

N° 489440

Région Nouvelle-Aquitaine

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mars 2024

Lecture du 11 avril 2024

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

La demande d'avis que vous adresse la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux vous pose une délicate question de champ d'application du code de la commande publique : **faut-il regarder les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) de droit privé comme des pouvoirs adjudicateurs** au sens de ce code ?

De la réponse dépendra le point de savoir si les contrats passés par ces entités doivent être soumis aux règles de la commande publique.

1. Avant d'y venir, il faut vous interroger sur la recevabilité de cette demande d'avis, dont vous savez qu'elle est soumise à la triple condition, posée par l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CJA) que la question de droit qu'elle soulève se caractérise par sa nouveauté, par sa difficulté sérieuse et par le nombre des litiges qu'elle est susceptible d'induire.

Nul ne doute que les deux premiers critères soient remplis.

La question du nombre potentiel de litiges est paradoxalement plus délicate. Il est certain que, en particulier en cas de réponse positive, de très nombreux

litiges seraient susceptibles de se nouer ou, en tout cas, d'être réglés de manière très différente par rapport à la pratique actuelle. D'après la Haute autorité de santé, on décompte en effet en France près de 40 000 établissements de ce type¹, qui prennent en charge les personnes âgées ou en situation de handicap, les enfants protégés ou les personnes confrontées à des situations de grande précarité.

La plupart sont des structures de droit privé, de type associatif ou fondatif, parfois elles-mêmes dépourvues de la personnalité morale (elles sont alors regroupées au sein d'une même structure) et de taille très variable : certaines gèrent quelques lits, d'autres des dizaines d'établissements... Nous ne prenons pas trop de risques en avançant que la très grande partie d'entre elles n'estiment pas aujourd'hui être assujetties aux règles de la commande publique².

En conséquence, si vous veniez à estimer que les ESSMS ont la qualité de pouvoir adjudicateur, les contrats qu'ils passent seront soumis au code de la commande publique mais, pour la grande majorité d'entre eux, ils resteront, en l'état actuel de la législation, des contrats de droit privé que le juge judiciaire est seul compétent pour connaître. En d'autres termes, si la « question de droit » est susceptible de se poser dans de nombreux litiges, ce serait à vrai dire davantage devant le juge judiciaire que devant vous...

Il ne nous semble toutefois pas que l'article L. 113-1 du CJA restreigne la notion de « nombreux litiges » aux seuls litiges administratifs et, si vous partagez cette lecture, vous pourrez examiner le fond de la demande.

2. En l'espèce, c'est d'ailleurs de manière tout à fait incidente que la question se présente devant le juge administratif.

C'est en effet afin d'obtenir des aides européennes versées par l'intermédiaire de la région Nouvelle-Aquitaine que l'association départementale

¹ Sources : Comprendre la nouvelle évaluation des ESSMS - site internet de la HAS, 11 mai 2022

² En ce sens : O. Poinsot, Les marchés des institutions sociales et médico-sociales privées, JCP-Adm et CT, n° 15, avril 2006, 1088.

pour adultes et jeunes handicapés de la Vienne (APAJH 86)³, a vu rejeter sa demande de subvention par la collectivité au motif que l'article 125 du règlement financier (UE) 1303/2013 du 17 décembre 2013 impose que les produits et services co-financés soient acquis dans le respect des règles de la commande publique.

Ne s'estimant pas soumise à ces règles, l'APAJH 86 a contesté le refus de la région devant le TA de Bordeaux... qui lui a donné raison, en jugeant qu'il n'était pas établi que la gestion de cette association de droit privé serait « *soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur* » au sens du b) du 2° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique (CCP).

La CAA de Bordeaux est, si ce n'est plus dubitative, du moins plus prudente et vous transmet la question, qu'il vous faudra trancher vous-mêmes puisqu'en application de votre avis de Section du 4 février 2000, *Mouflin*, n° 113321, p. 28, vous estimez que, lorsque vous répondez à une demande d'avis, vous n'êtes pas compétents pour saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

Précisons également que, si la cour a ciblé sa question sur les établissements mentionnés au 2° et au 7° de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles⁴, c'est-à-dire en substance sur ceux qui fournissent une aide aux personnes handicapées, la réponse que vous apporterez vaudra selon nous pour la plupart des autres établissements, dès lors que l'encadrement législatif et réglementaire de leur gestion est similaire.

³ L'association gère plusieurs établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) qui viennent en aide à près de 1 000 personnes en situation de handicap mental ou de polyhandicap

⁴ Art. L. 312-1 : « 2° Les établissements ou services d'enseignement qui assurent, à titre principal, une éducation adaptée et un accompagnement social ou médico-social aux mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation ; (...)

« 7° Les établissements et les services, y compris les foyers d'accueil médicalisé, qui accueillent des personnes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert »

3. La clef de la question réside dans l'interprétation qu'il convient de donner du 2° de l'article L. 1211-1 du CCP qui intègre dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs « *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* ».

La question ne vous étant pas posée aujourd'hui, nous ne digresserons pas sur la notion de « *besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* », hormis pour vous indiquer que sa portée ne nous paraît pas totalement aller de soi au regard de la jurisprudence européenne, qui ne l'assimile pas tant à la notion de SPIC, que vous connaissez bien, qu'à celle d'organisme n'opérant pas dans des conditions normales de marché, ce qui est un peu différent⁵.

..

Quoi qu'il en soit, les personnes morales de droit privé visées ici ne sont des pouvoirs adjudicateurs que si elles répondent également à l'un des **trois critères alternatifs** posés par le même texte, c'est-à-dire lorsque :

« a) *Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*

« b) *Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*

« c) *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* ».

Ces trois critères alternatifs sont eux-mêmes la traduction de la jurisprudence de la CJUE qui, pour qualifier un pouvoir adjudicateur au sens des directives, exige qu'il « *dépende étroitement d'une personne publique* » (CJCE 15 janvier 1998, *Mannesman Anlagenbau Austria AG*, C-44/96, point 20).

⁵ Nous en comprenons notamment que, dans l'approche de la Cour de Luxembourg, le fait que l'organisme supporte le risque lié à son activité est déterminant pour savoir s'il s'inscrit dans une pure logique économique ou si, au contraire, il risque de se laisser guider par des considérations « autres qu'économiques », comme elle l'écrit pudiquement... (cf. CJCE 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, C-360/96 ; 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, point 17 ; 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, point 52 ; 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy et a. c/ Varkauden Taitotalo Oy*, C-18/01, points 51-52).

Dans la présente affaire, ne sont en cause ni le critère du financement majoritairement public ni celui de la gouvernance majoritairement publique mais celui du contrôle de la gestion par une autorité publique.

Il faut cependant bien garder à l'esprit, s'agissant de ce deuxième critère alternatif, que la Cour de Luxembourg a développé une sorte de théorème d'équivalence en jugeant que le contrôle exercé sur la gestion « doit créer une dépendance à l'égard des pouvoirs publics équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli » (CJCE 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99, point 49).

Nous en déduisons que, au-delà du seul contrôle de la gestion, c'est la capacité à orienter les décisions de l'organisme – comme peuvent le faire le financeur majoritaire ou l'organe exécutif – qui caractérise le lien de dépendance au sens du droit de l'Union. La Cour ne dit pas autre chose lorsqu'elle énonce que cette dépendance doit permettre à la personne publique « d'influencer les décisions de l'organisme en question en matière de marchés publics » (*Commission c/ France* précitée, C-237/99, point 59 ; CJCE 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, point 69).

La CJUE relève que tel n'est pas le cas d'un simple contrôle *a posteriori*, tel qu'un « contrôle général de légalité opéré par une autorité de tutelle » (CJUE 12 septembre 2013, *IVD GmbH*, C-526/11, point 29) ou un « contrôle purement comptable des bilans et de l'équilibre du budget » (CJUE 3 février 2021 *Federazione Italiana Giuoco Calcio*, C-155/19, points 66 et 67) puisque, par définition, ce type de contrôle ne peut pas influencer une décision future (arrêt *Adolf Truley* précité). De même, le fait que l'administration dispose du pouvoir de mettre sous tutelle une personne privée « en cas de grave irrégularité de gestion, de graves violations du droit » ne caractérise pas un pouvoir de contrôle de gestion s'il s'agit « d'un simple contrôle de régularité » (même arrêt, point 73).

A l'inverse, la Cour de Justice a considéré que si l'administration « est habilitée à vérifier (...) la gestion en cours, sous l'angle de l'exactitude des

chiffres, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité » et qu'elle peut « *visiter les locaux d'exploitation et les installations* » de la société, ces « *prérogatives permettent un contrôle actif sur la gestion* » (arrêt *Adolf Truley*). Pareillement, dans son arrêt précité de 2001 portant sur les sociétés françaises d'HLM, la Cour a estimé que celles-ci étaient dépendantes de l'administration au motif que les prix de revient sont déterminés par décision administrative, que leurs statuts doivent contenir des clauses conformes aux règlements administratifs, que la personne publique détient un pouvoir de suspension et de nomination d'un administrateur provisoire en cas de faute grave dans la gestion ou d'irrégularités graves et, enfin – et peut-être surtout –, qu'elle a le pouvoir « d'imposer un profil de gestion déterminé, soit en les contraignant à un minimum de dynamisme, soit en limitant leur activité considérée comme excessive ».

On le voit, l'équilibre jurisprudentiel est subtil et marqué par une casuistique éprouvée. Comme devant un tableau impressionniste, nous en retirons toutefois une idée-force : ce qui fait basculer la qualification du côté du pouvoir adjudicateur, c'est **le pouvoir que l'administration peut exercer sur les choix de gestion de l'organisme**. En matière de marchés publics, il faut, au demeurant, que l'action de l'autorité publique ait une incidence directe sur la passation des marchés par l'organisme, ou du moins sur sa politique en matière de marchés.

Le récent arrêt *Federazione Italiana Giuoco Calcio* de la CJUE nous semble le résumer assez clairement en observant que le « contrôle de gestion » au sens des directives « repose sur la constatation d'un contrôle actif sur la gestion de l'organisme concerné de nature à créer une dépendance de cet organisme à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, ce qui est susceptible de permettre aux pouvoirs publics d'influencer les décisions dudit organisme en matière de marchés publics ».

Ainsi, lorsque la puissance publique se borne à contrôler l'organisme, que ce soit *a priori* ou *a posteriori*, pour des motifs de légalité ou de régularité, elle demeure somme toute dans son rôle naturel. Lorsqu'en revanche, elle se mêle

d'influer sur ses choix économiques ou sa stratégie, alors cet organisme doit être regardé comme en devenant le prolongement et devant, de ce fait, être soumis aux règles encadrant l'autorité publique. Au fond, en matière de dépendance vis-à-vis d'une personne publique, **c'est la frontière entre contrôle de la régularité et contrôle de l'opportunité qui nous paraît le mieux définir la ligne de fuite – qui est parfois une ligne de crête – de la jurisprudence⁶.**

4. Si, à votre tour, vous voulez bien faire de cette approche une ligne directrice, tâchons de l'appliquer aux textes régissant la situation des organismes mentionnés aux 2° et 7° de l'article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles, sachant que la CJUE apprécie l'influence d'une personne publique sur la gestion d'une personne privée par la méthode du faisceau d'indices (*Federazione Italiana Giuoco Calcio*, C-155/19 précitée, point 73).

4.1. En premier lieu et conformément à la jurisprudence que nous avons citée sur le contrôle de légalité ou de régularité, les dispositions législatives ou réglementaires tendant à organiser des contrôles de ce type (par exemple, les articles L. 313-13 et L. 313-25 CASF sur les contrôles d'inspection ou de l'autorité de tarification, ou l'article R. 314-58 sur le contrôle des pièces par l'autorité de tarification) nous paraissent sans incidence pour caractériser un éventuel « contrôle de la gestion » de la part de la puissance publique au sens du droit de la commande publique.

4.2. En deuxième lieu, nous paraissent également relever du simple contrôle de la régularité les dispositions, certes plus contraignantes, qui prévoient la désignation d'un administrateur provisoire en cas de déséquilibre financier significatif et prolongé ou de dysfonctionnements dans la gestion financière (article L. 313-14-1) ou qui énoncent que l'autorité de tarification peut demander la récupération de certains montants dès lors qu'elle constate des dépenses sans

⁶ Voir aussi, sur ce point, les conclusions de l'avocat général S. Alber sur l'affaire *Adolf Truley*, qui relève que « c'est surtout la vérification de l'opportunité qui suppose des prérogatives de contrôle très étendues, qui dépassent la vérification de l'exactitude des chiffres et le strict contrôle de la légalité de la gestion et qui attestent d'une relation étroite entre le contrôleur et le contrôlé » (pt. 110).

rapport ou manifestement hors de proportion avec le service rendu (article L. 313-14-2).

En effet, si de telles mesures impliquent, au moins temporairement, une immixtion plus grande dans le fonctionnement de l'organisme, il reste que leurs conditions sont strictement encadrées et qu'elles répondent à des finalités purement régulatrices et non à une quelconque logique économique. Ces interventions sont d'ailleurs dépourvues d'incidence directe sur la passation de marchés par l'organisme ou, plus généralement, sur son autonomie de gestion.

4.3. En dernier lieu, vous pourriez vous interroger un peu plus longuement sur deux types de mesures prévues par la loi, que sont, d'une part, la conclusion d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévue par les articles L. 313-11 et L. 313-12-2 CASF, et, d'autre part, l'accord de l'administration auxquels sont soumis les emprunts de plus d'un an et les programmes d'investissement (L. 314-7 CASF).

Toutefois, s'il s'agit bien là de contrôles exercés *a priori*, il reste que ces pouvoirs sont principalement orientés vers la réalisation des objectifs publics en matière d'activité et de qualité de la prise en charge des usagers. Comme vous l'avez relevé incidemment dans votre décision CE 1^{er} avril 2005, *ARSEAA*, n° 262907, C, ils permettent en effet aux personnes publiques, qui se substituent aux usagers dans le paiement des prestations, de vérifier que celles-ci correspondent bien à ce qui est attendu. Il s'agit donc plus d'un contrôle de la qualité de la dépense que d'un contrôle de la gestion.

Il est vrai que ces pouvoirs peuvent également influencer sur l'activité des établissements, en fixant notamment des objectifs en termes de nombre de personnes accueillies ou d'actes réalisés mais, en tout état de cause, ils n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre aux personnes publiques de s'immiscer dans la gestion ordinaire des organismes concernés, notamment pas dans la passation ou l'attribution de leurs marchés, pour lesquels la liberté de choix de l'organisme reste entière.

Si, enfin, ces mêmes pouvoirs peuvent conduire à diminuer les ressources de l'établissement et donc à le dissuader de réaliser certains investissements, cela ne peut pas pour autant permettre à la personne publique d'exercer un pouvoir de décision sur la gestion de l'organisme ni même sur le choix de ses cocontractants.

En réalité, comme le prouve ce dernier point, les pouvoirs ici confiés à l'administration lui permettent certes d'encadrer l'activité de l'établissement au sens macro-économique du terme, mais ils n'ont aucune incidence sur ses choix de gestion, qui demeurent entièrement à la main des seuls responsables de l'entité.

5. Si vous nous suivez dans cette analyse, vous ne pourrez que déduire de cette revue des textes que les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.

Ces établissements ne sont donc pas placés, en tout cas pas par le simple effet des textes⁷, dans une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique et ne sauraient dès lors être regardés comme un pouvoir adjudicateur au sens du b) du 2° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique.

EPCMNC à ce que vous répondiez à la CAA de Bordeaux dans le sens des observations qui précèdent.

⁷ Il faudrait sans doute réserver *in concreto* les hypothèses, *a priori* assez exceptionnelles, où la puissance publique serait appelée à « prendre les commandes » de l'établissement.