

CONVENTION D'OBJECTIFS : POUR DES RELATIONS GAGNANT-GAGNANT

Meilleur coût, maîtrise de l'activité... Les vertus attachées systématiquement à la commande publique ne résistent pas à l'analyse des atouts d'un conventionnement efficace. Arguments à destination des collectivités publiques.

Les pouvoirs publics multiplient, même lorsqu'ils n'y sont pas juridiquement tenus, les procédures de mise en concurrence pour le financement d'activités essentiellement gérées jusqu'alors par des associations¹. Tout cela sur le fondement d'un credo selon lequel la mise en concurrence permet d'obtenir des prestations d'un meilleur rapport qualité-prix et d'optimiser l'usage des deniers publics et permet une meilleure maîtrise de l'activité, le tout dans une plus grande sécurité juridique². Pourtant, une convention d'objectifs bien utilisée présente de nombreux avantages pour la collectivité publique par rapport au marché public, tout en préservant la spécificité de l'association, sa capacité d'initiative et d'innovation, de création de lien social. Il ne s'agit pas, bien entendu, de condamner le recours à la commande publique dans les cas où celle-ci s'impose – lorsqu'il s'agit de répondre à un besoin individualisé de

la collectivité publique – mais de dénoncer le recours abusif à la technique de la commande publique alors que l'association étant à l'initiative de son projet, la conclusion d'une convention d'objectifs est parfaitement possible.

LES ATOUTS DE LA CONVENTION D'OBJECTIFS

Une convention d'objectifs apporte des garanties importantes à la collectivité publique.

Liberté d'orientation

Dans le cadre d'une convention de subvention et d'objectifs, la collectivité publique n'a certes pas l'initiative du projet et ne fixe pas de cahier des charges mais elle a toute latitude pour orienter son soutien vers les seules activités menées par l'association qui rejoignent son propre projet politique.

Elle a la possibilité et même l'obligation, pour répondre aux exigences du « paquet Monti-Kroes », d'affecter les fonds publics aux seules activités d'intérêt général qu'elle reconnaît comme telles³.

Malgré l'initiative privée de l'activité, la collectivité publique conserve donc un important pouvoir quant à l'affectation des fonds. En outre, l'association doit se soumettre aux obligations du service public même pour une activité dont elle est à l'origine. Si l'organisme bénéficiaire exerce d'autres activités ou actions que celles subventionnées au titre du service d'intérêt économique général (SIEG), il devra tenir une comptabilité analytique permettant de justifier du respect de cette affectation. La convention de subvention peut prévoir des objectifs à atteindre et les critères d'évaluation, notamment qualitatifs, de l'activité menée.

Adaptation

Dans le cadre d'une convention de subvention, les parties conservent cependant une certaine souplesse. En effet, point n'est besoin d'un cahier des charges quantitatives et qualitatives. Le mandat n'a pas à définir précisément chaque activité et chacun des services attendus. Un atout dans des secteurs d'activité nécessitant une constante adaptation aux besoins ou désirs du public visé. Des définitions larges de la mission d'intérêt général peuvent être acceptées aussi longtemps que l'étendue de la mission demeure clairement définie. Néanmoins, les autorités publiques peuvent préciser les conditions de qualité requises pour l'accomplissement des missions des SIEG sans pour autant retirer toute marge d'initiative à l'association bénéficiaire sous peine de gestion de fait de fonds publics⁴ !

1. Près du quart du financement public des associations provient désormais de marchés publics et non plus de subventions.

2. Voir JA n° 396/2009, p. 14.

3. Voir JA n° 408/2009, p. 28 et JA n° 417/2010, p. 32.

4. CE 20 avril 2005, n° 261706.

[DF 1995/43, p. 1532]

“ Une activité économique implique un caractère onéreux. Si le prix traduit en fait une libéralité, il n'y a plus d'activité économique. Mais la question du seuil à partir duquel un prix peut être considéré comme une libéralité est une question de fait. Cette précision concerne en pratique les cas où les mécanismes de marché, qui interdisent durablement la réalisation durable d'opérations à perte, ne jouent pas normalement, par exemple lorsque des collectivités publiques sont impliquées ou que des opérations sont réalisées entre personnes ayant une communauté d'intérêts. Elle ne concerne pas bien entendu les rabais et les prix d'appel exceptionnels.”

Contrôle accru

Une convention de subvention et d'objectifs emporte en définitive un contrôle plus étendu de la collectivité publique sur l'association que dans le cadre d'un marché public. En effet, dans le cadre d'un marché public, le contrôle de la collectivité porte uniquement sur la prestation objet du marché et sur les pièces du marché⁵. En revanche, s'agissant d'une association subventionnée, le contrôle peut tout aussi bien porter sur sa gouvernance – sans pour autant porter atteinte à la liberté d'association – que sur l'ensemble de ses comptes et toutes pièces justificatives⁶.

Souplesse

L'engagement financier de la collectivité publique peut être aisément remis en cause dans le cadre d'une convention de subvention et d'objectifs. En effet, la collectivité publique peut suspendre à tout moment le versement des fonds si l'association n'est plus en mesure de respecter ses obligations contractuelles⁷, voire obtenir leur restitution si l'activité n'est pas réalisée. Elle peut mettre un terme anticipé à la convention

de subvention pour des raisons d'intérêt général⁸, sous réserve de respecter le préavis contractuel ou un préavis suffisant. Mais l'obligation d'indemniser l'association du préjudice qu'elle subit de ce fait demeure, selon la jurisprudence, limitée à une indemnisation relativement symbolique⁹, contrairement à la rupture d'un marché public qui implique de verser au titulaire une indemnité représentant le manque à gagner, y compris le bénéfice escompté jusqu'au terme du marché.

Coût moindre

Le versement d'une subvention s'avère souvent moins onéreux pour la collectivité publique que le versement d'un prix dans le cadre d'un marché public. La différence constatée en pratique, sans pour autant que cela présente un caractère démontré, est de l'ordre de 15 % à 20 %.

POURQUOI UN MARCHÉ PUBLIC COÛTE-T-IL PLUS CHER QU'UNE SUBVENTION ?

Les raisons de ce surcoût sont inhérentes à la technique même des marchés publics.

Un coût qui couvre le prix de revient et le bénéfice attendu

En premier lieu, par définition même, le prix d'un marché public doit être la contre-valeur économique du service rendu à la collectivité publique¹⁰, d'autant plus qu'il est interdit en France de vendre durablement à perte. En conséquence, le prix doit couvrir le prix de revient ainsi que le bénéfice attendu par l'entreprise¹¹.

En revanche, une subvention peut valablement ne couvrir qu'une partie du coût réel du service, l'association devant rechercher d'autres sources de financement. Selon une grande fédération de l'éducation populaire, un euro de subvention en génère trois autres provenant du bénévolat, mécénat et autres financements publics. Il y a généralement une part d'autofinancement dans le cadre d'une activité subventionnée, ne serait-ce que la valorisation du bénévolat. Mais passer dans une logique de commande publique décourage le bénévolat. En effet, dès lors que l'association entre dans une logique entrepreneuriale dans un cadre concurrentiel, les bénévoles perdent l'envie de s'investir et doivent être remplacés par des salariés, ce qui prive l'association de compétences importantes et augmente le prix de revient. Pour des raisons fiscales ●●●

“ Une convention d'objectifs bien utilisée présente de nombreux avantages pour la collectivité publique par rapport au marché public, tout en préservant la spécificité de l'association, sa capacité d'initiative et d'innovation, de création de lien social ”

5. CE 26 mars 2008, n° 284412.

6. CGCT, art. L. 1611-4. Le défaut de production des pièces demandées peut entraîner le remboursement des subventions versées : CE 23 mars 1990, n° 67-122, n° 77-501 et n° 77-502.

7. Voir, par exemple, JA n° 387/2008, p. 26.

8. Voir JA n° 397/2009, p. 28.

9. CAA Paris, 3 mars 1992, n° 90PA00242.

10. C'est l'arrêt « Codiac » (CE 6 juillet 1990, n° 88-224), rendu en matière fiscale, qui donne sa définition en droit public à la notion de subvention (voir CE, avis, 18 mai 2004, « Cinémathèque française » et CE,

6 juillet 1990, n° 284736, « commune d'Aix-en-Provence », ou encore les circulaires d'application du code des marchés publics). Voir l'encadré sur le comité fiscal de la mission d'organisation administrative du 7 février 1995 (DF 1995/43, p. 1532).

11. Circ. NOR INT/B/08/00133/C du 4 juillet 2008.

●●● évoquées ci-dessous, cela tarit le mécénat et limite les possibilités de cofinancement des autres collectivités publiques.

Le poids d'une fiscalité nouvelle...

La mise en concurrence a pour effet et pour objet de susciter et de générer une concurrence commerciale. Même dans des secteurs d'activité où les associations disposaient d'un quasi-monopole de fait, les appels à concurrence ont amené les entreprises commerciales à se positionner et à investir de nouveaux marchés. Cette situation rend les associations passibles des impôts commerciaux. Leur coût est donc augmenté du poids de la fiscalité. En effet, l'administration fiscale analyse la fiscalité des associations en trois étapes¹² :

- la première étape est le caractère bénévole et désintéressé de la gestion de l'association ;
- la deuxième étape concerne l'analyse du cadre concurrentiel. En l'absence de concurrence commerciale, l'association bénéficie d'une exonération. Mais s'il est constaté une concurrence commerciale,

l'association ne peut être exonérée d'impôts commerciaux que si elle démontre son utilité sociale ;

- cette démonstration de l'utilité sociale de l'association constitue l'étape 3 de l'analyse. L'utilité sociale est appréciée à partir de quatre indices principaux, classés par ordre d'importance décroissante (règle des « 4P ») : le produit proposé, qui n'est pas couramment offert à la vente par le secteur marchand ; le public visé, socialement digne d'intérêt ; les prix pratiqués, qui doivent être nettement inférieurs aux prix pratiqués par le secteur marchand ou différenciés en fonction de la situation sociale des bénéficiaires ; l'absence de publicité.

L'appel à concurrence, dès lors que des organismes commerciaux répondent à l'appel d'offres, place l'association en concurrence avec le secteur marchand, ce qui implique une analyse de ses activités au regard de la règle des « 4P ». Mais elle n'est plus en mesure de justifier qu'elle remplit ces critères. En effet :

- le produit n'est plus la mise en œuvre de son projet associatif mais un service directement rendu à la collectivité publique. Le cahier des charges établi par la collectivité publique doit être appliqué par le titulaire du marché, quel que soit son statut. Ce n'est

donc pas un critère de distinction vis-à-vis du secteur marchand ;

- le public visé n'est pas celui défini par la mise en œuvre du projet associatif mais celui défini par la collectivité publique ;

- de même, s'agissant des tarifs proposés, ceux-ci ne résultent pas de la politique tarifaire de l'association : c'est le prix contractuel retenu par la collectivité.

En conséquence, un marché public, dès lors que des organismes commerciaux répondent également à l'appel d'offres, place les associations en situation d'être assujetties aux impôts commerciaux (TVA, impôt sur les sociétés, contribution économique territoriale¹³, taxe d'apprentissage). Le poids de l'impôt se répercute nécessairement sur le prix des services proposés.

Quant aux subventions versées, le cas échéant, dans le cadre d'une délégation de service public, elles viennent alors nécessairement compenser les sujétions de service public imposées par la collectivité. Il s'agit généralement de subventions « compléments de prix » entrant dans l'assiette d'imposition à la TVA¹⁴. À l'inverse, une subvention de fonctionnement allouée en fonction des objectifs généraux de l'association est le plus souvent hors champ d'application de la TVA¹⁵.



“ La méthode d'établissement du prix dans le cadre d'un marché public est facteur de surcoût et peut générer une tendance inflationniste ”

12. Instr. du 18 décembre 2006, BOI 4 H-5-06 ; sur ce point, voir également en p. 26 de ce numéro.
13. La contribution économique territoriale (CET) remplace la taxe professionnelle depuis la loi

n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, JO du 31 ; voir JA n° 417/2010, p. 37.
14. CE 10 juin 2010, n° 301586.
15. Arrêt « Codiac », CE du 6 juillet 1990 préc.

... privant l'association des ressources de mécénat

Cette fiscalisation de l'association a également pour effet de priver les associations des ressources du mécénat. En effet, l'administration fiscale considère qu'une association ne peut recevoir des dons ouvrant droit à une réduction d'impôts pour les donateurs au titre du mécénat que si elle répond aux conditions d'exonération de la règle des « 4P » tels qu'ils viennent d'être définis¹⁶.

À défaut, une association fiscalisée qui émettrait des reçus fiscaux en contrepartie des dons manuels qu'elle reçoit s'expose à une amende fiscale de 25 % du montant des dons reçus et est soumise à des droits d'enregistrement des mutations à titre gratuit au taux de 60 % – ainsi qu'à 80 % de pénalité en cas d'absence de révélation de ces dons. De fait, une association fiscalisée doit renoncer à collecter des dons au titre du mécénat.

Une tendance inflationniste

La méthode d'établissement du prix dans le cadre d'un marché public est également facteur de surcoût et peut générer une tendance inflationniste. En effet, les marchés publics sont en principe conclus à prix définitif et intangible, sauf exceptions. Le prix est censé comprendre toutes les charges liées à l'exécution normale du marché et à l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant sa période d'exécution. S'il peut, le cas échéant, être actualisé périodiquement en fonction de l'évolution d'indices prévus contractuellement, il est en revanche très difficile d'indemniser l'entreprise en cas d'aggravation de ses charges ou de prestations complémentaires¹⁷. En effet, seules les charges imprévisibles au moment de la conclusion du contrat sont susceptibles

d'être indemnisées. La jurisprudence est très sévère sur ce point afin qu'une révision aisée ne soit pas une occasion de fausser les principes de transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats. Cela pousse donc les cocontractants de l'administration à anticiper d'éventuelles hausses des prix et à prendre en compte une marge d'erreur.

Un prix de revient aléatoire

Une entreprise qui répond à un marché public est autorisée à faire des bénéfices. Bien plus, la collectivité publique ne connaîtra pas le prix de revient réel du service qui lui est rendu. À l'inverse, dans le cadre d'une convention de subvention et d'objectifs, le montant de la subvention doit seulement compenser les sujétions de service public, c'est-à-dire couvrir le prix de revient. Seul un bénéfice raisonnable, plafonné à 10 % du montant de la compensation, est admis. L'excédent de subvention par rapport au prix de revient du service et en tenant compte de l'ensemble des recettes encaissées auprès des usagers qui viennent en déduction doit être restitué à la collectivité publique. La convention de subvention doit organiser la restitution de cet excédent. En outre, des paramètres objectifs de calcul de la subvention doivent être établis avant leur versement. Pour y parvenir, il est exigé que l'association présente un budget prévisionnel relativement détaillé, en recettes et en dépenses. Le dossier de demande de subvention, en ce qui concerne l'État, invite à préciser le montant des autres subventions sollicitées et les recettes provenant des usagers. Les charges susceptibles d'être prises en compte pour la détermination du montant de la subvention sont les charges directement afférentes à l'action subventionnée.

Une quote-part des charges communes de structure peut également être retenue, sous réserve d'être en mesure de justifier les clés de répartition. Le pourcentage de charges communes inclut seulement les investissements nécessaires à l'exécution du SIEG. Cela signifie, concrètement, que ces investissements seront, au mieux, financés à hauteur de l'annuité d'amortissement pendant la durée de la convention et sous réserve que soit démontrée leur utilité pour les besoins du SIEG.

Ainsi, la convention d'objectifs présente de nombreux atouts pour les deniers publics pour peu que les collectivités publiques cessent enfin de voir dans les subventions la source de tous les dangers. Il s'agit d'une technique juridique qu'elles doivent apprendre à maîtriser et qui comporte moins de risques d'annulation et de risques en matière pénale que les marchés publics eux-mêmes. Le nombre des contentieux en la matière est epsilon – moins d'une dizaine par an – alors que les contentieux des marchés publics étaient supérieurs à 5 000 en 2004 et, pour plus de 62 % d'entre eux, ont donné lieu à une annulation. La sécurité juridique est donc un faux argument ! Ainsi, et on l'a vu, ne serait-ce que pour des raisons fiscales, la mise en concurrence va provoquer la disparition des associations locales qui n'ont, malgré leurs compétences et connaissance du terrain et des besoins, ni les moyens techniques ni le savoir-faire nécessaire pour répondre aux appels d'offres, ni vocation à s'inscrire dans une logique de conquête de marchés. Mais avec elles disparaîtra également le lien social. Il faut moins d'un an pour casser un réseau de bénévoles et plus de 10 ans pour le reconstituer. À méditer avant qu'il ne soit trop tard... ■

16. Instr. du 24 décembre 2001, BOI 4 H-6-01.
17. CAA Paris, 13 février 2007, n° 04PA01640 ;
CAA Nancy, 5 juillet 2010, n° 09NC00896.



AUTEUR Brigitte Clavagnier
TITRE Directeur scientifique
JURISASSOCIATIONS,
avocat,
cabinet Alycaconseil-associations