

RELATIONS COLLECTIVITES TERRITORIALES – ASSOCIATIONS : RISQUES

Les rapports entre les collectivités locales et les associations sont souvent complexes et peuvent donner lieu à une grande variété de situations.

La pratique et la jurisprudence de la Cour des comptes et du Conseil d'Etat permettent de dégager trois types de relations entre les collectivités territoriales et les associations :

1. Les associations composées de personnes privées, qui connaissent une réelle vie associative, dotées d'une véritable autonomie et qui, en raison de l'intérêt général que présente leur objet, bénéficient de subventions publiques ;
2. Les associations créées généralement à l'initiative des collectivités territoriales et qui se voient confier des missions d'intérêt général ou de service public qui relèvent de la compétence des collectivités ("associations relais"). Dans cette hypothèse, la collectivité ne se contente généralement plus de soutenir l'action de ces associations par le versement de subventions, mais elle est, dans la plupart des cas, à l'origine de leur création et elle participe à leurs organes de direction, soit comme membre fondateur, soit comme membre de droit. Outre l'octroi de subventions, ces associations disposent généralement de transferts de personnel importants. Les relations entre les collectivités et ces associations sont donc beaucoup plus ténues et complexes et elles peuvent engendrer pour les collectivités et leurs représentants des risques beaucoup plus importants.
3. Les associations qui, créées à l'initiative des collectivités territoriales, sont composées presque principalement de représentants des collectivités locales ou de l'administration, tirent leurs ressources presque exclusivement des fonds publics et qui constituent en fait de simples démembrements de l'administration territoriale. Ces associations que l'on nomme parfois "institutions transparentes" posent des problèmes de légitimité et de cohérence et risquent de soulever de nombreux problèmes.

Il existe quatre grandes catégories de risques liés aux relations entre collectivités territoriales et associations : le risque de contentieux administratif, celui du contentieux pénal, du contentieux financier, et enfin celui du contentieux civil.

I – LE RISQUE DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

L'octroi d'une subvention constitue la forme d'aide la plus courante des collectivités locales aux associations. Ce soutien peut également prendre d'autres formes, elles aussi contrôlées : la mise à disposition de biens ou de personnel, ou la prise en charge par la collectivité d'un certain nombre de prestations. Toutefois nous ne détaillerons ici que le contrôle effectué sur les subventions.

1. La légalité de la subvention

Les textes applicables en matière de contrôle des subventions accordées à des associations ne font pas défaut. Toutefois, on assiste depuis peu à une remise à plat des priorités du législateur, sous la double contrainte budgétaire et de l'opinion publique : au **contrôle a posteriori** traditionnel et souvent théorique s'est peu à peu substitué un **contrôle préalable** dont les contours sont définis.

1.1. Le contrôle préalable et contrôle a posteriori

Les collectivités publiques qui accordent des subventions peuvent se donner en amont les moyens d'un contrôle préalable, en exigeant des organismes bénéficiaires la réunion d'un certain nombre de conditions tenant à leur fonctionnement, leur comptabilité et l'emploi des aides objet de leur demande. C'est ce que font déjà nombre de collectivités territoriales, aujourd'hui principaux soutiens et pourvoyeurs de fonds du secteur associatif.

Par ailleurs, **depuis le 10/06/2001**, date d'entrée en vigueur effective de la Loi du 12/04/2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, **toute autorité administrative désireuse d'attribuer une subvention à un organisme de droit privé doit, lorsque cette**

subvention dépasse la somme de 23.000 €, conclure au préalable une convention avec l'organisme bénéficiaire, définissant :

- L'objet de la convention ;
- Son montant ;
- Ses conditions d'utilisation.

En outre, lorsque la subvention excédant le plafond indiqué ci-dessus est affectée à une dépense déterminée (hypothèse la plus courante), **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. Ce compte-rendu doit être déposé auprès de l'autorité administrative ayant versé la subvention dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée. La liste des autorités administratives concernées est à cet égard très large, puisqu'elle inclut les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, mais aussi les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les organismes chargés de la gestion d'un service public (ex : caisse d'assurances familiales).

Enfin, depuis la Circulaire du 24/12/2002, du Premier Ministre, relative aux **subventions de l'Etat aux associations, toute association sollicitant une subvention auprès de l'Etat, quel qu'en soit le montant, doit remplir un dossier unique, permanent et commun à toutes les administrations.**

Rien n'interdit aux collectivités territoriales de s'inspirer de cet outil pour contractualiser leurs rapports avec les Organismes Sans But Lucratif (O.S.B.L.) au sein de conventions d'objectifs dans lesquelles des procédures de compte-rendu seront aménagées. Elles y sont même fortement incitées par la Circulaire du 24/12/2002.

1.2. Le contrôle administratif et financier des représentants des collectivités publiques sur les organismes sans but lucratif

Il trouve ses premières sources dans des décrets-lois du 30/10/1935 et du 2/5/1938. Ainsi, les organismes sans but lucratif étaient-ils déjà tenus de fournir, à l'autorité qui a mandaté la subvention, une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité, pour les collectivités, et, leurs budgets et comptes au ministre qui accorde la subvention, pour l'état.

Dans ce dernier cas, **interdiction était faite à toute association ayant reçu une subvention d'en employer tout ou partie en subventions à d'autres associations, sociétés, collectivités privées ou œuvres, sauf autorisation formelle du ministre ou de la collectivité locale**, visée par le contrôleur des dépenses engagées.

Les autres fondements légaux du contrôle des associations sont à rechercher dans l'article 31 de l'ordonnance du 23/09/1958 relative à la vérification de l'utilisation des subventions et l'article 43 de la loi du 12/04/1996 portant Diverses Dispositions d'Ordre Economique et Financier (D.D.O.E.F.).

Ce dernier texte traduit de manière exemplaire la volonté du parlement de contrôler les deniers publics et l'usage qui en est fait.

Pratiquement, sont concernés par ces dispositions non seulement les organismes sans but lucratif bénéficiant à un titre ou un autre de concours financiers, mais encore leurs filiales et les organismes auxquels ils reverseraient une partie des concours qu'ils ont perçus.

Les sanctions possibles sont la répétition, c'est-à-dire la restitution des sommes employées à un objet autre que celui prévu dans l'acte, et une amende de 15.000 €.

1.3. Le contrôle des juridictions financières

Il est effectué par la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes. Il peut consister en :

- **Un contrôle de régularité**, portant sur le respect par les associations de leurs obligations légales ou réglementaires et visant à s'assurer que l'octroi d'un concours financier public à une personne morale de droit privé n'a pas donné lieu à des opérations irrégulières au regard de la comptabilité publique ;
- **Un contrôle de gestion**, destiné à apprécier, tant la qualité de celle-ci au regard des intérêts de l'organisme, que le bon emploi des fonds publics du point de vue de la collectivité ou de l'établissement qui a accordé son concours ;

- **Une évaluation de la pertinence** du recours à la formule associative pour l'accomplissement de missions d'intérêt général.

1.3.1. Compétences de la Cour des Comptes

En application de l'article 31 de l'ordonnance du 23/09/1958, la Cour des comptes **exerce une compétence de plein droit sur les organismes qui reçoivent des concours financiers de l'Etat.** Cette compétence a été étendue par l'article 45 de la loi du 12/04/1996 portant D.D.O.E.F.

Aux termes de l'article L.111-7 du Code des juridictions financières, la Cour des comptes peut exercer dans des conditions fixées par voie réglementaire un contrôle sur les organismes qui bénéficient du concours financier de l'Etat, d'une autre personne morale soumise à son contrôle ainsi que de la Communauté Européenne.

Elle assure en outre le contrôle du compte d'emploi des ressources collectées dans le cadre de campagnes nationales par des O.S.B.L.

1.3.2. Compétences des chambres régionales des comptes

Les chambres régionales des comptes exercent leur pouvoir de contrôle en application de l'article 87 de la loi du 2/03/1982. A ce titre, **elles peuvent assurer la vérification des comptes et de la gestion des organismes sans but lucratif :**

- **Bénéficiant de concours financiers des collectivités territoriales mais aussi d'organismes dépendant de ces collectivités ;**
- **Détenant plus de la moitié du capital ou des voix de leurs filiales ou exerçant un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.**

Nota : En cas de compétence simultanée, la Cour des comptes contrôle l'association si l'ensemble des concours financiers de l'Etat et des organismes soumis au contrôle de la Cour est supérieur à ceux des collectivités locales d'une même région.

1.3.3. Suites à caractère administratif

Elles s'effectuent dans le cadre de **communications :**

- Aux pouvoirs publics et aux autorités administratives de l'état ;
- Aux responsables des associations ;
- Aux autorités locales.

Un **rapport public annuel** est adressé au Président de la République et présenté au Parlement.

1.3.4. Suites à caractère juridictionnel

Elles sont liées à la notion de gestion de fait dont le principe est de faire rentrer dans la caisse d'une collectivité ou d'un organisme public des fonds ou valeurs qui ne peuvent être détenus ou maniés que par un comptable public ou une personne agissant pour son compte et sous son contrôle (en général un régisseur de recettes ou de dépenses).

La procédure de gestion de fait consiste donc à faire réintégrer dans la comptabilité du comptable public des fonds et valeurs qui n'y étaient pas entrés ou qui en étaient sortis irrégulièrement.

1.3.5. Suites contentieuses

Elles consistent :

- D'une part, en **l'information du procureur général** par la Cour des comptes des faits de nature à justifier l'ouverture d'une action pénale ;
- D'autre part, à **déferer en cour de discipline budgétaire** les responsables ou gestionnaires d'associations subventionnées qui sont intervenus, sans y être habilités, dans la gestion d'organismes relevant de la compétence d'une collectivité publique.

1.4. Le droit d'information du public

En premier lieu, le public dispose d'un droit d'information, qui peut s'avérer être un contrôle indirect, sur les concours financiers attribués par les communes de 3 500 habitants et plus aux associations et autres organismes sans but lucratif ayant reçu une subvention supérieure à 75.000 € ou représentant plus de 50% de son budget. (Article L.2313-1 du Code Général des collectivités territoriales). Ces dispositions ont été étendues aux départements et aux régions.

Toutefois, la mesure sans doute la plus novatrice est contenue dans l'art. 10 de la Loi n°2000-321 du 12/04/2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O. du 13). Complétée par un Décret du 6/06/2001, elle a en effet pour objectif d'améliorer la transparence financière des associations.

En effet, les organismes de droit privé recevant annuellement de l'état, des collectivités publiques et organismes chargés de la gestion d'un service public à caractère administratif une subvention annuelle supérieure à 153.000 € doivent déposer, à la préfecture du département où leur siège social est établi, leur budget, leurs comptes, les conventions de subvention et, le cas échéant, les comptes-rendus financiers des subventions.

En application l'article 4 de la Loi du 27/07/1978, ces documents peuvent être consultés par toute personne, soit sur place et gratuitement, soit aux frais du demandeur par délivrance d'une copie.

Les seules véritables réserves permettant à l'administration de s'opposer à une demande de communication ont trait aux informations à caractère nominatif et à celles relevant du secret défense, de la sûreté de l'Etat et de la sécurité publique.

1.5. Réalité des contrôles des associations subventionnées et assimilées

La fréquence et la qualité des contrôles d'associations par les juridictions financières ne sont pas sans effet sur le comportement des responsables bénévoles d'organismes sans but lucratif.

Dans la mesure où **nombre de gestions de fait relevées par la Cour et les chambres régionales des comptes concernent assez souvent les associations, les conséquences qui peuvent en résulter ne sont pas simplement théoriques :**

- Déclaration d'inéligibilité des fonctionnaires identifiés comme comptables de fait (les élus ne sont plus concernés depuis l'entrée en vigueur de l'article 46-1 de la Loi n° 2001-1248 du 21/12/2001) ;
- Remboursement à la collectivité publique par les personnes déclarées comptables de fait (élus compris) des sommes indûment perçues ou maniées par elles ;
- Remunicipalisation d'activités jugées politiquement et/ou financièrement sensibles : sports et culture en particulier ;
- Le cas échéant, révision des conditions de collaboration entre des communes et associations "épinglées" voire, dans certaines hypothèses délictuelles ou de mauvaise gestion, suppression des subventions.

S'agissant des contrôles et vérifications effectués par ceux qui ont mandaté les subventions, l'Etat, via les ministères mais aussi les collectivités territoriales, est plus rigoureux qu'autrefois.

La répétition, c'est-à-dire la restitution des subventions affectées à un emploi autre que celui prévu dans la convention, n'est plus une hypothèse de travail. On assiste en outre à une remise en cause plus fréquente du principe de l'aide.

La Cour des comptes ainsi que les Chambres régionales des comptes ne se contentent pas de vérifier la régularité des opérations et la qualité de la gestion des organismes qu'elles contrôlent; elles s'autorisent également à formuler une opinion sur la politique et la stratégie poursuivies. Ce dernier volet est toutefois fortement contesté par les associations et fondations qui considèrent que les juridictions financières n'ont pas, dans leur mission, le pouvoir d'intervenir en opportunité.

2. Le risque de requalification de la convention : la nécessité d'établir une convention

La mise en place d'une convention entre une association et une collectivité locale constitue une véritable nécessité, si l'on veut pouvoir déterminer quelles sont les obligations qui incombent, d'une part, à la collectivité et, d'autre part, à l'association. Cependant, il existe une grande diversité de conventions dont le contenu et les contraintes dépendent uniquement de la nature de l'obligation contractuelle.

L'élaboration de conventions doit se faire en conservant un œil sur le Code général des impôts pour éviter les écueils liés notamment à l'assujettissement à la T.V.A. des subventions.

Toutefois, les conventions ne peuvent résoudre l'ensemble des problèmes liés au rapport qui existe entre les associations et les collectivités locales. En effet, si nous sommes en présence d'une association transparente, la mise en place d'une convention ne pourra faire disparaître les risques liés à la gestion de fait ou à la prise illégale d'intérêt.

Par ailleurs, il convient de rappeler qu'avant d'établir une convention avec une collectivité territoriale, les associations doivent impérativement vérifier que le type de mission demandé entre bien dans leur champ d'intervention défini par la clause de leurs statuts.

La convention aura un effet bénéfique dans le cas où l'association remplit une mission d'intérêt général ou de service public ou, tout simplement, si elle bénéficie d'une mise à disposition de locaux ou de matériels.

L'absence de convention entre la collectivité et les associations chargées d'une mission d'intérêt général ou de service public a pour conséquence, non seulement d'entretenir une certaine opacité dans les rapports entre la collectivité et ces associations, mais risque aussi d'être la cause de difficultés juridiques ou fiscales importantes.

De même, à partir du moment où l'on met à disposition d'une association un bien meuble ou immeuble, il s'avère nécessaire de prévoir quelles seront les modalités d'utilisation de ce bien, ainsi que ses conditions de restitution.

Il est en effet souvent impossible, en l'absence de convention précise, de déterminer le régime des biens qui sont utilisés pour les besoins de la mission poursuivie par l'association :

- Régime de la propriété des biens (propriété de l'association ou de la collectivité) ;
- Nature des mises à disposition de biens effectuées par la collectivité (apport, donation, location, mise à disposition dans le cadre de l'exploitation d'un service public...) ;
- Conditions d'utilisation des biens (affectation, travaux d'entretien, de réparation ou de renouvellement) ;
- Modalités suivant lesquelles ces biens feront éventuellement retour à la collectivité.

Or, seule une convention permet de répondre à ces questions. L'imprécision qui existe parfois dans le régime des biens détenus par les associations constitue évidemment une source de complication sur le plan juridique et fiscal.

Mais la présence d'une convention de subventionnement, aussi nécessaire soit-elle, n'empêchera pas le juge, à l'occasion d'un contentieux, de requalifier celle-ci en marché public ou en délégation de service public, s'il estime que les conditions sont réunies...

2.1. Les conventions d'objectifs

Elles sont souvent qualifiées ainsi pour reprendre l'expression consacrée en 1988 par le Premier Ministre aux termes d'une circulaire où il recommandait vivement aux seuls services de l'Etat de régulariser un tel document dès lors que la subvention allouée était supérieure au seuil prévu pour l'application du Code des Marchés publics.

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

La frontière entre objectifs et prestations de services ou encore participation à une mission de service public, demeure, dans la pratique bien incertaine même si est, dans son principe, très clairement définie dans l'instruction pour l'application du Code des marchés publics du 3/08/2006 :

" Le marché public se différencie de la subvention, qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est identifiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et son contrôle".

Dans la mesure où seules les associations dont l'activité présente un intérêt public sont susceptibles de percevoir des subventions, il n'est pas rare que les initiatives publiques et associatives se rejoignent dans le cadre d'un partenariat souvent ancien et dont il est bien difficile, dans la pratique, d'identifier clairement l'initiateur. La convention d'objectifs, sous un titre assez sibyllin, recèle donc une certaine complexité. En effet, elle se situe entre la convention de financement et la convention de délégation de service public ou de marché public.

Si son objet est de définir les objectifs que doit remplir l'association, **sa rédaction nécessite une bonne réflexion**, si l'on veut éviter de rencontrer à terme des risques de requalification en convention de délégation de service public ou de marché public, avec les sanctions pénales pouvant y être associées.

Ainsi, s'il l'on voulait la définir d'une manière négative, l'on dirait qu'une convention d'objectifs n'est ni un marché public, ni une convention de délégation de service public. Elle se situe en dehors de toute procédure de mise en concurrence et sa régularisation relève du seul pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique.

2.2. Le risque de requalification en marché public

Les associations ne bénéficient pas d'un régime dérogatoire. Elles doivent répondre dans les mêmes conditions que les autres entreprises candidates aux marchés publics.

C'est sur la qualification même des relations contractuelles que les collectivités et le milieu associatif doivent rester prudents, la question principale étant : est-on dans le cadre d'une relation contractuelle soumise au code des marchés publics ?

Si l'on se réfère à l'article 1 de code des marchés, "Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services".

Interrogée par la Cour des Comptes à ce sujet, la Commission Centrale des Marchés Publics a répondu que les contrats conclus par les Collectivités Publiques avec des associations relèvent des dispositions du Code des Marchés Publics dès lors :

- **Qu'ils sont conclus à titre onéreux** : l'association perçoit **une rémunération pour la réalisation des missions** faisant l'objet du contrat. La jurisprudence du Conseil d'Etat a, par ailleurs, instauré un lien très fort entre qualification de marché public et le versement d'un prix par la collectivité ;
- **Que l'objet du contrat porte sur la réalisation de prestations se situant dans le secteur concurrentiel.**

Rien ne permet aujourd'hui de considérer que les activités des associations échappent au secteur concurrentiel. Bien au contraire, le Code des Marchés Publics en instituant, par son article 30, des modalités particulières de passation pour les marchés de services sociaux et sanitaires, récréatifs, culturels, sportifs ou d'éducation a clairement positionné le champ d'activité des associations dans le secteur concurrentiel et qualifié les contrats de marchés publics, même, si en raison de leur nature, ils bénéficient d'une procédure "allégée", permettant aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à la procédure adaptée de l'article 28 quel que soit le montant du besoin à satisfaire, à l'exception toutefois des marchés inférieurs à 15 000 € HT pour lesquels aucune mise en concurrence et publicité ne sont obligatoires.

Ainsi, au regard du Code des Marchés Publics, l'alternative est la suivante :

- Soit l'activité de l'association rentre dans le champ d'application de l'article 30 précité et les modalités de publicité et de mise en concurrence sont déterminées par le pouvoir adjudicateur en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché ;
- Soit l'activité de l'association sort du cadre précité et les obligations générales du code trouvent à s'appliquer (seuil, publicité, recevabilité des offres, avis ou décision de la commission d'appel d'offres, choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, etc.).

Dans les deux cas, ils sont qualifiés néanmoins de marchés publics. Cette requalification peut être demandée par toute personne y ayant intérêt, soit une association ou entreprise concurrente qui aurait souhaité être attributaire de subventions ou de contrats de prestations de services, un contribuable local soucieux de la bonne utilisation des fonds publics ou le Préfet dans le cadre du contrôle de légalité. Il s'agira alors pour ces personnes de soumettre à la censure du tribunal administratif la décision autorisant la signature de la convention ou le versement de la subvention.

Si le tribunal annule ladite décision, l'association se verra dans l'obligation de restituer les fonds versés, à charge pour elle, le cas échéant, d'obtenir une indemnité au titre de l'enrichissement sans

cause. Il est précisé, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 432-14 du Code Pénal, toute violation aux dispositions dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et d'égalité des candidats est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (qui peut être puni de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

Ainsi, pourront être poursuivis pénalement notamment les recours injustifiés aux marchés sans mise en concurrence dont font partie ceux qui entrent dans le champ d'application de l'article 30 précité. Ces pratiques ont d'ailleurs été mises en évidence dans le rapport public de la Cour des Comptes de 1999.

2.3. Le risque de requalification en délégation de service public

Le risque de confusion existe aussi entre les contrats de délégation de Service Public issue de la loi Sapin du 29/01/1993 (modifiée notamment par la loi MURCEF du 11/12/2001) et les conventions de versement de subvention prévues par de la loi du 12/04/2000.

Il est possible de définir la délégation de service public comme *"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"*.

En premier lieu, il est nécessaire que l'association se voit confier l'exécution d'une mission de service public. On sait déjà que l'activité d'une association susceptible de recevoir une subvention relève nécessairement d'un intérêt public. Certes, le Conseil d'Etat considère que l'intérêt public local d'une activité est nécessaire, mais insuffisant pour en faire un service public.

Il convient donc de rechercher, au cas par cas, des éléments permettant de retenir cette qualification, lesquels peuvent être, notamment, les aides financières publiques accordées, les prérogatives de puissance publique qui lui sont consenties, l'existence de clauses contractuelles définissant l'organisation et le fonctionnement de l'activité ainsi que les dispositions autorisant un contrôle vigilant de l'exploitation.

Il sera fait observer, sur ce dernier point, que les associations sont soumises à un contrôle financier institué, tant par la loi du 12/04/2000, que par des textes antérieurs tel que le décret de la loi du 30/10/1935. Contrôle vigilant de l'exploitation, contrôle financier de l'association, autant de sources différentes d'amalgames et de confusion.

Le critère financier peut, lui aussi, être rempli dès lors qu'il n'est pas exclu que les ressources de l'association sont substantiellement assurées par l'exploitation du service (recettes perçues auprès des usagers), le financement public ne constituant qu'une subvention destinée à permettre l'équilibre de l'exploitation.

Certes, la notion de risque d'exploitation demeure un aspect essentiel des contrats de délégation de service public mais elle n'est pas antinomique avec le financement public.

En conclusion, on retrouve dans cette hypothèse les mêmes dangers que dans le cas d'une requalification en marché public : annulation de la décision autorisant le versement de la subvention, obligation de restituer les fonds, sanction pénale (délit de favoritisme).

Il faut être dès lors très vigilant dans les relations entre l'association et la collectivité pendant le déroulement de cette procédure, si l'on veut éviter tout risque de délit de favoritisme, sanctionné par le Code pénal. Ainsi, il convient d'interdire l'intervention des membres de l'association lors de l'établissement du cahier des charges par la collectivité territoriale.

L'association ne doit pas non plus bénéficier d'informations ou d'un temps de négociation supplémentaire par rapport aux autres candidats. Il faut donc éviter toute situation qui serait susceptible de créer une rupture d'égalité entre les candidats.

II – LE RISQUE DE CONTENTIEUX PENAL : LA SITUATION DE PRISE ILLEGALE D'INTERET

Outre le délit de favoritisme en cas de requalification de la convention en marché public ou en délégation de service public, les élus membres d'association s'exposent au risque de délit de prise illégale d'intérêt défini à l'article L. 432-12 du nouveau code pénal :

*"Le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un **mandat électif public**, de prendre, recevoir et conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement".*

Ce délit, conçu dans un but de prévention et de dissuasion, incrimine la confusion des intérêts privés des élus et les intérêts de la collectivité.

1. Notion de prise illégale d'intérêt

Personnes pouvant être soupçonnées de prise illégale d'intérêt

Le maire ou le président de la collectivité n'est pas le seul à pouvoir être poursuivi pour cette infraction. D'autres personnes peuvent être amenées à en répondre, notamment :

- Les adjoints ou les conseillers locaux agissant en tant que suppléant du maire ou du président, ou dans le cadre de leur délégation de fonction, ou pour des affaires les intéressant personnellement,
- Les fonctionnaires, à condition qu'ils aient participé à la préparation de l'acte en cause,
- Les proches et les membres de la famille de l'élu, au titre de complices de la prise illégale d'intérêt (NB : attention, le complice de l'infraction est sanctionné par les mêmes peines que l'auteur de l'infraction. C'est ce que prévoit l'article L. 121-6 du nouveau code pénal : "Sera puni comme auteur le complice de l'infraction au sens de l'article L. 121-7").

Les sanctions encourues

- Peine maximale de **5 ans d'emprisonnement, 75 000 € d'amende** (art. L. 432-12)
- Dans certains cas, le juge peut prononcer des **peines complémentaires**, qui ne sont pas à négliger [art. L. 432-17 du nouveau code pénal : interdiction des droits civils, civiques et de famille ; interdiction temporaire ou définitive d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ; confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus ; affichage ou diffusion de la décision prononcée ; inéligibilité pendant une durée de cinq ans (art. L. 7 du code électoral)].

2. Les caractères généraux du délit

D'une manière générale, pour que le délit de prise illégale d'intérêt soit constitué deux conditions doivent être remplies :

- **L'élu doit avoir au moment de l'acte, la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de l'affaire dans laquelle il a pris intérêt.**
La surveillance comprend des attributions telles que les missions de préparation, de proposition, de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes.
- **L'élu concerné doit avoir pris, obtenu ou conservé un intérêt dans l'opération considérée.**
La notion d'intérêt est vaste. Il peut être constitué par la perception directe ou indirecte de bénéfices, ou d'avantages pécuniaires ou matériels. Mais l'intérêt peut aussi être d'ordre politique, moral ou affectif.
L'opération peut être l'attribution de travaux, un marché, une mission avec rémunération, une vente, une location, un contrat de fourniture...

Il est à noter que ce sont le maire ou le Président de la collectivité et le premier adjoint qui sont le plus étroitement surveillés par les tribunaux. Ainsi, ils ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité même s'ils ont accordé des délégations à leurs adjoints.

3. Le cas de l' élu responsable d'une association

La présence d'élus locaux au sein d'une association peut entraîner la commission de l'infraction de prise illégale d'intérêt. Pour que le délit soit constitué, l' élu doit avoir au moment de l'acte, l'administration, la liquidation, le paiement ou la surveillance de l'affaire dans laquelle il a pris intérêt.

La notion de surveillance peut recouvrir des attributions modestes telles que les missions de préparation, de proposition, de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes.

Quant au terme d'opération, il recouvre tout acte juridique isolé tel qu'une vente, une location, un contrat de fourniture ou une adjudication.

Cependant, le texte précité du Code pénal vise expressément les entreprises mais non les associations, ce qui conduit à s'interroger sur le point de savoir s'il peut s'appliquer à ces dernières.

En l'absence, semble-t-il, de toute jurisprudence sur cette question, il paraît possible d'affirmer qu'une association sous laquelle se camoufleraient des activités de caractère commercial entrerait dans le champ d'application de l'article 432-12, mais non une véritable association à caractère désintéressé. Toutefois, en l'absence de décisions, tout risque pénal au titre de cette infraction ne peut être absolument écarté.

Indépendamment d'une éventuelle prise illégale d'intérêt, il convient de s'interroger sur la subvention elle-même et sur ses éventuelles conséquences.

Un élu local, comme n'importe quel citoyen, est en droit de faire des dons à telle ou telle association régulièrement constituée de son choix dès lors que ces libéralités proviennent de ses fonds personnels.

La situation serait tout à fait différente s'il venait à apparaître qu'un élu local verse une subvention à une association à partir de fonds publics car ceux-ci ne pourraient alors qu'avoir un caractère irrégulier.

En effet, seule la collectivité territoriale au travers de son assemblée délibérante peut décider de l'utilisation de ses fonds, par exemple pour subventionner une association, en respectant la procédure prévue par le CGCT et en agissant par l'intermédiaire de ses organes exécutif et comptable.

En revanche, elle ne pourrait décider d'attribuer une dotation particulière à l'un de ses membres à charge pour lui de la reverser à une association de son choix. Une telle délibération, outre son caractère illégal qui devrait normalement conduire le préfet à en demander le retrait et, en cas de besoin, l'annulation par le tribunal administratif, serait de plus susceptible d'entraîner des poursuites pour gestion de fait, cette notion s'appliquant à tous ceux qui ont participé à l'opération, à plus forte raison, s'ils ont, personnellement et directement, manié les deniers publics.

Ainsi, non seulement un maire ou un président de conseil général ou régional, mais aussi l' élu dirigeant de l'association ou trésorier, et plus généralement toute personne ayant agi pour le compte de l'association, peuvent être déclarés gestionnaire de fait.

Aux termes de l'article L. 2131-11 du CGCT, "*Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel soit comme mandataires.*" Comme telles, ces délibérations sont susceptibles d'être annulées par le juge administratif saisi d'un recours.

Sur cette question, il existe une jurisprudence relative aux élus municipaux mais qui est certainement transposable aux conseillers généraux ou régionaux, selon laquelle deux conditions doivent être simultanément remplies pour qu'il y ait illégalité :

- D'une part, le membre du conseil municipal doit avoir un intérêt personnel à l'affaire, c'est-à-dire un intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de la commune [CE, 30/07/1941, Chauvin] ;
- D'autre part, la participation du conseiller doit avoir une influence effective sur le résultat du vote [CE, 23/04/1971, commune de Ris-Orangis].

Cependant, le juge administratif estime que les conseillers municipaux prenant part à des délibérations relatives à des organismes qui présentent un intérêt commun à un grand nombre d'habitants de la commune, ou a fortiori un intérêt général pour la commune, ne sont pas considérés

comme personnellement intéressés à l'affaire (TA de Lille, 7/05/1969 ; TA de Caen, 2/06/1971 ; CE, 25/07/1986, Rougereaux c/Commune de Saint-Sauveur-Sur-Ecole).

Comme il ne sera pas toujours facile de faire le partage entre ce qui concerne l'intérêt de la collectivité locale et ce qui présente un intérêt personnel pour un ou plusieurs élus, **ces derniers ont donc intérêt sinon à s'abstenir systématiquement de prendre part aux délibérations ayant une incidence pour les associations dont ils peuvent être membres, tout au moins à faire preuve de la plus extrême prudence au cas par cas, surtout s'ils exercent des fonctions de responsabilité au sein de l'association.**

4. Le cas particulier d'une convention entre une association et l'un de ses dirigeants

Nous savons qu'aucune disposition réglementaire n'interdit la possibilité pour un élu d'être membre, voire président, de plusieurs associations. Néanmoins, le président d'une association peut-il conclure un contrat avec une autre association dont il est également président ?

En principe, ce genre de convention n'est soumis à aucun contrôle particulier. Cependant, les statuts de l'association peuvent prévoir que toute convention intervenant entre l'association et l'un de ses dirigeants doit être soumise à l'autorisation préalable de l'organe collégial de gestion et/ou à la ratification de l'assemblée générale, le dirigeant concerné ne prenant pas part au vote.

Il appartient donc aux statuts de préciser les conséquences du défaut d'autorisation ou de ratification : annulation de la convention, démission d'office du dirigeant, mise en jeu de sa responsabilité, etc.

Par ailleurs, quand une association veut conclure une convention avec son propre représentant, ce dernier ne peut :

- ni représenter le groupement (contrat avec lui-même)
- ni déléguer à une personne de son choix le pouvoir de représenter l'association pour la conclusion de cette convention (CA Versailles, 28/09/1989).

L'association doit donc se faire représenter par une personne "ad hoc" désigné selon les modalités prévues par les statuts pour le représentant statutaire.

III – LE RISQUE DE CONTENTIEUX FINANCIER : LA RESPONSABILITE PECUNIAIRE ENGAGÉE POUR GESTION DE FAIT

La gestion de fait résulte de la violation du principe de séparation entre ordonnateurs et comptables. Ce délit qui dépend du ressort du juge des comptes, est défini par la loi n°63-156 du 23/02/1963, article 60-XI, modifiée elle-même par la loi n°82-594 du 10/07/1982, article 22 et par la loi n°92-1336 du 16/12/1992, article 301. Cette infraction est constituée dès lors que l'association ne dispose d'aucune autonomie de gestion ou de moyens : mise à disposition de personnel administratif, de locaux, élus ou agents faisant partie de l'organe décisionnel... La Cour des Comptes a notamment eu l'occasion de rappeler que "les élus qui dirigent de telles associations prennent le risque d'être considérés comme des comptables de fait, et leur responsabilité financière peut être engagée".

Il convient, pour éviter ce type de désagrément, de vérifier que l'association dispose d'une volonté propre, distincte de la personne publique qui la subventionne, et faire en sorte que ses organes décisionnels ne soient pas composés uniquement de membres de la collectivité. Enfin, pour éviter d'éventuelles remarques des instances comptables, notamment par le biais de lettre d'observation, la personne publique satisfera à quelques exigences de contrôle comme vérifier le bon aboutissement du projet faisant l'objet de la subvention, s'assurer que l'association n'a pas déjà de larges réserves d'argent, ...au final il s'agit de contrôler la bonne gestion des deniers publics. Ces contrôles sont autorisés pour partie dans le cadre des dispositions de l'article L.1611-4 du code général des collectivités territoriales ("*Toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée. Tous groupements, associations, œuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité*").

1. Les éléments constitutifs de la gestion de fait

Trois conditions sont nécessaires à l'existence de la gestion de fait. Il faut qu'il y ait un maniement portant sur des deniers publics ou privés réglementés sans habilitation régulière.

- La gestion et la détention de fonds
Le fait générateur peut être l'ingérence dans la *perception de recettes publiques* ou *l'extraction irrégulière de fonds ou autres valeurs publiques*. L'élu-ordonnateur réputé comptable de fait doit avoir participé directement ou indirectement (avoir connaissance, toléré, facilité) à la gestion de fait.
- Le maniement doit porter sur des deniers publics ou privés réglementés
Ne sont visés que les fonds ou valeurs, à l'exclusion des autres biens ou matières.
 - Fonds publics : "les fonds ou valeurs appartenant (...) aux organismes publics".
 - Fonds privés réglementés : les fonds n'appartenant pas aux organismes publics mais dont l'exécution est exclusivement réservée par la réglementation en vigueur aux comptables publics.
- Les manuteneurs de deniers publics ou de deniers privés réglementés sont des comptables, de droit ou de fait. Le comptable de fait se distingue par le défaut d'habilitation à ce maniement, soit qu'il n'ait qu'une habilitation insuffisante, soit qu'il n'ait aucune habilitation.

2. La gestion de fait liée au versement d'une subvention : "Gestion de fait par la dépense"

Les subventions irrégulières ordonnées par l'élu engagent sa responsabilité lorsqu'elles sont versées à un organisme transparent et qu'elles ont pour le moins un caractère fictif.

La notion d'"*organisme transparent*" évoque l'absence d'existence réelle de l'organisme bénéficiaire d'une subvention. En l'absence d'existence juridique du bénéficiaire d'une subvention (associations ...), les fonds versés, n'ayant pu en droit quitter le patrimoine du subventionneur, conservent leur caractère public et doivent donc respecter les règles de la comptabilité publique.

Il s'agit souvent d'associations dites "transparentes", qui s'analysent comme un démembrement pur et simple d'un service public relevant des missions d'une collectivité locale et ne disposant d'aucune autonomie de gestion par rapport à elle. Le caractère transparent de l'association place ses dirigeants en situation de comptable de fait, astreints aux mêmes redditions de comptes que les comptables publics.

Si les élus locaux peuvent faire partie des instances dirigeantes d'une association, leur présence ne doit pas entraîner une confusion entre la collectivité et l'association, ni conduire les élus locaux à exercer une part prépondérante du pouvoir de direction de l'association. Dans le cas contraire, et si le financement de l'association provient essentiellement de la collectivité, il y a gestion de fait.

En principe, la notion de *subventions fictives* concerne le versement de subventions fallacieuses à des associations qui ne sont pas véritablement destinataires des sommes en cause, celles-ci étant parfois destinées au financement de caisses occultes (CC 4/08/1944 Lamirand).

3. La gestion de fait liée à la perception de recettes publiques : "Gestion de fait par la recette"

Le développement des besoins de la population et les nouvelles responsabilités confiées par les lois de décentralisation ont élargi le domaine d'intervention des collectivités locales. La diversification des services publics n'a pu permettre leur gestion par la collectivité seule. Elle a donc recours aux personnes privées. Il est constant que relève de la gestion de fait, la gestion sans titre légal par un organisme privé d'un service public soumis aux règles de la comptabilité publique. Il y a gestion de fait lorsqu'une association avec à sa tête un élu local, par exemple encaisse des recettes qui devraient revenir à la collectivité, sans y être habilitée ou lorsqu'elle exerce une mission de service public sans en être investie par la collectivité.

Dans cette hypothèse, la gestion de fait par la recette résulte de la réunion de deux conditions :

- L'ingérence dans le *recouvrement de recettes* publiques destinées à la collectivité, *générées par le fonctionnement d'un service public ou générées par l'exploitation d'un équipement public...*

- L'absence d'habilitation dans la perception, l'encaissement, le recouvrement, de recettes publiques.

4. Les conséquences pécuniaires de la gestion de fait

Assimilé au comptable de droit, le comptable de fait engage sa *responsabilité pécuniaire et personnelle*, il sera tenu de verser sur ses propres deniers l'argent qu'il a manipulé (nonobstant les poursuites pénales). Il est mis en débet, il devient débiteur. Les débits des comptables de fait portent intérêts à compter du fait générateur. Le paiement doit être complet. En cas de pluralité d'auteurs, l'agent judiciaire du Trésor chargé du recouvrement se retourne vers le plus solvable, et en cas de décès vers les ayants droit. Aucun cautionnement n'est possible pour garantir le paiement (assurances, tiers-caution) et en cas d'insolvabilité, des hypothèques et des saisies mobilières et immobilières sont possibles. Le comptable de fait peut *in extremis* bénéficier d'une remise gracieuse du ministre des finances le libérant de sa gestion.

Le gestionnaire de fait est en outre passible d'une amende pour s'être immiscé dans les fonctions de comptable public. L'amende n'est pas une condamnation du comportement, elle n'a pas un caractère disciplinaire et elle est une sanction bien spécifique en ce *qu'elle n'est pas une sanction pénale*. L'amende est calculée suivant l'importance et la durée de la détention ou du maniement des deniers, son montant ne pourra dépasser le total des sommes indûment détenues ou maniées. Il est généralement symbolique. Quand des poursuites pénales ont été préalablement et/ou parallèlement engagées, il ne peut y avoir d'amende.

IV - LE RISQUE DE CONTENTIEUX CIVIL : L'ACTION EN COMPLEMENT DE PASSIF

Enfin, en dehors de la nécessité de contrôler les pièces fournies par les responsables des associations lors des demandes de subvention, les collectivités sont amenées à être vigilantes et à contrôler les actions menées par les associations.

Des collectivités peuvent se voir condamnées à une action en comblement de passif, si elles ont commis des fautes de gestion qui correspondent à des fautes d'imprudence ou de négligence.

Article L 624-3 du Code de commerce :

"Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux".

Ainsi, les élus d'une commune membre du conseil d'administration d'une association en redressement judiciaire peuvent être condamnés à supporter une partie des dettes de l'association, s'ils sont reconnus responsables de faute de gestion, au sein même de l'association (CRC Nord-Pas-de-Calais, LO 8/12/2000).