

Les gestionnaires privés, pouvoirs adjudicateurs ?

Trois ans après la publication de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, dont l'ambition était de simplifier et de sécuriser leur passation, la question de la qualification des gestionnaires privés de structures sociales et médico-sociales comme pouvoirs adjudicateurs demeure entière. Un problème qui se résout au cas par cas.

Le récent rapport de la Chambre régionale des comptes (CRC) des Pays de la Loire^[1] relatif au contrôle de gestion de l'association gestionnaire Adapei-Aria 85, qui affirme de façon péremptoire le principe de la soumission des personnes morales de droit privé gestionnaires d'établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, souligne l'actualité de ce sujet. Les enjeux d'une telle qualification sont majeurs eu égard au risque contentieux relatif aux procédures d'achat et au risque pénal attaché à la méconnaissance du droit des marchés publics.

La notion de pouvoir adjudicateur

Les règles relatives au droit des marchés publics^[2] s'appliquent par principe aux pouvoirs adjudicateurs. Différentes catégories de personnes sont ainsi visées par l'article 10 de l'ordonnance, dont 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 »^[3]. Ainsi, quand une personne morale de droit privé remplit les critères cumulatifs prévus à l'article 10-2° de l'ordonnance, elle est de fait tenue de respecter le droit de la commande publique dans la passation de ses contrats. Ces critères sont au nombre de trois. L'entité en question doit :

- être dotée de la personnalité morale ;
- avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

• être sous la dépendance d'un pouvoir adjudicateur.

Pour ce dernier critère, c'est le cas dès lors qu'une des conditions alternatives suivantes est respectée :

- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de la personne morale est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- soit son activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- soit sa gestion est soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur.

En pratique, seuls ces deux derniers sous-critères nous intéressent ici : ceux tenant à la personnalité morale et à la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial étant aisément satisfaits s'agissant des associations gestionnaires d'ESSMS.

Le critère du financement majoritaire

Il s'agit donc de déterminer si les activités menées par les associations gestionnaires sont majoritairement financées par des ressources provenant d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs. D'emblée, deux précisions doivent être apportées. D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a spécifié que la notion de financement majoritaire signifie qu'il doit couvrir plus de la moitié du budget annuel de l'entité^[4]. D'autre part, la notion de financement vise ici « un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée »^[5]. Ainsi, à l'inverse des subventions, les versements



Concernant les Ehpad, les produits de la tarification ne constituent pas un financement au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

effectués en contrepartie de prestations de services^[6] ne constituent pas un financement par un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance. Ce faisant, une analyse au cas par cas visant à déterminer si plus de la moitié des ressources de la personne morale de droit privé concernée émane de pouvoirs adjudicateurs est nécessaire.

Toutefois, il semble possible d'exclure de ce calcul les financements versés au titre de la gestion des ESSMS dès lors qu'aux termes de la jurisprudence actuelle ils constituent la contrepartie de services rendus^[7]. En ce sens, le Conseil d'État considère que les prix de journée consentis aux établissements à caractère sanitaire et social gérés par une association ne peuvent s'assimiler à des subventions de fonctionnement puisqu'ils constituent la contrepartie de services rendus.

Sur ce point, la CJUE a utilement précisé, s'agissant du forfait soins versés aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad) par les caisses d'assurance maladie,

que « pour qu'une prestation de service puisse être considérée comme effectuée à titre onéreux, il n'est pas nécessaire que la contrepartie de cette prestation soit obtenue directement de la part du destinataire de celle-ci, mais la contrepartie peut également être obtenue d'un tiers »^[8]. Les produits de la tarification ne constituent donc pas un financement au sens de l'ordonnance précitée. *A contrario*, devraient être prises en compte dans ce calcul toutes les ressources allouées sans contrepartie spécifique par des pouvoirs adjudicateurs en vue de soutenir les activités de l'association, ce qui est par exemple le propre d'une subvention.

Le critère du contrôle de la gestion

Si ce critère demeure sans conteste le plus délicat à cerner^[9], la jurisprudence de la CJUE fournit de précieux éléments d'analyse permettant de mieux appréhender son raisonnement. En pratique, afin de déterminer si ce critère est satisfait, il convient d'examiner si

Le régime juridique applicable aux ESSMS pourrait justifier l'existence d'un contrôle étroit des gestionnaires par l'administration.

Les différents contrôles auxquels est soumis l'organisme créent une dépendance de celui-ci à l'égard des pouvoirs publics qui permet à ces derniers d'influencer ses décisions en matière de marchés publics. Dépendance qui doit logiquement avoir une intensité équivalente à celle existant lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli^[10].

Un simple contrôle *a posteriori* ne saurait donc suffire^[11]. Pour autant, répond « à un tel critère une situation dans laquelle, d'une part, les pouvoirs publics contrôlent non seulement les comptes annuels de l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité et, d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics sont autorisés à visiter les locaux d'exploitation et les installations dudit organisme [...] »^[12]. Surtout, il a pu être considéré que lorsque « les règles de gestion [imposées par la loi à l'entité] sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics »^[13].

Dans cette affaire, qui concernait les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré (SA d'HLM), l'effectivité du contrôle sur la gestion était, selon la CJUE, notamment révélée par la possibilité pour le ministre de prononcer leur dissolution, de nommer un liquidateur, de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire. Ceci quand bien

même l'exercice de ces prérogatives avait vocation à demeurer exceptionnel^[14]. En synthèse, on retiendra que la CJUE s'attache à évaluer le degré d'autonomie dont dispose concrètement l'entité sur le plan organisationnel et budgétaire^[15].

Que peut-on en conclure pour les gestionnaires ?

D'ores et déjà, c'est selon nous de la satisfaction, ou non, de ce critère dont dépendra le plus souvent la qualification des associations gestionnaires en pouvoir adjudicateur. Et, sans présager de la position des juges qui pourraient être amenés à se prononcer sur ce point, il serait difficile de contester le fait que ces associations, et plus encore les ESSMS qu'elles gèrent, sont soumis, dans leur fonctionnement quotidien, à un regard attentif de leur autorité de tarification, ainsi qu'à un certain nombre de contrôles de la part des pouvoirs publics. À ce titre, les prérogatives dont dispose l'administration au titre de l'autorisation des ESSMS, dont notamment le pouvoir d'injonction, y compris pour des dysfonctionnements financiers et de fermeture, traduisent un contrôle important dans leur gestion.

De même en est-il du contrôle financier effectué par l'administration en sa qualité d'autorité

de tarification, bien que les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) – qui se généralisent – accordent d'avantage de responsabilité financière aux gestionnaires. Tout comme le contrôle que l'administration exerce au titre de l'habilitation. Le régime juridique applicable aux ESSMS pourrait en somme justifier l'existence d'un contrôle étroit des gestionnaires par l'administration.

Mais une nuance de taille doit toutefois être apportée quant à l'étendue de ce contrôle : celui-ci concerne moins la personne morale gestionnaire que les ESSMS qu'elle gère. Ainsi, si l'administration exerce un contrôle étroit sur la gestion des structures, celui-ci ne s'étend que dans une moindre mesure à la gestion administrative et financière de l'association. Cela constitue une différence notable avec le contrôle qu'exercent les autorités sur les SA d'HLM qui peut aller jusqu'à leur dissolution.

Par ailleurs, à supposer qu'une association n'ait que partiellement pour objet d'assurer la gestion d'ESSMS, comment dans ces conditions caractériser l'existence d'un contrôle de l'administration sur cette personne morale ? Comment ces structures pourraient être assimilées à des associations assurant exclusivement la gestion d'ESSMS ? Il s'agit ici d'éléments

importants quant à l'identification d'un contrôle de l'administration sur les gestionnaires privés d'ESSMS et qui devraient interdire une lecture homogène de leur situation au regard du risque de qualification en pouvoir adjudicateur. Ce, au bénéfice d'une approche fine au cas par cas.

Nadia Ben Ayed et
Christophe Farineau,
avocats au cabinet
Seban & associés

[1] Rapport d'observations définitives, Adapei-Aria 85, exercices 2016 et 2017, CRC des Pays de la Loire, 5 avril 2018
[2] Constituées de l'ordonnance et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

[3] Les deux autres catégories étant les personnes morales de droit public et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

[4] Arrêt de la CJCE du 3 octobre 2000, affaire 380/98, point 32 et pour les modalités de ce calcul, points 40 et 41

[5] Arrêt de la CJUE du 12 septembre 2013, affaire C-526/11, point 22

[6] Arrêt de la CJCE du 3 octobre 2000, affaire 380/98, points 21 et 26

[7] CE, 6 juillet 1994, n° 110494 et réponse du ministère des Affaires sociales et de la Santé à QE n° 06176, Sénat, 27 février 2014

[8] Arrêt de la CJUE, 27 mars 2014, affaire C-151/13

[9] Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-13.540

[10] Arrêt de la CJCE, 1^{er} février 2001, affaire C237/99, points 48 et 49

[11] Arrêt de la CJUE du 12 septembre 2013, affaire C-526/11, point 29

[12] Arrêt de la CJCE, 27 février 2003, affaire C-373/00, point 70

[13] Arrêt de la CJCE, 1^{er} février 2001, affaire C237/99, point 52

[14] Ces contrôles correspondaient donc davantage à une surveillance exercée sur la manière dont est dirigé l'organisme qu'à de véritables immixtions dans sa direction (voir conclusions de l'avocat général J. Mischo, point 36).

[15] Arrêt de la CJUE du 12 septembre 2013, affaire C-526/11, points 27 et 30