

Référence :

- Articles 26 à 30 de l'ordonnance (O) n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires
- Articles 44 à 50 du décret (D) n° 2006-504 du 3 mai 2006 portant application de l'ordonnance précitée
- Code des marchés publics dans ses dispositions applicables aux collectivités territoriales

1 - Cadre juridique

1.1 - La nature juridique des travaux

Les travaux effectués par une association syndicale autorisée (ASA) pour l'exécution même de sa mission de service public sont des travaux publics alors même qu'ils ne bénéficieraient qu'à un seul particulier. Par conséquent, c'est la juridiction administrative qui a compétence pour connaître des litiges relatifs à l'exécution de ces travaux (Tribunal des conflits statuant au contentieux, n° 03041, 28 septembre 1998).

En revanche, les travaux réalisés par l'ASA dans l'intérêt d'un seul propriétaire, fût-il membre de l'association, en application d'une convention particulière mettant les frais à la charge de l'intéressé et non pas financés par la redevance syndicale, n'ont pas le caractère de travaux publics (Conseil d'Etat, n°83629, Association départementale de rénovation agricole des Deux-Sèvres, 26 juillet 1991).

Par ailleurs, les travaux réalisés par une association syndicale libre relèvent de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire (Tribunal des conflits statuant au contentieux, n° 03155, Mme Mollo, 15 novembre 1999).

1.2 - La propriété des ouvrages réalisés par une ASA (article 29 O)

L'article 29 O clarifie la question de la propriété des ouvrages réalisés par les associations syndicales autorisées et répond à la nécessité d'assurer la pérennité des droits et obligations attachés à ces ouvrages. Ainsi il prévoit que l'ASA est propriétaire des ouvrages qu'elle réalise en qualité de maître d'ouvrage dans le cadre de son objet statutaire et, à ce titre, en assure l'entretien. Toutefois, les statuts peuvent prévoir, pour certaines catégories d'ouvrages, que leur propriété ou leur entretien peut être attribué à un ou plusieurs membres de l'association. Ils définissent alors précisément les catégories d'ouvrages ainsi que, éventuellement, les propriétaires concernés.

Dans le cas où les ouvrages sont réalisés par l'association sur le domaine public de l'Etat ou de collectivités territoriales ou de leurs groupements, le titre d'occupation du domaine délivré à l'ASA n'est pas constitutif de droits réels et prévoit qu'à son échéance les ouvrages sont soit incorporés gratuitement au domaine après remise constatée par procès-verbal, soit démolis afin de permettre la restauration ou la réhabilitation des lieux, sauf dans le cas où les collectivités territoriales ou leurs groupements se substitueraient à l'association (article 48 D).

La loi limitant cette dérogation aux seuls membres de l'association, se posait la question de la propriété des ouvrages réalisés par une ASA en dehors de son périmètre dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage sur des espaces appartenant au domaine public de l'Etat ou sur celui des collectivités territoriales ou de leurs groupements (conduite d'eau pour partie dans le domaine public fluvial, digues réalisées sur le domaine public maritime de l'Etat). L'ASA doit en principe implanter ses ouvrages à l'intérieur de son périmètre, cependant les caractéristiques locales (phénomènes d'érosion par exemple) peuvent rendre nécessaire leur implantation sur le domaine public de l'Etat ou des collectivités territoriales ou de leurs groupements sans que ces derniers souhaitent pour autant être membres de l'association et donc contribuer de manière obligatoire à son financement. C'est pourquoi l'article 25 de la loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques a modifié l'article 29 O en prévoyant une dérogation au principe de la propriété des ASA sur les ouvrages qu'elle réalise en maîtrise d'ouvrage pour ceux « réalisés, le cas échéant en dehors de son périmètre, sur le domaine public d'une personne publique. »

1.3 - Spécificités des biens des membres de l'ASA lorsque ceux-ci sont des personnes publiques

Les dispositions de l'article 6 O sur l'hypothèque légale sur les biens des membres des ASA ne sont pas applicables aux biens du domaine public d'une personne publique car ceux-ci sont insaisissables suivant une jurisprudence constante. De la même manière, les biens du domaine privé d'une personne publique (Etat, collectivité territoriale, établissement public même s'il est à caractère industriel et commercial), même s'ils sont aliénables, restent cependant insaisissables et ne peuvent de même faire l'objet d'une hypothèque.

2 - Les modalités d'intervention

2.1 – Les règles de passation des marchés publics (articles 26 D, 28 D et 44 D)

La soumission des ASA au code des marchés publics était reconnue par la jurisprudence (Conseil d'Etat, 13 septembre 1995, Dame Favier) qui a considéré à propos d'une catégorie particulière d'association syndicale, les associations foncières urbaines, que, pour l'application du code des marchés publics, elles devaient être assimilées aux établissements publics locaux. Il en a été déduit que cela valait pour toutes les associations syndicales présentant le caractère d'établissement public.

L'article 44 D est venu l'indiquer formellement. Il précise en outre que les dispositions applicables aux ASA sont les mêmes que celles des établissements publics locaux, à l'exception de la composition de la commission d'appel d'offres afin de tenir compte des spécificités des associations syndicales autorisées.

Sans préjudice des dispositions dérogatoires prévues par le décret, il convient de se référer, pour appliquer au mieux les règles de passation des marchés concernés, à la circulaire NOR : ECOM0620004C du 3 août 2006 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie portant manuel d'application du code des marchés publics. Ce document se trouve en ligne sur le site www.legifrance.gouv.fr.

2.1.1 – La préparation des marchés

Aux termes de l'article 26 D relatif aux attributions du syndicat, ce dernier se voit confier les délibérations sur les projets de travaux et leur exécution, celles sur les catégories de marchés qui, en raison de leur nature ou du montant financier engagé, doivent lui être soumises pour approbation et celles dont il délègue la responsabilité au président.

Dans ce dernier cas, le président peut alors prendre 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.

En vertu de l'article 28 D, le président est la personne responsable des marchés.

2.1.2 – L'attribution des marchés

Les règles du code des marchés publics (CMP) applicables aux ASA sont celles relatives aux collectivités territoriales. Néanmoins, afin de tenir compte des spécificités des ASA, la composition de la commission d'appel d'offres a été adaptée.

Peuvent être constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent. Une commission spéciale peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé.

Ces commissions sont présidées par le président de l'association et comportent au moins deux autres membres du syndicat désignés par ce dernier. Les autres règles relatives à la composition des commissions d'appel d'offres et les modalités de leur fonctionnement sont fixées par les statuts par dérogation aux articles 22 et 23 du CMP.

Dès lors, il revient aux statuts de fixer, avec tout pouvoir d'adaptation aux spécificités des ASA, l'ensemble des règles, qui sont nombreuses, figurant dans ces articles :

- nature et nombre de membres de la commission ;
- instauration ou non de suppléants ;
- modalités d'élection des membres et, le cas échéant, des suppléants ;
- le cas échéant, condition de remplacement d'un titulaire définitivement empêché par un suppléant (ordre d'une liste ou suppléant affecté spécifiquement à un titulaire) ;
- ouverture ou non à certaines personnes du droit de siéger à la commission avec voix consultative ;
- mode de délibération de la commission ;
- principe ou non de la voix prépondérante du président ;
- conditions de convocation des réunions de la commission ;
- règles de quorum et de re-convocation de la commission ;
- contenu du procès verbal de réunion.

Il est également possible de prévoir uniquement la composition de la commission et de préciser que ses modalités de fonctionnement seront celles des II à VII des articles 22 et 23 du CMP. Il convient néanmoins dans ce cas de préciser aux règles de quels types d'établissements publics, parmi ceux énoncés au I de l'article 22, l'ASA sera soumise.

Les règles spécifiques sur les commissions d'appel d'offres s'appliquent aux marchés publics dont l'avis d'appel public à la concurrence est postérieur à la date de publication du décret (5 mai 2006).

2.2 - Les prestations de services

La prestation de service recouvre :

- soit, lorsque l'ASA en est le bénéficiaire, le recours à une autre personne pour la réalisation d'une mission entrant dans le champ de ses compétences. Dans ce cas, la mise en œuvre de cette prestation est soumise aux règles du code des marchés publics ;
- soit, lorsqu'elle est prestataire, l'action d'une ASA intervenant non pas en son nom propre, mais pour le compte d'une autre personne. Dans le cas où cette personne est l'une des personnes soumises aux règles du CMP (Etat, collectivités territoriales, établissements publics, ASA), le contrat de prestation est un marché public.

Si une ASA peut être prestataire de service, elle doit néanmoins respecter certaines obligations. En effet, les ASA sont des établissements publics et par conséquent régies par le principe de spécialité.

La vocation première d'une ASA est d'exercer les missions prévues par son objet sur le territoire de ses membres. Aussi, les prestations de services, qui constituent des interventions pour compte d'autrui, ne peuvent avoir qu'un caractère marginal par rapport à l'activité globale de l'établissement. La prestation de service doit donc être ponctuelle ou d'une importance limitée.

Au regard du principe de spécialité, la prestation ne pourra concerner que des travaux qui sont le prolongement accessoire de l'activité de l'association. Le prolongement de l'activité peut être analysé comme lié au fait que l'on dispose des moyens humains et matériels que l'on utilise dans le cadre d'une prestation au bénéfice d'un tiers intéressé contre rémunération. La prestation doit donc ne nécessiter aucun investissement supplémentaire ou aucune adaptation particulière.

En outre, conformément à ce principe de spécialité, une ASA ne peut réaliser des prestations de services pour le compte d'autrui que si elle est expressément habilitée par ses statuts à le faire.

Cette habilitation doit préciser l'objet sur lequel portera la convention de prestation de service. Elle doit également préciser le champ territorial de l'autorisation de conventionner donnée à l'ASA.

Par ailleurs, l'habilitation statutaire ne peut être mise en œuvre qu'au moyen d'une convention. Celle-ci doit être préalable à l'action et doit déterminer notamment les relations financières des co-contractants.

2.3 – La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (article 27 O)

Les dispositions de la loi « MOP » sont applicables aux ASA lorsqu'elles agissent en qualité de maître de l'ouvrage ou de mandataire de celui-ci. En revanche, elles ne régissent pas, en principe, l'activité des personnes publiques assurant des prestations de maîtrise d'œuvre, ce qui n'interdit pas pour autant aux ASA maîtres d'œuvre d'en respecter les principes.

Toutefois, l'article 27 prévoit que, par dérogations aux dispositions du I de l'article 4 de la loi, une ASA peut mandater une union ou un syndicat mixte dont elle est membre pour réaliser ses travaux et lui confier également toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le mandat.

2.4 – La délégation de service public

L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dite "loi SAPIN" qui prévoit qu' « *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé...* » ne semble pas exclure a priori les associations syndicales qui exercent des missions de services publics.

Dans le cas où l'ASA serait délégante, elle ne peut laisser au délégataire le soin de percevoir les redevances sur les membres de l'association, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 31 de l'ordonnance, prévoyant que les redevances dues par les propriétaires constituent une ressource de l'association. Elle devra instaurer des mécanismes financiers transitant par son budget et permettant d'assurer que la rémunération soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation.

Par ailleurs, une lecture stricte du principe de spécialité territoriale semble limiter dans les faits la possibilité pour les associations d'être délégataires de service public pour le compte d'une personne publique au seul cas où la délégation s'effectue dans son périmètre et sous réserve d'une habilitation statutaire.

2.5 – Une ASA peut-elle intervenir en dehors de son périmètre ?

L'action des associations hors périmètre se présente en droit comme une dérogation au principe de spécialité territoriale. Il apparaît cependant qu'elle puisse être envisagée dans certains cas.

2.5.1 – En tant que maître d'ouvrage

Le champ d'intervention d'une ASA en tant que maître d'ouvrage est limité au territoire des propriétés qu'elle associe.

Toutefois, il peut être admis qu'une ASA réalise des équipements hors de son territoire à la double condition qu'elle agisse dans le cadre de son champ de compétences et qu'elle ne puisse pas réaliser l'équipement considéré dans les mêmes conditions sur son territoire.

Cette possibilité d'intervention hors périmètre transparait d'ailleurs à travers l'article 29 O qui traite de la propriété des ouvrages réalisés en qualité de maître d'ouvrage sur le domaine public en précisant que la disposition peut concerner le cas échéant ceux réalisés en dehors du périmètre.

2.5.2 - En tant que mandataire dans le cadre de la loi MOP

L'article 27 O prévoit que les associations sont soumises à loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique (MOP). Cette disposition permet ainsi non seulement aux associations syndicales d'avoir recours à un mandataire (anciennement dénommé « maître d'ouvrage délégué ») mais également d'être mandataire pour le compte par exemple d'une collectivité locale, ce qui peut s'analyser comme une habilitation à intervenir à l'extérieur de son périmètre. Une telle conception, qui pourrait s'avérer dangereuse pour l'équilibre financier des ASA, paraît cependant très extensive et il convient d'articuler cette disposition avec le principe de spécialité. Ainsi seul le mandat au profit des membres de l'association semble devoir être autorisé. L'article 27 O ayant pour effet juridique non pas d'autoriser une intervention hors périmètre mais de constituer une habilitation législative à réaliser la prestation de services que constitue le mandat, qui dispense ainsi l'ASA d'une habilitation statutaire en la matière.

2.5.3 – En tant que prestataires de services

Si l'article 54 de l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004 habilite l'association départementale d'aménagement de l'Isère, du Drac et de la Romanche à réaliser des prestations de service au bénéfice de toute personne publique, y compris en dehors de son périmètre, l'ordonnance ne contient aucune autorisation de cet ordre pour les associations syndicales.

3 – Le régime des servitudes (articles 28 O et 45 D)

Aux termes de l'article 28 O qui reprend les règles des anciennes dispositions juridiques régissant les ASA, en élargissant le champ des terrains concernés aux cours, jardins et parcs, le régime des servitudes d'établissement, d'aménagement, de passage et d'appui prévues aux articles L. 152-1 à L. 152-23 du code rural et à l'article L. 321-5-1 du code forestier est applicable aux ASA.

En outre, une servitude de passage peut être instituée pour l'entretien d'ouvrages qui traversent, même en dehors du périmètre de l'association, les cours, jardins, parcs et enclos, qu'ils soient ou non attenants aux habitations.

Pour l'application du paragraphe précédent, les associations syndicales autorisées sont soumises aux dispositions du chapitre II du titre V du livre Ier du code rural (partie réglementaire) et de l'article R. 321-14-1 du code forestier.

Outre ces servitudes, l'ASA peut instituer dans le périmètre de l'association des servitudes statutaires (les statuts déterminent les différents types de servitudes et les obligations faites aux membres) et hors du périmètre des servitudes de droit privé par acte notarié.

Le tribunal d'instance connaît, à charge d'appel, les contestations relatives aux servitudes établies au profit des associations syndicales prévues par l'ordonnance (article R. 321-9 16° du code de l'organisation judiciaire).

Par ailleurs, l'ordonnance renforce les servitudes existantes en prévoyant le devoir d'information du vendeur qui porte non seulement sur l'inclusion dans une ASA mais également sur l'existence éventuelle de servitudes (article 4 O), ainsi que le fait que les servitudes sont maintenues même en cas de distraction des parcelles (article 38 O). En outre, sont désormais inscrites parmi la liste des servitudes d'utilité publique obligatoirement annexées au plan local d'urbanisme les servitudes des associations syndicales autorisées les servitudes prévues au second alinéa de l'article 28 O (II (D) g) de l'annexe mentionnée à l'article R. 126-1 du code de l'urbanisme créé par l'article 83 I D.

4 – Le contrôle des travaux par le préfet

La tutelle du préfet sur les travaux réalisés existant dans les textes antérieurs a été maintenue. En revanche, les projets de travaux neufs et de grosses réparations ne sont plus soumis à son approbation préalable directe. Cette approbation s'effectue désormais dans le cadre du contrôle des actes auxquels sont soumis les emprunts et les marchés, à l'exception de ceux passés selon la procédure adaptée au sens de l'article 28 du code des marchés publics (voir fiche 7).

Ce dernier peut faire procéder, quand il le juge opportun, à la visite des travaux et faire vérifier l'état d'entretien des ouvrages de l'association. Les frais de ces visites et vérifications sont à la charge de l'association (article 46 D).

Après achèvement des travaux, il est procédé à leur réception par le président de l'association, assisté des membres du syndicat désignés par ce dernier. Le préfet est informé du jour où il sera procédé à la réception et peut s'y faire représenter. Le même avis est adressé le cas échéant à l'exécutif de la collectivité territoriale sur le domaine public de laquelle des ouvrages sont exécutés (article 47 D).

5 – Les mesures en cas de carence de l'ASA

En vertu de l'article 30 O, l'autorité administrative peut, après mise en demeure de l'association syndicale autorisée restée sans effet dans un délai qu'elle détermine :

1° Faire procéder d'office, aux frais de l'association, à l'accomplissement des opérations correspondant à son objet, dans le cas où la carence de l'association nuirait gravement à l'intérêt public ;

2° Constater que l'importance des ouvrages ou des travaux à réaliser excède les capacités de l'association.

5.1 – L'exécution d'office des travaux en cas de carence de l'ASA (article 49 D)

Cette situation correspond au cas où l'association dispose des moyens d'assurer ses missions mais ne les remplit pas dans les faits en raison de dysfonctionnement de ses organes ou par mauvaise volonté.

Dans le cas où une association syndicale autorisée interrompt ou laisse sans entretien les travaux entrepris par elle, le préfet fait procéder, par le service compétent, à une vérification de l'état des lieux.

S'il ressort de cette vérification que l'interruption ou le défaut d'entretien peut nuire gravement à l'intérêt public, le préfet indique au syndicat les travaux jugés nécessaires pour pallier ces conséquences et le met en demeure de les exécuter.

La mise en demeure prend la forme d'une injonction à procéder à l'exécution de ces travaux. Le préfet y assigne au syndicat un délai suffisant pour réaliser ces travaux.

A défaut par le syndicat de se conformer à la mise en demeure, le préfet ordonne l'exécution d'office aux frais de l'association. Ainsi, en cas de carence de l'association, l'Etat agit à sa place. Il désigne, pour la diriger et la surveiller, un agent chargé de suppléer le président du syndicat. Cet agent spécial est nommé et rémunéré comme il est prescrit pour le commissaire enquêteur chargé de l'enquête publique spécifique aux ASA précédant la création (voir fiche 3 point 3.2.1). Le préfet peut désigner, contrairement au commissaire enquêteur qu'il choisit sur une liste d'aptitude, toute personne compétente de son choix. Le montant de l'indemnité est à la charge de l'association.

En cas d'urgence, l'exécution d'office peut être prescrite immédiatement.

5.2 – La substitution d'une personne publique en cas d'incapacité de l'ASA (article 50 D)

En cas d'impossibilité pour l'association de faire face à des travaux excédant manifestement ses capacités, l'Etat ou une collectivité territoriale ou un groupement **peut** se substituer à elle dans ses droits et obligations.

Cette substitution est une faculté ouverte et ne constitue aucunement une obligation. Ainsi la responsabilité de ces personnes publiques ne pourra être engagée du fait qu'elles n'aient pas souhaité intervenir

5.2.1 – Les modalités de substitution

Cette substitution peut être totale ou partielle. L'association ne peut s'opposer à sa mise en œuvre mais peut en demander la cessation.

Elle est mise en œuvre par arrêté préfectoral après que le préfet, après mise en demeure de l'association, a constaté la carence de l'association (l'importance des ouvrages ou des travaux à réaliser dans l'intérêt public excède les capacités de l'association sans que cela remette en cause de manière définitive sa capacité à réaliser son objet). Cette substitution ne peut intervenir que pour une durée déterminée.

En effet, la substitution a pour objet de régler des difficultés ponctuelles. Si ces dernières sont structurelles et appelées à perdurer, il conviendrait alors de dissoudre l'association (voir fiche 9, point 2.2).

Le préfet notifie sa décision à l'association.

5.2.2 – Les effets de la substitution

Les travaux ou ouvrages réalisés dans le cadre de la substitution sont strictement limités à l'objet de l'association. Ils sont réalisés aux frais de l'autorité publique qui s'est substituée. Toutefois, une participation de l'association est prévue par convention.

Ce mécanisme de substitution est donc très différent de celui qui était prévu à l'article 67 du décret du 18 décembre 1927 où l'autorité substituée procédait au recouvrement des taxes syndicales auprès des membres de l'ASA et où ces recettes étaient alors intégrées à son budget. La substitution concerne non pas les organes de l'ASA mais les missions assurées par cette dernière. Les organes de l'ASA continuent à assurer sa gestion, notamment le recouvrement de la redevance afin de verser à l'autorité substituée la participation prévue par convention.

L'autorité publique qui s'est substituée est responsable des travaux qu'elle entreprend et des dommages résultant des ouvrages qu'elle a réalisés, tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une remise à l'association.

5.2.3 – Le terme de la substitution

La substitution cesse de plein droit à l'expiration de la durée prévue dans l'arrêté décidant de la substitution.

L'association peut demander à tout moment à ce qu'il soit mis fin à la substitution. Le préfet examine alors les capacités de l'association au regard des ouvrages ou des travaux à réaliser.

Le préfet constate la fin de la substitution par arrêté.

La propriété des ouvrages réalisés est déterminée, à l'issue de la substitution, par convention entre la collectivité maître d'ouvrage et l'association syndicale autorisée. A défaut de convention conclue à la date de publication de l'arrêté mettant fin à la substitution, la propriété revient à l'association. Cette remise s'effectue à titre gratuit.