

Clarifier les termes de subvention, marché public et délégation de service public s'impose dans ces secteurs d'activités.

Quel que soit le statut choisi par le créateur, l'acteur public sera toujours présent dans son projet, le plus souvent comme partenaire mais aussi comme client. À ce titre, l'acheteur public est passé de la culture de la demande de devis à la formalisation de la passation des petits marchés publics, et de la lettre de commande aux marchés à procédure adaptée.

Repères législatifs et réglementaires qu'il faut connaître pour accompagner le créateur dans sa stratégie ● ● ● ● ●

MARCHÉS PUBLICS, SUBVENTIONS ET DSP

Savoirs et Références

q u'est-ce qu'un marché public ?

L'article 1er du Code des marchés publics en donne une définition précise :

« 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. (...) »

► L'objet du marché

Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'Administration en matière de fournitures de services ou de travaux. 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'appliquer.

à savoir

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 alors un produit au profit du prestataire.

► La notion de besoin de la personne publique

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 bureau, 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 la conduisent à fournir des prestations à des tiers.

► **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 1991 (...), 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.

BON À SAVOIR

Clause spécifique et achat équitable

Le cahier des clauses techniques particulières permet à l'acheteur public d'insérer des clauses spécifiques pour faire de l'achat équitable une modalité d'exécution obligatoire que les soumissionnaires titulaires du marché doivent respecter en tant que condition contractuelle.

OÙ TROUVER L'INFO ?

- Le site Commande publique et développement durable @ www.achatsresponsables.com
- L'Association des maires de France @ www.amf.asso.fr
- L'Association des maires des grandes villes de France @ www.grandesvilles.org
- La Fédération des maires des villes moyennes @ www.villesmoyennes.asso.fr
- L'Association des petites villes de France @ www.apvf.asso.fr
- Cités Unies France @ www.cites-unies-france.org
- Les ÉcoMaires @ www.ecomaires.com
- Le Comité 21 @ www.comite21.org
- L'Ademe @ www.ademe.fr

Les subventions

Les relations que l'Administration entretient et développe 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.

à savoir

Certaines associations ne peuvent recevoir une subvention de l'État que si elles ont été préalablement agréées (associations sportives, villages de vacances, associations de jeunesse et d'éducation populaire).

► Un champ bien défini

La définition est proposée par la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics (JO n° 179 du 4 août 2006 page 11665) et la Circulaire du 29 décembre 2009 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics :

« Une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière (...).

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

Deux cas de figure :

- l'association porte un projet dont elle a l'initiative : ceci signifie qu'elle ne répond pas à un besoin préalablement défini par la collectivité publique, pour le compte duquel elle agirait comme un prestataire rémunéré, avec une contrepartie directe ;

- le projet développé par l'association s'inscrit dans le cadre d'un appel à projets lancé par une collectivité publique. (...) Les associations sont invitées à présenter des projets s'inscrivant dans ce cadre. Mais ce sont bien elles qui prennent l'initiative de ces projets et en définissent le contenu.

Dans le cadre des appels à projets, la collectivité publique a identifié une problématique, mais n'a pas défini la solution attendue.

Source : Circulaire du 18 janvier 2010 NOR : PRMX1001610C sur legifrance.gouv.fr

► La distinction 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 locaux, biens divers, prêt à taux gratuit, garantie d'emprunt etc.

PAROLE D'EXPERT

Contrairement à une idée reçue, les règles européennes n'excluent nullement que soit attribué par les collectivités publiques un soutien financier à un projet d'intérêt général. Les règles de concurrence inscrites au traité constitutif autorisent en effet les États membres, sous le seul contrôle de l'erreur manifeste, à créer et organiser leurs services d'intérêt général de la régie à la dévolution à un tiers dès lors que l'atteinte portée au principe de la libre concurrence et à l'égalité des échanges entre États membres n'apparaît pas illégitime ou disproportionnée. Sous cette réserve, les

aides d'État aux entreprises sont donc licites dès lors qu'elles sont fondées sur une mission d'intérêt général dûment paramétrée. Le recours à la commande publique s'impose dès lors que l'Administration a prédéterminé les termes de la prestation, auquel cas il lui revient de respecter les principes d'égalité d'accès et de transparence issus des directives européennes et transposées dans le Code des marchés publics.

Jacques ROBERT

Direction de la Jeunesse, de l'Éducation populaire et de la Vie associative (DJEPVA)

ou d'agents publics (décret n° 85-986 du 16 septembre 1985). Ils peuvent être dénommés prestations en nature. Ils conservent en général le caractère de subvention au regard de la définition énoncée ci-dessus.

à savoir

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.

► La destination des subventions

Les subventions pour des projets d'investissement

Elles sont régies notamment, s'agissant de l'État, par le décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'État 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 ».

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 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. »

BON à SAVOIR

Associations et droit communautaire

« Les associations à but non lucratif manifestent régulièrement leur inquiétude sur les conséquences d'un cadre juridique, en bonne part d'origine communautaire, dont les concepts et la terminologie, parce qu'ils mettent en cause ou transcendent des définitions ou des distinctions traditionnellement établies dans le débat public national, sont parfois perçus comme attentatoires à la spécificité de l'engagement associatif, voire à son développement.

De fait, un nombre croissant d'activités exercées par les associations entrent dans le champ d'application du droit communautaire, notamment parce qu'elles sont considérées comme étant de nature économique. (...) Cette inquiétude se cristallise sur le recours aux procédures d'appel d'offres. »

Source : Circulaire du 18 janvier 2010 NOR:PRMX1001610C sur legifrance.gouv.fr

► Les conditions d'octroi

Le versement d'une subvention à une association est soumis à un certain nombre de conditions d'attribution et d'utilisation. En tout état de cause, la subvention doit être sollicitée, et les collectivités publiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour l'accorder ou la refuser.

Lorsqu'elle accorde une subvention sous certaines conditions (aide directe, réalisation d'un projet, organisation d'une manifestation...), l'Administration peut en contrôler l'utilisation. Ce contrôle peut être financier (justificatifs comptables de l'association), administratif (vérification du bon emploi de la subvention) ou juridictionnel (en cas de gestion de fait de fonds publics notamment). Il appartient à l'association de déterminer à quel financeur public elle va demander une subvention, en fonction de son projet (local, départemental, national), de son objet social, de la politique de subventionnement des différents services administratifs.

à SAVOIR

La demande peut être faite en ligne, mais elle nécessite la possession préalable d'un numéro SIRET. Elle facilite la démarche et allège les formalités en diminuant les pièces justificatives à fournir.

Pour en savoir +

Télécharger le formulaire CERFA n° 12156*03 sur le site :
@ www.formulaires.modernisation.gouv.fr

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.

► Vers une simplification des démarches

Suite à la deuxième conférence de la vie associative (CVA) qui s'est tenue le 17 décembre 2009, la circulaire du 18 janvier 2010 contribue à la clarification, à la simplification et à la sécurisation des relations, notamment financières, entre pouvoirs publics et monde associatif.

Elle concerne en particulier les conventions d'objectifs consécutives aux demandes de subvention.

La circulaire précise notamment : « La sécurisation de l'octroi d'une aide publique à une association exerçant une activité économique d'intérêt général peut être assurée en prenant quelques précautions simples : par exception, les concours financiers versés sous forme de subventions à une association exerçant une activité économique d'intérêt général qui demeurent inférieurs à 200 000 € sur une période de trois ans ne sont pas qualifiés d'aides d'État et ne sont soumis à aucune exigence

particulière en matière de réglementation des aides d'État. »

Ainsi, les règles adoptées en 2005 sur le régime des aides d'État autorisent les associations à assurer la gestion d'un service d'intérêt économique général, sans que cela implique obligatoirement la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public.

La subvention peut donc constituer un mode de financement légal dans le cadre d'un service d'intérêt économique général. La collectivité doit simplement définir, dans son acte unilatéral ou contractuel de mandat, la mission de service d'intérêt économique général, ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes associées.

Lorsque l'on se situe dans le champ de la subvention et que son montant est supérieur à 23 000 €, celle-ci doit faire l'objet d'une convention (pluri-) annuelle d'objectifs entre la collectivité publique et l'association.

Pour en savoir +

La circulaire NOR : PRMX1001610C du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément.

La délégation de service public

► Définition

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. »

à savoir

Un avis du Conseil d'État, 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

1 - 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.

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

À défaut, le contrat pourrait n'être qu'une fourniture de moyens pouvant relever du Code des marchés publics.

à savoir

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.

3 - 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).

Communes, services publics et règles budgétaires

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 :

- lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;
- 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 ;
- 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 (...).

Pour en savoir +

Consulter l'article L. 2224-2 du Code général des collectivités territoriales sur le site @ www.legifrance.gouv.fr

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.

À 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 DSP.

► L'arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2007 n° 284736 commune d'Aix-en-Provence

Lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers. (...)

Elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel.

Lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion. (...)

En outre, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle

ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public. Son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde des financements.

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 » (CE 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

C'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. À 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.

à savoir

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

C'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

délégrant 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

C'est un mode de délégation de service public fondé sur les mêmes principes que la régie intéressée. Elle a été ainsi définie par une circulaire n° 75-634 du 13 décembre 1975 : « 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. ■

Pour en savoir +

« La subvention publique, le marché public et la délégation de service public/ Mode d'emploi », dossier mis en ligne par le ministère des Sports.

- Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, article 6 ;

- Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ;

- Ordonnance du 23 septembre 1958 : article 31 relatif au contrôle des organismes subventionnés ;

- Loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, article 10 ;

- Décret n° 2009-540 du 14 mai 2009 portant sur les obligations des associations et des fondations relatives à la publicité de leurs comptes annuels ;

- Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et procédures d'agrément.

Cette fiche est essentiellement composée d'extraits du guide « La subvention publique, le marché public et la délégation de service public/Mode d'emploi » du ministère des Sports et d'informations diffusées sur le site www.servicepublic.fr - Mars 2007.