

opale

JUIN 2017

LE GUIDE DES RELATIONS ENTRE ASSOCIATIONS ET FINANCEURS PUBLICS

► Une illustration par la culture



Rédaction : Maître Brigitte Clavagnier avec la contribution de Bérengère Denis, Alcyaconseil pour Opale/CRDLA Culture

Avec la participation de :



www.opale.asso.fr



Depuis 2003, le dispositif local d'accompagnement (DLA) s'adresse aux structures développant des activités et services d'utilité sociale, reconnues sur un territoire et qui créent des emplois. Inscrit depuis juillet 2014 dans la loi relative à l'économie sociale et solidaire, le DLA a accompagné depuis sa mise en place plus de 50 000 associations employeuses. Implanté dans chaque département, il permet de financer des interventions par un prestataire extérieur visant à soutenir le développement des associations : recherche d'une meilleure organisation interne, d'une meilleure qualité de l'emploi, aide à la formulation d'une stratégie de développement dans le respect du projet associatif et de l'intérêt général du territoire, soutien à la coopération territoriale et à celle des associations, outillage juridique et financier, soutien dans des phases de négociation et de contractualisation avec les collectivités territoriales, etc.

Pour compléter leur compétence généraliste et renforcer leur capacité d'intervention, les DLA bénéficient d'appuis sectoriels, organisés à l'échelon national au sein des centres de ressources nationaux (CRDLA). Le CRDLA Culture est porté par l'association Opale en copilotage avec une cinquantaine de fédérations et syndicats du secteur artistique et culturel, regroupés essentiellement au sein de l'Union fédérale d'intervention des structures culturelles (Ufisc) et de la Coordination des fédérations et associations de culture et communication (Cofac).

Conformément à sa mission, le CRDLA Culture engage des démarches de capitalisation des missions d'accompagnement réalisées auprès d'associations culturelles et artistiques, et d'approfondissement de thématiques qui intéressent significativement les DLA et les associations. C'est dans ce cadre que s'inscrit la présente réalisation.

Le site d'Opale www.opale.asso.fr

Le site de l'Union Fédérale d'Intervention des Structures Culturelles (Ufisc) www.ufisc.org

Le site du Collectif des associations citoyennes (CAC) www.associations-citoyennes.net

Le site du Réseau des collectivités territoriales pour une économie solidaire (RTES) www.rtes.fr

AVANT-PROPOS



Ces dernières années, le monde associatif a été propulsé sur le devant de la scène des réformes législatives¹, mais aussi d'initiatives publiques incitant à de nouvelles relations entre associations et pouvoirs publics : charte d'engagements réciproques entre l'État, les associations et les collectivités territoriales, circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 sur les « *nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations : déclinaison de la charte des engagements réciproques et soutien public aux associations* » dite « circulaire Valls », guide d'usage de la subvention de mars 2016, etc.

Si ces réformes récentes et ces formes de partenariat entre associations et puissance publique évoluent positivement vers une coconstruction des politiques publiques, en parallèle de ces textes spécifiques le monde associatif est touché par différentes réformes d'envergure plus transversales, telles que la profonde réforme du droit des marchés publics et des concessions, et la transposition dans le droit français des règles communautaires européennes.

De ce fait, les formes des financements publics ont connu d'importantes modifications : les financements par subventions et conventions pluriannuelles d'objectifs, qui représentaient un peu moins des trois cinquièmes de l'ensemble des financements publics en direction des associations, ont peu à peu vu leur part diminuer au profit de la commande publique : les subventions enregistraient une baisse de 17 % entre 2005 et 2011 alors que les marchés publics avec les associations augmentaient en moyenne de 73 %, même si les associations culturelles ont été moins touchées que d'autres secteurs (Viviane Tchernonog, *Le Paysage associatif français*, Dalloz, 2013).

Aussi, à l'heure où les deniers publics se raréfient (baisse des dotations de l'État, de certaines collectivités territoriales, etc.), les relations entre associations et collectivités doivent, plus que jamais, s'adapter afin de maintenir une coopération aussi efficace que sereine. De nouveaux outils sont à la disposition notamment des collectivités publiques afin de garantir la place des associations au sein de la société : compétences partagées, processus de concertation, identification de services non concurrentiels, marchés réservés, recueil d'initiatives, etc.

La loi ESS et la circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 sont venues réaffirmer la subvention comme le mode de coopération entre associations et pouvoirs publics devant être privilégié. La subvention a ainsi été définie par la loi, pour la première fois en 2014, afin de sécuriser son régime au même titre que les marchés publics ou les délégations de service public et ainsi éviter la trop grande incursion du droit de la commande publique dans les relations collectivités-associations observée ces dernières années, dans des situations où cela ne s'imposait pourtant pas sur le plan juridique.

Forte de l'assise légale donnée à la subvention, la circulaire Valls du 29 septembre 2015 entend rénover les relations entre les pouvoirs publics et les associations et « *conforter le rôle des associations dans la construction de réponses originales et pertinentes aux enjeux actuels* ». En sécurisant le régime juridique des subventions, le gouvernement veut rappeler que ce mode de

¹ Lois n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite loi ESS), n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi NOTRe), n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

financement contribue à « un choix stratégique de société ». « Le recours à la subvention doit donc être privilégié dès lors que le projet financé s'inscrit dans son champ. »

Enfin, la transposition du droit communautaire ne doit pas laisser la place à des interprétations erronées de ces règles dans le droit français, mais également à la crainte de voir une généralisation et une multiplication des recours à la commande publique contraire à la fonction et au rôle de la très grande majorité des associations.

Ce guide se veut être à la fois un recensement des différents modes de coopération et d'intervention possibles des associations auprès des pouvoirs publics, et une boîte à outils visant à favoriser un partenariat équilibré et sécurisé sur le plan juridique.

Il se veut également un outil de clarification quant à l'interprétation des textes juridiques qui encadrent les relations entre associations et puissance publique, notamment au regard de la transposition des règles européennes sur le territoire national, et de levée des ambiguïtés et des confusions sur les différentes formes de contractualisation existantes (subventions, aides d'État, compensation de service public, marchés publics) entre les associations et les collectivités territoriales.

Réaffirmer le mode de contractualisation de la subvention dans le sens de la loi ESSS, c'est réaffirmer la singularité, la spécificité et la place des associations dans la coconstruction des politiques publiques. Si les exemples pris pour illustrer ces différentes formes de coopération et de contractualisation vont puiser dans le domaine culturel et artistique, ce guide s'adresse à toutes les associations quels que soient leur champ d'activité et leur taille.

Ce travail est le fruit d'un partenariat étroit entre AlcyaConseil, le CRDLA Culture-Opale, l'Ufisc, le collectif des associations citoyennes (CAC) et le RTES (Réseau des collectivités territoriales pour une économie solidaire), dont les Points de RepèreESS sont présentés en annexes, offrant ainsi une synthèse de l'ensemble de ce guide.

Le présent guide fait suite à la première synthèse « Secteur culturel : subventions ou marchés publics ? (Janvier 2011)² » écrit en partenariat avec Hors les Murs³.

Expliciter la circulaire Valls, les règles qui régissent et différencient les subventions dans le cadre de la loi ESS des aides d'État dans la réglementation européenne et de la commande publique, comprendre les articulations entre toutes ces règles, telles sont les ambitions que se donne ce guide.

LEXIQUE DES PICTOGRAMMES :

A retenir



Attention



Exemple



Juridique/administratif



² www.opale.asso.fr/IMG/pdf/2012_subventions_ou_marches_publics_cnarculture_france.pdf

³ Ex-centre de ressources des arts de la rue, aujourd'hui fusionné dans Artcena.



• TOUR D’HORIZON : SUBVENTIONS	9
• TOUR D’HORIZON : LES SUBVENTIONS À L’ÉPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE	11
• TOUR D’HORIZON : MARCHÉS PUBLICS	13

I. LA SUBVENTION : OUTIL DE PARTENARIAT ET CADRE DE COOPÉRATION ENTRE INITIATIVE PRIVÉE ET FINANCEUR PUBLIC **14**

A. Les critères de qualification de la subvention	17
B. Les conditions de légalité des subventions	24
C. Procédure de demande d’attribution des subventions et obligations liées au financement public	27
D. Formes et montant de la subvention	31
E. La coconstruction des politiques publiques : le recueil d’initiatives	38
F. Fiscalité des subventions	39

II. LES SUBVENTIONS À L’ÉPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE **43**

Quelques définitions	44
A. Les services d’intérêt général non économiques	46
B. La prohibition de principe des aides d’État finançant des activités économiques	47
C. Les dérogations en fonction du montant : les aides dites « <i>de minimis</i> »	48
D. L’acte de mandatement d’un Sieg pour les compensations de services publics supérieures à 500 000 € sur trois ans pour une activité économique	50
E. Les dérogations en fonction de l’objet du projet économique aidé	53

III. L’ASSOCIATION, PRESTATAIRE DES COLLECTIVITÉS **56**

A. Marchés publics : les associations, des prestataires comme les autres ?	56
B. Le culturel : un secteur qui se délègue	63

► ANNEXES

Points de RepèRESS du RTES :	
- Marchés publics & ESS	68
- Les modes de contractualisation collectivités/acteurs de l’ESS	72

►► TOUR D'HORIZON : SUBVENTIONS

► Définition de la subvention

« Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les **contributions facultatives** de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un **intérêt général** et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. **Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.**

Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent. » (Article 59 de la loi ESS, juillet 2014.)

► Caractéristiques de la subvention

L'association doit être à **l'initiative du projet**.

La personne publique ne doit en attendre et n'en demander **aucune contrepartie directe** (par exemple une prestation), sinon il s'agirait d'une commande publique.

► Une subvention n'est pas une aide d'État

Il faut distinguer les subventions qui n'entravent pas nécessairement la concurrence communautaire et les aides d'État qui peuvent l'entraver. Ainsi, la majeure partie des subventions accordées aux structures d'initiatives privées ne constituent pas des aides d'État dès lors qu'elles sont trop réduites ou localisées pour entraver la concurrence à l'échelle du marché unique (c'est-à-dire entre pays européens) ou dès lors que les structures concernées ne développent pas d'activités économiques concurrentielles au sens du faisceau d'indices apporté par la circulaire Valls sur les services d'intérêt général non économiques (Signe).

► Les mises à disposition

Les collectivités peuvent mettre des locaux à disposition gratuitement, à la condition toutefois que l'association concoure à la satisfaction d'un intérêt général. La mise à disposition de personnel au profit d'associations est possible à condition que ces dernières exercent des missions de service public. La rémunération du fonctionnaire doit cependant être remboursée à la collectivité.

► La circulaire Valls de septembre 2015

- La subvention réaffirmée comme outil de coopération et de partenariat privilégié entre associations et pouvoirs publics.
- Reconnaît la diversité associative et encourage à des démarches partenariales équilibrées avec les collectivités.
- Encourage la personne publique à privilégier le recours à la convention pluriannuelle d'objectifs.
- L'évaluation est redéfinie comme une évaluation participative, outil de gouvernance et de démocratie interne.
- Constitution d'un dossier permanent : attention, une certaine confusion subsiste dans le vocabulaire entre le principe de subvention et celui de compensation de service public, qui correspond plutôt aux déterminations par la collectivité publique de services économiques d'intérêt général (Sieg) et de services d'intérêt général non économiques (Signe). Toutefois, la circulaire Valls, qui précise en droit français la réglementation européenne, inclut dans le

périmètre des subventions ces compensations de service public, considérant l'initiative prise par la structure demandeuse de spécification et de mise en œuvre du service d'intérêt général (SIG) concerné dans le cadre plus large des SIG défini par la collectivité publique.

- Un modèle simplifié de convention est utilisé pour les actions non économiques quel que soit le montant des subventions, et pour les actions économiques en dessous d'un seuil de 500 000 € de subventions sur trois ans dans le cadre d'une compensation de service public définie comme Sieg.
- Un faisceau d'indice pour identifier les activités économiques et non économiques à partir des notions de Signe et de Sieg.

▸ **Subvention et champ d'application de la TVA**

Une subvention globale de fonctionnement n'est pas imposable en règle générale à la TVA.

▸ **Le recueil d'initiatives**

« Pour une relation partenariale équilibrée : le recueil d'initiatives.

Pour engager ou prolonger une relation contractuelle, les pouvoirs publics peuvent procéder à un recueil d'initiatives associatives.

Il s'agit d'une démarche de coconstruction qui consiste, pour la collectivité locale, à faire émerger des projets associatifs susceptibles de s'inscrire dans l'une de ses politiques publiques, parmi lesquelles figure, le cas échéant, sa politique d'appui aux associations.

La collectivité locale définit ses orientations et ses objectifs généraux ; les associations proposent des projets dans ce cadre, qui correspondent aux attentes des habitants aussi bien dans des domaines sectoriels que pour l'animation globale du territoire » (« Guide d'usage de la subvention »).



►► TOUR D'HORIZON : LES SUBVENTIONS À L'ÉPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

- **Subvention, aide d'État, compensation de service public, trois notions différentes impliquant des règles différentes**

Il ne faut pas confondre subventions dans le cadre de la loi ESS, d'un côté, et, de l'autre, aides d'État et compensation de service public définis au travers des règles européennes. Ce sont juridiquement des modes d'intervention publique différents, qui répondent chacun à des critères et des règles qui leur sont propres.

- **Les aides d'État et les activités concurrentielles**

Seules sont soumises à la réglementation européenne des aides d'État les contributions financières publiques qui portent sur des activités économiques exercées sur un marché concurrentiel ou potentiellement concurrentiel. L'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) définit l'aide d'État comme un avantage sélectif accordé au moyen de ressources d'État à une ou plusieurs entreprises qui fausse ou qui menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre États membres.

- **Les services d'intérêt général (SIG)**

Notion proche de celle, française, de « service public », c'est une nouvelle catégorie juridique européenne qui se construit progressivement à partir de caractéristiques propres : « *Un niveau élevé de qualité, de sécurité, un caractère abordable, l'égalité de traitement, la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.* » Les SIG doivent satisfaire un besoin d'intérêt général, respecter les grands principes du service public (accès universel, continuité temporelle et territoriale, qualité de suivi, accessibilité tarifaire, etc.) et faire l'objet d'une reconnaissance officielle par les pouvoirs publics. Les SIG se déclinent, d'une part, en services d'intérêt économique général (Sieg) qui encadrent des services présentant un caractère économique, sont soumis aux principes de libre installation, de libre concurrence et de reconnaissance mutuelle au niveau communautaire, et, d'autre part, en services d'intérêt général non économiques (Signe).

- **Les règles des aides d'État ne s'appliquent pas aux Signe**

Lorsqu'une aide est accordée à un Signe, la réglementation sur les aides d'État ne s'applique pas. Il n'y a donc pas de plafonds ou d'encadrement spécifique à respecter.

- **Les contributions publiques dites « de minimis » dérogent aux règles des aides d'État et ne sont juridiquement pas considérées comme constituant des aides d'État, mais doivent être notifiées par l'État à la Commission européenne**

Les mesures de minimis générales peuvent être accordées à toute entreprise, quel que soit son statut juridique. Seules les contributions, de toute nature, attribuées pour une activité économique concurrentielle au sens communautaire (article 107 du TFUE), qui dépasseraient 200 000 € sur trois exercices fiscaux doivent être notifiées par l'État à la Commission pour avoir son aval. En dessous de 200 000 € sur trois ans, ces aides n'ont pas à être notifiées.

- **Le cas des Sieg : des aides dérogeant au cadre concurrentiel européen et respectant des obligations d'intérêt général**

Les Sieg, bien qu'activités potentiellement concurrentielles au sens européen, sont définis

comme des SIG et sont soumis à des obligations de services publics. Pour les contributions publiques apportées à des activités considérées comme des Sieg en-deçà du seuil de 500 000 € sur les trois exercices fiscaux, les mesures *de minimis* applicables aux Sieg s'appliquent. La compensation de service public versée dans ce cadre pourra utiliser le modèle de convention de l'annexe 2 de la circulaire Valls.

Pour les contributions publiques apportées à des **Sieg** au-delà de 500 000 € sur trois exercices fiscaux (et jusqu'à 15 millions d'euros sur un an), la compensation de service public doit respecter les conditions du « mandat », c'est alors le modèle de convention d'objectifs de l'annexe 3 de la circulaire Valls qui sera utilisé.

› **La circulaire Valls prend en compte les Signe**

Si les Signe sont le plus souvent les services régaliens de l'État (armée, police, Sécurité sociale, etc.), la Cour de justice de l'Union européenne considère maintenant qu'une activité à finalité sociale peut être un Signe en l'absence « *d'offre lucrative concurrente, structurée et pérenne* ». Ainsi, la circulaire Valls oblige les services instructeurs d'une demande de subvention à commencer à apprécier si les services ou produits proposés par une association présentent le caractère d'un Signe. Néanmoins, si le service peut être réputé non économique, il n'en sera pas moins évalué par rapport au champ concurrentiel !

› **Le règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) prévoit des dérogations aux aides d'État en fonction de l'objet économique**

Pour le domaine culturel par exemple, il est convenu avec la Commission européenne que les aides d'État destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine peuvent déroger aux règles des aides d'État. Le RGEC ne s'applique pas lorsque les contributions financières ne constituent pas des aides d'État (c'est-à-dire destinées à des activités non concurrentielles au sens de l'article 107 du TFUE ou des mesures dites *de minimis*). Les aides inscrites dans le RGEC n'échappent pas aux règles de la concurrence et au contrôle qui vise à vérifier si elles n'altèrent pas « *les conditions des échanges de la concurrence dans l'Union* ». Une liste assez importante a été établie comme les musées, les archives, les bibliothèques, les centres ou espaces artistiques, les théâtres, salles de concert, les autres organisations de spectacles vivants, etc. (Voir page 54.)

› **Dans tous les cas, la subvention (incluant la compensation de service public au sens européen) est possible**

Le modèle de convention pluriannuelle d'objectifs, simplifié ou non, pourra être utilisé dans les différents cas : le cadre national de la subvention, les mesures *de minimis*, et les applications Signe ou Sieg, le RGEC.

►► TOUR D’HORIZON : MARCHÉS PUBLICS

- › **Une association peut se porter candidate à un marché public**
Les contrats conclus par une collectivité publique avec une association relèvent des dispositions du Code des marchés publics dès lors que :
 - ils sont conclus à titre onéreux ;
 - l’objet du contrat porte sur la réalisation de prestations.

- › **Une association ne peut pas être exclue des procédures de passation des marchés du seul fait qu’elle bénéficie de subventions**
Comme tout candidat, elle peut en être exclue en cas de rupture d’égalité entre les candidats : soit elle présente une offre anormalement basse qu’elle est dans l’incapacité de justifier économiquement, soit si l’analyse de la structure de ses coûts révèle certains postes largement subventionnés entraînant une distorsion de la concurrence.

- › **Un marché public de moins de 25 000 € peut être passé sans publicité ni mise en concurrence**
Néanmoins, il faut respecter les principes fondamentaux de la commande publique : libre accès à la commande, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

- › **La subvention est exclue du champ d’application des règles de la commande publique, sauf dispositions spécifiques**

- › **Il n’est pas obligatoire de recourir à un appel d’offre pour un marché public portant sur des services culturels**

- › **Les marchés publics portant sur des services culturels peuvent être passés selon une procédure adaptée, et ce, quel que soit leur montant (articles 28 et 30 du Code des marchés publics)**

I. La subvention : outil de partenariat et cadre de coopération entre initiative privée et financeur public

▸ La subvention réaffirmée comme outil de coopération

Au travers de sa circulaire du 29 septembre 2015, le Premier ministre a réaffirmé l'importance de **favoriser le soutien public aux associations par le biais des subventions**. La circulaire indique ainsi :

★ *« Il s'agit de leur permettre de conduire au mieux leur projet associatif, en privilégiant le recours aux conventions pluriannuelles et en développant une politique d'attribution de subventions dont les modalités respectent l'initiative associative et sont concertées avec les acteurs. »*

Le guide d'application des subventions est encore plus explicite :

*« À tous les échelons, les associations sont des vecteurs de solidarité et de cohésion sociale et territoriale. Légitimées par les engagements libres et volontaires des citoyens, elles travaillent à abolir les clivages et les inégalités. Dans un contexte de forte évolution des besoins sociaux, les associations jouent un rôle majeur d'alerte et d'interpellation des pouvoirs publics, mais aussi d'expérimentations innovantes et de gestion de proximité de services d'intérêt général. Elles sont souvent amenées à prendre le relais des solidarités familiales et de la puissance publique.
Favoriser et susciter l'initiative associative permet aussi de démultiplier l'action publique et de mobiliser plus largement encore toutes les énergies. »*

La circulaire n° 5811-SG du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations fait suite à la charte des engagements réciproques entre l'État, les collectivités territoriales et les associations conclue le 14 février 2014. Le guide d'application des subventions l'accompagnant organise à cet égard la possibilité pour les collectivités publiques et les associations de s'inscrire dans une démarche de coconstruction et d'agir sur la base d'une vision commune d'un territoire.

★ **La subvention est donc réaffirmée comme le mode privilégié de coopération entre personnes publiques et associations.**

Cela peut de plus passer par le « recueil d'initiatives associatives », possible uniquement dans le cadre de subventions, respectant l'initiative des associations (*voir page 37*).

La collectivité venant subventionner les activités ainsi proposées par des associations doit cependant veiller à respecter un certain nombre de conditions.

▸ La subvention a enfin sa définition

L'une des principales difficultés rencontrées par les associations résidait dans l'absence de définition légale de la subvention. L'obligation posée par l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 d'une convention écrite pour le versement de toute subvention d'un montant supérieur à un seuil fixé à 23 000 €, entraînait des risques accrus de confusion et de requalification en marché public ou délégation de service public. La jurisprudence du Conseil d'État et diverses instructions relatives au champ d'application des marchés publics avaient pourtant dès 2001 défini les critères de distinction entre ces deux modes contractuels de financement et réaffirmé la possibilité de financer des projets associatifs par le biais de subventions.

Mais cela n'avait pas suffi à enrayer un recours inadapté et excessif à la commande publique en raison de la crainte d'une requalification d'une convention de subvention en un marché passé illégalement. Plus que l'annulation de la convention de subvention, dont les conséquences pèsent surtout sur l'association bénéficiaire, c'est le risque pénal qui était redouté par les élus (délit de favoritisme ou d'avantages injustifiés, article 432-14 du Code pénal). Un risque en pratique très limité lorsque l'on regarde le nombre de décisions jurisprudentielles rendues en la matière dès lors qu'il n'y a pas un détournement volontaire de procédure mais une simple erreur d'analyse de la situation (pour un exemple de condamnation pénale en raison d'un détournement manifeste de procédure : Cass. crim. 7 novembre 2012, n° 11-82961).

S'est ajoutée à cette réglementation interne une évolution du cadre européen, sur les aides d'État (arrêt Altmark et Paquet Monti-Kroes), sur la libre circulation des services au niveau européen (directive du 12 décembre 2006 dite « directive Services » ou « directive Bolkestein ») et l'interprétation excessive qu'en a fait la France.

✦ L'évolution du cadre réglementaire européen a largement servi d'argument aux collectivités publiques pour justifier le recours croissant à la commande publique, notamment aux marchés publics, qui leur permettent de formater l'action des associations en fonction de leurs politiques propres et d'avoir une plus grande maîtrise des actions mises en place.

La montée en charge des collectivités locales dans le financement des associations semble accélérer le processus de transformation des subventions en commandes publiques. Ce recours croissant à la commande publique assèche l'initiative associative, accentue la mise en concurrence entre les associations mais aussi avec des opérateurs lucratifs qui apparaissent dans les champs d'activités traditionnelles des associations, au détriment de l'innovation sociale, d'un partenariat équilibré entre les collectivités publiques et les associations, concourant à une coconstruction des politiques publiques et de l'intérêt général.

Pourtant, le recours aux subventions apparaît comme un mode normal, historique de contractualisation avec les associations. Ce recours est la traduction d'une relation particulière mise en œuvre entre les collectivités et les associations, et la reconnaissance de celles-ci dans leurs contributions au commun et à l'intérêt général. Il montre différents atouts présentés dans le document publié en mars 2016 en complément de la circulaire Valls (« Guide d'usage de la subventions », 16 mars 2016, accessible sur www.associations.gouv.fr) :

- la plupart des associations portent des projets d'intérêt général local ;
- les associations au plus près du terrain détectent les besoins bien souvent avant les pouvoirs publics, qu'elles peuvent alerter et interpeler ;
- leur souplesse de fonctionnement et leur capacité d'adaptation permettent une rapidité d'intervention, autorise des expérimentations et favorise l'innovation ;
- ✦ - elles peuvent mobiliser des bénévoles, des contributions en nature, des financements privés (cotisations, dons et legs, mécénat) et des cofinancements publics, en matière culturelle notamment ;
- les associations assurent une gestion de proximité, favorisent le lien social et la cohésion sociale au niveau local ;
- les objectifs à atteindre peuvent être négociés d'un commun accord entre la collectivité publique et l'association, et contractualisés dans une convention d'objectifs ;
- la subvention autorise un partenariat pour la mise en œuvre d'une activité d'intérêt général proposée par l'association et s'inscrivant dans les politiques publiques arrêtées

par la collectivité.


- la souplesse contractuelle existant en matière de subvention, la liberté de conclure des avenants, permet une meilleure adaptation à l'évolution des besoins ;
- l'association est tenue de respecter l'affectation des fonds, de rendre compte de leur usage, de restituer les fonds non utilisés ou excédant le besoin en financement au-delà d'un bénéfice raisonnable, ou utilisés à d'autres fins que les objectifs fixés ;
- les contrôles de l'usage des subventions publiques sont importants.

★ Il est à noter qu'une subvention de fonctionnement n'étant pas le prix d'une prestation de service individualisée rendue à la collectivité publique versante elle est, en règle générale, exonérée de TVA (*voir page 38*), à l'inverse d'un marché public qui est une opération à titre onéreux passé avec un opérateur économique entrant par définition dans le champ d'application de la TVA.

La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite « loi ESS ») a voulu conforter juridiquement le régime des subventions en apportant, pour la première fois, une définition légale. Il s'agit d'une définition à droit constant, reprenant les principaux traits dégagés par la jurisprudence et par les circulaires successives :

Définition de la subvention. L'article 59 de la loi ESS du 31 juillet 2014, dispose ainsi que :

« Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les **contributions facultatives** de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un **intérêt général** et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. **Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent.** »

★  L'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise quant à lui que les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration **ne sont pas des marchés au sens de l'ordonnance.**

Les subventions sont désormais clairement distinguées des contrats de la commande publique et relèvent d'un régime juridique qui leur est propre : critères d'identification, conditions de légalité, exigence de contrôle par la collectivité, règles comptables, etc.

★ De cette définition ressortent ainsi deux grands critères de qualification de la subvention : l'initiative de l'activité et l'absence de contrepartie individualisée.

A. Les critères de qualification de la subvention



1. L'initiative du projet

Pour être qualifiée de subvention au sens de la loi du 12 avril 2000 et de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, la participation financière versée par une autorité administrative ou un organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial doit être allouée à **un organisme privé et financer un projet ou une activité dont ce dernier est à l'initiative.**

L'association doit donc poursuivre des objectifs propres et être porteuse d'un projet ou d'une activité qu'elle a elle-même définie et créée, et à laquelle la collectivité vient apporter son soutien.

Selon la circulaire Valls, « *la subvention a vocation à soutenir la réalisation d'un investissement, à contribuer au développement d'un projet ou au financement global de l'activité de l'organisme bénéficiaire défini, conçu et initié par ce même organisme* ».

L'association ne répond pas à un besoin propre de la collectivité.

En revanche, un marché public est « *un contrat conclu à titre onéreux, par une personne publique, en vue d'acquies des biens, des travaux ou des services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée des biens dans son patrimoine*⁴ ».

Exemples :

- ▶ A ainsi pu être qualifiée de subvention la participation financière d'une commune à un festival organisé par une association, quand bien même cette activité revêtait un caractère de service public :



« *Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements*⁵ ».



De même, les scènes nationales, dans la labellisation desquelles le rôle de l'État est important, conservent l'initiative de leur programmation et de leurs activités, justifiant la logique de subvention et de conventionnement :

⁴ CE, 18 mai 2004, req. n° 370169, Cinémathèque française.

⁵ CE, 6 avril 2007, n° 284736, Ville d'Aix-en-Provence.

« Il ne ressort pas des termes de cette circulaire que les collectivités publiques, partenaires des scènes nationales, entendent leur confier la gestion d'une activité de service public. En effet, cette circulaire définit un cadre général destiné aux directions régionales des affaires culturelles chargées de l'examen des conventions d'objectifs et de moyens établies par les scènes nationales. Elle ne prévoit pas l'insertion de sujétions ou de prérogatives précises sur la gestion des scènes dans ces contrats d'objectifs et de moyens. Ainsi, lorsque les scènes nationales exercent de leur propre initiative des missions de service public, les relations entre l'État, les collectivités territoriales et les scènes nationales ne relèvent pas des dispositifs de mise en concurrence issus du droit des marchés publics ou des délégations de service public. En conséquence, l'État et les collectivités publiques sont donc parfaitement fondés, en application des dispositions de la loi n° 2000-31 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, à passer des conventions d'objectifs et de moyens et à subventionner dès lors les scènes nationales. Dans cette hypothèse, le partenaire public ne saurait interférer dans le fonctionnement de l'association. En effet, dans la convention de subventionnement qui doit être établie en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, ni la collectivité territoriale ni l'État ne doivent imposer a priori en contrepartie de leur subvention une programmation ou une politique à l'association. La spécificité des subventions contractualisées semble être prise en compte par le juge administratif pour ne pas les assimiler à des marchés publics (cour administrative d'appel de Marseille, 20 juillet 1999, Commune de Toulon). Le critère de distinction réside dans le degré de l'initiative culturelle laissée au partenaire de l'administration. À ce titre, le Conseil d'État a formulé ce critère dans un avis du 18 mai 2004 sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française (association de la loi de 1901), pour considérer que le contrat de subvention qui lie la Cinémathèque française au Centre national de la cinématographie (CNC) ne constitue ni une convention de délégation de service public ni un marché public. » (Rep Min, JO Sénat, 14 septembre 2006, p. 2401).



Plus récemment, l'article 5 de la loi LCAP⁶ indique : *« Le ministre chargé de la culture peut attribuer des labels aux structures, aux personnes morales de droit public ou de droit privé ou aux services en régie d'une collectivité territoriale qui en font la demande et dont le projet artistique et culturel présente un intérêt général pour la création artistique dans les domaines du spectacle vivant ou des arts plastiques. Le ministre chargé de la culture peut également conventionner dans la durée, après avis des collectivités territoriales concernées, avec des structures du spectacle vivant ou des arts plastiques, personnes morales de droit public ou de droit privé, auxquelles il garantit la liberté de création artistique. Ce conventionnement concerne les structures qui en font la demande et dont le projet artistique et culturel présente un intérêt général pour la création artistique et le développement de la participation à la vie culturelle.*

Dans le cadre de l'attribution d'un label ou d'un conventionnement, l'intérêt s'apprécie au regard d'un cahier des missions et des charges, qui fixe des objectifs de développement et de renouvellement artistique, de coopération entre établissements, d'engagement au service de la diversité artistique, de démocratisation culturelle par des actions de médiation, dont celles concernant l'éducation artistique et culturelle, de traitement équitable des territoires, d'éducation artistique et culturelle ainsi que de professionnalisation des artistes et des auteurs des secteurs du spectacle vivant et des arts plastiques. »

- ▶ En revanche, la subvention versée par une commune à une entreprise de spectacle pour l'organisation et la gestion et d'un festival créé et géré initialement par la commune, a été requalifiée en marché public :

⁶ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

« Considérant que, en vertu des dispositions du I de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services sont des marchés publics soumis aux dispositions de ce code ; qu'il ressort des pièces du dossier que la convention du 28 mars 2007, signée sans procédure de publicité et mise en concurrence, a été conclue à l'initiative la commune de Six-Fours-Les-Plages, en vue de confier à un professionnel du spectacle des prestations d'exploitation de la billetterie et de promotion du festival des Voix du Gaou ; qu'elle prévoit ainsi la fourniture d'un service à la commune pour répondre à ses besoins, moyennant un prix tenant en l'abandon des recettes du festival et au versement d'une somme annuelle de 495 000 euros ; que, dès lors, la convention litigieuse doit être regardée comme constitutive d'un marché public de services ;

Considérant que la commune requérante ne peut utilement se prévaloir, d'une part, de ce que les sommes versées à la société étaient appelées subventions et, d'autre part, de ce que les personnes publiques peuvent accorder des subventions aux entreprises de spectacles vivants en application des dispositions de l'article 1-2 de l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, lesquelles ne permettent pas de déroger, en tout état de cause, aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics ; qu'il résulte de ce qui précède que la commune ne pouvait conclure la convention litigieuse sans procéder aux mesures de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés publics de services⁷ (...). »

- De plus, une commune peut développer en interne une activité initialement issue d'une initiative associative.

Ainsi, une commune peut parfaitement ne pas être à l'origine d'une activité culturelle, louer ou mettre à disposition d'un organisme privé un lieu lui appartenant en vue de l'organisation d'une activité culturelle puis, quelques années après, décider d'en faire un service public et, à cet effet, reprendre le site pour l'exploiter elle-même directement ou de manière déléguée⁸.

Mais elle ne peut, ce faisant, s'approprier le patrimoine immatériel de l'association résultant d'une création, d'une conception ou d'une programmation originale, constituant une œuvre de l'esprit protégeable au titre de la propriété intellectuelle de l'association, par exemple, s'agissant d'un festival, en tant « qu'œuvre de compilation ».

Enfin, en l'état actuel de la jurisprudence, les juridictions administratives considèrent qu'une collectivité publique ne commet pas de faute en décidant d'appliquer les règles de la commande publique dans des circonstances où, du fait de l'initiative de l'association, une convention de subvention serait parfaitement légale. Le marché public ainsi passé en lieu et place d'une subvention n'est pas illicite. L'inverse en revanche est impossible : une subvention allouée à une association pour mettre en œuvre une commande de la collectivité publique encourt une annulation.

Enfin, autant il est aisé de passer d'une subvention à un marché public, autant l'inverse peut être compliqué et dangereux, même si c'est théoriquement possible. Une collectivité publique peut renoncer à un service public en prenant une délibération en ce sens. Toutefois, il reste délicat de revenir en arrière et de verser une subvention à une association après avoir eu une période de gestion du service culturel dans le cadre d'un marché public ou d'une délégation de

⁷ CE, 23 mai 2011, n° 342520, Commune de Six-Fours-Les-Plages.

⁸ Cour administrative d'appel de Marseille, 9 mai 2016, n° 15MA01074.

service public. En effet, la collectivité publique devra justifier de l'intérêt général qui continue à s'attacher à l'activité pour allouer une subvention à l'association, dans le cadre d'une convention d'objectifs. Cela peut s'avérer dangereux s'il s'agit d'exercer la même activité et si les montants de financement public alloués excèdent 25 000 € ! Les risques de contentieux sont très importants, ainsi qu'un risque pénal de délit de favoritisme (article 432-14 du Code pénal). Une telle situation ne peut donc être envisagée qu'au regard du contexte local et en prenant beaucoup de précautions.

Origine de l'initiative	Modalité de contractualisation
Initiative de la collectivité	Commande publique : marché public ou délégation de service public selon le risque économique encouru.
Initiative de l'association	Subvention.
Initiative partagée : la collectivité publique n'a que « l'initiative de l'initiative » et les associations sont invitées à présenter leurs projets s'inscrivant dans la thématique proposée par la personne publique, mais elles ne répondent pas à un cahier des charges	Recueil d'initiatives ⁹ = subvention.

2. L'absence de contrepartie

La seconde condition cumulative permettant la qualification d'une subvention est la conséquence de la première. La loi ESS précise en effet que **les subventions « ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ».**



Selon la circulaire Valls, « l'attribution d'une subvention n'a pas pour objet de répondre à un besoin propre exprimé au préalable par une autorité publique. Elle n'est pas la contrepartie d'une prestation de service individualisée. La subvention ne peut donc être apparentée à un contrat de la commande publique dans le cadre duquel la personne publique exprime un besoin qui lui est propre, qu'elle demande à un prestataire de satisfaire en contrepartie d'un prix ou d'une rémunération ».

✦ En d'autres termes, la subvention finance une activité engagée par une association, présentant, sur le territoire concerné, un caractère d'intérêt général. La collectivité publique n'a rien demandé ni rien acheté : elle soutient simplement l'initiative d'une association, dont elle reconnaît l'intérêt général. La subvention n'est donc pas le prix d'un service qui serait rendu à la collectivité publique versante. Corrélativement, la collectivité publique n'a aucune obligation de verser une subvention et de ce fait dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou renouveler son aide, sauf dans le cas d'un engagement souscrit dans le cadre d'une convention de subvention pluriannuelle (voir ci-dessous).

Le Conseil d'État a ainsi estimé à propos d'une subvention versée à la Cinémathèque française :

⁹ Voir page 36.



« (...) la mission de la Cinémathèque française, qui ne sera pas modifiée du fait de son installation au 51, rue de Bercy, est de conserver, restaurer, étudier et mettre à la disposition du public les collections cinématographiques qu'elle a acquises ou qui lui sont confiées. Si cette mission revêt, dans les conditions où elle est exercée, le caractère d'un service public culturel, ni l'État ni le CNC ne sont titulaires d'un droit patrimonial sur tout ou partie des collections de la Cinémathèque, de nature à établir que celle-ci leur fournirait une prestation individualisée en les gérant. Il y a lieu de relever également que si l'immeuble du 51, rue de Bercy a été acquis par l'État dans le but de l'affecter à la Cinémathèque pour lui permettre d'exercer son objet statutaire, sa mise à disposition n'a pas pour contrepartie une prestation individualisée rendue à l'État en sa qualité de propriétaire de l'immeuble. Par ailleurs, le respect des stipulations de la convention d'objectifs (...), lesquelles ont pour objet de garantir que la Cinémathèque fait de sa subvention un usage conforme à l'intérêt général, comme le prévoit au demeurant son objet statutaire, ne constitue pas, par lui-même, la fourniture d'une prestation individualisée au CNC. Il n'y a donc pas lieu, pour le CNC, de soumettre le contrat de subvention qu'il passe avec la Cinémathèque française à la réglementation applicable aux marchés publics¹⁰. »

3. Subventions annuelles ou subventions pluriannuelles

La subvention peut être annuelle. Dans ce cas, une association n'est jamais assurée du renouvellement de cette subvention l'année suivante, quand bien même elle aurait bénéficié de subventions sans interruption pendant plusieurs années¹¹. Une convention de subvention annuelle n'apporte donc aucune garantie d'un financement pérenne. Tout peut être remis en cause d'une année sur l'autre¹² :



« Considérant que l'association requérante se prévaut de son activité culturelle depuis 1983 sur la commune du Revest, de la convention de subventionnement qu'elle a conclu avec cette commune en 1996, de la reconnaissance par TPM en septembre 2003 de l'intérêt communautaire de la maison des Comoni où elle exerçait ses activités, des subventions reçues de la communauté d'agglomération en 2004 et de ce qu'elle avait déjà établi sa l'existence d'un droit acquis au versement de la subvention sollicitée pour l'exercice 2005, ou, à tout le moins, d'une perte de chance sérieuse d'obtenir ladite subvention ; que, cependant, en l'absence d'une éventuelle promesse non tenue par TPM quant au versement de l'aide en cause, ou de la signature d'une convention de subventionnement par cet établissement, et à supposer même que la demande de l'association Les Quatre Saisons d'ailleurs aurait satisfait à tous les critères retenus par TPM pour l'instruction des dossiers, **le bureau de la communauté d'agglomération pouvait légalement refuser de verser la subvention sollicitée par l'association, qui ne bénéficiait d'aucun droit acquis, au titre de l'année 2005.** »



C'est pourquoi la circulaire Valls encourage la conclusion de conventions pluriannuelles d'objectifs pour quatre ans afin de garantir une certaine stabilité des projets menés par les associations et leur donner une plus grande visibilité financière.

Une convention pluriannuelle conforte la situation de l'association sur le plan juridique et, dans une certaine mesure, sur le plan financier. Elle peut, en effet, prévoir le montant indicatif de la

¹⁰ Conseil d'État, avis, 18 mai 2004.

¹¹ Cour administrative d'appel de Paris, 13 juin 1989, n° 89PA00086.

¹² CAA Marseille, 8 novembre 2012, n° 11MA01331, Association Les Quatre Saisons d'ailleurs.

subvention versée en N+1, N+2 et N+3. Mais cela reste sous réserve de la règle de l'annualité budgétaire : certes, la collectivité publique est juridiquement tenue de respecter ses obligations contractuelles et de verser une subvention. Cependant la règle de l'annualité budgétaire autorise la personne publique à en modifier le montant en fonction du vote du budget par l'assemblée délibérante. Pour autant, tant que la convention est en cours d'exécution, le montant alloué, même s'il peut varier par rapport au montant prévisionnel prévu par la convention, devrait permettre à l'association de remplir la démarche pour laquelle elle est subventionnée¹³.

En effet, même lorsqu'il s'agit d'une convention de droit public, les conventions de subvention doivent être exécutées de bonne foi. En conséquence, si la règle de l'annualité permet à la collectivité publique d'apprécier chaque année le montant alloué, elle ne l'autorise pas à supprimer tout financement (hormis en cas de rupture anticipée de la convention pour faute) ni à le diminuer de façon telle que l'association ne puisse plus exercer la démarche pour laquelle elle était subventionnée. Ainsi, à plusieurs reprises, des collectivités publiques ayant décidé de réduire le montant de la subvention initialement prévue dans la convention passée avec une association ont été condamnées pour manquement aux stipulations contractuelles :



« Considérant qu'aux termes de la convention (...) la ville attribue à l'association la subvention qu'elle estime nécessaire au fonctionnement du relais culturel et du palais des congrès ; que ces dispositions doivent être interprétées comme signifiant que si la ville demeure libre d'apprécier le montant de la subvention annuelle, elle n'en est pas moins tenue de mettre à la disposition de l'association, jusqu'à l'expiration de la convention les liant, les moyens permettant à celle-ci de remplir la mission de service public qui lui est reconnue par la convention¹⁴ (...). »

Néanmoins, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé de façon étonnante que la règle de l'annualité budgétaire autorise la collectivité publique à réduire le montant de la subvention à un niveau qui ne permet plus à l'association d'assurer sa mission.



Ainsi, une commune avait conclu avec l'association gérant l'office de tourisme une convention d'objectifs prévoyant notamment le subventionnement du groupement en contrepartie de l'accomplissement de missions de service public. Or, après avoir versé, au cours des années 2008 à 2010, des subventions de 50 000 €, 66 000 € et 70 000 €, la commune limite en 2011 la subvention versée à l'association à 20 000 €, alors que la demande de celle-ci s'élevait à 86 214 €. Ne pouvant honorer le paiement de ses charges, l'association a été placée en liquidation judiciaire et son liquidateur a demandé à la commune la réparation du préjudice subi du fait du refus d'octroi d'une aide.

La cour administrative d'appel a relevé que la convention prévoyait expressément que, « en contrepartie de l'accomplissement de ces missions, la commune s'engage à soutenir financièrement l'objectif général de l'association. Le conseil municipal fixe annuellement, dans le cadre de son propre budget, le montant de son concours financier pour contribuer à couvrir le coût de ces services d'accueil, d'information et de promotion, missions de service public (...) ». Pour autant, les juges ont considéré que la commune n'avait pas entendu assurer le financement de la totalité des besoins financiers de l'association. Or la commune a

¹³ Conseil d'État, 18 janvier 1985, req. n° 51534 ; TA Rennes, 2 février 2006, RLCT 2007, n° 37.

¹⁴ Tribunal administratif de Paris, 27 décembre 1986, Association Rues et Cités, *Revue trimestrielle de droit commercial* 1987, p. 539 ; dans le même sens, tribunal administratif de Paris, 2 mai 1988, Association pour le développement de l'économie sociale et locale, inédit ; et Conseil d'État, 18 janvier 1985, req. n° 51534, Ville d'Aix-en-Provence c/ association Le Relais culturel d'Aix-en-Provence ; cour administrative d'appel de Nantes, 11 juin 1992, n° 90NT00499, Centre dramatique de Rennes.

versé pour 2011, une subvention de 20 000 € et a seulement refusé le versement d'une subvention supplémentaire. Elle n'a donc pas refusé tout subventionnement en rompant brutalement son aide, ce qui aurait constitué une faute contractuelle. L'association ne peut donc pas mettre en jeu la responsabilité de la commune pour la baisse drastique du montant de la subvention allouée¹⁵.

De la même façon, le tribunal administratif de Montpellier a reconnu que la rupture de la convention de subvention en cours d'exécution, signée par une commune, le conseil départemental et le conseil régional avec une association de musiques actuelles, par la nouvelle municipalité issue des dernières élections, était fautive. Et à ce titre, il a ordonné le versement des acomptes restant dus au titre de la première année d'exécution de la convention triennale.

Toutefois, malgré les montants relativement précis fixés dans la convention pluriannuelle pour les deuxième et troisième années, il a fait prévaloir la règle de l'annualité budgétaire. Cette règle permet aux financeurs publics de revoir chaque année le montant exact de la subvention allouée. Mais ceux-ci n'en sont pas moins tenus, en principe, de mettre à la disposition de l'association, jusqu'à l'expiration de la convention, les moyens lui permettant de remplir la mission reconnue par convention. Mais, pour le tribunal administratif de Montpellier, cette règle de l'annualité budgétaire autorise la ville à refuser tout financement pour 2015 et 2016¹⁶.

Le caractère contradictoire des décisions présentées montre à quel point le juge administratif mésestime le secteur associatif subventionné, dépendant des fonds publics, fait prévaloir le caractère arbitraire des subventions sur l'engagement contractuel et banalise l'importance du préjudice subi par l'association. Ainsi le tribunal administratif de Montpellier a même considéré que l'association avait commis une faute en ne provisionnant pas le coût des licenciements éventuels, et qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la rupture brutale et sans motif de la convention de subvention et les licenciements collectifs intervenus ! Le juge administratif estime sans doute qu'en jugeant ainsi il se montre économe des deniers publics alors qu'il ne fait que reposer sur les partenaires sociaux gérant le fonds de garantie des salaires les conséquences financières d'un pur caprice d'élus locaux voulant marquer leur arrivée au pouvoir par un acte symbolique.

D'une façon générale, lorsque l'on regarde la jurisprudence, les indemnités allouées aux associations sont toujours sous-estimées au regard des indemnités allouées aux entreprises commerciales en cas de rupture d'un marché public. L'emploi dans le secteur associatif ne semble pas avoir la même valeur que dans le secteur marchand. Cela relève de l'inconscient !

4. Subvention d'investissement ou de fonctionnement

Une subvention peut contribuer au financement d'un investissement, au développement d'un projet ou au financement global de l'activité de l'organisme bénéficiaire défini, conçu et engagé par ce même organisme.

Une subvention peut donc être allouée pour un objet déterminé, un projet spécifique, ou être dédiée au financement global de l'activité associative. Ainsi, rien n'interdit de subventionner le financement global d'une association malgré la pratique de nombreuses collectivités, qui n'entendent financer que des projets déterminés à l'exclusion des charges de fonctionnement général d'une association.

¹⁵ CAA Marseille, 3 octobre 2016 n° 14MA05229.

¹⁶ TA Montpellier, 9 février 2017, n°s 1500374 et 1502914, inédits. Jugement devenu définitif.

Les subventions d'investissement accordées par l'État obéissent à des règles particulières¹⁷. Les associations bénéficiaires de subventions ne peuvent les reverser en tout ou partie à une autre structure, sauf autorisation expresse dans l'acte attributif¹⁸. Cette règle s'applique aussi aux subventions versées par les collectivités territoriales¹⁹.

B. Les conditions de légalité des subventions




1. La notion d'intérêt public local

La subvention versée doit répondre à un **intérêt public local**²⁰. Selon la jurisprudence, l'intervention de la collectivité doit présenter un intérêt général en répondant aux besoins de sa population, par opposition aux intérêts particuliers et aux intérêts extérieurs.

Une subvention accordée à projet culturel engagé par une association hors du territoire de la collectivité est envisageable à condition toutefois que cette collectivité entretienne un « lien particulier » avec le territoire d'intervention de ladite association. À défaut d'un tel lien, a été annulée, par exemple, la subvention versée par le conseil général de l'Oise à l'association pour Colombey-Les-Deux-Églises, qui avait pour objet la restauration du village²¹.

En revanche, le Conseil d'État a admis la légalité d'une subvention pour l'édification à Lille d'une statue du cardinal Liénart, natif de cette ville dont il avait été l'évêque pendant quarante ans. Le Conseil d'État a considéré que le rayonnement de cette personnalité locale était suffisamment important pour conférer à ce projet un intérêt communal²².

 De même, il a jugé qu'une collectivité publique pouvait verser une subvention à la Fondation reconnue d'utilité publique propriétaire de la basilique de Fourvière, à Lyon, pour l'aménagement d'un ascenseur permettant aux personnes à mobilité réduite d'accéder à l'intérieur du bâtiment. Le Conseil d'État a considéré que cet ascenseur présentait « *un intérêt public local lié notamment à l'importance de l'édifice pour le rayonnement culturel ou le développement touristique et économique du territoire de la ville de Lyon* ». Autres conditions requises : l'équipement subventionné n'est pas lui-même destiné à l'exercice du culte et une convention garantit que la subvention n'est pas versée à une association cultuelle et est exclusivement affectée au financement de l'ascenseur²³.

Cet exemple est pris sur un plan strictement juridique, nonobstant la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

Sont censurées par le juge administratif les subventions dites « partisans » ou « politiques ». Le Conseil d'État a ainsi annulé une subvention versée au profit d'une association proposant « *de combattre une formation politique dont l'existence est légalement reconnue*²⁴ ».

¹⁷ Décrets n° 99-1060 du 16 décembre 1999 et n° 2000-1022 du 17 octobre 2000 et circulaire d'application du 19 octobre 2000 du décret du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'État pour les projets d'investissement (NOR ECOB0010036C).

¹⁸ Articles 14 et 15 du décret-loi du 2 mai 1938 relatif au budget.

¹⁹ Article L.1611-4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

²⁰ Article L.2121-29 du CGCT.

²¹ Conseil d'État, 11 juin 1997, n°170069, Département de l'Oise.

²² CE, 25 novembre 1988, Dubois, Recueil Lebon, 1988, p. 422.

²³ CE, 19 juillet 2011, n° 308817, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône.

²⁴ CE, 28 octobre 2002, n° 216706, Commune de Draguignan.

2. La subvention est liée à la compétence de la collectivité qui finance

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent subventionner que des activités ou projets entrant dans leur champ de compétence légale ou déléguée.

La suppression par la loi NOTRe²⁵ de la clause de compétence générale des départements et des régions²⁶ impose désormais aux associations de rechercher si la collectivité qu'elles entendent solliciter pour bénéficier d'une subvention est encore compétente au regard du projet considéré, afin d'adresser les demandes de subventions au bon interlocuteur²⁷.

Les communes et regroupements de communes conservent, en revanche, une compétence générale et peuvent intervenir sur tout sujet d'intérêt local lorsque la compétence en question n'a pas été attribuée à titre exclusif à une autre collectivité.



Cependant, restent partagées entre les collectivités territoriales certaines compétences, telles que la culture, le sport, le tourisme, la promotion des langues régionales et l'éducation populaire.

L'article L.1111-4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit désormais :



« Les compétences en matière de culture, de sport, de tourisme, de promotion des langues régionales et d'éducation populaire sont partagées entre les communes, les départements, les régions et les collectivités à statut particulier. »

La culture est ainsi « partagée » entre tous les échelons de collectivités territoriales, ces dernières demeurent donc compétentes en la matière et peuvent ainsi participer au cofinancement de ces activités, notamment par le biais de subventions accordées à des associations.

Cette responsabilité culturelle conjointe des collectivités est précisée et renforcée par l'article 103 de la loi NOTRe, qui définit qu'elle se situe dans le cadre des droits culturels des personnes.

« La responsabilité en matière culturelle est exercée conjointement par les collectivités territoriales et l'État dans le respect des droits culturels énoncés par la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005. »

En revanche, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) demeurent pour leur part soumis aux principes de spécialité et d'exclusivité et ne peuvent donc en principe agir dans ces domaines qu'en cas de transfert de la compétence par les communes membres²⁸.

Dès lors, et quand bien même les communes disposent toujours d'une clause de compétence générale, lorsqu'elles transfèrent des compétences à un EPCI, seul ce dernier est en mesure

²⁵ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

²⁶ Ces clauses résultaient respectivement de l'article L.3211-1 du CGCT s'agissant des départements et de l'article L.4221-1 du CGCT s'agissant des régions.

²⁷ Instruction du 22 décembre 2015 relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales (NOR RDFB15208336N), circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2015/12/cir_40360.pdf

Instruction du 22 décembre 2015 relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOR INTB1531125J).

²⁸ Conseil d'État, 23 octobre 1985, n° 46612, Commune de Blaye-les-Mines, et Conseil d'État, 13 mars 1998, n° 167367, Commune de Montigny-le-Bretonneux.

d'attribuer des subventions liées à cette compétence déléguée. Inversement, l'EPCI ne peut subventionner des associations dont l'activité ne présente pas un caractère intercommunal ou dont l'activité ne se rattache pas aux compétences reçues.



Par exemple, le syndicat d'agglomération nouvelle du nord-ouest de l'étang de Berre avait reçu compétence des communes membres, en matière culturelle, pour tout ce qui présentait un intérêt dépassant les limites de chaque commune. La convention lui confiait ainsi la gestion de cinq équipements culturels et fixait la liste de sept associations dont elle reconnaissait le caractère intercommunal. En revanche, les animations développées par les comités des fêtes, associations de quartiers et autres ayant un caractère purement local n'entraient pas dans la compétence du syndicat. Ont été annulées des subventions de fonctionnement que le syndicat a voulu attribuer à des associations communales dont les objets et les activités ne présentaient pas un intérêt culturel intercommunal²⁹.

3. Une subvention au sens de cette loi est nécessairement accordée à un organisme de droit privé

La notion de subvention, au sens de l'article 59 de la loi ESS, codifiée à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, concerne uniquement les organismes de droit privé.

Elle ne concerne pas les subventions perçues par les collectivités ou établissements publics ou par des personnes physiques, régies par des dispositions qui leur sont propres (notion d'aide ou de secours).

En revanche, la mention d'« organisme de droit privé » ne limite pas le bénéfice des subventions aux seules associations ou organismes sans but lucratif et peut concerner des entreprises commerciales lucratives.



Déjà dans le champ du spectacle vivant, en application de l'article 1^{er}-2 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles³⁰, les entreprises de spectacles vivants pouvaient être subventionnées par l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions, et ce, quel que soit leur statut.



Il est à souligner par ailleurs que le droit européen ne prend pas en considération le statut juridique (association ou société commerciale) de l'organisme bénéficiaire d'une subvention publique et n'admet le versement d'aides publiques (« les aides d'État ») à des activités économiques concurrentielles (en dehors de certaines catégories d'aides accordées à toutes les entreprises et autorisées par la Commission européenne), que pour le financement des services d'intérêt économique général (Sieg), afin de compenser le surcoût lié aux obligations de service public que doivent respecter les Sieg (*voir pages 44 et 49*).

Pour autant, il est rare qu'une entreprise commerciale réalise des activités d'intérêt général de sa propre initiative, et elle se situe plutôt dans l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public (*voir page 55*), avec des obligations formulées par la collectivité.

Nous reviendrons dans le chapitre suivant sur la question des subventions à l'épreuve du droit communautaire. En effet, le droit européen n'interdit pas les subventions (celles dans le cadre de la

²⁹ Cour administrative d'appel de Marseille, 29 avril 2003, n° 99MA00881, Syndicat d'agglomération nouvelle du nord-ouest de l'étang de Berre.

³⁰ Loi n° 99-198 du 18 mars 1999 - art. 2, JO du 19 mars 1999.

loi ESS), quel qu'en soit le montant, mais va encadrer certaines aides d'État ou des compensations de service public qui continuent à être versées en France sous l'appellation « subvention » malgré la définition donnée par l'article 59 de la loi ESS. Nous décrirons plus loin ces cas.

Ce qu'il faut retenir ici, et qui est fondamental dans votre demande de subvention à une administration est qu'une demande de subvention n'a pas toujours à voir avec le cadre des réglementations européennes et si vous êtes dans le cadre d'une subvention telle que définie ci-dessus (dans le sens de la loi ESS), vous n'avez pas à répondre aux réglementations européennes ; ainsi, vous n'êtes pas dans le cadre des Sieg ni dans celui des *minimis* et ce, quel que soit le montant de la subvention accordée (pas de plafond de montant de subvention par exemple).



Quand il aborde ce sujet, le Cerfa actuel (chapitre 4.2 Attestation) n'est pas toujours très compréhensible pour les associations ; il faut retenir que si votre association reçoit plus de 200 000 € de financements publics sur trois ans, elle n'en est pas pour autant concernée par la réglementation européenne (en particulier des *minimis*) si elle est dans le cadre des subventions décrites dans ce chapitre. Vous devez donc impérativement inscrire « non concerné (par la règle des *minimis*) » sur cette attestation.

Néanmoins, nous déplorons une surtransposition en France des dispositions européennes, qui incite les administrations à avoir plus d'exigence que n'en impose la réglementation européenne.

C. Procédure de demande d'attribution des subventions et obligations liées au financement public



1. La demande de subvention (encadrée par la loi ESS)

Comme indiqué dans la définition de la subvention, ce mode de financement reste une participation facultative de la collectivité ou de l'établissement public, relevant de son pouvoir discrétionnaire. Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande de subvention vaut rejet de la demande³¹. Dans la mesure du possible cependant, l'État recommande aux services instructeurs de notifier à l'association sa décision de refus d'attribution de la subvention sollicitée. La collectivité n'a pas à motiver son refus³².

Cependant, lorsque la collectivité publique a fait connaître ses conditions d'octroi d'une subvention, notamment dans le cadre d'un recueil d'initiatives ou plus généralement d'une délibération actant sa politique en matière de subventions, elle est liée par les règles qu'elle s'est elle-même fixée. En cas de recours contre un refus, le juge administratif contrôlera l'exactitude matérielle des faits ainsi que l'éventuelle erreur manifeste d'appréciation qu'aurait pu commettre la collectivité dans l'analyse du dossier de l'association : faits inexacts, erreur d'appréciation, considération étrangère à l'intérêt général, comme une discrimination politique³³.

³¹ Article 21-I-3° de la loi du 12 avril 2000.

³² Conseil d'État, 25 septembre 1995, n° 155970, Association Civic.

³³ Tribunal administratif d'Amiens, 13 octobre 2005, n° 0102706, Fédération des œuvres laïques de l'Oise.

Le formalisme lié aux demandes de subvention est encore très disparate, variant d'une collectivité publique à l'autre. L'État a mis en place un dossier unique de demande de subvention valant pour tous les services de l'État (formulaire Cerfa n° 12156*04). La notice Cerfa n° 51781 précise les modalités d'utilisation et les pièces à joindre par l'association pour une première demande ou un renouvellement. De plus, l'État teste l'application « Dites-le nous une fois », visant à éviter que différents ministères sollicités par une même association ne demandent chacun les mêmes pièces et justificatifs (voir <https://www.service-public.fr/associations>). Comme rappelé précédemment, n'oubliez pas de mettre « non concernée (par la règle des *minimis*) » dans le chapitre 4.2 « Attestation ».

Les collectivités territoriales ont encore, le plus souvent, leur propre dossier de demande de subvention et leur propre formalisme. Cependant, l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations³⁴ prévoit que les demandes de subvention présentées par les associations auprès d'une autorité administrative ou d'un organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial seront toutes établies selon un formulaire unique³⁵ (Cerfa n° 12156*05 téléchargeable sur le site associations.gouv.fr). Enfin, a également été introduite la possibilité pour les collectivités ou l'État, s'agissant de ces compétences partagées, de s'organiser en un **guichet unique**. L'État, une collectivité ou un EPCI à fiscalité propre peut ainsi déléguer, par voie de convention, « l'instruction et l'octroi d'aides ou de subventions » à l'une des personnes publiques précitées³⁶.

Toute association souhaitant se voir octroyer une subvention doit également au préalable être inscrite au répertoire SIREN³⁷.

2. L'Instruction de la demande

Chaque collectivité dispose de ses propres procédures. Cependant, au niveau de l'État, l'annexe IV de la circulaire Valls précise les modalités d'instruction par les services.

Elle recommande en premier lieu aux services administratifs de procéder à un examen de la cohérence du projet présenté par l'association avec la politique d'intervention que l'autorité publique s'est fixée ainsi que son éligibilité au vu de critères légaux ou rendus publics le cas échéant. Elle contrôle ensuite l'identité de l'association et le respect des obligations de publication du bilan et des comptes annuels, ainsi que le rapport du commissaire aux comptes, au *Journal officiel*, lorsque les dons ou les subventions en numéraires perçus excèdent 153 000 € par an³⁸.

✦ Nous verrons dans le chapitre suivant de quelle façon cette circulaire (annexe IV plus spécifiquement) peut prendre en compte les réglementations européennes, et comment certaines aides d'État ou compensations de service public peuvent être compatibles et prises en charge dans le cadre de cette circulaire, et notamment dans ses annexes et les modèles de conventions proposées.

³⁴ JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12632.

³⁵ Article 7 de l'ordonnance du 23 juillet précitée.

³⁶ Article L.1111-8-2 du CGCT.

³⁷ Articles R123-220 et A123-87 du Code de commerce.

³⁸ Article L.612-4 du Code de commerce.

3. La convention de subvention : un acte important entre le financeur et l'association

Les obligations diffèrent selon le montant de la subvention.

a) Subvention inférieure ou égale à 23 000 €

Si le montant total des subventions accordées sur une année par un même subventionneur n'excède pas 23 000 €, la subvention peut être versée sans devoir faire nécessairement l'objet d'une convention écrite, même si cela est recommandé. La décision d'attribution de subvention peut être communiquée à l'association sous forme d'arrêté, de délibération ou de décision de l'autorité administrative.

b) Subvention supérieure à 23 000 €

Une autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque le montant annuel des subventions qu'elle verse dépasse le seuil de 23 000 €, conclure une convention avec l'association bénéficiaire, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée³⁹. Ce seuil de 23 000 € est apprécié en additionnant sur une année le total des subventions accordées à l'association par un même subventionneur.

Les chambres régionales des comptes sont particulièrement vigilantes quant au respect de cette formalité en cas d'examen de la gestion tant de l'association que de la collectivité ayant subventionné l'association. Les comptables publics ont reçu pour consigne de ne pas verser une subvention d'un montant supérieur à 23 000 € sans s'être préalablement assuré de l'existence de cette convention.



Les chambres régionales des comptes sont compétentes pour vérifier les comptes des établissements, quel que soit leur statut, dès lors que des collectivités ou établissements publics leur ont apporté un concours financier supérieur à 1 500 €.

Attention : il convient d'être particulièrement vigilant quant à la rédaction de la convention pluriannuelle d'objectifs sur :

- l'initiative de l'association ;
- la formulation des engagements souscrits par l'association quant à l'usage de la subvention, y compris dans le cadre d'un mandatement. En effet, la collectivité peut vouloir fixer de



façon très précise les conditions d'utilisation de la subvention qu'elle a attribuée et fixer des objectifs précis. Cela peut entraîner un risque de requalification de la subvention en un marché public. Les engagements quantitatifs sont ainsi particulièrement à éviter, tels que le nombre et la nature des spectacles devant être organisés par l'association. De même, dans le cadre d'une subvention, il n'appartient pas à la collectivité publique de fixer le prix des places ou la politique tarifaire imposée à l'association⁴⁰, etc.

Nous constatons en pratique qu'un certain nombre de conventions d'objectifs sont rédigées comme des contrats de la commande publique, avec des formulations que l'on retrouve généralement dans un marché public. Fondamentalement, une convention de subvention doit insister sur l'initiative de l'association. À l'inverse, toute formulation qui amoindrirait, occulterait ou renverserait le critère de l'initiative associative en tant que telle, en valorisant l'initiative de la collectivité publique, encourrait le risque d'une requalification. Il est donc nécessaire dans la rédaction d'insister et de travailler plus particulièrement sur l'expression des faits suivants :

- l'historique de la constitution de l'association ;

³⁹ Décret n° 2001-495 du 6 juin 2001.

⁴⁰ Tribunal administratif de Melun, 17 août 2006, n° 06-5187/2, Festival de Seine-et-Marne.

- son indépendance vis-à-vis de la collectivité publique (composition, degré d'influence des représentants de la personne publique, niveau des moyens publics alloués) ;
- le rappel de l'objet social de l'association, de son projet associatif, l'antériorité de l'activité exercée par l'association par rapport à l'octroi de la subvention ;
- la présentation du projet proposé par l'association ;
- éviter toute expression qui tendrait à présenter l'association comme un prestataire de service répondant aux besoins exprimés par la collectivité publique, y compris dans le cadre d'une convention de subvention valant « mandatement » au regard du droit européen (voir page 49) : par exemple : « La commune X a décidé de confier à l'association Y la gestion du service Z de la commune. »

⚡ Attention également à ce que le contrôle, prévu contractuellement et exercé par la collectivité publique sur la définition même du projet subventionné et les obligations imposées à l'association pour sa réalisation, ne dépasse pas le cadre d'un contrôle normal de l'usage des fonds publics et de l'évaluation de l'activité subventionnée (voir page 33).

Il est normal que l'association fasse un compte rendu de son activité et justifie de l'utilisation du financement public dans le cadre où il avait été prévu. Mais ce contrôle ne doit pas être tel que l'association perde toute initiative et que la collectivité oriente en réalité les décisions de gestion et d'administration.



Par exemple, ont été requalifiées en marchés publics des conventions d'objectifs conclues par le département de Seine-et-Marne avec deux associations culturelles pour la réalisation d'un festival. Après analyse des conventions, il est apparu aux juges que leur unique objet était de « faire découvrir le département de Seine-et-Marne par une présence artistique événementielle à l'échelle du territoire départemental ». Les conventions prévoyaient la restitution de la subvention si les moyens mis en œuvre par les associations étaient manifestement insuffisants au regard des attentes et ne permettaient pas d'atteindre les objectifs visés. Enfin, le rôle du comité de pilotage allait bien au-delà du simple contrôle qu'une collectivité peut exercer dans le respect de l'autonomie d'une association. Le tribunal en a conclu que l'objet réel de la convention était de confier à ces deux associations la promotion du département, moyennant une rémunération fonction de l'accomplissement des prestations ; l'activité culturelle n'étant que le moyen d'assurer cette promotion⁴¹.

Toute modification des conditions ou modalités d'exécution d'une convention doit être définie d'un commun accord entre les parties et faire l'objet d'un avenant à la convention.



La rédaction d'une convention faisant apparaître l'initiative de l'association est nécessaire mais n'est pas suffisante, il faut également que cette initiative associative soit réelle, corroborée par la véracité de cette initiative notamment au regard du mode gestion antérieur de l'activité. Ainsi, si l'activité était précédemment gérée en régie directe par la collectivité et que la convention d'objectifs pluriannuelle organise la mise à disposition des fonctionnaires précédemment rattachés à cette activité auprès de l'association, une forte suspicion de détournement des règles de la commande publique pèsera sur la convention. Il ne suffit donc pas, pour que la participation financière d'une collectivité soit qualifiée de subvention, de remplir les cases des modèles de convention mis à disposition par l'État sur le site www.assoc.gouv.fr pour que les critères de la subvention soient effectivement satisfaits. Inversement, le fait que la convention formalise des engagements réciproques des deux

⁴¹ Tribunal administratif de Melun, 17 août 2006, n° 06-5187/2, Festival de Seine-et-Marne.

parties quant à l'utilisation de la subvention ne suffit pas à conférer à cette convention la nature d'un marché public⁴².

► **Retrait de subvention : attention responsabilité**

La délibération par laquelle une collectivité décide d'attribuer une subvention à une association est une décision créatrice de droits, y compris lorsque cette subvention se formalise ensuite par la conclusion d'une convention pluriannuelle d'objectifs. Dès lors, si la collectivité revient par la suite sur cette décision et décide *in fine* de ne plus attribuer cette dernière ou seulement une partie de celle-ci, cette nouvelle décision sera analysée en une décision de retrait de la première et sera susceptible d'engager la responsabilité de la commune. En effet, toute décision créatrice de droits, même entachée d'illégalité, ne peut plus faire l'objet d'un retrait passé le délai de quatre mois suivant son édicition⁴³.

Cependant, selon le Conseil d'État, cela n'interdit pas une abrogation de la décision d'octroi si les conditions qui justifiaient le versement de cette subvention ne sont plus respectées par l'association ou qu'elle n'est plus en mesure d'assurer son activité notamment eu égard, par exemple, à sa liquidation judiciaire. La collectivité publique peut alors ne pas verser le solde des subventions prévues⁴⁴.

Lorsque l'État conclut une convention pluriannuelle d'objectifs, il est tenu, en dehors de la subvention initiale correspondant à la première année d'exécution, d'organiser le versement pour les années suivantes. Il peut prévoir le versement d'avances⁴⁵ ; 50 % du montant de la subvention annuelle peuvent ainsi être automatiquement versés avant le 31 mars de chaque année, sauf refus motivé de l'administration⁴⁶.

D. Formes et montant de la subvention



La subvention peut être allouée pour un objet déterminé, un projet spécifique, ou dédiée au financement global de l'activité associative.

Les subventions d'investissement accordées par l'État obéissent à des règles particulières⁴⁷.

La subvention peut être en numéraire ou en nature : mise à disposition de biens, de locaux, de personnel, etc.

⁴² En ce sens, avis du Conseil d'État du 18 mai 2004, Cinémathèque française, précité ; tribunal administratif de Nice, 24 février 2006, Académie internationale d'été ; Conseil d'État, 6 avril 2007, Festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence.

⁴³ Conseil d'État, 5 juillet 2010, n°308615.

⁴⁴ Conseil d'État, 7 août 2008, Crédit coopératif, n° 285979.

⁴⁵ Article 33 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012.

⁴⁶ CE, 7 août 2008, Crédit coopératif, n° 285979.

⁴⁷ Décrets n° 99-1060 du 16 décembre 1999 et n° 2000-1022 du 17 octobre 2000 ; circulaire d'application du 19 octobre 2000 du décret du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'État pour les projets d'investissement (NOR ECOB0010036C).

1. Subvention en numéraire

La subvention peut être versée en numéraire. La subvention n'étant pas assimilable à un prix, son montant est librement fixé par la collectivité. Son montant peut être inférieur au prix de revient de l'opération ou de l'activité mais elle peut aussi couvrir la totalité du coût de revient sans pour autant être considérée comme un prix entraînant une requalification de la subvention en marché public, dès lors que le critère de l'initiative de l'activité est respecté.

En revanche, le montant de la subvention ne doit pas en principe excéder le coût de mise en œuvre, ce qui suppose l'établissement d'un budget prévisionnel au vu duquel le montant de la subvention est déterminé. Il est cependant possible, à la faveur de la mise en œuvre du projet, que l'association réalise un excédent. Il peut être conservé par l'association à condition d'être « raisonnable » (voir page 50).

En revanche, la convention doit prévoir les modalités de restitution des subventions non utilisées ou qui excéderaient un bénéfice « raisonnable ».

De plus, les associations bénéficiaires de subventions ne peuvent les reverser en tout ou partie à une autre structure, sauf autorisation expresse de l'autorité versante, précisée dans l'acte attributif. Cette règle s'applique aux subventions de l'État⁴⁸ et des collectivités territoriales⁴⁹. Un reversement de subvention non autorisé constitue un abus de confiance et une situation de gestion de fait de fonds publics.

Seules les subventions en espèce sont prises en compte pour le calcul du seuil de 153 000 € imposant la désignation d'un commissaire aux comptes et d'un suppléant, et l'obligation de publier les comptes de l'association au *Journal officiel*⁵⁰.

2. Subvention en nature

Les concours en nature doivent être valorisés dans l'acte d'attribution, ils contribuent au financement d'une activité d'intérêt général. La détermination de cette valeur relève de la compétence exclusive du partenaire public qui procède à la mise à disposition, au regard de considérations d'intérêt général, sous le contrôle par le juge d'une erreur manifeste d'appréciation. Cette contribution peut n'être que modique, voire symbolique, en considération de l'intérêt général de l'activité de l'association. La valeur de cette contribution déterminée doit apparaître dans l'acte d'attribution de la subvention.

▸ Mise à disposition de locaux

Les subventions peuvent également être accordées sous forme de mise à disposition de locaux ou être accompagnées d'une telle mise à disposition. Selon les dispositions de l'article L.2144-3 du CGCT :

« Des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande.



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.

⁴⁸ Articles 14 et 15 du décret-loi du 2 mai 1938,

⁴⁹ Article L.1611-4 du Code général des collectivités territoriales

⁵⁰ Article L.612-4 du Code de commerce modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 (article 60).

Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation. »

Les associations bénéficient dans ce cas d'un régime de faveur au regard du droit de la domanialité publique. En effet, en vertu des dispositions de l'article L.2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) :



« Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements visant à améliorer la sécurité routière ou nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier. (...)

En outre, 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. »

Les locaux mis à disposition d'associations à but non lucratif poursuivant un but d'intérêt général peuvent donc être valorisés à une valeur symbolique et même nulle, et donc être mis à disposition à titre gratuit.

Dans le cas où une association ne remplirait pas ces critères, une mise à disposition de locaux demeurera possible mais contre versement d'une redevance.

Ici encore il n'existe pas de droits acquis au renouvellement de la convention d'occupation. Le caractère précaire et révoquant de ces autorisations d'occupation est ainsi constamment rappelé par le juge administratif⁵¹.

Il sera recommandé dans ce cas de ne pas se contenter d'une simple délibération valant autorisation d'occupation mais de conclure une convention de mise à disposition fixant les obligations respectives des parties.

Les associations bénéficiant de la mise à disposition gratuite d'un équipement public sont également tenues de fournir à la collectivité publique leur budget et la copie certifiée de leur budget et comptes de l'exercice écoulé ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité conformément aux dispositions de l'article L.1611-4 du Code général des collectivités territoriales. La collectivité publique acquiert ainsi un droit de regard important sur les activités et la comptabilité de l'association, même si elle ne verse pas de subvention en numéraire⁵².



► **Attention** également à la rédaction des conventions d'occupation du domaine public : malgré le principe de précarité selon lequel une telle autorisation demeure révoquant à tout moment pour tout motif d'intérêt général (tel que la création d'un service public) sa résiliation anticipée ouvre normalement droit à indemnisation pour l'occupant, **sauf clause contraire**⁵³.

⁵¹ Par exemple, CE, 22 janvier 2007, n° 269360, Association des amis des Tuileries.

⁵² Rép. min. E. Raoult, JO Ass. Nat., 16 juin 2009, p. 5952, n° 27320.

⁵³ CE, 31 juillet 2009, n° 316534, Sté Jonathan loisirs.

› Mise à disposition de personnel

Les associations peuvent également bénéficier de la mise à disposition de personnel par une collectivité pour l'accomplissement de leurs activités.

La mise à disposition est la situation de l'agent « *qui est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération afférente à celui-ci, mais exerce des fonctions hors du service au sein duquel il a vocation à servir* ».

Cependant, une telle mise à disposition ne peut bénéficier aux associations qu'à la double condition que ces dernières mettent en œuvre une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs et **uniquement pour les missions de service public qui leur auront été confiées**.

En principe, elle ne concerne **que les fonctionnaires**. Les agents contractuels ne peuvent faire l'objet d'une mise à disposition, sauf les agents contractuels de l'État sous contrat à durée indéterminée. La mise à disposition est alors possible au profit d'un organisme contribuant à la mise en œuvre d'une politique publique. Les agents contractuels des collectivités territoriales, y compris ceux bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée, ne peuvent pour leur part être mis à disposition qu'auprès de l'État ou d'autres collectivités territoriales ou établissements publics administratifs.

La mise à disposition nécessite l'accord préalable du fonctionnaire concerné, la conclusion d'une convention de mise à disposition entre l'organisme d'origine et l'organisme d'accueil, et la saisine pour avis de la commission administrative paritaire.

★ La mise à disposition au bénéfice d'une association donne enfin obligatoirement lieu à remboursement à la collectivité de la rémunération du fonctionnaire mis à disposition ainsi que des cotisations et contributions afférentes. Ce remboursement peut le cas échéant être compensé par une subvention en numéraire.

3. Le contrôle de la collectivité sur les subventions accordées

› La loi a prévu un contrôle par la collectivité pour toute association subventionnée

L'article L.1611-4 du Code général des collectivités territoriales prévoit ainsi :

« *Toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée.* »



« *Tous groupements, associations, œuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité.* »

Tout refus de communication ou toute communication tardive de ces documents entraîne la suppression de la subvention⁵⁴. Il en est de même du refus de communication des comptes⁵⁵. Afin de pouvoir faire face à ces contrôles, l'association doit conserver ses documents comptables pendant dix ans.

⁵⁴ Article 112 de la loi n° 45-0195 du 31 décembre 1945.

⁵⁵ Article 14 du décret-loi du 2 mai 1938.



► **Attention** : la collectivité ne peut pas demander la liste nominative des adhérents de l'association. Le Conseil d'État a ainsi jugé que la demande d'un maire de prendre connaissance de la liste nominative des adhérents de l'association, et *a fortiori* d'en obtenir des demandes de subvention. La communication d'une liste nominative des adhérents d'une association méconnaît, selon le Conseil d'État, la liberté d'association qui a valeur constitutionnelle⁵⁶.

Les moyens de contrôle sont importants et croissent en proportion des montants alloués. Ce contrôle peut être :

- financier (examen des justificatifs comptables de l'association) ;
- administratif (suivi de l'emploi de la subvention) ;
- juridictionnel (contrôle de la légalité de la subvention et de l'emploi des fonds par le tribunal administratif et par la chambre régionale des comptes).

Le tableau suivant récapitule les obligations des associations et les contrôles possibles :

Seuils de déclenchement des obligations et contrôles pesant sur les associations subventionnées

Montant de la subvention	Obligations comptables et conventionnelles	Communication des pièces à la collectivité versante	Contrôles possibles
À partir du premier euro ou de mise à disposition à titre gratuit d'un équipement public	- tenue d'une comptabilité - établissement d'un budget prévisionnel - établissement d'un rapport d'activité	- une copie du budget et du compte de résultat de l'exercice écoulé - tous documents faisant connaître les résultats de l'activité et évaluation de l'activité subventionnée	- délégué de la collectivité versante - juridictions administratives sur la légalité de la subvention - contrôle indirect de la Cour des comptes ou de la cour régionale des comptes (CRC) à travers le contrôle de la collectivité publique ordonnatrice.
> à 50 % du budget de l'association, quel que soit le montant de la subvention	Idem	Idem + bilan certifié conforme par le président ou le commissaire aux comptes (à partir de 153 000 € de subvention)	Idem + contrôle direct de la Cour des comptes ou CRC si subvention > 1 500 €. Le contrôle peut porter sur l'ensemble des comptes de l'association et pas seulement sur l'activité subventionnée.
> 1 500 €* * Seuil possible de déclenchement du contrôle direct d'une CRC	Idem	Idem	Idem.
> 23 000 €	Idem	Idem	Idem.

⁵⁶ Conseil d'État, 28 mars 1997, n° 182912.

	+ établissement d'une convention avec l'autorité administrative versante	+ compte rendu financier de l'emploi de la subvention	
> 50 000 €	Idem + si le budget de l'association est > à 150 000 €, publication de la rémunération (cumulée) des trois plus hauts cadres dirigeants bénévoles et salariés et de leurs avantages en nature	Idem	Idem.
> 75 000 €	Idem	Idem + bilan certifié conforme par le président ou le commissaire aux comptes (à partir de 153.000 € de subvention)	Idem.
> 153 000 €	Idem + établir un bilan, un compte de résultat et une annexe + nommer un commissaire aux comptes et un suppléant + publication des comptes et du rapport du commissaire aux comptes au JO pour les exercices ouverts à compter du 01/01/2006 (exercices précédents : dépôt en préfecture) + rapport sur les conventions réglementées établi par le commissaire aux comptes	Idem + bilan certifié conforme par le commissaire aux comptes	Idem + amende de 9 000 € en l'absence de bilan, compte de résultat et annexe + à la demande de tout intéressé, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte aux dirigeants d'assurer la publicité des comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes, ou désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités.

Les modèles de conventions proposés en annexe de la circulaire Valls prévoient également des modalités spécifiques de suivi et de contrôle des projets ou actions subventionnés par l'autorité publique, et le versement du solde annuel après réception de pièces justifiant des activités exercées et de l'usage des subventions et leur contrôle.

Un compte rendu financier d'emploi de la subvention doit être adressé spontanément à l'autorité l'ayant accordée, dans les six mois suivant la fin de l'exercice au cours duquel la subvention a été accordée. Il doit être conforme à un modèle accessible sur le site www.associations.gouv.fr⁵⁷. Ce compte rendu financier 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 et doit comporter la « *description des opérations comptables qui attestent de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention* ». Il est constitué d'un tableau des charges et des produits affectés à la réalisation du projet, issu du compte de résultat de l'organisme. Il doit également faire apparaître les écarts éventuels, exprimés en euros et en pourcentages, constatés entre le budget prévisionnel de l'action et les réalisations⁵⁸.

Dans tous les cas, si l'association ne respecte pas le projet ou les actions qu'elle s'était engagée à respecter, la collectivité pourra suspendre à tout moment le versement des fonds et ceux d'ores et déjà versés devront éventuellement être restitués.

► **Attention : rupture de la convention de subvention pour faute**



Toute subvention non employée ou employée non conformément à son objet peut être reversée au Trésor public⁵⁹. Avant de prendre une telle décision de reversement, l'administration doit informer l'association de la mesure qu'elle envisage de prendre et de son droit à présenter ses observations écrites dans un délai suffisant. Ce délai est en général fixé entre quinze et trente jours. Par ailleurs, à sa demande, l'association pourra présenter des observations orales⁶⁰. Passé ce délai, l'administration peut prendre sa décision, qu'elle notifie à l'usager en l'informant des voies et délais de recours qui lui sont ouverts contre cette décision. À défaut, le délai de recours (deux mois à compter de la notification de la décision administrative) n'est pas opposable à l'association. Néanmoins la jurisprudence tend à limiter ce délai⁶¹.

► **Évaluation**



L'évaluation de l'activité subventionnée ne doit pas être confondue avec la notion de contrôle. Elle permet d'apprécier l'efficacité d'une politique publique par rapport à ses objectifs affichés et son efficacité. Pour l'association, l'évaluation constitue un outil de gouvernance et de démocratie interne lui permettant d'améliorer son action.

Avant la mise en œuvre du projet, il appartient à l'administration de définir, conjointement avec l'association partenaire, les critères et les modalités d'évaluation ainsi que les indicateurs quantitatifs et qualitatifs au regard des objectifs recherchés par les deux parties.

⁵⁷ Arrêté du 11 octobre 2006 portant fixation des modalités de présentation du compte rendu financier prévu par le quatrième alinéa de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, JORF n° 239 du 14 octobre 2006.

⁵⁸ Arrêté du 11 octobre 2006 relatif au compte rendu financier, précité.

⁵⁹ Article 43 de la loi 96-314 du 12 avril 1996.

⁶⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

⁶¹ Conseil d'État 16 novembre 2016, n° 383687.

L'évaluation généralement effectuée quelques mois avant le terme de la convention, permet de déterminer si la subvention peut être renouvelée⁶².

E. La coconstruction des politiques publiques : le recueil d'initiatives



De nombreuses personnes publiques souhaitent disposer d'un mécanisme de coopération avec les associations, qui ne s'inscrive ni dans la logique de la commande publique ni dans la logique d'une initiative purement associative, et qui permettrait au contraire aux collectivités de faire émerger et remonter les différentes initiatives jusqu'à elles, dans des domaines d'action identifiés par la collectivité, et ainsi de se doter, en quelque sorte, de « l'initiative de l'initiative ». La pratique des « appels à projets » est ainsi apparue depuis une dizaine d'années. Les concertations menées avec les différents représentants des collectivités locales, de l'État et le milieu associatif, à l'occasion de l'élaboration de la circulaire Valls, ont été l'occasion d'encadrer cette pratique pour la sécuriser et éviter de basculer dans le champ de la commande publique.

Ce mécanisme est défini dans le Guide d'usage de la subvention⁶³ sous l'intitulé de « recueil d'initiatives associatives ». Il s'agit d'une démarche partenariale, qui n'est pas un marché public mais bien une subvention. Elle doit donc préserver l'initiative de l'association tout en permettant à la collectivité de bénéficier de l'expertise et de l'expérience sur le terrain des associations.

Le guide prévoit ainsi :

« Pour une relation partenariale équilibrée : le recueil d'initiatives.

Pour engager ou prolonger une relation contractuelle, les pouvoirs publics peuvent procéder à un recueil d'initiatives associatives.

Il s'agit d'une démarche de coconstruction qui consiste, pour la collectivité locale, à faire émerger des projets associatifs susceptibles de s'inscrire dans l'une de ses politiques publiques, parmi lesquelles figure, le cas échéant, sa politique d'appui aux associations.

La collectivité locale définit ses orientations et ses objectifs généraux ; les associations proposent des projets dans ce cadre, qui correspondent aux attentes des habitants aussi bien dans des domaines sectoriels que pour l'animation globale du territoire. »

Le guide précise que cette démarche est fondée sur la complémentarité des acteurs en tant qu'elle permet aux personnes publiques de s'appuyer sur l'expertise des associations ainsi que sur un diagnostic partagé des atouts, des faiblesses et des besoins d'intérêt général sur un territoire, pour établir un programme de politiques publiques fixant les objectifs à atteindre ainsi que des priorités,

⁶² Dans le champ culturel, la loi création mentionne en son article 3-13° que la politique en faveur de la création artistique poursuit les objectifs suivants : « Garantir la transparence dans l'octroi des subventions publiques à des personnes morales publiques et privées intervenant en faveur de la création artistique et une évaluation régulière et partagée des actions menées. »

⁶³ www.associations.gouv.fr/le-guide-d-usage-de-la-subvention.html

le projet proposé restant quant à lui de la seule initiative de l'association, comme pour toute subvention.

Le recueil d'initiatives doit comporter des informations suffisantes pour permettre aux associations de présenter leurs projets et initiatives adaptés aux objectifs recherchés. Les collectivités devront cependant être vigilantes à simplement exprimer les objectifs recherchés sans pour autant définir la solution attendue, laquelle sera librement apportée au travers des projets proposés par les associations souhaitant y répondre. Les associations doivent disposer d'une totale liberté pour définir le contenu de leur projet. L'initiative des associations doit être préservée. L'expression du besoin ainsi formulé par la collectivité ne doit donc pas se traduire en un cahier des charges. À défaut, la procédure encourrait une annulation pour non-respect des règles de la commande publique.

Un dialogue peut alors s'ouvrir entre la collectivité et les associations intéressées. Si l'une ou plusieurs des solutions proposées apparaissent satisfaisantes pour la collectivité, elles pourront être retenues et subventionnées par la collectivité par voie conventionnelle ou décision unilatérale. Le Guide d'usage de la subvention précise le contenu du recueil d'initiatives.

► Le contenu du recueil d'initiatives :

- qualité et adresse de l'autorité compétente, auteure du recueil ;
- orientations et axes de travail stratégiques identifiés lors de la phase préalable de diagnostic ;
- modalités de consultation de ce diagnostic préalable ;
- modalités de remise des projets par les associations ;
- montant des subventions susceptibles d'être allouées ;
- principes généraux guidant le choix des projets qui seront subventionnés : couverture de l'ensemble du territoire, action adressée à un certain type de public, etc.

L'instruction des projets présentés peut être faite au sein d'une commission. Les associations ne peuvent y prendre part pour éviter les conflits d'intérêts.

La décision finale relève exclusivement de la personne publique qui accorde les subventions.

F. Fiscalité des subventions



► Attention : bien souvent, les collectivités locales versent des subventions « nettes de taxes », renvoyant à l'association bénéficiaire le soin d'apprécier son régime fiscal et de calculer, le cas échéant (si elle est due), la TVA en « dedans », ce qui revient à amputer le montant de la subvention du montant de la TVA à reverser. Il est donc important de déterminer le régime de TVA applicable en examinant en premier lieu si la subvention apparaît comme le prix ou un élément du prix d'une prestation économique et dès lors entre, ou non, dans le champ d'application de la TVA. Si la subvention entre dans le champ d'application de la TVA, il convient de rechercher si elle se rapporte à une activité assujettie ou exonérée de TVA.

La loi ESS du 31 juillet 2014, qui donne une définition légale des subventions⁶⁴, s'appuie sur la jurisprudence du Conseil d'État, qui a transposé, en matière juridique, sa propre jurisprudence fiscale⁶⁵. Une subvention est une aide apportée par une personne publique au financement d'une activité ou d'une opération lancée par une association. Elle ne peut constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins propres des autorités qui les accordent. Sinon, il s'agirait, en droit public comme en droit fiscal, du prix d'une opération économique entrant dans le champ d'application de la commande publique, le cas échéant, mais aussi de la TVA !

1. Subvention et champ d'application de la TVA


Le réalisme du droit fiscal ne s'arrête pas à la terminologie adoptée par les parties mais cherche à répondre à la question suivante : la subvention constitue-t-elle ou non le prix d'un service à caractère onéreux dans le champ d'application de la TVA ?


Ainsi, une subvention entre dans le champ d'application de la TVA dans deux circonstances :

- lorsque la subvention correspond en réalité à la contre valeur économique (prix) d'un service rendu directement à la collectivité publique versante (notion de lien direct) ;
- à défaut, lorsque les sommes versées constituent le complément de prix d'une opération imposable, voire se substituent totalement au prix que devrait normalement payer le bénéficiaire du service (notion de subvention complément de prix).

Dans les deux cas, le terme de subvention est, en fait, impropre ; il s'agit en réalité du prix ou d'un élément du prix d'une opération économique, dans le champ d'application de la TVA.

À l'inverse, si la subvention ne répond ni à l'une ni à l'autre de ces conditions, si elle ne constitue ni le prix d'un service directement rendu à la collectivité versante ni une subvention complément de prix, elle est hors du champ d'application de la TVA et donc n'est pas concernée par cette taxe. La subvention n'est pas soumise à la TVA, quel que soit par ailleurs le régime d'imposition de l'association (assujettissement ou exonération).

 Par exemple, n'est pas taxable la subvention globale de fonctionnement accordée à une association de développement économique accompagnant des entreprises désireuses de s'implanter sur son bassin économique, déterminée au seul vu des buts généraux que l'association s'est assignée. En revanche, entre dans le champ d'application de la TVA la subvention accordée par une ville à cette même association en rémunération d'une étude que celle-ci lui avait commandée. Cette subvention constituait en réalité le prix de l'étude⁶⁶.

 Une subvention globale de fonctionnement n'est pas imposable en règle générale à la TVA, même si elle est affectée à la réalisation de prestations imposées à la TVA et même si l'association tient compte de cette subvention pour fixer ses tarifs, sans pour autant souscrire d'engagement en la matière vis-à-vis de la collectivité publique versante. L'obligation de justifier de l'usage des fonds publics ne caractérise pas, à elle seule, l'existence d'une prestation de service individualisé rendue à la collectivité publique.

⁶⁴ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, article 59 : « Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, (...) décidées par les autorités administratives, justifiées par un intérêt général (...). Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent. »

⁶⁵ En matière fiscale, CE, 6 juillet 1990, Codiac ; en droit public : CE, avis n° 370169, 18 mai 2004 ; CE, 6 avril 2007, n°284736, Ville d'Aix-en-Provence.

⁶⁶ Arrêt CODIAC du 6 juillet 1990 précité.

La notion de subvention complément de prix est plus complexe à cerner. Elle nécessite la réunion des conditions suivantes :

- le principe de son versement est acté en amont, avant que ne soient réalisées les opérations dont elle est censée constituer la contrepartie ou dont elle complète le prix. L'association s'est engagée préalablement, vis-à-vis de la collectivité publique versante, quant au prix ou à la nature des prestations fournies. Le montant exact de la subvention, en revanche, peut n'être déterminé qu'après la réalisation de ces opérations ;
- il doit donc exister une relation directe entre la décision de la partie versante d'octroyer la subvention et la diminution des prix pratiqués par l'association bénéficiaire : la subvention doit être spécifiquement versée à l'organisme subventionné afin qu'il fournisse un bien ou effectue un service déterminé à un prix inférieur au coût de revient ;
- la subvention est versée pour compléter le prix, ou la redevance, réclamé au client ou à l'utilisateur. La subvention se substitue partiellement ou totalement au prix que devrait payer l'utilisateur, qui bénéficie d'un tarif réduit ou d'une gratuité. Ce financement constitue une compensation des obligations de service public en matière tarifaire imposées par la collectivité publique versante (tiers payant) au prestataire pour couvrir spécialement l'insuffisance de recettes résultant des obligations qu'elle lui impose. La subvention doit donc être identifiable comme la contrepartie d'une opération taxable et non être versée pour couvrir globalement les coûts de l'organisme subventionné (il ne suffit pas que son versement permette indirectement à cet organisme de pratiquer des prix moins élevés).



Par exemple, entrent dans cette catégorie, les subventions attribuées par les collectivités publiques aux organismes concessionnaires de transports publics urbains, destinées à compenser le manque à gagner résultant de la politique de tarifs réduits consentis à certaines catégories de voyageurs que l'autorité concédante impose à son concessionnaire. Ces subventions compensatrices des sujétions de service public constituent en réalité un élément du prix de revient du service, et donc de la rémunération du concessionnaire, et sont passibles de TVA⁶⁷. Il s'agit de « compensations » d'obligations de service public et non des « subventions » au sens de la loi ESS du 31 juillet 2014⁶⁸.

À la lumière des critères définis ci-dessus, constituent notamment des subventions directement liées au prix d'opérations imposables les subventions suivantes :

- les subventions versées à un organisateur de spectacles afin que ce dernier diminue, en-deçà du prix de marché, les prix qu'il pratique vis-à-vis du public, et ce, en rapport avec le montant des subventions octroyées ;
- une subvention d'équilibre, dont le principe est arrêté en amont, et versée en cas de déficit constaté en fin d'exercice entre dans le champ d'application de la TVA, alors qu'une subvention d'équilibre décidée et versée en fin d'exercice afin de compenser un déficit résultant de la conjoncture économique ou de fautes de gestion imputables à l'organisme bénéficiaire n'est pas une subvention complément de prix et n'entre pas dans le champ d'application de la TVA.



⁶⁷ Notion de « compensation » (au sens du droit communautaire)

⁶⁸ À cet égard, l'analyse juridique comme fiscale gagnerait beaucoup à réserver le terme de subvention aux seules contributions répondant à la définition de la loi ESS du 31 juillet 2014.

En revanche, les subventions dont le versement ne présente pas un lien direct et immédiat avec le prix d'une livraison de biens ou d'une prestation de services, au sens des critères décrits plus haut, ne doivent pas être soumises à la TVA, et ce, même si économiquement elles participent indirectement à la formation du prix. Ainsi, le seul fait qu'une subvention globale de fonctionnement puisse avoir une influence sur le prix des biens livrés ou des services fournis par l'organisme subventionné ne suffit pas à rendre cette subvention imposable.

2. Régime applicable aux subventions dans le champ d'application de la TVA

Le fait d'être dans le champ d'application de la TVA, c'est-à-dire passible de la TVA, n'implique pas systématiquement l'assujettissement de la « subvention » à cette taxe. La « subvention » suit le régime d'assujettissement ou d'exonération de l'activité qu'elle finance. Si cette activité peut bénéficier d'une exonération de TVA, la subvention affectée à cette activité sera elle-même exonérée de TVA. Dans le cas inverse, une subvention affectée à une activité assujettie sera elle-même assujettie et subira le taux de TVA applicable à l'activité ainsi financée.

3. Les conséquences en matière de droit à récupération de la TVA

Une subvention hors champ d'application de la TVA n'a pas à être inscrite au dénominateur du coefficient de taxation déterminant les droits à récupération de la TVA lorsque l'association exerce des activités ne relevant pas toutes du même régime en matière de TVA. En conséquence, une subvention hors champ d'application de la TVA venant financer une activité dans le champ et assujettie ne réduit pas les droits à récupération de l'assujetti.

En revanche, une subvention dans le champ d'application de la TVA est à inclure au dénominateur du coefficient de taxation pour déterminer les droits à récupération de la taxe.

En matière d'impôt sur les sociétés, une subvention même hors champ d'application de la TVA entrera dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés si l'association relève de l'impôt sur les sociétés, au taux de droit commun au titre de ses activités.

II. LES SUBVENTIONS À L'ÉPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Nous proposons dans cette partie de voir comment certaines activités d'associations à but non lucratif (mais aussi d'entreprises à but lucratif) peuvent être soutenues par la puissance publique au travers du mode de contractualisation de la subvention. Mais cette modalité de partenariat et de financement revêt alors un caractère plus extensif et plus contraint que la subvention telle que définie par la loi ESS présentée dans le chapitre précédent.

Il nous faut donc bien différencier les situations, entre une subvention perçue dans le cadre de la loi ESS qui devra répondre à certaines règles, le soutien (financier, matériel, etc.) spécifique que sont les aides d'État et la compensation de service public au sens des réglementations européennes.

Ainsi, une association qui bénéficierait d'une subvention, mais qui rentrerait dans le cas d'une activité reconnue comme économique (sur un champ concurrentiel) par la Commission européenne relèverait du champ des aides d'État ou des compensations de service public, et sera contrainte au respect des réglementations communautaires sur les aides d'État, dont le versement est très encadré.

✦ Initialement érigé dans une volonté de construire un marché unique européen, le droit européen interdit le versement de subventions publiques qui viendraient fausser la libre concurrence entre opérateurs économiques intervenant sur ce marché intérieur⁶⁹.

✦ La Commission européenne tend à faire prévaloir la libre concurrence au détriment de la liberté des États membres à financer des services d'intérêt général. Elle a une conception particulièrement large des notions d'opérateurs et d'activités économiques, si bien qu'elle attrait dans le régime des aides d'État de plus en plus de subventions versées à des associations dont le rayonnement est pourtant simplement local et n'affecte en rien les échanges intracommunautaires.

En effet, la Commission considère que les associations sont des opérateurs économiques au même titre que les sociétés **dès lors qu'elles interviennent sur un marché concurrentiel**. Leur non-lucrativité ne suffit pas à les exclure du champ d'application du droit communautaire. La Commission estime que la réglementation des aides d'État est applicable à l'ensemble des activités couvertes par le traité, soit « **toute activité rémunérée, qu'elle ait un caractère économique, culturel, social ou autre**⁷⁰ ».

À cette interprétation extensive s'ajoute la position de l'État français qui, pour limiter les risques juridiques, « surinterprète » les dispositions européennes et préfère ne pas tenir compte de certaines exclusions du régime des aides d'État autorisées par la Commission européenne ou admises par la Cour de Justice de l'Union européenne.

Au préalable, il nous semble important de clarifier le vocabulaire que nous utilisons couramment quand nous abordons les notions de subvention, d'aide d'État ou de compensation de service

⁶⁹ L'article 107 paragraphe 1 du TFUE dispose que, sauf dérogations prévues par les traités, « sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

⁷⁰ Décision n° 89/441 du 21 décembre 1988 relative aux aides accordées par le gouvernement grec à l'industrie cinématographique, JOCE L.208, 20 juillet 1989, p. 38.

public. Le terme subvention est souvent utilisé indifféremment selon que l'on se trouve dans l'un de ces trois cas alors qu'ils revêtent des significations juridiques, des natures de projets et des contractualisations différentes.

QUELQUES DÉFINITIONS

Alors que le mot « subvention » sera le plus souvent utilisé dans le langage courant dès lors que l'on parle d'une « *aide financière versée par l'État ou une personne publique à une personne privée, physique ou morale, dans le but de favoriser l'activité d'intérêt général à laquelle elle se livre* » (définition de « subvention » dans le Larousse), il ne doit pas en être de même dès lors que l'on aborde les processus et règles qui encadrent juridiquement différents types d'aides publiques à des entités morales (associations, entreprises).

En effet, le terme devient le plus souvent impropre juridiquement quand on va l'utiliser indifféremment pour parler de trois cadres d'intervention publique différents : les subventions dans le cadre de la loi ESS, les aides d'État et les compensations de service public dans le cadre des réglementations européennes.

- **SUBVENTION DANS LE CADRE DE LA LOI ESS** : « *Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.*

Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent » (chapitre III du titre I^{er} de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, Article 9-1).

- **AIDES D'ÉTAT** : ce type d'aides entre dans le champ des politiques de concurrence dont l'objectif est d'orienter des ressources publiques, « *vers des mesures favorisant la croissance et la compétitivité dans l'Union européenne tout en préservant l'intégrité du marché intérieur* », selon le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET).

« *Sauf dérogation prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* » (article 107 du TFUE).

Ou encore : « *On peut qualifier d'aide d'État : une aide accordée à une entreprise par l'État au moyen de ressources publiques procurant un avantage sélectif affectant les échanges entre États membres et la concurrence* » (CGET).

- **LES COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC** (ou aides d'État sous forme de compensation de service public) sont, au titre d'un service d'intérêt économique général (Sieg), une aide versée par les pouvoirs publics en contrepartie d'obligations de service public. Il faut que cette compensation remplisse quatre critères cumulatifs pour ne pas être qualifiée d'aide d'État : l'entreprise a été expressément chargée d'obligations de service public clairement définies, des paramètres objectifs de calcul de la compensation ont été établis avant son versement, il n'y a pas de surcompensation, la mission de service public a été confiée à l'entreprise à l'issue d'une procédure de marché public permettant de sélectionner celle capable de fournir ce service au moindre coût pour la collectivité

ou, en l'absence d'une telle procédure, le niveau de compensation repose sur une analyse des coûts que pourrait réaliser une « entreprise moyenne, bien gérée ». « Le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations » (vade-mecum des aides d'État, fiche 6, édition 2016). Nous n'utiliserons donc pas le terme de subvention dans ce cadre, il serait impropre.

Ainsi, suivant que nous nous trouverons dans l'un des ces trois cadres d'intervention publique différents – la subvention dans la cadre de la loi ESS en France, le cas d'une aide d'État ou d'une compensation de service public –, le mode de contractualisation, de financement (méthode de calcul préalablement définie de façon claire et objective), le cadre juridique et l'objet du projet ne seront pas les mêmes. Dans un cas, **la subvention dans le cadre de la loi ESS, on ne tiendra pas compte des réglementations communautaires, dans les deux autres, la puissance publique devra en tenir compte et même en informer la Commission européenne dans certains cas.**

- LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL (SIG)

Le droit européen fait également émerger une nouvelle catégorie juridique que sont les SIG, qui se construit progressivement dans différents textes de l'Union européenne, notamment à travers les définitions et cadres peu à peu élaborés sur les Sieg⁷¹ et les services d'intérêt général non économiques (Signe), tels que prévus dans le protocole n° 26 du TFUE⁷² (voir page 43).

Les services d'intérêt économique général (Sieg), parce qu'ils présentent un caractère économique, sont soumis aux principes de libre installation, de libre concurrence et de reconnaissance mutuelle au niveau communautaire.

Il appartient aux États membres de définir ce qu'ils considèrent comme relevant du régime des Sieg. Mais en raison de l'intérêt général qui s'attache à leurs missions, les États membres peuvent déroger, au profit des Sieg, à ces principes et leur accorder une compensation de service public (sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation par la Commission européenne).

Ainsi, le droit européen des Sieg est à la recherche constante d'un équilibre entre l'intérêt général et les principes de libre concurrence.

De plus, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a conduit les instances communautaires à reconnaître la notion de service social d'intérêt général (SSIG), qui constitue un des volets des SIG. Outre les services de santé et de sécurité sociale, les services sociaux d'intérêt général englobent les services d'assistance sociale, les services d'aide à l'emploi et de formation, le logement social, les services de garde d'enfants et les soins de longue durée, par exemple.

⁷¹ « Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services » (article 14 du TFUE).

⁷² Article 2 du protocole n° 26 attaché au TFUE : « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général. »

A. Les services d'intérêt général non économiques



Les services d'intérêt général non économique (Signe) ne relèvent du droit communautaire qu'en ce qui concerne leur définition. Or ils font l'objet d'une appréciation très restrictive par les instances européennes (services résultant du pouvoir régalien des États : l'armée ou la police ; la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne, le contrôle et la sécurité du trafic maritime ; la surveillance antipollution ; l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement ; la valorisation et la revitalisation de terrains publics par des autorités publiques et la collecte de données à utiliser à des fins publiques sur la base d'une obligation légale pour les entreprises concernées de communiquer de telles données ; l'enseignement public gratuit, les régimes de sécurité sociale obligatoires, à but non lucratif.

Depuis 2015, il semblerait cependant que l'on assiste à une légère ouverture des services non économiques. La Cour de justice de l'Union européenne considère par exemple qu'une activité à finalité sociale peut être un Signe en l'absence d'offre lucrative concurrente, structurée et pérenne.

Ainsi, la circulaire Valls oblige les services instructeurs d'une demande de subvention à commencer par apprécier si les services ou produits proposés par une association présentent le caractère d'un Signe. L'analyse effectuée par l'administration doit porter sur l'environnement concurrentiel dans lequel intervient l'association pour cette activité, ainsi que sur les conditions d'exercice de l'activité :

- l'examen de l'environnement dans lequel le service est rendu ;
- l'examen des conditions d'exercice du service d'intérêt général.

Nous reviendrons plus loin sur le détail de cet examen par l'administration publique (*voir page 51*).

Dans sa dernière communication en date du 19 juillet 2016⁷³, la Commission européenne précise à propos des activités culturelles et de protection de l'environnement :

« La culture est le vecteur d'identités, de valeurs et d'opinions qui sont à la fois le reflet et le ciment des sociétés de l'Union. Le domaine de la culture et de la conservation du patrimoine comprend un large éventail d'objectifs et d'activités, parmi lesquels les musées, les archives, les bibliothèques, les centres ou espaces artistiques et culturels, les théâtres, les opéras, les coutumes et l'artisanat traditionnels, les festivals et les expositions, ainsi que les activités d'éducation culturelle et artistique. La richesse du patrimoine naturel de l'Europe, qui passe par la conservation de la biodiversité, des habitats et des espèces, a également des répercussions très positives sur les sociétés de l'Union.

L'organisation de certaines activités ayant trait à la culture, au patrimoine et à la protection de la nature, compte tenu de la spécificité de celles-ci, peut ne pas revêtir de caractère commercial et, de ce fait, ces activités peuvent être de nature non économique. Leur financement public peut donc ne pas constituer une aide d'État. La Commission considère que le financement public d'une activité ayant trait à la culture ou à la conservation du patrimoine accessible au public gratuitement remplit une mission purement sociale et culturelle qui n'est pas de nature économique. De même, le fait que les visiteurs d'une institution culturelle ou les participants à une activité culturelle ou de conservation du patrimoine, y compris de protection de la nature, ouverte au grand public doivent acquitter une contribution financière qui ne couvre qu'une partie des coûts réels ne



⁷³ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2016/C 262/01), 19 juillet 2016.

modifie pas la nature non économique de cette activité, car ces contributions ne sauraient être considérées comme une véritable rémunération pour le service fourni.

Par contre, des activités culturelles ou de conservation du patrimoine (y compris de protection de la nature) essentiellement financées par les contributions des visiteurs ou des utilisateurs ou par d'autres moyens commerciaux (par exemple des expositions commerciales, des cinémas, des concerts et des festivals commerciaux ou des écoles d'arts essentiellement financées par les frais de scolarité) devraient être considérées comme revêtant un caractère économique. De même, les activités culturelles ou de conservation du patrimoine bénéficiant exclusivement à certaines entreprises et non au grand public (la restauration d'un bâtiment historique utilisé par une entreprise privée, par exemple) devraient normalement être considérées comme revêtant un caractère économique.

*De plus, de nombreuses activités culturelles ou de conservation du patrimoine sont objectivement non substituables (la gestion d'archives publiques détenant des documents uniques, par exemple) et, de ce fait, elles excluent l'existence d'un véritable marché. La Commission est d'avis que ces activités pourraient également être considérées comme ne revêtant pas de caractère économique. **Lorsqu'une entité exerce des activités culturelles ou de conservation du patrimoine dont certaines sont des activités non économiques et d'autres sont des activités économiques, le financement public qu'elle perçoit relèvera des règles en matière d'aide d'État uniquement pour la partie relative aux coûts liés aux activités économiques.** »*

Lorsqu'une aide est accordée à un Signe, la réglementation sur les aides d'État ne s'applique pas. Il n'y donc pas de plafonds ou d'encadrement spécifique à respecter.

Toutefois, les aides accordées à des Signe doivent faire l'objet d'une convention écrite en application du droit français à partir de 23 000 €. Quel que soit le montant de l'aide allouée, le modèle de convention de l'annexe 2 de la circulaire Valls est utilisable sous réserve de justifier le caractère de Signe et, bien entendu, de mettre en exergue l'initiative associative.

B. La prohibition de principe des aides d'État finançant des activités économiques



Seules sont soumises à la réglementation européenne des aides d'État les subventions qui portent sur des **activités économiques exercées sur un marché concurrentiel ou potentiellement concurrentiel.**

En effet, les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) interdisent en principe les aides octroyées par les personnes publiques aux entreprises :



« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

Constituent donc des aides d'État :

- **les aides** : toute typologie d'apport public (financement, mise à disposition, apport en nature, exonération sociale ou fiscale, garantie bancaire, etc.) ;
- **accordées à une entreprise** : à savoir au bénéficiaire de toute entité exerçant **une activité économique**, quel que soit son statut (organisme de droit public ou privé, entreprise publique, organisation sans but lucratif, etc.) ;
- **par l'État ou une collectivité au moyen de ressources publiques** ;
- **procurant un avantage sélectif** (c'est-à-dire qui n'est pas attribué à toutes les entreprises du secteur d'activité visé au niveau européen) ;
- **affectant les échanges entre États membres et la concurrence**.



Il existe cependant des dérogations à cette interdiction de principe (trois cas) :

- en fonction du montant des aides allouées (règlement dit « *de minimis* ») ;
- pour les Sieg (article 106, paragraphe 2 du TFUE⁷⁴, article important car il place les entreprises qui ont des missions de services publics et des monopoles fiscaux hors de la concurrence sous réserve de ne pas affecter les échanges entre États membres, ce qui nécessite une réglementation spécifique, paquet Almunia) ;
- ou encore en fonction d'exceptions particulières décidées par la Commission, notamment dans le secteur culturel⁷⁵, sportif, etc., qui bénéficie d'exceptions.

C. Les dérogations en fonction du montant : les aides dites « *de minimis* »



Les aides d'un faible montant sont présumées ne pas affecter les échanges intracommunautaires et sont autorisées par le droit européen. Ces « petites » aides sont dites « *de minimis* ». Jusqu'à certains seuils fixés par la Commission européenne, elles ne relèvent pas de la catégorie des aides d'État. Pour chaque demande d'aide, l'association doit préciser le montant global des aides *de minimis* perçues. Il appartient aux collectivités publiques de préciser si l'aide octroyée entre dans la catégorie des aides *de minimis* ou relève d'une autre catégorie. Les avantages en nature (mise à disposition gratuite par exemple) entrent en ligne de compte pour le calcul du seuil.

Deux catégories d'aides *de minimis* retiennent l'attention : les aides *de minimis* générales et les aides *de minimis* spécifiques aux Sieg.

- ▶ **Les aides *de minimis* générales** correspondent à tous les types d'aides, accordées à des entreprises, même si elles n'exercent aucune mission d'intérêt général. Citons par exemple

⁷⁴ Article 106 (ex-article 86 du Traité instituant la Communauté européenne) :

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres. »

⁷⁵ www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/regime_cadre_culture.pdf

les aides à la numérisation des salles de cinéma accordées par le CNC. Si le montant cumulé de ces aides, de toute nature, dépasse 200 000 € sur trois exercices fiscaux, l'État doit le notifier à la commission qui donne son aval ; sinon, en cas de dépassement de ce plafond, et sauf si l'activité aidée peut être considérée comme un Sieg, c'est la totalité de l'aide qui sera considérée comme illégale et non simplement l'excédent.

- ▶ **Les aides de minimis applicables aux Sieg** bénéficient d'un plafond de **500 000 € sur trois ans**.

La notion de Sieg est évoquée mais non définie par le droit communautaire. **Elle est proche de la notion française de « service public »**. En effet, un Sieg doit :

- **satisfaire un besoin d'intérêt général** s'inscrivant dans une politique de l'État ou dans le champ de compétence légale et territoriale d'une collectivité locale ;
- **respecter les grands principes du service public** :
 - accès universel : objectif d'accessibilité du service sur l'ensemble du territoire concerné ;
 - continuité : permanence du service, continuité temporelle et territoriale ;
 - qualité : exigence de qualité, suivi, évaluation, réponse aux besoins des utilisateurs ;
 - accessibilité tarifaire : accessibilité financière pour les utilisateurs (en fonction notamment du niveau de leurs ressources) ;
 - protection des utilisateurs : encadrement des prestataires, participation des utilisateurs, voies de recours des utilisateurs ;
- **faire l'objet d'une reconnaissance officielle par les pouvoirs publics** : il appartient à la personne publique d'apprécier si l'activité au titre de laquelle une association sollicite une subvention présente ou non un caractère d'intérêt général. Mais à la différence de la conception classique française de la notion de service public, le droit européen admet parfaitement l'existence de « services publics d'initiative privée ». Ainsi le droit européen n'interdit-il pas de subventionner des projets et des activités d'intérêt général lancés par des associations.



En-deçà du seuil de 500 000 € sur trois ans, une compensation de service public peut être versée sans contrainte au regard du droit communautaire, hormis le fait de justifier de la qualification de Sieg pour bénéficier du plafond de 500 000 €. Le modèle de convention de l'annexe 2 de la circulaire Valls⁷⁶ peut être retenu.

Au-delà de 500 000 € sur trois ans et jusqu'à un seuil de 15 millions d'euros sur un an, le versement de la compensation de service public demeure possible. Cependant, la convention de subvention doit respecter les conditions d'un « mandatement » ou « mandat ». C'est alors le modèle de convention d'objectifs de l'annexe 3 de la circulaire Valls qui doit être retenu.

Au-delà de 15 millions d'euros sur une année, la subvention doit être autorisée par la Commission européenne avant d'être versée. Les subventions accordées à certains services sociaux sont néanmoins exclues de notification à la Commission européenne, même si leur montant dépasse ce seuil. Cela concerne les hôpitaux, les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et l'inclusion sociale de groupes vulnérables.

⁷⁶ www.associations.gouv.fr/la-circulaire-du-premier-ministre-les-nouvelles-relations-entre-les-pouvoirs-publics-et-les-associations.html

Les règles de cumul

« Les aides de minimis Sieg ne peuvent pas être cumulées avec des aides d'État pour les mêmes dépenses admissibles si ce cumul conduit à une intensité d'aide dépassant le niveau précisé, dans des circonstances spécifiques de chaque cas, par un règlement d'exemption ou une décision adoptés par la Commission.

Les aides de minimis Sieg sont cumulables avec les aides de minimis accordées conformément à d'autres règlements de minimis, dans la limite du plafond de 500 000 € par entreprise sur une période de trois exercices fiscaux. Cela signifie, par exemple, que si une entreprise a déjà perçu 150 000 € au cours des trois exercices fiscaux précédents, elle peut encore recevoir jusqu'à 350 000 € au titre du règlement des minimis relatif aux Sieg.

Le plafond de 500 000 € par entreprise est donc un maximum absolu pour tous les types d'aides de minimis cumulées, qu'elles soient accordées pour le même Sieg ou des Sieg différents. Il s'applique indépendamment du fait que le montant accordé au titre du règlement de minimis général l'ait été pour un Sieg ou pour une activité distincte ne relevant pas d'un Sieg.

Une aide de minimis Sieg ne peut se cumuler pour le même Sieg et la même période avec une autre compensation, que celle-ci soit ou non une aide d'État. Par conséquent, pour éviter d'être qualifié d'aide d'État, le montant total de la compensation octroyée pour un Sieg doit soit répondre aux conditions énoncées dans l'arrêt Altmark, soit ne pas excéder le seuil de minimis relatif aux Sieg.

En revanche, si un prestataire se voit confier la gestion de plusieurs Sieg, il peut, pour l'un des Sieg, être compensé au titre des règlements de minimis relatifs aux Sieg, pour un autre Sieg recevoir une compensation conforme aux quatre conditions de l'arrêt Altmark et pour un troisième Sieg percevoir une compensation au titre de la décision ou de l'encadrement Almunia. » (Guide de la Commission, avril 2013, points 78 à 81.)

D. L'acte de mandatement d'un Sieg pour les compensations de services publics supérieures à 500 000 € sur trois ans pour une activité économique



Le mandatement est un acte officiel de reconnaissance du Sieg qui peut prendre des formes diverses. Une loi ou un décret, délibération de l'autorité publique, un marché de service public ou une convention de délégation de service public constituent des formes de mandatement. **Mais une convention d'objectifs peut aussi constituer un mandatement si elle contient les précisions suivantes⁷⁷ :**

- le contenu des missions proposées par l'association et reconnues d'intérêt général par la personne publique ;
- le territoire concerné ;
- la durée limitée ;

⁷⁷ Document de travail des services de la Commission, 7 décembre 2010.

- l'engagement de l'association de mettre en œuvre les actions ou activités reconnues comme Sieg dans les conditions du service public ;
- la nature, le cas échéant, des droits exclusifs (exclusivité d'exercice de l'activité) ou spéciaux (marchés réservés à certaines catégories d'opérateurs) accordés à l'association ;
- les paramètres de calcul de la subvention, de contrôle et de révision ;
- les modalités de récupération des éventuelles « surcompensations » (c'est-à-dire lorsque le financement public alloué excède ce qui est nécessaire pour financer le service, au-delà d'un bénéfice raisonnable) et les moyens d'éviter ces excédents.

La notion de mandatement, c'est-à-dire la reconnaissance par la personne publique de l'intérêt général n'est pas incompatible avec la notion de subvention (même si ici le terme juridique est « compensation de service public ») impliquant une initiative associative. Ainsi, lorsque dans le modèle de convention d'objectifs de l'annexe 3 de la circulaire Valls, l'expression « service public » est utilisée, c'est au sens communautaire du terme. Elle ne traduit pas une délégation de service public qui n'aurait pas respecté les règles de mise en concurrence.

La difficulté du droit des subventions provient donc de la conjugaison des deux législations :

- le droit français : il est fondamental de mettre en exergue et de préserver l'initiative privée sans laquelle nous ne serions pas dans le champ d'application de la subvention mais de la commande publique (*voir ci-dessus*) ;
- le droit européen : l'existence d'un Sieg implique de respecter les contraintes résultant du régime du paquet Almunia. L'acte de puissance publique (mandatement) doit reconnaître officiellement l'intérêt général de l'activité de l'association qui doit s'engager à l'exercer dans le respect des grands principes généraux régissant le service public. Mais le respect des principes du service public peut résulter d'un choix de l'association ou des obligations résultant d'un agrément (par exemple l'agrément Jeunesse et éducation populaire).

Le financement public alloué doit être calculé de façon à compenser les seules charges de l'activité reconnue comme Sieg. L'association doit présenter à l'appui de sa demande de subvention un budget prévisionnel détaillé en recettes et en dépenses.

Si seule une partie de l'activité de l'association, une manifestation par exemple, est reconnue comme Sieg, l'association devra tenir une comptabilité analytique présentant les charges de fonctionnement direct ainsi qu'une quote-part des charges de structure et d'amortissement des investissements nécessaires au Sieg.

La subvention allouée ne doit pas entraîner une « surcompensation » qui fausserait la concurrence. Mais cela n'interdit pas de réaliser un « bénéfice raisonnable », nécessaire d'ailleurs à assurer la pérennité de l'association. Selon la Commission européenne, cette notion de bénéfice raisonnable se calcule en principe selon deux méthodes, l'une comme l'autre inadaptées aux associations :

- le taux de rendement interne du capital investi compte tenu du risque encouru ;
- ou le taux de Swap (taux des prêts interbancaires) majoré de 100 points.

Mais elle admet que d'autres indicateurs sont possibles, comme le rendement moyen des capitaux propres, de l'actif ou de la marge d'exploitation.

★ Le projet de circulaire Valls proposait initialement un taux de 4 %, qui a finalement été retiré du texte publié, ce qui laisse à l'administration une marge d'appréciation. Cette question se

pose en réalité rarement car les subventions sont très majoritairement inférieures au coût de revient du service.

La circulaire Valls en regard des réglementations européennes

L'une des avancées importantes de la circulaire Valls est d'imposer à l'administration d'examiner si l'activité de l'association pour laquelle la subvention est demandée peut être qualifiée d'intérêt général non économique.

Les États ont un grand pouvoir discrétionnaire pour définir le type de services non économiques. On y trouve par exemple pour la France la Sécurité sociale, certains établissements de santé comme les hôpitaux, le contrôle aérien, l'école obligatoire, etc. ou encore les services régaliens comme la police, la justice, l'armée, etc. Mais aussi ce que décident les États dans le cadre de leurs prérogatives.

Afin de qualifier si une activité est économique ou non économique, les services administratifs doivent examiner des faisceaux d'indices :

- la nature du produit ou du service proposé par l'association ;
- l'environnement dans lequel intervient l'association pour cette activité ainsi que les conditions d'exercice de l'activité :
 - l'existence d'une concurrence pour un service analogue rendu dans un même périmètre économique et territorial⁷⁸ (zone de chalandise) par d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif⁷⁹. Ainsi, si les besoins ne sont pas satisfaits sur le territoire pertinent par ces autres opérateurs lucratifs, le service rendu pourra être réputé non économique ;
 - l'examen des conditions d'exercice du service d'intérêt général : prix du produit ou du service (exemple d'un service gratuit ou proposé à un prix modique ou sa modulation en fonction des moyens du public bénéficiaire⁸⁰) ;
- l'examen du coût de production. Cet examen permet d'apprécier la recherche par l'opérateur de profits pour lui ou ses membres⁸¹, et si l'association procède à une recherche systématique de profits. Le fait que l'aide demandée permet de couvrir les coûts variables, fixes et permanents nécessaires pour fournir le service sans procurer de profit aux membres et aux bénévoles est un élément déterminant. Par ailleurs, le recours à des salariés est possible mais doit rester limité aux nécessités du fonctionnement⁸² ;
- le degré d'autonomie de l'association par rapport à une ou plusieurs autorités publiques⁸³ ;

⁷⁸ Décision de la Commission dans l'affaire N 258/00 – Allemagne – Piscine Dorsten (JO C 172 du 16 juin 2001, p. 16) ; décision de la Commission dans l'affaire N 257/07 – Espagne – Subventions de productions théâtrales au Pays basque (JO C 173 du 26 juillet 2007, p. 2) ; décision de la Commission dans l'affaire N 630/03 – Italie – Aide en faveur des musées locaux de la Région Sardaigne (JO C 275 du 8 décembre 2005, p. 3) ; décision de la Commission dans l'affaire N 543/01 – Irlande – Amortissement fiscal pour les hôpitaux (JO C 154 du 28 juin 2002, p. 4).

⁷⁹ Arrêt du 10 janvier 2006 dans l'affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. Rec. p. I-289, points 123.

⁸⁰ Arrêt du 22 janvier 2002 dans l'affaire C-218/00, Cital et INAIL (Recueil 2002, p. I-691, point 40) ; affaire C-244/94, FFSA e.a. points 9 et 17 à 20 ; affaire C-67/96, Albany, points 81 à 85. Voir aussi l'arrêt du 21 septembre 1999 dans les affaires jointes C-115/97 à C-117/97, Brentjens' (Recueil 1999, p. I-6025, points 81 à 85), l'arrêt du 21 septembre 1999 dans l'affaire C-219/97, Drijvende Bokken, (Recueil 1999, p. I-6121, points 71 à 75) et l'arrêt du 12 septembre 2000 dans les affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a., points 114 et 115.

⁸¹ Affaires jointes C-115/97 à C-117/97, Brentjens' ; arrêt du 16 mars 2004 dans les affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband (Recueil 2004, p. I-2493, points 47 à 55) visant l'existence d'un but lucratif ou non.

⁸² Arrêt 11 décembre 2014, Aff. C-113/13 Azienda sanitaria locale n.5 « Spezzino » e.a./ San Lorenzo società cooperativa sociale e.a.

⁸³ Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre (Recueil 1993, p. I-637, point 14) ; arrêt du 22 janvier 2002 dans l'affaire C-218/00, Cital et INAIL (Recueil 2002, p. I-691, points 43 à 48) ; arrêt du 16

- le fait d'être titulaire d'un agrément de l'État.

Enfin, la circulaire Valls propose des modèles de convention qui peuvent s'adapter aux réglementations européennes sur les aides d'État et compensations de service public :

- un modèle simplifié de convention pluriannuelle d'objectifs pour les associations, qui peut être utilisé dans les trois cas : subvention dans le cadre de loi ESS, pour une aide d'État dans le cadre des aides *de minimis*, ou des Sieg. Elles auront des spécificités et devront néanmoins être adaptées suivant les cas ;
- un cadre de subvention pour des services d'intérêt général non économiques (Signe), ou dans un cadre d'aides publiques sous le régime de droit commun *de minimis* fixé à 200 000 € sur trois ans ou encore bénéficiant d'un montant total cumulé d'aides publiques sur trois ans inférieur à 500 000 € encadrées par un mandatement de service économique d'intérêt général (Sieg) ;
- Un modèle de convention pluriannuelle d'objectifs pour les associations exerçant une activité économique bénéficiant d'un montant cumulé d'aides publiques supérieur à 500 000 € conforme aux exigences communautaires sur les aides d'État.

Ces modèles peuvent servir soit dans le cas de la subvention au sens de la loi ESS, soit dans le cas des *minimis* ou des Sieg.

À retenir

1/ Les aides à des Signe ne dépendent pas de critères de plafond ou d'encadrement spécifique car elles ne sont pas concernées par les réglementations sur les aides d'État.

2/ Les aides dites *de minimis* sont celles dont le montant est considéré par la Commission européenne comme trop faible pour affecter la concurrence et avoir un impact sur les échanges seuil est de 500 000 € sur trois ans s'agissant des services d'intérêt général alors qu'il n'est que de 200 000 € sur trois ans pour les aides versées à des entreprises en dehors de toute mission d'intérêt général. Par principe, seules les associations d'intérêt général pouvant être subventionnées, c'est le seuil de 500 000 € qui leur est applicable.

Même si les subventions allouées excèdent le seuil *de minimis*, une convention d'objectifs demeure possible. Contrairement à des idées reçues largement diffusées auprès des personnes publiques, il n'est nullement obligatoire de « passer en marché public » au-delà du seuil de 500 000€ ! Mais il est nécessaire de répondre aux exigences d'un « mandatement » (voir modèle de convention de l'annexe 3 de la circulaire Valls).

E. Les dérogations en fonction de l'objet du projet économique aidé



L'aide d'État peut également être compatible avec le marché intérieur en vertu de différentes dérogations prévues par les traités⁸⁴.

mars 2004 dans les affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband (Recueil 2004, p. I-2493, points 51 à 55).

⁸⁴ Les dérogations sont prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE. L'examen des régimes d'aides d'État est quant à lui organisé par l'article 108 du TFUE.

Lorsqu'elles sont autorisées à des opérateurs économiques, les aides doivent en règle générale faire l'objet d'une notification à la Commission européenne et elles ne peuvent être octroyées qu'après son approbation.

Depuis 2001, la Commission a cependant adopté des règlements qui permettent aux États membres d'accorder certaines catégories d'aides aux entreprises sans notification préalable lorsque ces aides remplissent des critères prescrits. Ils doivent cependant informer, dans une procédure simplifiée, la Commission de tout régime d'aide mis en place sur le fondement de ces règlements. Ainsi, les aides qui sont octroyées sur la base de ces régimes exemptés de notification et qui en respectent toutes les conditions sont présumées compatibles avec le marché intérieur. Il s'agit du règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) qui est modifié régulièrement.

Une dérogation est ainsi prévue dans le RGEC, s'agissant du domaine de la culture. Déjà l'article 107, paragraphe 3 du TFUE dresse-t-il la liste des aides déclarées compatibles par la Commission européenne, et vise notamment le secteur culturel. Il prévoit en effet que :



« Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur : (...) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun. »

Cette dérogation particulière rappelle que le secteur culturel n'échappe pas au contrôle des aides d'État. Toutefois, il peut bénéficier d'une dérogation de notification préalable, sous justification d'une présomption de compatibilité sur certaines aides à des activités culturelles économiques régulées par la concurrence.



Ainsi, en 2014, le nouveau RGEC dispose en son alinéa 72 de ses considérants :

« Dans le secteur de la culture et de la conservation du patrimoine, certaines mesures prises par les États membres sont susceptibles de ne pas constituer des aides, du fait qu'elles ne satisfont pas à tous les critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1 du traité, par exemple parce que le bénéficiaire n'exerce aucune activité économique ou parce que les mesures en question n'affectent pas les échanges entre États membres. Dans les cas où l'article 107, paragraphe 1 du traité leur est applicable, les institutions et les projets culturels ne génèrent généralement pas de distorsions de concurrence sensibles, et la pratique décisionnelle a montré que les aides dont ils bénéficient ont un effet limité sur les échanges. L'article 167 du traité reconnaît l'importance de la promotion de la culture pour l'Union et ses États membres et prévoit que l'Union doit tenir compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures.

Étant donné que le patrimoine naturel joue souvent un rôle essentiel dans la formation du patrimoine artistique et culturel, il y a lieu que la conservation du patrimoine au sens du présent règlement soit comprise comme couvrant aussi le patrimoine naturel lié au patrimoine culturel ou officiellement reconnu par les autorités publiques compétentes d'un État membre. En raison de la double nature de la culture, qui est, d'une part, un bien économique offrant des débouchés importants pour la création de richesses et d'emplois et, d'autre part, le vecteur d'identités, de valeurs et d'opinions qui sont à la fois le reflet et le ciment de nos sociétés, les règles relatives aux aides d'État doivent tenir compte des particularités de la culture et des activités économiques qui y sont liées. Il convient d'établir une liste des objectifs et activités culturels admissibles et de préciser les coûts admissibles. L'exemption par catégorie doit s'appliquer tant aux aides à l'investissement qu'aux aides au fonctionnement inférieures à des seuils déterminés, pour autant que toute surcompensation soit exclue. En règle générale, il convient que cette exemption ne s'applique pas


aux activités telles que la presse et les magazines (écrits ou électroniques) qui, bien que présentant un caractère culturel, sont de nature essentiellement commerciale, et ce en raison du risque plus important de distorsions de la concurrence qu'elles supposent. Ne doivent en outre pas figurer sur la liste des objectifs et activités culturels admissibles les activités commerciales telles que la mode, le stylisme ou les jeux vidéo. »

Le règlement est ainsi appliqué « *aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine* »⁸⁵, dont le champ d'application et les critères d'application sont décrites précisément à l'article 53, section 11.

Il en est ainsi des aides attribuées aux objectifs et activités culturels suivants :

- les musées, les archives, les bibliothèques, les centres ou espaces artistiques et culturels, les théâtres, les opéras, les salles de concert, les autres organisations de spectacles vivants, les institutions chargées du patrimoine cinématographique ;
- le patrimoine matériel, ce qui inclut toutes les formes de patrimoine culturel mobilier ou immobilier ainsi que les sites archéologiques, les monuments, les sites et bâtiments historiques, le patrimoine naturel lié au patrimoine culturel ou officiellement reconnu comme appartenant au patrimoine culturel ou naturel par les autorités publiques compétentes d'un État membre ;
- le patrimoine immatériel sous toutes ses formes, y compris les coutumes et l'artisanat folkloriques ;
- les événements artistiques ou culturels, les festivals, les expositions ;
- les activités d'éducation culturelle et artistique ainsi que la promotion de la diversité des expressions culturelles au moyen de programmes éducatifs et de programmes ;
- l'écriture, l'édition, la production, la distribution, la numérisation et la publication d'œuvres musicales et littéraires, y compris de traduction.

Les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine peuvent prendre la forme d'aides à l'investissement, notamment d'aides à la construction ou à la modernisation d'infrastructures culturelles et d'aides au fonctionnement.

 S'agissant de la condition relative à l'absence d'impact sur la concurrence, la Commission européenne considère, par exemple, que ne sont pas vraiment susceptibles d'influencer le marché européen les événements culturels qui, pour des raisons linguistiques, géographiques ou par leurs moyens limités, sont peu susceptibles d'attirer des visiteurs d'autres États membres. En revanche, les aides attribuées aux grandes institutions culturelles ou événements renommés, qui font l'objet d'une large promotion en dehors de leur région et qui peuvent attirer un public provenant des autres États membres, sont susceptibles d'affecter le marché intracommunautaire.

► **Attention** : le juge administratif n'hésite pas à contrôler le respect du droit des aides d'État lorsqu'il est saisi de la légalité d'une subvention⁸⁶. De même, le juge communautaire n'hésite pas à exiger le remboursement des subventions illégales⁸⁷.

⁸⁵ Article 1^{er} du règlement N651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

⁸⁶ Conseil d'État, 13 juillet 2012, n° 347073.

⁸⁷ Cour de justice de l'Union européenne, 4 septembre 2014, aff C-533/12 P.

III. L'ASSOCIATION, PRESTATAIRE DES COLLECTIVITÉS

Enfin, les associations, comme tout opérateur économique, peuvent également répondre aux procédures de mise en concurrence lancées par les collectivités publiques pour satisfaire leurs besoins propres. Elles deviennent alors prestataires de service en appliquant le cahier des charges quantitatif et qualitatif établi par la collectivité publique.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, l'importance du bénévolat dont bénéficient certaines associations n'est pas de nature à remettre en cause leur caractère d'opérateur économique dès lors qu'elles interviennent sur un marché concurrentiel mais qu'il ne leur procure pas un avantage qui fausserait le libre jeu de la concurrence et qui leur interdirait de répondre à un marché⁸⁸.

En revanche, un marché passé avec une association n'ayant pas le caractère d'opérateur économique échappe aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Par exemple, le Conseil d'État a exclu du champ d'application du Code des marchés publics les conventions d'objectifs passées entre l'État et une fondation pour la gestion des œuvres sociales du personnel d'un ministère (séjours de vacances, centres de loisirs pour enfants ou pour les familles). Il a considéré que les activités en cause avaient une connotation sociale marquée et ne présentaient pas, par nature, un caractère « économique⁸⁹ ».

La notion d'opérateur économique est transposée par le Conseil d'État aux délégations de service public⁹⁰. Ainsi, une association créée par des collectivités publiques pour exercer une mission de service public à caractère administratif peut recevoir des subventions, lorsqu'elle ne peut être assimilée à une entreprise intervenant sur un marché concurrentiel. Les collectivités publiques peuvent se dispenser de passer un marché public lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles elle l'exerce, l'association ne saurait être regardée comme un opérateur économique sur un marché concurrentiel.

Néanmoins, cette qualification d'opérateur économique est généralement interprétée de façon très restrictive et cette possibilité de s'exonérer est largement délaissée par les personnes publiques.

A. Marchés publics : les associations, des prestataires comme les autres ?



1. Droit général des marchés publics

Les marchés publics viennent de faire l'objet d'une réforme importante⁹¹ afin de transposer en France une nouvelle directive européenne⁹².

⁸⁸ Voir arrêts CJUE du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Rec. p. I-8089, points 21 et 22) et *Commission/Italie*, 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.* (C-159/11), arrêts du *Consiglio di Stato* du 23 janvier 2013, n° 387, et du 15 avril 2013, n° 2056.

⁸⁹ Avis du Conseil d'État, 23 octobre 2003, req. n° 369315, *Fondation Jean-Moulin*, *Contrats publics - ACCP*, n° 34, juin 2004, p. 74.

⁹⁰ CE 6 avril 2007, n° 284736, *Ville d'Aix-en-Provence*.

⁹¹ Ordonnance relative aux marchés publics et ses décrets d'application n°2016-360 (marchés publics) et n°2016-361 (marchés de défense ou de sécurité) du 25 mars 2016 entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016.

Les marchés publics, au sens de l'ordonnance, sont :



« Les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

Il est intéressant de noter que les subventions, par cette ordonnance du 23 juillet 2015, font leur incursion au sein des textes relatifs à la commande publique, à l'article 7, afin justement de les exclure du champ d'application des règles de la commande publique, sauf dispositions spécifiques.

Les marchés publics sont soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence qui varient à la fois en fonction de l'identité de l'acheteur (État, collectivités territoriales, etc.), de l'objet du marché et du montant estimé du marché.

- **En dessous du seuil de 25 000 €⁹³**, aucune procédure de mise en concurrence et de publicité n'est formellement obligatoire. Il convient néanmoins de respecter les principes fondamentaux de la commande publique : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. Ainsi, il est demandé aux acheteurs publics de veiller dans ce cas, à :
 - choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
 - respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics ;
 - ne pas contracter systématiquement avec le même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

Toutefois, ce seuil de 25 000 € de dispense de procédure a été relevé à 90 000 € hors taxes pour les marchés publics de fourniture de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre⁹⁴. Pour ces achats, les acheteurs ne sont soumis qu'à l'obligation, de bon sens, de veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, c'est-à-dire d'acheter de manière pertinente en sollicitant, s'il y a lieu, différents prestataires.

Toutefois, si l'acheteur estime nécessaire de procéder à une mise en concurrence, ces marchés publics sont soumis aux dispositions applicables aux marchés à procédure adaptée.

- **Entre 25 000 € et les seuils d'appels d'offres formalisés (soit 135 000 € pour l'État et ses établissements publics et à 209 000 € pour les collectivités territoriales)** la personne publique est tenue d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence, mais elle est libre d'organiser sa procédure comme elle l'entend, dans le respect des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La procédure de passation de ces marchés doit être adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; c'est ce que signifie leur appellation de marchés à procédure adaptée (Mapa).

Cependant, pour certains services, un Mapa peut être passé quel que soit le montant du marché. En raison de la spécificité de ces marchés publics, les acheteurs sont autorisés à ne

⁹² Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

⁹³ Seuil en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2015.

⁹⁴ Article 30, 9° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

pas recourir aux procédures formalisées, quel que soit le montant du besoin à satisfaire. Le secteur culturel fait partie des services concernés (*voir ci-dessous*) ;

- **Lorsque ces seuils de 135 000 € ou de 209 000 € sont franchis**, les pouvoirs adjudicateurs doivent passer leur marché selon l'une des quatre procédures formalisées suivantes :
 - l'appel d'offres ;
 - la procédure concurrentielle avec négociation ;
 - la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (à distinguer de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable) ;
 - ou encore le dialogue compétitif.

2. Les marchés à procédure adaptée (Mapa)

Les acheteurs peuvent avoir recours à des marchés à procédure adaptés (Mapa) soit lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils de procédure formalisée, soit en raison de leur objet – dans ce cas, quel que soit leur montant.



Selon l'article 27 du décret du 25 mars 2016, lorsque la valeur du marché est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée « *dont il fixe librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

L'article 28 du décret du 25 mars 2016 donne la possibilité de recourir à un Mapa pour certains services sociaux et autres services spécifiques, au titre desquels figurent notamment⁹⁵ les « *services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé : services récréatifs, culturels et religieux ; services d'organisation d'expositions, de foires, de congrès, de séminaires, d'événements, de festivals, de fêtes, de défilés de mode ; services de gestion de bibliothèque, d'archivage et de catalogue ; services d'enseignement et de formation ; services récréatifs, culturels et sportifs* ».

Les acheteurs peuvent donc avoir recours à une procédure adaptée pour leurs marchés culturels.



► **Attention** : si les modalités de la procédure sont librement fixées par l'acheteur, ces dernières doivent être en adéquation avec l'importance du marché. Le juge administratif n'hésite pas à censurer un marché dont les mesures de publicité et de mise en concurrence sont jugées insuffisantes. De même, si l'acheteur décide de se référer à une procédure formalisée, il sera intégralement tenu de l'appliquer.


3. Création artistique : le recours à la procédure négociée


Le décret du 26 mars 2016 reprend le mécanisme de la procédure négociée qui était prévue par le Code des marchés publics, notamment au bénéfice des créations artistiques.


★ Les acheteurs peuvent ainsi passer un marché public négocié **sans publicité ni mise en concurrence préalable** notamment lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, tel est le cas s'agissant de « *la création ou de l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique* » ou encore en raison

⁹⁵ JORF n° 0074 du 27 mars 2016.

des droits d'exclusivité, notamment des droits de propriété intellectuelle, rendant inutile une procédure de mise en concurrence.

 Le Conseil d'État a illustré, pour la première fois, la notion d'absence de mise en concurrence et de publicité lorsque « *ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré* » (ex-article 28 du Code des marchés publics) en matière sportive. Il considère que l'acquisition de places par le conseil général du Rhône pour assister à des matchs de l'Olympique lyonnais constitue bien un marché public, devant être défini quantitativement et qualitativement. Cependant, ces prestations ont un caractère unique : une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football est le distributeur, s'avérait impossible au sens des dispositions de l'ex-article 28-II du Code des marchés publics⁹⁶.

 Dans ces hypothèses, les acheteurs peuvent négocier librement avec l'opérateur réputé être l'unique prestataire possible. Ainsi, la ville de Marseille a pu verser une subvention de 1,55 millions de francs (236 300 €) à la société Adam Production pour l'organisation d'un spectacle de Johnny Hallyday le 16 juillet 2000 au stade Vélodrome, sans passer par un marché⁹⁷. Les juges du tribunal administratif de Marseille ont en outre considéré que « *le spectacle subventionné (...) contribue à donner de la ville de Marseille une image attractive ; que, par ailleurs, la délibération et la convention prévoient que la ville de Marseille est mise en valeur dans les actions de communication menées à l'occasion de ce spectacle, notamment par l'apposition du logo Marseille 2000 sur les billets et affiches (...); que le versement de la subvention litigieuse présentait bien une certaine utilité communale* ».

 Autre exemple ayant donné lieu cette fois à une condamnation pénale pour délit de favoritisme : dans cette affaire, un maire avait attribué sans mise en concurrence à une société de production un marché relatif à l'organisation d'un festival international des folklores et traditions populaires, d'un montant de 1,3 million de francs. Informé par le préfet de l'irrégularité de ce marché en violation du Code des marchés publics, le maire le résilie mais ordonne à une association para-municipale de passer un contrat avec cette même société de production, reprenant les termes du premier contrat et octroie à l'association une subvention de 1,3 million de francs pour financer le festival. Mais ce seul point était insuffisant pour caractériser le délit de favoritisme. Pour apprécier si le maire de la commune avait procuré un avantage injustifié à la société de production compte tenu de la nature du marché, la chambre criminelle de la Cour de cassation devait également déterminer si la commune était astreinte, ou non, aux règles de publicité et de mise en concurrence. La manifestation présentait-elle un caractère culturel et une originalité marquée justifiant une absence de mise en concurrence ? La Cour conclut de façon négative après avoir relevé que ce festival, tel que décrit contractuellement, consistait en un simple défilé, une parade de rue et en un spectacle exécuté par deux cents artistes, organisés en troupes folkloriques de différents pays, non identifiés dans le projet. Les artistes, non professionnels, étaient interchangeables et leur organisation pour le défilé, indéterminée, sans chorégraphie particulière. Le contenu de la manifestation était modulable et scindable. Ce festival, selon les juges apparaissait davantage comme une manifestation événementielle que culturelle ! Aucun élément ne caractérisait donc l'impossibilité absolue d'organiser une mise en concurrence de la société de production, et de recourir pour tout ou partie de la


⁹⁶ Conseil d'État, 28 janvier 2013, n° 356670, Département du Rhône.


⁹⁷ Tribunal administratif de Marseille, 20 décembre 2002, Préfet des Bouches-du-Rhône contre Ville de Marseille, 1^{re} chambre, n° 0004215, comm. O. Grimaldi, Johnny Hallyday et le service public communal, RGCT, n° 27, janvier - février 2003, pp. 527-534.

manifestation à un autre intervenant⁹⁸. Pour qu'une création culturelle soit protégeable et puisse justifier une dérogation aux règles de la commande publique, elle doit constituer une œuvre de l'esprit, une création originale.

Si cette faculté offre la vertu de la simplicité, l'acheteur devra cependant être en mesure de démontrer à la fois que seul l'opérateur retenu était en mesure de répondre à ses besoins et qu'aucun autre procédé ne pouvait satisfaire ses besoins.

Ainsi, selon les services de la direction des affaires juridiques⁹⁹ :

 « Le recours à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour faire réaliser une œuvre est irrégulier dès lors qu'il n'est pas établi que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables. Il appartient au pouvoir adjudicateur de justifier que le choix d'un prestataire relève de raisons artistiques particulières ».

 À titre d'exemple : une commune avait conclu un marché public avec un artiste pour la création d'une sculpture monumentale devant être implantée sur le domaine public communal, sans publicité ni mise en concurrence préalable. Une association de riverains a contesté la délibération commandant cette œuvre. En défense, la commune se prévalait des dispositions permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence. Le juge administratif annule cependant ladite délibération en retenant que « la commune n'établit pas que des raisons artistiques particulières, lesquelles ne sont pas même exposées, auraient exigé que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée (...), soit confiée exclusivement à cet artiste¹⁰⁰ ».

Le fait de commander des prestations artistiques ne suffit donc pas à s'exonérer des règles de publicité et de mise en concurrence, il faut démontrer des raisons artistiques particulières et en particulier l'existence d'un véritable projet artistique¹⁰¹.

L'association, elle-même pouvoir adjudicateur ?

Comme vu précédemment, les associations peuvent être amenées à devoir se comporter comme de « simples » prestataires des personnes publiques. Cependant, les liens entretenus entre une association et une personne publique peuvent également avoir des conséquences directes sur les achats de l'association elle-même.

En effet, selon les articles 9 et 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et reprenant la directive européenne 2014/24/UE :

« Les acheteurs publics ou privés à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11. »

« Les pouvoirs adjudicateurs¹⁰² sont :

⁹⁸ Cass. crim., 7 novembre 2012, n° 11-82961.

⁹⁹ Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique. www.economie.gouv.fr/daj

¹⁰⁰ Cour administrative d'appel de Marseille, 30 septembre 2013, n° 11MA00299.

¹⁰¹ En ce sens, voir ci-dessus, Cass. crim. 7 novembre 2012, n° 11-82961 s'agissant d'un spectacle folklorique sans originalité.

¹⁰² La notion de pouvoir adjudicateur est utilisée pour désigner l'acheteur public en tant que personne morale dans les directives communautaires. www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Pouvoir-adjudicateur.htm

1/ Les personnes morales de droit public ;
2/ Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont :
a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
c) 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 ;
3/ Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. »


Des dispositions similaires figurent au sein de l'ordonnance du 26 janvier 2016 relative aux contrats de concession (articles 8 et 9), la même définition des pouvoirs adjudicateurs est donc retenue pour la passation des délégations de service public.

Ainsi, dès lors qu'une association dispose d'un budget composé à plus de 50 % de fonds publics et qu'elle a été créée spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial ou s'est vu confier par la suite la charge de tels besoins¹⁰³, elle devra elle-même se soumettre, pour ses propres achats, aux procédures de droit public de publicité et de mise en concurrence prévues par les ordonnances et leurs décrets d'application, dans les mêmes conditions qu'une personne publique. Les associations constituent ainsi un important vivier de pouvoirs adjudicateurs qui s'ignorent !

4. Secteur culturel : réservez vos places !

★ Une réelle innovation a été introduite par l'ordonnance 23 juillet 2015¹⁰⁴, dont cependant seule l'utilisation ou non par les collectivités permettra de connaître l'importance concrète réelle pour le secteur. Il est en effet introduit la faculté de réserver des marchés publics ou certains lots à une nouvelle catégorie d'entreprises : les entreprises de la loi relative à l'économie sociale et solidaire (dite loi ESS) et ce, notamment dans le secteur culturel¹⁰⁵.

L'article 37 prévoit en effet :

 « I. - Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, **peuvent être réservés par un pouvoir adjudicateur**, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, **aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 susvisée et à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.**

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises titulaires, au cours des trois années précédant l'attribution de ces marchés, d'un marché public, attribué par ce pouvoir adjudicateur, relatif aux services mentionnés au premier alinéa.

II. - La durée du marché public réservé en application du I ne peut être supérieure à trois ans. »

¹⁰³ CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, aff C-470/99.

¹⁰⁴ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

¹⁰⁵ Auparavant, le Code des marchés publics ne prévoyait la possibilité de recourir à des marchés réservés qu'au profit d'entreprises adaptées ou à des établissements d'aide par le travail employant une proportion minimale de travailleurs handicapés.

Figurent parmi la liste publiée au *Journal officiel* « les services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé » et, parmi ceux-ci, les « services de bibliothèques, archives, musées et autres services culturels ».

Il est donc désormais expressément prévu par la loi la possibilité de réserver certains marchés, notamment dans le secteur culturel, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire et donc, entre autres, aux associations loi 1901 et aux coopératives et plus globalement à toute structure répondant aux critères dégagés par l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et selon lequel :

- *L'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :*

1° Un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;

2° Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ;

3° Une gestion conforme aux principes suivants :

a) Les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ;

b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées. Les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves constituées au titre de la présente loi et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites. La première incorporation ne peut porter que sur la moitié, au plus, des réserves disponibles existant à la clôture de l'exercice précédant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire ayant à se prononcer sur l'incorporation. Les incorporations ultérieures ne peuvent porter que sur la moitié, au plus, de l'accroissement desdites réserves enregistré depuis la précédente incorporation. En cas de liquidation ou, le cas échéant, en cas de dissolution, l'ensemble du boni de liquidation est dévolu soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire au sens du présent article, soit dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires spéciales qui régissent la catégorie de personne morale de droit privé faisant l'objet de la liquidation ou de la dissolution.

II. - L'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre :

1° Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du Code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du Code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le Code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

2° Par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes :

a) elles respectent les conditions fixées au I du présent article ;

b) elles recherchent une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi ;

c) elles appliquent les principes de gestion suivants :

- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire et au moins égale à 20 % des bénéfices de l'exercice, affecté à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire, dite « fonds de développement », tant que le montant total des diverses réserves n'atteint pas une fraction, définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire, du montant du capital social. Cette fraction ne peut excéder le montant du capital social.

*Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;
- le prélèvement d'une fraction définie par arrêté du ministre chargé de l'économie sociale et solidaire et au moins égale à 50 % des bénéfices de l'exercice, affecté au report bénéficiaire ainsi qu'aux réserves obligatoires. Les bénéfices sont diminués, le cas échéant, des pertes antérieures ;
- l'interdiction pour la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la continuité de son activité, dans des conditions prévues par décret. Le rachat de ses actions ou parts sociales est subordonné au respect des exigences applicables aux sociétés commerciales, dont celles prévues à l'article L. 225-209-2 du Code de commerce. »*

On regrettera cependant qu'une telle procédure de marchés réservés ait été limitée aux seuls marchés publics et non élargie aux concessions. En effet, le décret relatif aux contrats de concession ne vise, parmi les concessions réservées, que les contrats de concession attribués à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

► Attention à l'usage de cette disposition :

La limitation apportée à cette réservation et selon laquelle ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises titulaires au cours des trois années précédant l'attribution du marché, d'un précédent marché attribué par ce même acheteur ne manquera pas de soulever des difficultés. Il appartient en effet à la collectivité de décider ou non de réserver un marché à une entreprise de l'ESS. Dès lors, une association ou entreprise de l'ESS, précédemment titulaire de ce type de marché, sera *de facto* exclue de la procédure de mise en concurrence à l'occasion de son renouvellement si la commune décide de passer à nouveau un marché réservé. L'association ne pourra concourir que si la collectivité publique passe un marché ouvert à tous opérateurs. Cette mesure paraît donc particulièrement attentatoire au droit d'accès à la commande publique.



B. Le culturel : un secteur qui se délègue



Outre les marchés publics, les collectivités et autres acheteurs publics peuvent recourir, pour la gestion de leurs services culturels à des délégations de service public. Une délégation de service public répond, comme un marché public, à une commande de la personne publique, c'est-à-dire à une initiative de la personne publique :

Ainsi, selon l'arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2007 (Ville d'Aix-en-Provence) précité :



« Lorsqu'une association exerce sous sa responsabilité, et sans qu'une collectivité publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public. »

L'administration cherche à confier à un tiers qui agit **sous son contrôle, la gestion d'un service public qui lui incombe** soit de par la loi, soit parce qu'elle l'a créé avant de le déléguer :

« Le service public doit relever de la responsabilité de la collectivité contractante en vertu d'une obligation légale ou créée à son initiative. Aucune disposition légale ou réglementaire ne fait obligation à l'État d'assurer la conservation du patrimoine cinématographique dont la Cinémathèque assume la charge. La mission remplie en ce domaine par cette institution privée, sous sa responsabilité, ne procède pas non plus d'un acte contractuel par lequel l'État lui en aurait confié expressément l'accomplissement. La mission exercée par la Cinémathèque ne correspond donc pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public. Elle s'analyse en la reconnaissance par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante accordée annuellement par le canal du CNC¹⁰⁶. »

Ainsi, l'activité d'une société d'économie mixte qui n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique mais qui exerce, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, ne revêt pas, en l'absence notamment de toute obligation imposée par la commune d'implantation des salles qu'elle exploite et de tout contrôle d'objectifs qui lui auraient été fixés, le caractère d'une mission de service public confiée par la commune. La création de nouvelles salles par cette société n'est donc pas subordonnée à la passation, par la commune, d'une délégation de service public¹⁰⁷.

Le critère de distinction essentiel entre marché public et délégation de service public réside dans le risque d'exploitation encouru par le délégataire.

En effet, le Conseil d'État a précisé que la délégation de service public se caractérisait :

- par son objet, portant sur l'exécution du service public, et par le mode de rémunération du cocontractant de l'administration¹⁰⁸ ;
- cette rémunération devant être **substantiellement** assurée par le résultat de l'exploitation du service¹⁰⁹, ce qui suppose que le délégataire assume une part du risque d'exploitation¹¹⁰.

Le critère déterminant de la délégation de service public est la notion de risque : le délégataire ou concessionnaire doit supporter un risque lié à l'exploitation du service qui lui est transféré.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris a jugé que le marché par lequel une commune confie à une compagnie théâtrale pour une durée de trois ans la production, la programmation, et l'organisation de spectacles dramatiques professionnels de référence nationale, au sein de son théâtre, était en réalité une délégation de service public. En effet, la rémunération de la compagnie était fonction du nombre de représentations et de la fréquentation, la minoration pouvant atteindre 20 % du montant annuel du marché et la majoration consistant en une rétribution complémentaire variant de 50 % à 70 % au prorata du nombre des spectateurs. Alors même que la compagnie ne supportait que dans certaines limites le risque financier d'exploitation, sa rémunération était substantiellement assurée par les résultats de cette exploitation¹¹¹.

Comme en matière de marché public, l'administration qui concède l'exécution d'un service public à un tiers doit définir ses besoins quantitatifs et qualitatifs dans un cahier des charges et doit

¹⁰⁶ Conseil d'État, avis 18 mai 2004, req. n° 370169, Cinémathèque Française

¹⁰⁷ Conseil d'État, 5 octobre 2007, n° 298773, UGC ciné-cité.

¹⁰⁸ Conseil d'État, 22 mars 2000, Époux Lasaulce.

¹⁰⁹ Conseil d'État, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, Smitom.

¹¹⁰ Conseil d'État, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai.

¹¹¹ Cour administrative d'appel de Paris, 16 décembre 2008, n° 07PA00954, Commune de Boulogne-Billancourt.

procéder à une publicité préalable et à une mise en concurrence. Néanmoins, la procédure est distincte de celles régissant les marchés publics.

Le droit des délégations de service public¹¹² a été profondément modifié par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et par le décret du 1^{er} février 2016, qui unifient les régimes applicables aux concessions de travaux, de services et aux délégations de service public en application de la directive européenne.

On ne parle plus de délégation de service public mais de concession.

Selon l'article 5 de l'ordonnance :



« Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. »

S'agissant des règles de publicité et de mise en concurrence, le nouveau dispositif reprend le principe applicable aux marchés publics des procédures formalisées (pour les concessions supérieures au seuil européen) et des procédures adaptées pour les concessions d'une valeur inférieure au seuil européen, qui a été fixé à 5 225 000 € hors taxes.

★ Le décret prévoit également, tout comme pour les marchés publics, la possibilité de conclure un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables notamment lorsque *« le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité »*.

Le mécanisme de la délégation de service public est certainement le plus proche de celui de la subvention dans la mesure où dans les deux cas l'association bénéficiaire ou délégataire supporte un risque réel dans l'exploitation du service ou de l'activité qu'elle gère, soit d'elle-même pour la subvention soit à la demande de la collectivité en cas de délégation de service public.



¹¹² Le droit des délégations de service public était précédemment régi par les articles L.1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Il est désormais régi par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 (JO du 30 janvier 2016), transposant le volet législatif de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Le volet réglementaire est repris dans le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 (JO du 2 février 2016).

ANNEXES

Points de Repère ESS du RTES :

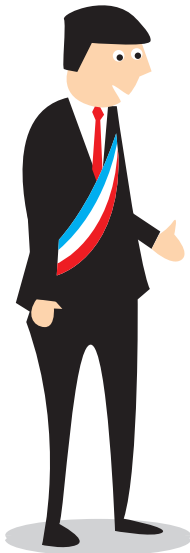
- **Marchés publics & ESS**
- **Les modes de contractualisation collectivités/acteurs de l'ESS**

5

Marchés publics & ESS

Principaux points d'actualisation
au 1er janvier 2017

> Points de RepèrESS



La commande publique constitue un enjeu essentiel de mieux en mieux reconnu pour le développement d'une économie plus solidaire. Le Plan National pour l'Achat Public Durable 2015-2020 affiche des objectifs ambitieux : atteindre, en 2020, 25% de marchés comprenant au moins une disposition sociale et 30% de marchés dotés d'au moins une mesure environnementale¹.

Le paysage juridique est aujourd'hui favorable, avec l'entrée en vigueur de la réforme de la commande publique le 1er avril 2016. Elle a pour objectifs de simplifier et de sécuriser le droit de la commande publique, d'ouvrir davantage la commande publique aux PME et de favoriser ses bénéficiaires sociaux et environnementaux. Les textes de référence s'appliquant désormais aux marchés publics, aux délégations de service public, aux concessions et aux partenariats public-privé sont :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.
- le décret n°2016-360 publié le 27 mars 2016.

Qui transposent les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives aux marchés publics.

La Direction des Affaires Juridiques assure le suivi de cette réglementation notamment sous forme de fiches conseils à destination des acheteurs publics auxquelles on pourra utilement se référer.

Ce Points de RepèrESS synthétise pour les collectivités locales les principaux apports de ce nouveau cadre juridique pour les marchés publics. Il complète le Points de Repères n°4 consacré aux différents modes de contractualisation entre collectivités et acteurs de l'ESS.

¹ En 2013, seuls 6,7 % des marchés d'un montant supérieur à 90 000 € HT comportaient une clause environnementale et 6,1 % une clause sociale ([recensement des achats publics de l'OEAP](#) publié en novembre 2014).

Ce Points de RepèrESS est appelé à être révisé de manière régulière et sera complété par des exemples pratiques.



Avec le soutien de l'Observatoire
des Achats responsables
(ObsAR)



Synthèse des principales dispositions pour des marchés responsables et accessibles aux entreprises de l'ESS :

(dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016)

1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- ▶ Les conditions d'exécution (art.38 de l'ord.) et les critères d'attribution (art.62 du décret)
- ▶ L'utilisation des labels (art.10 du décret)
- ▶ La notion de « cycle de vie » (art.63 du décret)

2 L'extension des marchés réservés

- ▶ Entreprises qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art.36 de l'ord.)
- ▶ Entreprises de l'ESS (art.37 de l'ord.)

3 La simplification des procédures et l'accès facilité aux TPE / PME

- ▶ Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation
- ▶ Exigences réduites
- ▶ Dispense de procédures pour les marchés inférieurs à 25 000 euros

Commande publique :
320 milliards d'euros soit
10% du PIB par an en France



1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- ▶ Les conditions d'exécution (art.38 de l'ordonnance) et les critères d'attribution (art.62 du décret)

La possibilité de mise en œuvre de clauses sociales ou environnementales dans les marchés publics est peu à peu entrée dans les pratiques des acheteurs publics, même si leur utilisation est encore minoritaire. La directive apporte 2 avancées principales :

- la possibilité d'introduire des considérations sociales dans l'objet même du marché (comme c'était déjà le cas des considérations environnementales depuis la directive 2004). Le décret prévoit l'**adjonction**, à côté des caractéristiques environnementales, des **« caractéristiques sociales »** aux spécifications techniques rédigées en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles dans l'objet du marché (art. 6 §2).

L'article 38 §1 de l'ordonnance indique que **la clause sociale d'insertion peut être une condition d'exécution** :

« Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public ».

- le décret (art. 62) intègre, dans les **critères d'attribution**, «la diversité» et «la garantie de la rémunération équitable des producteurs» dans un paragraphe où on retrouve la plupart des éléments RSE, dont **«les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté...»**.

On peut donc faire une clause d'insertion « qualitative »... (comme on savait le faire en reliant les anciens articles 14 et 53-1 du CMP).

« Peut se fonder sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de [l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée](#), parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, ... des conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ».

► L'utilisation des labels (art. 10 du décret)

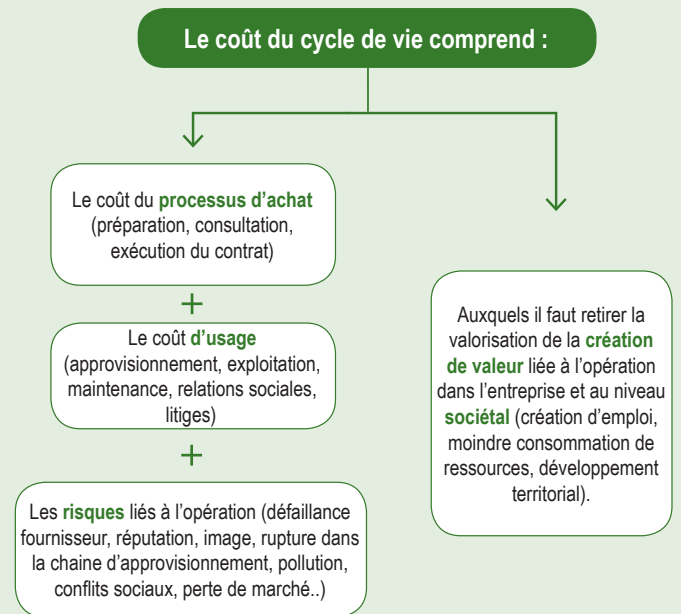
Le **label** peut être exigé par l'acheteur à tous les stades du marché, des spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution, en tant que moyen permettant de prouver que la prestation correspond aux caractéristiques requises (article 10 du décret).

Un travail de repérage des labels de l'ESS qui correspondraient aux conditions de l'article 10 du décret est en cours au sein du Conseil supérieur de l'Economie sociale et solidaire. Parmi ces conditions, on retrouve notamment : critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ; label établi par une procédure ouverte et transparente ; label et spécifications détaillées accessibles à toute personne intéressée ; exigences en matière de label fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

► La notion de coût du « cycle de vie » (art. 63 du décret)

Le prix d'achat n'est plus un critère unique possible pour le choix de la meilleure offre. Il faut désormais utiliser le coût sur l'ensemble du cycle de vie du produit, du service ou des travaux - objet de l'achat, comme introduit comme critère de sélection dans les articles 67 et 68 de la directive européenne 2014/24/UE. Cette exigence du coût de cycle de vie dans les critères d'attribution du marché constitue une étape décisive dans l'objectif d'achat public durable. La méthode utilisée devra reposer sur des critères vérifiables et non discriminatoires.

L'approche cycle de vie (ACV) est une méthode d'identification et de quantification des impacts environnementaux des produits, ouvrages ou services sur l'ensemble des étapes de leur cycle de vie (de l'extraction des matières premières nécessaires à leur fabrication jusqu'à leur élimination en fin de vie, en passant par toutes les étapes intermédiaires). Cette méthode AVC fait l'objet d'une standardisation internationale par les normes ISO14040 et 14044.



2 L'extension des marchés réservés

► Entreprises qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art.36 de l'ord.)

L'article 36 de l'ordonnance prévoit la possibilité de marchés (ou lots) réservés au secteur adapté et protégé des **personnes en situation de handicap** (Article 36, paragraphe 1), mais aussi au secteur de **l'insertion par l'activité économique** (Article 36, paragraphe 2) sous réserve que ces structures emploient un quota minimum de 50% de travailleurs handicapés ou en difficulté.

Le choix d'une procédure de marchés réservés doit concerner des structures du secteur adapté ou protégé des personnes en situation de handicap ou des structures de l'insertion par l'activité économique. Ce choix doit être fait en fonction des besoins de l'acheteur public et de l'existence sur son territoire d'une entreprise en capacité d'y répondre. L'une ou l'autre des procédures de marchés réservés sera utilisée.

Les structures sont mises en concurrence mais la collectivité peut favoriser des réponses collectives au travers par exemple de groupements temporaires d'entreprises.

► Entreprises de l'ESS (art.37 de l'ord.)

Les marchés réservés aux entreprises de l'ESS sont très encadrés dans le cadre de l'article 37 §1 et 2 de l'ordonnance :

- ils sont réservés à certaines activités (services santé, sociaux ou culturels).

- l'entreprise de l'ESS ne doit pas avoir conclu de marché public avec le même pouvoir adjudicateur depuis au moins 3 ans.

Dans ces conditions, les marchés publics peuvent servir de marchés d'amorçage avec durée de 3 ans (lancement structure ou activité) ou d'un outil de changement d'échelle.

Selon Gérard Brunaud¹ : « les marchés réservés concernent l'ensemble des structures IAE dont les ACI. Il vaut mieux utiliser la procédure adaptée de l'article 28² pour les ACI pour faire des marchés d'insertion. Car, si l'on choisit le marché réservé, il est impossible de réserver pour une catégorie de structures. Par ailleurs, le marché réservé n'a pas de lien avec les seuils MAPA ».

1 Propos recueillis lors de la [conférence en ligne RTES](#) «Marchés réservés et clauses d'insertion» du 9 septembre 2016.

2 Voir page suivante concernant l'article 28.

3 La simplification des procédures et l'accès facilité aux TPE / PME

► Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application réaffirment et étendent le principe de l'allotissement à l'ensemble des acheteurs. Tous les marchés publics, sauf exceptions précisées dans l'ordonnance, doivent être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

► Exigences réduites

Aux côtés de l'obligation d'allotir et de généraliser la dématérialisation, les principales avancées portent sur l'exigence de chiffre d'affaires qui ne peut plus dépasser deux fois la valeur estimée du marché ou du lot (art 44) ; les exigences de capacité doivent être proportionnées à l'objet du marché public ; il est, de plus, interdit d'écarter un candidat au seul motif qu'il n'aurait pas de références.

► Dispense de procédures pour les marchés inférieurs à 25 000 euros

Le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics fixe à 25 K€ HT le seuil de dispense de procédure. Pour les achats d'un montant inférieur à 25 K€ HT, les acheteurs peuvent ainsi passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Zoom sur les Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)

Le recours aux **Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)** est possible dans 2 cas :

- Les MAPA **en raison de leur montant** : Les marchés publics dont les montants sont inférieurs aux seuils européens (209 K€ HT pour les marchés publics de fournitures ou de services des collectivités, 5225 K€ HT pour les marchés publics de travaux).

Les «petits lots» d'un marché formalisé : Peuvent être passés selon la procédure adaptée, les lots inférieurs à 80 K€ HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 1 million d'€ HT dans le cas des marchés publics de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots (article 22).

- Les MAPA **en raison de leur objet** : les marchés de services sociaux (art 28 du décret). L'avis JORF n° 0074 du 27 mars 2016 définit les services sociaux et autres services spécifiques qui relèvent de ce MAPA.

Les 3 avantages du MAPA :

- une lettre de commande est suffisante pour des MAPA dont la valeur estimée est égale ou inférieure à 25 K€ HT. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais recommandée.
- la publicité pour les marchés dont la valeur est estimée à moins de 25 K€ n'est pas requise ; entre 25 K€ et le seuil européen applicable aux marchés publics, les modalités de publicité sont adaptées ; il est, par exemple, inutile de publier un avis d'appel à concurrence. Les acheteurs publics disposent ainsi de larges marges de manœuvre pour assurer la mise en concurrence. Entre 25 K€ et 90 K€, les modalités de publicité dépendent du montant, des caractéristiques et du secteur économique concerné.
- la procédure adaptée permet une mise en œuvre plus souple des critères de sélection des offres. L'acheteur n'est pas, par exemple, tenu de rendre publique sa méthode de notation. La pondération des critères de choix obligatoire en procédure formalisée ne l'est pas en procédure adaptée.

Autres leviers pour des marchés responsables :

► Le rôle des réseaux d'acteurs de l'IAE, du handicap et de l'ESS

Animation de plate-forme d'achats responsables permettant d'identifier des fournisseurs, accompagnement de structures pour leur permettre de répondre aux marchés publics, par exemple au sein de groupement momentané d'entreprise (GME) organisation de salons professionnels ou de salons inversés, le rôle des réseaux est important pour permettre aux acteurs de l'ESS d'accéder à la commande publique.

► Le sourcing

En amont de la passation d'un marché public, l'acheteur peut réaliser des consultations, solliciter des avis, faire réaliser des études de marché ou informer les opérateurs économiques du projet de marché (article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016). Parmi les procédures formalisées de principe, figure à présent la procédure concurrentielle avec négociation. Elle permet sous conditions (ex : quand le besoin consiste en une solution innovante qui n'existe pas sur le marché), au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché.

► Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables

Ce schéma est obligatoire depuis la loi sur l'ESS de 2014, pour les collectivités locales dont le montant des achats publics est supérieur à 100 millions d'euros HT par an (environ 200 collectivités concernées). Pour les adhérents au RTES, [retrouvez ici](#) quelques exemples de schémas adoptés.

► Le rôle des facilitateurs

330 facilitateurs apportent leur contribution pour :

- aider au bon calibrage de la clause d'insertion,
- mettre en relation les entreprises et les structures d'insertion par l'activité économique,
- repérer et proposer des personnes en parcours d'insertion,
- suivre sur le terrain la bonne exécution de la clause,
- en évaluer l'impact.

En 2015, 10 millions d'heures d'insertion ont ainsi pu être réalisées par les 162 structures qui ont participé au travail de recensement de l'Alliance Villes emploi (AVE).

4



Les modes de contractualisation collectivités/acteurs de l'ESS

> Points de repères

Subvention, conventions pluriannuelles d'objectifs, appel à projet, recueil d'initiatives, marché public, délégation de service public...

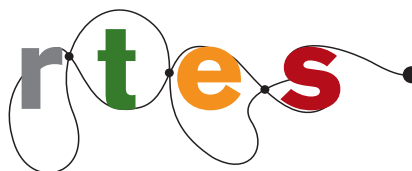
Les modes de partenariat et de contractualisation entre acteurs de l'ESS et collectivités sont divers mais ne sont pas équivalents.

Quels sont les avantages et les contraintes de la subvention ?

À quelles conditions une subvention est-elle compatible avec la réglementation européenne ?

Le recours à un marché public apporte-t-il plus de garantie juridique ?

S'appuyant sur les récentes évolutions législatives, sur la circulaire du 29 septembre 2015 relative aux relations entre pouvoirs publics et associations, sur les précédentes rencontres organisées sur ce thème par le RTES et sur des pratiques de collectivités, voici quelques points de repères à destination des élus et techniciens.



Réseau des collectivités Territoriales pour une Économie Solidaire

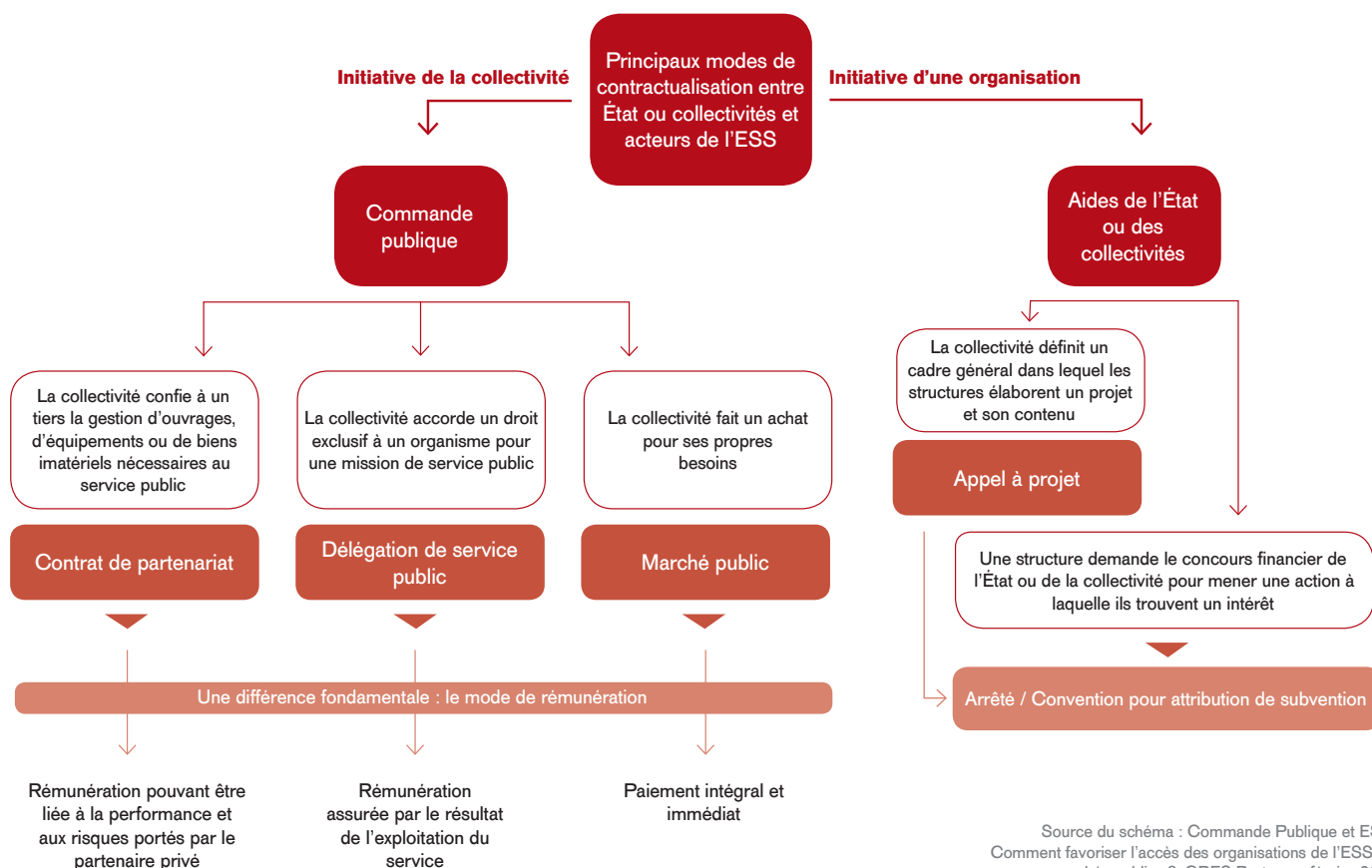
1 Subvention ou commande publique : un choix d'action publique

Les relations entre autorités publiques et acteurs de l'ESS connaissent de profondes transformations. Réforme des règles budgétaires et comptables de l'État, transfert de compétences entre l'État et les collectivités, contraintes budgétaires et réglementation européenne... sont autant de facteurs qui ont conduit à d'importantes modifications des modes de financements publics envers les acteurs de l'ESS. La loi sur l'ESS, adoptée en juillet 2014, a permis l'inscription de la subvention au niveau législatif et ainsi de sécuriser ce mode de financement.

Subvention ou commande publique répondent à des objectifs et des logiques différentes, qu'il importe de connaître afin de permettre aux élus d'avoir le choix dans la mise en œuvre de leur politique publique. Parmi les modifications notables de ces dernières années, le recours aux marchés publics tend à se généraliser sur des secteurs où la subvention était le mode de contractualisation dominant¹.

“Les relations contractuelles avec les associations s'inscrivent à tous les échelons des collectivités et de l'État. Or, deux phénomènes conjugués tendent à réduire la capacité d'innovation associative en période de contraction des budgets publics : la montée en puissance d'appels à projets trop encadrés et la progression significative de l'application parfois inadaptée, des règles de la commande publique.” (Extrait de la circulaire n° 5811-SG du 29 septembre 2015 sur la vie associative)

Les principaux modes de contractualisation peuvent être schématisés comme suit :



Ce schéma met en évidence la principale distinction entre la commande publique et la subvention: la commande publique a pour objectif la satisfaction des besoins des collectivités publiques, les subventions ont pour objectif de rendre possible le projet associatif ou de l'organisme privé qui a un but d'intérêt général

Mais dans la réalité, les choses sont plus complexes, et la question de l'initiative n'est pas toujours simple à identifier ; en particulier dans le cadre de politiques locales d'ESS, souvent co-construites avec les acteurs.

¹ Baisse des subventions en direction des associations de 17% entre 2005 et 2011, augmentation des commandes publiques de 70% Voir notamment Viviane Tchernonog, Le paysage associatif français, Dalloz Juris Editions 2013

Si la collectivité achète un produit ou un service, la commande publique peut être un outil adapté. Le droit de la commande publique repose sur 3 grands principes :

- Principe de liberté d'accès à la commande publique
- Principe d'égalité de traitement des candidats
- Principe de transparence des procédures

La prise en compte d'aspects sociaux et environnementaux dans la commande publique est possible et a été renforcée ces dernières années², avec notamment les caractéristiques sociales et environnementales dans les spécifications techniques du marché public et la consécration des « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » dans les critères d'attribution du marché public.

En outre, des marchés réservés sont possibles depuis 2016, aux côtés du secteur du handicap, pour les structures d'insertion par l'activité économique et, à certaines conditions, pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire.

La loi sur l'ESS rend par ailleurs obligatoire pour certaines collectivités l'élaboration d'un schéma de promotion des achats responsables³.

Quelques idées reçues

• La subvention ne serait pas contrôlable.

FAUX Le contrôle de l'action de l'association, s'il est prévu dans la convention, ne se limite pas à un simple contrôle sur la prestation, objet de la convention, et sur les pièces du marché (comme dans un marché public). Ce contrôle va au-delà de la seule gouvernance de l'association. Il est possible de suspendre, à tout moment, le versement des fonds si l'association ne respecte pas ses obligations contractuelles. Ces fonds sont restitués si l'activité n'est pas réalisée. Il est possible de mettre fin, de manière anticipée, à la convention en versant seulement l'indemnité du préjudice subi à l'association (et non pas le manque à gagner comme dans le cas des marchés publics).

• Le marché public serait plus sûr juridiquement.

FAUX Moins d'une dizaine de contentieux sur les subventions ont été recensés contre plus de 5000 sur les marchés publics en 2004. Parmi eux, 62% ont conduit à une annulation.

• La subvention publique serait plus chère que le marché public.

FAUX La subvention comprend une part d'autofinancement (bénévolat, mécénat, etc.) et ne couvre ainsi qu'une partie du coût réel de l'activité, contrairement au marché public dont le prix est la contre-valeur économique du service rendu à la collectivité. On a pu estimer que le coût d'une activité est de 15 à 20% moins cher avec une subvention qu'avec un marché public⁴.

² Voir notamment le décret du 25 mars 2016. Sur la commande publique, voir le Repère du RTES d'avril 2017.

³ Au-delà de 100 millions d'euros d'achats, les acheteurs publics ont l'obligation d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables.

⁴ Source : Mode d'emploi de la Convention pluriannuelle d'objectifs (CPO), conférence permanente des coordinations associatives, 2011.

Le législateur a défini, en 2014, pour la première fois les caractéristiques de la subvention, telles que dégagées par la jurisprudence et la doctrine. La subvention est dorénavant un mode de financement des associations aussi sécurisé juridiquement que la commande publique, technique dont la banalisation excessive de l'utilisation, est susceptible de porter atteinte à la créativité des associations, au détrimment de la vie démocratique et de l'engagement citoyen.

Complétant la définition de la subvention par la loi ESS, la circulaire du 29 septembre 2015 a comme objectif de favoriser dans la durée le soutien public aux associations. Elle rappelle quelques règles pouvant être appliquées par les collectivités (l'avance automatique, le dossier permanent, des dossiers sur le mode déclaratif avec certification des informations communiquées, une liste limitée de pièces, ...) et donne le cadre complet de l'instruction, du contrôle et de l'évaluation des subventions. Enfin, elle clarifie le cadre juridique régissant les subventions versées par les pouvoirs publics aux associations, notamment au regard des évolutions de la réglementation européenne.

La circulaire propose des modèles concertés de convention pluriannuelle, qui peuvent être utilisés par les collectivités territoriales et une grille d'analyse des services d'intérêt général non économiques. Enfin, elle introduit l'idée d'un recueil d'initiatives, répondant ainsi en partie à la demande du RTES de favoriser les dynamiques de co-construction : « favoriser le recueil d'initiatives associatives doit permettre le renouvellement des politiques publiques tout en reconnaissant plus largement le rôle joué par les associations dans la mise en œuvre de l'action publique » (annexe 1 de la circulaire). Le guide d'usage de la subvention publique paru en mars 2016⁵ définit le recueil d'initiatives.

A. L'appel à projets

Aujourd'hui, les appels à projet sont des modalités de soutien de plus en plus fréquemment utilisées par les collectivités locales. Ils donnent lieu à des subventions et permettent à la collectivité de préciser les orientations qu'elle souhaite soutenir, et font appel à l'initiative des acteurs privés. Si un recours systématique aux appels à projets peut fragiliser la relation entre acteurs et collectivités, il peut être un moyen pertinent pour susciter des projets dans des domaines jugés prioritaires par la collectivité.

Mais attention à la formulation de certains appels à projets qui s'apparentent à des cahiers des charges de marchés publics !

Quelques conditions doivent être réunies :

• Respecter l'initiative associative

L'initiative est le critère principal permettant de différencier la commande publique des subventions. Dans le cas de l'appel à projets, il s'agit pour la collectivité de définir un cadre général (objectifs, thématiques et besoins repérés) dans lequel les structures sont invitées à présenter des projets y correspondant. Mais l'initiative et le contenu du projet appartiennent à la structure seule. Un appel à projet trop formaté rend impossible l'initiative.

⁵ http://rtes.fr/IMG/pdf/Guide_Subvention_Vdef_validee.pdf

• Inciter à la coopération plutôt qu'à la mise en concurrence

Dans le cadre d'appel à projets, les acteurs de l'ESS peuvent être mis en concurrence entre eux (voire avec d'autres acteurs). Il peut être intéressant de travailler en amont les termes de l'appel à projets avec les acteurs et/ou d'inciter aux démarches de mutualisation et de coopération entre acteurs. Ainsi, on évite que des acteurs se « spécialisent » dans les réponses aux appels à projets au détriment d'autres.

• Veiller à ne pas freiner l'innovation

Les acteurs de l'ESS ont une capacité d'innovation, au plus près du terrain et sont souvent les premiers à répondre à un besoin en définissant un projet répondant à ce besoin. Un appel à projet trop cadré risquerait de limiter cette innovation.

B. Subvention et cadre européen

De nombreuses structures, d'ESS y compris associatives, exercent de manière régulière une activité économique. À quelles conditions l'octroi d'une subvention est-elle compatible avec la réglementation européenne ? 2 principes importants :

- **Le principe de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination,**
- **Le principe de l'interdiction des aides d'état pour les entreprises, avec plusieurs types de dérogations possibles⁶.**

Attention !

- Une association sans but lucratif exerçant pour partie une activité économique sera qualifiée d'entreprise **pour cette part de son activité.**
- Le fait que l'activité concernée puisse être de nature « sociale » n'est pas en soi suffisant pour faire exception à la qualification d'activité économique au sens des aides d'Etat ;
- L'activité peut être qualifiée d'économique même si la rémunération du service n'est pas supportée par le bénéficiaire direct.

Constitue une entreprise au sens du droit européen toute entité qui exerce une activité économique de manière régulière, quel que soit son statut juridique, son mode de financement et sa finalité lucrative ou non.

La circulaire du 29 septembre précise « en pratique, seuls les soutiens apportés chaque année à quelques milliers d'associations réalisant des activités économiques sont susceptibles d'être concernés par la réglementation européenne relative aux aides d'Etat ».

Si l'activité est économique, la collectivité peut accorder un financement, mais à certaines conditions :

- **Le montant des aides est inférieur à 200 000 euros sur 3 ans ou 500 000 euros pour un Service d'Intérêt Economique Général** : les aides sont réputées ne pas affecter la concurrence (règle de minimis),
- **Le montant des aides se situe entre 500 000 euros et 15 millions d'euros** pour une activité de SIEG. En application du paquet Almunia, une subvention publique versée à une association exerçant une activité de SIEG est compatible si :
 - l'objet d'intérêt général ou la charge de service public est clairement exposé dans la convention, l'arrêté ou la décision d'attribution ("mandat"),
 - la modalité de détermination de la subvention (budget, barème) compensant strictement les coûts de l'exécution de la charge de service public est de même clairement exposée dans l'acte attributif,
 - la convention, l'arrêté ou la décision précise les modalités de contrôle et de reversement d'un éventuel excédent trop-versé de subvention ("surcompensation") au-delà d'un bénéfice (ou "excédent de gestion") raisonnable.
- **Au-delà de 15 millions d'euros**, il faudra notifier préalablement à la Commission (sauf aides accordées à des hôpitaux ou à des services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social ou l'inclusion sociale des groupes vulnérables)

Activité économique ou non ?

Si la part de l'activité de l'association pour laquelle la subvention est demandée n'est pas économique, la subvention ne relève pas de la réglementation européenne des aides d'Etat. Afin de qualifier le caractère économique ou non économique, une démarche en entonnoir est précisée par l'annexe 4 de la circulaire du 29 septembre 2015 :

- l'examen de la nature de l'activité au travers du produit ou du service auquel elle donne lieu : « les services essentiels ou collectifs en l'absence d'usagers ou de bénéficiaires identifiables ne sont pas a priori économiques » par exemple,
- l'examen de l'environnement dans lequel intervient l'association : environnement concurrentiel / potentiel (définition du périmètre territorial ou de la zone de chalandise) par d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif
- l'examen des conditions d'exercice du service de l'activité : prix des produits ou services et modulation éventuelle, recherche de bénéficiaire, mode de gestion (exemple crèche parentale), existence d'un agrément, degré d'autonomie par rapport aux autorités publiques...

▶ Si l'activité est économique, l'administration examine la situation de l'association au regard des seuils prévus par la réglementation des aides d'Etat.

⁶ Exemple : aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine, en faveur de l'accès des PME au financements... Voir dans le lexique le Règlement général d'exemption par catégories.

Le mandatement de SIEG par les collectivités

Les collectivités territoriales sont de plus en plus fréquemment à l'initiative de qualification de certaines activités en Service d'intérêt économique général (SIEG). Accompagnement à la création d'entreprises, économie circulaire... Des initiatives émergent un peu partout en France.

L'accompagnement à la création d'activités

► Les Plate-forme territoriales de France Active et les Régions

Une région peut reconnaître le caractère de SIEG des activités réalisées par une plate-forme territoriale de France Active à sa propre initiative puisque :

- Les activités développées ont un caractère économique.
- Les activités développées présentent un intérêt général : la plate-forme permet d'apporter des réponses aux besoins de financement des publics fragiles auxquelles les banques ne répondent pas seules.
- La convention signée entre la plate-forme et la région présente les caractéristiques d'un mandat (au sens européen du terme)

Lorsque l'on est hors du champ de la commande publique, ce qui est le cas puisque l'objet de l'action proposée à la région et ses modalités sont à l'initiative de la plate-forme et propres au réseau France Active, la région peut intervenir sous forme de subvention, dans le cadre d'une convention pluriannuelle d'objectifs (qui constitue le mandat) et sans mise en concurrence préalable.

► L'accompagnement à la création d'activités par des publics fragiles en Occitanie (Pyrénées-Méditerranée)

Les Conseils régionaux Midi-Pyrénées et Languedoc-Roussillon ont délibéré sur la création d'un Service d'Intérêt Économique Général dans le périmètre de l'accompagnement des personnes en difficulté professionnelle ou sociale à la création d'entreprises. Sont concernés l'accompagnement individuel à la création d'entreprises, l'accompagnement dans une couveuse d'entreprises ou une coopérative d'activités et d'emploi et l'expertise avant l'octroi d'aides financières dédiées à la création et au développement de structures relevant du champ de l'économie sociale et solidaire. Sont assignés à ces activités et à leurs fournisseurs une mission particulière d'intérêt général définie par la réalisation des objectifs suivants : l'aide au public fragilisé professionnellement et/ou socialement, le développement économique local et le soutien à l'économie sociale et solidaire.

Économie circulaire et ESS

► L'exemple de l'Eurométropole de Strasbourg sur la collecte, le réemploi et le recyclage

D'autres niveaux de collectivités ont pris l'initiative de créer des SIEG. L'Eurométropole de Strasbourg, par exemple, a créé par délibération de mars 2015 un SIEG pour la collecte, le réemploi et le recyclage des déchets (textile, numérique, bric à brac...). Quatre opérateurs ont été retenus dans le cadre de l'appel à projets sur le textile. Ils ont signé une convention sur quatre ans et doivent répondre à trois obligations de service public.

- présenter une politique d'emploi en faveur des personnes en situation d'exclusion (employer 50% de personnes en insertion bénéficiant d'un accompagnement socio professionnel ou déployer une politique de recrutement social),
- employer 20% de salariés issus des quartiers de la politique de la ville,
- soutenir des actions de lutte contre la précarité, l'aide à la subsistance : exemples, dons solidaires, ou conditions d'accès à des biens à faibles prix pour des personnes en difficultés.

La formation professionnelle

Reconnue comme SIEG dans la loi, la formation professionnelle fait l'objet d'une procédure d'habilitation par les régions, définie par décret.

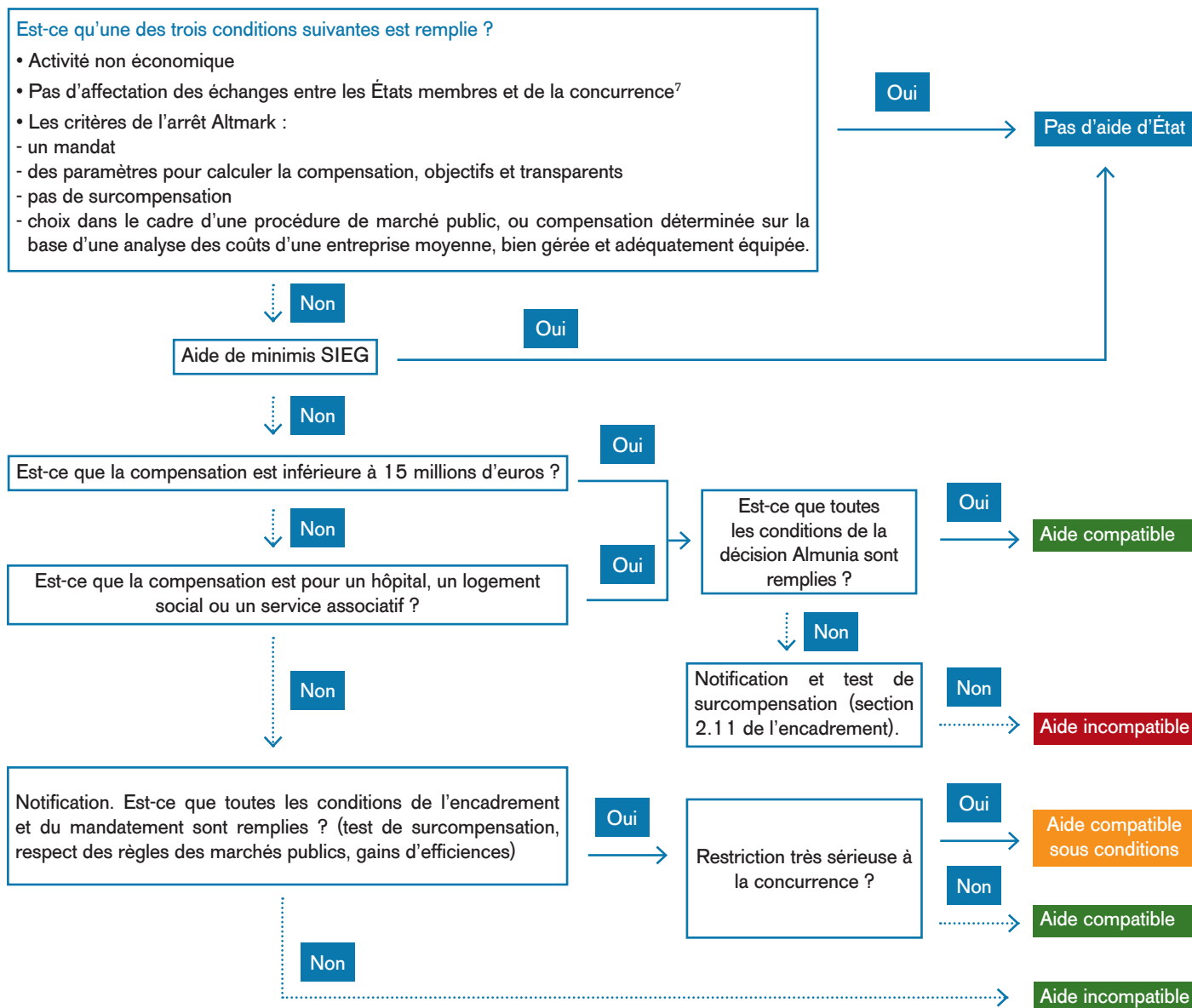
L'habilitation est insérée dans une convention conclue entre la région et un organisme ; convention qui confie à celui-ci un mandat de SIEG. Elle charge cet organisme, en contrepartie d'une juste compensation financière, de mettre en œuvre des actions d'insertion et de formation professionnelle à destination des jeunes et adultes rencontrant des difficultés d'apprentissage ou d'insertion, visant leur accès au marché du travail. La procédure d'habilitation s'effectue dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Elle est ouverte après l'établissement d'un dossier d'habilitation et le lancement d'un appel public à propositions, notamment associatives.

Ce qu'il faut retenir des SIEG :

- Pour bénéficier des dispositions protectrices du bon accomplissement des missions d'intérêt général définies à l'article 106.2 TFUE, les entreprises doivent être chargées de la gestion du SIEG par un ou plusieurs actes officiels de mandat,
- L'autorité publique organisatrice dispose d'un large pouvoir pour qualifier une activité de SIEG sous réserve d'absence d'erreur manifeste,
- Le SIEG doit être défini en référence à une mission particulière d'intérêt général et se décliner par des obligations de service public qui s'imposent aux entreprises qui sont chargées de sa gestion et qui peuvent faire l'objet d'une compensation financière.
- Une structure peut se voir confier plusieurs SIEG.
- « SIEG et subvention n'ont rien d'antinomique » (annexe 1 de la circulaire du 29 septembre 2015)

4

Schéma récapitulatif : compatibilité des aides d'État



Source : Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général (SIEG), SGAE, 2013

⁷ De fréquentes décisions de la Commission européenne estiment que lorsque le bénéficiaire d'une mesure d'aide publique fournit des biens ou des services sur un territoire limité au sein d'un Etat membre et n'est pas susceptible d'attirer des clients en provenance d'autres Etats membres, les échanges intra UE ne risquent pas d'être affectés. La mesure ne constitue donc pas une aide d'Etat.



Aides d'État

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

On peut qualifier une aide d'aide d'Etat lorsque les 4 critères suivants sont remplis : une aide accordée à une entreprise, par l'État au moyen de ressources publiques, procurant un avantage sélectif, et affectant les échanges entre Etats membres et la concurrence.

Paquet Almunia

Le « paquet Almunia », du nom du vice-président de la commission européenne en charge de la concurrence, José Joaquín Almunia Amann, est en vigueur depuis 2012, et actualise le « paquet Monti-Kroes » de 2006 relatif aux SIEG.

Il se compose de plusieurs textes :

- la décision d'exemption de notification (pour les compensations inférieures à 15 millions d'euros par an, ou pour certaines activités comme les hôpitaux ou le logement social).
- un règlement relatif aux compensations de minimis (seuil de 500 000 euros pour les entreprises chargées de la gestion de SIEG)
- et deux communications (l'une sur l'encadrement des compensations de SIEG à vocation plus commerciale, l'autre très générale qui clarifie les concepts des règles sur les compensations de SIEG, par exemple les notions d'entreprises et d'activités économiques).

Mandatement

Le paquet Almunia revient aussi sur la définition du mandat, c'est-à-dire au sens européen « l'acte officiel par lequel l'autorité publique désigne l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG ». Sa forme demeure déterminée par chaque Etat membre mais il doit obligatoirement faire référence à la décision et spécifier les éléments suivants : la nature et la durée des obligations de service public ; l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concerné ; la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés ; les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation.. Les exemples de conventions pluriannuelles proposés par la circulaire du 29 septembre 2015 intègrent les éléments obligatoires du mandat indiqués ci-dessus.

Règlement général d'exemption par catégorie

D'autres mesures peu susceptibles de fausser la concurrence dans le marché unique peuvent bénéficier d'une exemption de l'obligation de notification au titre du règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) (par exemple, les aides à finalité régionale en faveur du développement urbain, les aides en faveur de l'accès des PME au financement, les aides aux pôles d'innovation et de compétitivité; aux infrastructures ayant un effet local sur le développement social et l'emploi ; les aides à l'embauche de travailleurs défavorisés, les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine, ..)

Règles de minimis

Montant maximal des aides de toutes natures qui sont considérées comme n'ayant aucune incidence sur la concurrence et les échanges dans le marché intérieur, et ne doivent par conséquent pas être notifiées à la Commission pour autorisation. Ce montant est fixé à 200 000 euros sur une période de 3 exercices fiscaux, et à 500 000 euros pour des SIEG.

SIEG

« Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État ». (Guide Commission européenne du 18 février 2013)

Subvention

La subvention est définie comme suit dans l'article 59 de la loi relative à l'ESS du 31 juillet 2014 : « Constituent des subventions les contributions facultatives de toutes natures, attribuées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la conduite d'une action ou au financement de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions ou activités sont initiées, définies et mises en œuvre par les organismes bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités qui les accordent ».

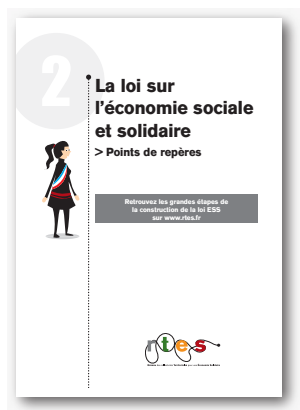
Retrouvez sur www.rtes.fr

- Un **Espace ressources** sur les modes de contractualisation collectivités / acteurs de l'ESS, avec notamment :
 - ▶ La circulaire n° 5811-SG du 29 septembre 2015 sur la vie associative et le guide d'usage de la subvention de mars 2016
 - ▶ Le guide SIEG du secrétariat général des affaires européennes
 - ▶ Le guide relatif aux services d'intérêt économique général et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'union européenne en matière d'aides d'Etat, de marchés publics et de marché intérieur 29/04/2013 SWD (2013)
 - ▶ Des documents relatifs aux aides publiques et aides d'Etat :
 - Approche opérationnelle des aides d'Etat (CGET, 2015)
 - Réglementation des aides d'Etat (CGET, février 2015)
 - La circulaire CGET relative aux aides accordées au titre du règlement "de minimis" de la Commission européenne
- Les compte-rendus vidéos et textes des **journées de formation** (commande publique responsable, relations Collectivités locales / associations...)
- **La loi ESS** (Historique, Points de repères...)
- Des exemples d'**Appels à projets**

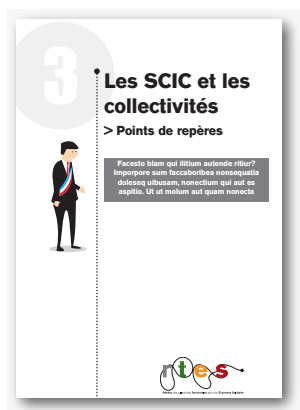
Dans la même collection :



Ce document synthétique présente le rôle des collectivités dans la mise en œuvre d'une politique ESS et des axes d'interventions possibles. Il s'adresse aussi bien aux élus, aux techniciens, qu'aux partenaires qui souhaitent avoir une première approche des politiques ESS.



Cette synthèse de la loi ESS votée en juillet 2014 présente notamment les principales dispositions qui concernent particulièrement les collectivités.



Quels intérêts pour une collectivité d'accompagner la création d'une Société Coopérative d'Intérêt Collectif ? Quelles formes peut prendre son soutien ? Réalisée avec le soutien de la CG Scop, cette synthèse présente le rôle des collectivités dans le développement des SCIC à partir de quelques exemples concrets.

Documents téléchargeables sur www.rtes.fr > Rubrique «Nos actions» / «Publications»

Le RTES vous accompagne

Le Réseau des collectivités Territoriales pour une Economie Solidaire (RTES) réunit aujourd'hui plus de 125 collectivités, régions, départements, intercommunalités et communes, qui ont manifesté le besoin d'un espace d'échanges et de coordination nationale.

Créateur de liens, il met en relation ses adhérents qui se retrouvent face à des questionnements, difficultés ou enjeux similaires dans la construction ou la mise en place de leurs politiques d'ESS. **Lieu ressource**, il capitalise les expériences des collectivités, en favorise le transfert, forme et informe ses adhérents. **Force de proposition**, il porte la voix de ses adhérents pour renforcer l'appui des politiques publiques en ESS aux niveaux local, national et européen.

Pour rejoindre le réseau, rendez-vous sur www.rtes.fr

Contacts

Opale

45, rue des Cinq-Diamants

75013 Paris

01 45 65 2000

www.opale.asso.fr / opale@opale.asso.fr

Rédaction :

- Brigitte Clavagner, Bérengère Denis (AlcyaConseil)

Contributions :

- Opale/CRDLA Culture (Luc de Larminat)
- Ufisc (Patricia Coler, Laura Aufrère)
- CAC (Jean-Claude Boual)
- RTES (Anne-Laure Federici)

Correction :

- Nicolas-Emmanuel Granier

Coordination :

- Opale/CRDLA Culture

Depuis vingt-cinq ans, Opale observe, valorise et outille les associations artistiques et culturelles par des travaux d'études, des publications et des mises en réseau. Depuis 2004, elle porte une mission d'animation et de ressources (Centre de ressources culture) dans le cadre **d'un système de soutien à l'emploi associatif, le dispositif local d'accompagnement (DLA)** dont ont déjà bénéficié plus de 7000 associations culturelles et artistiques.

La mission CRDLA est copilotée par deux regroupements culturels : l'Union fédérale d'intervention des structures culturelles (Ufisc) et la Coordination des fédérations et associations de culture et de communication (Cofac).

www.ufisc.org

www.cofac.org

**Retrouvez toutes les ressources d'Opale
et du centre de ressources culture pour le DLA sur :**
www.opale.asso.fr

AVEC LE SOUTIEN DE



Cette action est cofinancée par le Fonds social européen dans le cadre du programme opérationnel national « Emploi et Inclusion » 2014-2020