

Peut-on concilier les deux arrêts ou sont-ils contradictoires ?

On relève la prudence de rédaction des deux décisions: l'arrêt Favier précise que les associations syndicales autorisées ne peuvent être considérées comme rattachées à une collectivité locale "au sens du décret du 19 septembre 1947" et l'arrêt Tatin, sans qualifier l'association syndicale d'établissement public local décide que ces établissements "doivent être considérés comme soumis" au livre III du code des marchés publics.

La terminologie utilisée traduit donc un certain relativisme, en fonction du problème posé.

S'agissant du problème de l'affiliation des agents des associations syndicales autorisées à la CNRACL on peut émettre l'hypothèse que le juge est parti du constat que l'agent ne participe pas à l'exécution d'un service public local et que c'est à cette circonstance qu'il s'est attaché pour définir le champ d'application du régime spécial de retraite.

S'agissant de l'application du code des marchés publics, la question est abordée différemment. Certes la rédaction de l'article 249 du code des marchés publics est comparable à celle du décret de 1947 puisqu'il mentionne les marchés "des collectivités locales et de leurs établissements publics", mais, pour définir le champ d'application du code des marchés publics serait privilégié la circonscription territoriale de l'association syndicale autorisée plus que la finalité de son intervention.

En effet

Ce relativisme laisse insatisfait, et il est permis de penser que les considérations pratiques ne sont pas étrangères à ces solutions: l'agent non affilié à la CNRACL bénéficiera néanmoins d'une régime de retraite, alors que l'absence de soumission au code des marchés publics aurait entraîné l'absence d'encadrement de la passation de marchés de personnes publiques n'ayant pas un caractère industriel et commercial.

Une autre hypothèse pourrait aussi être formulée: l'arrêt Favier énonce une solution de principe, celle du non rattachement, alors que l'arrêt Tatin formulerait une règle spéciale aux marchés publics. Pour décider que le code des marchés publics s'applique il est possible d'invoquer un argument de texte: l'article 310 du code dans sa rédaction actuelle (remontant à 1986) prévoit que "conformément à l'article 40 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985, en zone de montagne, les collectivités territoriales, les associations foncières, les associations autorisées de propriétaires fonciers peuvent, dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 104, conclure des marchés négociés dont le montant n'excède pas la somme prévue au 1° de l'article 321, avec une coopérative d'utilisation de matériel agricole.....". Ce texte paraît bien impliquer que le code des marchés est applicable aux associations syndicales autorisées. Il n'était pas en vigueur à l'époque des faits de l'arrêt Tatin, mais il apporte un éclairage rétrospectif sur l'interprétation à donner aux dispositions du code des marchés publics.

Quel que soit le fondement de la solution de l'arrêt Tatin, il incite à poser une question d'importance: faut-il désormais considérer que les marchés des associations syndicales autorisées sont soumis au contrôle de légalité qui s'exerce sur les collectivités locales ? Le Livre III du code des marchés publics n'organise certes pas ce contrôle, mais il en suppose l'existence, notamment dans son article 312 ter ( transmission d'un rapport au représentant de l'État). Ce serait toutefois en faire dire trop à l'arrêt que de considérer qu'il comporte une prise de position sur ce point.

L'avenir dira si l'existence d'établissements sans rattachement territorial est encore concevable ou si le mouvement de "domestication administrative" commencé, selon Hauriou, avec la qualification des associations syndicales autorisées comme établissements publics se poursuivra avec leur intégration à la catégorie des établissements publics locaux. Si tel devait être le cas, il n'est pas certain qu'il faille le déplorer car les associations syndicales autorisées sont loin de donner toujours l'exemple d'une saine gestion et d'un fonctionnement démocratique.

Laurent Richer  
Professeur à l'université de Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)  
Avocat à la Cour de Paris