ne peut verser de subvention de fonctionnement à une association culturelle, même lorsque l'objet statutaire est mixte, à la fois culturel et culturel (CE, 9 octobre 1992 Association Shiva Soupramanien de Saint-Louis n°94455).

2 – Un syndicat peut-il être subventionné ?

Oui. Le code général des collectivités territoriales (art. L2251-3-1 et R2251-2, L3231-3-1 et R3231, L4253-5 et R4253-4) prévoit que les communes, leurs groupements, les départements et les régions peuvent attribuer des subventions de fonctionnement aux structures locales des

organisations syndicales représentatives dotées de la personnalité morale et qui remplissent des missions d'intérêt général sur le plan local.

Le Conseil constitutionnel impose dans ce cas précis le strict respect du principe d'égalité.

Ces subventions sont obligatoirement attribuées par les assemblées délibérantes de ces collectivités ou leurs groupements. Les structures subventionnées ne peuvent pas reverser les subventions à d'autres personnes morales et sont tenues de présenter au conseil municipal un rapport détaillant l'utilisation de la subvention.

3 – A quelles conditions une subvention peut-elle être versée à une association ?

Le versement d'une subvention par une collectivité territoriale doit répondre à un « **intérêt public local** », c'est-à-dire que l'action de l'association doit avoir un caractère bénéfique pour les habitants ou le territoire de la collectivité qui subventionne.

Une collectivité peut subventionner une association dont le siège est situé hors de son ressort, dès lors que l'organisme subventionné agit dans la commune.

La subvention d'un projet culturel engagé par une association hors du territoire de la collectivité peut être également envisagée, mais avec précaution, uniquement dans le cas où cette collectivité entretiendrait un « lien particulier » avec le territoire d'intervention de ladite association (CE, 11 juin 1997, Département de l'Oise, n°170069).

Dès lors que cette condition est remplie, la subvention pourra être versée, indifféremment, pour le financement du fonctionnement général de l'association, pour des projets d'investissement, pour une activité spécifique ou pour une opération particulière.

4 – Une collectivité peut-elle subventionner l'organisation du congrès interne d'une association ?

Oui, dès lors qu'il est possible d'établir que les participants de ce congrès proviennent, au moins en partie, de l'extérieur du territoire de la collectivité qui verse la subvention et passeront, sur place, au moins une nuit.

Cette solution jurisprudentielle, qui peut paraître étonnante, a été nettement dégagée par la cour administrative d'appel de Versailles. Un conseil général avait accordé une subvention de 9 700 euros à la section départementale d'un syndicat, pour la tenue de son congrès. Le conseil général fait valoir que la venue de 350 congressistes entraînerait des retombées bénéfiques pour la collectivité et permettrait d'identifier un intérêt public local justifiant l'attribution de la subvention. Mais le juge administratif relève que, « s'agissant d'un congrès départemental, ces congressistes n'étaient pas tenus de séjourner en dehors de leur domicile ; que, dès lors, les retombées bénéfiques pour le département de la tenue de ce congrès ne peuvent pas être regardées comme établies » (CAA Versailles, 1er octobre 2009, n°08VE02589).

5 – La collectivité peut-elle exiger des pièces à l'appui d'une demande de subvention ?

Oui, chaque collectivité territoriale est libre de concevoir son propre dossier de demande de subvention, opposable à une association demandeuse. L'Etat propose toutefois, sur le site www.associations.gouv.fr, un « dossier commun de subvention », publié en annexe de la circulaire du Premier ministre du 24 décembre 2002.

Dans sa circulaire n°5193/SG du 16 janvier 2007 relative aux subventions de l'Etat aux associations et conventions pluriannuelles d'objectifs (JO du 17 janvier 2007 p. 1018), le Premier ministre rappelle que ce dossier commun de subvention « doit être utilisé par l'ensemble des administrations de l'Etat », mais qu'il « convient également d'encourager les collectivités territoriales à s'en inspirer et à y recourir, en particulier lorsqu'elles financent des actions conjointement avec les services de l'Etat ou ses établissements publics ».

La circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations clarifie leurs relations financières et propose un modèle de conventions d'objectifs (JO du 20 janvier 2010, p. 1138).

6 – La collectivité peut-elle demander la liste des adhérents d'une association ?

Non. Le Conseil d'Etat a jugé que la demande d'un maire de prendre connaissance de la liste nominative des adhérents d'une association, dans le cadre de l'instruction de la demande de renouvellement de la subvention présentée par ladite association, excédait les pouvoirs que la loi reconnaît à l'autorité communale d'exiger les documents faisant connaître les résultats de l'activité d'une association subventionnée (CE, 28 mars 1997, n°182912). La communication à l'autorité communale d'une liste nominative des adhérents d'une association, même subordonnée à l'interdiction faite à la commune d'en prendre copie, méconnaît pour le Conseil d'Etat le principe de la liberté d'association, lequel a valeur constitutionnelle.

7 – Chaque subvention doit-elle faire l'objet d'une délibération spécifique ?

Non. Depuis l'ordonnance n°2005-1027 du 26 août 2005, l'article L2311-7 du Code général des collectivités territoriales prévoit que l'attribution des subventions donne lieu à une délibération distincte du vote du budget.

Toutefois, pour les subventions dont l'attribution n'est pas assortie de conditions d'octroi, le conseil municipal peut décider, soit d'individualiser au budget les crédits par bénéficiaire, soit d'établir, dans un état annexé au budget, une liste des bénéficiaires avec, pour chacun d'eux, l'objet et le montant de la subvention. Dans les deux cas, l'individualisation des crédits ou l'établissement de la liste vaut décision d'attribution des subventions en cause.

8 – A quelles conditions une collectivité peut-elle refuser une subvention ?

Il n'existe aucun droit pour une association d'obtenir une aide financière, même si elle en a bénéficié les années précédentes. Les subventions ont un caractère discrétionnaire, c'est l'organisme public qui choisit de les accorder. Le Conseil d'Etat a affirmé avec la plus grande netteté que, même si la collectivité a déterminé des critères de sélection des associations à subventionner et des priorités dans leur distribution, « l'attribution d'une subvention ne constitue pas un droit pour les personnes remplissant les conditions légales pour l'obtenir » (CE, 25 septembre 1995, Association CIVIC, n°155970).

La solution sera différente dans le cas d'une mise à disposition d'équipements (cf. question n°18), où le respect d'un principe d'égalité, sous réserve des disponibilités concrètes de l'équipement, devra être assuré.

9 – La collectivité doit-elle motiver son refus de subvention ?

La démarche est inutile, elle est donc déconseillée. La collectivité n'est pas plus tenue d'accorder une subvention que de justifier pour quelles raisons elle la refuse (CE, 25 septembre 1995, Association CIVIC, arrêt précité).

Saisi d'un recours contre un refus de subvention de la part d'une collectivité locale, le juge administratif limite son contrôle à l'exactitude matérielle des faits (la décision de refus a-t-elle été prise sur la base d'informations erronées ?) et à l'erreur manifeste d'appréciation.

La situation est donc paradoxale : la collectivité locale n'est pas contrainte de motiver son refus de subvention, mais si elle le motive par des faits inexacts (par exemple, un nombre d'adhérents minoré) ou par une raison étrangère à l'intérêt général (notamment la discrimination politique), alors ce refus est illégal (TA Amiens, 13 octobre 2005, Fédération des œuvres laïques de l'Oise, n°0102706, AJDA 2006, p. 510).

10 – Une convention doit-elle être systématiquement signée ?

En vertu de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, toute autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie.

Ce seuil a été fixé à **23 000 euros** par an par le décret n°2001-495 du 6 juin 2001. En dessous de ce seuil annuel, la signature d'une convention n'est pas obligatoire, mais elle reste évidemment possible.

Le contenu de la convention est également encadré par la loi. Le contrat doit obligatoirement prévoir trois mentions : l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée.

**11 – Une association peut-elle reverser la subvention à un autre organisme ?
Oui, mais seulement si elle y a été autorisée par la collectivité qui l'a subventionnée à l'origine.**

Le juge administratif considérait déjà que le reversement de la subvention accordée par une collectivité territoriale à une association devait être soumis à autorisation de la collectivité publique « en application du principe dont s'inspirent les dispositions de l'article 15 du décret du 2 mai 1938" relatif aux subventions accordées par l'Etat (CAA Lyon, 17 juin 1999, Fédération des œuvres laïques du Rhône, n°99LY00287).

Depuis l'article 84 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit, l'article L1611-4 du CGCT dispose expressément qu'«il est interdit à tout groupement ou à toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention d'en employer tout ou partie en subventions à d'autres associations, œuvres ou entreprises, sauf lorsque cela est expressément prévu dans la convention conclue entre la collectivité territoriale et l'organisme subventionné ».

12 – Comment s'assurer que la subvention a été utilisée conformément à son objet ?

Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un **compte rendu financier**, en vertu de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, qui doit être déposé à la collectivité ayant versé la subvention dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée.

Ce compte rendu financier a pour objet, selon l'arrêté du Premier ministre du 11 octobre 2006 (JO du 14 octobre, texte n°10), « la description des opérations comptables qui attestent de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention ».

Le compte rendu financier est constitué d'un tableau des charges et des produits affectés à la réalisation du projet ou de l'action subventionnée, issu du compte de résultat de l'organisme. Il fait apparaître les écarts éventuels, exprimés en euro et en pourcentage, constatés entre le budget prévisionnel de l'action et les réalisations. Au titre des charges, il inclut notamment la part des frais de fonctionnement généraux de l'organisme affectés à la réalisation de l'objet de la subvention.

13 – Les chambres régionales des comptes (CRC) sont-elles compétentes pour vérifier les comptes des associations subventionnées ?

Oui. L'article L211-4 du Code des juridictions financières prévoit qu'une CRC peut assurer la vérification des comptes des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales leurs établissements publics ou les établissements publics nationaux apportent un concours financier supérieur à 1.500 euros. Lors de ces vérifications, les CRC s'assurent notamment que l'utilisation des sommes est conforme aux buts pour lesquels elles ont été versées.

En vertu de l'article R211-3 du Code des juridictions financières, lorsque le concours financier apporté à une association par une collectivité territoriale ou un établissement public local est attribué sous forme d'une subvention affectée à une dépense déterminée et qu'il ne dépasse pas 50% des ressources totales du bénéficiaire, la vérification se limite au compte d'emploi que ce dernier doit établir. Mais si ce compte d'emploi n'est pas tenu, le contrôle porte alors sur l'ensemble des comptes et de la gestion.

14 – Comment distinguer une subvention d'un marché public ?

Selon la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics, la subvention constitue « une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers.

Il s'agira de subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire, et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière ».

Ainsi la subvention est attribuée après la demande du bénéficiaire, pour l'aider à mener à bien des missions d'intérêt général, initialement définies par lui-même et non par la personne publique attributaire, et ce, sans contrepartie équivalente pour cette dernière.

Même si la convention signée entre une collectivité locale et une association s'intitule formellement « convention de subventionnement », le juge administratif peut requalifier ce contrat en contrat de marché public.

15 – Comment le juge applique-t-il cette distinction ?

Le juge administratif analyse le contenu de la convention en **vérifiant si les obligations pesant sur l'organisme prétendument subventionné ne dissimulent pas une commande de prestations.**

La CAA de Marseille a ainsi relevé qu'un syndicat mixte avait demandé à une association de :

- « se prononcer sur la mise en cohérence du schéma d'aménagement avec la réalité économique »,
- « proposer la définition des actions de marketing et de communication commerciale »,
- « veiller à la cohérence des actions de promotion du site » avec celles mises en place dans la région et
- « d'assurer la prospection, la commercialisation, l'accueil des entreprises et laboratoires ainsi que le montage des dossiers d'aide sur le territoire concerné ».

Pour le juge, le syndicat mixte « demande à l'association de lui fournir des prestations clairement identifiées » qui bénéficient directement à la collectivité publique et non à des tiers par rapport à la convention, trahissant l'existence implicite d'un marché public de prestations de services soumis au Code des marchés publics (CAA Marseille, 12 juin 2001, n°00MA02504).

16 – Quelles sont les conséquences d'une requalification en marché public ?

Si le juge requalifie en marché public la convention de subventionnement, non seulement cette dernière sera annulée car elle n'aura pas été passée conformément aux procédures prévues par le Code des marchés publics, mais aussi, et surtout, l' élu local risquera une condamnation pour délit d'octroi d'avantage injustifié (art. 432-14 du Code pénal), ou « délit de favoritisme », puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende.

Un tel octroi de subvention dissimulant un marché public est de nature à engager la responsabilité pénale des personnes morales (collectivités locales et associations) concernées, mais aussi des agents et des élus ayant concouru à la procédure d'attribution de la subvention et des dirigeants des associations subventionnées pour délit d'octroi d'avantage injustifié ou pour recel.

17 – La subvention peut-elle constituer une « aide d'Etat » de droit communautaire ?

Ce n'est pas exclu, puisque la réglementation européenne en matière d'aides d'Etat s'applique à toute « entreprise » recevant un financement public, dès lors qu'elle exerce une activité « économique » d'intérêt général, et ce quel que soit son statut juridique ou la façon dont elle est financée par la collectivité publique.

Comme le rappelle le Premier ministre dans sa circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, « une association sans but lucratif exerçant une activité économique d'intérêt général et sollicitant un concours financier public sera qualifiée d'entreprise au sens communautaire et soumise à la réglementation des aides d'Etat pour la partie de son activité qui est économique ».

A noter Cette notion « d'activité économique » recouvre, quel que soit le secteur d'activité, toute offre de biens ou de services sur un marché donné. Pour autant, les concours publics à une telle

association (subvention, mise à disposition de locaux, de personnel ou de matériel), inférieurs à 200 000 € sur une période de trois ans, ne sont pas qualifiés d'aides d'Etat.

II. Les mises à disposition de biens ou de personnel

18 – Qui décide des mises à disposition d'équipements à des associations ?

Principalement, le maire. En vertu de l'article L2144-3 du Code général des collectivités territoriales, « des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande ».

Ce même article prévoit que le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, « compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public ».

Le rôle du conseil municipal est alors limité : la loi prévoit seulement que le conseil « fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation ».

19 – Pour quelles raisons est-il possible de refuser une mise à disposition de salle ?

Un refus de mise à disposition de salle doit être fondé sur **l'une des trois nécessités exposées par l'article L2144-3 du Code général des collectivités territoriales** :

1. l'administration des propriétés communales,
2. le fonctionnement des services et
3. le maintien de l'ordre public.

Ainsi, le Conseil d'Etat a suspendu en urgence le refus d'un maire de louer une salle municipale à l'association locale pour le culte des Témoins de Jéhovah, sur le seul fondement de « considérations générales relatives au caractère sectaire de l'association »: en refusant sans se fonder sur l'un des motifs prévus par la loi, le maire a commis, selon le juge, une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion, qui est une liberté fondamentale. Le juge des référés l'a même enjoint, en l'espèce, d'accorder la location de la salle, au jour initialement demandé (CE, réf., 30 mars 2007, Ville de Lyon, n°304053).

20 – La commune peut-elle interdire tout usage politique, syndical ou religieux des salles qu'elle met à disposition ?

Oui. Le Conseil d'Etat a jugé qu'en décidant, « par sa délibération du 30 juillet 1982, que la salle du foyer rural pouvait être louée à la journée à toutes associations, groupements et organismes laïques ou religieux, à l'exclusion des associations, groupements et organismes à caractère politique ou exerçant des offices religieux, l'exclusion des groupements à caractère politique étant levée pendant la durée de la durée légale des campagnes électorales, le conseil municipal de La Roque-d'Anthéron a entendu, sauf pendant les campagnes électorales, mettre l'utilisation des locaux appartenant à la commune à l'abri de querelles politiques ou religieuses; qu'une telle mesure n'est pas fondée sur un critère étranger à l'intérêt de la gestion du domaine public communal ni à l'affectation du lieu en cause et n'introduit pas, entre les utilisateurs éventuels de cette salle des fêtes, de discrimination non justifiée par l'intérêt général » (CE, 21 mars 1990, Commune de La Roque-d'Anthéron, n°76765).

21 – La commune peut-elle réserver à une association l'exclusivité d'un équipement ?

Le procédé est fragile, surtout si l'association « historique » n'utilise pas l'équipement à plein temps.

Ainsi, le Conseil d'Etat a annulé le refus d'un maire d'accorder à une « Ecole de tir de compétition » l'accès à un stand de tir, alors même que la commune avait mis ce stand à la disposition exclusive de l'association dénommée « Société de tir », à charge pour celle-ci d'en assurer l'entretien courant. Selon le juge, ce refus du maire est illégal: d'une part, la circonstance que l'association « Société de tir » compte davantage de pratiquants que l'association « Ecole de tir de compétition » ne constitue pas, au regard de la destination des locaux communaux en cause, une différence de situation de nature à justifier que la seconde soit privée de tout accès au stand de tir; d'autre part, même si l'association « Société de tir » a donné pleine satisfaction pour l'entretien des locaux, le juge souligne qu'elle n'utilise le stand de tir que trois soirées par

semaine. L'exclusivité ne peut donc être regardée comme justifiée par les nécessités de l'administration des propriétés communales ou tout autre nécessité d'intérêt général (CE, 8 avril 1998, n°165284).

22 – L'exclusivité peut-elle être fondée sur l'affiliation d'une association à la Fédération officielle ?

Non. La délibération qui réserve un équipement au club affilié à la Fédération française est illégale si la commune ne peut invoquer, à l'appui de sa décision d'évincer les adhérents du club non affilié, aucune circonstance tirée des nécessités de l'administration des propriétés communales ou du maintien de l'ordre public (CE, 26 octobre 1988, Ville de Marines, n°76604).

23 – L'association occupant un équipement peut-elle disposer des clés ?

Oui, mais il faut préciser ce point dans la convention de mise à disposition qui sera signée avec elle.

Ainsi, cette convention pourra préciser qu'afin de permettre l'accès aux locaux qui font l'objet de la mise à disposition, la collectivité remet à l'association un nombre précis de clés et qu'aucune duplication de ces clés ne pourra être réalisée sans l'accord préalable et exprès de la collectivité. De même, la convention prévoira utilement que l'ensemble des clés détenues par l'association sera remis à la collectivité à l'expiration de la convention, ou à l'expiration du délai d'évacuation des lieux en cas de résiliation de la convention par la collectivité.

24 – La collectivité peut-elle obliger l'association à être assurée ?

Oui, c'est même recommandé. Ainsi, la convention de mise à disposition pourra (et devrait) prévoir que l'association s'engage à souscrire auprès d'une compagnie d'assurances notoirement solvable un contrat d'assurance couvrant les dégâts causés aux personnes, aux biens immobiliers et mobiliers par les risques d'incendie, les dégâts des eaux, les attentats et les explosions. De surcroît, la collectivité peut, dans la même convention d'assurance, prévoir que l'association soit contrainte de justifier auprès d'elle de la souscription du contrat d'assurances dans le mois suivant le début de la mise à disposition, par la fourniture d'une attestation de la ou des compagnies, précisant que les dispositions de la convention de mise à disposition sont respectées. L'association pourra également s'engager à aviser la collectivité en cas de cessation du contrat et à justifier du paiement des primes.

25 – Une collectivité peut-elle interrompre la mise à disposition qu'elle a accordée à une association ?

Le juge administratif a clairement affirmé « qu'une personne morale de droit privé ne dispose d'aucun droit au maintien dans un local municipal mis gracieusement à sa disposition » (CAA Paris, 20 février 1992, Entente sportive levalloisienne, n°89PA02184).

Mais, dans ce même arrêt, le juge constate que la commune a fait interdire à plusieurs reprises l'accès des installations sportives communales aux seuls membres de l'association requérante, alors que ni la bonne administration de ces installations, ni les nécessités de l'ordre public ne l'imposaient : « L'attitude discriminatoire de la commune est ainsi constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de l'association. »

La collectivité ne peut faire expulser l'association sans respecter les clauses prévues contractuellement dans la convention, ni saisir sans préavis les biens mobiliers que l'association entrepose dans le local. Dans ces deux hypothèses, la collectivité commettrait une voie de fait et devrait indemniser l'association.

26 – La mise à disposition doit-elle donner lieu au paiement d'une redevance ?

L'article L2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) pose le principe selon lequel toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique doit donner lieu au paiement d'une redevance. Pour autant, cet article a été plusieurs fois modifié depuis 2006, afin d'exonérer de cette exigence la plupart des associations.

Ainsi, depuis la loi de simplification du droit du 12 mai 2009, le dernier alinéa de l'article L2125-1 du CGPPP prévoit que, par exception au principe d'exigibilité d'une redevance, « l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ».

A l'exception des associations qui poursuivraient la recherche d'un profit ou qui ne satisferaient aucun intérêt général en poursuivant des buts exclusivement privés, la plupart des associations peuvent désormais, si la collectivité locale le décide, être exonérées de toute redevance.

27 – Quels sont les risques de requalification de la convention en délégation de service public (DSP) ?

Une convention de mise à disposition d'équipement peut être requalifiée de contrat de DSP si la collectivité confie également par ce contrat la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à l'association, cette dernière étant rémunérée substantiellement par les résultats de l'exploitation du service.

Les risques sont identiques à celui encouru lorsqu'une convention de subventionnement est requalifiée en contrat de marché public (cf. question n°14), puisque le délit de favoritisme prévu à l'article 432-14 du Code pénal réprime la méconnaissance des dispositions du Code des marchés publics mais aussi des articles L1411-1 et suivants du CGCT relatifs aux DSP.

Si la convention dissimule en réalité une DSP (ici sous la forme d'un affermage), le juge pénal peut considérer que l'élu signataire a cherché à contourner les règles contraignantes de passation de ces conventions de délégation, et a donc sciemment commis le délit.

28 – Une association peut-elle être chargée de la gestion d'un service public, sans qu'une DSP ou un marché public soit conclu ?

Exceptionnellement, oui. Le Conseil d'Etat a récemment innové en considérant que des organismes publics pussent faire appel, pour l'exécution d'un service public, à une association qu'ils contrôlaient ensemble, sans nécessairement respecter la procédure de passation des DSP ou de conclusion des marchés publics. En l'espèce, l'Etat, la région PACA, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence avaient décidé de faire du Festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence un service public culturel en créant une association éponyme. Or, selon le juge, « l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service » (CE, 6 avril 2007, Cne d'Aix-en-Provence, n°284736).

29 – Une collectivité peut-elle mettre ses agents à la disposition des associations ?

L'article 61-1 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la FPT a été modifié par la loi du 2 février 2007.

Il prévoit une **liste limitative d'organismes auprès desquels la mise à disposition d'un agent public est possible** :

- les collectivités territoriales et leurs établissements publics,
- l'Etat et ses établissements publics (ou un Etat étranger),
- les établissements hospitaliers,
- le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale,
- les organisations internationales intergouvernementales et les « organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes ».

Les associations qui se contenteraient de poursuivre leur but statutaire, fût-il d'intérêt général, sans contrainte de service public ne figurent pas dans cette liste. La mise à

disposition d'agents auprès d'elles serait donc illégale et ne reste ouverte que la solution d'une mise en disponibilité du fonctionnaire.

III. L'intervention dans la gestion associative

30 – Une collectivité locale peut-elle adhérer à une association ?

Aucune règle ni aucun principe n'interdisent aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'adhérer à une association constituée sous le régime de la loi du 1er juillet 1901. Dès lors que l'objet de l'association revêt un intérêt public local (cf. question n°3), la collectivité territoriale peut décider d'en être membre. Une cotisation pourra être versée et des représentants de la collectivité pourront siéger au sein des organes de direction de l'association.

Dès que des élus siègent au sein d'un organe de direction de l'association, quatre risques existent, dont il conviendra de prévenir l'apparition : le risque « administratif » d'illégalité des actes pris par la collectivité, mais également, pour les élus concernés, le risque pénal de condamnation pour prise illégale d'intérêts, le risque d'inéligibilité en qualité d'« entrepreneur de services municipaux » et le risque financier de déclaration de « gestion de fait ».

31 – Quels sont les risques pour les actes pris par la collectivité ?

L'article L2131-11 du CGCT dispose que « sont illégales, les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire ». Sur ce fondement, les délibérations d'une collectivité territoriale (autorisant par exemple une subvention ou une mise à disposition) peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif et encourent l'annulation s'il apparaît que l'un des conseillers (municipaux, généraux ou régionaux) qui a participé à la délibération, a un intérêt dans l'association soutenue.

Un conseiller identifié comme « intéressé à l'affaire » devra s'abstenir de toute participation à la décision finale (en quittant la salle du conseil dès que le point est appelé à l'ordre du jour, et sans laisser de procuration), mais également à la préparation de la décision (en s'abstenant de siéger lors de la séance de commission où le point est évoqué).

32 – Qu'est-ce qu'un « conseiller intéressé à l'affaire » ?

D'une façon générale, l'intérêt à l'affaire existe dès lors qu'il ne se confond pas avec « les intérêts de la généralité des habitants de la commune » (CE, 8 mars 2002, Mme Géron, n°234650), c'est-à-dire avec les intérêts attachés à la qualité soit de contribuable, soit d'habitant de la collectivité (CE, 17 novembre 1999, M. Riche, n°196531).

Pour autant, le juge administratif a considéré qu'une association chargée d'organiser les festivités de la commune (et notamment de gérer la buvette lors d'une fête taurine) présentait un intérêt communal et que, dès lors que ses membres ne pouvaient en retirer aucun bénéfice personnel, la circonstance que le maire de la commune en soit le président et que plusieurs conseillers municipaux fassent partie de son conseil d'administration n'était pas de nature à les faire regarder comme étant intéressés au sens des dispositions de l'article L2131-11 du Code général des collectivités territoriales (CAA Marseille, 16 septembre 2003, Commune de Vauvert, n°99MA01085).

33 – A quelle condition la participation d'un conseiller intéressé vicie-t-elle la délibération ?

Pour le juge administratif, dans le cadre de l'application de l'article L2131-11 du CGCT, la seule présence du conseiller intéressé ne suffit pas à vicier la délibération. Il faut que son influence ait été effective, c'est-à-dire que sa participation ait été de nature à exercer une influence décisive sur le résultat du vote.

Or, la participation du conseiller municipal intéressé n'a pas été jugée déterminante lorsque le conseil municipal s'est prononcé à l'unanimité et que le conseiller intéressé n'a pas été le rapporteur du projet (CE, 26 février 1982, Assoc. « Reconnaissance d'Uzès », n°12440).

La qualité de rapporteur entraîne donc une présomption forte d'une influence active.

Le juge s'est montré aussi clément dans un cas où le conseiller intéressé a participé à une partie des réunions préparatoires et a siégé lors de la séance au cours de laquelle a été prise la délibération litigieuse, mais a quitté la salle au moment du vote et n'a « pas pris une part active aux réunions préparatoires » (CE, 30 décembre 2002, n°229099).

34 – Qu'est-ce que la prise illégale d'intérêts ?

La prise illégale d'intérêts, anciennement connue sous le nom de « délit d'ingérence », est un délit prévu et réprimé par l'article 432-12 du Code pénal.

Cet article définit la prise illégale d'intérêts comme 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 (d'avoir), directement ou indirectement (soi-même ou par l'entremise d'un proche, ascendant ou conjoint par exemple), un intérêt quelconque (matériel, financier par la détention de parts sociales, ou symbolique et honorifique), dans une entreprise ou une opération dont l'élu ou l'agent a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. La prise illégale d'intérêts vise donc la seule confusion, sur une même tête, de deux qualités : celle de surveillant public et celle de surveillé privé. Ce simple cumul suffit à caractériser l'infraction dont la raison d'être est d'empêcher que la décision publique soit soupçonnée de partialité.

35 – Quelles sont les peines prévues en cas de prise illégale d'intérêts ?

La peine maximale qui peut être prononcée par le tribunal correctionnel consiste en cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende.

Toutefois, les effets d'une condamnation pour prise illégale d'intérêts peuvent être bien plus graves, pour les élus locaux, que le prononcé d'une amende ou d'une peine de prison (souvent avec sursis, en pratique). En effet, l'article L7 du Code électoral prévoit que les personnes condamnées pour prise illégale d'intérêts ne peuvent pas être inscrites pendant cinq ans sur les listes électorales. Ainsi, une condamnation pour ce délit entraîne automatiquement, sans que le juge ait à le préciser, l'inéligibilité du coupable pendant cinq ans et, par conséquent, sa démission d'office s'il occupe, au jour de la décision, des fonctions.

Ces deux conséquences ne pourront être évitées que si le tribunal correctionnel décide, expressément, que le condamné est relevé de cette peine automatique d'inéligibilité.

36 – L'élu peut-il être condamné sans retirer de bénéfice matériel de sa fonction au sein de l'association ?

Oui. Il n'est pas nécessaire, pour que le juge prononce la condamnation, que la personne concernée ait retiré de l'opération prohibée un bénéfice (Cass., crim., 23 fév. 1988, n°87-82801), ni même que la collectivité ait souffert un préjudice.

Quatre élus (le maire, deux adjoints et un conseiller municipal) d'une commune de la banlieue parisienne ont été récemment condamnés pour prise illégale d'intérêts au seul motif qu'ils avaient participé au vote de subventions bénéficiant aux associations qu'ils présidaient, alors même qu'ils n'en avaient retiré aucun profit personnel, que la collectivité n'avait subi aucun préjudice et que ces associations poursuivaient un but d'intérêt général (Cass., crim., 22 oct. 2008, n°08-82068).

Dans cette affaire, la présidence, par un élu municipal, des associations concernées était pourtant expressément prévue par les statuts de ces associations. Le juge a tout de même condamné les prévenus au motif qu'ils cumulaient les deux fonctions en connaissance de cause.

37 – Existe-t-il des dérogations dans le champ d'application de la prise illégale d'intérêts ?

Oui, mais seulement dans les petites villes comptant au plus 3.500 habitants. Dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent être autorisés par le conseil municipal et malgré l'intérêt éventuel qu'ils en tirent, à traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16.000 euros, acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle, conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement et acquérir (au moins au prix estimé par le service des domaines) un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Le fait de présider une association que l'élu est chargé de surveiller (ou au profit de laquelle il vote une subvention) n'est pas mentionné dans ces exceptions. Même dans les plus petites communes, un tel cumul de responsabilités est donc constitutif de prise illégale d'intérêts.

38 – Qu'est-ce qu'un « entrepreneur de services municipaux » ?

Un entrepreneur de services municipaux est une personne exerçant un rôle prépondérant au sein d'une personne morale (par exemple une association) assurant, sur le fondement d'un contrat passé avec la commune, l'exécution d'un service public. Il existe donc **deux critères cumulatifs**.

1. - Le premier tient à la **nature des fonctions exercées**.
Généralement, l'exercice de fonctions salariées ou la simple qualité de bénévole au sein de l'association (CE, 21 janvier 2002, élection municipale de Millas, n°236332) ne suffit pas à faire regarder la personne comme un entrepreneur de services communaux, sauf s'il s'agit de fonctions de direction d'un rang élevé ou qui confère une indépendance et une autonomie de décision réelles.
2. - Le second critère tient à l'**activité exercée** : elle doit être à la fois régulière et liée à l'exécution d'un service public communal, ce qui suppose un contrôle étroit exercé par la commune sur l'activité.

39 – Quel est le risque pour un élu d'être reconnu « entrepreneur de services municipaux » ?

L'article L231 du Code électoral dispose que « ne peuvent être élus conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois : (...) 6° les entrepreneurs de services municipaux ».

En outre, lorsque cette inéligibilité apparaît en cours de mandat, l'élu concerné est immédiatement déclaré démissionnaire par le préfet (art. L236 du Code électoral). Or, une association peut être une « entreprise de services municipaux » au sens de ces dispositions (CE, 30 septembre 1996, Ribot, n°177023).

Un élu qui se trouverait placé, du fait de ses fonctions au sein d'une association avec laquelle sa commune entretient des relations, dans la position d'« entrepreneur de services municipaux », pourrait donc être immédiatement démis de son mandat.

40 – Qu'est-ce que la « gestion de fait » ?

La « gestion de fait » se définit comme le maniement de fonds publics par une personne n'ayant pas l'habilitation pour ce faire, et qui sera donc qualifié de « comptable de fait ».

Or, en vertu de l'article 60 de la loi de finances pour 1963 (loi n°63-156 du 23 février 1963) toujours en vigueur, les comptables publics (qu'ils soient dûment investis de leur fonction ou qu'ils soient reconnus « comptables de fait ») sont personnellement et pécuniairement responsables du recouvrement des recettes, du paiement des dépenses, de la garde et de la conservation des fonds et valeurs qu'ils ont maniés.

De plus, le risque ne se limite pas seulement aux personnes qui manipuleraient effectivement des fonds. Le juge des comptes considère qu'est gestionnaire de fait « non seulement celui qui a

personnellement détenu et manié irrégulièrement des fonds publics, mais aussi celui qui a ordonné ou organisé le maniement irrégulier, ou encore l'a connu et toléré alors qu'il avait les moyens d'y mettre un terme » (Cour des comptes, 24 octobre 2002, Université française du pacifique), ce qui correspondra souvent à la situation des élus locaux ou des agents concernés.

41 – Une association indépendante de la collectivité peut-elle être à l'origine d'une gestion de fait ?

Oui. Les responsables d'associations et les élus qui auront connu et toléré l'irrégularité pourront être déclarés « comptables de fait » des deniers publics, lorsque les sommes dues à une collectivité (ex.: pour l'occupation d'un local, un accès ou une formalité) sont directement encaissées par un membre d'une association qui n'aura pas été au préalable nommé régisseur par le comptable public.

Ainsi, une association pour le rayonnement d'un opéra municipal délivrait aux usagers intéressés des abonnements à des « premières », avec un prix des places supérieur au prix normal. Le juge a considéré que ces recettes devant revenir à l'opéra constituaient une « recette destinée à un organisme public doté d'un comptable public » au sens de la loi de 1963. Le président de l'opéra, alors même qu'il n'avait pas autorité sur l'association et n'était pas à l'initiative du dispositif irrégulier, fut reconnu gestionnaire de fait pour avoir eu connaissance du dispositif et ne pas l'avoir fait immédiatement cesser (CE, 9 juin 2000, n°176743).

IV. Les associations transparentes

42 – Qu'appelle-t-on une « association transparente » ?

Une association « transparente » est appelée comme telle lorsqu'elle ne constitue pas un organisme autonome de la collectivité locale, avec une indépendance de fonctionnement et de décision par rapport à elle. Même si l'association a été dûment déclarée en préfecture et si elle dispose de statuts et d'organes de direction qui lui sont propres en apparence, la réalité de son fonctionnement aboutira à ce que le juge écarte ces éléments purement formels pour apercevoir, « à travers » l'association, directement la main de la collectivité. Il aboutira à cette qualification lorsque plusieurs indices seront réunis, permettant de voir dans l'association un service municipal « déguisé », soumis aux ordres et aux desiderata exprimés par la collectivité. Il s'agira alors d'un « simple démembrement » de la collectivité (Réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite n°30604, JO Sénat du 9 août 2001).

43 – Quels sont les critères d'une association transparente ?

Le juge utilise **trois critères principaux.**

- **La composition des organes de direction de l'association.** Si le conseil d'administration comprend une majorité de membres émanant de la collectivité qui finance l'association, ou si sa présidence est attribuée de droit à un représentant de la collectivité, celui-ci disposant de l'essentiel des prérogatives de gestion, le premier critère sera rempli/
- **Le financement de l'association.**
- Toutefois, une part de 20% de ressources propres a suffi au juge financier pour écarter la qualification d'association transparente (Cour des comptes, 9 déc. 1993, Comité des fêtes, des arts et des sports de Nice);
- **le fonctionnement concret de l'association.**

Si elle se réunit très peu, est accueillie dans les locaux de la collectivité ou si le budget est préparé par des agents de la collectivité, des éléments supplémentaires sont réunis dans le sens de la transparence.

44 – Comment le juge applique-t-il ces critères ?

Les critères ne sont ni strictement alternatifs, ni strictement cumulatifs : le juge les soupèsera, au cas par cas, pour décider de la qualification.

Lorsque ces critères sont réunis, la qualification d'association transparente est encourue. Le Conseil d'Etat a récemment rappelé que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative

d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente » (CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n°281796).

Mais les critères combinés de la composition des organes et du fonctionnement peuvent suffire: une chambre régionale des comptes a ainsi qualifié une association de transparente aux motifs que « ses dirigeants étaient des élus municipaux et des agents de la commune, ses locaux étaient situés à l'intérieur de bâtiments annexes à la mairie, son fonctionnement en faisait un service de l'administration communale qui ne différait en rien d'une régie municipale » (CRC Ile-de-France, lettre d'observations du 16 juillet 1999, Association JVA).

45 – Pourquoi les collectivités ont-elles créé des associations transparentes ?

Comme le révèle le garde des Sceaux, « l'objectif de l'autorité publique qui recourt à une structure associative transparente vise généralement à échapper aux règles du droit public au bénéfice du statut associatif, afin par exemple de se soustraire au contrôle des dépenses publiques, au Code des marchés publics » (Réponse du ministre de la Justice à la question écrite n°19932, JO Sénat du 24 août 2006).

Or, pendant les décennies 1980 et 1990, de nombreuses collectivités locales ont mis en place des associations sur lesquelles elles ont depuis conservé une totale maîtrise. Ce phénomène a généré de nombreuses critiques, comme celle du Conseil d'Etat, qui a considéré que « si le recours à des associations pour assurer la gestion et l'exécution du service public est, dans son principe, parfaitement légitime et souvent souhaitable, il doit en revanche susciter plus de réserves lorsque la collectivité délégante fait partie de l'association délégataire et exerce en réalité sur elle un total contrôle » (Rapport « Les associations et la loi de 1901, cent ans après », EDCE n°51, Documentation française, 2000).

46 – Quelle est la situation des contrats passés par les associations transparentes ?

Puisqu'une association transparente n'est qu'un démembrement de la collectivité, les contrats passés par l'association seront considérés comme étant, dès leur passation, de nature administrative.

Or, sauf exceptions, la procédure de passation de ces contrats n'aura pas été menée, par l'association, conformément aux exigences du Code des marchés publics, requérant notamment une publicité et une mise en concurrence préalables. Cette irrégularité entraînera la nullité desdits contrats (CAA Paris, 20 avril 2005, Commune de Boulogne-Billancourt, Juris-Data n°2005-280752).

47 – L'association transparente fait-elle courir un risque de condamnation pénale aux élus ?

Oui. Le fait que les contrats de l'association aient été passés au mépris du Code des marchés publics pourra être considéré par le juge pénal comme un élément constitutif du délit d'octroi d'avantage injustifié, également appelé « délit de favoritisme » prévu et réprimé par l'article 432-14 du Code pénal.

Un arrêt de la Cour de Cassation montre qu'une telle condamnation dans le cadre d'une association transparente est envisageable (Cass. crim., 30 juin 2004, n°03-85.946).

En l'espèce, un conseil général avait confié la réalisation de sa revue mensuelle à une association présidée par le président du conseil général, dont les directeurs successifs ont été les directeurs de la communication au conseil général et que la chambre régionale des comptes a qualifié de transparente. Le délit peut être commis lors de l'attribution, sans mise en concurrence, du marché d'impression de la revue, par l'association à une société tierce.

48 – Quelles sont les conséquences de la transparence de l'administration sur le plan comptable ?

Puisque les fonds maniés par l'association sont, du fait de sa transparence, demeurés des fonds publics appartenant à la collectivité locale, les personnes qui ont manié ces fonds pourront être déclarées « comptables de fait » de ces sommes. Il s'agit, en premier lieu, des membres de la direction de l'association (président et trésorier), mais également de toutes les personnes ayant eu connaissance de l'irrégularité du système, ayant eu les moyens d'y mettre fin, mais s'étant abstenus de le faire (ordonnateur et directeur général de la collectivité, notamment).

Non seulement les comptables de fait sont pénalement responsables des sommes manquantes et des dépenses non justifiées, mais encore ils peuvent être condamnés à une amende, pour avoir ainsi méconnu les règles de la comptabilité publique. Le maximum de l'amende est alors égal au total du montant des sommes irrégulièrement maniées.

49 – Quelles sont les conséquences de la transparence de l'administration sur le plan financier ?

La responsabilité pécuniaire de la collectivité dont l'association est en réalité l'émanation, peut être recherchée au titre de l'action en comblement de passif. Ainsi, selon la Cour de cassation, dès lors qu'une collectivité « était membre de droit du conseil d'administration en vertu des statuts et qu'elle avait accepté de remplir ces fonctions, la cour d'appel a retenu à juste titre qu'elle avait la qualité de dirigeant de droit de l'association et n'a fait qu'user [de ses pouvoirs] en la condamnant à supporter partie des dettes de celle-ci » (Cass. com., 16 février 1993, Commune de Montagny, n°90-18389).

Dès lors que l'association est transparente, la responsabilité de la collectivité est engagée à l'égard des créanciers de l'association lorsque cette dernière se déclare en cessation de paiement (CE, 5 décembre 2005, Département de la Dordogne, n°259748).

50 – Comment régulariser la situation des associations transparentes ?

En raison de tous les risques juridiques, pénaux, comptables et économiques que l'existence d'une association transparente fait courir aux responsables de la collectivité territoriale dont l'association émane, il ne peut qu'être conseillé de régulariser la situation. Une alternative est ouverte aux élus concernés, en fonction de la situation locale et de leurs choix politiques : soit ils acceptent de conférer une réelle autonomie à l'association existante (notamment en réduisant les subventions et en supprimant les sièges de droit attribués à la collectivité), soit ils décident de reprendre en régie l'activité exercée par l'association, permettant ainsi au cadre juridique d'épouser la réalité de la pratique.

En cas de « remunicipalisation » de l'association, la collectivité sera tenue de reprendre à son compte non seulement les biens et les éventuelles dettes de l'association, mais également son personnel, en application de l'article L1224-1 du Code du travail.