

La subvention publique, le marché public
et la délégation de service public

Mode d'emploi

Avertissement

Ce guide a été réalisé en collaboration avec notamment, la direction des affaires juridiques, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et la direction générale de la comptabilité publique au ministère de l'économie et des finances ainsi que la direction générale des collectivités locales au ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire.

Le Conseil national de la vie associative, saisi le 15 novembre 2006, a donné un avis favorable lors de sa réunion plénière du 30 janvier 2007.

Rassemblant diverses notions, textes et jurisprudence, ce document n'a qu'une ambition pédagogique et par conséquent aucune valeur juridique par lui-même. Ses rédacteurs se réservent le droit de le modifier en fonction de l'évolution de la législation et de la jurisprudence.

Ce guide est destiné aux autorités administratives mentionnées à l'article 1^{er} de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹.

Il s'efforce de prendre en compte les préoccupations des collectivités territoriales qui sont confrontées comme les autorités administratives de l'Etat aux questions portant sur l'application des normes relatives aux marchés publics, délégations de service public et aux divers concours financiers publics dont peuvent bénéficier les personnes morales de droit privé, en particulier les associations.

Il vise, enfin, à apporter aux dirigeants des associations, partenaires privilégiés de l'action publique, les informations nécessaires pour appréhender les caractéristiques de ces divers contrats ou conventions.

¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, article 1^{er} : « Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif. »

PREAMBULE

► Le 23 janvier 2006, à l'occasion de la clôture de la première Conférence de la vie associative, le Premier ministre a décidé de mettre à la disposition des autorités publiques et des associations, un guide destiné à clarifier les termes de subvention, de marché public et de délégation de service public, afin de leur permettre de choisir la procédure la mieux adaptée à chaque situation et d'identifier, notamment, les conditions dans lesquelles la technique de la subvention peut être utilisée sans encourir un risque de requalification par le juge.

► En effet, le rapport du groupe de travail sur la consolidation des relations contractuelles entre les pouvoirs publics et les associations, présidé au 1^{er} semestre 2005 par **M. Jean-François COLLINET**, Président de Chambre à la Cour des Comptes, a mis en évidence, en l'absence d'une définition juridique de la subvention, la nécessité d'une clarification des termes de subvention, de marché public et de délégation de service public.

► Pour y répondre, le guide propose de cerner la notion de subvention par l'application de trois critères cumulatifs permettant de la distinguer des autres formes de dépense publique :

- l'initiative du projet qui ne provient pas de l'autorité administrative qui finance ;
- l'absence de contrepartie directe pour l'autorité administrative ;
- l'absence de droit à subvention. (selon le principe du caractère discrétionnaire de la décision d'octroi de la subvention)

► En vue de préciser le régime applicable aux subventions, selon le contenu que le législateur a souhaité lui donner, le guide décrit sous la forme de fiches thématiques :

- les formes de financement public qui se distinguent clairement des subventions par leur objet et leurs modalités de versement (marché public, prix de journée, forfait ou dotation...) ;
- les divers concours financiers dont la forme et les règles peuvent varier selon leurs finalités (subvention de fonctionnement, d'investissement,...) ou leur forme (subvention en espèce ou en nature).

► Le choix d'une procédure inadéquate expose le gestionnaire à un risque de requalification de la dépense et à l'ensemble des conséquences qui s'y attachent.

Le rapport du groupe de travail de la Conférence remis au ministre de la jeunesse, des sports et de la vie associative² précisait notamment :

« (...) toute décision d'attribution d'une subvention est discrétionnaire, ce qui ne signifie pas qu'elle soit arbitraire. Elle doit être prise pour des motifs d'intérêt général.

« Ainsi, même si elle n'est pas suffisante, la conformité du projet associatif à l'intérêt général doit être pour l'administration une condition nécessaire à l'octroi de toute subvention, et ce d'autant plus que les financements publics aux associations tendent à stagner, sinon à diminuer, alors que le nombre d'associations croît et fait émerger de nouveaux besoins.

« C'est de l'association qui souhaite faire vivre son projet à l'aide de financements publics que relève l'initiative de demander, sous la forme d'une subvention, un soutien financier à la collectivité publique. Celle-ci, souhaitant rendre un service nouveau à la population dont elle a la charge, peut avoir recours à un autre dispositif juridique, au moyen d'un contrat passé dans le cadre d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Cependant, certains gestionnaires publics, au sein des services de l'Etat et surtout des collectivités territoriales, commettent une confusion entre subvention et prestation de services, entre convention d'objectifs et marchés publics. Il en résulte des différences de traitement significatives pour les associations partenaires de l'administration, lorsqu'un marché est passé alors que la situation objective dictait plutôt la signature d'une convention.

Cette confusion, préjudiciable pour les associations, tend à banaliser le fait associatif. Aussi le régime de la subvention gagnerait-il à être mieux déterminé, grâce à une définition juridique précise. Ceci permettrait de mieux encadrer les pratiques des administrations et de lever leurs incertitudes dans le choix de la procédure la plus adaptée de collaboration avec les associations. »

² Rapport du groupe de travail n° 2 - Mai 2005, **Jean-François COLLINET**, Président de Chambre, Cour des Comptes, Président du groupe de travail ; **Philippe BACHSCHMIDT**, administrateur des services, Sénat, rapporteur du groupe de travail.

Les dirigeants associatifs et les autorités administratives, souhaitant avoir une vision synthétique des notions évoquées dans ce guide, peuvent tirer profit de sa consultation.

Il traite des principales questions qui se posent pour opérer un choix entre les diverses procédures.

L'introduction précise la diversité des natures juridiques que peut recouvrir une dépense publique. Ce mode d'emploi est constitué de quatre sections traitant chacun d'un thème :

- **La dépense publique engagée à l'initiative d'une personne morale de droit public : celle conditionnée par une contrepartie directe, le marché public et celle effectuée dans le cadre d'un contrat confiant à un tiers la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité, la délégation de service public ;**
- **Le concours financier versé sans contrepartie équivalente pour la collectivité versante (dont les subventions³) ;**
- **Les risques juridiques à l'occasion de l'engagement d'une dépense publique ;**
- **Les aides d'Etat.**

Liste des principales publications portant sur les questions évoquées dans ce guide :

- **Le rapport du COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN**
« Les aides publiques aux entreprises : une gouvernance, une stratégie », sous la direction de M. Jean-Louis LEVET, Chef du Service des entreprises et du développement des activités économiques. » Octobre 2003
<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000643/0000.pdf>)
- **L'étude publiée dans le Courrier juridique des finances et de l'industrie (n°38 –mars et avril 2006) « L'Etat et les associations : avantages, exigences et risques d'une collaboration », étude réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.**
- **Le Conseil d'orientation pour l'emploi : RAPPORT AU PREMIER MINISTRE RELATIF AUX AIDES PUBLIQUES, COE 8 février 2006**

³ Les subventions publiques notamment visées à l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; la circulaire du Premier ministre du 1er décembre 2000 ; la circulaire Premier ministre du 24 décembre 2002.

Table des matières

Pages	THEMES
7 à 9	INTRODUCTION : La diversité des natures juridiques de la dépense publique
9	Tableau des dépenses financières
Pages 10 à 16	SECTION : I. LA DEPENSE PUBLIQUE ENGAGEE A L'INITIATIVE D'UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC
11 à 13	SOUS SECTION 1 : LA DEPENSE PUBLIQUE ENGAGEE A L'INITIATIVE D'UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC CONDITIONNEE PAR UNE CONTREPARTIE DIRECTE : LE MARCHE PUBLIC
12	1.1.1. Le marché public, définition
13	1.1.2. La notion de marché public, nature du contrat - Marché public et subvention
14 à 16	Sous-section 2 : La dépense publique engagée à l'initiative d'une personne morale de droit public dans le cadre d'un contrat confiant à un tiers la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité : La délégation de service public
15	1.2.1. La délégation de service public, définition
16	1.2.2. La diversité des formes de délégation de service public
17-18	SOUS-SECTION 3 : CONCLUSION SUR LE MARCHE PUBLIC ET LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC. : UNE DEPENSE PUBLIQUE CONTRACTUALISEE.
Pages 19 à 22	SECTION II : LE CONCOURS FINANCIER VERSE SANS CONTREPARTIE EQUIVALENTE POUR LA COLLECTIVITE VERSANTE
20	2.1. La dépense publique de transfert engagée en application de dispositions législatives ou réglementaires
21	2.2. Le concours financier versé sans contrepartie équivalente pour la collectivité versante
22	2.3. La notion de subvention pour l'application de l'article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000
Pages 23 à 28	SECTION III : LES RISQUES JURIDIQUES ENCOURUS A L'OCCASION DE L'ENGAGEMENT D'UNE DEPENSE PUBLIQUE
24	3.1. Marché public
25 à 26	3.2. Délégation de service public et association au service public
27 à 28	3.3. Les subventions
Pages 29 à 34	SECTION IV : LES AIDES D'ETAT
30-31	4.1. Définition et champ d'application
32	4.2. Obligations communautaires
33 à 34	4.3. Cas particulier des aides aux entreprises
35 à 39	ANNEXES
36	I. Règles de comptabilisation des dépenses publiques
37 - 38	II. Critères de distinction entre une subvention, un marché public et une délégation de service public
39	III. Textes : Principales références citées

INTRODUCTION

LA DIVERSITE DES NATURES JURIDIQUES DE LA DEPENSE PUBLIQUE

LA DIVERSITE DES NATURES JURIDIQUES DE LA DEPENSE PUBLIQUE

Un part importante de l'action publique est mise en œuvre sous la forme de charges de fonctionnement ou de charges d'intervention (transfert financier).

La notion de concours financier est utilisée dans une acception très large. Elle recouvre toutes les formes d'aide financière publique consentie par une autorité publique.⁴

Les textes utilisent généralement les notions de concours financier, d'aide financière ou de subvention pour désigner les financements à caractère public. En l'absence de définition, seuls des éléments de contexte peuvent aider à définir le champ d'application de la mesure législative ou réglementaire en cause.

Il existe, cependant, des différences significatives selon la nature des textes dans l'utilisation de ces notions.

Du point de vue de la forme, les éléments constitutifs d'un concours financier public recouvrent tous types d'apports financiers publics en espèce et en nature ou d'exonérations de cotisations fiscales ou sociales, y compris un monopole de gestion de fonds parapublics sous la forme de taxes, de redevances ou de cotisations légalement obligatoires dont l'organisme assure la gestion dans le cadre d'une mission de service public.

Il s'agit donc des mesures qui ont pour caractéristique de constituer pour celui qui en bénéficie un avantage dont le fondement peut être légal, réglementaire ou conventionnel et se caractérise par le fait qu'il établit une différence de traitement par rapport aux organisations poursuivant une activité analogue, fondée ou non sur un dispositif juridique protecteur, qui peut être considéré, dans le cas où il se développe dans le cadre d'une activité économique, comme discriminatoire.

Toutefois, un avantage au sens de concours financier est distinct de la notion d'avantage économique ou commercial direct ou indirect au sens du droit de la concurrence. L'octroi d'une aide ou d'une subvention par une collectivité publique ou l'un des ses établissements s'inscrit dans un cadre juridique complexe qui justifie une analyse au cas par cas.

Par rapport à leur objet, les activités financières publiques recouvrent trois grandes catégories :

- 1. la dépense publique (achats publics) résultant d'un contrat conclu entre l'autorité publique et un cocontractant sous la condition d'une contrepartie directe au profit de l'autorité administrative versante qui doit en principe donner lieu à la conclusion d'un marché public ;**
- 2. La dépense publique engagée à l'initiative d'une personne morale de droit public dans le cadre d'un contrat confiant à un tiers la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité ;**
- 3. Le concours financier versé sans contrepartie équivalente pour la collectivité versante.**

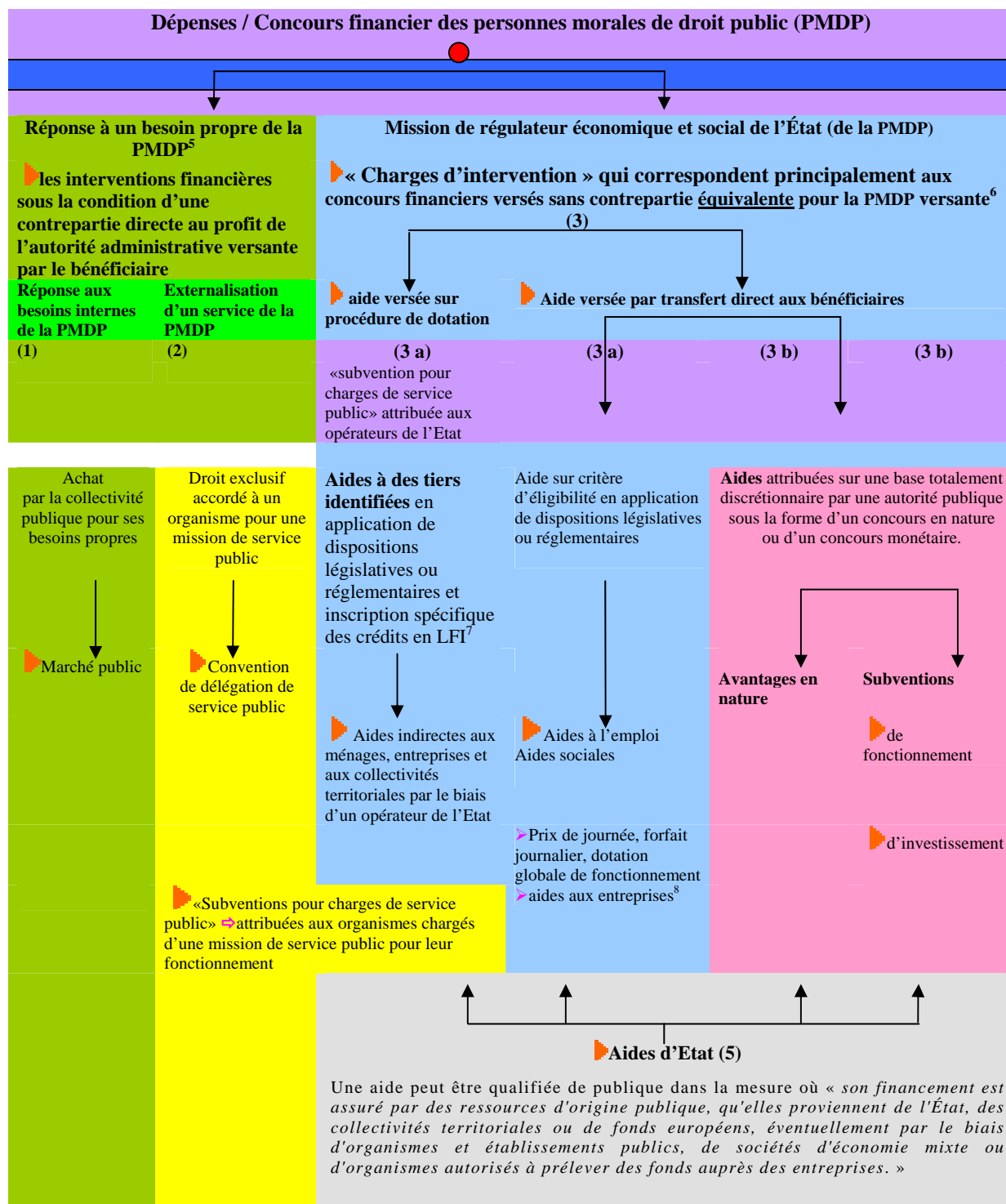
Ces derniers se subdivisent en dépense publique de transfert engagée en application de dispositions législatives ou réglementaires et en aides attribuées sur une base totalement discrétionnaire.

Dans le cadre de ce guide,

- le terme « dépense publique » désigne l'ensemble des charges publiques de fonctionnement et d'intervention ;
- la notion de contribution financière vise, conformément à la Circulaire du 3 août 2006 (point 2.4.1.) portant manuel d'application du code des marchés publics, les subventions sous leurs diverses formes.

⁴ *Le recueil des normes comptables de l'Etat définit les charges d'intervention comme des versements motivés par la mission de régulateur économique et social de l'Etat ». Recueil des normes comptables de l'Etat annexé à l'arrêté du 21 mai 2004 portant adoption des règles relatives à la comptabilité générale de l'Etat publié au JO n°155 du 6 juillet 2004 – Norme n°2 relative aux charges*

Dépenses financières



⁵ PMDP : personne morale de droit public

⁶ La contrepartie directe équivalente pour la personne publique n'existe pas dans ce cas puisque la véritable contrepartie est la participation des bénéficiaires à une politique générale, économique, sociale ou autre de l'Etat (ou d'une collectivité territoriale). Cette contrepartie n'est constituée pour l'organisme que par son action même qui contribue à réaliser la politique visée par l'Etat. Deux sortes de contrepartie en faveur de l'Etat de nature et d'objectifs différents sont donc à distinguer : l'une, directe, matérielle ou immatérielle venant du bénéficiaire du versement public, l'autre, constituée de la réalisation, pour partie, d'une politique publique par l'action même du bénéficiaire.

⁷ LFI : Loi de finances initiale. Les lois de finances "déterminent, pour un exercice (une année civile), la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'État, ainsi que l'équilibre budgétaire et financier qui en résulte" (art. 1 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001).

⁸ Circulaire du 26 janvier 2006, JO n° 26 du 31 janvier 2006

SECTION I.

LA DEPENSE PUBLIQUE ENGAGEE A L'INITIATIVE D'UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC

SOUS-SECTION 1 :

**LA DEPENSE PUBLIQUE ENGAGEE A L'INITIATIVE D'UNE PERSONNE MORALE DE
DROIT PUBLIC ET CONDITIONNEE PAR UNE CONTREPARTIE DIRECTE :
LE MARCHE PUBLIC**

1.1.1. LE MARCHÉ PUBLIC : DEFINITION

L'article 1er du code des marchés publics⁹ donne une définition précise du marché public :

► **Un marché public est un contrat qui consacre l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale.**

► **Un marché public est conclu à titre onéreux.** Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu à un règlement financier. Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché. Il pourrait s'agir, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires y afférentes ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage.¹⁰

► **Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, de services ou de travaux.** « L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique. »

► **Dès lors que le contrat porte sur des prestations susceptibles d'être fournies par un autre organisme public ou privé et dont le prix de revient peut être déterminé de façon relativement précise, le régime juridique des marchés publics doit s'appliquer¹¹.**

► « **Un contrat de fourniture de services peut être qualifié de marché public même en l'absence de rémunération directe par la collectivité.** En effet, la rémunération du service rendu peut prendre la forme d'une exonération de redevance. La collectivité abandonne un produit au profit du prestataire. Cela étant, un tel mécanisme doit être envisagé avec les réserves suivantes. En effet, un jugement du tribunal administratif de Dijon¹² a récemment sanctionné l'abandon par l'acheteur public de ses missions de recouvrement de recettes liées à l'exécution du marché au motif qu'aux termes de l'article 11 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique «les comptables sont seuls chargés [...] de l'encaissement [...] des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir.» Il a été jugé de manière fort explicite que les recettes publicitaires résultant des contrats de vente d'espaces publicitaires dans un bulletin municipal conclu avec les annonceurs par une société mandatée à cet effet par une collectivité présentaient le caractère de recettes publiques et devaient de ce fait être recouvrées par un comptable public ou par un régisseur de recettes qui pouvait être la société titulaire du marché à la seule condition toutefois qu'elle soit régulièrement désignée en cette qualité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.¹³

► **La notion de besoin de la personne publique** doit être interprétée de manière circonstanciée. Dans tous les cas, le marché doit avoir pour objet la satisfaction de besoins propres directs liés au fonctionnement même des services de l'administration ou bien de besoins propres indirects liés à la mise en œuvre des compétences exercées par l'administration. Ils comprennent : « non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires.)¹⁴

Exceptions : Le droit exclusif accordé à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt général ou d'intérêt économique général

L'article 3-2° du code des marchés publics prévoit une disposition d'exclusion de son champ d'application pour les « contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991¹⁵ (...), lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité instituant la Communauté européenne ».

Cette exclusion ne concerne que les **marchés de services** ; elle n'est accordée 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 question. 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.

Enfin, le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis.

Exemples : Fonds de Coopération de la Jeunesse et de l'Éducation Populaire (FONJEP) par l'effet de la loi (loi du 23 mai 2006) ou encore de l'Association Française de Normalisation (AFNOR) par décret.

Les jurisprudences françaises et communautaires convergent sur ces différents éléments d'appréciation (cf. Conseil d'Etat, arrêt du 6 juillet 1990, Comité pour le Développement Industriel et Agricole du Choletais – CODIAC ; Cour administrative d'appel de Marseille, 20 juillet 1999, Commune de Toulon ; CJCE affaire 102/86 Apple and Pear Development Council et 154/80 Cooperative Aardappelenbewaarpilots).

Un contrat qui remplit les conditions de définition d'un marché public peut toutefois entrer dans l'une des catégories d'exclusions prévues par l'article 3 du code des marchés publics (décret n° 2006-975 du 1er août 2006).

Ces exclusions sont prévues par les directives n°2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui ont été interprétées par la jurisprudence communautaire.

Les exceptions à ces principes sont rares et correspondent à des situations très particulières : Les prestations d'action sociale ainsi peuvent ne pas relever du code des marchés publics

Sur cette question voir : Conseil d'Etat, Avis n° 369315 du 23/10/2003 « Fondation Jean Moulin » : (...) « Toutefois, la qualification d'action sociale ne peut être reconnue à ces prestations que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand : ce qui suppose notamment qu'elles ne se bornent pas à offrir des services disponibles et aisément accessibles, en termes de localisation et de prix, sur le marché et que leurs conditions d'octroi et de tarification les rendent accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenus modestes. »

⁹ "le nouveau code des marchés publics est entré en vigueur le 1er septembre 2006 (décret n°2006-975 du 1er août 2006, JORF du 4 août 2006)

¹⁰ ex. : Marchés publics de mobilier urbain, voir, par exemple : CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298)

¹¹ Rapport public de la Cour des comptes 1982, p. 24, *Les relations administratives et financières de l'État, des collectivités et des établissements publics avec des organismes à statut privé subventionnés (associations, fondations et GIE)*.

¹² Cf. TA de DIJON, 18 mars 2004, *Société Prest'action*.

¹³ L'article 60 de la loi de finances pour 1963 indique que toute personne qui s'ingère dans le recouvrement de recettes ou le paiement de dépenses, sans avoir la qualité de comptable, doit rendre compte devant les juridictions financières (risque de gestion de fait)

¹⁴ Cf. § 4.1. Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics

¹⁵ La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 a été partiellement remplacée par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et les décrets pris pour son application (décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le code des marchés publics)

1.1.2. LE MARCHÉ PUBLIC

Nature du contrat - Marché public et subvention

▶ **Contrat de droit public ou contrat de droit privé : le cas des SEM et des GIP.** Les sociétés d'économie mixte (SEM) et les groupements d'intérêt public (GIP) sont pour les contrats conclus en leur nom, soumis aux principes constitutionnels de transparence, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats applicables également aux marchés passés par les entités soumises au code des marchés publics. Si les marchés de ces organismes n'entrent pas dans le champ du code des marchés publics, ils sont néanmoins soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par les personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. La soumission à ces règles est sans effet sur la qualification de contrat de droit privé de ces contrats.»

▶ Les contrats passés par les GIP ou les SEM peuvent être conclus non seulement en leur nom, mais également pour leur compte. En effet, un contrat passé par une personne privée en son nom pourrait également avoir été conclu pour le compte d'une personne publique, auquel cas cette convention pourrait être regardée comme un contrat administratif (voir, par exemple : TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot, Rec. CE*, p. 787).

Observation : Bien que l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *MURCEF* qualifie de contrats administratifs les marchés relevant du code des marchés publics, les marchés n'entrant pas dans son champ d'application peuvent néanmoins être des contrats administratifs s'ils en remplissent les critères jurisprudentiels pertinents.

Ainsi, les GIP étant des personnes publiques, il suffit par ailleurs que les contrats qu'ils passent contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, ou présentent un lien suffisant avec les activités de service public auxquelles ils se rattachent, pour qu'ils soient qualifiés de contrats administratifs.

Les marchés passés par les SEM seront en règle générale des marchés de droit privé dans la mesure où les sociétés de cette nature sont des personnes morales de droit privé. Il pourrait toutefois en aller autrement si, comme il a été dit plus haut, leurs marchés étaient passés pour le compte de personnes publiques.

▶ **Marché public et subventions**

▶ Les contrats que l'administration signe fréquemment avec différents partenaires, notamment des associations, ne sont pas obligatoirement des marchés publics. C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration pour elle-même qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de subventions.

▶ « La distinction entre subventions et marchés publics ne repose pas sur l'objet du contrat, mais sur l'existence d'un besoin préalablement défini par l'administration pour la satisfaction duquel elle recourt aux services d'un prestataire rémunéré. Le seul fait qu'en l'espèce les associations considérées interviennent dans l'un des domaines mentionnés au code des marchés publics ne suffit donc pas à rendre ce dernier applicable.¹⁶ »

▶ La subvention constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agit 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'agit d'un marché public. La notion d'initiative recouvre non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition.

▶ **Textes de référence**

-Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée en dernier lieu par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et les décrets pris pour son application (décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 et décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005). Les articles 3,4,6 et 13 de la loi 91-3 sont toujours en vigueur.
-LOI n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques chapitre V18.

-Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, not. article 19.

▶ Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF du 4 août 2006

▶ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics J.O n° 179 du 4 août 2006 page 11665

A consulter :

▶ *Instruction commune DGAS/341, DB/1 C-03-2905, DGCP/1059 du 8 juillet 2003 relative au financement des opérateurs qui interviennent dans le champ de l'accueil et de la réinsertion sociale.*

▶ *Circulaire DGEFP no 2002-30 du 4 mai 2002 concernant la distinction entre la commande publique et le subventionnement en matière d'insertion et de qualification professionnelles (Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle n° 2002/11 du jeudi 20 juin 2002)*

▶ **Attention :** Certaines associations, en raison de leur objet, de leur mode de financement et de la composition de leurs organes d'administration et de direction, peuvent être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs au regard de l'ordonnance du 6 juin 2005 lorsqu'elles passent des contrats pour leurs besoins propres¹⁹

16 Cf. : Lettre du 22 août 2002 de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (sous-direction de la commande publique) à la direction de l'administration générale d'un ministère sur l'application de l'article 30 [alors en vigueur] du code des marchés publics.

17 Modifiée par les lois 92-1336 du 13 décembre 1992, 93-122 du 29 janvier 1993, n°95-127 du 8 février 1995, 96-609 du 5 juillet 1996 et par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000

18 Loi modifiée par les lois 1995-127 du 8/2/1995, 2001-1168 du 11/12/2001, 1996-142 du 21/2/1996, 1996-609 du 5/7/1996, 2002-73 du 17/1/2002 (pour mémoire) et les ordonnances 2000-350 du 19/4/2000, 2000-916 du 19/9/2000, 2005-649 du 6/6/2005.

¹⁹ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics

SOUS-SECTION 2 :

**LA DEPENSE PUBLIQUE ENGAGEE A L'INITIATIVE D'UNE PERSONNE
MORALE DE DROIT PUBLIC
DANS LE CADRE D'UN CONTRAT CONFIAANT A UN TIERS LA GESTION D'UN
SERVICE PUBLIC DONT ELLE A LA RESPONSABILITE :
LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC**

1.2.1. LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC : DEFINITION

L'article 3 de la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (L. 1411-1 du CGCT) donne une définition de la délégation de service public (DSP) tirée de l'objet du contrat et des conditions de rémunération des cocontractants de l'administration. Elle reprend, pour l'essentiel, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et les critères établis par la jurisprudence. Ainsi, aux termes de la loi : « une délégation de service public 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 ».

Un avis du Conseil d'Etat, confirmé par la loi MURCEF, affirme que le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité d'en confier l'exécution à des personnes privées sous réserve que ces services ne soient pas par leur nature ou la volonté du législateur au nombre de ceux qui ne peuvent être assurés que par la collectivité publique.

La délégation de service public se caractérise par trois éléments :

▶ **Le lien unissant le délégant au délégataire doit être nécessairement contractuel.**

La loi définit la délégation de service public par l'instrument juridique réalisant la délégation. La notion de contrat se trouve mise en exergue ce qui, ipso facto, fait sortir du champ de la définition toutes les délégations « statutaires », c'est-à-dire prévues par détermination de la loi ou du règlement ;

▶ **Le délégataire doit être chargé de la gestion et de l'exploitation du service public.**

A défaut, le contrat pourrait n'être qu'une fourniture de moyens pouvant relever du code des marchés publics²⁰ ;

▶ Par ailleurs, cette définition réaffirme le principe de la distinction entre la maîtrise du service public et sa gestion. Seule une collectivité publique peut détenir la maîtrise d'un service public, c'est-à-dire qu'elle peut seule détenir les compétences pour le créer, l'organiser, lui donner les moyens de sa mission et en assumer le contrôle. La gestion proprement dite concerne uniquement l'exécution du service, conformément au cadre juridique préalablement établi. Le principe général du droit administratif selon lequel la collectivité **confie**, sous son autorité et son contrôle, la gestion du service public dont elle a la responsabilité, se trouve ainsi réaffirmé ;

▶ **La rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation d'un service public** (principe de la rémunération substantielle, c'est-à-dire, celui de l'aléa financier) **Il s'agit du critère principal qui différencie les délégations de service public des marchés publics**, le législateur estimant, sans le dire expressément, que le délégataire doit gérer à ses risques et périls le service public qu'il a la charge d'exploiter.

A l'inverse, si la rémunération du cocontractant est effectuée par la collectivité et surtout sur la base d'un prix sans lien avec les résultats de l'exploitation, le contrat doit être regardé comme un marché public et non comme une D.S.P.

▶ S'agissant des collectivités locales, l'article L. 2224-1 du CGCT dispose que : « les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses. » L'article L. 2224-2 du CGCT précise qu'« il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics visés à l'article L. 2224-1. Toutefois, le conseil municipal peut décider une telle prise en charge lorsque celle-ci est justifiée par l'une des raisons suivantes : 1° Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ; 2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ; 3° Lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs. La décision du conseil municipal fait l'objet, à peine de nullité, d'une délibération motivée. Cette délibération fixe les règles de calcul et les modalités de versement des dépenses du service prises en charge par la commune, ainsi que le ou les exercices auxquels elles se rapportent. En aucun cas, cette prise en charge ne peut se traduire par la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement. L'interdiction prévue au premier alinéa n'est pas applicable aux services de distribution d'eau potable et d'assainissement dans les communes de moins de 3 000 habitants et les groupements composés de communes dont la population ne dépasse pas 3 000 habitants. »

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (J.O n° 25 du 30 janvier 1993), chapitre IV, articles 38 et S. Section 2 : Dispositions applicables aux collectivités territoriales, aux groupements de ces collectivités et à leurs établissements publics.

C.E., 28 juin 1963, Sieur Narcy
Section. - Req. n° 43834

C.E., 13 janvier Sieur Magnier
Section. - Req. n° 43.548

↓
Pour une application du principe Cf. : **Conseil d'Etat n°157586 du 20 mars 1998** Société d'Economie Mixte de Sécurité Active et de Télématique (SEMSAT)

« Considérant que les motifs, ci-dessus relevés, [...] ne suffisent pas à établir que la prise en charge par la ville de Nice, sur son budget propre, [...] serait justifiée par l'une des raisons mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 322-5 du code des communes²¹ ; qu'en tout état de cause, la délibération ne précise pas les "règles de calcul" de la participation financière accordée à la SEMSAT ; que, dans ces conditions, celle-ci doit être regardée comme destinée à assurer la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement de cette société. »

²⁰ Rappelons qu'il existe des marchés publics portant sur la gestion et l'exploitation d'un service public (voir, par exemple : CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, AJDA 1999, p. 517 : Le juge administratif a décidé pour un contrat de délégation présentant les critères des marchés de le re-qualifier en marché public. La conséquence en a été l'utilisation du code des MP pour la gestion d'un service public. Toutefois, cette décision a été prise par le Conseil essentiellement parce que le contrat de « DSP » en cause présentait tous les critères du marché public. Les marchés publics n'ont pas pour autant vocation à prendre en charge la gestion d'un service public. Ainsi, il convient de considérer cet arrêt comme un cas d'espèce et de ne pas en généraliser les conséquences.

²¹ (article L. 322-5 du Code des communes repris à l'article L. 2224-2 du Code des collectivités territoriales)

1.2.2. LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Les diverses formes de délégation de service public

La gestion déléguée prend la forme d'un contrat qui a pour objet et pour effet de déléguer à une personne morale de droit privé (le délégataire), une part plus ou moins grande d'une activité de service public relevant d'une collectivité territoriale (le délégant). La gestion déléguée peut être confiée à une personne publique.²²

► **La Concession** : La définition classique du contrat de concession est celle donnée par le commissaire du gouvernement Chardenet dans l'affaire du "Gaz de Bordeaux" (C.E. 30 mars 1916) : "C'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public."

► **L'affermage** est un mode de gestion déléguée d'un service public industriel et commercial. Les équipements nécessaires à l'exploitation du service sont remis au fermier par la collectivité qui en a assuré le financement. Le fermier doit simplement assurer l'exploitation du service. A ce titre, il doit garantir la maintenance des ouvrages et éventuellement leur modernisation ou leur extension. La rémunération du fermier repose sur les redevances payées par les usagers. En revanche, le fermier est tenu de verser à la collectivité une contribution destinée à couvrir l'amortissement des frais initiaux engagés par la collectivité. Le risque de gestion repose donc sur le fermier. Ce mode de gestion se rapproche de la concession mais diffère de cette dernière sur deux points : la construction des ouvrages nécessaires revient à la personne publique responsable et non au fermier ; le fermier ne conserve pas l'intégralité des recettes reçues des usagers, puisqu'il doit en reverser une partie au délégant.

► **La régie intéressée** est un mode de gestion mixte du service public qui s'appuie sur le concours extérieur d'un professionnel privé, contractuellement chargé de faire fonctionner le service public. Le régisseur est rémunéré par la collectivité, au moyen d'une rétribution qui comprend une redevance fixe et un pourcentage sur les résultats de l'exploitation. *La collectivité est chargée de la direction de ce service. Le régisseur intéressé assure la gestion du service pour le compte du délégant et dispose, par conséquent, d'une autonomie limitée.* En fonction du niveau de risque assuré par le délégataire, la régie intéressée résultera d'un simple marché public ou d'une délégation de service public.

► **La gérance** est un mode de délégation de service public fondé sur les mêmes principes que la régie intéressée. Elle a été définie par une circulaire n° 75-634 du 13 décembre 1975 comme : « Fondé sur les mêmes bases que la régie intéressée, le contrat de gérance s'en distingue dans la mesure où la collectivité décide seule de la fixation des tarifs, différence fondamentale avec les marchés publics. De plus, la collectivité conserve le bénéfice ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire. » Le risque est, en conséquence, assumé par la collectivité. La rémunération du gérant peut, le cas échéant, être complétée par des primes liées à la gestion du service, ce qui éloigne quelque peu la gérance de la régie intéressée.

Quelques arrêts ont porté sur des contrats de gérance ne répondant pas exactement à la définition de la circulaire de 1975 (CE 8/11/1963, Cie des entrepôts et magasins généraux de Paris, Lebon, p. 534) Un contrat de gérance a pu être également requalifié en marché d'entreprises de travaux publics (CE 11/7/1986, Préfet de la Creuse, Lebon p. 610).

Ces diverses formes de gestion sont en principe des délégations de S.P. Car le marché public n'a pas été institué pour que les cocontractants fournissent les prestations objets du marché à des tiers, la gestion d'un service public pour des tiers au contrat entre la collectivité et son contractant relevant davantage d'une gestion déléguée. Cependant, la jurisprudence prend en compte moins aujourd'hui le mode de rémunération que la présence d'un risque d'exploitation pour le cocontractant comme critère de la délégation de service public.

Arrêt N° C-458/03 DATE 13/10/2005

AFFAIRE PARKING BRIXEN GMBH c/ GEMEINDE BRIXEN ; STADTWERKE BRIXEN AG

« ... La directive 92/50 s'applique à des «marchés publics de services», définis à l'article 1er, sous a) de celle-ci, comme «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur». Il découle de cette définition qu'un marché public de services au sens de cette directive comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services.

Dans la situation visée, la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers (au contrat : les usagers) pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors (...) il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics.(...)

Sur la gérance, Arrêt du 7 avril 1999 « commune de Guilhaud-Granges » (AJDA 1999, p. 157) Mme BERGÉAL, commissaire du gouvernement précisait que le critère d'absence de risque lié à l'exploitation commençait à se dégager en droit communautaire pour définir les marchés publics, le mode de rémunération du prestataire étant devenu moins déterminant. Lorsqu'il y a un risque lié à une exploitation pour le contractant de l'Etat, il ne s'agit pas d'un marché.

Attention :

Dès lors que l'activité en cause ne constitue pas un service public, la collectivité territoriale peut agir alors en tant qu'autorité domaniale, et non en tant qu'autorité délégante. Le contrat peut donc être qualifié de concession d'occupation du domaine public. A ce titre, il ne doit pas faire l'objet d'une procédure de délégation de service public.

Mais, il peut également s'agir d'un marché public si les critères prévus par l'article 1^{er} du code des marchés publics sont réunis. Tel est le cas des marchés publics portant sur l'installation et l'exploitation de mobiliers urbains qui prévoient également que le titulaire sera autorisé à occuper le domaine public.

²² Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, Req. 222-208

SOUS-SECTION 3 :

CONCLUSION SUR LE MARCHE PUBLIC ET LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC :

UNE DEPENSE PUBLIQUE CONTRACTUALISEE

CONCLUSION SUR LE MARCHE PUBLIC ET LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

UNE DEPENSE PUBLIQUE CONTRACTUALISEE

1.- 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, il ne peut y avoir ni marché public ni délégation de service public

2.- les dépenses engagées dans le cadre des marchés publics ou des délégations de service public sont contractualisées à condition qu'il y ait une contrepartie directe indirecte ou équivalente²³.

▶ Ces différentes formes de dépenses se distinguent fondamentalement de la catégorie des concours financiers publics.

- La collectivité publique est liée à une personne morale ou physique par un **contrat** prévoyant une contribution financière publique.
- **Ces contrats ont pour objet**, dans un cadre réglementaire très formalisé, pour la collectivité publique ou toute autre autorité publique, d'obtenir les prestations répondant à ses besoins propres ou de transférer à un contractant une mission d'intérêt général relevant de sa compétence et pouvant être déléguée moyennant une contrepartie représentative de son coût pour le preneur.
- Il existe un **lien direct entre le financement public et un service individualisable rendu (ou un produit déterminé fourni) par le bénéficiaire de l'intervention financière publique** ; ce lien est en principe formalisé par l'existence d'un contrat fixant le prix de la chose et les obligations réciproques.

▶ Dans l'arrêt TECKAL (arrêt du 18 novembre 1999, C-107/98), la CJCE a précisé que la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, tel une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits.

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (J.O n° 179 du 4 août 2006 page 11665) : précise que la subvention constitue : « *une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe (ou équivalente) n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière (...)* ». Ce principe permet d'opérer une distinction nette entre ce qui relève de la commande publique et de la délégation de service public.

Il peut également s'agir, pour la collectivité publique, de prolonger une mission qui relève de sa compétence dans le cadre d'une association au service public.

Cour administrative d'appel Marseille, arrêt n° **99 ma 02079** date 1/3/2004 - **affaire : Groupement agricole d'exploitation en commun l'Aurier.**

Voir aussi Conseil d'État, 6 juillet 1990, N° **88224** Comité pour le développement industriel et commercial du Choletais – CODIAC.

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (J.O n° 179 du 4 août 2006 page 11665), paragraphe

▶ « 2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public. (...) La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public **résulte du mode de rémunération retenu**. Pour un marché public, le paiement est intégral ... et effectué par l'acheteur public. »

▶ **Cependant, le Conseil d'Etat (CE 7 avril 1999 Commune de Guilhaud Granges) a jugé dans le cas particulier de la distribution d'eau par un contrat de délégation de service public, ayant malencontreusement retenu les critères du marché public, que la rémunération du titulaire pouvait provenir d'un tiers dans un marché. Cette solution ne peut cependant pas être étendue d'une manière générale.**

Dans le cadre de la délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.²⁴ »

▶ Les marchés publics couvrent les besoins propres des acheteurs publics, mais peuvent également porter sur leurs missions d'intérêt général

▶ « 2.5. **Le cas particulier des contrats de mandat.**

Les contrats de mandat conclus à titre gratuit ne sont pas, par définition, des marchés publics.

En revanche, un contrat de mandat rémunéré est bien un marché public ne bénéficiant pas d'un quelconque régime dérogatoire .

Lorsqu'elles souhaitent conclure un contrat de mandat avec une tierce personne, les personnes publiques sont tenues de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le code des marchés publics. Elles doivent, au cas par cas, vérifier si le contrat de mandat porte sur une prestation soumise au code des marchés publics et analyser s'il s'agit d'une prestation de services, voire d'un marché de travaux, afin de connaître les obligations à respecter lors de sa passation (...)

²³ Tel est le cas lorsque le bénéficiaire final est un usager du service ; par exemple un marché public ayant pour objet les transports scolaires ou dans le cas d'une délégation de service public consistant en la gestion d'un service public par une association et dont le financement provient pour une part substantielle des usagers.

²⁴ La part des recettes autres que celles versées par l'administration était d'environ 30% de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant : CE 30 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest seine-et-marnais ; AJDA septembre 1999 p.714

SECTION II.

LE CONCOURS FINANCIER VERSE SANS CONTREPARTIE EQUIVALENTE POUR LA COLLECTIVITE VERSANTE

2.1. LA DEPENSE PUBLIQUE DE TRANSFERT ENGAGEE EN APPLICATION DE DISPOSITION LEGISLATIVE OU REGLEMENTAIRE

Les transferts effectués sur procédure d'instruction sont des concours financiers attribués sur critères d'éligibilité ou sur une base discrétionnaire par une autorité publique.

Parmi les aides sur critère, il existe plusieurs types de concours qui prennent la forme d'aides liées à des dispositifs sociaux ou économiques, **de prix de journée, de dotation globale ou de forfait**

◆ CES CONCOURS FINANCIERS NE SONT PAS DES SUBVENTIONS.

Les interventions publiques désignées sous l'appellation de prix de journée, forfait journalier ou dotation globale de fonctionnement recouvrent :

► D'une part, des **dispositifs réglementés de contrôle des prix** de services d'intérêt général (établissement sanitaire, social ou des secteurs judiciaires, notamment) offerts à un public déterminé. L'intervention de l'autorité administrative est destinée à fixer, à l'issue d'un contrôle des propositions budgétaires du service, un prix opposable à la fois aux usagers et aux organismes tiers payants, notamment la sécurité sociale, l'aide sociale, les assurances complémentaires, etc.

► D'autre part, une **prise en charge**, conditionnelle, sous forme de tiers payant notamment, des prestations servies ou fournies par une institution en général autorisée ou/et habilitée à une personne qui répond à des conditions légales d'admission.

► Ces formes de financement public (ou privé : sécurité sociale, mutuelle de santé) désignées sous l'appellation de prix de journée, forfait journalier, dotation globale ne sont pas dans le champ des « subventions » au sens strict du terme. Elles s'analysent comme un système de tarification de prestations de santé ou sociales.

La circonstance que, dans le cas l'aide sociale, l'aide soit versée par la collectivité publique non pas directement à la personne mais à un organisme tiers qui fournit une prestation au bénéficiaire ne modifie pas la qualification juridique de cette aide²⁵.

► Dans la comptabilité du bénéficiaire, le produit des tarifications (dotation globale, prix de journée...) est imputé au crédit d'une subdivision du compte 73 " Dotations et produits de tarification ".

Cette imputation montre bien la nature spécifique de cette catégorie de financements dont l'origine peut être publique ou privée, puisqu'il peut s'agir d'une prise en charge d'une mutuelle ou d'une société d'assurance.

Conseil d'Etat, 6 juillet 1994, n°110494
Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes sur les prix de journée « (...) eu égard à l'objet de cette association et au caractère particulier des fonds publics ainsi perçus, qui ne sont pas des subventions de fonctionnement mais la contrepartie de services rendus par les établissements gérés par elle, le préfet a, en l'espèce, fait une inexacte application des dispositions précitées ; (...) »

Exemple de classification comptable pour les établissements sociaux et médico-sociaux:
731 Produits des tarifications relevant du I de l'article L. 312-1 du CASF. 7311 Forfait global de soins (article 5 loi APA). 7312 Prix de journée hébergement (établissements relevant du 5° du I de l'article L. 312-1 du CASF). 7313 Prix de journée (établissements relevant du I de l'article L. 312-1, sauf le 5°). 7315 Forfait de soins SSIAD.

Exemple : Les établissements spécialisés, visés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, sont autorisés après avis du comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale et financés par dotation globale en application du décret n° 2006-422 du 7 avril 2006 relatif à la gestion budgétaire, comptable et financière, et aux modalités de financement et de tarification des établissements sociaux et médico-sociaux et des lieux de vie et d'accueil (articles R. 314-1 et suivants du CASF).

²⁵ Voir Cour des comptes, Arrêts, jugements et communications des juridictions financières, 1998 (p. 240) et 2000 (p.266-268)

2.2. LE CONCOURS FINANCIER VERSE

SANS CONTREPARTIE EQUIVALENTE POUR LA COLLECTIVITE VERSANTE

Les transferts effectués sur procédure d'instruction peuvent être aussi des concours financiers attribués sur une base discrétionnaire (sur avis) par une autorité publique. Ils répondent à des conditions fixées préalablement par l'autorité administrative ou elles ont un caractère purement discrétionnaire. Ils prennent la forme d'un concours en nature ou d'un concours monétaire²⁶.

Parmi les concours monétaires figurent les subventions qui peuvent être attribuées pour le financement de projets d'investissement ou pour le financement d'actions spécifiques ou de frais de structure. Ces subventions doivent concourir à la mise en œuvre d'une politique d'intérêt général.

A. Distinction entre prestations en nature et subventions

▶ Les concours ou avantages en nature peuvent être directs ou indirects et réalisés par le moyen d'une mise à disposition de moyens : locaux, biens divers, prêt à taux gratuit, garantie d'emprunt etc. ou d'agents publics (décret n° 85-986 du 16 septembre 1985). Ils peuvent être dénommés prestations en nature.

▶ Le code général des collectivités territoriales distingue, au regard des règles de transparence et de publicité des comptes, les prestations en nature et les subventions.

Ainsi, l'article L. 2313-1 du CGCT dispose que « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, les documents budgétaires, sans préjudice des dispositions de l'article L. 2343-2, sont assortis en annexe (...) 2° De la liste des concours attribués par la commune aux associations sous forme de prestations en nature et de subventions ; (...) ». Ces dispositions ont d'ailleurs été expressément évoquées lors des débats parlementaires sur l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

▶ Ainsi, les prestations en nature ne semblent pas devoir être prises en compte notamment pour l'application du troisième alinéa de l'article 10 de la loi no 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui dispose que « **L'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée** »²⁷.

B. Les circulaires du Premier ministre du 1er décembre 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'Etat et les associations et du 24 décembre 2002 relative aux subventions de l'Etat aux associations.

▶ Ces circulaires ne visent pas expressément les avantages en nature dans leur champ d'application aussi bien pour l'application du seuil de 23 000 € que dans les procédures qu'elles édictent, qui ne font référence qu'aux montants des subventions versées ou sollicitées et au contrôle de « l'emploi des fonds reçus » que l'association doit pouvoir justifier.

▶ Il n'en va pas de même pour l'application du dernier alinéa de l'article 10 de la loi DCRA qui instaure des obligations de transparence et de publicité aux organismes bénéficiaires d'un concours financier public²⁸.

Il convient d'opérer une distinction entre les procédures d'attribution des subventions précisées par les circulaires du Premier ministre précitées et les obligations comptables des associations.

Les textes régissant le contrôle des concours financiers de l'Etat visent de manière générale l'ensemble des aides perçues directes ou indirectes.

Ainsi, en particulier, tous les avantages en nature doivent être évalués et pris en compte dans le cadre des obligations comptables des associations et pour l'établissement de leur compte rendu financier, compte d'emploi, rapport d'activité et / ou d'évaluation..

S'agissant des obligations en matière de transparence et de publicité qui s'appliquent aux organismes sans but lucratif en général, la Cour des comptes a une interprétation extensive de la notion de subvention et prend en compte l'ensemble des aides publiques directes ou indirectes. Voir également sur cette question la Directive européenne D85/413/CEE du 24 juillet 1985.

▶ **Conseil d'Etat n° 155970 Lecture du 25 septembre 1995**, L'Association Connaître et informer pour valoriser l'importance des citoyens : « Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition de la loi du 11 juillet 1979 n'imposait la motivation desdites décisions refusant la subvention sollicitée ; qu'en particulier, l'attribution d'une subvention ne constitue pas un droit pour les personnes remplissant les conditions légales pour l'obtenir ;
« Considérant, en second lieu, que, contrairement à ce que l'association (CIVIC) soutenait à titre principal, le conseil général de la Loire avait établi des critères et des priorités pour accorder des subventions ; qu'en estimant que l'activité de l'association (CIVIC) ne correspondait pas à ces critères et à ces priorités, le conseil général n'a pas fondé ses décisions sur des faits matériellement inexacts et n'a commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation. »
▶ Versement conditionnel d'une subvention par une collectivité publique
« Lorsqu'une collectivité locale choisit de subventionner l'organisation d'une manifestation par une association régie par la loi de 1901, elle peut décider de subordonner le versement de la subvention à la réalisation totale ou partielle d'une opération donnée ou à la présentation d'éléments de justification de certaines dépenses. Dans ce cas, l'association ne pourra percevoir les subventions attendues avant d'avoir fourni à la collectivité les justifications réclamées par cette dernière. Aucune possibilité d'avance sur les subventions à recevoir n'est alors envisageable. Les collectivités locales ne sont en effet pas autorisées à effectuer des opérations de banque et notamment des avances de trésorerie. Cependant, les collectivités locales sont libres de décider le versement d'une subvention, soit totalement, soit partiellement avant que l'opération ou la manifestation subventionnée n'ait été réalisée. Des lors, une décision individuelle d'attribution prise par délibération de l'assemblée délibérante permettra le versement de la subvention à l'association. – cf. réponse ministérielle à la question écrite N 27126 publiée au JOAN le 27/11/1995 page 5046 »

²⁶ « (les) versements sur procédure d'instruction sont attribués à des bénéficiaires publics ou privés pour financer des actions ou des projets déterminés. Ils sont alloués sur la base d'une instruction de dossier par une autorité administrative compétente. Les éléments constitutifs de la demande sont définis par les textes qui les instituent. Ils sont versés directement au bénéficiaire final par les services administratifs de l'Etat ». Recueil des normes comptables de l'Etat annexé à l'arrêté du 21 mai 2004 précité.

²⁷ L'article 1^{er} du décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques prévoit que « L'obligation de conclure une convention, prévue par le troisième alinéa de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, s'applique aux subventions dont le montant annuel dépasse la somme de 23 000 Euros. »

²⁸ Art. L. 612-4 code de commerce : « Toute association ayant reçu annuellement des autorités administratives, au sens de l'article 1er de la loi du 12 avril 2000, ou des établissements publics à caractère industriel et commercial une ou plusieurs subventions dont le montant global dépasse un seuil fixé par décret doit établir des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe dont les modalités d'établissement sont fixées par décret. Ces associations doivent assurer, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, la publicité de leurs comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes. » Le décret n° 2006-335 du 21 mars 2006 fixe le montant des subventions et des dons reçus à partir duquel les associations et les fondations sont soumises à certaines obligations par renvoi au premier alinéa de l'article L. 612-4 du code de commerce (seuil de 153 0000 €)

2.3. LA NOTION DE SUBVENTION POUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 10 DE LA LOI N° 2000-321 DU 12 AVRIL 2000

a) Distinction des aides et des subventions pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA)

En première lecture à l'Assemblée nationale l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 mentionne « les aides ou subventions », introduisant une distinction entre ces deux notions, l'une étant d'acceptation large, l'autre plus restreinte. Le Parlement a eu à cette occasion une interprétation volontairement étroite de la notion utilisée, préférant à une proposition extensive du dispositif prévu en première lecture (A.N.) visant : « les aides ou subventions publiques », une rédaction plus circonscrite dans le texte finalement voté (« subvention ») qui désigne spécifiquement les CONTRIBUTIONS FINANCIERES VERSEES SOUS FORME MONETAIRE A UNE ASSOCIATION OU TOUT AUTRE ORGANISME BENEFICIAIRE.

b) Les subventions pour des projets d'investissement

Elles sont régies notamment, s'agissant de l'Etat, par le décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement. Elles ont pour objet « la réalisation de projets d'investissement matériel ou immatériel, pour la mise en œuvre d'une politique d'intérêt général ».

La subvention doit être affectée directement à l'acquisition d'une immobilisation. Ne sont pas considérés comme des subventions d'équipement les versements destinés à financer des remboursements d'emprunts contractés pour l'acquisition d'une immobilisation ou pour couvrir les charges d'amortissement de celles-ci. Le versement de la subvention est effectué sur justification de la réalisation du projet et de la conformité de ses caractéristiques avec celles visées par la décision attributive²⁹.

c) Les subventions attribuées pour le financement d'une action spécifique ou du fonctionnement général de l'association

Le groupe de travail présidé en 2005 par M. Jean-François COLLINET a adopté la définition suivante de la subvention : « *Qu'elle s'accompagne ou non d'une convention, la subvention constitue une contribution financière de la personne publique, accordée à la demande du bénéficiaire et justifiée par des considérations relevant de l'intérêt général, sans que cette contribution constitue le prix d'une prestation de services ou d'une fourniture de biens directement apportée à la personne publique.*

La subvention peut être allouée globalement pour contribuer au financement de l'activité de l'organisme subventionné, ou répondre à un besoin spécifique correspondant à un objet précis, conçu et mis en œuvre par le bénéficiaire. Ce projet peut lui-même porter sur une opération d'investissement ou sur une action en lien avec les politiques et l'utilité publiques. Dans tous les cas, le régime juridique et financier de la subvention ne relève pas du code des marchés publics. Il est déterminé par les dispositions réglementaires le régissant, complétées, le cas échéant, par les stipulations contractuelles liant le bénéficiaire et la personne publique. »³⁰

d) La décision d'attribution des subventions

▶ Concernant les subventions attribuées par l'Etat, la notification peut intervenir soit par la voie d'un arrêté attributif, soit par la voie d'une convention avec l'organisme bénéficiaire.

▶ S'agissant des collectivités territoriales : Afin de faire cesser des interprétations divergentes autour de la décision d'attribution des subventions, la réforme de l'instruction budgétaire et comptable M14 a permis de clarifier le régime de versement des subventions. Ce régime défini à l'article L.2311-7 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) est applicable aux départements par renvoi de l'article L.3312-7 du CGCT et sera transposé aux régions à compter du 1^{er} janvier 2008.

Désormais, l'attribution des subventions peut prendre trois formes :

1. Une délibération distincte du vote du budget
2. Une individualisation au budget des crédits par bénéficiaire
3. Une liste des bénéficiaires annexée au budget dans un état spécifique

▶ Les deux dernières ne concernent cependant que les subventions dont l'attribution n'est pas assortie de conditions (résolutoires, suspensives...). Ces subventions doivent en outre être inférieures ou égales à 23 000 euros, les subventions supérieures nécessitant, sauf exception, la conclusion d'une convention adoptée par délibération de l'assemblée et définissant notamment la condition d'utilisation de la subvention attribuée.

L'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 précise que « l'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée. Cette disposition ne s'applique pas aux organismes qui bénéficient de subventions pour l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux prévues au livre III du code de la construction et de l'habitat ». Ce seuil a été fixé à 23 000 € par le décret no 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi no 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques. Toutefois, une convention peut être signée quelque soit le montant, lorsqu'elle apparaît comme le mode le plus adapté de formalisation de la décision d'attribution de subvention.

▶ **Définition** proposée par la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (J.O n° 179 du 4 août 2006 page 11665): la subvention constitue : « *une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agit 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 (...)* ».

Pour les aides versées par les institutions publiques aux organismes d'intérêt général, dont les activités se déploient en principe dans le secteur non marchand, la doctrine administrative tente d'une manière générale de proposer des définitions fondées sur l'origine du projet ou de l'action, la nature de la relation entre l'opérateur associatif et la collectivité qui finance (relation contractuelle, par exemple), la qualification de l'aide (prix, compensation financière, etc.)

Un concours financier des autorités publiques n'est pas une subvention tant qu'il ne confère pas un "avantage" acquis sans contrepartie directe ou équivalente.³¹

Les conventions confient d'une manière générale ou particulière une mission à une association, fixent le montant du concours de l'organisme public et en déterminent les modalités. En ce cas, le régime juridique et financier des subventions devrait s'appliquer, quelle que soit la dénomination du concours financier accordé

²⁹ Les circulaires du Premier ministre du 1er décembre 2000 et du 24 décembre 2002 excluent expressément les subventions d'investissement de leur champ d'application (ainsi que les financements inscrits au budget d'investissement des établissements publics).

³⁰ Il faut noter qu'en raison de la réforme des modes opératoires de l'administration engendrée par la loi organique relative aux lois de finances, l'administration devrait être désormais plus présente dans la finalisation de la conception d'un projet d'action qu'elle subventionnera. L'association devrait toutefois garder la maîtrise totale de l'impulsion et de la définition de l'action qu'elle cherche à faire subventionner.

³¹ L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC) de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) contient une définition du terme "subvention". La définition comporte trois éléments fondamentaux: 1) une contribution financière 2) des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre 3) qui confère un avantage.

SECTION III.

LES RISQUES JURIDIQUES ENCOURUS A L'OCCASION DE L'ENGAGEMENT D'UNE DEPENSE PUBLIQUE

3.1. LA NOTION DE MARCHÉ PUBLIC

LES RISQUES DE REQUALIFICATION

► **Contrat ayant pour objet de confier à une personne morale de droit privé l'exécution même du service public**

Cour administrative d'appel de Paris, 23 novembre 2004, n° 01PA02704, SARL Lutetia Hotel

« Considérant qu'à la demande du département des Hauts-de-Seine, la SARL LUTETIA HOTEL a assuré l'hébergement de familles en difficulté, bénéficiaires de l'aide sociale ; que, par suite, la SARL LUTETIA HOTEL doit être regardée comme ayant conclu, avec le département des Hauts-de-Seine, un contrat ayant pour objet de lui confier l'exécution même du service public consistant à assurer le logement des personnes démunies ; qu'il ressort des pièces du dossier que le département des Hauts-de-Seine s'est expressément engagé à prendre en charge les frais d'hébergement des familles placées par lui ; que la circonstance que les familles en cause auraient perçu l'aide sociale du département demeure sans influence sur l'étendue des obligations du département vis-à-vis de la SARL LUTETIA HOTEL ; que par suite la SARL LUTETIA HOTEL est fondée à soutenir que cette collectivité est tenue d'assurer cette prise en charge qui constitue la contrepartie de la mission de service public assurée par elle à la demande du département ».

► **Distinction entre marché public et délégation de service public : rémunération proportionnelle au service rendu ne laissant à la charge de l'association exploitante aucun risque financier :**

Cour Administrative d'Appel de Paris statuant au contentieux N° 00PA00879 Lecture du 27 avril 2004 : Considérant, en premier lieu, que la commune de Corbeil-Essonnes a confié l'exploitation du centre municipal de vacances Les **Léautiers** situé aux **Orres** à l'association **Proloisirs** afin d'y assurer des séjours de vacances à destination des enfants de la commune, ladite exploitation comprenant notamment l'utilisation, la gestion commerciale, l'entretien de l'équipement et la mise à disposition de fonctionnaires titulaires ; que la prestation ainsi fournie par l'association à la commune était, en application des stipulations de ladite convention, rémunérée par la commune qui garantissait à l'association un nombre de journées et lui versait une somme forfaitaire par enfant calculée selon le type de séjour, outre une somme forfaitaire pour la mise à disposition de fonctionnaires ; que cette rémunération proportionnelle au service rendu, qui ne laissait en outre à la charge de l'association exploitante aucun risque financier, constituait un prix versé par la commune en échange de prestations ; que la circonstance que les résultats de l'exploitation dudit centre aient également été liés à l'organisation de séjours de vacances pour des usagers extérieurs à la commune, auprès desquels l'association était autorisée à percevoir un prix destiné à la rémunérer, n'a pu donner audit contrat le caractère d'une délégation de service public et lui enlever son caractère de marché de droit public ; que, par suite, la conclusion de ce contrat était soumise, ainsi que le reconnaît d'ailleurs la commune de Corbeil-Essonnes, au respect des règles fixées par le code des marchés publics ; (...)

► **Un contrat de fourniture de services peut être qualifié de marché public même en l'absence de rémunération directe par la collectivité.**

Cour administrative d'appel de Paris, formation plénière, 26 mars 2002, n° 97PA03073, Société J.C. Decaux

Considérant en premier lieu que si le contrat litigieux emporte occupation du domaine public, il ne saurait pour autant être regardé dans son ensemble comme une simple concession domaniale, exercée à des fins exclusivement privatives et commerciales, dès lors qu'est absente l'une au moins des caractéristiques essentielles des contrats d'occupation du domaine public, la précarité, et qu'il vise également à fournir à la commune les moyens dont elle a besoin pour assurer les missions d'intérêt général susmentionnées ;

Considérant en second lieu qu'en l'absence de versement de redevances par les usagers de la voirie publique et de prise en charge directe de l'exploitation d'un service public, le contrat en cause ne peut davantage être regardé comme un contrat de concession ou de délégation de service public ;

Considérant en définitive que par sa nature et son objet, qui comporte la réalisation et la fourniture de prestations de service pour le compte de la collectivité locale, ledit contrat entre dans le champ d'application du code des marchés publics ; que si les prestations fournies par la société J.C. DECAUX ne donnent pas lieu directement au versement d'une rémunération par la commune, les avantages consentis par cette dernière du fait, d'une part, de l'autorisation donnée à cette entreprise d'exploiter, à titre exclusif, une partie des surfaces offertes par le mobilier urbain à des fins publicitaires et, d'autre part, de l'exonération de tout versement de redevance pour occupation du domaine public, doivent être regardés comme représentant le prix acquitté par la commune en contrepartie desdites prestations ; que, par suite, quelle que soit la qualification choisie par les parties et même s'il relève par ailleurs en partie du régime de la domanialité publique, l'avenant litigieux présente le caractère d'un marché public, soumis au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales ; (...)

La jurisprudence a admis que certaines prestations relevant de l'article 30 puissent être acquises 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 (Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, § 9.4.)

Voir sur cette question la décision du Conseil d'Etat, section du contentieux, 7e et 2e sous-sections réunies, n°s 264712, 265248, 265281, 265343, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres : « 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 1er du code.»

3.2 DELEGATION DE SERVICE PUBLIC ET ASSOCIATION AU SERVICE PUBLIC

Les risques de requalification

Face à un contrat liant une association à une collectivité territoriale, il faut se demander si les éléments de la définition légale de la délégation de service public sont réunis.

▶ Le premier est celui de l'existence d'une relation contractuelle. Cela signifie que toutes les habilitations unilatérales ne rentrent pas dans le champ de la loi MURCEF susvisée.

▶ Le deuxième repose sur la nature de l'activité. Toutes les missions de service public ne peuvent pas être prises en charge par le secteur privé et faire l'objet d'une délégation (exemple : la sécurité). En outre, une réponse ministérielle du 23 mars 2000 interdit à une collectivité d'avoir recours à une délégation de service public pour gérer son patrimoine immobilier locatif. La raison de cette prohibition tient à ce que seul le comptable public est habilité à encaisser les recettes de la collectivité.³²

▶ Le troisième élément est l'exigence d'une rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Dans son arrêt « *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais du traitement des ordures ménagères* » (SMITOM) du 30 juin 1999, le Conseil d'État a précisé que la part de recettes aléatoires, environ 30% de l'ensemble des recettes, était suffisante pour considérer que le risque d'exploitation était réel. Le Conseil d'État a procédé à une évaluation au cas d'espèce.

Cependant, ce pourcentage ne doit pas être considéré comme une valeur absolue.

Ni la jurisprudence, ni les textes n'ont défini un mode de calcul ou d'évaluation des risques d'exploitation au regard des résultats d'exploitation.

Il existe donc un risque de requalification a posteriori des contrats.

Comme l'indique une réponse ministérielle (JO, Débats AN, 5 mai 2003, question n° 7480 du 2 décembre 2002), « le critère de la rémunération apparaît donc comme étant d'application délicate si on retient une approche quantitative car il dépend finalement de l'appréciation du juge au cas par cas. ... En ce qui concerne le versement d'une subvention d'équilibre, le problème est plus délicat dans la mesure où cela peut avoir pour effet d'annihiler tout risque d'exploitation pris par le délégataire. Dans ce cas, le contrat peut être requalifié de marché public. Cependant, selon un arrêt récent, le versement d'une telle subvention est compatible avec la qualification de délégation de service public dès lors que ladite subvention est calculée en début d'activité à partir d'un budget prévisionnel théorique, et qu'il n'y a donc aucune certitude qu'elle couvre les besoins réels du cocontractant au fur et à mesure de la réalisation du contrat (CAA Marseille, 5 mars 2001, Préfet du Var). En revanche, si la subvention est calculée en fin d'exercice et assure une marge bénéficiaire au cocontractant, il convient d'en conclure que celui-ci ne prend aucun risque financier et que la convention n'est pas une délégation de service public. ».

La cour administrative d'Appel de Marseille a jugé le 5 mars 2001, dans deux arrêts relatifs à des conventions portant sur l'exploitation de lignes routières interurbaines, qu'un contrat dont le cocontractant supporte au moins 10% du déficit d'exploitation constitue une délégation de service public et qu'il en va de même d'un contrat dont le cocontractant perçoit une subvention plafonnée de la collectivité.

Ainsi, le tribunal administratif de Lyon (14 juin 2000, Sté Braytoise d'exploitation cinématographique, req. n° 9802569) a annulé la délibération de la ville de Saint-Etienne confiant à une association la gestion de salles de cinéma au titre d'une mission de promotion du cinéma en milieu défavorisé au motif que la rémunération de l'association gestionnaire était substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation.

Face à l'incertitude d'interprétation de cet élément, la notion de risque peut s'avérer utile et plus aisée pour emporter la qualification de délégation de service public. Dès lors qu'un risque est véritablement pris en charge par un organisme privé, on se trouve en présence d'une délégation de service public. (La Gazette des communes, des départements et des régions du 4/12/2000 page 67)

⇒ **La distinction entre la délégation et l'association au service public.**

◆ Il existe un risque de requalification de la relation entre l'association et la collectivité locale en délégation de service public, entraînant l'annulation de la procédure et l'obligation de se soumettre à un régime de passation particulier.

Il n'y a pas transfert de la gestion d'un service public à l'association, mais seulement concours à l'exécution du service public. Elle ne se voit donc pas transférer la gestion du service.

Une réponse ministérielle du 20 août 2000 concernant les régies de quartiers confirme la distinction entre l'association au service public et la délégation du service public. Selon cette réponse, " les associations dont les ressources sont principalement ou essentiellement constituées par des subventions doivent plutôt être considérées comme collaborant ou participant à un service public".
§ Tribunal des conflits N° 02087 du 6 novembre 1978

Attention :

Dès lors que l'activité en cause ne constitue pas un service public, la collectivité territoriale agit alors en tant qu'autorité domaniale, et non en tant qu'autorité délégante. Le contrat peut donc être qualifié de concession d'occupation du domaine public. A ce titre, il ne doit pas faire l'objet d'une procédure de délégation de service public. La jurisprudence a par ailleurs admis que des autorisations d'occupation du domaine public peuvent être assorties d'obligations de service public (Conseil d'État, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale). Dans l'arrêt Département du Rhône du 24 juillet 2003, la cour administrative d'appel de Lyon a même considéré que des sujétions pouvaient être imposées au cocontractant (menus adaptés à tous les usagers, horaires d'ouverture, etc.) sans pour autant emporter la qualification d'une délégation de service public.³³ Cf. aussi fiche précédente pour la requalification en marché public : Cour administrative d'appel de Paris, formation plénière, 26 mars 2002, n° 97PA03073, Société J.C. Decaux, décision confirmée par le Conseil d'État du 4 novembre 2005 § supra..

³² Un arrêt de la Cour administrative de Bordeaux (18 janvier 2000, Vigneau) admet que le remboursement par les propriétaires d'immeubles des dépenses de travaux de branchement soit délégué à une personne privée par la commune sur laquelle reposait l'obligation de leur raccordement au réseau public.

³³ Question N° : 45130 de M. Lachaud Yvan (Union pour la Démocratie Française - Gard) Réponse publiée au JO le : 26/10/2004 page : 8443

▶ **Cour administrative d'appel Paris - Arrêt n° 00PA00879 date 27/4/2004** - affaire commune de Corbeil-Essonnes c/ Association Proloisirs : « Considérant, en premier lieu, que la commune de Corbeil-Essonnes a confié l'exploitation du centre municipal de vacances ... à l'association ... afin d'y assurer des séjours de vacances à destination des enfants de la commune, ladite exploitation comprenant notamment l'utilisation, la gestion commerciale, l'entretien de l'équipement et la mise à disposition de fonctionnaires titulaires ; que la prestation ainsi fournie par l'association à la commune était, en application des stipulations de ladite convention, rémunérée par la commune qui garantissait à l'association un nombre de journées et lui versait une somme forfaitaire par enfant calculée selon le type de séjour, outre une somme forfaitaire pour la mise à disposition de fonctionnaires ; que cette rémunération proportionnelle au service rendu, qui ne laissait en outre à la charge de l'association exploitante aucun risque financier, constituait un prix versé par la commune en échange de prestations ; que la circonstance que les résultats de l'exploitation dudit centre aient également été liés à l'organisation de séjours de vacances pour des usagers extérieurs à la commune, auprès desquels l'association était autorisée à percevoir un prix destiné à la rémunérer, n'a pu donner audit contrat le caractère d'une délégation de service public et lui enlever son caractère de marché de droit public ; que, par suite, la conclusion de ce contrat était soumise, ainsi que le reconnaît d'ailleurs la commune de Corbeil-Essonnes, au respect des règles fixées par le code des marchés publics ; (...) »

▶ Dans son rapport de 2000, le Conseil d'Etat rappelle que la collectivité ne doit disposer d'aucun siège de droit, sous peine de voir l'association gestionnaire n'être qu'une fiction, avec un risque de requalification en régie irrégulière. C'est donc à une obligation de prudence que doivent se soumettre les associations et les collectivités.

▶ **La « délégation fiction »**

Dans son rapport de 2000 sur la loi de 1901 le Conseil d'Etat met en garde les associations contre ce qu'il appelle la « délégation fiction ». Il insiste ainsi sur le dernier critère de la délégation de service public, à savoir **le principe de non ingérence**. Or, de nombreuses associations ne disposent pas d'une réelle autonomie dans la gestion du service confié. Un rapport de 1996³⁴ met en évidence ce phénomène en montrant que les difficultés commencent lorsque l'autorité délégante fait partie de l'association délégataire (par exemple, un maire faisant partie du bureau de l'association). Dans ce cas, **l'association est transparente** à l'égard du délégant. On sera souvent en présence d'une régie irrégulière.

▶ **Cour Administrative d'Appel de Marseille statuant au contentieux N° 00MA02343 du 4 juillet 2005** : « l'attribution, par une collectivité publique, de subventions à un organisme chargé de la gestion d'un service public ne peut être légalement décidée qu'à la condition qu'ait été conclu, entre la collectivité publique délégante et cet organisme, une convention de délégation de service public prévoyant l'octroi de ces subventions et précisant l'incidence qu'elles sont susceptibles d'avoir sur les tarifs à la charge des usagers ; (...) »

³⁴ Conseil d'Etat : La responsabilité pénale des agents publics, 1996.

3.3. SUBVENTIONS

Les risques de requalification

▶ Contrats, conventions et subventions

Les subventions répondent normalement à l'initiative privée du projet. Si cette initiative émane de la collectivité, le juge **risque de requalifier** la subvention en délégation de service public ou en marché public. C'est une menace juridique considérable car cette requalification entraînerait l'annulation de la décision de signer la convention au motif que la procédure de passation imposée par la loi (pour les marchés publics comme les délégations de service public) n'a pas été respectée.

Concrètement, cela peut entraîner l'annulation du contrat par le juge du contrat et en conséquence, la nécessité d'assurer en régie l'exploitation du service public en attendant la passation régulière d'un nouveau contrat.

« En intercalant entre la catégorie juridique des subventions et celle des marchés publics un nouveau type de contrat, le législateur a suscité un double problème juridique tenant, d'une part, à l'insertion de ces *conventions d'objectifs* créées par la loi de 2000 dans la théorie des contrats administratifs et ouvrant, d'autre part, la voie à l'apparition d'un véritable risque de requalification des subventions en marchés publics³⁵ ou en délégations de service public³⁶. [...] Ces incertitudes peuvent être levées en donnant une pleine application à la notion de contrats unilatéraux³⁷ [...]. Ce qui diffère [...], c'est la cause : dans un cas, c'est l'intention d'acquérir un bien ou un service, que l'on a soi-même défini ; dans l'autre, c'est la volonté d'aider à la réalisation d'une situation que l'on n'a pas définie, ni même parfois envisagée, mais que l'on a intérêt à voir se réaliser.³⁸ »

▶ Tribunal administratif de Nice du 24 février 2006, 1^{ère} chambre *M JF KNECHT c/ Commune de Nice* N°0105008, [distinction entre convention de subvention et convention de délégation de service public] : La convention prévue par l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a pour objet de définir le montant et les conditions d'utilisation des subventions qui dépassent un certain seuil et sont attribuées par les autorités administratives à des organismes de droit privé. Elle se distingue d'une délégation de service public en ce qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de l'organisme de droit privé en cause l'organisation, la gestion et le fonctionnement d'un service public. La convention signée entre la commune de Nice et l'Académie internationale d'été prévoyait principalement l'attribution par la commune d'une subvention annuelle d'un montant de 145 000 euros, en contrepartie d'un engagement de l'association à organiser à Nice d'une part des stages de formation et de perfectionnement et d'autre part des concerts. Les engagements réciproques des deux parties à la convention ne concernaient donc que les conditions d'utilisation de la subvention attribuée par la ville à cette association, qui existait avant tout financement communal et dont l'activité restait par ailleurs indépendante de celle de la commune. Une telle convention ne constitue donc pas une délégation de service public.

▶ Gestion d'une mission de service public : convention [Conseil d'Etat statuant au contentieux, 8 juin 1994, N° 143272, Arsenal] :

« Considérant que par une délibération en date du 29 mai 1987, le conseil municipal de Metz a décidé d'adhérer à l'association "Arsenal" chargée de promouvoir un lieu de rencontres, de concerts et spectacles sur le site de l'ancien arsenal Ney, adopté le projet de statuts de cette association et désigné cinq représentants pour y siéger ; que, par deux autres délibérations du même jour, il a accordé une subvention de 1,2 million de francs à ladite association et approuvé la mise à sa disposition par la ville des immeubles communaux concernés ; (...) Considérant, en premier lieu, que le recours à une association pour gérer les activités sus définies qui correspondent à une mission de service public, dès lors notamment que les droits et obligations de l'association "Arsenal" se trouvent strictement définis par une convention prévoyant un contrôle étroit et permanent de la ville de Metz sur les activités et les comptes de ladite association, ne peut être regardé comme illégal en lui-même, ni comme de nature à entraver le contrôle des élus sur l'emploi des fonds publics y affectés ; (...) »

▶ Distinction subvention / contrat de prestation de services fondée sur le caractère unilatéral d'une subvention, même si celle-ci s'appuie sur une convention et l'absence de contrepartie directe pour la collectivité.

« Considérant qu'il ressort du dossier que, selon ses stipulations et sans qu'y puisse faire obstacle la clause indiquant que, hors le cas de résiliation à l'initiative de l'éleveur pour cause de force majeure, toute résiliation entraînera le remboursement total ou partiel des indemnités antérieurement perçues, cette convention n'a pas le caractère d'une convention de subvention unilatérale à raison de laquelle le seul fait pour le G.A.E.C. L'Aurier, bénéficiaire de l'aide, de ne pas remplir ou de remplir partiellement seulement l'une de ses obligations, impliquerait la résolution rétroactive du contrat et la restitution de l'intégralité des sommes versées par l'Etat depuis l'origine **mais se présente, compte tenu des exigences et obligations respectives des parties qui y sont stipulées, comme une convention de prestation de services, l'aide de l'Etat devant y être regardée comme constituant en réalité le prix rémunérant ladite prestation...** »³⁹

▶ Sur la responsabilité d'une personne publique à l'égard d'une association qu'elle subventionne :

Cour administrative d'appel de Marseille, 1 mars 2004, n° 00ma01437, Centre d'animation lodévois - maison des jeunes et de la culture. « [...] Sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droit, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois à compter de la date à laquelle elle a été prise... »

Ainsi une délibération d'un conseil municipal allouant explicitement une subvention à un organisme est définitive et ne peut plus être retirée, même partiellement par une autre délibération sauf si le droit a été acquis par fraude ou si la subvention a une affectation particulière et que le paiement a été subordonné à la réalisation de conditions ou d'engagements, notamment contractuels, précisément définis.

Dans le même sens : Conseil d'Etat du 5 décembre 2005, *département de la Dordogne* ; Conseil d'Etat, 16 février 2005, n°257253, *Commune de Sarreguemines* ; Conseil d'Etat, 11 janvier 2006, n°264023, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du département de l'Indre* ; Cour administrative d'appel de Bordeaux du 18 février 2003, *Association départementale d'éducation et de prévention spécialisée* n°99BX02059 (AJDA 30 juin 2003, p. 1276) ;

³⁵ NB : sur ce risque, voir notamment *La contractualisation des subventions publiques – incidences fiscales* (É. Gintrand et G. Gouaislin, Droit administratif – Éditions du Juris-Classeur, mai 1998) et *Éléments essentiels du droit des subventions publiques* (J.-M. Peyricol, La Gazette, 6 mars 2000).

³⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 40 et suivants. § « Les risques de requalification des subventions aux associations en marché public ou en délégation de service public » 'D. MOREAU, AJDA 2002, P.902.

³⁷ « Ceux dans lesquels, sans que soit stipulée une véritable contrepartie au versement de la subvention, l'État encourage une activité dont l'existence, pour des raisons qui lui sont propres, est de nature à faciliter l'exécution de ses propres missions. »

³⁸ Conclusions de M. J.-J. Louis, commissaire du gouvernement, sur CAA Marseille, 1^{er} mars 2004 (Bulletin juridique des contrats publics, n° 38, janvier 2005).

³⁹ Cour administrative d'appel Marseille, arrêt n° 99ma02079, date 1/3/2004, affaire Groupement agricole d'exploitation en commun l'Aurier.

▸ Distinction subvention / contrat de prestation de services par le lien direct entre le financement et les opérations

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le "Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais" (CODIAC) est une association de la loi du 1er juillet 1901 qui a pour objet l'étude et la promotion de toute action propre à favoriser l'expansion économique de la région du Choletais ; qu'à ce titre, il recherche des activités nouvelles, étudie des implantations industrielles et organise l'accueil des entreprises ; qu'il coordonne l'activité des organismes qui poursuivent le même but ; qu'il assiste également les communes du Choletais qui ont une zone industrielle ; qu'enfin, il met en oeuvre des actions d'information destinées à faire connaître les possibilités industrielles et agricoles du Choletais ; que, pendant la période d'imposition, qui s'étend du 1er janvier 1979 au 31 décembre 1981, le budget du Comité, qui ne facturait pas ses actions aux entreprises ni aux communes, a été alimenté exclusivement par des subventions versées par la ville et la chambre de commerce et d'industrie de Cholet ; **que ces contributions, fixées globalement par celles-ci en fonction des perspectives générales d'action du comité, ne correspondaient pas à des prestations de services individualisées au profit de la ville et de la chambre de commerce et d'industrie de Cholet et étaient donc sans relation nécessaire avec les avantages immédiats que la collectivité locale et l'établissement public pouvaient retirer des actions du comité ; que, dès lors, et en l'absence d'un lien direct entre le montant des contributions versées au comité et les opérations réalisées par lui, ce dernier ne peut être regardé comme ayant effectué de façon générale des prestations de services à titre onéreux au sens des articles 256 et 256 A précités du code général des impôts ;**

« Considérant, toutefois, qu'au cours de la période dont l'imposition est en litige, le comité pour le développement industriel et agricole du choletais a passé avec la ville de Cholet une convention particulière qui lui confiait la réalisation pour le compte de cette dernière d'une étude précisément déterminée et qui prévoyait qu'une rémunération spécifique de 510 000 F lui serait versée ; que cette activité constitue une prestation de services effectuée à titre onéreux au sens de l'article 256 du code général des impôts et doit donc être soumise à la taxe sur la valeur ajoutée ; qu'elle n'est exonérée ni par les dispositions de l'article 256 B du même code qui prévoit, sous certaines conditions, le non-assujettissement des personnes morales de droit public pour l'activité de leurs services administratifs ou culturels, ni par celles de l'article 261-7-1° qui exonèrent les services rendus par les organismes à but non lucratif et les oeuvres à caractère social et philanthropique ; (...)

Conseil d'État, 6 juillet 1990, N° 88224 Comité pour le développement industriel et commercial du Choletais – CODIAC.

▸ Association transparente et gestion de fait

Selon l'article 11 du décret n°62-1587 du 29 décembre 1962, les comptables publics sont seuls chargés du paiement des dépenses publiques et du maniement des fonds publics. La gestion de fait se caractérise par l'absence d'habilitation de la personne ayant détenu ou manié des fonds publics. L'article 60-XI de la loi du 23 février 1963 en établit les critères :

- l'absence d'habilitation : personne qui n'a pas la qualité de comptable public ou qui n'agit pas sous le contrôle et pour le compte d'un comptable public ;
- la détention ou le maniement direct ou indirect de fonds ou valeurs irrégulièrement extraits de la caisse d'une personne publique dotée d'un comptable public. Les fonds ou valeurs ne perdent pas, dans ce cas, leur qualification de deniers publics et les comptables publics ont une compétence exclusive pour les détenir ou les manier. C'est pourquoi l'association qui est amenée à les manipuler (même pour le compte de l'État) devient gestionnaire de fait.

Le risque de gestion de fait sera d'autant plus grand que l'association présente un caractère transparent, c'est-à-dire qu'elle peut être assimilée à un démembrement ou à un simple prolongement de la collectivité. Les fonds publics attribués à une association à travers le vote d'une subvention ne perdent en effet le caractère de denier public que si la subvention est conforme à l'objet associatif et si l'association dispose d'une existence juridique et bénéficie d'une autonomie vis-à-vis de la collectivité qui la subventionne. A défaut, les fonds versés à l'association ne perdent pas leur caractère de deniers publics.

Les auteurs de gestion de fait sont déclarés comptables de fait par le juge des comptes, qui démontre que l'utilisation des fonds mis à disposition relève en réalité de la décision de la personne publique versante. Cette qualification met à leur charge les mêmes obligations et responsabilités que celles supportées par les comptables publics.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 8 juin 1994, ci-après) et de la Cour des comptes (Cour des comptes, 24 septembre 1987, association Madine Accueil), un encadrement des rapports entre la collectivité et l'association permet de prévenir le risque de gestion de fait, les droits et obligations de l'association devant être strictement définis dans une convention prévoyant un contrôle étroit et permanent de la collectivité concernée. Pour pallier le risque de gestion de fait, la Cour des comptes, dans son rapport public pour l'année 1995, a préconisé « l'existence et le respect de conventions définissant de façon claire les obligations et les responsabilités des deux parties, garantissant la nécessaire autonomie de l'association et la surveillance que la collectivité doit exercer sur les conditions d'exécution d'une mission d'intérêt général financée par des fonds publics ».

Toutefois, l'organisme qui reçoit la subvention, sans être transparent, peut être également privé d'autonomie pour ce qui concerne uniquement l'utilisation de la subvention du fait des clauses de la convention de subvention. Dès lors, les fonds conservent le caractère de deniers publics pour le maniement desquels la convention ne constitue pas un titre suffisant, entraînant ainsi la qualification de gestion de fait (Cour des comptes, 11 septembre 2003, Fondation d'Aguesseau)

▸ Dans son rapport pour l'année 2000 (1^{ère} partie, chapitre II, section 3, **Étude sur l'intervention des associations dans le domaine des politiques sociales**) la Cour des comptes écrit : « Pour ce qui est des contrôles pouvant être conduits par la Cour, les ambiguïtés de la notion d' « association administrative » doivent être levées à la lumière tant de la jurisprudence de la Cour que de celle du Conseil d'État. Il peut exister, en effet, des associations alimentées presque totalement par des ressources publiques qui assument des missions de service public, sans que s'applique la jurisprudence de la gestion de fait qui s'attache aux organismes dont l'autonomie n'est qu'une fiction. Paraît décisif à cet égard que l'association avec laquelle il est traité ait une existence réelle, une consistance et une légitimité non contestables, qu'elle dispose d'une autonomie véritable qui lui permette d'apporter une valeur ajoutée spécifique à l'action administrative, que les clauses de la convention conclue avec l'État assurent un équilibre financier satisfaisant des opérations subventionnées et qu'elles reçoivent une exacte application. »

▸ Cour administrative d'appel de Paris, 20 avril 2005, n° 02PA02193, Commune de Boulogne-Billancourt

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt a été créée en vue d'assurer, pour le compte de la Commune de Boulogne-Billancourt, la gestion de la patinoire et de la piscine municipales ; que cette association était, jusqu'au 28 février 1996, administrée par un conseil d'administration composé de 13 membres dont 11 membres de droit appartenant au conseil municipal de Boulogne-Billancourt ; que plus de la moitié de ses ressources était constituée par des subventions municipales ; qu'enfin, la commune exerçait un contrôle prépondérant sur les modalités de fonctionnement des équipements sportifs gérés par l'association ; que, dans ces conditions, ladite association doit être regardée, en dépit de sa forme juridique, comme ayant la nature d'un service de la commune.»

SECTION IV.

LES AIDES D'ETAT

4.1. LES AIDES D'ETAT

A. L'Union européenne distingue deux champs de services publics :

- les services publics non marchands (SIG), pour lesquels elle ne se reconnaît aucune compétence et qu'elle laisse donc à la compétence exclusive des Etats membres et de leurs pouvoirs locaux ;
- les services publics marchands (SIEG), dont elle affirme la spécificité dans le droit primaire européen en regard notamment des règles de la concurrence et du marché intérieur. »

Seule la première catégorie est exemptée des règles relatives aux aides d'Etat.

Le Traité reconnaît aux Etats la liberté de définir des missions d'intérêt général et d'en établir les règles d'organisation, sous la condition que cette liberté s'exerce dans la transparence (Directive D 85/413/CEE du 24 juillet 1985) et de respecter notamment le principe de non discrimination et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. A l'occasion de l'arrêt du 27 septembre 1988 (État belge contre René Humbel et Marie-Thérèse Edel.) la Cour précise ainsi, à propos de services de caractère éducatif, que : "selon l'article 60, alinéa 1, du Traité ne sont comprises dans le chapitre concernant les services que les prestations fournies normalement contre rémunération".

Pour la Cour de Justice « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (Pavel Pavlov / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C 180 – 184/98).

Selon une communication de la commission sur les services sociaux d'intérêt général (1)

« les services sociaux d'intérêt général présentent les caractéristiques suivantes : Un fonctionnement sur la base du principe de solidarité requis par la non sélection des risques ou l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations ; un caractère polyvalent et personnalisé intégrant les réponses aux besoins nécessaires pour garantir les droits fondamentaux et protéger les personnes vulnérables ; l'absence de but lucratif ; la participation de bénévoles et de volontaires ; une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation de type fournisseur – consommateur requérant en principe la participation d'un tiers payant (...) »

B. Le Traité instituant la communauté européenne : L'article 87 du Traité pose le principe d'incompatibilité des aides d'Etat avec le marché commun :

« Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions » Ce principe, posé dans le premier paragraphe, est complété, dans les paragraphes 2 et 3, par une liste limitative d'aides compatibles de plein droit et une liste non exhaustive d'aides pouvant être considérées comme compatibles. Les aides accordées aux entreprises assurant une mission de service public ne sont pas mentionnées dans ces listes.

De son côté, l'article 86, paragraphe 2, prévoit : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

C. Définition des aides d'Etat

Au regard de l'article 87- du traité UE, les aides d'Etat sont caractérisées par quatre critères :

- l'octroi d'un avantage sous quelle que forme que se soit,
- au moyen de ressources d'Etat,

- favorisant certaines entreprises ou productions, Faussant ou menaçant de fausser la concurrence

Tout avantage versé à un acteur économique **agissant dans le secteur concurrentiel** relève d'une aide d'Etat dès lors qu'il réunit ces quatre critères.

La notion d'aide recouvre l'ensemble des avantages, directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises, notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux, quelles que soient leurs formes, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, (...)

D. L'article 88 du traité fait obligation, en son paragraphe 3, de notification préalable. Le manquement à cette obligation expose l'Etat à un risque d'illégalité de l'aide quand bien même celle-ci pourrait être déclarée compatible.⁴⁰

Sauf indication contraire dans tout règlement pris en application de l'article 89 (ex-article 94) du traité ou de toute autre disposition pertinente de ce dernier, tout projet d'octroi d'une aide nouvelle doit être notifié en temps utile à la Commission par l'Etat membre concerné, qui est obligé de fournir tous les renseignements nécessaires pour permettre à la Commission de prendre une décision.

Toute aide devant être notifiée n'est mise en exécution que si la Commission a pris, ou est réputée avoir pris, une décision l'autorisant (clause de suspension). La notification doit être effectuée au moyen d'un formulaire de notification figurant à l'annexe I, partie I, du règlement (CE) n° 794/2004 (PDF). À partir du 1er janvier 2006, les notifications sont transmises électroniquement, sauf accord de la Commission et de l'Etat membre notifiant.

« *Tableau de bord des aides d'Etat. Mise à jour du printemps 2005* », COM (2005) 147 final.

Sur la notion d'intérêt général : NOT. Rapport du Conseil d'Etat : « Service public, services publics : déclin, reconnaissance », 1994 ; Didier TRUCHET, « Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat » LGDJ, 1977.

Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général (SEC 2006- 516 du 26 avril 2006)

Rapport d'information « le financement des services d'intérêt général » présenté par MM. Bernard Derosier et Christian Philip, n° 2619 Assemblée Nationale - 26 octobre 2005

⁴⁰ L'obligation de notification préalable ne concerne pas les aides « de minimis » limitées à 200 000€ sur 3 ans par bénéficiaire et les aides répondant aux critères d'exemption (PME, emploi/formation et petits SIEG).

4.1 LES AIDES D'ETAT (SUITE)

► **Le défaut de procédure de notification peut être lourd de conséquences** : Ainsi, la décision de la Commission européenne⁴¹ relative au CELF (centre d'exportation du livre français) : « *L'aide accordée au CELF pour le traitement des petites commandes de livres d'expression française est une aide au sens de l'article 87.1 du traité. Étant donné que le gouvernement français a omis de notifier cette aide à la Commission avant de la mettre en œuvre, celle-ci a été octroyée illégalement. L'aide est cependant compatible du fait qu'elle remplit les conditions pour bénéficier de la dérogation prévue à l'article 87.3.d dudit traité.* »

► **La notion de « compensation de service public »** Elle correspond au troisième critère de l'arrêt Altmark : « *la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* »⁴². A la suite du livre blanc sur les services d'intérêt général, la commission européenne a élaboré un projet de décision, un projet de directive et un document de travail sur un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public furent transmis aux Etats membres et au Parlement européen. **Ces trois textes, connus sous l'appellation de « paquet Monti »** ou de « paquet Altmark » (par référence à un important arrêt de la Cour de justice dans ce domaine) ont été adoptés par le collège des commissaires le 13 juillet 2005. Ils constituent l'un des volets du plan d'action dans le domaine des aides d'Etat, récemment présenté par la Commission.

En effet, il ne suffit pas que l'autorité administrative prenne en charge de manière conditionnelle des prestations de services. Encore faut-il que cette prise en charge corresponde à une prestation bien réelle et définie et qu'elle soit compensée de manière juste dans le cadre d'une comptabilité transparente et séparée selon un mode analytique. Toute entreprise en charge à la fois de la gestion d'un SIEG et d'autres activités sont également soumises à des règles de transparence de leurs comptes (**obligation de tenir des comptes séparés**)

► Les interventions des autorités publiques en faveur de l'éducation, y compris la formation professionnelle, ne remplissent en général pas les critères pour être considérées comme des aides favorisant certaines entreprises ou certaines productions au sens de l'article 87 paragraphe 1 du traité, le financement de la qualification et de la requalification professionnelles faisant partie des tâches traditionnelles des États membres au profit des travailleurs. Cependant, lorsqu'il s'agit d'actions de formation spécifiques, sortant du système général d'éducation et de formation professionnelle et correspondant aux besoins particuliers d'une certaine entreprise, d'un secteur ou d'une région, l'intervention des autorités publiques dans les coûts de telles formations peut constituer une aide au sens de l'article 87 paragraphe 1 du traité. (91/930/CEE)

► **Concernant les délégations de service public (DSP)**, on peut utilement se référer au cas du Bioscope⁴³, musée de découverte scientifique, financé par la Collectivité et dont l'opérateur est une entreprise privée (le musée Grévin) qui en retire un « bénéfice raisonnable » en référence à la quatrième condition de l'arrêt Altmark. Toutefois, l'arrêt Altmark n'a pas été retenu au cas d'espèce. Néanmoins, l'absence de surcompensation a permis à la Commission européenne de conclure que l'aide en cause était compatible avec le Traité sur la base d'une DSP qui n'est pas forcément un « service d'intérêt économique général - SIEG. »

Sur cette question

► **Circulaire du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises (J.O n°26 du 31 janvier 2006, page 1602)**

⁴¹ Décision de la Commission du 10 juin 1998 (JO L44 du 18 février 1999)

⁴² Les autres critères de l'arrêt Altmark sont : l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ; les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ; lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

⁴³ Décision de la Commission du 8 septembre 2004 publiée JO L 135 du 28 mai 2005 p. 21

4.2. LES AIDES D'ETAT

LES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES

Principe :

Tout projet de financement public à des entreprises doit être notifié à la Commission européenne et approuvé par elle préalablement à sa mise en œuvre (i.e. à la publication de sa base juridique). Au cours de son analyse, la Commission vérifie que ces mesures ne risquent pas de créer des situations de distorsions de concurrence.

Exceptions à l'obligation de notification :

- aides constituant des mesures générales, applicables à toutes les entreprises, quels que soient le secteur d'activité et la localisation
- aides entrant dans le cadre de régimes couverts par une autorisation de la Commission
- aides respectant tous les critères d'un des règlements d'exemption de la Commission (règlement emploi, règlement petites et moyennes entreprises, règlement formation, règlement de minimis, « petits SIEG »)

Sanctions éventuelles en l'absence de notification :

- un tribunal administratif français peut annuler l'aide pour illégalité et demander son remboursement intégral
- la Commission peut déclarer l'aide incompatible avec le traité et demander son remboursement assorti d'intérêts financiers sur les dix dernières années

Conséquences pratiques :

- les délais d'examen de la Commission étant en général d'au moins six à huit mois, une notification très en amont des projets de texte est nécessaire

Procédure :

- remplir les formulaires types de notification élaborés par la Commission, les transmettre au Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) pour validation interministérielle avant envoi à la Commission
- la Commission a deux mois pour prendre une décision ou demander des informations complémentaires

Références :

- articles 86 à 89 du traité instituant la Communauté européenne
- règlements CE n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 et 69/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité
- circulaire du Premier ministre du 26 janvier 2006 sur l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises

4.3. AIDES D'ETAT

CAS PARTICULIER DES AIDES AUX ENTREPRISES

LA CONDITIONNALITE D'EMPLOI DES AIDES PUBLIQUES LOCALES AUX ENTREPRISES

En ce qui concerne les aides des collectivités publiques aux entreprises, celles-ci peuvent prendre la forme de la subvention. Cependant, si on applique les critères qui permettent de définir la notion de subvention [l'initiative de projet qui ne provient pas de l'autorité administrative qui finance ; l'absence de contrepartie directe pour l'autorité administrative ; l'absence de droit à subvention] le **second critère** fait défaut. En effet, le CGCT, dans son titre relatif aux actions de développement économique des collectivités territoriales et leurs groupements, prévoit que les aides aux entreprises doivent avoir pour objet la création ou l'extension d'activités économiques (article L.1511-2 du CGCT).

Les collectivités territoriales et leurs groupements sont juridiquement fondés, lorsqu'ils attribuent des aides aux entreprises, à imposer des conditions notamment en termes de création ou de maintien d'emploi (1).

Si les aides publiques locales peuvent être aisément récupérées en cas d'attribution dans des conditions irrégulières, il n'en va pas toujours de même pour les aides accordées régulièrement, lorsque l'entreprise ne respecte pas a posteriori les engagements pris en contrepartie de l'aide.

LES COLLECTIVITES TERRITORIALES SONT EGALEMENT FONDEES A METTRE EN ŒUVRE CERTAINES PROCEDURES DE CONTROLES, ET A EXIGER LE REMBOURSEMENT DES AIDES (2).

1) Possibilités juridiques pour les collectivités territoriales d'imposer des contreparties en rapport avec la finalité de l'intervention

L'article L.1511-4 du CGCT dispose que « *les collectivités territoriales et leurs groupements déterminent la nature et le montant des garanties imposées, le cas échéant, aux entreprises bénéficiaires de l'aide ainsi qu'à leurs dirigeants* ».

Ces garanties peuvent être stipulées dans des conventions conclues avec les entreprises bénéficiaires. La conclusion d'une convention est d'ailleurs rendue obligatoire dans certains cas, par plusieurs articles législatifs du C.G.C.T. ou, s'agissant des subventions aux organismes privés excédant 23 000 euros, par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et le décret du 6 juin 2001.

De plus, la jurisprudence a reconnu la possibilité, en l'absence de texte, d'imposer des contreparties à l'aide, par exemple en termes de création d'emplois (CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, AJDA 1997, p. 1010).

Ces contreparties garantissent que l'intervention poursuit un but d'intérêt général (développement économique ou protection des intérêts économiques et sociaux de la population), seul à même de justifier l'avantage concurrentiel qu'apporte l'aide.

Cependant, une limite semble s'imposer en ce qui concerne les garanties susceptibles d'être demandées aux entreprises bénéficiaires : les conditions fixées doivent être en rapport avec les objectifs affichés des aides, dans les limites des compétences reconnues aux collectivités territoriales (création, maintien des emplois pendant une certaine durée...).

Par ailleurs, des conditions en rapport avec l'objectif des aides, ce qui est en principe le cas pour les conditions portant sur la création d'emploi, pourraient toutefois être sanctionnées, dans la mesure où elles seraient incompatibles avec les règles du droit communautaire (par exemple, l'engagement sans limite de durée, de ne pas délocaliser les établissements aidés, qui pourrait être jugé contraire aux principes de libre établissement et de libre prestation des services).

2) Suivi, contrôle et sanctions des aides attribuées

Dès lors que la collectivité a imposé des conditions à l'attribution des aides, elle est parfaitement fondée à instituer une procédure de remboursement lorsque l'entreprise ne réalise pas les objectifs prévus (ex : CAA Paris, 25 mai 1993, *Société Rénoveco*, Dr. adm. 1993).

LES COLLECTIVITES TERRITORIALES SONT EGALEMENT FONDEES A METTRE EN ŒUVRE CERTAINES PROCEDURES DE CONTROLES, ET A EXIGER LE REMBOURSEMENT DES AIDES, MEME SI CELUI-CI PEUT S'AVERER DIFFICILE A OBTENIR EFFECTIVEMENT.

Par ailleurs, les chambres régionales des comptes (CRC) jouent en la matière un rôle important de contrôle préventif

- Le retrait des aides publiques accordées dans des conditions irrégulières

Le retrait pour des raisons d'opportunité d'une aide légalement attribuée présente un caractère irrégulier et peut engager la responsabilité pour faute de la collectivité (CAA Nantes, 8 novembre 1995, *Commune de Faye-d'Anjou*, AJDA 1996 p.331). L'octroi d'une aide régulière est en effet un acte créateur de droits (CE, 28 juillet 1993, *Commune de Faye-d'Anjou c/Association Chant'Lavie*, Lebon p. 658)

Le retrait est toutefois possible, notamment dans le cas d'une aide attribuée dans des conditions illégales et l'autorité ne dispose que d'un délai de quatre mois pour effectuer le retrait (CE, 26 octobre 2001, *Ternon*, AJDA 2001, p1037).

- Les procédures de contrôle

Les collectivités territoriales ne peuvent, en l'absence de texte, se donner des prérogatives de contrôle, ce qui peut nuire à l'efficacité des mesures prises pour exiger des contreparties aux aides. Certains textes offrent toutefois des possibilités de vérifier le respect des conditions d'attributions des aides.

Ainsi, l'article L. 1611-4 du CGCT prévoit que « *toute association, toute œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée (...)* ». L'entreprise peut notamment être tenue de présenter ses documents comptables. Par ailleurs, d'autres textes prévoient des dispositions assez proches pour certaines formes d'interventions (L. 2313-1 pour les garanties d'emprunt...).

L'article 10 de la loi du 12 avril 2000 impose aux organismes privés recevant des subventions une obligation de dépôt à la préfecture, à des fins de consultation, de leur budget, leurs comptes, les conventions relatives aux subventions et leur compte-rendu financier. Le décret d'application du 6 juin 2001 a toutefois fixé un seuil élevé pour l'application de cette obligation (montant annuel supérieur à 153 000 euros), dispensant ainsi de cette contrainte la plupart des bénéficiaires d'aides publiques locales.

- Le contrôle exercé par les chambres régionales des comptes (CRC)

La chambre régionale des comptes juge, dans son ressort, l'ensemble des comptes des comptables publics des collectivités

territoriales et de leurs établissements publics ainsi que les comptes des personnes qu'elle a déclarées comptables de fait. Il s'agit des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales et leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou dans lesquelles ils détiennent plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Les organismes dont la gestion n'est pas assujettie aux règles de la comptabilité publique et qui bénéficient d'un concours financier excédant le seuil précité peuvent être également soumis aux contrôles des juridictions financières.

Mais au-delà de ces prérogatives classiques, le code général des juridictions financières prévoit que les CRC peuvent informer à tout moment les représentants de l'Etat de dispositions fiscales ou budgétaires (comme des aides aux entreprises) susceptibles de mettre à mal les finances locales.

- **La mise en œuvre d'une sanction**

Sur le plan juridique, en cas de non-respect de ses engagements par l'entreprise, le principe d'une demande de remboursement est admis par la jurisprudence, même lorsque la décision institutive ne prévoit pas de sanction (CE, 8 juillet 1988, *Sabdec*, RFDA 1988 p. 743).

Cependant, la condition liée à la création ou au maintien d'emploi doit avoir été clairement posée (TA de Rouen dans son arrêt du 24 octobre 1995, *Société Germain/Bail*).

La collectivité doit également respecter une procédure contradictoire permettant à l'entreprise de présenter sa défense. (CE, 11 décembre 1992, *Société Inefor*, RFDA 1993, p.131). La loi du 12 avril 2000, quant à elle, précise dans son article 24 que les décisions individuelles ne peuvent intervenir «*qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter ses observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales*».

S'agissant du droit communautaire, le traité CE (art. 88-2) et ses règlements d'application prévoient une procédure précise de récupération, par l'Etat membre, des aides accordées sans notification préalable (aides «*illégales*») et des aides déclarées incompatibles avec le marché commun par la Commission.

Si l'Etat membre ne respecte pas son obligation de récupération, la Commission peut saisir la CJCE aux fins de condamnation de l'Etat membre en manquement, assortie éventuellement d'astreintes. Dans ces hypothèses, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales met à la charge de la collectivité locale concernée l'obligation de récupération des aides et les éventuelles sanctions financières résultant d'une condamnation en manquement. Il convient de noter que le juge national peut lui-même constater l'illégalité d'une aide et imposer sa récupération.

Ces règles ne paraissent toutefois pas s'appliquer de manière évidente aux aides régulièrement accordées lorsque l'entreprise, a posteriori, ne respecte pas ses engagements.

D'un point de vue pratique, à supposer que l'opportunité de la demande de remboursement ait été vérifiée, la collectivité prend une délibération annulant l'aide et émet le titre de recette correspondant.

Le recouvrement effectif des aides peut néanmoins s'avérer difficile en raison notamment du fait que l'article L. 1617-5 du C.G.C.T. prévoit qu'en cas de contestation du titre de recette devant le juge administratif, la force exécutoire du titre est suspendue jusqu'au prononcé de la décision définitive.

ANNEXES

Annexe 1

REGLES DE COMPTABILISATION DES DEPENSES PUBLIQUES

I. Du point de vue de la comptabilité de l'Etat, toutes ces activités sont des charges qui sont répertoriées dans les catégories suivantes :

- Les charges de fonctionnement direct qui intègrent notamment les achats⁴⁴ ;
- les charges de fonctionnement indirect qui sont les subventions pour charges de service public ;
- les charges d'intervention qui sont principalement des transferts.

Selon la norme comptable n°2 relative aux charges extraite du recueil des normes comptables de l'Etat précité :

➤ *les subventions pour charges de service public correspondent « aux versements effectués par l'Etat au profit des opérateurs afin de couvrir leurs propres charges de fonctionnement, engendrées par l'exécution des politiques publiques relevant de la compétence directe de l'Etat mais que ce dernier leur a confié, et dont il conserve le contrôle. Ces versements ont pour contrepartie la réalisation des missions confiées par l'Etat ». Les opérateurs de l'Etat sont des établissements publics nationaux, des groupements d'intérêt public et parfois d'organismes à but non lucratif dont l'activité est étroitement encadré par l'Etat et dont il contrôle et « consolide » les comptes. Leur liste est limitativement énumérée par circulaire de la direction du budget du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie⁴⁵.*

➤ *les charges d'intervention « sont des versements motivés par la mission de régulateur économique et social de l'Etat. Les charges d'intervention comprennent :*

- *les transferts, versements sans contrepartie équivalente comptabilisable et significative d'échange effectués soit directement par les services de l'Etat, soit indirectement par l'intermédiaire d'organismes tiers, relevant le plus souvent du périmètre des opérateurs des politiques de l'Etat dans leur rôle de redistributeur au profit (...) des ménages, entreprises, collectivités territoriales et autres collectivités (...).*
- *Les charges résultant de la mise en jeu de la garantie de l'Etat. »*

Elles correspondent notamment aux versements liés à des dispositifs sociaux ou économiques, aux interventions financières publiques particulières, aux subventions d'investissement, aux subventions versées sous forme monétaires ou aux aides directes réglementées.

II. Du point de vue de la comptabilité des collectivités territoriales et de leurs groupements.

Ces dépenses figurent en charges de fonctionnement en ce qui concerne les « contingents et contributions obligatoires » et les « subventions de fonctionnement versées ».

- ▶ les « contingents et contributions obligatoires » enregistrent des contributions au fonctionnement courant d'organismes, rendues obligatoires par la loi, en particulier l'aide sociale aux départements, la contribution au service incendie et les contributions au Centre national de la Fonction publique territoriale,....
- ▶ les « subventions de fonctionnement versées » enregistrent les concours volontaires de la collectivité ayant le caractère de charges courantes. Elles sont classées en fonction de la qualité juridique du bénéficiaire : organismes publics, personnes de droit privé dont les associations.
- ▶ les subventions de fonctionnement qui ne présentent pas le caractère de charge de gestion courante sont enregistrées comme des subventions exceptionnelles classées également en fonction de la nature du bénéficiaire.

Avant la réforme récente des comptabilités locales (cf. notamment ordonnance n° 2005-1027 du 26 août 2005 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux qui leur sont rattachés), les subventions destinées à soutenir le financement de dépenses d'équipement d'un bénéficiaire étaient comptabilisées en section de fonctionnement.

Cette imputation correspondait au fait que ces sommes d'argent, versées par la collectivité territoriale, sans contrepartie directe et durable dans son patrimoine, ne pouvaient être considérées comme des dépenses d'investissement. Un mécanisme complexe d'étalement de la charge sur 5 années lissant l'impact de cette dépense sur la section de fonctionnement permettait son financement par des recettes d'investissement et plus particulièrement par l'emprunt.

Après la réforme des comptabilités locales, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs retracent directement le versement de subventions d'équipement en section d'investissement. La rénovation de la notion d'actif, qui permet de déterminer ce qu'est une dépense d'investissement, par le Conseil national de la Comptabilité, a rendu possible ce changement de qualification. Ainsi en son application au secteur public, un actif est défini comme un élément « utilisé pour une activité ou pour la partie d'activité autre qu'industrielle et commerciale et dont les avantages économiques futurs ou potentiels de services attendus profiteront à des tiers ou à l'entité conformément à sa mission ou à son objet ». Il ne s'agit donc plus d'éléments entrant dans le patrimoine d'une collectivité et qui viennent l'enrichir durablement, mais d'éléments qui ont en fait un intérêt potentiel pour une collectivité en termes de développement de services ou d'activité économique pour les usagers. »

⁴⁴ Recueil des normes comptables de l'Etat annexé à l'arrêté du 21 mai 2004 portant adoption des règles relatives à la comptabilité générale de l'Etat publié au JO n°155 du 6 juillet 2004 – Norme n°2 relative aux charges. La norme ajoute que « le critère de rattachement des charges à l'exercice se définit comme l'impact des obligations sur le patrimoine de l'Etat ». « Toutefois, la difficulté d'évaluation des obligations dès leur naissance ne permet pas toujours de retenir le critère de rattachement des charges à la naissance des obligations, mais au moment où il existe une estimation fiable de leur montant [...]. C'est pourquoi le critère de rattachement des charges à l'exercice est le service fait. » (Ibid. § II)


⁴⁵ Une première liste est annexée à la circulaire budgétaire DRB/DB n°MMB-05-244 du 8 février 2005 relative au périmètre des opérateurs de l'Etat. Celle-ci doit faire l'objet d'actualisations périodiques.

Annexe 2

CRITERES DE DISTINCTION

SUBVENTION	MARCHÉ PUBLIC (1)	DELEGATION DE SERVICE PUBLIC
<p>Une subvention est « <i>une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers</i> »</p> <p>L'objet de la subvention doit être à la fois conforme aux missions de l'administration versante (intérêt général) et à l'objet social de l'organisme bénéficiaire.</p>	<p>Achat par l'administration d'un service ou d'un produit spécifié et identifié en totalité (sauf si l'achat de la prestation s'exerce dans le cadre d'un groupement de commandes et des cofinancements couvrant la totalité du prix de l'action).</p> <p>L'objet du marché est défini unilatéralement par l'administration en fonction de ses besoins propres (fonctionnement de ses services)</p>	<p>La délégation de service public constitue également une réponse aux besoins propres de la personne publique.</p> <p>La délégation de service public se caractérise par trois éléments :</p> <p>▸ Le lien unissant le délégant au délégataire doit être nécessairement contractuel.</p>
<p>« Il conviendrait [...] d'opérer une distinction entre :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ les conventions confiant d'une manière générale ou particulière une mission à une association, fixant le montant du concours de l'organisme public et en déterminant les modalités. En ce cas, le régime juridique et financier des subventions devrait s'appliquer, quelle que soit la dénomination du concours financier accordé ; <p>les contrats de prestations susceptibles, le cas échéant, d'être fournis par un autre organisme public ou privé et dont le prix de revient peut être déterminé de façon relativement précise. En ce cas, le régime juridique des marchés publics devrait, bien évidemment, être applicable.»(2)</p>		<p>▸ Le délégataire doit être chargé de la gestion et de l'exploitation du service public</p>
<p>Une contribution financière accordée sur une base discrétionnaire (versement gratuit) justifiée par des considérations relevant de l'intérêt général, sans que cette contribution constitue le prix d'une prestation de services ou d'une fourniture de biens directement apportée à la personne publique.</p> <p>Absence de contrepartie directe ou équivalente pour l'administration.</p>	<p>La commande publique est un achat.</p> <p>La contribution financière versée par l'administration correspond à la rémunération (au prix) d'un service fait ou d'un produit livré et facturé conformément au cahier des charges.</p> <p>La notion d'intérêt général est ici strictement relative au fonctionnement du service public pour lequel s'effectue l'achat de la prestation. L'achat public a toujours une contrepartie directe dans la livraison d'un service fait ou d'un produit livré.</p> <p>Dès qu'il y a contrepartie directe pour la personne publique (remise d'un rapport d'étude, propriété intellectuelle des résultats), il s'agit d'un marché public.</p>	<p>▸ La rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation d'un service public (principe de la rémunération substantielle, c'est-à-dire, celui de l'aléa financier)</p> <p>▸ La notion de risque est le critère principal qui différencie les délégations de service public des marchés publics</p> <p>Une délibération qui ne précise pas les "règles de calcul" de la participation financière accordée à la doit être regardée comme destinée à assurer la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement de cette société. Il s'agit donc d'un marché public.</p>
<p>Caractère forfaitaire et fongible : L'article 33 du décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 dispose que le versement des subventions ne peut intervenir avant la décision individuelle d'attribution.(3)</p>	<p>Le marché public est l'achat de prestations par l'administration à un tiers (public ou privé) qui se fait payer pour cette prestation, l'acheteur (les acheteurs pour le groupement de commandes) finançant la totalité de l'action.</p> <p>Le principe du service fait et une facturation précise par prestation sont obligatoires. (4)</p>	<p>Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité d'en confier l'exécution à des personnes privées sous réserve que ces services ne soient pas par leur nature ou la volonté du législateur au nombre de ceux qui ne peuvent être assurés que par la collectivité publique.</p>
<p>Le marché public est un contrat onéreux et chaque prestation a un prix indiqué dans la convention. La subvention a un caractère forfaitaire dont le principe et le montant relève d'une décision discrétionnaire. L'administration n'est pas fondée à demander le remboursement d'un trop perçu au motif que le coût prévisionnel aurait été supérieur aux réalisations (5)</p>		
<p>Absence de lien entre les modalités de versement de la subvention (échancier) et le service fait (état de réalisation du programme ou de l'action)(6)</p>	<p>Le CMP définit les conditions de versement d'avances et d'acomptes.</p> <p>En commande publique, les délais de paiement sont soumis à la contractualisation et aux intérêts moratoires de droit.(7)</p>	
<p>Il est interdit aux associations ayant reçu une subvention d'en reverser tout ou partie à un autre organisme, sauf autorisation formelle du ministre concerné visée par le contrôleur des dépenses engagées.</p>		

Notes et commentaires

1. Art. 1^{er} du CMP : « 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 (...) »
 2. Rapport public de la Cour des comptes 1982, p. 24, Les relations administratives et financières de l'État, des collectivités et des établissements publics avec des organismes à statut privé subventionnés (associations, fondations et GIE).
 3. « Lorsqu'une collectivité locale choisit de subventionner l'organisation d'une manifestation par une association régie par la loi de 1901, elle peut décider de subordonner le versement de la subvention à la réalisation totale ou partielle d'une opération donnée ou à la présentation d'éléments de justification de certaines dépenses. Dans ce cas, l'association ne pourra percevoir les subventions attendues avant d'avoir fourni à la collectivité les justifications réclamées par cette dernière. Aucune possibilité d'avance sur les subventions à recevoir n'est alors envisageable. Les collectivités locales ne sont en effet pas autorisées à effectuer des opérations de banque et notamment des avances de trésorerie. Cependant, les collectivités locales sont libres de décider le versement d'une subvention, soit totalement, soit partiellement avant que l'opération ou la manifestation subventionnée n'ait été réalisée. Des lors, une décision individuelle d'attribution prise par délibération de l'assemblée délibérante permettra le versement de la subvention à l'association. – cf. réponse ministérielle à la question écrite N 27126 publiée au JOAN le 27/11/1995 page 5046 »
 4. La rémunération du titulaire d'un marché peut également provenir accessoirement de tiers, notamment dans le cas des marchés de gestion de service public (Cf. § 2.1 page 11)
 5. Les contrôles s'effectuent a posteriori et ne conditionnent pas le versement (un compte rendu financier, prévu à l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention).
 6. En vertu du principe de prudence et de transparence, il est interdit aux associations ayant reçu une subvention d'en reverser tout ou partie à un autre organisme, sauf autorisation formelle du ministre concerné visée par le contrôleur des dépenses engagées.
 7. Cette interdiction qui résulte de l'article 15 du décret-loi du 2 mai 1938 relatif uniquement aux subventions versées par l'Etat est aujourd'hui considérée comme un principe de portée générale applicable aux subventions accordées par tous les organismes publics.
-
- 

ANNEXE 3

TEXTES

PRINCIPALES REFERENCES CITEES

TEXTES INTERNATIONAUX ET COMMUNAUTAIRES

- ▶ L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC) de l'organisation mondiale du commerce (O.M.C.) art. I. 612-4 code de commerce ;
- ▶ Traité instituant la communauté européenne troisième partie — les politiques de la communauté titre VI : les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ;
- ▶ Directive 2004/18/ce du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;
- ▶ Directive 2004/17/ce du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;
- ▶ Règlement CE no 659/1999 du conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité ce (1), et notamment son article 27 ;
- ▶ Règlement CE no 784/2004 de la commission du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) no 659/1999 du conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE ;
- ▶ Règlements CE n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 et n° 69/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides de minimis
- ▶ Circulaire du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises (j.o n°26 du 31 janvier 2006, page 1602)

TEXTES DE DROIT INTERNE

- ▶ Code des marchés publics (décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, publié au JO du 4 août 2006)
 - ▶ Code de commerce ;
 - ▶ Code général des collectivités territoriales ;
 - ▶ La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 partiellement remplacée par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et les décrets pris pour son application (décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le code des marchés publics) J.O n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703 ;
 - ▶ Loi no 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ;
 - ▶ Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
 - ▶ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;
 - ▶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (J.O n° 25 du 30 janvier 1993), chapitre IV, articles 38 et S. Section 2 : Dispositions applicables aux collectivités territoriales, aux groupements de ces collectivités et à leurs établissements publics ;
 - ▶ Décret n°2005-1737 du 30 décembre 2005 modifiant les seuils mentionnés dans le code des marchés publics ;
 - ▶ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (J.O n° 179 du 4 août 2006) ;
- ▶ **Pour le partenariat public privé**, voire notamment l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la Circulaire du 29 novembre 2005.

PRINCIPALES REFERENCES POUR LES SUBVENTIONS PUBLIQUES

- ▶ Article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;
- ▶ Circulaire du 1^{er} décembre 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'Etat et les associations ;
- ▶ Circulaire du 24 décembre 2002 relative aux subventions de l'Etat aux associations ;
- ▶ Circulaire n° 5193/SG du 16 janvier 2007 relative aux subventions de l'Etat aux associations et conventions pluriannuelles d'objectifs.