



Hors les murs

Secteur culturel : subventions ou marchés publics ?

Janvier 2011



Avec le soutien de

Depuis 2003, **les Dispositifs Locaux d'Accompagnement (DLA)** s'adressent aux structures développant des activités et services d'utilité sociale reconnues sur un territoire et qui créent de l'emploi. Les DLA, à travers l'accompagnement de ces structures, permettent de financer des interventions par un prestataire extérieur visant à soutenir leur développement : recherche d'une meilleure organisation interne, d'une diversification des activités et des ressources, aide à la formulation de stratégies de développement, soutien dans des phases de négociation et de contractualisation...

Mi 2010, plus de 6 000 associations artistiques et culturelles ont été accueillies par les DLA, et près de 4 000 d'entre elles ont déjà bénéficié d'un ou plusieurs accompagnements.

Pour compléter leur compétence généraliste et renforcer leur capacité d'intervention, les DLA bénéficient d'appuis sectoriels, organisés au niveau national au sein des Centres Nationaux d'Appui et de Ressources (Cnar). Le Cnar Culture est porté par l'association Opale mandatée par une cinquantaine de fédérations et syndicats du secteur artistique et culturel, regroupés essentiellement au sein de la Cofac (Coordination des fédérations et associations de culture et de communication) et de l'Ufisc (Union fédérale d'intervention des structures culturelles).

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

Ce document a été réalisé par Gentiane Guillot (HorsLesMurs), Luc de Larminat (Opale/Cnar Culture), avec la collaboration de Maître Anne-Cécile Vivien, avocate au Barreau de Lyon, intervenante régulière auprès de Juris Associations et de Chloé Fraisse-Bonnaud (Opale/Cnar Culture).

Le site de l'Avisé : www.avise.org

Le site d'Opale/Cnar Culture : www.culture-proximite.org

Le site de HorsLesMurs : www.horslesmurs.fr

Nous remercions, pour leur lecture attentive, Jean-Claude Wallach (consultant), Benjamin Borel (ESIA DLA13), Mark Etc (Ici-Même Paris), Emmanuel Gagnerot (Labo ESS), Céline Thoulon (Directrice des affaires culturelles) et Karim Zerguit (Avisé).

Avant-propos

Les formes de partenariat entre associations et puissance publique évoluent depuis quelques années : d'une part, le recours à la commande publique, notamment dans le cadre du Code des marchés publics¹, devient de plus en plus fréquent; d'autre part les modalités de subventionnement des associations sont impactées par la répercussion, en droit français, des nouvelles règles européennes encadrant les aides d'Etat.

Pour le secteur culturel notamment, la question se pose : la passation de marchés publics risque-t-elle de devenir le principal mode de contractualisation entre associations et collectivités, reléguant ainsi les conventions de subvention au rang d'exception ? La transposition du droit communautaire qui s'impose à l'Etat français, doit-elle laisser craindre une généralisation et une multiplication des recours à la commande publique, ou une requalification de certaines subventions en marchés publics ?

Certaines structures culturelles et artistiques s'inquiètent de ces nouvelles contraintes qui introduisent une complexité croissante dans la reconnaissance et le financement de leurs activités. D'autres considèrent que ces règles apporteront plus de transparence sur les choix des projets des collectivités.

Dans le cadre de leurs missions, HorsLesMurs, Centre national de ressources des arts de la rue et des arts du cirque et l'association Opale, en tant que Centre national d'appui et de ressources pour les dispositifs locaux d'accompagnement (Cnar Culture), ont été sollicités par l'Union fédérale d'intervention des structures culturelles (Ufisc) et par de nombreuses associations pour élaborer une synthèse du droit existant concernant deux modes de contractualisation des structures culturelles et artistiques avec les pouvoirs publics : les marchés publics et les conventions de subvention.

À l'aide de textes législatifs expliqués, organisés et étayés par des exemples, nous tentons de répondre aux questions que se posent les associations culturelles et artistiques, et tous ceux qui auraient à les accompagner. Il s'agit de mieux comprendre l'état actuel de la législation et de la réglementation régissant les subventions et les marchés publics, ainsi que ses possibles applications au secteur culturel.

Ainsi, si des activités initiées et conduites par des associations peuvent entrer dans le champ concurrentiel, **tous les projets culturels et artistiques ne relèvent pas de la commande publique.** Nous le verrons au travers de quelques exemples, les décisions des juridictions administratives françaises confirment la possibilité de recourir aux subventions même pour des événements de grande ampleur.

En outre, même lorsqu'elle relève du code des marchés publics, **la commande publique n'est pas nécessairement tenue aux procédures formalisées comme l'appel d'offres** : la possibilité existe de recourir à des procédures souples, dites adaptées ou négociées.

Dans tous les cas il convient de conserver à l'esprit que les textes actuels et leur application ne sont pas figés, et que toute analyse doit se faire au cas par cas.

1 - La commande publique sous forme de délégation de service public (DSP) ne sera pas détaillée ici.

SOMMAIRE

TOUR D'HORIZON	5	MARCHES PUBLICS	16
SUBVENTIONS	7	1 - Quelques principes des marchés publics et spécificités liées aux associations	17
1 - Deux caractéristiques des subventions : l'initiative du projet et l'absence de contrepartie	8	1.1 L'association candidate à un marché public : les points de vigilance	17
1.1 Le critère de l'initiative du projet	8	1.1.1. Un prix trop bas peut être suspect et l'offre exclue d'un marché public	17
1.1.1 Si la collectivité est à l'initiative du projet	8	1.1.2. Attention à l'impact des subventions	17
1.1.2 Si l'association entreprend un projet, une activité d'intérêt général	8	1.2 Les marchés doivent être passés en lots séparés	18
1.1.3 S'il y a rencontre de deux initiatives autour d'un projet commun, celle de l'association d'une part et celle de la collectivité d'autre part	8	1.3 En dessous du seuil de 4 000 € : les marchés dits de « gré à gré »	18
1.2 L'absence de contrepartie	9	2 - Les procédures de mise en concurrence applicables au secteur culturel	19
2 - Les conditions de légalité des subventions	10	2.1 Marchés de services culturels et procédure adaptée	19
2.1 Les conditions générales	10	2.1.1 Les conditions de recours à cette procédure	19
2.1.1 La notion d'intérêt public local	10	2.1.2 Le contenu de la procédure de mise en concurrence	19
2.1.2 Absence de procédure obligatoire	10	2.2 Marchés ne pouvant être confiés qu'à un seul opérateur pour des raisons artistiques : la procédure négociée	21
2.1.3 Les conditions de reversement d'une subvention par une association	10	2.2.1 Conditions de recours à cette procédure	21
2.2 La convention de subvention, obligatoire au-delà de 23 000 €	10	2.2.2 Le contenu de la procédure de mise en concurrence	21
2.2.1 Subventions infér. à 23 000 € par an	10		
2.2.2 Subventions dépassant 23 000 € par an	11		
2.3 Un nouveau modèle de convention d'objectifs : la circulaire du 18 janvier 2010	11		
2.3.1 Le cas des activités non économiques	12		
2.3.2 Le cas des activités économiques d'intérêt général	12		
2.4 La convention de partenariat : en cas de rencontre de deux initiatives	13		
3 - Le contrôle opéré par la collectivité	14	ANNEXES	
3.1 Le contrôle prévu pour toute association subventionnée	14	Annexe 1 – Les hypothèses de sanction lors du contrôle de l'usage des subventions	22
3.2 Spectacle vivant : le contrôle de la détention de la licence d'entrepreneur de spectacles	14	Annexe 2 – La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit allège certaines contraintes subies par les associations.	22
4 - Les subventions en nature	15		
4.1 La mise à disposition de locaux	15		
4.2 La mise à disposition de personnels	15		

TOUR D'HORIZON : SUBVENTIONS

◇ **Caractéristiques des subventions**

La subvention accordée à une association est une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général : elle est caractérisée par le fait **que c'est l'association qui est à l'initiative du projet**. Par ailleurs, **aucune contrepartie directe** du versement de la contribution financière (par exemple, une prestation) ne doit être attendue par la personne publique. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. (p.8)

◇ **Les conventions de subvention**

A partir de 23 000 euros, les subventions doivent faire l'objet de **Conventions d'objectifs et de moyens** qui doivent obligatoirement mentionner l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention.(p.10)

◇ **La Circulaire du 18 janvier 2010, relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations**

Ce texte prend en compte, dans le droit français, les règles européennes concernant le financement du secteur privé par les pouvoirs publics. Les financements publics versés à une association pourront relever soit du régime classique des subventions, pour les « activités non économiques », soit d'un régime de « compensation de service public », pour les activités économiques d'intérêt général. La circulaire présente un nouveau modèle de convention (pluri-)annuelle d'objectifs qui intègre ces changements. (p.11)

◇ **La Convention de partenariat**

Cette convention, déclinaison d'une Convention d'objectifs et de moyens, reflète **la rencontre de deux initiatives**, celle d'une association et celle d'une collectivité publique. D'un côté, une initiative associative qui justifie l'octroi d'une subvention, de l'autre côté, une initiative d'une personne publique qu'elle réalise elle-même. Cette rencontre permet la réalisation d'un projet

commun, sans que la collectivité n'ait l'obligation de recourir à une mise en concurrence. (p.13)

◇ **Le contrôle des subventions**

Les collectivités territoriales doivent organiser un contrôle général sur les organismes subventionnés, dont elles déterminent librement les modalités. L'association a une obligation de rendre des comptes sur l'utilisation de la subvention. Aucune sanction expresse n'est prévue en cas de non-respect de cette obligation : néanmoins l'administration conserve la possibilité (dans certaines conditions) de demander son reversement. (p.16)

◇ **L'appel à projets**

Cette notion recouvre le fait, par une personne publique, d'annoncer qu'elle dispose de budgets destinés à être distribués sous forme de subventions. **L'appel à projets n'entre donc pas dans le cadre d'une commande publique** et doit en cela être distingué de l'appel d'offres notamment. (p.8)

◇ **Les mises à disposition**

Les collectivités peuvent mettre des **locaux à disposition** gratuitement, à la condition toutefois que l'association à but non lucratif concoure à la satisfaction d'un intérêt général. La **mise à disposition de personnels** 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. (p.15)

TOUR D'HORIZON : MARCHES 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. (p.17)

◇ 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 si 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. (p.17)

◇ Les marchés publics doivent, dans la mesure où ils peuvent être divisés en lots cohérents, être passés en lots séparés

Ce principe de l'allotissement, qui divise un marché public en plusieurs marchés de moindre volume, vise à permettre au plus grand nombre d'entreprises, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. (p.18)

◇ Un marché public de moins de 4 000 € peut être passé sans publicité ni mise en concurrence (p.18)

◇ Il n'est pas obligatoire de recourir à un appel d'offres pour un marché public portant sur des services culturels (p.19)

◇ Les marchés publics portant sur des services culturels peuvent être passés selon une procédure adaptée, et ce quel que soit leur montant (art. 28 & 30 du CMP)

Ce type de procédure bénéficie d'un formalisme moindre. La personne publique :

- choisit librement les modalités de publicité, qui doivent cependant être adaptées à la nature et aux caractéristiques du marché;
- fixe librement les délais de mise en concurrence, et les modalités de remise des candidatures;
- est libre de recourir à la négociation avec les candidats retenus (comme cela est également le cas pour les marchés inférieurs à 4 000 €). (p.19)

◇ Les marchés publics ne pouvant être confiés qu'à un seul opérateur, pour des raisons artistiques, peuvent être passés selon une procédure négociée (art. 35 II ° du CMP)

Ces marchés peuvent être négociés **sans publicité et sans mise en concurrence**, ce qui laisse une forte marge de manœuvre à l'acheteur public dans la sélection préalable des candidats ainsi que dans le choix de son cocontractant. L'acheteur public doit cependant s'assurer de pouvoir démontrer qu'en raison de la spécificité des prestations dont il a besoin, une seule structure est capable d'y répondre. (p.21)

SUBVENTIONS

Définition de la subvention

La forme traditionnelle du financement public des associations culturelles est la subvention. Plus de 54% du financement des associations provient de fonds publics et prend la forme de subventions. Il n'existe cependant aucune définition législative ou réglementaire de la notion de subvention.

La circulaire d'interprétation du Code des marchés publics 2006, en son article 2.4.1, dispose que

*« ... le marché public se différencie de la subvention, qui constitue une contribution financière de la personne publique à une **opération justifiée par l'intérêt général** mais qui est **initiée et menée par un tiers**. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si **aucune contrepartie directe** n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. (...) La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition. »*

La circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations précise :

«Au regard de la réglementation nationale relative à la commande publique, la subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte un concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs propres auxquels l'administration, y trouvant intérêt, apporte soutien et aide.

Pour pouvoir prétendre bénéficier d'une subvention, une association doit être à l'initiative du projet qu'elle porte, ce qui recouvre deux cas de figure :

- a) Le projet émane de l'association et ne donne pas lieu à contrepartie directe pour la collectivité publique (...)*
- b) Le projet développé par l'association s'inscrit dans le cadre d'un appel à projets lancé par une collectivité publique »*

1 – Deux caractéristiques des subventions : l'initiative du projet et l'absence de contrepartie

1.1 Le critère de l'initiative du projet

Il va déterminer si l'on entre dans le cadre d'un marché public ou s'il peut y avoir attribution d'une subvention. Ce critère est confirmé dans un arrêt¹ du Tribunal administratif de Toulon qui donne deux critères de définition précise d'une subvention dont celui de l'initiative du projet.

Il n'est cependant pas toujours aisé de définir exactement qui est à l'initiative du projet.

1.1.1 Si la collectivité est à l'initiative du projet

Elle est réputée répondre à un besoin propre et se place en qualité de demandeur. Pour répondre à ses besoins, elle passera alors un marché public ou une délégation de service public.

La délégation de service public

Une DSP est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé : elle se distingue du marché public en ce que la rémunération dans le cas d'une DSP est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Pour un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

1.1.2 Si l'association entreprend un projet, une activité d'intérêt général

Elle sollicite une subvention auprès de la personne publique, pour parfaire la réalisation de cette activité, dans ce cas, l'association est bien en position de demandeur. Pour répondre au besoin de financement de l'association, et pour l'aider dans le projet qu'elle a entrepris, la personne publique peut décider de lui accorder une subvention, le cas échéant encadrée par une convention d'objectifs et de moyens (lire pages 10 & 11).

1.1.3 S'il y a rencontre de deux initiatives autour d'un projet commun, celle de l'association d'une part et celle de la collectivité d'autre part

Il est possible de recourir à la convention de partenariat, dans certaines conditions (lire page 13).

L'appel à projets

Lorsqu'elle lance un appel à projets, la collectivité fait « remonter » les initiatives et les projets des associations qui iraient dans le sens de sa politique publique.

La collectivité présente un cadre général, identifie une problématique, mais ne définit pas la solution attendue : l'appel à projet ne préjuge ni de l'ampleur ni du contexte des propositions qui seront formulées. Si ces projets rencontrent les objectifs d'intérêt général de la personne publique, ils pourront être soutenus et subventionnés. Ainsi, avec cette notion d'appel à projets, la puissance publique accompagne bien les initiatives des associations et facilite leur émergence, mais ne passe pas une « commande » au sens des marchés publics.

1- TA Toulon 16 avril 2009, Association des consultants en aménagement et développement du territoire (ACAD) c/ Département du VAR, req. n° 074409 et n° 074689

Exemples

1. En pratique, la distinction entre initiative associative et initiative de la collectivité peut être malaisée

La Ville de Nice avait attribué une subvention à l'association Académie internationale d'été : la convention prévoyait l'organisation par l'association à Nice de stages de formation et de perfectionnement pour les étudiants des conservatoires ainsi que des concerts dans le cadre du festival « Nuits musicales d'été ». Le juge administratif a considéré¹ que la convention ne constituait pas une délégation de service public dès lors que : « *Les engagements réciproques des deux parties à la convention ne concernent que les conditions d'utilisation de la subvention attribuée par la ville pour les besoins de l'association en cause, dont l'activité est indépendante de celle de la commune et préexiste au financement communal* ».

2. L'exercice d'une mission de service public n'est pas un obstacle à la perception d'une subvention. Ici, le cas particulier d'une association contrôlée par des collectivités.

Dans un arrêt en date du 4 juillet 2005, la Cour administrative d'appel de Marseille avait jugé qu'une association ne pouvait exercer une mission de service public et bénéficier à ce titre d'un financement que si elle était liée à la personne publique par un contrat de délégation de service public ou en passant par un marché public. La cour voulait donc annuler une subvention qu'accordait la ville d'Aix en Provence à l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-provence pour des sommes totales de plus d'un million d'euros.

Dans sa décision du 6 avril 2007, le Conseil d'Etat a annulé cet arrêt en confirmant qu'il était possible, dans ce cas précis où l'association était à l'initiative du projet et qu'elle déterminait le contenu de l'activité, que la ville d'Aix-en-Provence lui accorde des financements, et ce même si l'activité de l'association pouvait revêtir un caractère de service public.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a estimé que dans la mesure où les collectivités exerçaient un contrôle sur l'association, celle-ci ne pouvait pas être considérée comme un opérateur du marché concurrentiel. Il en a donc déduit qu'aucune mise en concurrence n'était imposée.

En résumé, le Conseil d'Etat reconnaît le droit à une association créée et/ou contrôlée par plusieurs personnes publiques de gérer un service public ici qualifié d'administratif sans mise en concurrence lorsqu'elle ne peut pas être assimilée à un opérateur sur un marché concurrentiel. Néanmoins, il convient d'être prudent sur cet arrêt, ce cas ne peut pas être généralisé : dès lors qu'une association peut être assimilée à un opérateur d'un marché concurrentiel, tout contrat conclu entre elle et une collectivité publique devra avoir fait l'objet d'une mise en concurrence.

1.2 L'absence de contrepartie

La circulaire du 3 août 2006 d'interprétation du Code des marchés publics précise clairement dans son article 2.4.1 : « ... *Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public* ».

L'analyse de l'existence d'une contrepartie passe par la recherche d'une éventuelle prestation, comme dans l'exemple ci dessous.

Exemple

Subvention versée à la Cinémathèque française par le Centre national du cinéma : le Conseil d'Etat justifie le choix de la subvention, en écartant l'hypothèse d'une prestation de service.

Le CE, dans un avis du 18 mai 2004, a estimé que : « *ne peut être qualifié de marché public qu'un contrat conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux et 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. (...) La mission de la Cinémathèque française (...) est de conserver, restaurer, étudier et mettre à 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'Etat, 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 (...) a été acquis par l'Etat 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'Etat en sa qualité de propriétaire de l'immeuble. Par ailleurs, le respect des stipulations de la convention d'objectifs mentionnée ci-dessus, 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 publics. »

1 - TA Nice, 24 février 2006, « Knecht c/ Commune de Nice », Req. n° 0105008

En pratique

Les associations devront être particulièrement vigilantes lors de la rédaction de la demande de subvention et de la Convention d'objectifs. Pour éviter tout risque de requalification en marché public, les associations doivent décrire les raisons pour lesquelles elles demandent une

subvention de sorte qu'aucune ambiguïté ne puisse survenir sur l'identité de la personne à l'initiative du projet.

Attention à ne pas faire apparaître d'obligations pour l'association pouvant être interprétées comme des prestations de services répondant aux besoins de la collectivité, contreparties du soutien financier.

2 – Les conditions de légalité des subventions

2.1 Les conditions générales

2.1.1 La notion d'intérêt public local

La légalité de la subvention est obligatoirement appréciée au regard du critère de l'utilité ou de l'intérêt public local, que les collectivités territoriales (commune, intercommunalités, département, région...) déterminent librement sur leurs territoires respectifs. Contextuel et discrétionnaire, l'intérêt public local pourra donner la priorité à certaines problématiques : d'urbanisme, sociales, éducatives... ou culturelles.

A noter, la subvention ne peut être attribuée par une collectivité que si elle concerne un domaine relevant de sa compétence (par exemple, la culture) : si la compétence concernée a été transférée à une intercommunalité (comme un EPCI - Etablissement public de coopération intercommunal), la jurisprudence constante considère que la collectivité ne peut plus intervenir dans le domaine en question¹.

2.1.2 Absence de procédure obligatoire

Lorsqu'elle sollicite une subvention, l'association n'a pas à respecter de formalisme ou de délais particuliers. Néanmoins, un formulaire² s'impose à toutes les administrations d'Etat, qu'elles soient centrales ou déconcentrées, ou qu'il s'agisse d'établissements publics de l'Etat. Les collectivités locales et leurs établissements publics sont également incités à y recourir par une circulaire.

Ce dossier unique de demande de subvention a été mis à jour suite à la circulaire de janvier 2010 (lire page 11).

2.1.3 Les conditions de reversement d'une subvention par une association

Selon le principe général, il est interdit à une association de réaffecter des subventions au bénéfice d'une autre association.

La loi du 12 mai 2009³ prévoit une exception : si cela est « *expressément prévu dans la convention conclue entre la collectivité territoriale et l'organisme subventionné* », ce dernier peut « *en employer tout ou partie en subventions à d'autres associations ou entreprises* ». **La réaffectation d'une subvention est donc désormais possible**, si la personne publique qui attribue les subventions en est informée et le prévoit dans la convention de subvention. Cette règle vient utilement participer à la mise en œuvre du principe de transparence du maniement des deniers publics.

2.2 La convention de subvention, obligatoire au-delà de 23 000 €

2.2.1 Subventions inférieures à 23 000 € par an

Jusqu'à 23 000 € par an, une subvention peut faire l'objet d'un simple arrêté attributif de subvention. La conclusion d'une convention n'est donc pas obligatoire, mais recommandée,

1 - En ce sens, CE. 16 octobre 1970, « Commune de Saint Vallier », Req. n° 71536.

2 - Formulaire Cerfa n°12156*03, téléchargeable sur le site www.service-public.fr

3 - Article 84 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit, modifiant l'article L. 1611-4 du code général des collectivités territoriales

comme un moyen de démontrer que le lien avec la personne publique ne procède pas de la logique de la commande publique.

2.2.2 Subventions dépassant 23 000 € par an

Au delà de 23 000 € par an, les subventions publiques doivent depuis la loi du 12 avril 2000 être contractualisées au moyen d'une convention d'objectifs¹, dans le but de garantir l'exigence de transparence de l'usage des fonds publics, en permettant le suivi, le contrôle et l'évaluation de l'utilisation de ce financement.

La conclusion d'une telle convention n'est soumise à aucune règle de publicité ou de mise en concurrence (lire partie Marchés publics). Le droit de subventionner un projet, notamment associatif, reste à l'appréciation de la collectivité publique. La convention d'objectifs a pour objet de garantir que l'usage de la subvention est conforme à l'intérêt général et aux réglementations en vigueur.

La doctrine considère ainsi que « *la logique de la convention d'objectifs et de moyens n'est pas celle de la recherche d'un partenaire économique (logique de la commande publique), mais bel et bien celle de l'identification par l'administration d'une structure exerçant certaines activités qu'il convient de promouvoir et de contrôler* »².

2.3 Un nouveau modèle de convention d'objectifs : la circulaire du 18 janvier 2010

L'Etat, dans sa circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, présente le nouveau modèle unique de convention (pluri-)annuelle avec une association, et pose en cela un nouveau cadre de référence pour la délivrance de subventions aux associations de façon à sécuriser les relations contractuelles entre les associations et la puissance publique³.

Cette convention reprend les réglementations nationales existantes et intègre les exigences juridiques européennes, notamment la réglementation dite des « *aides d'Etat* »⁴, dont

Le droit communautaire interdit les « aides d'Etat »

Sauf dérogations, « *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.* (...) »

Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur: (...) d) les aides destinées à promouvoir la culture (...) quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun »⁵

L'objectif est de garantir la libre concurrence au sein de l'Union européenne, et qui s'applique à toute « *entreprise* » recevant un financement public, dès lors qu'elle exerce une activité « *économique* » d'intérêt général, et ce quel que soit son statut juridique (associatif ou autre) ou la façon dont elle est financée par la collectivité publique. La convention doit permettre de montrer que la subvention n'est pas une aide d'Etat.

Aides d'Etat et seuil de 200 000 €

Seules les subventions dépassant 200 000 € sur 3 ans sont concernées par la réglementation dite des « aides d'Etat ».

En deçà, les subventions relèvent du régime classique des subventions. Au-delà de 23 000 € par an, ces subventions devront certes faire l'objet d'une convention nouveau modèle, mais le contrôle prévu par le droit communautaire ne s'appliquera qu'aux subventions dépassant le seuil de 200 000 € sur 3 ans.

1 - Loi n°2000-321, modifiée par la loi de mai 2009 et décret n°2001-495 du 6 juin 2001

2 - Sophie NICINSKI, Droit administratif n°6, juin 2006, étude 11

3 - Les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont également « encouragés » à se servir du modèle de convention, ou à s'en inspirer.

4 - Régime défini par les art. 86 à 88 du Traité instituant la Communauté européenne, complété par l'arrêt de la CJCE « Altmark » du 24 juil. 2003 et par le paquet « Monti-Kroes » du 28 nov. 2005.

5 - Article 107 des Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'UE (ex-art. 87 TCE)

À noter, selon le droit communautaire, seuls les Etats membres sont compétents pour apprécier le caractère d'intérêt général d'un service.

En pratique

Les seuils de 23 000 € et de 200 000 € sont appréciés toutes aides publiques confondues : apports financiers, mises à disposition à titre gratuit (de personnels, de locaux ou de matériel...)

2.3.1 Le cas des activités non économiques

Seules les aides publiques apportées à des « activités économiques » doivent respecter la réglementation européenne sur les aides d'Etat : pour toutes leurs activités non économiques, les associations pourront continuer de relever du régime classique des subventions tel qu'appliqué jusqu'aujourd'hui.

Le nouveau modèle de convention d'objectifs permet de distinguer deux modalités de financement des associations :

- le financement de l'association au titre de son projet associatif ne relevant pas du champ économique,
- le financement d'actions relevant de la sphère économique, qui requiert des modalités spécifiques (lire ci-après).

La notion « d'activité économique » présentée dans la circulaire du 18 janvier 2010

Elle « recouvre, quel que soit le secteur d'activité, toute offre de biens ou de services sur un marché donné : (...) seules échappent à cette qualification les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique (...). Dans la pratique, la grande majorité des activités exercées par les associations peuvent être considérées comme des « activités économiques » ».

Ne sont pas *a priori* économiques :

- les activités « de plaidoyer, de tête de réseau, de coordination ou de fédération »,
- le « projet associatif » lui-même, c'est-à-dire le fonctionnement de l'association (même si celle-ci exerce par ailleurs des activités économiques);

... mais cela devra être établi au cas par cas.

En pratique

« L'existence de deux modalités de financements distinctes ne prive donc pas les associations de sources de financement, elles devront simplement désormais bien identifier dans quel cadre elles font leur demande afin de garantir sa recevabilité ».¹

2.3.2 Le cas des activités économiques d'intérêt général

Le droit communautaire, via la réglementation dite des « aides d'Etat » considère que l'aide par la collectivité publique n'est acceptable que si elle peut être regardée comme la compensation d'obligations de service public : pour justifier cela, l'association doit être notamment explicitement « chargée (...) de l'exécution d'obligations de service public » qui doivent être définies. On appelle cela le « mandatement ».

La convention (pluri-)annuelle d'objectifs nouveau modèle constitue en elle-même le « mandat » – acte officiel par lequel la collectivité publique confie à une association une mission se rapportant à un service d'intérêt économique général (SIEG) et lui attribue, à titre de compensation, une subvention.

Trois critères doivent être respectés :

1. les obligations « de service public » doivent être clairement définies;
2. la compensation/subvention doit être calculée selon des paramètres préalables, objectifs et transparents;
3. la compensation ne doit pas excéder les coûts correspondant à l'accomplissement de ces obligations de service public, déduction faite des recettes éventuelles et d'un bénéfice « raisonnable ».

Ces coûts doivent être estimés de façon prévisionnelle, et précise : les coûts liés à d'autres activités que le SIEG concerné doivent être exclus du calcul.

De façon à permettre la traçabilité des financements sur chaque action, une comptabilité analytique est recommandée. La circulaire précise cependant que :

1 - A.C. VIVIEN, Lamy Association, n°182 mai 2010

- les exigences comptables doivent être proportionnées à « *la capacité financière et technique de l'association* »;
- s'il est impossible de fournir les coûts détaillés au préalable, le mandat doit au moins indiquer la base du calcul futur de la compensation.

En pratique

Pour certains acteurs du secteur associatif, cette nouvelle circulaire contiendrait des imprécisions juridiques et pourrait être complexe à appliquer : il faudra veiller à la bonne rédaction des conventions d'objectifs de façon à

- bien qualifier les activités non économiques;
- éviter tout risque de requalification de la subvention en marché public ou en délégation de service public.

Il s'agira d'être attentif aux futures interprétations de l'administration sur ces points.

2.4 La convention de partenariat : en cas de rencontre de deux initiatives

Il est fréquent que les initiatives d'une collectivité publique et d'une association se rejoignent dans le cadre d'un partenariat.

Ainsi, lorsque la réalisation d'un projet n'est possible que par la rencontre d'une politique publique initiée par une collectivité et d'un projet mené par une association, il y a nécessité d'établir une convention spécifique, dite « *de partenariat* ». C'est le cas lorsqu'une action initiée par une association, qui serait à elle seule d'une efficacité limitée, trouve toute sa justification car elle est complémentaire d'une initiative publique réalisée par la personne publique elle-même.

Cela est concrétisé par la signature d'une convention de partenariat :

- l'action associative est financée par une convention de subvention;
- par ailleurs, l'action publique est menée directement par la personne publique, et n'est donc pas tenue de recourir à une mise en concurrence pour permettre la mise en œuvre de son projet.

La convention de partenariat, qui est une forme de convention d'objectifs et de moyens, précise le type et le cadre du partenariat. Elle doit être attentivement rédigée : la répartition des rôles entre chaque intervenant doit être suffisamment précise pour éviter tout risque de requalification en marché public.

C'est néanmoins un outil efficace pour rendre le plus efficient possible l'octroi d'une subvention.

Exemples

1. Une association qui propose de donner des cours de découverte théâtrale obtient l'autorisation du rectorat d'intervenir dans les écoles. En parallèle, une personne publique compétente en matière culturelle peut décider de subventionner l'action et également d'effectuer des actions en complément. Dans ce cas l'association et la collectivité peuvent signer une convention de partenariat.

2. Une ville souhaite commémorer le centenaire de la naissance d'un dramaturge né sur son territoire et programmer une série de manifestations (diffusion de spectacles, actions culturelles dans les écoles de la ville...) autour de son œuvre. Dans ce cadre, elle décide de retenir la proposition d'une association de la ville qui gère un théâtre. Celle-ci accueillera des compagnies de théâtre proposant des spectacles de ce dramaturge durant l'année de cette commémoration. La convention de partenariat signée entre la ville et l'association expose le projet de la ville et celui de l'association, définit l'objet et les actions menées, et enfin les modalités de versement.

3 – Le contrôle opéré par la collectivité

3.1 Le contrôle prévu pour toute association subventionnée

L'article L.1611-4 du Code général des collectivités territoriales indique que « toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée ». Les bénéficiaires sont par ailleurs tenus de fournir « 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 ».

En pratique, la loi a laissé le choix à chaque collectivité de déterminer librement les modalités de ce contrôle. Ce dernier peut alors être exercé sur place ou par transmission de documents.

La loi du 12 avril 2000 contraint les associations à remettre un compte rendu financier, dont les modalités de présentation sont fixées par un arrêté¹. Il a pour objet la description et le contrôle des opérations comptables destinées à la réalisation de l'action subventionnée : il doit être produit dans un délai de six mois suivant la clôture de l'exercice budgétaire.

Le contrôle prévu par le nouveau modèle de convention

Il fait l'objet de l'article 10 du modèle de convention, qui s'attache notamment au respect du critère selon lequel, dans le cas d'un Service d'intérêt économique général (SIEG), la compensation/subvention ne doit pas excéder les coûts correspondant à l'accomplissement des obligations de service public, déduction faite des recettes éventuelles et d'un bénéfice « raisonnable » (lire plus haut).

Si les subventions dépassent 200 000 € sur 3 ans, la réglementation communautaire prévoit le remboursement de toute surcompensation éventuelle. Les paramètres de calcul de la compensation doivent, eux, être mis à jour.

La circulaire de janvier 2010 précise les modalités d'application de ce contrôle.

L'exercice de ce contrôle par les collectivités doit leur permettre de connaître précisément la conformité, en regard de la décision d'attribution (convention ou autre), de l'utilisation des crédits. – et d'exiger, le cas échéant, le remboursement des sommes mal employées.

3.2 Spectacle vivant : le contrôle de la détention de la licence d'entrepreneur de spectacles

Les entreprises de spectacles peuvent être subventionnées par des collectivités publiques, quelle que soit la forme juridique de ces entreprises (sociétés commerciales ou associations) : l'octroi d'une subvention est cependant conditionné à la détention par l'entreprise d'une licence d'entrepreneur de spectacles², obligatoire pour les entrepreneurs dont l'activité principale est une activité de spectacle, ainsi que les organisateurs occasionnels de spectacles qui assurent plus de six représentations par an.

Ce contrôle doit théoriquement être effectué par la collectivité préalablement à tout octroi de subvention.

A noter, la délivrance de la licence est elle-même subordonnée au respect des obligations qui pèsent sur les entrepreneurs au regard du droit du travail, de la sécurité sociale et de la propriété littéraire et artistique³.

1 - Article 10 de la loi du 12 avril 2000 et arrêté du 11 octobre 2006, NOR : PRMX0609605A

2 - Circulaire du 13 juillet 2000

3 - Ordonnance 45-2339 du 13 Octobre 1945 modifiée relative aux spectacles

4 – Les subventions en nature

4.1 La mise à disposition de locaux

« Des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations (...) qui en font la demande¹. Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public. Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation. »

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** »².

L'interprétation de cette formulation, datant de 2009, devra être éclairée par la jurisprudence : en effet, le législateur ne précise pas si la mention « à but non lucratif » désigne les associations non fiscalisées uniquement. Par ailleurs la notion d'activité d'intérêt général est large.

Quoi qu'il en soit, si l'association ne respecte pas ces critères, la mise à disposition ne pourra être consentie qu'en contrepartie d'une redevance, fixée par la personne publique.

À noter que, même délivrée gratuitement, l'autorisation d'occuper le domaine public doit respecter des conditions de forme et de fond.

En cas de mise à disposition d'un local à titre gratuit :

- le Conseil municipal détermine, par délibération, les conditions de la gratuité (qui pourront être plus strictes que celles définies dans le Code général de la propriété des personnes publiques);
- le maire détermine les conditions d'utilisation des locaux, via une autorisation ou convention d'occupation temporaire.

4.2 La mise à disposition de personnels

La mise à disposition se définit comme « la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emploi ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir »³.

En ce qui concerne les agents titulaires, c'est-à-dire les fonctionnaires, est autorisée la mise à disposition au profit d'organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des missions de service public qui leur sont confiées. Il en résulte que **la mise à disposition auprès d'une association ayant un objet culturel est tout à fait possible**.

Avec cependant les contraintes suivantes⁴:

- la convention conclue entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil doit préciser les missions de service public confiées à l'agent;
- la rémunération du fonctionnaire mis à disposition **doit être remboursée** à la collectivité en totalité (salaires bruts et charges).

En ce qui concerne la mise à disposition d'agents *non* titulaires : elle ne peut avoir lieu au profit d'une structure de droit privé – et donc d'une association⁵.

En pratique

Les mises à disposition de fonctionnaires à titre gratuit sont donc aujourd'hui exclues.

En revanche, rien n'interdit à une collectivité, lorsqu'elle octroie une subvention à une association, de prendre en compte l'ensemble des frais de fonctionnement qui incombent à la structure, y compris le coût du personnel et donc le remboursement du personnel mis à disposition.

1 - Article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales

2 - Article L.2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques modifié par l'article 121 de la loi n°2009-526

3 - Article 61 de la loi n°84-13 du 26 janvier 1984

4 - Décret n° 2008-580 du 18 juin 2008

5 - Décret n° 88-145 du 15 février 1988

MARCHES PUBLICS

Définition des marchés publics

Un marché public est un contrat conclu à titre onéreux entre un acheteur public (le pouvoir adjudicateur) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre aux besoins de la collectivité publique. Le prix du marché, c'est à dire son montant ou ses modalités de calcul, est déterminé par le contrat.

Le Code des marchés publics (CMP) définit trois principes fondamentaux, qui s'appliquent à tous les marchés, dès le 1er euro dépensé :

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

Ces principes trouvent leur application dans les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par les procédures. Ils doivent cependant être respectés même lorsque aucune publicité ni mise en concurrence n'est obligatoire. Par ailleurs, même lorsque le CMP n'impose aucune publicité, et sous l'influence du droit communautaire¹, une publicité minimale est obligatoire : dans ce cas l'objectif pourra être atteint via par exemple l'envoi de l'information à quelques candidats potentiels, la demande de plusieurs devis, voire un appel à projets...

Par ailleurs, tous les marchés doivent respecter des règles relatives à la détermination des besoins, la durée des marchés, leur prix.

Un marché public peut être passé :

- **suivant une procédure formalisée** comme l'appel d'offres, mais aussi la procédure négociée, la procédure de dialogue compétitif et les concours;
- **suivant une procédure adaptée**, qui permet au pouvoir adjudicateur de fixer les modalités librement en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, s'adaptant au cas par cas.

En dessous de 4 000 € HT, aucune procédure de mise en concurrence et de publicité n'est obligatoire. Le marché est dit «de gré à gré».

¹ - Arrêt Altmark du 24 juillet 2003 - Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)

1 – Quelques principes des marchés publics et spécificités liées aux associations

1.1 – L'association candidate à un marché public : les points de vigilance

Une association peut se porter candidate à un marché public (le CMP n'impose aucune contrainte sur ce point) dès lors qu'elle présente les garanties financières et professionnelles suffisantes et qu'elle se trouve en situation régulière au regard de ses obligations fiscales et parafiscales.

Il s'agit toutefois d'être vigilant sur les deux points suivants :

- une offre anormalement basse, si elle n'est pas justifiée (économiquement), peut être exclue du marché public;
- une subvention, si elle entraîne une rupture d'égalité des candidats, peut invalider la candidature.

1.1.1. Un prix trop bas peut être suspect et l'offre exclue d'un marché public

Le Code des marchés publics ne donne aucune définition de l'offre anormalement basse. Son appréciation relève du pouvoir discrétionnaire de l'acheteur public (voir cependant les critères indiqués par l'art 55 du CMP).

La circulaire du 3 août 2006 précise toutefois en son paragraphe 12 que « *Les acheteurs devront veiller à détecter les offres anormalement basses. Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique.* »

L'analyse d'une offre anormalement basse se fait au cas par cas : le pouvoir adjudicateur estimant qu'une offre est « *suspecte* » (prix très inférieur à celui de ses concurrents) pourra demander au candidat de la justifier et, notamment, d'en détailler les éléments de prix. A défaut, l'offre pourra être exclue du marché.

1.1.2. Attention à l'impact des subventions

On peut se demander si la candidature d'une association bénéficiant de subventions de la part d'une personne publique est susceptible d'entraîner une rupture d'égalité entre les candidats et de rendre sa candidature impossible.

Il faut savoir que rien n'interdit à une association de concourir à un marché public lorsqu'elle bénéficie de subventions, que celles-ci soient versées par le pouvoir adjudicateur ou une autre collectivité. Et ce, même si ces subventions permettent à l'association de faire une offre plus basse que celle des autres candidats.

Sur cette question, dans un arrêt en date du 7 décembre 2000, la Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré que **les associations qui perçoivent des subventions peuvent librement se porter candidates à l'attribution d'un marché public** en jugeant que « (...) le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires [...] n'est pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public de services des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs co-soumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions. »

Une subvention peut être prise en compte dans l'analyse des offres anormalement basses : l'obtention d'une aide de l'Etat par le candidat peut être prise en considération pour l'analyse d'une offre suspectée d'être anormalement basse (art. 55 du CMP). Ce même article précise néanmoins que l'offre ne peut être rejetée **que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée.**

Il appartient donc à la personne publique d'analyser la structure des coûts des organismes en cause afin de déterminer si certains postes

largement subventionnés peuvent être susceptibles de provoquer des distorsions de concurrence. Il est en amont recommandé aux associations de vérifier qu'elles ne contreviennent pas à ces règles.

1.2 – Les marchés doivent être passés en lots séparés

L'article 10 du Code des marchés publics de 2006 fixe comme principe que **tous les marchés, s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, doivent être passés en lots séparés**, sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier. Les collectivités sont donc fortement incitées à recourir à l'allotissement pour l'ensemble de leurs marchés : la passation sous forme de marché global est devenu l'exception. La philosophie qui sous-tend cette mesure vise à permettre au plus grand nombre d'entreprises, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

Le pouvoir adjudicateur choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot.

En pratique

Comment comprendre la notion d'opération globale ? Dans le cas d'un marché portant par exemple sur l'organisation d'un événement, et comportant plusieurs prestations de moins de 4 000 € : il n'est pas possible de passer un marché de gré à gré pour chacune des prestations. Si elles totalisent plus de 4 000 €, il faudra recourir à une procédure adaptée ou aux autres procédures autorisées par le CMP.

1.3 – En dessous du seuil de 4 000 € : les marchés dits de «gré à gré»

Depuis mai 2010 les **marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable quand leur montant estimé est inférieur à 4 000 € HT.**

Même dans ce type de marché, les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures doivent être respectés.

En outre, le droit communautaire impose à la collectivité de porter le marché public à la connaissance de tous, via par exemple une annonce dans le bulletin municipal ou le hall d'accueil de la mairie, une demande de devis à un nombre de candidats à déterminer...

2 – Les procédures de mise en concurrence applicables au secteur culturel

2.1 – Marchés de services culturels et procédure adaptée

2.1.1 Les conditions de recours à cette procédure

L'article 29 du CMP liste les services soumis au régime normal de passation des marchés. L'article 30 précise que les services ne figurant pas dans cette liste – et donc **les services culturels - bénéficient d'un régime plus souple et les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée** (MAP ou MAPA : marchés à procédure adaptée) quel que soit leur montant.

2.1.2 Le contenu de la procédure de mise en concurrence

C'est l'article 28 du CMP qui organise la **procédure adaptée** : le pouvoir adjudicateur est autorisé à définir lui-même les règles de publicité et de la mise en concurrence, et bénéficie donc d'une grande latitude : « (...) les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur 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 ».

« Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. »

L'acheteur public choisit librement la procédure à suivre. Il peut :

- se référer à l'une des procédures décrites dans le code,
- définir lui-même les modalités de publicité et de mise en concurrence.

Ce libre choix ne signifie pas pour autant total pouvoir discrétionnaire, et le juge administratif exerce un contrôle rigoureux sur **l'adéquation entre les mesures de publicité et de mise en concurrence choisies par l'acheteur public et le marché en cause**.

Les modalités de la publicité

Tout marché de 4 000 € et plus doit être précédé d'une publicité (en dehors de certaines exceptions mentionnées par les articles 40 II et 35 II du CMP - lire page 21).

• Organisation de la publicité

La publicité doit être organisée **en fonction des caractéristiques du marché**, de son montant, et de la nature des prestations commandées.

Sur la définition du caractère « adapté » de la publicité, la circulaire d'application du CMP 2006 précise que « *Un marché est passé dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels (...) d'être informés de l'intention de l'acheteur et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisantes pour garantir une vraie mise en concurrence* ».

La jurisprudence contrôle strictement le respect des modalités de publicité. Ainsi, pour respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence), l'acheteur public doit dans le cadre d'une procédure adaptée mettre en œuvre des mesures de publicité et de mise en concurrence correspondant à la réalité du besoin à couvrir et déterminées au cas par cas.

S'agissant de marchés de services culturels, la publicité doit être proportionnée au montant du marché mais doit aussi intégrer des considérations qualitatives, prenant en compte la nature des organismes susceptibles de se porter candidats.

• Le contenu de la publicité

Le contenu de la publicité est lui aussi laissé à l'appréciation de la personne publique. Il n'existe que peu de jurisprudence en la matière : toutefois, la transparence des procédures implique que les candidats soient informés des

Exemple

Dans un arrêt « Région Nord-Pas de Calais »¹, le Conseil d'Etat s'est prononcé en 2005 sur l'adéquation entre la publicité choisie et le marché en cause dans le cadre d'une procédure adaptée.

En l'espèce, la juridiction a annulé la procédure de passation du marché estimant que le choix par la collectivité des supports de publicité tels que la presse quotidienne régionale et le site internet de la Région ne constituaient pas des supports adaptés à la passation d'un marché d'étude, au regard notamment de l'état de la concurrence locale et des exigences formulées par la Région, et des capacités professionnelles des entreprises admises à présenter une offre.

conditions selon lesquelles leurs offres sont mises en concurrence.

Ainsi, l'administration doit, dès l'origine de la procédure, informer de manière appropriée les candidats sur les **critères d'attribution du marché** : sur ce point la jurisprudence est relativement stricte².

La sélection des candidatures

• Les délais de mise en concurrence

La personne publique peut librement fixer le délai de consultation entre la mise en œuvre de la publicité et le dépôt des candidatures. Toutefois, la consultation doit présenter un caractère effectif, ce qui impose le respect d'un délai raisonnable. Ce délai est alors apprécié en fonction du montant ou de la nature de la prestation concernée.

Exemple

La jurisprudence a pu considérer que 10 jours de consultation constituaient un délai «raisonnable», pour un marché de 10 000 € HT³.

• Les modalités de remise des candidatures

Le Code des marchés publics est silencieux sur ce point. Il n'existe donc aucune obligation concernant les modalités de remise des candidatures.

Le recours à la négociation

Le pouvoir adjudicateur est libre de décider de recourir à la négociation avec les candidats sélectionnés. C'est l'un des grands avantages de la procédure adaptée. Cette négociation se retrouve également dans les marchés négociés. Elles permettent aux candidats de bien cibler les besoins des personnes publiques et à ces dernières d'affiner les offres qui leur sont présentées en respectant bien évidemment le principe de l'égalité de traitement entre les candidats.

Comme le précise la circulaire du 3 août 2006 : « *La négociation constitue en effet un élément décisif de la qualité de l'achat public, d'autant plus qu'elle sera accomplie en toute transparence* ».

1 - C.E., 7 octobre 2005, « Région Nord-Pas de Calais », Req. n°278732, JCP A 2005, 1345.

2 - CAA Versailles, 6 décembre 2005, « Association Pacte », Req. n°03VE04081; AJDA 2006, p. 374).

3 - Tribunal administratif de Melun, 9 mars 2004, « Commune de Lagny-sur-Marne », Req. n° 0401182/2

2.2 – Marchés ne pouvant être confiés qu'à un seul opérateur pour des raisons artistiques : la procédure négociée

2.2.1. Conditions de recours à cette procédure

L'article 35-II-8 du Code des marchés publics prévoit que les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un seul opérateur, pour des **raisons artistiques notamment, peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.**

Incontestablement, cette procédure présente l'avantage de la simplicité : elle laisse une forte marge de manœuvre à la collectivité publique dans la sélection préalable des candidats ainsi que dans le choix de son cocontractant.

Toutefois, le juge administratif opère un contrôle très sévère sur la recherche du caractère unique de cet opérateur.

Dans ces conditions, en matière artistique, la collectivité qui envisage de recourir à la procédure prévue par l'article 35-II-8 du CMP doit pouvoir démontrer, sous réserve de l'interprétation du juge administratif, qu'**une seule entreprise, ou plus généralement, une seule structure est capable d'exécuter les prestations attendues.** Elle doit également justifier les raisons pour lesquelles des prestations aussi spécifiques sont attendues.

2.2.2 Le contenu de la procédure de mise en concurrence

L'article 34 du Code des marchés publics énonce que « *Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ».

Nous l'avons vu, publicité et mise en concurrence ne sont pas obligatoires; cependant, ces marchés n'échappant pas aux trois principes fondamentaux d'égalité, de transparence et de mise en concurrence posés par le chapitre 1er du CMP, il est recommandé, comme dans le cas

des marchés de moins de 4 000 €, d'envisager certaines modalités a minima telles l'information de candidats potentiels et la recherche de devis.

Par ailleurs, l'acheteur public devra lors de l'achèvement de la procédure, établir un rapport de présentation indiquant notamment les motifs du recours à la procédure négociée¹.

Exemple

Le cas de la cession de spectacle : y a-t-il dispense de publicité et de mise en concurrence ?

Dans un arrêt du 23 septembre 2008, la Cour Administrative d'Appel de Versailles indique que **le contrat de cession des droits d'exploitation d'un spectacle doit bien être regardé comme un marché public** dès lors que ce contrat consiste en l'achat par la collectivité de ce spectacle.

La Cour considère par ailleurs que la collectivité souhaitant programmer l'artiste Raphaël, une seule société était capable de répondre à ce besoin - en l'occurrence la société qui détenait les droits de production de son spectacle, de sorte que la mise en place d'une procédure de mise en concurrence était inutile, ou impossible - en application des articles 29, 30 et 35 du CMP.

La Cour indique enfin que ce marché pouvait être passé selon une procédure adaptée (articles 29 et 30) mais qu'**en raison de droits d'exclusivité (article 35), ce marché avait été à juste titre dispensé de publicité et de mise en concurrence.**

¹ - Article 79-6° du Code des marchés publics

ANNEXES

Articles de Maître ANNE-Cécile VIVIEN (ISBL Consultants)

Annexe 1 – Les hypothèses de sanction lors du contrôle de l’usage des subventions

1 - Sur le retrait de la subvention accordée

Si un retrait de la subvention paraît envisageable, il est en pratique difficile à mettre en place, et doit respecter plusieurs conditions.

En droit, le retrait est une disparition pure et simple de la décision concernée : les effets du retrait sont rétroactifs, la décision d’octroi est supposée n’avoir jamais existé.

Une décision d’attribution de subvention ne peut être retirée que si deux conditions cumulatives sont remplies :

- d’une part, la subvention est entachée d’illégalité (absence d’intérêt local, subvention accordée à une association cultuelle par exemple),
- d’autre part, un délai de retrait doit être respecté. En effet, la décision d’octroi d’une subvention étant une décision créatrice de droit, la collectivité publique ne peut plus procéder à son retrait au delà d’un délai de quatre mois à compter de son adoption.

A défaut de pouvoir encore retirer une subvention, une personne publique peut en exiger le reversement.

2 - Sur la demande de reversement de la subvention accordée

Si la subvention est affectée, son octroi est obligatoirement subordonné à la mise en œuvre effective de l’activité pour laquelle la subvention a été accordée, et en cas de non-respect de l’affectation de la subvention, il est admis que la collectivité puisse exiger le reversement des sommes en cause.

Le juge administratif considère que :

« La décision d’attribution d’une subvention ne crée de droits acquis pour son bénéficiaire que dans la mesure où il peut justifier, au moment où il est demandé la liquidation que toutes les conditions légales étaient réunies ; que le refus de liquidation d’une subvention ne porte, dès lors ; aucune atteinte à des droits acquis s’il est fondé sur la non-exécution de l’une des conditions¹. »

¹ - CAA Nancy, 28 septembre 2006, Association générations croix de Metz, Req. n° 04NC00311)

La production des comptes étant indispensable pour permettre à la collectivité de vérifier la bonne utilisation de la subvention accordée leur non-production pourrait constituer un motif pour la collectivité de demander le reversement des sommes accordées.

En pratique, les personnes publiques accordant une subvention doivent veiller à exposer sans ambiguïté, les conditions précises auxquelles elle est subordonnée, afin que les conditions de reversement soient clarifiées.

En outre, et en tout état de cause, il paraît évident que si l’association ne se conforme pas à ses obligations, ne transmet qu’une partie des documents ou si les pièces transmises ne font pas apparaître la nature et les conditions de l’activité de l’association, la collectivité dispose de la faculté de ne pas reconduire la subvention.

Annexe 2 – La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit allège certaines contraintes subies par les associations

Cette loi vient utilement préciser le régime juridique applicable aux subventions d’une part et à l’occupation du domaine public, d’autre part.

1 – Sur les subventions

L’article 84 de la loi précitée vient modifier l’article L. 1611-4 du code général des collectivités territoriales qui est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il est interdit à tout groupement ou à toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention d’en employer tout ou partie en subventions à d’autres associations ou entreprise sauf lorsque cela est expressément prévu dans la convention conclue entre la collectivité territoriale et l’organisme subventionné ».

Cet article vient tout d’abord confirmer le principe de l’interdiction de la réaffectation des subventions au bénéfice d’une autre association. Il apporte ensuite une limite importante à ce principe puisqu’il autorise d’y déroger si la personne publique qui attribue les subventions en est informée et le prévoit dans la convention de subvention.

Cette règle vient utilement participer à la mise en œuvre du principe de transparence du maniement des deniers publics. En outre, en autorisant explicitement une telle réaffectation, cette loi met un terme à de

possibles hypothèses de gestion de fait lorsqu'une association bénéficiait de subventions publiques sans avoir été expressément autorisée par la personne publique.

2 – Sur l'occupation du domaine public par une association

L'article 121 de la loi précitée vient modifier l'article L.2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques en ajoutant un alinéa ainsi rédigé :

« 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 ».

Rappelons que depuis l'entrée en vigueur de cet article du CG3P, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public était soumise « au paiement d'une redevance ».

La possibilité de conférer à une association une autorisation d'occupation ou d'utilisation à titre gratuit n'était possible que

« lorsque cette occupation ou cette utilisation ne présente pas un objet commercial pour le bénéficiaire de l'autorisation. L'organe délibérant de la collectivité concernée détermine les conditions dans lesquelles il est fait application du présent alinéa ».

Cette rédaction posait une difficulté d'interprétation dans la mesure où il fallait interpréter la notion d'occupation ou d'utilisation à objet commercial.

La nouvelle rédaction permet sans aucun doute aux associations d'échapper plus facilement au paiement d'une redevance.

Il n'en demeure pas moins que cette rédaction pose encore des questions. En effet, pourquoi préciser que seules les associations à but non lucratif sont concernées ? Est-ce pour effectuer une distinction au regard de la fiscalité ? Si telle était l'intention du législateur, il aurait mieux valu utiliser le terme « associations fiscalisées ». De même, la notion d'activité d'intérêt général est large.

Nul doute que l'interprétation de cette clause nécessitera un éclairage jurisprudentiel.

En outre, même délivrée gratuitement, l'autorisation donnée à une association pour occuper le domaine public doit respecter des conditions de forme et de fond.

A cet égard, il est utile de rappeler que si l'attribution d'un local est de la compétence exclusive du Maire, il appartient au conseil municipal de déterminer éventuellement par ses délibérations, les conditions

générales dans lesquelles un local communal peut être mis à la disposition d'une association¹.

Dès lors, en cas de mise à disposition d'un local à titre gratuit, il doit être relevé que :

- le Conseil municipal est compétent pour déterminer, par délibération, les conditions de la gratuité; ces conditions pouvant être plus strictes que celles définies dans le Code général de la propriété des personnes publiques;
- le maire est compétent pour déterminer les conditions d'utilisation des locaux. Ces conditions sont définies par autorisation d'occupation temporaire ou convention d'occupation temporaire.

En cas de mise à disposition en contrepartie du paiement d'une redevance, le montant de cette contribution est fixé par le Conseil municipal.

Juin 2009

¹ - En ce sens, CE, 12 octobre 1994, Commune de Thun-Levêque, Req. n° 141851