

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

ASSOCIATIONS SYNDICALES DE PROPRIÉTAIRES ET CONTRATS PUBLICS

MATHIAS AMILHAT

Référence de publication : AMILHAT Mathias, « Associations syndicales de propriétaires et contrats publics », *Droit et Ville*, 2020/2 (N° 90), p. 37-52. DOI : 10.3917/dv.090.0037. URL : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2020-2-page-37.htm>

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

ASSOCIATIONS SYNDICALES DE PROPRIÉTAIRES ET CONTRATS PUBLICS

Structures « hybrides », à mi-chemin entre le droit public et le droit privé, la qualification des associations syndicales de propriétaires a « fait couler beaucoup d'encre »¹. Or, si cette question semble définitivement réglée, celle de la soumission au droit des contrats publics pourrait rouvrir la boîte de Pandore.

Depuis l'arrêt *Association syndicale du Canal de Gignac*², il est admis que les associations syndicales autorisées de propriétaires sont des établissements publics administratifs. Dans sa note sous cet arrêt, Maurice Hauriou indique que la question a divisé la doctrine après l'adoption de la loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales, avant d'arrêter de la passionner³. Il faut dire que cette loi a permis « *la formation libre et spontanée d'associations syndicales* »⁴, ce qui a entraîné une distinction entre les associations syndicales libres et les associations syndicales autorisées. Les premières sont considérées comme des personnes morales de droit privé, tandis que les secondes sont considérées comme des personnes publiques depuis qu'elles sont qualifiées d'établissements publics. Par conséquent et en toute logique, les actes adoptés par les associations « libres » relèvent en principe du droit privé, tandis que ceux adoptés par les associations « autorisées » relèvent normalement du droit administratif. La question de la soumission des associations syndicales de propriétaires au droit des contrats publics pourrait dès lors être considérée comme un non-sujet : les contrats passés par les associations syndicales libres devraient être des contrats de droit privé, tandis que ceux conclus par les associations autorisées pourraient être des contrats administratifs.

¹ Pour reprendre l'expression employée par Hauriou dans sa note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, S 1900.3.49.

² TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, n° 00515, rec. p. 731 ; GAJA n° 7.

³ M. Hauriou, note préc. Hauriou précise notamment que Aucoq était favorable à la qualification comme établissements publics, tandis que Ducrocq s'y opposait.

⁴ L. Flament, « Les associations syndicales libres (ASL) : évolutions et pratiques », *LPA* 2012, n° 44, p. 6. A propos de la loi de 1865, l'auteur renvoie notamment à l'ouvrage de Henri-René-Joseph Hardouin, *Régime des eaux non navigables, examen du projet de loi sur les associations syndicales*, LGDJ 1865, Cosse, Marchal et Cie.

L'ordonnance du 1^{er} juillet 2004⁵ et son décret d'application du 3 mai 2006⁶ semblent abonder en ce sens. Ils reprennent la distinction classique en indiquant que « *les associations syndicales de propriétaires sont libres, autorisées ou constituées d'office* » : les premières « *sont des personnes morales de droit privé* », tandis que « *les associations syndicales autorisées ou constituées d'office ainsi que leurs unions sont des établissements publics à caractère administratif* »⁷. La distinction se fait donc entre les ASL d'un côté, et les ASA et les ASCO de l'autre. Il convient en effet de préciser dès à présent que le régime juridique applicable aux associations syndicales constituées d'office reprend en quasi-totalité celui applicable aux associations syndicales autorisées⁸. Ceci explique que ces associations puissent facilement se regrouper ou fusionner⁹.

Ainsi, en-dehors des règles spécifiques prévues par les textes pour leur fonctionnement, les associations syndicales de propriétaires relèvent soit des règles générales applicables aux personnes morales de droit privé, soit de celles applicables aux établissements publics administratifs. Or, preuve qu'il ne s'agissait pas d'une question centrale pour leurs rédacteurs, ces textes contiennent très peu de dispositions consacrées à la matière contractuelle.

Au sein de l'ordonnance de 2004, le premier article consacré aux contrats conclus par les associations syndicales de propriétaires concerne les agents recrutés par ces associations. Ces derniers doivent en effet être recrutés par contrat, ce qui exclut d'employer des fonctionnaires. L'ordonnance prévoit ainsi que « *les agents des associations syndicales autorisées sont des agents contractuels de droit public* » et que « *les associations syndicales peuvent en outre faire appel à raison de leur compétence à des agents de droit privé avec lesquels elles concluent des contrats à durée déterminée et indéterminée* »¹⁰. Le décret précise quant à lui quel est le régime juridique applicable aux « *personnels, agents contractuels de droit public* »¹¹. On comprend

⁵ Ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

⁶ Décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 portant application de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

⁷ Art. 2 de l'Ordonnance de 2004.

⁸ L'article 46 de l'Ordonnance précise en effet, qu'en-dehors des règles prévues par les articles 43 à 45, « *les autres dispositions régissant les associations syndicales autorisées sont applicables aux associations syndicales constituées d'office* ».

⁹ V. respectivement les articles 47 et 48 de l'Ordonnance de 2004.

¹⁰ Art. 24 de l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004.

¹¹ Il s'agit de l'intitulé de la sous-section consacrée à cette question, laquelle comprend les articles 30 à 39 du Décret du 3 mai 2006.

dès lors que le principe pour les associations syndicales autorisées – ou constituées d’office – est le recrutement *via* des contrats de droit public, le recours aux CDD ou aux CDI de droit privé ne devant intervenir qu’exceptionnellement. En revanche, les textes ne contiennent pas de dispositions consacrées aux agents des associations syndicales libres, ce qui indique une application classique du droit du travail. Ainsi, pour le recrutement des agents, la distinction entre les associations syndicales de propriétaires personnes morales de droit privé – c’est-à-dire les ASL – et les associations syndicales de propriétaires personnes publiques – c’est-à-dire les ASA et les ASCO – entraîne des conséquences simples s’agissant du recrutement du personnel. Les premières utilisent des contrats de droit privé, alors que les secondes utilisent en principe des contrats de droit public. Or, de prime abord, cette simplicité dans la distinction semble se retrouver pour les autres contrats conclus.

L’ordonnance et son décret d’application se préoccupent en réalité assez peu des contrats conclus par les associations syndicales de propriétaires pour réaliser les objectifs qu’elles poursuivent. Comme pour le recrutement des personnels, seuls les contrats conclus par les associations « autorisées » sont envisagés. Ainsi, l’ordonnance prévoit dans son article 26 que « *les conditions dans lesquelles les marchés sont passés et exécutés par les associations syndicales autorisées sont définies par le décret en Conseil d’Etat prévu à l’article 62* ». Or, cet article précise seulement que le décret doit prévoir « *les conditions de passation et d’exécution des marchés d’une association syndicale autorisée* »¹². C’est donc le décret du 3 mai 2006, au travers de différents articles, qui prévoit les règles applicables à ces marchés au moyen de quelques dispositions spécifiques et, surtout, en indiquant que « *les règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales le sont également aux associations syndicales autorisées* »¹³. Outre le fait que cet article renvoie de manière datée aux « *règles du code des marchés publics* » et non à celles du Code de la commande publique, il permet de comprendre que les associations syndicales autorisées – ainsi que celles constituées d’office – sont amenées à conclure des marchés publics. En revanche, les textes ne précisent pas si ces associations « autorisées » peuvent conclure d’autres catégories de contrats publics. Surtout, rien n’est indiqué s’agissant des associations syndicales libres. Logiquement, il semble possible d’en

¹² Art. 62, 7° de l’Ordonnance du 1^{er} juillet 2004.

¹³ Art. 44, al. 1 du Décret du 3 mai 2006.

conclure que de telles associations syndicales de propriétaires, qui sont des personnes morales de droit privé, ne passent pas de marchés publics.

Séduisante par sa simplicité, la dichotomie entre les contrats passés par les associations syndicales libres et ceux conclus par les associations syndicales autorisées ou constituées d'office ne doit cependant pas être retenue. Elle conduit à des erreurs en faisant oublier que les distinctions ne sont jamais simples lorsqu'il est question de contrats administratifs ou – pire encore ! – de contrats publics. Dans les deux cas, la présence d'une personne publique au contrat ne suffit pas : tous les contrats passés par des personnes publiques ne sont pas des contrats administratifs, tandis que tous les contrats publics ne sont pas conclus par des personnes publiques. En effet, en-dehors des qualifications légales, l'identification d'un contrat administratif nécessite l'utilisation conjointe du critère organique et de l'un des critères matériels de définition. La présence d'une personne publique ne permet donc pas – à elle seule – de qualifier le contrat. A l'inverse, si l'on définit la notion de contrat public comme regroupant l'ensemble des contrats passés par les personnes de la sphère publique ou – *a minima* – comme renvoyant aux contrats de la commande publique, la présence d'une personne publique permet à coup sûr de qualifier le contrat de public. De plus, si la présence d'une personne publique comme partie au contrat ne suffit pas forcément pour résoudre la question de la qualification, son absence ne doit pas non plus conduire à des conclusions hâtives. Il est vrai qu'en principe la présence d'une personne publique comme partie au contrat est nécessaire pour qu'il puisse être qualifié d'administratif. Il existe toutefois des exceptions, d'application rare mais qui ne doivent pas être négligées. Surtout, il en va différemment lorsque le raisonnement porte sur la notion de contrat public : un contrat passé entre deux personnes privées peut tout à fait être qualifié de « public », il suffit pour cela que l'une d'entre elles relève de la sphère publique.

Dans la mesure où la présence ou l'absence de personne publique parmi les parties au contrat ne suffit pas pour déterminer son régime juridique, la question de la qualification des contrats passés par les associations syndicales de propriétaires reste entière. Pour y répondre, il est nécessaire de dépasser le contenu de l'ordonnance de 2004 et de son décret d'application, sans pour autant les rejeter. La distinction fondamentale reste l'opposition classique entre les associations syndicales libres d'un côté et les associations syndicales autorisées ou constituées d'office de l'autre. Toutefois, si l'application du droit des contrats publics paraît peu probable pour les premières et semble s'imposer pour les secondes, il est nécessaire de rechercher ce qui se cache derrière les apparences.

I. Des apparences confortées : le droit des contrats publics et les associations syndicales autorisées

L'application du droit des contrats publics aux associations syndicales autorisées ou constituées d'office peut être envisagée sous deux aspects, qui correspondent à deux versants du droit des contrats publics. La qualification d'établissement public invite ainsi à une application classique et pondérée du droit des contrats administratifs, et à une application sans détour du droit de la commande publique.

A. Une application variable du droit des contrats administratifs

Les contrats passés par les personnes publiques ne sont pas nécessairement des contrats administratifs. En-dehors des qualifications légales, l'identification d'un contrat administratif suppose la réunion du critère organique – la présence d'une personne publique au contrat – et d'un critère matériel de définition. Ce dernier peut être lié à l'objet du contrat ou à son régime juridique¹⁴. Or, les contrats passés par les associations syndicales autorisées ou constituées d'office répondent au critère organique mais ne remplissent pas nécessairement le critère matériel de définition.

En réalité, le critère matériel lié au régime juridique applicable n'est jamais mobilisé par le juge lorsqu'il doit déterminer la qualification d'un contrat conclu par une association syndicale autorisée ou constituée d'office. C'est donc le critère matériel fondé sur l'objet du contrat qui est déterminant, soit parce que celui a pour objet le service public, soit parce qu'il a pour objet des travaux publics. Il faut donc se demander si les buts poursuivis et les activités menées par les associations syndicales permettent de satisfaire ce critère.

Pour cela, il faut se reporter à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2004. Celui-ci précise que « *peuvent faire l'objet d'une association syndicale de propriétaires la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux, ainsi que les actions d'intérêt commun, en vue : a) De prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ; b) De préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ; c) D'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers ; d) De mettre en valeur des propriétés* ». Ainsi, la définition de l'objet poursuivi par les associations syndicales

¹⁴ Les présentations peuvent varier d'un auteur à l'autre mais les critères sont les mêmes. Pour un rappel en ce sens, v. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e éd. 2019.

laisse assez clairement transparaître les notions de service public et de travaux publics. D'ailleurs, le Tribunal des conflits considère que les travaux réalisés par les associations syndicales autorisées ou constituées d'office dans le cadre de ces missions sont des « *travaux réalisés par une personne publique pour l'exécution même de sa mission de service public (et) doivent être regardés comme des travaux publics* », peu importe que de tels travaux bénéficient à un seul des propriétaires membres de l'association¹⁵. Il reprend sur ce point la solution classique de l'arrêt *Epoux Effimieff* à propos des associations syndicales de reconstruction¹⁶. La position du juge est donc bien éloignée de celle développée par Hauriou lorsqu'il distinguait l'intérêt collectif porté par les associations syndicales de l'intérêt public porté par les administrations publiques¹⁷. Le Tribunal des conflits affirme clairement que les « actions d'intérêt commun » évoquées par l'ordonnance de 2004 participent à « l'exécution même » d'une mission de service public.

L'objet des contrats conclus par les associations syndicales autorisées justifie donc leur qualification comme contrats administratifs. En pratique toutefois, le critère du service public n'est jamais mobilisé et c'est systématiquement la qualification des travaux réalisés en travaux publics qui permet de conclure à la nature administrative du contrat. Ce choix s'explique par le caractère attractif de la notion de travail public¹⁸ mais ne doit pas faire oublier que tous les travaux réalisés par les ASA et les ASOC ne sont pas nécessairement des travaux publics. Le Conseil d'État précise ainsi que « *si les travaux réalisés par les associations syndicales autorisées de propriétaires dans l'intérêt de leurs adhérents et financés par les ressources de l'association et notamment par la taxe syndicale ont le caractère de travaux publics, il n'en va pas de même lorsque ces établissements accomplissent des travaux dans le seul intérêt d'un propriétaire, fût-il membre de l'association, en application d'une convention particulière mettant les frais à la charge de l'intéressé* »¹⁹. La qualification des contrats conclus par les ASA et les ASOC comme contrats administratifs semble donc varier en fonction d'un double critère qui dépend à la fois du bénéficiaire des travaux réalisés et de leur prise en charge financière.

¹⁵ TC, 28 septembre 1998, n° 03041, *Association syndicale autorisée pour le développement de l'irrigation des coteaux du Vaucluse*. Dans le même sens, v. not. CAA Marseille, 23/06/2011, 08MA04875, *ASA du Saint-Ponais*

¹⁶ TC, 28 mars 1955, n° 01525, *Epoux Effimieff*, GAJA n° 65.

¹⁷ M. Hauriou, note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, préc.

¹⁸ En ce sens, v. infra I. B.

¹⁹ Conseil d'Etat, 26 juillet 1991, n° 83629, *Association départementale de rénovation agricole des Deux-Sèvres*

Pour autant, si cette question de la qualification – jurisprudentielle – des contrats conclus par les ASA et les ASOC se justifie dans certains cas, elle est inutile lorsque les contrats conclus sont également des contrats relevant du Code de la commande publique. En effet, l'article L6 de ce Code précise que « *s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs* ». La question est alors de savoir dans quelle mesure les contrats conclus par les ASA et les ASOC sont susceptibles de relever du champ d'application du Code de la commande publique. Or, si le droit de la commande publique - entendu dans un sens large – s'impose à ces structures, leur soumission au Code est moins évidente.

B. Une application systématique du droit de la commande publique

Les règles applicables aux associations syndicales autorisées ou constituées d'office ne sont pas d'une réelle clarté lorsqu'il s'agit de déterminer si celles-ci sont soumises au droit de la commande publique. Ainsi que cela a été relevé, l'ordonnance de 2004 ne fait que renvoyer à son décret d'application, qui renvoie lui-même aux « *règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales* »²⁰, le problème étant que ce code est abrogé depuis le 1^{er} avril 2016.

Heureusement, l'ordonnance de 2018 portant partie législative du code de la commande publique prévoit dans son article 3 que « *les références à des dispositions abrogées par la présente ordonnance sont remplacées par les références aux dispositions correspondantes du code de la commande publique dans sa rédaction annexée à la présente ordonnance* »²¹. Ainsi, il faut comprendre l'article 44 du décret de 2006 comme prévoyant que ce sont les règles du code de la commande publique applicables aux collectivités territoriales qui s'appliquent aux associations syndicales autorisées, sous réserve des dispositions spécifiques prévues par ce texte. Celles-ci restent cependant assez peu nombreuses.

Le décret précise notamment quelle est la répartition des compétences en matière de marchés publics entre le syndicat et le président de l'association. Ainsi, c'est le syndicat qui détermine « *les catégories de marchés qui, en raison de leur nature ou du montant financier engagé,*

²⁰ Art. 44 du décret du 3 mai 2006, préc.

²¹ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. Elle prolonge sur ce point l'article 100 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

doivent lui être soumis pour approbation et celles dont il délègue la responsabilité au président »²². Le président est quant à lui compétent pour adopter tous les « actes de préparation, de passation, d'exécution et de règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui lui sont délégués par le syndicat ». Il est également clairement identifié comme « la personne responsable des marchés »²³. Par ailleurs, le décret précise quels sont les marchés qui doivent être soumis au contrôle des services préfectoraux. Ainsi, ce sont l'ensemble des marchés publics, « à l'exception de ceux passés selon la procédure adaptée au sens de l'article 28 du code des marchés publics »²⁴. Ici encore, la référence au code des marchés publics doit être comprise comme un renvoi à la procédure adaptée définie à l'article L. 2123-1 du code de la commande publique. Plus largement, cette disposition doit être interprétée comme n'imposant la transmission aux services préfectoraux que pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée²⁵, qui restent au demeurant assez rares²⁶. Enfin, le décret oblige les associations syndicales autorisées ou constituées d'office à mettre en place « une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent », tout en précisant qu'« une commission spéciale peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé »²⁷. Comme pour les collectivités territoriales, les phases de sélection des candidatures et de choix de l'offre reposent donc sur ces commissions et non directement sur le syndicat ou le président. En-dehors de ces règles, l'ordonnance et le décret ne prévoient pas de dispositions particulières et c'est donc le code de la commande publique qui semble devoir s'appliquer de manière classique.

La question est alors de savoir quels sont les contrats conclus par les ASA et les ASOC qui sont soumis aux règles du code de la commande publique. Or, sur ce point, la définition de la notion de marché public pose des difficultés. En effet, les marchés sont définis comme des contrats conclus « par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs

²² Art. 26 du décret du 3 mai 2006, préc.

²³ Art. 28 du décret du 3 mai 2006, préc.

²⁴ Art. 40 du décret du 3 mai 2006, préc.

²⁵ Les marchés passés en procédure adaptée et les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables échappent donc à cette obligation.

²⁶ Les seuils européens imposant le recours aux procédures formalisées sont des seuils élevés qui ne concernent pas la majorité des marchés passés.

²⁷ Art. 44 du décret du 3 mai 2006, préc. Les textes renvoient aux dispositions applicables aux collectivités territoriales mais les règles de constitution des CAO devraient être celles applicables aux établissements publics locaux.

opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »²⁸. D'un point de vue organique, les contrats conclus par les ASA et les ASOC suscitent assez peu d'interrogations. En effet, la notion d'acheteur regroupe à la fois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices²⁹. Or, l'ensemble des personnes morales de droit public sont considérées comme des pouvoirs adjudicateurs³⁰ et constituent – en quelque sorte – des pouvoirs adjudicateurs « par nature ». Dès lors, dans la mesure où les associations syndicales autorisées ou constituées d'office sont expressément qualifiées d'établissements publics à caractère administratif, elles constituent nécessairement des pouvoirs adjudicateurs et donc des acheteurs au sens du code de la commande publique. Ainsi, pour déterminer si un contrat conclu par une ASA ou une ASOC est un marché public il faut se demander si celui-ci est conclu avec « *un avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre* » aux besoins de cette association « *en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ». La notion d'opérateur économique étant largement entendue, seule la question de la réponse aux besoins de l'association pose des difficultés.

Il existe en effet un décalage entre le droit français et le droit de l'Union européenne lorsqu'il s'agit de définir la notion de marché public. Le code de la commande publique exige que les travaux, fournitures ou services répondent aux besoins des acheteurs, alors que les directives européennes retiennent une définition davantage extensive. Ces dernières définissent les marchés publics comme des « *contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* », sans référence aux besoins qui sont satisfaits³¹. De plus, l'article 1^{er} de la directive 2014/24 précise que « *la passation d'un marché est l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique* ». Or, la Cour de justice exige uniquement – pour les seuls marchés publics

²⁸ CCP, art. L. 1111-1.

²⁹ CCP, art. L. 1210-1.

³⁰ CCP, art. L. 1211-1.

³¹ Art. 2 de la directive 2014/24 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18.

de travaux – que les prestations aient un « *intérêt économique direct* »³², tout en précisant que les prestations peuvent être commandées au bénéfice d'un tiers qui en assume la charge financière³³... Dès lors, à la différence de la solution retenue par le Conseil d'État³⁴, la définition européenne du marché public intègre l'ensemble des contrats conclus par les ASA et les ASOC en matière de travaux, de fournitures ou de services, peu importe que les besoins satisfaits soient ceux de l'association ou uniquement de l'un de ses membres qui en assume la charge financière.

Quoi qu'il en soit, si l'ensemble des contrats passés par des personnes publiques et soumis au code de la commande publique sont des contrats administratifs, tous les contrats passés par les ASA et les ASOC ne relèvent pas dudit code au regard de la définition actuelle de la notion de marché public³⁵. Dans la mesure où les contrats passés par ces associations ne répondent pas nécessairement à leurs besoins, ils ne peuvent pas être considérés dans leur ensemble comme des contrats administratifs par détermination de la loi en application de l'article L.6³⁶. Ces contrats n'en demeurent pas moins soumis au respect du droit de la commande publique, entendu dans un sens large. En effet, au-delà des seuils européens, ces contrats doivent respecter les dispositions des directives européennes dans la mesure où ils sont des marchés publics au sens du droit de l'Union.

Surtout, la définition européenne du marché public ne s'applique pas uniquement au-dessus des seuils des procédures formalisées. Les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent à l'ensemble des contrats qualifiés de marchés publics au sens du droit de l'Union européenne, quel que soit leur montant³⁷. Ainsi, lorsque les ASA et les ASOC passent des contrats qui ont pour objet des travaux, des fournitures ou des services, ces contrats doivent être

³² CJUE, 25 mars 2010, aff. C- 451/ 08, *Helmut Müller*.

³³ CJUE, 15 juill. 2010, aff. C- 271/ 08, *Commission c/ Allemagne*.

³⁴ Conseil d'État, 26 juillet 1991, n° 83629, *Association départementale de rénovation agricole des Deux-Sèvres, préc.*

³⁵ C'est notamment ce qu'avancent Norbert Foulquier et Raphaël Leonetti, en oubliant cependant d'évoquer l'acception européenne de la notion de marché public : N. Foulquier et R. Leonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires : le calme après la tempête ? », *AJDA* 2020, p. 1609.

³⁶ A moins de considérer que le renvoi aux dispositions du code des marchés publics opéré par le décret suffit à considérer qu'il s'agit de contrats soumis au code de la commande publique et à en faire des contrats administratifs par détermination de la loi en application de l'article L.6.

³⁷ C'est précisément le sens de l'Ordonnance Bent Moustén (CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*) qui faisait suite à l'arrêt *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*).

systématiquement considérés comme des marchés publics³⁸ au sens du droit de l'Union. Cela signifie qu'ils doivent, *a minima*, respecter les principes fondamentaux de la commande publique. Il existe donc des règles minimales communes qui s'appliquent à l'ensemble des contrats d'achat conclus par les ASA et les ASOC. De plus, lorsque de tels contrats portent sur des travaux, ils sont considérés comme des contrats administratifs au regard de la notion de travail public, sauf si les travaux sont accomplis « *dans le seul intérêt d'un propriétaire, fût-il membre de l'association, en application d'une convention particulière mettant les frais à la charge de l'intéressé* »³⁹. Enfin, lorsque ces contrats répondent aux besoins de l'ASA ou de l'ASOC, ils sont également des marchés publics au sens du droit français. Ils relèvent alors du code de la commande publique et sont des contrats administratifs par détermination de la loi.

Ainsi, dans la plupart des cas, les apparences sont confortées : les associations syndicales autorisées ou constituées d'office doivent appliquer le droit de la commande publique et, le plus souvent, leurs contrats seront qualifiés de contrats administratifs. Il s'agit d'une solution logique au regard de la nature de ces associations mais qui mérite d'être rappelée. En effet, les rares rapports établis par des chambres régionales des comptes démontrent une application peu rigoureuse de la réglementation en matière de marchés publics⁴⁰.

A l'inverse, pour les associations syndicales libres les apparences semblent impliquer une application sans ambages du droit privé, y compris en matière contractuelle. Une telle conclusion serait cependant hâtive et oublierait que le droit européen des contrats publics ne se préoccupe pas des qualifications nationales.

II. Des apparences dépassées : le droit des contrats publics et

³⁸ Ou des contrats de concession si le cocontractant assume un risque.

³⁹ Conseil d'Etat, 26 juillet 1991, n° 83629, *Association départementale de rénovation agricole des Deux-Sèvres*, préc.

⁴⁰ V. not. le rapport de la CRC pays de la Loire du 1^{er} avril 2015 sur la gestion de l'association syndicale autorisée de la Vallée du Lay pour les exercices de 2011 à 2014, <https://www.ccomptes.fr/fr/documents/29788>

Dans le même sens, mais de manière moins flagrante, v. le rapport de la CRC nouvelle aquitaine du 23 janvier 2020 sur le Syndicat des marais mouillés de la Sèvre et du Mignon de la Charente-Maritime : <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/syndicat-des-marais-mouilles-de-la-sevre-et-du-mignon-de-la-charente-maritime-1>

les associations syndicales libres

Impromptue, la question de la soumission des associations syndicales libres au droit des contrats publics mérite d'être posée. En effet, si le droit français n'a pas conçu ces associations comme des structures susceptibles d'être soumises à un droit public des contrats, l'évolution provoquée par le droit de l'Union devrait conduire à une soumission partielle, au moins pour certaines de ces associations.

A. Une application non envisagée

Les associations syndicales libres sont clairement identifiées comme des personnes morales de droit privé par l'ordonnance de 2004⁴¹. Dès lors, du point de vue du régime juridique applicable elles sont en principe soumises à un régime juridique de droit privé.

Or, en matière d'actes, la jurisprudence administrative est claire : s'il est possible qu'une personne privée adopte des actes administratifs unilatéraux lorsque certains critères matériels sont remplis⁴², les contrats conclus entre personnes privées seront inévitablement des contrats de droit privé. Le juge considère que ni le fait que l'un des cocontractants assure la gestion d'un service public⁴³, ni le fait que le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun⁴⁴ ne suffisent pour qualifier ce dernier de contrat administratif. La jurisprudence est stricte sur ce point et n'admet que de rares exceptions : le contrat ne peut être qualifié d'administratif qu'en cas de présence indirecte du critère organique⁴⁵ ou lorsque le contrat est l'accessoire d'un

⁴¹ Art. 2 de l'Ordonnance, préc.

⁴² Les actes des personnes privées gérant des services publics administratifs sont qualifiés d'actes administratifs unilatéraux lorsqu'ils sont adoptés dans le cadre de leur mission de service public et révèlent l'exercice de prérogatives de puissance publique : CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, RDP p. 155, concl. Fournier. Pour ce qui est des services publics industriels et commerciaux, seuls les actes réglementaires relatifs à l'organisation du service public seront qualifiés d'administratifs : TC, 15 janvier 1968, *Epoux Barbier c./ Compagnie Air France*, GAJA n° 77. Il doit s'agir de l'organisation du service public lui-même et non de l'organisation interne de la société chargée de gérer ce service : TC, 11 janvier 2016, *Comité d'établissement de l'unité clients et fournisseurs Ile-de-France des sociétés ERDF et GRDF*, rec. 581.

⁴³ Voir notamment, et contrairement à l'avis du Commissaire du gouvernement : TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, rec. p. 682 ; AJDA 1969, p. 307, concl. J. Kahn, note A. de Laubadère. Dans le même sens : CE, sect., 15 mai 1991, *Association "Girondins de Bordeaux Football Club"*, rec. p. 180, concl. M. Pochard ; AJDA 1991, p. 724 ; ou encore CE, 15 mars 1999, *Union des Mutuelles de la Drôme*, RFDA 2002 p. 350, note F. Lichère.

⁴⁴ TC, 26 mars 1990, *AFPA*, DA. 1990, comm. 341.

⁴⁵ Cela peut tout d'abord être le cas lorsque l'une des personnes privées est transparente et révèle la présence indirecte d'une personne publique comme partie au contrat : CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, AJDA 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 137, note G. Eckert ; BJCP n° 52/2007, p. 230, concl. N. Boulouis. Ce peut être également le cas lorsque l'une des personnes privées bénéficie

contrat principal de nature administrative⁴⁶. Cette distinction entre actes unilatéraux et contrats est critiquable. Dans sa note sous l'arrêt *Société Interlait* André de Laubadère considérait – non sans ironie – qu'elle ne se justifie pas « *au plan de la logique juridique* » et que le raisonnement du juge est seulement fondé sur le fait que « *dans le cas de l'acte bilatéral, figurent deux fois plus de personnes privées que dans celui de l'acte unilatéral* »⁴⁷ ... Pour autant, cette solution demeure et les juges rappellent régulièrement que « *sauf si la loi en dispose autrement, les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique ou celui dans lequel ils constituent l'accessoire d'un contrat de droit public* »⁴⁸.

Or, s'agissant des contrats passés par les associations syndicales libres, c'est justement leur statut de personnes morales de droit privé qui explique que les contrats qu'elles passent soient par principe identifiés comme des contrats de droit privé. Le Tribunal des conflits considère ainsi, dans le cadre d'un litige opposant une association syndicale libre à l'architecte à qui elle avait confié la production de plans et de documents concernant les réseaux et travaux de voirie, qu'un tel litige porte sur « *l'exécution d'une convention conclue entre deux personnes privées, dont aucune n'agissait pour le compte d'une personne publique* » et que « *les juridictions judiciaires sont, dès lors, seules compétentes pour statuer sur ce litige* »⁴⁹. Ainsi, en-dehors de la mise en œuvre éventuelle des exceptions précédemment évoquées⁵⁰, les contrats passés par les associations syndicales libres semblent devoir être qualifiés de contrats de droit privé⁵¹.

d'un mandat « confié » par une personne publique, qu'il s'agisse d'un mandat de droit privé ou d'un « mandat administratif » : CE, sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, N° 86738, AJDA 1975, p. 345, chron. Franc et Boyon ; D. 1976, p. 3, note F. Moderne ; et TC, 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, N° 02013, JCP G. 1975, II, 18171, note F. Moderne. L'application de la théorie du « mandat administratif » est néanmoins de plus en plus rare.

⁴⁶ TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques c./ Société EDF* ; rec. p. 371 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 241, note P. Devillers ; TC, 18 mai 2015, n° 4002, *M. et Mme Gilles c./ ERDF*.

⁴⁷ A. De Laubadère, note sous TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, AJDA, 1969, p. 307, spéc. p. 312.

⁴⁸ CE, 7 juin 2018, n° 409226, *Société ERDF c./ société Solldev Ingénierie et autres* ; CAA de MARSEILLE, 6^{ème} chambre, 04/11/2019, 19MA00649, *Société SOCRI Gestion* ; CAA de PARIS, 4^{ème} chambre, 17/01/2020, 19PA01355, *société Beaumont Goodwill*.

⁴⁹ TC, 7 octobre 1991, n° 02652, *Association syndicale libre du lotissement de Simbachtal*.

⁵⁰ V. note 43.

⁵¹ L'analyse de la jurisprudence en matière fiscale permet néanmoins d'identifier de rares hypothèses dans lesquelles le juge administratif évoque des « marchés de travaux » conclus par des associations syndicales libres, sans les qualifier pour autant de contrats administratifs. V. par ex. : CAA Bordeaux, 12/07/2016, 14BX01845 ; ou CAA Nantes, 14/11/2012, 11NT01669.

D'ailleurs, dans cet arrêt le Tribunal des conflits évoque seulement l'action « pour le compte de » parmi les exceptions susceptibles d'être mises en œuvre. Outre le fait que cette exception ait été remise en cause depuis⁵², il ne s'intéresse pas à la composition de l'association. Sauf à considérer que la situation d'espèce ne le justifiait pas, cela signifie que le statut de personne privée de l'association l'emporte sur la nature juridique de ses membres. En effet, les associations syndicales libres peuvent comprendre des personnes publiques parmi leurs membres, ce qui permettrait d'envisager que certaines de ces associations soient en réalité des personnes transparentes révélant la présence indirecte d'une personne publique. Cela semble toutefois hautement improbable car, outre le fait que les personnes publiques n'ont pas vocation à « dominer » le fonctionnement de ces associations, le juge retient une interprétation stricte de cette exception au critère organique⁵³.

La définition des associations syndicales libres comme personnes morales de droit privé empêche donc de qualifier leurs contrats de contrats administratifs, le critère matériel étant alors inutile. Ainsi, les buts poursuivis par ces associations sont sans effet sur la qualification de leurs contrats alors qu'ils participent à la qualification administrative des contrats conclus par les associations syndicales autorisées ou constituées d'office.

L'interprétation stricte du critère organique de définition des contrats administratifs explique donc le refus d'envisager cette qualification pour les contrats passés par les associations syndicales libres. Or, le droit de la commande publique repose sur une approche différente qui permet d'envisager une application ponctuelle du droit des contrats publics.

⁵² L'action « pour le compte de » renvoie généralement à la jurisprudence Peyrot, bien qu'elle puisse parfois renvoyer à la théorie du mandat administratif. Or, le Tribunal des conflits a abandonné la jurisprudence Peyrot depuis : TC, 9 mars 2015, n°3984, *Mme Rispal c./ Sté ASF*, GAJA n° 114.

⁵³ TC, 2 avril 2012, *Société Atexo*, n° 3831, Contrats-Marchés publ. 2012, note P. Devillers. Dans cet arrêt le Tribunal des conflits refuse de considérer l'association « Marchés publics d'Aquitaine » – qui regroupe plus de 300 personnes publiques – comme une association transparente car, même si ces personnes publiques « lui procurent ensemble l'essentiel de ses ressources par leurs cotisations [...], aucun des membres de cette association, qui regroupe également des personnes privées, n'en contrôle, seul ou conjointement avec d'autres personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procure l'essentiel de ses ressources ». Un même raisonnement s'appliquerait à n'en pas douter aux ASL.

B. Une application envisageable

Les associations syndicales libres ne sont pas des personnes privées ordinaires. Les modalités de leur constitution et les buts qu'elles poursuivent tendent à les rapprocher de la sphère publique.

En effet, et contrairement à ce que leur nom semble indiquer, les associations syndicales libres ne voient pas « *le jour librement : leur constitution est imposée au stade du permis d'aménager si les voies ou espaces communs résultant de la création du lotissement ne sont pas attribués en propriété aux acquéreurs de lots ou s'ils ne sont pas transférés en totalité dans le domaine public une fois les travaux achevés* » et « *l'acte de lotir n'est pas seul concerné par les ASL* »⁵⁴. Par ailleurs, et cela a déjà été souligné à propos des associations syndicales autorisées, le Tribunal des conflits considère que les « actions d'intérêt commun » évoquées par l'ordonnance de 2004 participent à « l'exécution même » d'une mission de service public⁵⁵. Dans la mesure où ces actions sont les mêmes quelle que soit la catégorie d'association syndicale de propriétaires concernée, il est donc possible de considérer les actions menées par les associations syndicales libres comme des actions participant à l'exécution même d'une mission de service public. Bien que leurs contrats demeurent des actes de droit privé, ce constat liminaire permet d'établir la proximité des ASL avec la sphère publique, voire d'envisager leur intégration dans ladite sphère. Or, cette intégration potentielle dans la sphère publique permet de mieux comprendre pourquoi les associations syndicales libres pourraient être tenues d'appliquer le droit des contrats publics et, plus spécifiquement, le droit de la commande publique. Il ne s'agit pas de leur en imposer systématiquement le respect mais de rappeler que ce droit n'intègre pas uniquement des contrats administratifs passés par des personnes publiques : il s'impose à certaines personnes privées et il existe des contrats privés de la commande publique.

Les notions d'acheteur et d'autorité concédante consacrées par le code de la commande publique en matière de marchés publics et de contrats de concession renvoient l'une comme l'autre aux notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice. S'il n'est pas totalement exclu que les associations syndicales exercent des activités en réseau et puissent intégrer la

⁵⁴ J. Nalet, « Les ASL et leurs documents contractuels », *Defrenois* 6 déc. 2018, n° 48, p. 17

⁵⁵ TC, 28 septembre 1998, n° 03041, *Association syndicale autorisée pour le développement de l'irrigation des coteaux du Vaucluse*, préc.

catégorie des entités adjudicatrices⁵⁶, elles peuvent aussi – et surtout – être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs. En effet, l'intégration dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs est automatique pour les personnes publiques et conditionnée pour les personnes privées. Ainsi, à la différence des ASA et des ASOC qui sont des acheteurs en tant que personnes publiques⁵⁷, les ASL ne peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs que si elles répondent à certaines conditions. Une association syndicale libre devra donc appliquer le code de la commande publique si elle peut être considérée comme un « *organisme de droit public* » au sens du droit de l'Union⁵⁸. Sont considérées comme telles, « *les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur* »⁵⁹. La question est alors de savoir si les ASL sont susceptibles de répondre à ces critères.

La réponse appelle une appréciation au cas par cas. En effet, il est certain que les associations syndicales libres répondent systématiquement au premier critère : ce sont des personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autres qu'industriels et commerciaux. Les objets listés à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2004 laissent peu de place au doute⁶⁰. En revanche, la présence du second critère est moins certaine : dans la majorité des cas les ASL échappent au champ d'application du code de la commande publique. Cependant, il est possible d'envisager que ce critère soit considéré comme rempli de manière ponctuelle. En réalité, tout dépendra de la composition de l'association, c'est-à-dire de la nature des propriétaires des immeubles compris dans son périmètre. Si plusieurs de ces propriétaires sont des pouvoirs adjudicateurs, la question du financement majoritaire pourra se poser, comme celle de la nomination de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de

⁵⁶ L'article 1^{er} de l'ordonnance précise notamment que ces associations peuvent « exploiter des ressources naturelles », mais peuvent également mener des actions afin « d'aménager ou d'entretenir [...] des réseaux divers » dans le domaine de l'eau.

⁵⁷ V. supra

⁵⁸ Article 2, 4^e de la directive 2014/24

⁵⁹ Art. L. 1211-1 du CCP. La définition reprend quasiment au mot près celle proposée par la directive 2014/24 dans son article 2

⁶⁰ V. les développements précédents qui permettent de considérer que les associations syndicales participent à l'exécution même d'une mission de service public

direction ou de surveillance⁶¹. Ainsi, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, les contrats conclus par l'association syndicale libre resteront des contrats de droit privé mais devront respecter les règles fixées par le code de la commande publique. Bien qu'elle reste largement hypothétique, l'application du droit des contrats publics aux associations syndicales libres constitue donc une réelle possibilité.

Loin d'être un « non-sujet », l'application du droit des contrats publics aux associations syndicales de propriétaires rappelle leur nature hybride et les difficultés récurrentes pour définir le régime juridique qui leur est applicable. Peut-on en conclure que le droit des contrats publics a rouvert la boîte ?

⁶¹ En l'espèce, c'est la composition du syndicat administrant l'association syndicale libre qui devra être examinée