

**AVIS N°006/09/ARMP/CRD DU 24 AVRIL 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA DEMANDE DE DEROGATION AU CODE DES MARCHES
PUBLICS FORMULEE PAR L'ASSOCIATION ACTIONS POUR LA DEFENSE DE
L'ENVIRONNEMENT**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
DISCIPLINAIRE :**

Vu le Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 18 mars 2009 de Monsieur Mouhamed Abdou Karim TOURE, président de l'Association Actions citoyennes pour la Défense de l'Environnement ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, MM. Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP et Oumar SARR, Conseiller juridique, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 18 mars 2009, enregistrée le 27 mars 2009, sous le numéro 178/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, Monsieur Mouhamed Abdou Karim TOURE, président de l'Association Actions citoyennes pour la Défense de l'Environnement a saisi le CRD aux fins d'autoriser la Ville de Dakar à lui verser, en dérogation au Code des Marchés publics, la subvention qu'elle recevait de celle-ci dans le cadre de l'entretien du jardin public de la Sicap Fann Hock, localité d'implantation de l'Association.

A l'appui de sa demande, la requérante expose qu'en vue de répondre aux attentes de la Direction de l'Aménagement urbain (DAU) et de mettre à la disposition des populations, des espaces de détente dans un cadre de verdure, elle a entrepris la réhabilitation et l'entretien du jardin public de la Sicap Fann Hock.

Pour cette action, elle reçoit, depuis 2006, de la Ville de Dakar un appui financier annuel sous forme de subvention.

Avec l'entrée en vigueur du Code des Marchés publics, la DAU a informé l'association que l'entretien des espaces verts sera désormais soumis à appel à concurrence ;

L'association qui a pour credo une citoyenneté active et participative souhaite bénéficier d'une dérogation aux règles imposant la concurrence en vue de continuer à recevoir la subvention allouée dans le cadre du partenariat qu'elle a établi avec la Ville de Dakar.

OBJET DE LA DEMANDE

L'activité pour laquelle la requérante a reçu une subvention de la collectivité territoriale relève-t-elle des dispositions du Code des Marchés publics? Si oui, peut-elle bénéficier de dérogation audit code?

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'à travers sa demande de dérogation au Code des Marchés publics, la requérante invite l'ARMP à déterminer les règles régissant d'une part, l'achat de prestation ou la participation à l'exécution d'un service public, d'autre part, celles régissant l'octroi de subvention ;

Considérant qu'aux termes de l'article premier du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, le présent décret régit la passation, l'exécution et le contrôle des marchés conclus par les personnes morales mentionnées à l'article 2 pour répondre à leurs besoins en matière de réalisation de travaux et d'achat de fournitures ou de services ainsi que la passation et le contrôle des contrats portant participation à l'exécution d'un service public ;

Que les seules dérogations à cette obligation résultent des articles 3 et 148 dudit décret ; qu'en effet, en dehors des cas prévus par les dispositions législatives ou réglementaires contraires concernant la conclusion des contrats portant participation des cocontractants, des personnes publiques à l'exécution d'un service public et les marchés passés par le service du mobilier national ou, à l'étranger, par des missions diplomatiques et consulaires, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés et délégations de service public demeurent soumis aux dispositions du Code des Marchés publics ;

Considérant que face à un contrat liant une association à une collectivité territoriale, l'application des règles résultant du Code des Marchés publics requiert, d'une part, de déterminer si les éléments de la définition légale de marché public ou de délégation de service public sont réunis, d'autre part, en cas d'existence de contrat portant participation d'un cocontractant de la personne publique à l'exécution d'un service public, si une disposition législative ou réglementaire contraire n'a pas vocation à s'appliquer ;

Considérant qu'à cet égard, l'article 820 du Code des Obligations civiles et commerciales dispose, qu'une association déclarée d'utilité publique peut bénéficier de subventions publiques et être autorisée à recevoir des dons et legs de toute personne ; que selon l'article 107 de la loi n° 2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'Environnement, « *les associations de défense de l'environnement peuvent être reconnues d'utilités publiques dans des conditions fixées par décret* » donc admises à bénéficier de subventions publiques ;

Qu'ainsi, l'association peut bénéficier de subvention soit à sa demande, soit sur initiative de la collectivité publique ;

Considérant, en toute hypothèse, que les subventions sont attribuées et affectées à des projets d'intérêt général d'initiative privée ; que si cette initiative émane de la personne publique, c'est-à-dire correspond à l'expression d'un besoin de la personne publique, il faudra alors requalifier la subvention en délégation de service public ou en marché public ;

Considérant qu'il y a :

- Marché public lorsqu'un contrat :
 1. consacre l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale ;
 2. est conclu à titre onéreux, ce qui impose une charge à l'acheteur public ;
 3. répond aux besoins de l'administration en matière de fournitures, de services ou de travaux.

- Délégation de service public lorsque :
 1. Le lien unissant le délégant au délégataire est contractuel, ce qui exclut les délégations par détermination de la loi ou du règlement ;
 2. Le délégataire est chargé de la gestion et l'exploitation du service public. A ce niveau, seule la collectivité publique peut détenir la compétence pour créer, organiser et doter de moyens un service public et en assurer le contrôle, la gestion ne portant que sur l'exécution du service ;
 3. La rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service public ;

Qu'ainsi, outre les éléments ci-dessus relevés, qui caractérisent les marchés publics et les délégations de service public, les subventions se distinguent notamment par le fait que :

1. la personne publique n'a pas à justifier d'une mise en concurrence pour attribuer une subvention ;
2. la subvention doit être conforme à la fois aux missions de la personne publique et à l'objet social du bénéficiaire, c'est-à-dire de l'association ;
3. la personne publique n'a ni l'initiative ni la responsabilité de l'activité subventionnée ;

4. la subvention ne constitue pas le prix d'une acquisition de biens ou de services, ne doit ni dépasser le coût total des actions, ni être conservée en cas de non utilisation ;
5. la personne privée bénéficiaire de la subvention doit disposer de la personnalité morale ;

Qu'en effet, aux termes de l'article 820 du Code des Obligations civiles et commerciales, l'association bénéficiaire doit être déclarée d'utilité publique ; que cependant, selon l'article 821, les associations à but d'éducation populaire et sportive, les associations à caractère culturel, ainsi que les associations de participation à l'effort de santé publique peuvent, même lorsqu'elles ne sont pas reconnues d'utilité publique, recevoir des subventions de l'Etat ou des autres collectivités publiques ;

Qu'en ce qui concerne les associations de défense de l'environnement, selon l'article 107 de la loi n°2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'Environnement, en plus d'être agréées par l'Etat dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement, elles doivent être déclarées d'utilité publique ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, que pour attribuer une subvention à une association, la personne publique doit vérifier que :

1. l'association dispose de la personnalité morale et même dans certains cas, est déclarée d'utilité publique ;
2. le projet à subventionner correspond à l'objet social de l'association ;
3. l'activité à subventionner est suffisamment identifiable et présente un intérêt général ;
4. l'association ne bénéficie pas d'autres subventions dont le cumul dépasserait le coût total du projet ;

Que c'est en considération de ces éléments, et en vertu du principe de la liberté d'octroi des subventions, que l'autorité contractante opte pour une subvention ou un appel public à concurrence selon que l'initiative du projet émane d'elle-même ou de l'association et que le projet soit sans relation nécessaire avec les avantages immédiats que la collectivité publique peut retirer des actions de l'association ;

Qu'en conséquence, il n'appartient, ni n'entre dans les compétences de l'ARMP, organe de contrôle a posteriori, d'accorder des dérogations à l'application des dispositions du Code des Marchés publics ; en conséquence,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1. les subventions sont soumises au principe de la liberté d'octroi des personnes publiques et résultent d'un acte unilatéral et non d'un contrat ;
2. la subvention ne doit ni constituer le prix d'une acquisition de biens ou de services, ni dépasser le coût total des actions ;
3. les subventions répondent normalement à l'initiative privée du projet, et si cette initiative émane de la personne publique, la subvention doit être

requalifiée en délégation de service public ou en marché public et, comme tels, soumise aux dispositions du Code des Marchés publics ;

4. l'ARMP n'a pas compétence pour accorder des dérogations à l'application des dispositions du Code des Marchés publics ;
5. Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'Association Actions citoyennes pour la Défense de l'Environnement, à la Ville de Dakar et à la DCMP le présent avis qui sera publié.

Le Président

Mansour DIOP