

É t u d e

CJFI - numéro 38

mars et avril 2006

L'État et les associations : avantages, exigences et risques d'une collaboration¹

L'État et l'association incarnent deux modèles très différents d'organisation. Le premier, assis sur une légitimité politique, dispose d'un pouvoir de contrainte pour conduire des activités d'intérêt général. La seconde, issue de l'initiative privée, résulte d'une démarche consensuelle de ses membres qui se réunissent pour poursuivre des objectifs particuliers.

Certaines associations poursuivent volontiers des objectifs assez généraux. Elles peuvent alors donner l'impression de s'aventurer sur le terrain de l'État et d'exercer une forme de concurrence diffuse vis-à-vis de celui-ci. Concurrence assumée par ceux qui voient dans les associations un substitut, sinon une véritable alternative à un État qui se serait révélé défaillant. Concurrence revendiquée par ceux qui craignent que l'État, supposé voir d'un mauvais œil ces organismes échappant à son contrôle, ne cherche à porter atteinte à leur liberté d'action en les enfermant dans un enchevêtrement de textes et de contraintes de toutes sortes.

Ces craintes sont infondées en droit. La liberté d'association, figurant au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République²

et bénéficiant d'une valeur constitutionnelle³, s'impose à l'État, législateur compris. Mais elle le sont surtout en fait. L'État et les autres collectivités publiques perçoivent les associations moins comme des rivales que comme des relais précieux pour leur action. D'ailleurs si la liberté d'association s'impose à l'État, force est de reconnaître qu'elle peut également lui profiter pour l'exercice des activités d'intérêt général dont il a la charge.

Les associations peuvent en effet présenter des intérêts variés pour l'action publique.

Elles peuvent d'abord devancer les structures administratives lorsque, constituées à l'initiative des administrés, elles ont cherché à répondre à un besoin social nouveau qu'aucune structure publique ne prenait en compte. L'État peut alors choisir de réaliser une économie d'efforts et de moyens en finançant ce qui existe déjà plutôt que de créer un service administratif.

Les associations peuvent également exister en parallèle d'une administration, l'État décidant alors de les encourager pour les compléments utiles qu'elles apportent à son action.

¹ Cet article est issu des contributions des bureaux 1A, 2A, 2B, 3A et 4B de la Direction des affaires juridiques aux travaux de synthèse coordonnés en 2005 par la quatrième sous-direction sur le thème des relations entre l'État et les associations.

² CE, Ass., 16 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et Sieur Nguyen – Duc – Frang, p. 317.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

Les associations peuvent enfin même être de simples démembrements de l'administration. La souplesse de gestion est ici privilégiée, et l'État revêt alors un « faux nez », selon l'expression du professeur de Laubadère, pour faire assurer une tâche qui lui incombe à des associations qu'il a créées de toute pièce.

Le recours aux associations apparaît comme un procédé souvent commode pour relayer l'action de l'État (1.). Il ne faut pas néanmoins se méprendre et croire à une solution de facilité. Le recours aux associations est un procédé toujours exigeant en raison des nombreuses contraintes qui le caractérise (2.) et parfois même risqué pour la collectivité publique et ses représentants (3.).

1. Une collaboration souvent commode

Les associations apparaissent souvent comme un procédé commode pour les collectivités publiques pour l'exercice de certaines des missions d'intérêt général dont elles ont la charge. La commodité du procédé vient de ce que l'institution même de l'association est adaptée aux besoins de l'État (A.), qui peut, en outre, moduler les formes de sa collaboration avec elles en fonction de ses besoins (B.).

A. Une institution adaptée aux besoins de l'État

L'intérêt du recours aux associations vient d'abord de ce que l'institution même de l'association est adaptée aux besoins de l'État et ce, aussi bien par sa vocation (1.) que par ses structures (2.).

1. Une vocation désintéressée dans laquelle peuvent entrer des missions de service public

La vocation même de l'association est adaptée à d'éventuelles collaborations avec l'État. Il s'agit en effet d'un groupement désintéressé (1.1.), susceptible d'assurer des missions de service public (1.2.).

1.1. Un groupement désintéressé

1.1.1. Un caractère propre à son objet

L'association, selon l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices. C'est cet objet particulier qui permet d'ailleurs de les distinguer des sociétés.

Les associations peuvent se livrer à une activité lucrative, à la condition que leur objet reste désintéressé. Elles peuvent ainsi se procurer, par l'exercice d'activités lucratives, les ressources qui leur sont nécessaires, sous la réserve qu'il n'y ait pas partage de bénéfices entre leurs membres⁴.

1.1.2. Un caractère qui se concrétise jusqu'à sa dissolution

À l'issue des opérations de liquidation, peut apparaître un boni de liquidation, c'est-à-dire un excédent dans le patrimoine de l'association une fois les dettes de l'association éteintes et les apports repris. Ce boni de liquidation devra être dévolu à une personne physique ou morale, mais les sociétaires en sont exclus⁵ et ce, afin d'éviter tout enrichissement de ces derniers au stade ultime de la vie de l'association.

Ce sont en principe les statuts ou l'assemblée générale qui déterminent le ou les bénéficiaires de cette dévolution⁶. Ils peuvent désigner soit une autre association, soit une autre personne morale de droit privé (fondation, syndicat, société, groupement d'intérêt économique) ou de droit public (collectivité territoriale, établissement public, groupement d'intérêt public). Toutefois, le bénéficiaire ne doit pas être un écran dissimulant frauduleusement les membres.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984.

⁵ En effet, l'article 15 du décret du 1^{er} août 1901 précise que : « Lorsque l'assemblée générale est appelée à se prononcer sur la dévolution des biens, quel que soit le mode de dévolution, elle ne peut, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, attribuer aux associés, en dehors de la reprise des apports, une part quelconque des biens de l'association ».

⁶ En effet, l'article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose que : « En cas de dissolution volontaire, statutaire ou prononcée par justice, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts, ou à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale ». À défaut, les biens reviennent à l'État, au titre des biens vacants et sans maître (articles 539 et 713 du code civil).

1.2. Un groupement susceptible d'assurer des missions de service public

Le Conseil d'État définit le service public comme « une activité d'intérêt général, soit prise en charge par une personne publique, soit exercée sous son contrôle étroit », et précise qu'en l'absence d'intérêt général, il ne peut y avoir de service public⁷.

Le service public se définit le plus souvent en prenant en considération l'existence de prérogatives de puissance publique, grâce auxquelles il serait assuré⁸. Dans certains cas cependant, des associations se sont vu reconnaître la gestion de services publics alors même qu'elles ne bénéficiaient pas de prérogatives de puissance publique.

1.2.1. Certaines associations exercent des missions ayant un caractère évident de service public

Les activités conduites par certains organismes privés (dont les associations) ont un caractère évident de service public qui conduit le juge à reconnaître un tel caractère en l'absence même de prérogatives de puissance publique.

Il en va notamment ainsi d'une clinique privée chargée, par une convention conclue avec le département, du traitement des malades mentaux⁹. Une solution identique a été retenue à propos de l'Union nationale des fédérations d'organisme d'HLM¹⁰, des centres privés de transfusion sanguine¹¹ ; d'une association de dépistage du cancer du sein¹², de la régie française de publicité agissant sur délégation de la Commission nationale de la communication et des libertés¹³ (CNCL), ou encore d'une école privée d'optique rattachée à une université publique¹⁴.

⁷ Rapport public 1999, Documentation française, EDCE n° 50, p. 272.

⁸ CE, 28 juin 1963, Narcy, n° 43834, p. 401.

⁹ TC, 6 novembre 1978, Bernardi, R, 652 ; RTDSS, 1979, 91, note F. Moderne ; AJ 1979, n° 1, 35 et 22, Chr. Dutheillet de Lamothe et Robineau.

¹⁰ CE, 31 juillet 1992, Vatin, R, 987.

¹¹ CE, Ass., 9 avril 1993, D., R, 110 ; RFDA, 1993, 583 ; AJDA 1993, 344.

¹² TC, 22 novembre 1993, Glogowski, R, 676 ; DA, 1993, 26.

¹³ Cass. civ., 4 juillet 1995, SA Télétoa, DA, 1995, 572.

¹⁴ CE, 25 juin 1995, Dubois, Rec, 725.

1.2.2. D'autres associations se sont vu reconnaître la gestion d'un service public en raison des liens étroits qu'elles entretenaient avec la personne publique

Il existe des organismes privés, n'ayant qu'une indépendance limitée par rapport à la personne publique¹⁵, et qui gèrent, pour cette dernière et sous son contrôle, une mission de service public sans avoir de prérogatives de puissance publique.

Relève de ces hypothèses¹⁶ l'activité d'une association chargée de l'animation culturelle de la ville et de la gestion, notamment, de centres de loisirs, qui doit être regardée comme un service public, « alors même que l'exercice de ses missions ne comporterait pas l'exercice de prérogatives de puissance publique¹⁷ ». Même formule, à propos d'une association chargée de la gestion d'un établissement thermal et d'un hôtel-restaurant communal¹⁸ ou d'une association chargée par la commune de missions d'animation scolaire¹⁹.

Il convient néanmoins de noter que, même sans disposer de prérogatives de puissance publique, l'organisme privé, qui gère un service public dans de telles conditions, est généralement soumis aux sujétions de droit public inhérentes à une telle gestion, ce qui constitue un indice supplémentaire du caractère de service public de ces missions.

2. Une organisation souple s'accommodant facilement du contrôle de l'État

Une vocation adaptée aux missions dont l'État à la charge ne suffit pas. L'attrait essentiel de l'association réside dans le fait qu'elle dispose de modalités d'organisation souples (2.1.), dans lesquelles peut aisément s'insérer le contrôle de l'État (2.2.).

¹⁵ Sur les critères et les conséquences de la transparence d'une association, voir *infra* 3.

¹⁶ Voir notamment sur ce point René Chapus, *Droit administratif général*, TI quinzième édition, n° 762.

¹⁷ CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun et Association Melun-Culture-Loisirs, préc. n° 751-3°.

¹⁸ CE, 10 juin 1994, Lacan et Association des thermes de la haute vallée de l'Aude, p. 298.

¹⁹ CE, 22 juillet 1994, Office municipal d'aménagement et de gestion d'Allauch, p. 951.

2.1. Une organisation souple

Les associations peuvent se former librement, sans autorisation, ni déclaration préalable, et fonctionner sans être déclarées. Toutefois, elles n'acquièrent la personnalité morale leur permettant de demander des subventions, de soutenir une action en justice ou, éventuellement, d'acheter ou de vendre en leur nom, qu'à compter de leur déclaration.

2.1.1. La souplesse des règles d'organisation et de fonctionnement

Les statuts fixent librement les modalités d'organisation, la composition et le fonctionnement interne de l'association. Ils sont obligatoires pour les associations déclarées. Dès lors, les sociétaires peuvent choisir librement le nombre, l'appellation et les fonctions des personnes responsables de la direction ou de l'administration. Mais ces stipulations étant des clauses essentielles du contrat d'association, elles doivent figurer dans les statuts.

Les dirigeants de l'association exercent leurs fonctions en vertu d'un mandat confié par les membres réunis en assemblée générale. Ce mandat obéit aux règles de droit commun régissant le contrat de mandat figurant au code civil, qui décrit les obligations et les droits du mandant et du mandataire : reddition de comptes, révocation à tout moment, gratuité des fonctions s'il n'en est pas autrement stipulé ou rémunération dont les modalités doivent être détaillées dans les statuts.

Les statuts déterminent librement la répartition des pouvoirs entre les différents organes de l'association. En sa qualité de mandataire, le dirigeant participe à l'administration et à la gestion de l'association ainsi que, le cas échéant, à sa représentation vis à vis des tiers ou en justice.

La rémunération des dirigeants ne contrevient à aucune des dispositions de la loi de 1901.

2.1.2. La souplesse des règles relatives aux moyens financiers et humains

Les ressources des associations peuvent être d'origines assez diverses. Les premières ressources résultent des apports consistant dans la transmission à une association, de la propriété ou de la jouissance d'un bien indispensable à son fonctionnement. Ils peuvent consister en sommes d'argent, meubles ou immeubles. Ensuite, les cotisations versées par ses membres constituent bien souvent une ressource importante des associations mais elles n'ont un caractère obligatoire que lorsque les statuts le prévoient expressément. La liberté la plus absolue est laissée aux statuts pour les instituer et en fixer le montant. Les associations peuvent en outre, sous certaines conditions, bénéficier de souscriptions organisées par un tiers à son profit, de dons et de legs²⁰. Les associations déclarées peuvent recevoir des subventions de l'État, des départements, des communes et des établissements publics²¹. D'autres ressources peuvent enfin provenir des produits de placements et des activités économiques et commerciales.

Le personnel employé par l'association est régi par le code du travail avec généralement application de la convention collective du secteur concerné. Le personnel salarié relève du régime général de la sécurité sociale. L'association peut souscrire une assurance responsabilité civile, qui garantit ses membres, salariés et auxiliaires dans le cadre des activités de l'association²². En principe, sauf s'il y a usage de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif ne concerne pas la légalité des actes de gestion courante des associations gérant un service public notamment dans les relations avec le personnel²³. À côté de ses personnels de droit privé, l'association peut bénéficier de la collaboration d'agents publics, notamment par voie de détachement ou de mise à disposition.

²⁰ La loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations vise à améliorer les avantages fiscaux destinés à encourager la générosité publique, et à simplifier les textes et les procédures en la matière.

²¹ Voir page 8, *infra* 2.1.2..

²² Le contrat de responsabilité civile doit également garantir le personnel bénévole de l'association. Certains bénévoles peuvent relever de la législation sur les accidents du travail.

²³ Rapport CE 2000, p. 297.

2.2. Une organisation dans laquelle peut s'insérer le contrôle de l'État

Le principe de la liberté d'association interdit a priori de soumettre une association à un contrôle de quelque nature qu'il soit. Cependant, la spécificité de certaines associations justifie qu'il soit dérogé à cette règle. Tel est le cas pour les associations reconnues d'utilité publique, les associations subventionnées ou encore les associations gestionnaires de services publics.

Les formes du contrôle par l'État de l'association sont multiples. Les organes de contrôle sont en général extérieurs à l'association²⁴. Il existe cependant, pour certaines associations, des organes de contrôle de l'État qui interviennent au sein même de l'association. Outre les représentants de l'État siégeant au conseil d'administration (*voir infra B.*), ils sont au nombre de deux : le contrôleur général d'une part, le commissaire du Gouvernement d'autre part.

2.2.1. La soumission au contrôle économique et financier

En vertu des dispositions de l'article 2 du décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État, peuvent être soumis par décret au contrôle économique et financier de l'État institué par ce texte « 1° les organismes ou entreprises de toute nature exerçant une activité d'ordre économique et bénéficiant du concours financier de l'État sous une forme quelconque, notamment sous forme de participation en capital, de subvention, de prêt, d'avance ou de garantie ». Ainsi par exemple, l'association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), soumise au contrôle économique et financier en vertu du décret n° 49-39 du 11 janvier 1949 relatif à la formation professionnelle accélérée.

Aux termes de l'article 5 modifié du décret de 1955, « le contrôle économique et financier de l'État est un contrôle externe portant sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent. Il a pour objet d'analyser les risques et d'évaluer les performances de ces entreprises et

organismes en veillant à préserver les intérêts patrimoniaux de l'État ». Ce contrôle est « exercé, sous l'autorité du ministre chargé de l'économie, par des missions de contrôle ». Le contrôleur d'État dispose de prérogatives telles qu'un pouvoir d'investigation sur pièces et sur place, un droit à communication des informations nécessaires à l'exécution de sa mission, un droit d'entrée, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration (article 8 du décret). Les modalités d'exercice du contrôle économique et financier de l'État « sont fixées, en tant que de besoin, par entreprise ou organisme [...] par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget pris après information du ministre intéressé » (article 9 du décret).

2.2.2. L'instauration d'un commissaire du Gouvernement

Il n'existe pas de règle formelle générale quant aux modalités de création de cette fonction. Les conditions de sa nomination et ses attributions sont librement fixées par les textes instituant le commissaire du Gouvernement. La présence du commissaire du Gouvernement au sein de ces organismes constitue la traduction organique de l'exercice de la tutelle de l'État et plus particulièrement du ministère technique.

Le commissaire du Gouvernement représente le ministre de tutelle sans pour autant partager la même mission que les « représentants » nommés par les ministres dans les conseils d'administration. Alors que le représentant du ministre n'intervient généralement qu'à l'occasion des débats au sein de l'instance délibérante, le commissaire suit de façon plus permanente le fonctionnement et l'activité de l'organisme. Le « représentant » exprime par son vote la position de son ministre sur une question dont il est saisi, tandis que le commissaire du Gouvernement est le conseiller en quelque sorte permanent, tant de l'organisme contrôlé que du ministre s'agissant de cet organisme. Il participe, par ses conseils, à la préparation des décisions, ce qui permet d'accélérer l'entrée en vigueur des décisions devant recevoir l'aval du ministre, exprès ou tacite. Si, par ses avis et conseils, le commissaire du Gouvernement influence les initiatives de l'organisme, il ne s'implique pas pour autant dans sa vie administrative.

²⁴ Il s'agit des différents corps d'inspection de l'État, des contrôleurs financiers au niveau central ou déconcentré (TPG), des préfets ou des ministres techniquement concernés pour les associations reconnues d'utilité publique.

Les pouvoirs conférés au commissaire du Gouvernement par les textes l'ayant institué varient selon les organismes. Toutefois, quelle que soit la situation, un fond commun peut être dégagé, à savoir : le droit de présence avec voix consultative dans les instances délibérantes de l'organisme, au premier rang desquelles le conseil d'administration ; le droit de demander l'inscription d'un sujet à l'ordre du jour d'une séance du conseil d'administration ; le droit de demander une seconde délibération de ce dernier sur une question ; dans certains cas, un droit de veto suspensif sur un nombre plus ou moins important de décisions ou délibérations. À ce titre, ce droit de veto s'exerce généralement sur les décisions budgétaires et financières. Pour le reste, ses pouvoirs sont plus ou moins importants selon les cas.

B. Des formes de collaboration adaptables aux besoins de l'État

L'intérêt du recours aux associations ne réside pas seulement dans l'adaptation de ces institutions aux besoins de l'État. Il vient également du caractère modulable des formes de cette collaboration.

Ces collaborations peuvent adopter une forme unilatérale (adoption d'une loi ou d'un texte réglementaire) ou contractuelle. Le plus souvent les deux techniques seront combinées. L'État confiera ainsi une mission à une association par la voie de l'adoption d'un acte unilatéral, sa mise en oeuvre faisant souvent ensuite l'objet d'une convention. Un autre type de combinaison peut également se rencontrer. Dans certains secteurs d'activité, l'État ne peut en effet collaborer contractuellement avec une association que si celle-ci a par ailleurs bénéficié d'un agrément ou d'une habilitation²⁵. Il en va notamment ainsi des associations intervenant dans le secteur de l'enseignement, de la santé, de l'action sociale, etc.

Unilatérale et / ou contractuelle, la collaboration entre l'État et les associations peut prendre des formes très diverses qui offrent à l'État des modalités de collaboration, tantôt étroites (1.), tantôt plus lâches (2.), en fonction de ses besoins.

²⁵ Pour être agréée, une association doit d'une part, être déclarée, et d'autre part, satisfaire à certaines conditions imposées par les textes. Il s'agit généralement de l'obligation de tenir une comptabilité, et pour certaines activités de conditions de garantie financière et de compétence du personnel (diplômes), ainsi qu'éventuellement l'intervention d'un commissaire aux comptes et la transmission régulière d'informations.

1. Des possibilités de collaborations étroites

Parmi les formes étroites de collaboration, l'État peut bien sûr constituer ou adhérer lui-même à une association (1.1.). Il peut également déléguer à celle-ci une mission de service public (1.2.).

1.1. La constitution ou l'adhésion à une association

La participation d'une collectivité publique à une association est possible par principe, sous réserve que celle-ci fasse notamment acte d'adhésion et qu'elle habilite son représentant de manière formelle. L'État peut participer à la constitution d'associations ou y adhérer sans aucune restriction. Il est un membre comme un autre. À cet égard, il a des droits et des obligations comme tous les autres associés, ceux-ci sont fixés par les statuts.

1.1.1. Les droits de l'État comme membre de l'association

Les membres de l'association sont les personnes qui sont parties au contrat d'association. Les membres personnes morales participent à la vie de l'association par l'intermédiaire de leur représentant légal. Ainsi, l'État peut être membre en tant que personne morale. Dans ces conditions, il est représenté au sein de l'association par des personnes physiques²⁶.

L'État, en tant que membre fondateur de l'association est présent au conseil d'administration et au sein de l'assemblée générale. Comme tout associé, il exerce son droit de vote et participe à la prise de décision au sein de l'association. Les statuts déterminent librement le nombre de voix attribuées à chaque membre ; à défaut de précision statutaire, chaque membre dispose d'une voix.

²⁶ Cette désignation est faite soit par décision ministérielle, soit par décision préfectorale, voir circulaire n° 2010 du 27 janvier 1975.

Les membres ont aussi un droit de contrôle. Au sein de l'assemblée générale, les sociétaires peuvent discuter les décisions prises par les dirigeants, proposer leur révocation, ou demander la dissolution de l'association. L'État peut également exercer son droit de retrait.

1.1.2. Les obligations de l'État comme membre de l'association

Tout membre d'une association doit exécuter les obligations souscrites en adhérant aux statuts.

Chaque membre doit effectuer un apport. Il s'agit en principe d'un apport « *en industrie* » consistant à mettre en commun leurs connaissances ou leur activité (art. 1^{er} de la loi de 1901). L'apport en nature d'un bien est facultatif, à moins que les statuts ne les y obligent. L'apport d'un immeuble à une association déclarée n'est licite que dans la mesure où il s'agit d'un local destiné à son administration.

De même, chaque membre s'engage à s'acquitter de sa cotisation si cela est prévu par les statuts. En effet, l'article 6 de la loi de 1901 donne la faculté aux associations de percevoir des cotisations : elles ne sont donc pas obligatoires. Elles ne le sont que si les statuts décident de leur principe et de leurs modalités. Les statuts peuvent aussi dispenser l'État de s'acquitter de ses cotisations.

1.2. L'octroi d'une délégation d'un service public à une association

En vertu d'une délégation de service public, la personne publique ne se départit pas complètement de sa compétence mais elle la partage en confiant la gestion directe de l'activité à un tiers tout en conservant la gestion indirecte. Lorsqu'une collectivité publique souhaite impliquer une association dans la gestion d'un service public, sans pour autant adhérer à cette même structure, c'est cette modalité qui sera le plus fréquemment retenue. Le recours aux associations « *pour assurer la gestion et l'exécution de services publics est dans son principe parfaitement légitime et souvent souhaitable*²⁷ ».

La délégation peut être le fait d'un acte unilatéral. À titre d'exemple, dans son arrêt du 22 novembre 1974 (Fédération française d'articles de sport), le Conseil d'État a admis qu'en confiant aux fédérations sportives la mission d'organiser les compétitions, le législateur avait confié à ces fédérations, bien qu'elles soient des associations de la loi de 1901, l'exécution d'un service public administratif²⁸.

Dans un sens plus strict, la délégation de service public résulte d'un contrat. Selon la définition qu'en donne l'article 3 de la loi n° 2001-1132 du 11 décembre 2001, elle « [...] est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

2. La liberté de modes de collaboration plus lâches

Si l'État peut faire le choix d'une collaboration très intégrée avec les associations, il lui est également toujours possible de retenir une forme plus lâche, que ce soit par l'octroi d'un marché public ou d'une subvention (2.1.), ou la conclusion d'un contrat d'association (2.2.).

2.1. L'octroi d'un marché public ou d'une subvention

2.1.1. L'octroi d'un marché public

L'article 1^{er} du code des marchés publics précise que « *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

²⁸ CE, Sect., 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, Leb. p. 576.

²⁷ Rapport public annuel du Conseil d'État 2000, cité par Jean David Dreyfus, in AJDA, 7 octobre 2002.

Le régime des marchés publics doit s'appliquer lorsque l'administration exprime, à son initiative, un besoin qui lui est propre et qu'elle demande à un prestataire de lui fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. Les sommes versées correspondent dans ce cas à la contrepartie de prestations individualisées réalisées au profit de la personne publique, et il y a contrairement au cas de la subvention un lien direct entre la valeur économique du service rendu et la contre-valeur perçue.

2.1.2. L'octroi d'une subvention

Le régime de la subvention, exclusif de celui des marchés, s'applique uniquement lorsqu'il s'agit pour une personne publique d'apporter un concours financier, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à un autre, à un projet qui présente un caractère d'intérêt général, élaboré par un organisme tiers, et qui répond aux besoins définis par ce dernier. Il n'y a alors pas de relation d'équivalence entre les sommes versées et le service rendu. La subvention apparaît comme un soutien financier à caractère facultatif, précaire et conditionnel à un projet dont l'initiative vient de l'organisme. Le critère de l'initiative du projet est déterminant. Il recouvre non seulement l'impulsion initiale du projet mais aussi la conception et la définition des prestations à financer. Les jurisprudences françaises et communautaires convergent sur ces différents éléments d'appréciation²⁹.

La possibilité pour une association de recourir au financement public est consacrée par la loi de 1901 elle-même dans son article 6 « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, [...] posséder et administrer [...] des subventions de l'État ». Les associations déclarées peuvent ainsi recevoir des subventions de l'État, des départements, des communes et des établissements publics. Ces subventions peuvent être accordées en espèces ou en nature (fourniture de biens ou mise à disposition de personnel). La subvention doit être sollicitée et les collectivités publiques disposent en principe d'un pouvoir discrétionnaire pour l'accorder ou la refuser.

²⁹ CE, 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais – CODIAC ; CAA Marseille, 20 juillet 1999, Commune de Toulon ; CJCE, 8 mars 1998, aff. 102/86, Apple and Pear Development Council et 1X4/80 Coöperatieve Aardappelenbev-aarplaats.

Elle peut être accordée sans aucune condition particulière (subvention de fonctionnement) mais elle peut, soit du fait de l'activité subventionnée, soit en raison de l'importance de l'aide versée, soit dans un souci de sécurité juridique (prévenir tout risque de gestion de fait), faire l'objet d'une convention.

2.2. La conclusion d'un « contrat d'association » au service public

Le contrat d'association au service public procède d'une autre logique. En effet, dans cette hypothèse, la personne publique ne souhaite pas transférer à un tiers la gestion du service public dont elle a la charge. Elle souhaite améliorer le fonctionnement du service public en s'assurant de la coopération d'un tiers exerçant des activités de même nature afin de les harmoniser avec celles de la personne publique moyennant le cas échéant une compensation financière. L'activité du tiers sera donc exercée parallèlement à celle de la personne publique et pourra être regardée comme le complément ou le prolongement de l'activité de service public.

Dans ses conclusions devant la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire du Drac, l'avocat général a insisté sur l'importance de la notion d'association ou de participation d'une personne privée au service public : « *le contrat d'association permet en effet la coopération du secteur privé à la satisfaction des besoins collectifs. Il se caractérise par un intuitu personae prononcé : l'administration a le libre choix de donner ou non son agrément en fonction des garanties offertes par son cocontractant, le maintien de l'autonomie des deux secteurs (le service public n'est pas délégué mais complété par l'action parallèle de la personne ou de l'établissement privé, qui accepte de se plier aux grandes orientations définies par l'administration), le financement mixte de cette coopération (l'établissement privé, en principe directement rémunéré par l'usager, reçoit cependant une aide publique en contrepartie de sa soumission à un contrôle tutélaire souple*³⁰ ».

³⁰ Cass. crim., 12 décembre 2000, conclusions de madame Dominique Commaret.

2. Une collaboration toujours exigeante

Si la liberté est la règle, le droit de s'associer dispose d'un cadre juridique qui n'est pas constitué seulement de la loi de 1901 et de ses textes d'application. De nombreuses règles régissent le recours par des personnes publiques aux associations et constituent autant de contraintes du procédé. Celles-ci affectent non seulement les missions qui peuvent être confiées aux associations (A.) mais également les moyens dont elles peuvent disposer pour les mener à bien (B.).

A. Les contraintes liées aux missions dévolues aux associations

Les contraintes à prendre en compte concernant les missions susceptibles d'être dévolues aux associations tiennent non seulement au respect des compétences des collectivités publiques (1.), mais aussi au respect des règles de commerce (2.).

1. Les contraintes liées au respect des missions des collectivités publiques

Le choix du mode de gestion d'un service public est en principe libre sauf lorsque le législateur ou les principes du droit administratif fixent des limites³¹. Celles-ci concernent, d'une part, la nature des missions susceptibles d'être déléguées (1.1.) et, d'autre part, l'ampleur de la délégation (1.2.).

³¹ « Dans la mesure où la loi ne s'est pas prononcée, et si les principes du droit administratif ne s'y opposent pas, il appartient à l'autorité administrative d'apprécier comment la gestion des services publics doit être assurée. [...] Concrètement, cela signifie que (lorsqu'il y a possibilité de choix) l'autorité administrative peut librement apprécier s'il convient que l'exécution d'un service public soit assurée par elle-même ou bien par les soins d'une personne à laquelle cette exécution aura été déléguée » (R. Chapus, droit administratif général Tome 1, III. Les modes de gestion des services publics, p. 627).

1.1. Certains services ne peuvent pas, par nature, être délégués

Toutes les missions de service public ne sont pas déléguables. L'État, pour ce qui le concerne, ne peut en particulier se départir de ses pouvoirs souverains. Il en va notamment ainsi, par principe de ses pouvoirs de police lesquels ne peuvent être délégués à un tiers, et donc à une association.

Il convient néanmoins de mentionner certaines exceptions comme, par exemple, les fédérations de chasseurs qui assurent précisément, pour l'État, une certaine forme de police.

1.2. L'ampleur de la délégation doit toujours être limitée

Une personne publique ne peut, en confiant certaines de ses missions à des tiers, se décharger globalement de ses compétences et responsabilités dans un secteur de son activité³².

Il a de même été jugé qu'un établissement public ne peut se décharger sur l'association de n'importe laquelle de ses missions. En effet, un établissement public est lié par le principe de spécialité. Or, lorsque le législateur crée un type d'établissement public et qu'il lui confie le soin de gérer une ou plusieurs missions de service public, c'est parce qu'il entend que ces services soient gérés directement par l'établissement et non pas confiés à des personnes privées. Le Conseil d'État a ainsi reconnu que les établissements publics ne pouvaient se séparer des éléments « essentiels et indissociables » de la mission qui leur est confiée³³.

³² CE, 27 mars 1995, Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes, AJ 1995, p. 921 note C. Braud, RFDA 1995, p. 635 ; CE, 12 novembre 1997, Syndicat national des médecins du travail, p. 900, DA 1998, n° 20.

³³ CE, avis n° 356101 du 16 juin 1994, p. 367 ; ou encore CE, avis n° 351619 du 2 juillet 1992, EDCE 1992 p. 406.

2. Les contraintes liées au respect des règles de concurrence

Le respect dû aux règles de concurrence génère diverses contraintes, que ce soit au stade de la dévolution des activités en cause par la personne publique (2.1.) ou au stade de leur exercice (2.2.).

2.1. Le respect des règles de concurrence dans la dévolution des activités

2.1.1. Le respect des règles applicables aux délégations de service public

Lorsqu'une délégation de service public remplit les critères fixés par la loi du 11 décembre 2001, c'est-à-dire que l'activité ait été déléguée par contrat, qu'elle constitue un service public et que le délégataire prenne une part substantielle du risque d'exploitation du service, la personne publique sera alors soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi « Sapin³⁴ ».

2.1.2. Le respect des règles relatives aux marchés publics

L'État souhaitant faire appel à une association pour la fourniture de biens ou de prestations de services contre un prix devra le plus souvent se soumettre aux règles de droit commun du code des marchés publics. Le bénéfice des dérogations prévues par celui-ci peut toutefois être envisagé sous réserve des conditions qui leur sont propres, qu'il s'agisse de celle fondée sur l'article 30 du code, de celle liée à l'octroi d'un droit exclusif ou encore de celle liée aux prestations « *in house* ».

La procédure allégée prévue par l'article 30 alinéa 1^{er} du code des marchés publics n'est possible que pour certains marchés de service. Par un arrêt du 23 février 2005³⁵, la Haute juridiction a en effet estimé que « *les marchés passés en application du CMP sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} de ce code* » et que « *si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code, peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1^{er} du code ; que, dès lors, le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence* ». Cette dérogation nécessite pour conséquence un examen au cas par cas des situations.

Le bénéfice du régime prévu par l'article 3-2° du code des marchés publics concernant les marchés de service passés avec une personne publique ou privée bénéficiant d'un droit exclusif doit également être justifié. Il résulte en effet de l'article 86 du traité CE que le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt général ou d'intérêt économique général justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question³⁶. Par ailleurs, s'il crée, au bénéfice de son titulaire, une position dominante sur le marché de services en cause au sens de l'article 82 du traité CE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à se trouver en situation d'abus de position dominante. Le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis.

³⁵ CE, 23 février 2005, ATMMMP, n° 264 712.

³⁶ Pour apprécier si l'octroi de droits exclusifs est justifié, il convient de mesurer l'atteinte qui pourrait, le cas échéant, se trouver portée aux grands principes posés par le traité instituant la Communauté européenne (liberté d'établissement, libre prestation de services, non-discrimination) et plus spécialement aux règles dites « *de la concurrence* ». La dérogation ne peut être justifiée que si, d'une part, la mission de gérer un service d'intérêt général a été confiée à l'organisme par un acte formel de la puissance publique et, d'autre part, la dérogation résulte d'une nécessité impérieuse d'intérêt général (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-353/89, Commission c/ Pays-Bas).

³⁴ Pour un exemple de qualification d'une délégation de service public à une association, voir : TA Lyon, 14 juin 2000, Société braytoise d'exploitation cinématographique, Gazette du Palais, 29-31 juillet 2001, p. 41.

Enfin, il est à noter que le bénéfice de l'exemption prévue pour les contrats dits « *de prestations intégrées* » (également dits contrats « *in house*³⁷ ») peut avoir certains effets indésirables dans le cas des associations. L'article 3 § 1° du code des marchés publics vise en effet à exclure de l'application du code des marchés publics les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus par une personne publique avec une entité qui peut être regardée comme son prolongement administratif³⁸. Tel est le cas lorsque trois conditions cumulatives sont réunies : l'acheteur public dispose d'un pouvoir de contrôle étroit sur son cocontractant ; l'activité de celui-ci est principalement consacrée à l'acheteur public ; le cocontractant de l'État doit lui-même appliquer le code des marchés publics. Pour pouvoir écarter les règles de la commande publique, l'État doit ainsi notamment exercer sur l'association un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; cela implique donc, en fait, que cette dernière ne dispose d'aucune autonomie. Ce faisant, le bénéfice de l'exemption des prestations in house pourrait encourager le juge à constater la transparence de l'association avec les risques que cela implique (voir *infra*, **troisième partie**).

2.2. Le respect des règles de concurrence dans l'exercice de leur activité

Les associations peuvent être qualifiées d'entreprises au sens des articles 81, 82 et 86 du traité CE relatifs aux règles de concurrence. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a défini la notion d'entreprise comme toute « *entité qui exerce une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement* » (CJCE, 23 avril 1991, Hofner et Elner). Est économique toute activité qui, même en dehors de la recherche de bénéfices, participe aux échanges économiques. Une activité peut être qualifiée d'économique dès lors qu'elle est susceptible, en principe, d'être exercée par un opérateur privé dans un tel but (CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie). L'absence de but lucratif des associations ne permet donc pas, en soi, d'écarter cette qualification.

³⁷ La rédaction de cet alinéa traduit la jurisprudence communautaire telle qu'issue de l'arrêt de la Cour de justice du 18 novembre 1999, Teckal.

³⁸ Cet article dispose que les dispositions du code ne sont pas applicables « *aux contrats conclus entre une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code* ».

La circonstance qu'une association serait en charge de la gestion d'un service public ne l'affranchit pas du respect des règles de concurrence. En effet, l'article 86-2 du traité CE dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence dans les limites où ces règles ne font pas échec à leur mission.

B. Les contraintes liées aux moyens dont elles peuvent disposer

Les contraintes du recours aux associations par les collectivités publiques ne se limitent pas aux seules missions qu'elles sont susceptibles de recevoir de ces dernières. À ces contraintes s'ajoutent en effet celles qui concernent les moyens dont elles peuvent disposer pour mener à bien ces activités. Ces contraintes tiennent, d'une part, aux obligations de mise en concurrence qui pèseront sur elles pour la satisfaction de leurs besoins (1.) et, d'autre part, à leurs moyens financiers et humains (2.).

1. Les contraintes relatives à la satisfaction de leurs besoins

Les associations qui collaborent avec l'État sont soumises à des règles de mises en concurrence lorsqu'elles sont qualifiées de pouvoir adjudicateur (1.1.), ce qui suppose la réunion de plusieurs conditions (1.2.).

1.1. Les associations peuvent être soumises à certaines règles de mise en concurrence lorsqu'elles sont qualifiées de pouvoir adjudicateur

Les associations ne relèvent pas du code des marchés publics dont le champ, précisé à l'article 2, se limite à l'État et ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

Elles peuvent néanmoins être soumises, à l'instar d'autres organismes, à des obligations de mise en concurrence imposées par les directives communautaires, qui ont un champ d'application plus large que celui du code.

Ces dispositions ont été transposées en droit interne par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes non soumises au code des marchés publics, et par son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

1.2. Les critères de qualification comme pouvoir adjudicateur

1.2.1. La satisfaction d'un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial

Le premier critère de la qualification des associations comme pouvoir adjudicateur consiste en ce qu'elles doivent satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial.

Cette notion est directement issue des directives communautaires, qui tendent à empêcher que les collectivités publiques n'accordent une préférence aux candidats nationaux lors de la passation de leurs marchés et se laissent ainsi guider par des considérations autres qu'économiques³⁹.

La notion de « *besoin d'intérêt général* » a été définie par la CJCE et est étroitement liée au fonctionnement institutionnel de l'État⁴⁰. Il peut s'agir par exemple d'activités mortuaires, de l'impression de documents officiels, de l'enlèvement et du traitement des ordures ménagères, de l'entretien de forêts nationales, de la gestion d'une université, etc.

Quant au « *caractère autre qu'industriel et commercial* », il s'apprécie au regard de l'existence d'une concurrence développée et des conditions de

fonctionnement de l'organisme en cause⁴¹, de critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité guidant l'organisme⁴², des circonstances de la création du service⁴³, ou du point de savoir s'il supporte le risque financier inhérent à ses décisions⁴⁴.

1.2.2. Le financement, le contrôle et la direction publics ou majoritairement publics

Lorsque l'association remplit une mission d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial, elle sera soumise aux règles de mise en concurrence prévues par les directives si elle satisfait à l'une des trois conditions suivantes : l'association doit voir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ou encore des organismes de droit privé, des établissements publics à caractère industriel ou commercial de l'État ou des groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, ou bien doit être soumise à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés ci-dessus, ou alors comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par les organismes mentionnés ci-dessus.

⁴¹ La Cour de justice des Communautés européennes prend en considération l'environnement économique qui entoure l'activité de l'entreprise. Ainsi, « *l'existence d'une concurrence développée, et en particulier le fait que l'organisme concerné agit en situation de concurrence sur le marché, peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » (CJCE, 10 novembre 1998, BFI Holding, points 48 et 49).

⁴² CJCE, 10 mai 2001, Agora, point 40.

⁴³ Selon la Cour, il convient également de prendre en considération les circonstances de la création de l'organisme pour déterminer la nature des besoins qu'il est chargé de satisfaire (CJCE, 27 février 2003, Truley, point 66).

⁴⁴ Au-delà de ces critères, la CJCE a aussi suggéré, dans ses conclusions dans l'affaire Agora, puis dernièrement dans l'affaire Adolf Truley, d'asseoir l'analyse entre autres sur le point de savoir si l'organisme supporte le risque financier inhérent à ses décisions. Le fait qu'il doive subir lui-même les conséquences financières de ses décisions pourrait indiquer qu'il exerce une activité industrielle ou commerciale. A contrario, les entreprises, qui prennent en charge des besoins d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ont, en général, la possibilité, afin de ne pas compromettre la poursuite de leur mission, de faire compenser leurs pertes éventuelles par les pouvoirs publics. Ainsi, comme la Cour l'indique dans l'arrêt du 22 mai 2003, Taitotalo, (point 51), « *si un organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle et commerciale* ».

³⁹ CJCE, 3 octobre 2000, University of Cambridge, aff. C-380/98, point 17 ; CJCE, 10 novembre 1998, BFI Holding BV, aff. C-360/96, point 42.

⁴⁰ « *Des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* » (CJCE, 22 mai 2003, Taitotalo, aff. C-18/01 point 47).

2. Les contraintes relatives à leurs moyens financiers et humains

Il existe diverses contraintes relatives aux moyens financiers et humains dont les associations peuvent disposer pour mener à bien les missions pour lesquelles elles collaborent avec la collectivité publique. Elles touchent plus particulièrement aux subventions qu'elles peuvent recevoir (2.1.) et aux relations entre ses personnels et la personne publique⁴⁵ (2.2.).

2.1. Les contraintes affectant leurs subventions

Différents textes sont venus encadrer le versement de subventions par l'État aux associations lorsque celles-ci dépassent certains seuils.

2.1.1. Nécessité d'une convention pour les subventions supérieures à 23.000 euros

La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration impose aux collectivités publiques de conclure avec un organisme bénéficiant d'une subvention supérieure à 23.000 euros⁴⁶, une convention définissant « l'objet, le montant et les conditions d'utilisation » de la subvention. Ce texte, complété par une circulaire du 24 décembre 2002 encadre les modalités d'octroi des subventions et notamment les éléments à transmettre à l'appui du dossier, ainsi que les modalités de suivi des subventions.

Il est notamment prévu que l'utilisation de la subvention par l'organisme de droit privé doit faire l'objet d'un contrôle systématique : la subvention doit être utilisée conformément à l'objet pour lequel elle a été accordée et l'emploi des fonds reçus doit pouvoir être justifié. La convention de subvention peut prévoir des moyens de contrôle (documents financiers, effectivité des dépenses réalisées). La vérification peut porter sur le non-détournement de la subvention de son objet, sur son montant au regard des dépenses réalisées...

⁴⁵ Il convient dès à présent d'indiquer que les personnels des associations assurant la gestion d'un service public sont soumis aux règles sur les cumuls de retraite, de rémunération et de fonctions applicables aux agents publics.

⁴⁶ Décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi DRCA (JO, 10 juin 2001, p. 9248).

Les organismes ont l'obligation de communiquer les pièces justificatives demandées par la collectivité qui octroie la subvention et notamment le budget, le bilan, le compte de résultat, un compte rendu d'activité et tout document permettant d'apprécier l'activité et l'utilisation des fonds publics. Le refus de communiquer les documents demandés peut entraîner l'annulation de l'attribution d'une subvention ou sa restitution. Si dans la convention, cette condition n'a pas été rappelée, l'organisme n'est pas, pour autant, exonéré de cette obligation.

2.1.2. Obligations de transparence financière au-delà de 150.000 euros

Les articles L. 612-4 et suivants du code de commerce ont prévu de nombreuses prescriptions visant notamment les associations ayant reçu des subventions dont le montant annuel dépasse un seuil fixé par décret à 150.000 euros⁴⁷. Elles doivent, par exemple, établir chaque année un bilan et un compte d'exploitation et nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant⁴⁸.

Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. Le budget et les comptes ainsi que la convention et le compte rendu financier doivent être communiqués à toute personne qui en fait la demande par l'autorité administrative ayant attribué la subvention.

Les organismes de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives une subvention supérieure à un montant de 153.000 euros⁴⁹ doivent déposer à la préfecture du département où se trouve leur siège social leur budget, leurs comptes, les conventions et, le cas échéant, les comptes rendus financiers des subventions reçues pour y être consultés.

⁴⁷ Décret n° 2001-379 du 30 avril 2001.

⁴⁸ L'article 121 de la loi sur la sécurité financière a modifié l'article L. 612-4 du code de commerce en imposant aux associations, qui reçoivent plusieurs subventions, dont le montant global excède 150.000 euros, l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes.

⁴⁹ Décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 précité.

Depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001) et la loi du 1^{er} avril 2003 sur la sécurité financière⁵⁰, les associations bénéficiant de subventions publiques pour un montant cumulé d'au moins 150.000 euros ou celles développant une activité économique même accessoire doivent, en outre, soumettre les conventions conclues directement ou par personne interposée avec leurs administrateurs ou mandataires sociaux, à l'approbation de leurs membres. Ces conventions doivent faire l'objet d'un rapport du représentant légal ou du commissaire aux comptes. L'obligation vise les conventions passées par l'association avec ses dirigeants de droit ou de fait à l'exception de celles qui « *en raison de leur objet ou de leurs implications financières ne sont significatives pour aucune des parties* ».

Le contrôle de l'octroi est assuré par le contrôleur financier, et un contrôle de l'emploi est possible par les corps de contrôle. Il convient de souligner que, s'agissant de subventions versées par l'État, les associations peuvent être contrôlées par la Cour des comptes qui peut vérifier le bon emploi des fonds versés. La Cour porte une appréciation sur la conformité des dépenses engagées par ces organismes aux objectifs poursuivis. Si elle estime que les fonds versés l'ont été irrégulièrement au regard des règles de la comptabilité publique, elle peut choisir d'exercer un contrôle de type juridictionnel (déclaration de gestion de fait).

2.2. Les contraintes affectant les relations entre le personnel de l'association et la collectivité publique

2.2.1. Les contraintes liées à la présence d'agents de l'État au sein de l'association

Si les associations peuvent bénéficier du concours d'agents publics par voie de mise à disposition ou de détachement, les conditions de ces concours en personnel sont précisément encadrées par différents textes, et notamment par les articles 41 à 48 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 complétés par le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985.

Ces agents seront par ailleurs directement concernés par les prescriptions de la circulaire du Premier ministre du 17 février 1995 portant application du décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions⁵¹, qui tire les conséquences du principe selon lequel les fonctionnaires⁵² sont, certes, comme les autres citoyens, libres de créer ou de participer à des associations⁵³, mais sous l'expresse réserve que cela ne porte pas atteinte aux principes de neutralité de l'administration et d'égalité des citoyens devant celle-ci, lesquels seraient naturellement mis à mal s'il y avait interférence entre les responsabilités professionnelles d'un fonctionnaire et l'objet de l'association au fonctionnement de laquelle il est mêlé.

2.2.2. Les contraintes liées au transfert des personnels à l'État en cas de dissolution de l'association dont les activités seraient reprises par celui-ci

En cas de liquidation de l'association, le liquidateur procède aux licenciements qui s'imposent pour motif économique (articles L. 321-1 et suivants du code du travail). Dans l'hypothèse où des fonctionnaires seraient détachés ou mis à disposition dans une association, en cas de dissolution de celle-ci, ils retourneront dans leur administration d'origine.

Si l'activité de l'association dissoute est transférée à une autre structure, les dispositions de l'article L. 122-12 al. 2 du code du travail trouvent en principe à s'appliquer. Cet article dispose que : « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Le contrat de travail du salarié se poursuit de droit avec le nouvel employeur. Ce dernier doit reprendre le contrat en cours aux mêmes conditions : durée du contrat, rémunération, qualification, ancienneté. Ce transfert s'applique dans le cadre du passage à une structure de droit privé, le salarié conservant dans cette hypothèse son contrat de travail d'origine.

⁵⁰ Modifiant l'article L. 612-5 du code de commerce.

⁵¹ Prescriptions applicables aux agents non titulaires également, décret n° 95-833 du 6 juillet 1995 modifiant le décret n° 95-168 du 17 février 1995.

⁵² À l'exclusion des militaires de carrière (article 9 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, s'agissant des associations à caractère politique).

⁵³ CE, 11 décembre 1908, Association professionnelle des employés civils des colonies, n° 26479, Rec. p. 1021.

La Cour de cassation puis le Tribunal des conflits et enfin le Conseil d'État ont admis le principe d'un tel transfert des contrats de travail à une entité publique⁵⁴. Le sort de ces contrats repris par la nouvelle entité est resté incertain à la suite de ces décisions. Le Conseil d'État admettant par principe et sous réserves des contraintes particulières pouvant exister dans certains cas, soit le maintien des contrats de droit privé antérieurs, soit leur transformation en contrats de droit public. Chacune des deux solutions étant néanmoins susceptible de susciter des difficultés de mise en œuvre.

Désormais, l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique prévoit que les salariés concernés ayant le statut d'agents publics non titulaires seront assurés de conserver le bénéfice d'un engagement à durée indéterminée ainsi que les autres clauses substantielles du contrat, en particulier une rémunération au moins équivalente, à la condition qu'elles ne dérogent pas à des dispositions législatives ou réglementaires ou aux conditions générales de rémunération des agents non titulaires. En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procédera à leur licenciement dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat⁵⁵.

3. Une collaboration parfois risquée

Si le recours aux associations ne doit pas être perçu comme une solution de facilité, ce n'est pas seulement en raison des exigences propres à ce procédé. C'est aussi en raison des risques qu'il fait courir à la collectivité publique et à ses représentants au sein de l'association. Ces risques sont multiples même lorsque l'État recourt aux associations à bon escient (A.) et s'accroissent lorsque l'association est considérée comme fictive c'est-à-dire transparente par rapport à la collectivité publique (B.).

⁵⁴ Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V n° 209 – TC, 19 janvier 2004, madame Devun et autres c/ Commune de Saint-Chamond (AJDA 2004, p. 235) – CE, Section, 22 octobre 2004, Lamblin (Req. n° 245154).

⁵⁵ Voir sur cette loi le commentaire de L. Roussely, « Modifications récentes du droit de la fonction publique : conditions de recrutement des agents non titulaires ; régime applicable aux salariés d'une entité privée en cas de reprise de son activité par une personne publique », CJFI n° 35, pages 21 et suivantes.

A. Des risques multiples inhérents au procédé

Le recours aux associations expose l'État et ses représentants à l'engagement de leur responsabilité non seulement administrative et financière (1.), mais également pénale (2.).

1. La responsabilité administrative et financière

La responsabilité de l'État pourrait d'abord être recherchée pour défaut de contrôle des associations placées sous sa surveillance (1.1.). Sa responsabilité, et surtout celle de ses agents, pourrait en outre être engagée pour faute de gestion (1.2.).

1.1. La responsabilité encourue à raison d'un défaut de contrôle

Les associations ou fondations peuvent être l'objet de divers contrôles de la part de l'État. C'est le cas notamment de celles reconnues d'utilité publique, subventionnées par les personnes publiques ou encore ayant reçu un agrément. La responsabilité encourue par l'État au titre de ces activités tend à se développer et se concrétise dans différents cas de figure.

1.1.1. Une responsabilité qui se développe par le passage à la faute simple

Le risque d'engagement de la responsabilité de l'État s'accroît à mesure que la jurisprudence évolue de l'exigence d'une faute lourde à celle d'une faute simple.

La question de la nature de la faute de l'État susceptible d'engager sa responsabilité dans le cadre de ses activités de contrôle a suscité, selon les organismes contrôlés, des réponses variées. Ainsi, le juge exige une faute lourde s'agissant du contrôle de certains organismes publics⁵⁶ ou privés (caisses de sécurité sociale⁵⁷ ; établissement de crédit⁵⁸). En revanche, la faute simple suffit pour le contrôle des centres de transfusion sanguine⁵⁹.

Selon Yves Gaudemet, la nature de la faute dépend du type de contrôle exercé : la faute est simple lorsque la marge de manœuvre de l'organisme contrôlé est réduite. Une telle faute simple serait ainsi requise dans l'hypothèse où l'État serait impliqué dans la gestion même de l'association (présence au conseil d'administration, au conseil de surveillance, subventions exigeant un fort pouvoir de contrôle de l'administration).

1.1.2. Une responsabilité qui se concrétise dans différents cas de figure

Cette responsabilité peut d'abord être engagée en matière d'utilisation de subventions. La contrepartie du contrôle de l'État sur les associations subventionnées est la possibilité pour celui-ci de voir sa responsabilité engagée du fait d'une faute commise par l'association dans l'utilisation de ces deniers⁶⁰. Ainsi, par exemple, à propos d'une subvention versée à l'association « *Maison de la culture de la Corse* », cette responsabilité a été engagée du fait de la « *totale passivité des autorités de tutelle* » qui, alertées des graves irrégularités commises par l'association, ont continué à lui accorder de larges subventions, en se dispensant de faire usage des moyens d'investigations et de répression dont elles disposaient⁶¹.

⁵⁶ Dans le cas d'une caisse de crédit municipal : CE Ass., 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle (Rec. p. 100).

⁵⁷ CE, 10 juillet 1957, Ministre du travail, Rec p. 467.

⁵⁸ CE, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'économie et des finances c/ Époux Kechichian (Semaine juridique, Édition générale, n° 11, 13 mars 2002, pp. 499-504).

⁵⁹ CE, Ass., 9 avril 1993, MM. D.G.B.

⁶⁰ Le contrôle de l'État sur les associations subventionnées, qui tire son origine d'une disposition du décret-loi du 25 juin 1934, n'a pas été remis en cause par le décret du 27 janvier 2005 relatif au contrôle financier au sein des administrations de l'État, ni par les décrets du 9 mai 2005 relatifs au contrôle général économique et financier.

⁶¹ CAA Lyon, 28 novembre 1991, Ministre de la culture c/ Société Production Christian Juin.

De manière plus exceptionnelle, cette responsabilité a pu également être engagée en raison de la survenance d'un accident grave. En ne prenant pas les mesures nécessaires pour vérifier qu'un organisme de formation organisant un stage pour les jeunes en difficulté professionnelle disposait des compétences nécessaires et des moyens adéquats, l'État a commis une faute qui a contribué effectivement à la survenance de l'accident dans lequel quatre jeunes et un moniteur ont trouvé la mort⁶².

1.2. La responsabilité encourue à raison d'une faute de gestion

Les représentants de l'État au sein des organes d'administration des associations peuvent voir leur responsabilité engagée à raison d'une faute de gestion. Ces fautes peuvent conduire au prononcé de sanctions sur le fondement des règles budgétaires. Elles peuvent par ailleurs engager la responsabilité civile des agents ou de l'État lorsqu'elles ont entraîné l'insolvabilité de l'association.

1.2.1. La responsabilité encourue au regard du droit budgétaire

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est compétente pour sanctionner les irrégularités budgétaires commises par les administrateurs non élus.

Sont notamment justiciables de la CDBF les responsables d'organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes ou à celui d'une chambre régionale des comptes, ce qui est le cas des associations subventionnées (articles L. 312-1 et suivants du code des juridictions financières (CJF)).

⁶² CAA Bordeaux, 19 décembre 2002, Société mutuelle d'assurance des collectivités locales.

Les représentants de l'État peuvent d'abord engager leur responsabilité en cas de violation des « règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État [...] ou des organismes [...] ou à la gestion des biens leur appartenant ou qui, chargée de la tutelle [...], aura donné son approbation aux décisions incriminées sera passible de l'amende [...] » au sens de l'article L. 313-4 al. 1^{er} du CJF. Il peut s'agir de prélèvements à des fins personnelles de fonds appartenant à une association subventionnée par l'État⁶³ ou de la violation des règles issues du plan comptable général par une association⁶⁴.

Il convient de réserver une place à part au cas où ces manquements constituent une « gestion occulte » au sens du second alinéa de ce même article. C'est notamment le cas des subventions fictivement attribuées à des associations mais dont l'ordonnateur se réservait en fait la libre disposition pour régler des dépenses de personnel et de matériel incombant à l'État⁶⁵, ou bien de l'encaissement par une association de recettes afférentes à des contrats de recherche exécutés par le personnel, dans les locaux et avec le matériel de la personne publique⁶⁶.

Encourt par ailleurs une peine d'amende le représentant de l'État « qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage » (article L. 313-6 du CJF). Il peut s'agir par exemple du paiement de factures par une association sans aucun service fait⁶⁷.

Encourt de même une amende le représentant de l'État « qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura causé un préjudice grave à cet organisme, par des agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de celui-ci, par des carences graves dans les contrôles qui lui incombent ou par des omissions ou négligences répétées dans son rôle de direction » (article L. 313-7-1 du CJF).

⁶³ CDBF, 19 février 1992, Association Franterm.

⁶⁴ CDBF, 25 mars 1987.

⁶⁵ CDBF, 4 décembre 1979, Crespin.

⁶⁶ CDBF, 30 septembre 1987, Le Goff, École des hautes études en sciences sociales (EHESS), Association Marc Bloch.

⁶⁷ CDBF, 7 décembre 1994, Comité départemental du tourisme de La Gironde, code administratif 2004, p. 1579.

1.2.2. La responsabilité encourue au regard du droit des procédures collectives

Dans l'hypothèse où une association fait l'objet d'une procédure collective alors qu'elle ne dispose que de très peu d'actifs, sa liquidation judiciaire sera vraisemblablement prononcée d'office et sans doute assez vite close pour insuffisance d'actif. Dans cette hypothèse, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de l'association seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux (article L. 624-3 du code de commerce).

Sont des dirigeants de droit, ceux qui sont désignés à des fonctions de direction : président, vice-président, directeur, membres du conseil d'administration. Sont des dirigeants de fait ceux qui, sans être désignés à des fonctions de direction, « ont une activité positive de direction, en toute indépendance et liberté⁶⁸ ».

Le risque de requalification de dirigeant de droit ou de fait du représentant de l'État est donc très fort, notamment dans le cas des associations des ministères où les dirigeants sont pratiquement tous des fonctionnaires de ces derniers. L'État, apparaissant souvent comme potentiellement le plus solvable, pourrait être condamné, en tout ou partie par le juge judiciaire, à l'apurement du passif⁶⁹.

Certes, les décisions jurisprudentielles sont rares, mais cela ne signifie pas que ce problème ne soit pas susceptible de se poser et ne se pose pas parfois effectivement. Simplement, il est rare que la personne morale de droit public, membre de l'association et souvent administrateur, laisse choir le groupement avec lequel elle avait partie liée. La plupart des difficultés financières se sont alors réglées à l'amiable, et l'on opère une « liquidation silencieuse » en indemnisant forfaitairement les créanciers.

⁶⁸ Cf. Rives-Lange, D 75, chron. p. 41.

⁶⁹ La responsabilité encourue par la personne publique, membre du conseil d'administration dans l'exercice de son mandat de dirigeant de droit ou de fait de l'association, et recherchée par le mandataire liquidateur dans le cadre d'une action en comblement de passif, ne peut qu'être établie devant le juge judiciaire (TC, 2 juillet 1982, Préfet, Commissaire de la République d'Indre-et-Loire contre Tribunal de grande instance d'Orléans, voir conclusions Labetoulle). Il a néanmoins été jugé que lorsque l'activité de l'association en liquidation est en réalité l'exercice même d'un service public administratif, les juridictions de l'ordre administratif retrouvent leurs compétences pour rechercher la responsabilité de l'État au titre de cette mission (TC, 15 novembre 1999, Département de la Dordogne).

2. La responsabilité pénale

Le risque pénal, auquel sont exposés les agents représentant l'État dans les organes d'administration des associations ou qui en exercent le contrôle, est parfois difficile à évaluer en raison, d'une part, du caractère variable des pouvoirs dont disposent les organes en question et, d'autre part, de leur caractère collégial qui rend plus difficile l'analyse de leur responsabilité pénale.

Les agents participant ou contrôlant les organes d'administration des associations pourront voir leur responsabilité pénale engagée, soit en qualité d'auteur d'une infraction (2.1.), soit en qualité de complice (2.2.).

2.1. La responsabilité de l'agent de l'État en qualité d'auteur de l'infraction

2.1.1. Infractions intentionnelles : la prise illégale d'intérêt

Aux termes de l'article 432-12 du code pénal : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique [...] de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende* ».

Des poursuites du chef de prise illégale d'intérêt pourraient être diligentées à l'encontre du représentant de l'État qui, dans l'exercice de ses fonctions publiques au sein de l'association, prendrait, recevrait ou conserverait un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, dans une opération de cet organisme dont il assure la surveillance et à laquelle il est intéressé à titre privé. La preuve d'une intention délictueuse devrait certes être rapportée mais la jurisprudence a toujours considéré qu'il suffisait, pour la consommation du délit, que le coupable ait sciemment pris un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance⁷⁰.

⁷⁰ La question de la consommation de ce même délit est plus incertaine, lorsque le représentant de l'État au sein de l'association est aussi ordonnateur d'une subvention attribuée à celle-ci. Il pourrait être soutenu que le délit n'est pas constitué, dès lors que l'agent intervient au sein de l'association comme représentant de l'État et non à titre personnel. Toutefois, afin d'éviter tout risque pénal, il serait préférable que le représentant de l'État au sein de l'association ne participe pas aux décisions relatives à l'octroi d'une subvention à celle-ci.

2.1.2. Les délits non-intentionnels

Deux types d'infractions involontaires sont susceptibles d'être commises par les représentants de l'État au sein d'une association.

Tout d'abord, la responsabilité du représentant de l'État peut être recherchée à raison de ses négligences lorsqu'elles ont permis la commission d'un détournement par un tiers (article 432-16 du code pénal). Cette infraction concerne essentiellement les organes de surveillance (commissaire du Gouvernement, censeur, contrôleur général...) auxquels on reprocherait une absence de contrôle effectif de la gestion de l'association par les dirigeants.

Plus exceptionnellement, la responsabilité des agents de l'État peut être recherchée à raison d'atteintes involontaires à la personne (blessures, homicide, etc.) qui résulteraient indirectement de leurs fautes (imprudence, négligences dans le contrôle, l'organisation ou la surveillance), qui auraient ainsi créé ou laissé se créer une situation dangereuse ayant rendu possible la survenance du dommage.

En l'espèce, le dommage qui pourrait leur être reproché n'aura en général qu'un lien indirect avec leur action fautive.

En pareil cas, leur responsabilité ne pourra être engagée que si leur négligence constitue l'une des deux fautes qualifiées prévues par l'article 121-3 du code pénal⁷¹.

Il reste à ce jour difficile de dire, faute de jurisprudence significative, si la responsabilité pénale du représentant de l'État pourrait être engagée pour homicide ou blessure involontaires en cas d'accident survenu, par exemple, dans les locaux de l'association ou en raison de l'activité de celle-ci.

⁷¹ La faute qualifiée se définit soit comme « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement* », soit comme « *la faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que cette personne ne pouvait ignorer* » : l'article 121-3 du code pénal issu de la loi du 10 juillet 2000.

En tout état de cause, la responsabilité pénale d'un agent de l'État pour une infraction non-intentionnelle commise dans l'exercice de ses fonctions au sein d'une association ne peut être engagée que si l'intéressé « *n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* » (article 121-3 du code pénal).

2.2. La responsabilité de l'agent de l'État comme complice de l'infraction

La complicité suppose la commission d'une infraction principale punissable et la réalisation d'un acte de participation, en connaissance de cause, à ce fait principal⁷². L'acte de complicité doit être antérieur ou concomitant au fait principal punissable. Toutefois, la jurisprudence considère que l'aide ou l'assistance postérieure au délit, mais résultant d'un accord antérieur, constitue un acte de complicité.

2.2.1. La responsabilité d'un représentant de l'État, membre d'un organe de direction

La responsabilité pénale du représentant de l'État peut être recherchée si, en raison des décisions prises par l'organe de l'association dont il est membre, il permettait en connaissance de cause la commission d'une infraction par un dirigeant.

Dans le cas des associations recevant des subventions de l'État, le principal risque réside dans le délit de complicité d'abus de confiance de l'article 314-1 du code pénal qui dispose que « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

⁷² Aux termes de l'article 121-7 du code pénal « *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

Si un organe de direction de l'association au sein duquel siège le représentant de l'État approuvait sans réserve l'utilisation d'une subvention à des fins étrangères à l'objet de l'association⁷³ ou aux activités pour lesquelles elle était initialement prévue le représentant de l'État serait alors susceptible d'être poursuivi pour complicité du délit d'abus de confiance.

2.2.2. La responsabilité d'un représentant de l'État, organe de contrôle

La responsabilité pénale des organes de contrôle de l'association pourrait être retenue dès lors que ceux-ci, en connaissance de cause, laisseraient commettre une infraction par un dirigeant de l'association alors qu'ils disposeraient des moyens juridiques de s'y opposer.

Des poursuites, sur le fondement de la complicité, pourraient être diligentées au cas où un organe de contrôle approuverait, en connaissance de cause et de manière réitérée, les opérations menées par les organes dirigeants constitutives d'infractions pénales, permettant ainsi à l'auteur principal la poursuite de ses activités délictueuses⁷⁴.

En ce qui concerne plus particulièrement le délit de prise illégale d'intérêt dont pourrait se rendre coupable un président d'association chargée d'une mission de service public, l'intervention d'un représentant de l'État, organe de contrôle au sein de l'association, consistant à viser une convention qui transcrirait une décision litigieuse, ne pourrait pas être constitutive de complicité de ce délit, son visa étant postérieur à la commission de cette infraction. En revanche, la responsabilité pénale de ce représentant pourrait être retenue pour complicité de recel du délit de prise illégale d'intérêt commis par les bénéficiaires de la décision illicite⁷⁵.

⁷³ Cass. crim., 9 janvier 1980, Bull. crim. n° 14 ; Cass. crim., 30 novembre 1993, Droit Pénal 1994, 110 ; Cass. crim., 27 avril 1994, G.P. 1994, 2. Somm. 414.

⁷⁴ Voir dans le cas d'un commissaire aux comptes et d'un expert-comptable : Cass. crim., 25 février 2004, droit pénal 2004, n° 91.

⁷⁵ Le recel est constitué lorsqu'une personne bénéficie, en connaissance de cause, du produit d'un délit.

D'une manière générale, il appartient au représentant de l'État confronté à des décisions litigieuses soumises à approbation de l'organe dans lequel il siège, de faire obstacle à ces décisions lorsqu'il en a la possibilité ou, à défaut, de faire mentionner dans un écrit son opposition à la décision. Dans le cas d'irrégularités flagrantes, une dénonciation des faits sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale devrait en outre être envisagée.

B. Des risques démultipliés en cas de fictivité

Si l'État, comme les autres personnes publiques, peut recourir aux associations pour relayer son action, ce type de procédé devient dangereux lorsqu'il y a recours pour dissimuler une structure qui, ne disposant d'aucune autonomie, ne constitue en réalité qu'un simple démembrement de celui-ci.

Le principe de liberté d'association bénéficiant d'une interprétation assez large, ce type d'association n'est pas par principe interdit. Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé à qualifier (1.). Mais lorsque c'est le cas, la collectivité publique comme l'association voient les risques d'engagement de leur responsabilité largement augmentés (2.).

1. La notion de fictivité

La fictivité ou la transparence de l'administration s'apprécie en fonction de différents critères (1.1.). Le Conseil d'État s'est par ailleurs prononcé sur les moyens de les prévenir (1.2.).

1.1. L'appréciation de la fictivité

Les éléments décisifs manifestant l'absence de toute autonomie de l'association par rapport à l'État peuvent tenir par exemple, au fait que le fonctionnement de l'association est principalement assuré par des agents de l'État, ou encore au fait que, dans l'exercice de leurs missions pour le compte de l'association, les agents concernés restent sous la responsabilité de l'État, ou bien encore au fait que la tarification des prestations offertes par l'association est fixée, en réalité, par l'État.

Le rapport public du Conseil d'État pour l'année 2000 cite les quatre critères dégagés par le professeur Négrin⁷⁶ permettant de reconnaître l'association administrative : création publique, composition publique et financement public (statutairement, le pouvoir décisionnel dans les organes délibérants de l'association appartient de façon prépondérante à des agents publics et l'association dispose d'un financement public majoritaire), mission de service public. L'association para-administrative se différenciant par la présence de personnes privées au sein des organes dirigeants⁷⁷.

S'agissant des juridictions financières, parmi les éléments retenus pour apprécier le degré d'autonomie de l'association subventionnée figurent notamment la composition statutaire de l'association et de ses organes dirigeants et l'origine de ses moyens matériels financiers⁷⁸. Ces mêmes juridictions retiennent également le fait qu'une association n'ait, dans les faits, ni membres actifs, ni cotisations, ni assemblée générale, et que toutes ses ressources proviennent du budget public⁷⁹.

⁷⁶ O. Négrin, « Les associations administratives » AJDA, 20 mars 1980, p. 129.

⁷⁷ Les associations qualifiées de transparentes ou de para-administratives se caractérisent par un financement important d'origine publique et une présence majoritaire ou un pouvoir prépondérant de fait d'agents de l'État dans les organes dirigeants. À titre indicatif, une circulaire du Premier ministre du 15 janvier 1988, aujourd'hui remplacée par la circulaire du 24 décembre 2002 relative aux subventions de l'État aux associations, précisait qu'une association para-administrative se caractérisait, entre autres, par des crédits publics dépassant 75 % du total de ses ressources.

⁷⁸ Cour des comptes, 26 mai 1992, Médecin et autres comptables de fait de la commune de Nice, Rec. p. 49.

⁷⁹ Cour des comptes, 15 décembre 1995, Maire de Tarascon, Rec. p. 104.

1.2. La prévention de la fictivité

Dans ce type de situation, il convient, afin de se prémunir de risques accrus, de modifier les conditions de fonctionnement de l'association dans le sens d'une autonomie réelle des organismes en cause. On s'accorde aujourd'hui sur la nécessité de respecter les conditions suivantes :

- d'abord, l'État ne devrait pas disposer d'un pouvoir majoritaire au sein des organes de l'association ;
- ensuite, le personnel devrait comporter une part importante d'agents de droit privé à tous les niveaux ; quant aux agents publics, ils devraient être soumis aux organes de l'association et non, comme cela se constate très souvent, à la collectivité publique ;
- enfin, une convention entre l'État et l'association devrait naturellement toujours être conclue, mais, tout en imposant des contraintes importantes à l'association, cette convention devrait lui accorder une certaine autonomie d'action et de décision, en évitant notamment tout contrôle permanent ou quasi-quotidien de l'État, même si ses services continuent à exercer une surveillance et un contrôle a posteriori et à disposer de la faculté de lui adresser, le cas échéant, des directives sur tel ou tel point particulier.

2. Les conséquences de la fictivité

Le juge administratif a construit la notion d'association transparente pour lui permettre d'atteindre, derrière l'association considérée comme fictive, la collectivité publique qui agit à travers elle.

La reconnaissance de la fictivité d'une association peut ainsi avoir de multiples conséquences sur son régime⁸⁰. Les plus notables concernent les risques accrus

⁸⁰ L'identification d'une association transparente peut conduire à requalifier ses actes : un contrat passé entre une personne privée et l'association peut notamment être requalifié de contrat administratif. Le juge peut aussi considérer qu'un acte d'une association est en réalité un acte administratif, relevant donc de sa compétence.

d'engagement de la responsabilité de la collectivité publique et de ses agents, que ce soit pour les fautes commises par l'association transparente (2.1.) ou pour gestion de fait (2.2.).

2.1. L'engagement de la responsabilité de l'État pour les fautes de l'association fictive

En l'absence de faute de sa part ayant contribué aux dommages dont il est demandé réparation, une collectivité publique ne peut, en principe, être contrainte à répondre des actes d'une personne privée, que si cette dernière a agi sur mandat⁸¹.

Il peut notamment s'agir des concessionnaires ou, plus largement, des délégataires de services publics ; et encore, la responsabilité de la collectivité n'est-elle alors engagée qu'à titre subsidiaire, si la personne privée concessionnaire ou délégataire se révèle insolvable.

La théorie des institutions transparentes permet d'aller plus loin : en constatant que la personne privée, dont la responsabilité est recherchée, est en réalité transparente par rapport à une personne publique dont elle est l'émanation ; le juge administratif peut, en premier lieu, se déclarer compétent et, en second lieu, imputer directement la responsabilité à la personne publique.

2.1.1. Responsabilité de l'État du fait d'un dommage causé par l'association à un usager

Appliquant une sorte de théorie de la « transparence », le Conseil d'État, statuant sur des actions en responsabilité, a admis, à propos de certains dommages causés par ces associations à leurs usagers, la possibilité d'attaquer, à titre principal, la personne publique maîtresse en réalité de ces dernières.

⁸¹ Et en dehors de l'hypothèse dans laquelle une faute pourrait être reprochée au mandataire ou au délégataire.

De telles actions directes sont particulièrement envisageables lorsque l'association est non seulement qualifiée de fictive, mais qu'elle est en outre chargée d'une mission de service public. C'est notamment le cas des associations chargées de services sociaux pour le compte de la personne publique. Une commune a ainsi été considérée comme responsable de l'accident mortel imputable au défaut de surveillance des enfants confiés à un patronage créé par celle-ci, mais confié à une association⁸². De même, il a été jugé que la responsabilité d'une commune pouvait être recherchée à raison du dommage provoqué à un usager d'un village de vacances, dont la gestion a été confiée à une association para-communale⁸³.

L'association, n'exerçant pas en tant que telle une activité de service public, peut toutefois en raison de sa transparence avec la personne publique, faire engager la responsabilité de cette dernière. Le juge administratif considère en effet que l'association agit au nom et pour le compte de l'administration, derrière le paravent de l'organisme de droit privé, c'est en réalité cette dernière qui assume la pleine responsabilité de l'activité. Le juge judiciaire ignore néanmoins quant à lui cette notion de transparence et s'estime donc compétent pour examiner un litige entre un tiers et une association qui serait qualifiée de « *transparente* » par le juge administratif⁸⁴.

2.1.2. Responsabilité de l'État du fait d'un dommage causé par l'association à l'un de ses cocontractants

Le créancier de l'association va, dans cette hypothèse, se tourner vers la personne publique, qui se trouve en réalité cachée derrière cette personne morale de droit privé. Le juge administratif accepte alors l'engagement de la responsabilité de la personne publique, à la condition que soient réunis tous les éléments établissant l'existence d'une association « *fictive non indépendante*⁸⁵ ».

⁸² Conseil d'État, 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, Dalloz 1965, p 45.

⁸³ Tribunal des conflits, 4 juillet 1983, Gambini c/ Ville de Puteaux, RDP 1983, p. 1385, note J.B. Auby.

⁸⁴ Pour la Cour de cassation, une association reste une personne morale de droit privé, « *quelles que soient les modalités de son fonctionnement, et l'origine de ses ressources* » (Cass. civ. V, 26 juin 1991, Bull. civ. V, n° 330).

⁸⁵ Conseil d'État, 12 juillet 1955, Ville de Puteaux.

Une personne publique peut même se retrouver débitrice d'un marché de prestations de services passé par l'association transparente et qualifié de véritable marché public par le juge administratif. Il a ainsi été jugé que le cocontractant de l'association victime de l'annulation du marché dont il bénéficiait, comme passé sans respect des procédures de publicité et de mise en concurrence en application du code des marchés publics, était fondé à intenter une action en responsabilité extra contractuelle contre la personne publique sur la base de l'enrichissement sans cause⁸⁶.

2.1.3. Responsabilité de l'État pour les dommages causés par l'association à un agent

Le personnel d'une association transparente est susceptible de se voir reconnaître par le juge la qualité d'agent public, lorsque cette association est considérée comme agissant au nom et pour le compte de la personne publique et qu'elle a pour objet l'exécution même d'un service public administratif (activités culturelles, sociales, sportives...). Il a ainsi été jugé que la personne publique est responsable des fautes commises par l'association dans la gestion de son personnel⁸⁷.

2.2. L'engagement de la responsabilité de l'association pour gestion de fait

La gestion de fait est régie par l'article 60-XI de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 et vise le maniement de deniers publics par des personnes qui n'y ont pas été régulièrement habilitées, c'est-à-dire par des personnes autres que des comptables publics régulièrement désignés dans un service régulièrement constitué⁸⁸.

⁸⁶ Cour administrative d'appel de Paris, 20 avril 2005, Commune de Boulogne Billancourt c/ Société Mayday.

⁸⁷ Ceci résulte notamment d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 14 septembre 2004.

⁸⁸ Néanmoins, la jurisprudence de la Cour des comptes admet qu'une habilitation en vue du maniement des deniers publics peut résulter d'une convention (Cour des comptes, 24 septembre 1987, association *Madine-accueil*, Rec. p. 301).

Les sommes constituant une subvention d'une collectivité publique à une association perdent, en principe, le statut de deniers publics lors du versement licite de cette subvention⁸⁹. Vis-à-vis de l'association, le produit d'une subvention constitue des deniers privés sans obligation de maniement par un comptable public ou d'un titre quelconque.

Toutefois, lorsque l'usage des fonds versés à l'association procède, en droit ou en fait, de l'appréciation de la collectivité publique, ces fonds conservent leur caractère de deniers publics⁹⁰, et leur maniement par l'association conduit à lui conférer la qualité de comptable de fait⁹¹.

Un avis récent du Conseil d'État à propos de la Fondation Jean Moulin rappelle de manière particulièrement éclairante les risques encourus en la matière :

« La composition du conseil d'administration [...] constitue l'un des éléments qui pourraient conduire à une déclaration de gestion de fait, s'il s'avérait qu'il puisse en résulter un lien de dépendance entre l'autorité publique et la fondation et que les sommes allouées à celle-ci ne se trouvent pas regardées comme laissées à la libre disposition d'un partenaire doté d'une véritable autonomie, mais comme étant gérées par les représentants de la personne publique, en méconnaissance du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable. Certes, la loi du 13 juillet 1983 a prévu que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance des organismes à but non lucratif ou des associations nationales ou locales auxquels ils confient la gestion

de prestations d'action sociale. Mais il n'en résulte pas que le législateur ait entendu déroger ainsi aux règles prohibant la gestion de fait et permettre à ces collectivités publiques de garder la maîtrise de l'utilisation des deniers publics versés à ces organismes ou associations, notamment en disposant d'un pouvoir majoritaire au sein de leurs organismes d'administration ou de surveillance ou en ayant un droit de regard et de suivi permanent sur leurs décisions. » (Avis du Conseil d'État du 23 octobre 2003, p. 8)

Conclusion

Le recours aux associations présente trop de contraintes et expose à trop de risques pour être pris à la légère. Utilisé à bon escient et dans le respect des obligations prévues par les textes et la jurisprudence, il demeure néanmoins un outil précieux pour appuyer, développer ou prolonger l'action publique.

L'essor actuel de ce qu'il est désormais convenu d'appeler « le secteur associatif » dans des domaines toujours plus variés, qu'il s'agisse de l'environnement, de la société de l'information, ou l'aide à la personne, enrichit d'autant les perspectives de cette collaboration. Les associations prennent ainsi de plus en plus de place aux côtés de l'État dans les activités d'intérêt général. Les pouvoirs publics en tiennent compte et ont choisi de promouvoir le procédé associatif lui-même.

⁸⁹ La notion de gestion de fait est liée à la présence de deniers publics (ou de deniers privés réglementés). Le paragraphe XI de l'article 60 de la loi de finances précitée définit ces deniers comme les « fonds et valeurs appartenant ou confiés à l'État, aux collectivités locales et aux établissements publics nationaux ou locaux ».

⁹⁰ Cour des comptes, 1^{er} octobre 1992, Ministre de l'industrie et du commerce extérieur, référé n° 582.

⁹¹ Ainsi par exemple, selon la Cour des comptes, les pratiques consistant à confier la gestion de certaines aides notamment à des associations subventionnées « sont constitutives de gestions occultes de deniers publics lorsque les tiers, à partir des subventions qui leur sont globalement versées, ne font qu'exécuter des décisions individuelles prises par la collectivité ; ces subventions sont en effet qualifiées de fictives par la Cour des comptes » (Cour des comptes, 1^{er} novembre 1996, Rapport public particulier : intervention des collectivités territoriales en faveur des entreprises).

C'est dans ce contexte que le Premier ministre a présidé le 23 janvier dernier la première conférence de la vie associative⁹². À cette occasion, le Gouvernement a annoncé différentes mesures telles que : l'incitation des ministères, par circulaire du Premier ministre, à consulter les associations en amont de la préparation des textes législatifs et réglementaires, la promotion de l'adoption d'un statut de l'association européenne, ou la mise en place d'un groupe de travail sur la définition générale de la notion de subvention, de la commande publique et de la délégation de service public, etc.

Autant de chantiers de réforme qui devraient bientôt renouveler le cadre juridique des relations entre l'État et les associations.

Étude rédigée par Charles Touboul,

Direction des affaires juridiques

⁹² Les principales informations sur cette conférence sont disponibles sur le site : <http://www.associations.gouv.fr>