

Les évolutions du modèle économique des associations

Brigitte CLAVAGNIER
Docteur en droit - Avocat
Cabinet ALCYAconseil-Associations
Directeur scientifique de Juris-Associations (Daloz)



Définition de la subvention : A ce jour, aucune définition légale
Des définitions issues d'instructions administratives et de la jurisprudence.

- *« Il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. On ne se trouve alors pas dans le cadre d'une relation de marché public. En effet, chaque fois qu'une collectivité décide de participer financièrement, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à l'autre, à un projet élaboré par une association, et qui répond aux besoins de cette dernière, on se trouve alors dans le domaine de la subvention qui n'appelle pas de mise en concurrence préalable. Cela reste vrai même si le projet associatif se trouve être un projet d'intérêt général dans un domaine où l'administration pourrait aussi intervenir. De même, l'octroi d'une subvention peut s'accompagner d'un contrat afin que la personne publique convienne avec l'association des objectifs qui justifient une participation financière, prévoient des moyens de contrôle et des échéanciers de versement, sans pour autant donner au contrat passé à cet effet le caractère d'un marché public ou d'une délégation de service public. »*

(Instruction du 28 août 2001, JO du 8 septembre)

Définitions du Conseil d'Etat

Distinction Subvention/Commande publique

Subvention

« Lorsqu'une association exerce sous sa responsabilité, et sans qu'une collectivité 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. »

(Conseil d'État, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence)

Commande publique

« Ne peut être qualifié de marché public qu'un contrat conclu à titre onéreux, par une personne publique, en vue d'acquérir des biens, des travaux ou des services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée des biens dans son patrimoine. »

(Conseil d'État, 18 mai 2004, cinémathèque française)

Projet de loi sur l'ESS : enfin une définition légale de la subvention !

- *« Constituent des subventions les contributions de toute nature, notamment financières, matérielles ou en personnel, valorisées dans l'acte d'attribution, attribuées par les autorités administratives mentionnées au 1^{er} de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action, d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont **initiés et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.** Ces aides ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisés répondant aux besoins des autorités qui les accordent ».*

(Avant projet de loi ESS, Version au 27 mai 2013 ; article 21)

Critères de la subvention

- L'initiative du projet est le fait de l'association et non de la collectivité publique qui le finance.
- L'absence de contrepartie directe pour la collectivité publique.
- Une contribution financière accordée par la collectivité publique de façon discrétionnaire.
- Justifiée par des considérations d'intérêt général.
- Une convention de subvention fixant les conditions d'affectation et d'utilisation de celle-ci ne remet pas en cause cette qualification.

Critères du marché public

- Il s'agit d'un contrat à titre onéreux impliquant une rémunération (contre valeur économique).
- passé entre une personne publique et un opérateur économique.
- en vue de répondre à un besoin individualisé de la collectivité publique.
- Obligation de publicité et de mise en concurrence.

Le critère de distinction Subvention/Commande publique: l'initiative de l'activité

- L'association est à l'initiative du projet
=> Subvention
- La collectivité publique est à l'initiative du projet
=> Commande publique

Critères de distinction Subvention/Commande publique

Subvention	Commande publique
<ul style="list-style-type: none">• L'association ne répond pas à un besoin préalablement défini par l'administration,• Elle n'agit pas pour le compte de l'administration,• Caractéristiques :<ul style="list-style-type: none">▪ Pouvoir discrétionnaire de la collectivité quant à l'attribution de subventions,▪ Pas d'obligation de publicité, ni de mise en concurrence,▪ Contrôle pesant sur les associations subventionnées,	<ul style="list-style-type: none">• L'administration cherche à satisfaire un besoin qui lui est propre ou confié à un tiers, qui agit sous son contrôle, à la gestion d'un service public qui lui incombe soit de par la loi soit parce qu'elle l'a créé avant de le déléguer.• Caractéristiques :<ul style="list-style-type: none">▪ L'administration définit ses besoins quantitatifs et qualitatifs dans un cahier des charges,▪ Elle doit procéder à une publicité préalable et à une mise en concurrence,
<p style="text-align: center;">Notion d'appel à projet :</p> <ul style="list-style-type: none">• L'Administration identifie une problématique mais ne définit pas la solution attendue,• Les associations sont invitées à présenter un projet s'inscrivant dans ce cadre,• Elles en définissent librement le contenu,• Ne remet pas en cause l'initiative associative,• Sinon : c'est une commande publique,	<p style="text-align: center;">Marché public :</p> <ul style="list-style-type: none">• Le prestataire est intégralement et immédiatement payé par l'Administration et n'assume pas le risque économique du service. <p style="text-align: center;">Délégation de service public :</p> <ul style="list-style-type: none">• Le délégataire est payé pour une part significative par les usagers du service public et supporte un risque d'exploitation.

L'appel à projet ou à initiative ?

- On reste dans le domaine de la subvention. L'initiative de l'association doit être préservée.
- Permet à la collectivité publique de faire remonter divers projets lui permettant de choisir le meilleur, sur une thématique qu'elle juge prioritaire, sans attendre qu'une association en prenne seule l'initiative. Co-construction.
- Mais ne doit pas être encadré au point d'être assimilable à un cahier des charges.
- En pratique : difficulté d'identification, par rapport à un marché public à procédure adaptée applicable dans les mêmes champ d'activités, car la procédure de MAPA permet également aux candidats de présenter des variantes (article 50 du CMP). Les entreprises peuvent ainsi prendre l'initiative de présenter des propositions de solution portant sur les éléments techniques ou technologiques, les moyens mis en œuvre ou les aspects financiers du marché. La Collectivité publique peut aussi dans ce cadre engager une négociation avec les candidats, ...
- L'appel à projet pourra –t-il juridiquement être limité aux seules associations ?
- Les associations bénéficieront-elles des mêmes garanties d'égalité de traitement, d'accès à la commande publique, de transparence dans le jugement de leur offre que dans le cadre de la commande publique et des mêmes voies de recours ?
- Dans le cadre de la loi HPST, les associations sont très critiques sur la procédure d'appel à projet mise en place dans le secteur médico-social.

En droit communautaire, les subventions aux associations sont assimilées à des aides d'Etat attribuées à des opérateurs économiques

- Vision extensive de la notion d'opérateur économique + absence de spécificité reconnue aux associations = assimilation des associations aux entreprises.
- Conséquence : le régime des subventions aux associations est assimilé au régime des aides aux entreprises.
- Les subventions sont en principe interdites pour ne pas fausser la libre concurrence, sauf dans des conditions très encadrées, notamment afin de compenser strictement les sujétions de service public liées à l'exercice d'une activité d'intérêt général.

Le paquet ALMUNIA

Un ensemble de 4 textes :

- La **Communication** de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aide d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (2012/C 8/02, JOUE 11-1-2012).
- L'**Encadrement** de l'UE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public (2012/C 8/03, JOUE 11-1-2012).
- La **Décision** de la Commission relative à l'application de l'article 106§2 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, C(2011) 9380 final JOUE 11-1-2012).
- Le **Règlement** n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.

Les conditions d'octroi d'une subvention selon le Droit communautaire

- L'organisme est chargé d'obligations de service public clairement définies (obligation de mandatement).
- Des paramètres objectifs de calcul de ces aides ont été établis avant leur versement.
- Ces aides n'entraînent pas de surcompensation c'est-à-dire ne sont pas supérieures aux charges de fonctionnement du SIEG en tenant compte d'un bénéfice raisonnable.
- Le bénéficiaire doit être choisi dans le cadre d'un appel d'offre **ou bien** la compensation ne doit pas dépasser les coûts d'une entreprise bien gérée dotée des moyens adéquats pour fournir le même service.

(Arrêt CJCE, 24 juillet 2003 - Altmark Trans GmbH, C280/00 CJCE)

Sous ces conditions, les compensations de SIEG ne sont pas des aides d'Etat et sont exemptées de notification préalable à la Commission européenne si l'aide n'excede pas 15 millions d'euros.

Si ces conditions ne sont pas remplies demande d'autorisation préalable à la Commission européenne sauf :

- Les « petites » aides d'un montant inférieur au seuil de minimis, présumées compatibles avec le droit européen :
 - « *de minimis* » (général) d'un montant inférieur à 200.000 € sur 3 ans.
 - « de minimis SIEG d'un montant inférieur à 500.000 € sur 3 ans.
- Quel que soit leur montant, les aides attribuées aux services sociaux : hôpitaux, soins de santé et de longue durée, garde d'enfants, accès et réinsertion sur le marché du travail, logement social et inclusion sociale de groupes vulnérables.
- les aides accordées à des organismes locaux qui n'affectent pas les échanges intracommunautaires (critère à manier avec prudence vu l'ambiguïté de la position de la commission).

Un mandatement

- Un marché public ou une DSP portant sur un service d'intérêt général est un mandatement (mais non une simple politique d'achat de prestations purement logistiques ou d'expertise).
- **Mais une convention d'objectifs peut aussi constituer un mandatement si les conditions suivantes sont remplies :**
 - Contenu et durée des obligations de service public proposées par l'association et reconnues par l'autorité publique.
 - engagement de l'association de mettre en œuvre les actions ou activités reconnues comme SIEG dans ces conditions.
 - Le territoire concerné.
 - La nature, le cas échéant, des droits exclusifs ou spéciaux accordés.
 - Les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation.
 - Les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières.

Concilier les obligations du droit communautaire avec les règles françaises de la commande publique

➤ **Attention :**

- La qualification de SIEG ne fait pas obstacle à l'application des règles de la commande publique.

La circulaire Fillon du 18 janvier 2010 ou comment concilier les règles communautaires et le droit interne ?

- Elle a cherché à concilier les exigences communautaires sur les aides d'Etat avec le droit des subventions aux associations en France : Elle précise les conditions d'un mandatement appliqué aux subventions.
- Elle a confirmé le champ d'application de la notion de subvention par rapport au champ de la commande publique :
 - Elle a recadré les appels à projet.
 - Mais en utilisant un langage compatible avec le droit européen, elle a créé une confusion avec le sens donné à ces mêmes notions par le droit français. exemple : la notion de service public qui, en droit français, renvoie à une initiative publique alors qu'en droit communautaire, elle vise une mission d'intérêt générale reconnue comme telle par l'autorité publique, mais qui peut aussi bien être d'initiative publique que privée.
- Elle est en cours de révision sans que cela implique des modifications substantielles
 - Mise à jour avec les derniers textes européens,
 - Travail en association avec les associations d'élus locaux pour qu'ils s'approprient l'outil qu'est la convention de subvention euro-compatible.

Contenu d'une convention d'objectifs euro-compatible

- Rappel des textes de référence ou de l'intérêt général qui s'attache à l'activité permettant de qualifier celle-ci de SIEG
- Description des actions subventionnées le cas échéant conformément aux conditions de l'agrément accordé à l'association. La nature exacte des obligations de service public imposées, leur portée et leur durée
- Conditions du financement public pour éviter toute surcompensation :
 - Budget prévisionnel.
 - Comptabilité analytique.
 - Conditions de prise en compte des charges communes de structure.
 - Prise en compte partielle des investissements et infrastructures nécessaires au fonctionnement du SIEG.
 - Production du compte rendu financier et des comptes annuels.
 - Restitution de la surcompensation.
- Critères d'évaluation et conditions de l'évaluation : Obligatoire pour les subventions de l'État. Permet de vérifier la conformité des résultats à l'objet de la subvention et aux objectifs définis, l'impact des actions au regard de l'intérêt général et les prolongements possibles en vue du renouvellement de la convention. Devrait être généralisé,
- Les indicateurs doivent être fixés en amont, d'un commun accord, au vu des objectifs à atteindre.

La rédaction d'une convention : un exercice de style délicat

- Justifier de l'initiative privée sans laquelle ce ne serait pas une convention de subvention,
- Mais conférer un **mandatement** :
 - reconnaissance explicite par la collectivité publique de l'existence d'un SIEG.
 - obligations de service public en contrepartie de la subvention.
 - encadrer le niveau du financement public.

Avantages / Inconvénients de la subvention

Vus du côté de l'association

Avantages

- Respect de la spécificité associative.
- capacité d'innovation, d'adaptation, d'expérimentation, souplesse et rapidité de mise en œuvre.
- L'association reste propriétaire de son projet mais partage celui-ci avec ses partenaires dans un objectif d'intérêt général.
- Participation des bénévoles. Mobilisation autour du projet associatif.
- Possibilité de mécénat si l'association exerce majoritairement des activités non lucratives.
- Subventions généralement hors champ d'application de la TVA.
- N'obère pas la possibilité pour l'association de bénéficier d'un régime d'exonération des impôts commerciaux.
- Possibilité de cofinancements et de partenariats divers.

Inconvénients

- Risque financier supporté par l'association.
- Nécessité, en règle générale, d'une part d'autofinancement (mais valorisation du bénévolat et contributions en nature).
- Délais de versements très longs.
- Annualité budgétaire même en cas de convention pluriannuelle.
- Octroi discrétionnaire de la subvention : un refus n'a pas à être motivé.
- Pas de droit acquis au renouvellement d'une subvention.
- Reversement des subventions non utilisées ou non intégralement consommées – reversement de la « surcompensation ».
- Importance des contrôles pesant sur les associations subventionnées (CAC, publication des comptes si total des subventions > à 153.000 €/an).
- Obligations comptables importantes résultant de l'octroi de subventions affectées.
- Subventions d'investissement et notion de patrimoine affecté selon les obligations imposées ou non par la collectivité publique.

Avantages / Inconvénients de la commande publique Vus du côté de l'association

Avantages

- En cas de marché public : absence de risque économique en principe pour l'association, mais :
 - Nécessité pour l'association de connaître précisément ses prix de revient.
 - Dans une négociation avec la CP, refuser des propositions non viables économiquement.
 - Obligation en principe pour la CP de refuser des offres anormalement basses.
- Délais de paiement encadrés.
- Les mises en concurrence permet aux associations d'intervenir sur des territoires où elles n'étaient pas implantées.

Inconvénients

- La CP élabore un cahier des charges et maîtrise la commande : La spécificité associative disparaît, l'association cesse d'être un partenaire pour devenir un prestataire interchangeable.
- Formalisme de la commande publique difficilement accessible aux petites associations locales et aux bénévoles : favorise les entreprises et les grosses associations professionnalisées, au risque de briser le lien social.
- Favorise la concurrence commerciale et entraîne une fiscalisation de l'association (TVA, IS, CET).
- Risque d'un surcoût pour la collectivité publique (fiscalité, prix représentant au moins la contre-valeur économique du service rendu, effet inflationniste des règles de fixation des prix dans le cadre d'un marché public..).
- Perte du mécénat.
- Démotivation des bénévoles.
- Modification du rapport aux usagers : ce ne sont plus des membres co-auteurs du projet associatif.
- Développement de logiques de concurrence entre associations, de prises de marchés, et non plus de partenariat.
- Critères d'évaluation plus quantitative et économique que qualitatif.
- Conséquences sociales d'une perte de marché: pas toujours transfert du personnel au nouveau titulaire du marché public. Licenciements et perte des compétences, dépôt de bilan de l'association locale qui n'a pas d'autre objet social.

Merci de votre attention

BRIGITTE CLAVAGNIER
DOCTEUR EN DROIT
AVOCAT AU BARREAU DE LYON
CABINET ALCYAconseil
112 RUE GARIBALDI
69006 LYON
bclavagnier@alcyaconseil.fr

