

Les usages administratifs de la forme associative

les associations, partenaires ou instrument de l'administration?

Par Jean-Pascal Bonhotal

Ancien élève de l'ENA, Secrétaire général de l'Université Claude Bernard Lyon I

Forme d'auto-organisation des citoyens, fondée sur un choix volontaire de ceux-ci dans une perspective démocratique, l'association s'oppose dans sa définition presque terme à terme à une administration reposant sur un modèle hiérarchique d'organisation et de fonctionnement et utilisant des formes d'action unilatérales.

De fait, les courants de pensée tenant de la promotion de la forme associative comme modèle de l'action sociale voire de l'organisation politique adhèrent à une conception de l'Etat, surtout dans son acception administrative, qui le suspecte foncièrement de vouloir neutraliser, sinon anéantir les efforts et les richesses de la spontanéité sociale. Le fait que l'administration bénéficie d'un régime juridique particulier, le droit administratif, alors que l'association relève du droit civil conforte cette opposition entre une administration garante de l'intérêt général et des associations constituées pour la défense d'intérêts particuliers.

Mais cette opposition n'est qu'une illusion doctrinale. La réalité historique a davantage réalisé la complémentarité de l'association et de l'administration qu'elle ne les a opposées : dès le XIX^{ème} siècle, au delà de l'idéologie, les associations ont cherché à se positionner dans une logique de subsidiarité, tandis que l'administration a su mobiliser, parmi d'autres formes d'utilisation de

la gestion privé de ses services publics, les efforts associatifs comme autant d'"œuvres complémentaires" des services administratifs.

Cette évolution a conduit au milieu du siècle à une véritable "institutionnalisation" des associations, corps représentatifs des groupes sociaux et acteurs de bon nombre de politiques publiques.

Cette institutionnalisation a elle même ouvert la voie d'une banalisation progressive pendant une trentaine d'année, jusqu'aux alentours de 1980, de la forme associative, qui dérive de plus en plus pour constituer une technique standard, parmi d'autres, de la gestion des services publics et de l'intervention administrative en général.

C'est cette instrumentalisation que diverses évolutions, juridiques, économiques et fiscales remettent désormais en cause. Pour autant, si les administrations peuvent, et doivent, désormais, recourir à une diversité d'instruments disponibles, dans ce qui est devenu une "boîte à outils" des techniques administratives de gestion, cela ne semble pas devoir faire disparaître l'utilité pour l'administration de l'existence d'associations, à condition que celles-ci sachent bien souligner l'originalité de leur action, se professionnaliser et se doter de règles de gestion et de déontologie extrêmement rigoureuses.

Les associations et l'administration : subsidiarité, institutionnalisation et instrumentalisation

De la subsidiarité à l'institutionnalisation

S'il est admis rétrospectivement que le droit d'association est un des fondements de la République — le Conseil constitutionnel l'a effectivement érigé en "principe fondamental reconnu par les lois de la République", partie intégrante du bloc de la constitutionnalité —, ce

sont plutôt les courants hostiles à la République bourgeoise du début du vingtième siècle qui ont été les promoteurs de la pratique associative.

Le mouvement ouvrier, tout d'abord, dominé vers 1900 par une C.G.T. anarchosindicaliste prône le remplacement des institutions étatiques par des

organes d'auto-organisation des travailleurs permettant de passer du gouvernement des hommes à l'administration des choses et veut promouvoir la libre association comme étape à ce projet social d'alternative à l'Etat. Ce projet social de "syndicalisme d'action directe" est codifié dans la "Charte d'Amiens" en 1906. A l'autre bord de la société, les courants catholiques intransigeants récusent la légitimité d'un Etat laïc et cherchent également à constituer un réseau d'œuvres d'inspiration catholique prenant en charge tous les aspects de la société.

Ces deux courants minoritaires font en quelque sorte de l'association une alternative à l'Etat.

Toutefois à partir de la fin de la première guerre mondiale une nette inflexion se fait jour au sein de ces deux grands courants.

La C.G.T., dont se sont séparés les anarcho-syndicalistes "purs" qui ont rejoint les communistes, est gagnée au réformisme et modifie son analyse de l'Etat. Elle considère que la collaboration avec les institutions étatiques peut permettre l'évolution positive de la législation sociale : la mise en place d'organes au sein desquels le syndicalisme serait représenté devient sa priorité. De même, au sein du catholicisme social les courants les plus intransigeants se marginalisent : inspirés souvent de la pensée de Marc Sangnier les courants gagnés à l'idée démocratique dominant à la fois le syndicalisme chrétien en cours d'organisation et les multiples œuvres et associations catholiques.

Ces deux courants, à l'origine de nombreuses initiatives vont rechercher une reconnaissance par l'Etat de l'utilité sociale de leur action, comme action subsidiaire à celle de l'Etat et de ses administrations. S'ils sont parfois entendus, ils demeurent toutefois minoritaires ce qui explique qu'à la différence de la Belgique, par exemple, ils

ne parviendront pas à imposer un modèle dans lequel tout un ensemble de services publics ne sont que des émanations de l'une des deux grandes "constellation", la catholique et la socialiste. Ainsi l'action de ces courants associatifs conservera un caractère "subsidiaire".

La seconde guerre mondiale puis la période de la libération et de la reconstruction donneront plus de poids à ces activités subsidiaires. La faiblesse des possibilités d'action directe de l'Etat face aux besoins sociaux ouvre un champ important aux initiatives de type associatif : de nombreuses fonctions sociales, éducatives, d'encadrement de la jeunesse seront prises en charge directement par des associations et mouvements, et en premier lieu ceux de la mouvance catholique. La présence de représentants du catholicisme social au sens large, mais aussi du syndicalisme C.G.T. modéré au sein des institutions administratives de VICHY favorise ce mouvement et sa reconnaissance officielle.

Après 1944 ce mouvement n'est pas remis en cause. On assiste au contraire à une véritable institutionnalisation du mouvement associatif, en continuité, au moins méthodologique, avec certaines initiatives de Vichy, notamment en matière familiale, avec la création de l'Union nationale des associations familiales, de politique de formation, avec la création de l'association nationale pour la formation professionnelle accélérée ou de politique de la jeunesse et de promotion des activités sportives. Les associations sont donc reconnues par l'Etat non plus par ce qu'elles peuvent compléter utilement son action propre, mais parce qu'elles jouent véritablement un rôle de bras séculier.

Les années 1950-1960 amplifieront encore ce phénomène avec le développement des politiques, notamment culturelle et d'animation sociale, des collectivités locales.

De l'institutionnalisation à l'instrumentalisation

L'institutionnalisation intègre les cadres "militants" associatifs dans les appareils administratifs publics. En parallèle aux associations institutionnalisées, sont apparues les associations "para-administratives", organisées et dirigées de fait voire de droit par l'administration. De l'institutionnalisation on est ainsi passé à l'instrumentalisation. L'usage de la technique associative a désormais obéi à la recherche principale du contournement des règles de gestion administrative : débudgétisation, non respect de l'orthodoxie comptable publique, souci de se dispenser des règles rigoureuses de gestion de l'emploi public.

Cette recherche délibérée de souplesse de gestion

révèle dès les années 1980 les limites de l'association comme simple instrument : les corps de contrôle démontrent que le souci de souplesse conduit parfois à un laxisme gestionnaire incompatible avec les intérêts publics recherchés et à de graves manquements à la déontologie ou au droit. Dans les deux dernières décennies l'illusion de la panacée associative, lorsqu'elle n'est qu'un "faux nez" de l'administration s'évanouit et l'effort des pouvoirs publics portera sur la recherche d'élaboration de nouvelles techniques administratives conciliant les préoccupations tournées vers l'efficacité de la gestion administrative et le retour à un cadre juridique public.

Cette stratégie de "normalisation" a trouvé un nouveau souffle dans les toutes dernières années depuis 1993 : l'impact renforcé du droit de la concurrence, fortement influencé par le droit communautaire, d'une part et la mise en place d'un régime fiscal des associations qui les soumet, dès

lors qu'elles sont prestataires de service à tous les impôts commerciaux (TVA, taxe professionnelle et impôt sur les sociétés) d'autre part, font disparaître tous les avantages comparatifs du mode de gestion associative.

La diversité des formes de recours de l'administration à la formule association

La spécificité de la formule associative est la souplesse face à un monde administratif perçu comme paralysé par des procédures formalisées. Elle a permis la rencontre, qui n'avait pas été envisagée au départ, des associations et de

l'administration, et est à l'origine de la diversification des formes de cette rencontre. qui correspond à la diversité des usages pour lesquels cette formule juridique est mobilisée par les pouvoirs publics.

Les formes de reconnaissance institutionnelle

La participation de l' "administration consultative "

La transformation de l'administration régaliennne marquée par des rapports unilatéraux avec les usagers, en une "administration consultative" suscite la création de milliers de commissions, comités qui ont pour fonction de recueillir des avis préparatoires sur la réglementation en formation ou sur la mise en œuvre des politiques publiques. Ces organes multiples comportent, au delà de la représentation technique des diverses administrations concernées, une représentation plus ou moins substantielle des usagers. Cette représentation procède par exemple dans les Conseils d'administration des établissements publics, de l'élection par les usagers eux-mêmes. Lorsque cette technique électorale est impossible, il est fait recours à la sollicitation des associations représentatives des usagers pour assumer la présence de ceux-ci dans les organes consultatifs. C'est le cas par exemple de toutes les institutions concernant les consommateurs.

Le conventionnement

Le constat de la participation d'une association à une activité d'intérêt général prend dans le cas le plus fréquent la forme d'une convention, c'est à dire d'un acte administratif bilatéral. Cette technique a été organisée de manière définitive dans la circulaire du Premier Ministre du 27 janvier 1975. Ce texte subordonne en particulier le subventionnement des associations, lorsqu'il est d'un niveau important, à la signature d'une convention.

Cette technique d'engagement réciproque présente des avantages pour les deux parties. Les

associations bénéficient d'un engagement de l'administration, qui leur permettra de prévoir leur action sur un terme, souvent pluriannuel. Pour l'administration, le conventionnement a pour effet de subordonner la subvention à certaines conditions qui faciliteront le contrôle de son utilisation. Cette technique est d'usage également à chaque fois que l'administration fournit des moyens en matière de personnel mis à disposition, locaux, etc...

L'agrément

L'agrément, qui se combine fréquemment avec une convention ou une subvention, est en revanche un acte unilatéral de l'administration qui a pour effet de lui attribuer un label de qualité, lequel permet à l'association d'intervenir, avec la garantie et le cas échéant l'aide, de l'administration, dans un domaine déterminé.

Les domaines sujets à des procédures d'agrément sont extrêmement divers. Ils concernent les personnes physiques animant des activités associatives (direction d'établissement sociaux ou éducatifs) mais aussi, le plus fréquemment les associations elles mêmes : agrément des organismes de formation, des organismes de tourisme, des établissements du secteur sanitaire et social. L'agrément est créateur de droits : possibilité d'être subventionné, de bénéficier de soutiens "en nature", d'ester en justice (par exemple droit de se porter partie civile dans des actions en justice pour les associations, contre le racisme ou pour la défense des consommateurs), ou de recevoir de simples facilités d'interventions (les associations qui se proposent de promouvoir des actions de prévention en matière de santé, de lutte contre la

toxicomanie ou d'autres fléaux sociaux, qui sont agréées par le Recteur d'Académie peuvent intervenir dans les établissements scolaires).

L'agrément - Il existe au total plusieurs centaines de régimes particuliers - ne conditionne pas dans le cas général l'existence de l'association et de son

activité propre. Il existe toutefois quelques exceptions d'associations qui ne peuvent exister que dans le cadre d'agrément, notamment les associations intermédiaires et les associations de financement des partis politiques.

La participation directe à la gestion des services publics

L'habilitation des associations à gérer des services publics

Le droit administratif français a toujours reconnu la faculté aux collectivités publiques de ne pas gérer elles-mêmes, avec leurs moyens propres, "en régie directe" les services publics qui relèvent de leurs compétences. La jurisprudence a encadré progressivement cette faculté de gestion déléguée en fixant les limites (la délégation ne peut porter sur la création des services, leur direction stratégique ou la totalité des missions) et a ouvert la possibilité de confier cette gestion non seulement à des organismes à finalité industrielle et commerciale, mais aussi à des organismes de forme associative (conseil d'Etat "Aide et protection", 13 mai 1938). Ces organismes, quel que soit leur statut doivent bénéficier en ce cas d'une habilitation de la collectivité publique, c'est à dire d'un titre dont l'objet est de confier une capacité à une personne qui, habituellement, ne la possède pas. Cette habilitation a des conséquences bien précises : L'association qui gère un service public se "dédoube" juridiquement. Elle connaît une vie privée normale, sa vie associative, pour tout ce qui concerne son fonctionnement interne et les relations avec ses adhérents, et une vie publique pour tout ce qui concerne la gestion du service public. Le Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 mars 1983 a eu l'occasion de juger que jamais, lorsqu'une association est chargée de la gestion d'un service public, elle ne pouvait subordonner l'usage du service à l'adhésion à l'association.

L'association habilitée à une mission de service public subit un contrôle de la part des pouvoirs publics et peut bénéficier de prérogatives de puissance publique comme par exemple la possibilité de disposer d'un véritable monopole sur un secteur géographique donné : c'est le cas dans le domaine sportif où les fédérations sportives qui organisent des compétitions nationales ou régionales sont investies d'une mission de service public. Elles représentent l'ensemble des associations sportives dans une discipline ou dans un groupe de disciplines données, l'Etat n'admettant qu'un seul interlocuteur. Ces situations

de monopole, contraire au principe de liberté d'association, sont exceptionnelles : outre les fédérations sportives sont concernées les fédérations départementales de pêche et de pisciculture, de chasseurs.

Sans disposer d'un tel privilège certaines associations participent de fait, dans le cadre de types d'agréments particuliers, à l'animation d'une activité de service public. Les principales situations sont les suivantes : les Fédérations de protection de la nature, et de l'environnement, les Associations de consommateurs, les associations éducatives complémentaires de l'Education nationale, les associations de financement des partis politiques, les associations de gestion agréées qui tiennent la comptabilité des professions libérales, des commerçants, artisans, les associations s'occupant du volet insertion du RMI.

La création directe d'associations dans l'aire administrative

Elle consacre l'utilisation par l'administration - c'est à dire les personnes publiques, l'Etat, les collectivités locales - de la forme associative pour créer des structures qui sont formellement des structures associatives mais qui en réalité restent l'administration.

-Les associations mixtes

Souvent créées à l'initiative des pouvoirs publics, elles comprennent parmi leurs membres des représentants du secteur privé et des administrations publiques.

Elles participent à des missions de service public et à des activités d'intérêt général. Ce sont des instruments de co-gestion, qui associent des personnes physiques ou morales. Elles sont des personnes morales de droit privé qui du fait de la provenance de leurs ressources sont étroitement contrôlées par l'Etat. On peut citer des exemples comme le FONJEP (fonds pour la jeunesse et l'éducation populaire), gérant des fonds pour des salariés d'associations ou, dans une certaine limite, la Fédération des maisons de jeunes et de la culture. La circulaire du Premier ministre en date du 27 janvier 1975 relative aux "rapports entre les col-

lectivités publiques et les associations assurant des tâches d'intérêt général", a recadré ce dispositif :

"L'Etat et les collectivités publiques n'ont pas le monopole du bien public. Dans bien des cas, c'est d'abord l'initiative privée qui a permis de répondre à des besoins. D'autre part, l'Etat et les collectivités locales, de même que les établissements publics qui en relèvent, ont été amenés à confier des tâches d'intérêt général à des associations régies par la loi de 1901. Ces dernières participent ainsi, aux côtés de la puissance publique, à l'action sociale culturelle, éducative, sportive ou en faveur des loisirs. Les principes fixés par la loi de 1901 permettent en effet à une association de participer à une mission d'intérêt général et éventuellement de gérer un service public, pratique confirmée par la jurisprudence ..."

Cette technique permet d'établir des liaisons entre plusieurs services publics et facilite leur coordination. Le fait d'être dégagée des contraintes de la comptabilité publique et de la règle de l'annualité budgétaire lui confère plus de souplesse dans son fonctionnement donc plus d'adaptabilité.

-Les associations administratives

La circulaire du Premier ministre du 15 janvier 1988, indique à ce sujet :

"Cette catégorie d'associations ne peut être définie par des critères simples. Elle se caractérise néanmoins en général par un financement d'origine publique très important, les crédits publics en

provenance de l'Etat ou de ses établissements publics atteignant ou dépassant fréquemment 75% du total des ressources de l'association, sans préjuger d'autres financements publics éventuels (collectivités locales, CEE). On y note par ailleurs une présence majoritaire ou un pouvoir prépondérant de faits d'agents de l'Etat ou de ses établissements publics dans les organes dirigeants..."

La Cour des comptes s'est élevée régulièrement contre ce qu'elle considère comme un démembrement de l'administration, affirmant que beaucoup de ces associations "ont une structure factice et ne sont qu'un dédoublement de services publics, animés, dirigés et gérés par des fonctionnaires, à l'abri de contrôles jugés trop étroits ou de prescriptions estimées trop rigoureuses".

Une circulaire du 1er février 1988 émanant du ministre délégué au budget complète et précise les rapports entre l'Etat et les associations bénéficiaires de financements publics. Elle réserve un point spécial au "problème particulier des associations para-administratives" en prônant dans le cas général leur disparition, avec quelques exceptions : "l'Etat peut en revanche accepter l'existence d'associations de ce type destinées à assurer certaines activités en collaboration avec les usagers, une profession ou les collectivités locales".

Une formule menacée par ses propres faiblesses et dérives Fragilités, nouvelles contraintes et nouvelles menaces suscitent la recherche d'alternatives à la gestion associative

Les faiblesses et dérives qu'a connues la forme associative a brouillé son image

Les effets de la permissivité :

La Cour des comptes souligne régulièrement les dérives qui ont découlé d'une gestion associative peu rigoureuse. La "souplesse" supposée de l'association est en effet à l'origine d'une grande permissivité, et de risques directs d'atteinte au droit, à la déontologie ou simplement à la bonne gestion. De manière très concrète, la possession et le maniement par un responsable associatif, directement sous sa responsabilité d'un carnet de chèque crée des tentations de détournement, ou au moins des risques de devoir répondre à des pressions que ne connaît pas l'ordonnateur d'un organisme public. Certes, même en régime de comptabilité publique la fraude est possible mais

elle suppose un modus operandi très élaboré qui n'est pas nécessaire dans une gestion associative. Dans son rapport de 1999 la Cour des comptes relate avec détail plusieurs affaires de détournement dans le secteur culturel, mais aussi et en nombre plus significatif, dans le même secteur de pratiques de gestion approximatives ou laxistes, marquées par un très faible sentiment de responsabilité dans l'utilisation de fonds pourtant essentiellement publics. Elle souligne toutefois que l'une des causes de cette grande permissivité et de ce relâchement gestionnaire réside dans la faiblesse voire l'inexistence du contrôle de la part des administrations.

Le risque "systémique" de la gestion de fait

- L'article 60 de la loi du 23 février 1963 postule que : *"toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou relevant d'un tel poste doit, nonobstant les poursuites qui pourraient être engagées devant les juridictions répressives, rendre compte au juge financier de l'emploi des fonds ou valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés. Il en est de même pour toute personne qui reçoit ou manie directement ou indirectement des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un comptable public et pour toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public, procède à des opérations portant sur des fonds ou valeurs n'appartenant pas à des organismes publics, mais que les comptables publics sont exclusivement chargés d'exécuter en vertu de la réglementation en vigueur. Les gestions de fait sont soumises aux mêmes juridictions et entraînent les mêmes obligations et responsabilités que les gestions régulières. Néanmoins, le juge des comptes peut, hors le cas de mauvaise foi ou d'infidélité du comptable de fait, suppléer par des considérations d'équité à l'insuffisance des justifications produites".*

Cette procédure de la "gestion de fait" a donc pour objet de permettre la réintégration dans la comptabilité d'un comptable public des fonds qui

auraient été irrégulièrement maniés. La gestion associative est un domaine particulièrement propice au risque de gestion de fait et plus du tiers des affaires de cette nature traitées devant les juridictions financières concernent des associations. En effet les associations travaillant dans l'aire administrative peuvent être mises en cause soit que l'on considère qu'elles ont extrait irrégulièrement d'une caisse publique les fonds provenant des subventions reçues mais qu'elles auraient utilisé dans des conditions irrégulières, soit à l'inverse, qu'en recouvrant directement des recettes liées à des activités qui normalement auraient dû se traduire par des recettes budgétaires de l'organismes publics, elles auraient détournées ces recettes de leur véritable destinataire, la caisse du comptable public.

Ce risque est encore renforcé lorsque les organes de l'association sont étroitement contrôlés par l'administration et qu'il peut être démontré que les décisions financières sont prises de facto par l'administration.

Seule la démonstration de l'autonomie véritable de l'association, d'une part, et la démonstration que les fonds ont bien été utilisés par l'association conformément à son objet statutaire peut prévenir l'aboutissement d'une telle procédure. Il importe également qu'une convention précise soit établie entre l'organisme public et l'association qui définisse l'objet de la subvention et les conditions d'utilisation et de contrôle.

De nouvelles contraintes et de nouveaux risques rendent cette formule beaucoup moins attrayante

Les avantages comparatifs de la gestion associative sont supposés nombreux au regard de la gestion publique. Mais les évolutions les plus récentes démantèlent ces avantages et au delà, fragilisent l'existence même de certaines associations.

Le respect des obligations sociales et comptables

En matière sociale, jusqu'aux années 1970, les associations –sauf les plus importantes- ont souvent eu des pratiques relativement informelles. A la suite de contrôles des URSSAF elles ont dû normaliser leur situation en matière de charges sociales. De même pour toutes celles qui sont employeur, la complexification croissante du droit du travail est une charge lourde et entraîne une responsabilité des dirigeants, qui n'y sont pas toujours préparés. Paradoxalement, en matière sociale c'est désormais dans les organismes de droit public que perdurent des situations relativement informelles.

De même, si les petites associations ne sont soumises qu'à des obligations comptables assez sommaires –mais dont il s'avère qu'elles ne sont pas toujours respectées- les associations ayant des activités économiques ou recevant des subventions publiques sont soumises à des obligations lourdes en la matière.

La responsabilité personnelle des dirigeants d'associations

Le paravent de la personnalité morale a permis le développement d'un manque de responsabilité de la part des associations. Souvent mauvais payeurs, en raisons notamment de retard de versement des subventions publiques, les associations sont désormais soumises à un régime organisé par la loi du 10 juin 1994 qui prévoit que leurs dirigeants sont passibles d'une condamnation à supporter personnellement le passif associatif impayé. La

découverte de cette responsabilité personnelle des dirigeants est à même de remettre en cause de nombreuses vocations à l'animation bénévole de ces associations.

Les contraintes fiscales et les effets de la fiscalisation des activités

Par leur objet désintéressé – qui définit négativement les associations, par l'interdiction de partager des bénéfices – les associations se sont longtemps cru bénéficiaires d'une sorte d'immunité fiscale, même lorsqu'elles développaient, notamment au profit des collectivités publiques, des prestations de services. L'intervention des associations, même dans la sphère administrative, bénéficiait dès lors d'un avantage comparatif évident qui a entretenu le recours abusif à cette formule. L'assujettissement à la TVA, en raison du principe de neutralité qui caractérise cet impôt, a toutefois été admis assez tôt.

En revanche, la soumission aux deux autres impôts commerciaux, taxe professionnelle et impôt sur les sociétés, a été sujet de controverses. Après une période de latence, marquée à la fois par une relative tolérance des services fiscaux et par des opérations ponctuelles de redressement, une ligne claire a été définie dans l'instruction fiscale du 15 septembre 1998 : après un ultime délai destiné, dans un souci pédagogique, à permettre aux associations de s'approprier les nouveaux principes fiscaux, le nouveau régime est définitivement généralisé depuis le 1er janvier 2000. Ces nouveaux principes qui ne reposent sur aucune base légale explicite, (celle-ci n'était pas nécessaire puisqu'il ne s'agissait, en définitive que de mettre fin à une tolérance), ont effectivement été confirmés par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 1er octobre 1999. Ces principes sont simples : ils se fondent sur la levée de l'illusion de la "non lucrativité" en reconnaissant que, nonobstant une finalité fondamentale non lucrative, les activités effectivement gérées peuvent dégager un bénéfice dans les conditions d'une entreprise commerciale. L'instruction du 15 septembre 1998, complétée par une instruction du 16 février 1999, repose sur une démarche consistant à examiner successivement trois critères permettant de conclure au caractère lucratif de l'organisme dont l'activité est analysée, caractère qui entraîne, dans le premier cas, l'assujettissement aux impôts commerciaux, ou dans le second cas, son exonération. Concrètement, les services fiscaux se posent désormais trois questions :

- la gestion de l'organisme est elle intéressée (la

rémunération des dirigeants constituant habituellement un indice fort d'intéressement) ?

- l'association concurrence-t elle une entreprise ?
- les modalités d'exercice de l'activité sont elles semblables à celles d'une entreprise par le produit proposé, le public visé, les prix pratiqués, et la publicité faite (règle des " 4 P ") ?

Cette normalisation dans un domaine très sensible est une menace directe pour un certains nombre d'associations.

La normalisation des relations entre les collectivités publiques et les associations au regard du droit de la concurrence

Comme en matière fiscale, il a été longtemps considéré que les associations n'étaient pas soumises aux règles qui régissent les relations entre les collectivités et les entreprises commerciales, même lorsque ces associations étaient en relations de prestation de service à leur endroit.

La doctrine avait à diverses reprises soulevé des interrogations à cet égard, et un avis du Conseil de la concurrence du 12 décembre 1997 a formalisé le débat à propos de la conformité des opérations de fouilles d'archéologie préventive aux règles de concurrence nationales et communautaires. En effet, depuis 1973, le ministère de la culture avait confié, sans recours à une procédure particulière, à l'Association des fouilles archéologiques nationales (AFAN) la mise en œuvre de la quasi totalité des opérations en ce domaine.

Cette situation a pu paraître contraire aux stipulations de l'article 90-2 du traité de Rome qui prévoient que "*les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général ou présentant le caractère de monopole fiscal 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 qui leur est impartie*". Or les relations de l'AFAN avec l'Etat ne semblaient pas remplir les conditions pour relever d'une exception prévue par le traité aux règles de concurrence. C'est notamment cet avis qui est l'origine de la remise en cause de l'existence de l'AFAN. Ce précédent peut être transposé à de nombreux secteurs. Le Conseil d'Etat n'a pas eu à connaître de manière directe de ce type de situation mais on peut facilement émettre l'hypothèse qu'il ne contrarierait pas une solution de ce type, en extrapolant aux relations entre les collectivités publiques et les associations la solution qu'il a dégagé à propos des relations entre

collectivités publiques : dans son arrêt "Communauté de communes du Piémont du Barr" (20 mai 1998), il a estimé en effet que devaient relever des règles communautaires relatives aux marchés publics, et donc à la mise en concurrence, les relations conventionnelles entre une commune et un établissement public de coopération intercommunale, dès lors que les prestations de services objets de la convention ne correspondaient pas aux seules missions statutaires pour lesquelles cet EPCI avait été créé.

Or le non respect des règles régissant les marchés publics est durement sanctionné, puisque depuis 1994 il fait l'objet d'une incrimination spéciale dans le Code pénal, sous la forme du délit de "favoritisme dans les marchés publics". Dès lors et sans attendre une clarification juridique définitive de nombreuses collectivités ont réorganisé leurs relations avec des associations soit dans le cadre très formel de la passation d'un marché public consécutif à un appel d'offres, soit à travers une convention de délégation de service public, qui suppose également, depuis la loi "SAPIN" une mise en concurrence.

Cette évolution a été confirmée par le nouveau Code des marchés public, organisé par le décret du 7 mars 2001. Ce dernier ne dispense les collectivités publiques de la passation d'un marché public pour les relations avec "un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle" que dans le seul cas où "même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques", il applique pour ses besoins propres le Code des marchés publics : concrètement cette disposition impose de passer par les règles du Code pour les relations avec les associations para administratives sauf dans le cas où il y a délégation de service public, après mise en concurrence.

Au total, il résulte de la mise en évidence des divers risques de gestion et des nouvelles contraintes juridiques, fiscales et économiques que le processus de normalisation des usages administratifs du fait associatif est bien avancé.

Des solutions alternatives à la gestion associative existent : la "boîte à outils" des administrations

Sans rechercher de nouvel instrument universel celles-ci doivent s'attacher à apprécier de manière très circonstanciée les nécessités et les contraintes propres à chaque activité

Le recours aux associations obéit à des motivations diverses. La sollicitation du mode associatif s'avère rarement une véritable nécessité technique ou juridique, mais plutôt une commodité. Or souvent, les facilités qui étaient attendues de l'usage administratif d'une association peuvent elles être obtenues par d'autres techniques, sans exclure au demeurant le maintien du mode associatif, dans des conditions bien précises ; il y a désormais une diversité remarquable d'instruments dans la "boîte à outils" des techniques administratives de gestion.

Les formules juridiques nouvelles répondent à de nombreux cas

- les groupements d'intérêt public (G.I.P.)

La formule juridique du G.I.P. résulte directement de la réflexion sur les limites de la gestion associative et entre dans le droit positif par la loi d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique du 15 juillet 1982 qui prévoit la possibilité pour les organismes de recherche publique de créer des G.I.P.

Cette possibilité est également ouverte dans le cadre d'un régime juridique légèrement différent

par la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur. Elle sera étendue, par des dispositions législatives spéciales à chaque fois, à la quasi totalité des champs de politiques publiques : action sanitaire et sociale, transfusion sanguine, insertion professionnelle, gestion des fonds de solidarité, assistance technique et coopération internationale, formation et orientation professionnelle, aide juridique, action foncière, culture, postes et télécommunications, activités physiques et sportives, administration territoriale, tourisme etc.. Les principales caractéristiques des G.I.P. sont les suivantes :

- a) ce sont des personnes morales de droit public, sui generis différentes des établissements publics (Tribunal des conflits du 14 février 2000, GIP-HIS c/Mme Verdier) ;
- b) elles sont créées sur la base du volontariat, dans le cadre d'une convention entre les personnes morales adhérentes, et non d'un acte unilatéral - loi, décret -, comme c'est le cas des établissements publics ;
- c) ces personnes morales peuvent associer des collectivités de droit public, mais aussi des personnes morales de droit privé : entreprises, associations ...

d) la durée de vie du groupement est limitée et doit être précisée dans la convention (souvent 3 à 6 ans) mais il peut être reconduit avec l'accord des membres ;

e) le mode de gestion peut être public ou privé : il est toujours public lorsque tous les membres du groupement sont des personnes publiques, mais peut être privé lorsqu'au moins un membre est une personne privée ; lorsque la gestion est publique le régime financier et comptable appliqué est celui des établissements publics à caractère industriel et commercial, un régime assoupli par rapport au droit budgétaire et à la comptabilité publique classique, et qui permet le recours à certaines techniques de la gestion privée ;

f) les G.I.P. sont soumis à des contrôles : contrôle a priori, au moment de la création qui doit être approuvée par le ministère de tutelle technique et le ministère de l'économie et des finances ; puis contrôle sur la gestion, par un commissaire du gouvernement, désigné par le ministère de tutelle technique et un contrôleur d'Etat, désigné par le ministère de l'économie et des finances.

- les filiales et les groupements d'intérêt économiques

La possibilité pour les diverses collectivités publiques de prendre des participations dans des sociétés commerciales, et donc de créer des filiales lorsque ces participations sont majoritaires est encadré par des dispositions précises : par la loi pour les collectivités locales, par leur statuts ou par des dispositions spéciales pour les établissements publics nationaux. Dans un certain nombre de domaines où le recours aux associations était motivé par l'intérêt de pouvoir utiliser, en matière de gestion financière ou de personnel, des techniques de la gestion privée pour réaliser la production et la vente de biens et services, la création de filiale ou des prises de participation ont été prônées comme solution alternative. La création de "groupements d'intérêt économique" peut constituer une piste pertinente pour la mise en commun de moyens.

Il est aussi envisageable de transformer un établissement public en une société privée en cas de constat de l'inadaptation du statut public à une entité tournée vers le marché : voir par exemple, dans le domaine des nouvelles technologies, le décret N°2001-1213 autorisant l'établissement public de l'Etat dénommé "Agence pour la diffusion de l'information technologique" à faire apport de son patrimoine à une société anonyme portant le même nom, portant dissolution de l'établissement

public et autorisant le transfert au secteur privé.

La revalorisation de formules anciennes

- la pertinence de l'intervention d'établissements publics :

La technique la plus classique pour l'Etat ou une autre personne publique de donner un cadre de gestion assoupli à l'un de ses services est l'érection de ce service en établissement public, c'est à dire dans une personne morale de droit public ayant un objet spécialisé et dotée de l'autonomie administrative et financière. Cette technique a été la première forme de "démembrement de l'administration" et a beaucoup servi de technique de "débudgétisation" et il n'est pas impossible que la création de tels établissements puisse se rattacher encore à de telles préoccupations.

Mais depuis quelques années l'établissement public apparaît comme une solution pour consolider la situation de structures para administratives : la loi n°2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive a prévu la transformation de l'association para administrative intervenant en ce secteur en un établissement public, transformation opérée effectivement par un décret début 2002 ; de même, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 prévoit-elle la transformation de plusieurs groupements d'intérêt public créés dans le domaine sanitaire en établissements publics ;

- le développement des délégations de services publics

Nous avons déjà souligné que la mise en place de délégations de service public en bonne et due forme constitue la solution de substitution à une délégation de fait à une association dans un cadre informel ou sur la base d'une convention simple. Tel est le cas en particulier dans un domaine périphérique de la gestion de certaines administrations : celui de la gestion des restaurants administratifs assurant la prise en charge de la restauration collective des personnels. Le rappel de la soumission normale de ce genre d'activité à des procédures de mise en concurrence fragilise la position des associations de personnels - qui en raison de leur dépendance vis à vis de l'administration sont de fait "para administratives" - qui en assurent la gestion. De nombreuses collectivités locales ou établissements publics ont d'ores et déjà renoncé à ce mode de gestion pour déléguer ce service à des sociétés de restauration collective. Un ministère très important - l'Intérieur - va prochainement procéder de la même manière. Seul, paradoxalement (?) le ministère de l'économie

et des finances dont la restauration collective, puissante et massivement subventionnée, est gérée par une association qui est un simple faux nez de l'administration (les responsables en sont, statutairement, les responsables de certains services de l'administration centrale) ne semble pas ébranlée par ce mouvement de fond. Il est à noter au demeurant que délégation de service public (formule désormais précisément définie par la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique) n'exclut pas nécessairement du jeu les associations : rien ne fait obstacle à ce que celles ci présentent des offres dans le cadre des diverses procédures de mise en concurrence.

- les conventions entre collectivités publiques

La coopération entre collectivités publiques prend fréquemment la forme de création d'une association, sans que cela signifie que les collectivités concernées souhaitent l'existence à leur côté

d'une véritable organisation autonome ; dès lors l'existence de l'association en tant que personne morale n'est pas nécessaire et il vaut mieux alors que la coopération prenne la forme d'une convention simple, qui confie le soin de gérer les moyens mis en œuvre pour la réalisation de l'action commune à l'une des parties à la convention.

- le recentrage du recours aux associations

Enfin, le recours à la forme associative demeure dans certains cas pertinente, si les risques de gestion de fait (découlant de l'absence d'indépendance de l'association) et de dérive permissive (découlant, à l'inverse, d'un contrôle défaillant) sont strictement prévenus ; un tel recentrage du recours à la forme associative passe par un professionnalisme accru des associations et la définition, dans la convention liant la collectivité et l'association d'un protocole précis et opératoire de contrôle et d'évaluation de l'activité de l'association.

Un cas pratique : l'Université Claude-Bernard-LYON1 et ses associations

Dix ans de recherche de la transparence, d'une claire définition des responsabilités et d'un partenariat équilibré

Afin d'illustrer les modalités pratiques, de recours aux différents instruments contenus dans la boîte à outils de la gestion administrative, présentons brièvement l'expérience qu'a connue depuis une dizaine d'années un très important établissement public national à caractère scientifique, culturel et professionnel, l'Université Claude Bernard LYON 1. Cinquième établissement universitaire de France par sa taille et vraisemblablement le premier en dehors de l'Île de France il regroupe une communauté de travail de près de 5000 personnes de statuts très divers, 27000 usagers étudiants sur 400000 m² bâtis en différents points de l'agglomération lyonnaise et dans quelques petits sites hors de cette agglomération. Son budget consolidé regroupant tous les moyens dont il dispose, quel que soit le financeur, est de l'ordre de 250 millions d'€.

Comme toutes les universités, cet établissement connaissait une floraison d'associations imbriquées dans son activité, dans le cadre de relations complexes, ambiguës parfois ; plusieurs situations étaient extrêmement critiquables : plusieurs d'entre elles ont donné lieu à des procédures de gestion de fait et une à une procédure judiciaire pour détournement de fonds.

Ces associations voulaient répondre à des préoccupations diverses et c'est pourquoi cet établissement a su tirer de la "boîte à outils" évoquée ci dessus les instruments pour y répondre.

Aucun recensement exhaustif n'a pu être dressé, mais il est vraisemblable que plusieurs dizaines de ces associations étaient destinées à conduire vis à vis du monde économique des actions de prestations, dans le but également de dégager des ressources permettant à des laboratoires de conduire leurs recherches ou à des équipes d'enseignants de financer des équipements coûteux, tout en échappant aux règles budgétaires et à la comptabilité publique. Un audit avait estimé à plusieurs dizaines de millions de F le chiffre d'affaire échappant ainsi au contrôle des instances universitaires officielles. Cette situation a désormais, pour l'essentiel, disparu : s'agissant des activités se rattachant à la formation continue, un service commun géré en régie directe avec beaucoup de professionnalisme mais laissant une large marge de manœuvre dans la réalisation des actions aux responsables de chaque unité a permis que LYON 1 soit au second rang national de toutes les universités françaises.

De même en matière de recherche, les activités contractuelles et les prestations sont gérées depuis 1990 dans le cadre d'une société anonyme EZUS-LYON 1 dont le capital est détenu à 68% par l'université : avec 25 Millions d'€ elle est la plus importante filiale universitaire de France et finance la recherche à LYON 1 dans une proportion supérieure aux crédits alloués par l'Etat.

En parallèle plusieurs associations de personnels, mal coordonnées entre elles géraient dans des conditions confuses les actions sociales de l'université et notamment les restaurants administratifs, dont les modalités de financement étaient peu transparentes. Un effort de clarification a été accompli : les restaurants font l'objet d'une délégation de service public à un prestataire extérieur, un service universitaire d'action sociale dirigé par un directeur nommé par le président de l'université anime la politique d'action sociale. Quant aux associations de personnels elles mêmes, dont la dissolution avait été un moment envisagée, elles ont finalement fusionné en une association unique et conduisent les actions qui par leur nature ne relève pas d'une organisation par l'administration elle même : arbre de Noël des enfants du personnel, activités touristiques, actions de sociabilité avec les retraités, etc. Ces initiatives associatives, conduites en autonomie vis à vis de la direction de l'université, sont subventionnées dans un cadre conventionnel.

Un recentrage similaire a été opéré s'agissant des associations d'étudiants. Certaines d'entre elles gèrent des prestations de services à l'endroit des étudiants, y compris en matière de petite restauration ou de distribution de boissons. Le principe a

été récemment retenu de réintégrer progressivement ce type d'activité dans le service public en demandant au Centre régional des œuvres universitaires (CROUS), établissement public statutairement responsable des services aux étudiants, de se substituer à de telles initiatives privées : ainsi un "Cybercafé" vient-il d'être créé et sa gestion a été confiée au CROUS.

L'Université a également utilisé à différentes reprises la technique des G.I.P. : plusieurs G.I.P. existaient depuis plusieurs années dans certains domaines de formation ou de recherche et l'université a été moteur pour que deux structures de coopération plus générale, le Pôle universitaire lyonnais, qui regroupe tous les établissements d'enseignement supérieur lyonnais et CREALYS, incubateur d'entreprise mis en place par plusieurs établissements, qui avaient jusque là un statut associatif soient transformées en G.I.P.

L'université ne refuse pas toutefois de manière dogmatique toute création d'association nouvelle : elle a ainsi accepté d'adhérer à l'association "Vouloir entreprendre" qui vise à promouvoir l'esprit entrepreneurial chez les étudiants. Mais il s'agit là d'une initiative d'un établissement privé, l'Ecole de management de Lyon et l'implication de l'université est relativement limitée.

Conclusion : retour aux sources de l'esprit associatif ?

C'est d'abord par sa simplicité que le contrat d'association a su séduire les acteurs de l'action publique pendant plus d'un demi siècle. On s'aperçoit désormais que cette facilité peut être à l'origine d'effets pervers, d'une part, et que les avantages comparatifs de cette technique s'amenuisent à un rythme rapide.

Dès lors les acteurs de la vie administrative découvrent ou redécouvrent la diversité des formules qui leur sont offertes pour coopérer entre eux ou pour nouer des relations de partenariat. Cette diversification des formes de l'action administrative s'inscrit dans un mouvement d'ensemble de réforme de l'Etat, qui dans une logique de subsidiarité, invite à bien distinguer les domaines et les modes d'action. L'Etat peut être ainsi stratège, régulateur ou opérateur ; il doit savoir identifier là où il doit faire, faire faire, aider à faire ou laisser faire.

C'est dans ce contexte renouvelé que les associations peuvent retrouver une place positive dans le champ de l'action publique, non plus comme une "technique universelle" mais comme la reconnaissance de l'action de citoyens organisés, comme la meilleure voie de recherche de l'intérêt général. Si la tendance lourde que nous avons décrite dans le présent article pousse à la disparition des associations simples "faux nez" de l'administration ou de celles qui ont pour seul objet de contourner les règles de la gestion publique, il existe de vastes espaces de développement des vraies associations dans une logique de partenariat équilibré avec les organismes publics, y compris lorsque les nouvelles relations contractuelles doivent passer par une phase de mise en concurrence avec le secteur privé lucratif : il appartient alors aux associations de démontrer que la non lucrativité constitue un nouvel avantage comparatif.

Bibliographie :

Conseil d'Etat, rapport annuel 2000 : les associations, 100 ans après la loi de 1901

Cour des Comptes, rapport public 1999

Conseil Economique et social, rapport 1993 : exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi de 1901.