

Associations, marchés publics et délégations de service public

Certaines associations, bien que créées sous le régime de la loi de 1901 et étant de ce fait des personnes morales de droit privé, peuvent être considérées comme "transparentes", ou "para-administratives" du fait de leur "proximité" avec une personne publique (financement provenant majoritairement d'une personne publique, membres dirigeants émanant de la personne publique qui subventionne l'association, etc.). Dans ce cas, il est arrivé que les chambres régionales des comptes estiment, dans leurs lettres d'observations, que ces associations sont titulaires d'un mandat implicite de la personne publique et que les contrats qu'elles passent devraient donc être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence imposées par le Code des marchés publics et la loi du 29 janvier 1993.

Il convient d'analyser successivement la soumission des contrats de ces associations au Code des marchés publics, aux directives communautaires et à la loi du 29 janvier 1993.

1. La soumission des contrats passés par les associations et le respect du Code des marchés publics

L'article 1^{er} du Code des marchés publics prévoit que "les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent Code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services".

Il résulte de cette définition que seules les personnes publiques sont - par principe - soumises au respect des règles émanant du Code. Cependant, lorsqu'un texte le prévoit expressément, certaines personnes privées peuvent être assujetties au respect de règles issues du Code des marchés publics.

Il en va ainsi des sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux ainsi que des organismes privés d'HLM dont les contrats sont soumis "aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le Code des marchés publics" en vertu de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (articles L. 433-1 et L. 481-4 du Code de la construction et de l'habitation).

Plus généralement, toutes les sociétés d'économie mixte sont soumises aux principes du Code des marchés publics pour leurs "contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public (...) en leur nom ou pour le compte de personnes publiques (...)" (cf. décret n° 93-584 du 26 mars 1993).

Les caisses primaires de sécurité sociale, dont le statut est de droit privé, sont aussi soumises au respect des dispositions de l'arrêté du 9 mai 1995 (la réglementation qui en découle ne se confond pas totalement avec le Code des marchés publics, mais elle en demeure très proche).

En revanche, aucune exception prévue par un texte législatif ou réglementaire,

aucune décision de jurisprudence administrative ne prévoit l'assujettissement d'une association de droit privée - même lorsque celle-ci est considérée comme mandataire d'une personne publique - au Code des marchés publics. Ainsi, l'arrêt du Conseil d'Etat *Divier*⁽¹⁾, fréquemment cité, ne peut en aucun cas fonder l'application du Code des marchés publics aux contrats passés par les associations para-municipales. En effet, cet arrêt se borne à juger que les décisions d'une association présidée par le maire d'une ville, dont le bureau est composé d'élus et de fonctionnaires de la ville et dont l'essentiel de ses ressources provient de subventions municipales, doivent être considérées comme émanant du maire de la ville et par là-même soumises à la juridiction administrative. De la même façon, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 15 avril 1993, *Département de la Marne*⁽²⁾ a estimé que des contrats passés par une association très liée à un conseil général "l'ont été pour le compte du département dans un but d'utilité générale et constituent des marchés de travaux publics". Cependant, la Cour n'en a pas pour autant déduit que ces marchés devaient être soumis au Code des marchés publics.

Ainsi, d'un point de vue strictement juridique, le droit positif ne soumet pas les contrats conclus par des associations transparentes au Code des marchés publics. Cette solution qui refuse donc l'application de la théorie du mandat, issue de la définition jurisprudentielle des contrats administra-

(1) CE, 11 mai 1987, *Divier*, Rec. p. 168.

(2) CAA Nancy, 15 avril 1993, req n° 91NC00026.

tifs, à la définition du marché public est d'autant plus satisfaisante en droit qu'elle est confortée par la réaffirmation récente qu'un marché public n'est pas forcément un contrat administratif. La doctrine administrative et la doctrine universitaire avaient trop vite amalgamé les marchés publics aux contrats administratifs, mais la Cour de cassation, d'abord, puis le Tribunal des conflits, ensuite, ont rappelé cette évidence qu'un marché public peut être un contrat de droit privé⁽³⁾.

Il résulte donc de ce qui précède que la théorie jurisprudentielle du mandat ne s'applique pas aux marchés publics. Seules sont assujetties au respect des règles émanant du Code des marchés publics les personnes publiques et les personnes privées pour lesquelles un texte le prévoit expressément. En conséquence, dans la mesure où aucun texte ne soumet les associations au respect du Code des marchés publics, il n'est selon nous pas possible de leur imposer une telle obligation. La question demeure cependant controversée.

2. La soumission des contrats passés par les associations et le respect des directives communautaires

En droit communautaire, une association peut - sous certaines conditions - rentrer dans le champ d'application de la Directive Services n° 92-50 du 18 juin 1992 (ci-après la "Directive")⁽⁴⁾. En effet, la Directive retient au titre des *pouvoirs adjudicateurs* dont les commandes de services sont soumises à la Directive, outre les collectivités publiques usuelles, les *organismes de droit public*.

Par organisme de droit public, la Directive entend :

"(...) tout organisme (...) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (...) et ayant la personnalité juridique (...) et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public".

En conséquence, les contrats passés par une association majoritairement financée par une personne publique et qui dépassent le seuil communautaire fixé à 200.000,00 euros HT (1.311.914,00 FF hors taxes selon la communication 1999/C 379 / 08 publiée au JOCE du 31 décembre 1999) doivent respecter les procédures de publicité et/ou de mise en concurrence - deux régimes sont mis en place, l'un "contraignant", l'autre "allégé" - précisées dans les textes de transposition de la Directive⁽⁵⁾.

3. La soumission des contrats passés par les associations et le respect de la loi du 29 janvier 1993

A l'instar du Code des marchés publics, l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi "Sapin" ne vise que les délégations de service public des *"personnes morales de droit public"*. Seules certaines personnes privées sont expressément soumises par cette loi au respect de règles de concurrence et de transparence (voir notamment l'article 48 qui

mentionne les Sociétés d'économie mixte). En conséquence, malgré le fait que certaines associations proches de collectivités territoriales, puissent être soumises à certains contrôles approfondis, habituellement réservés aux personnes publiques (soumission au contrôle des chambres régionales des comptes notamment), ces associations demeurent des personnes morales de droit privé et ne devraient pas, dès lors, être soumises aux dispositions de cette loi.

Ainsi, selon Jean-François AUBY⁽⁶⁾, *"les autorités compétentes pour organiser un service public sont des personnes morales de droit public (...) Le délégant est donc une personne morale de droit public"*. En conséquence, *"la loi Sapin ne s'applique pas aux délégations de service public conclues par des personnes morales de droit privé, comme les sociétés d'économie mixte"*⁽⁷⁾.

En conséquence, en l'absence de mention dans la loi et de toute jurisprudence sur ce point, il convient de considérer qu'une association chargée d'une mission de service public pourrait valablement conclure une délégation de service public avec une personne privée sans pour autant être soumise aux dispositions de la loi Sapin puisque celle-ci réserve son application aux *"personnes morales de droit public"*.

En conclusion, les contrats passés par les associations "para-administratives" doivent respecter les directives communautaires. En revanche, il n'apparaît pas en l'état actuel du droit positif, que ces associations doivent respecter le Code des marchés publics ni la loi Sapin. La prudence s'impose toutefois tant la question divise encore les juristes. ■

Laurence de Palmas

(3) Cour de cassation, 1^{re} Civ., 17 décembre 1996, *Société Locunivers* ; Tribunal des Conflits, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c. Société Gestemer et Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) c./ Société SNC Activ CSA*. Sur cette jurisprudence, cf. Olivier Dugrip, "Le domaine du contrat privé : Marché public de droit privé", JCP - Cahiers de Droit de l'Entreprise n° 4 1999, p. 1.

(4) Le même raisonnement s'applique aux fournitures et aux travaux.

(5) Ces textes sont la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et son décret d'application n° 98-112 du 27 février 1998.

(6) Jean-François AUBY, "La gestion des satellites locaux", éd. Berger-Levrault 2000, p. 94.

(7) Jean-François AUBY, op. cit. p. 105.