Impact de la réforme de la règlementation relative aux marchés publics sur les associations sociales, médico-sociales et de santé : FOCUS 1 / La notion de pouvoir adjudicateur

Présentation juridique

Les notions de « pouvoirs adjudicateurs » et d' « entités adjudicatrices » sont explicitées dans le droit national relatif aux concessions et aux marchés publics. En droit interne, ces deux notions désignent tous les acheteurs publics et privés, soumis aux règles de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux règles de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier pour la passation des contrats de concession.

Dans ces deux ordonnances, les pouvoirs adjudicateurs recouvrent trois catégories de personnes :

⇒ **Les personnes morales de droit public** ;
Ex : Etablissements publics administratifs, ESPIC, collectivités territoriales.

⇒ **Les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics** ;
- *Les associations de solidarité peuvent entrer dans ce champ : voir ci-après pour une analyse plus exhaustive*

⇒ **Les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs** dans le but de réaliser certaines activités en commun.
Ex : Groupements d'intérêt public (GIP).
- *Voir ci-dessous les interrogations que cela suscite pour les associations gestionnaires et RUP*

1.1) Les pouvoirs adjudicateurs « personnes morales de droit privé poursuivant une missions d'intérêt général »

Conformément aux dispositions de l'article 10 (2°) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, sont 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 et commercial et dont :

« *Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*
- *Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*
- *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* ».

Seule une analyse au cas par cas permet de déterminer si les acheteurs privés satisfont aux critères énoncés, cette appréciation se faisant au regard de trois critères cumulatifs :

1. **L'entité doit posséder la personnalité juridique ;**

2. **Son objet social doit être d'avoir été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ;**

Pour apprécier ce critère, la jurisprudence européenne se fonde sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de la personne morale et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité : Fiche technique de la DAJ, espaces marchés publics, p.5 : http://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016

- **Le caractère d'intérêt général:**

– Analyse par faisceaux d'indices au regard de l'activité effectivement exercée.
– Une activité qui profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait à ce titre prendre en charge elle-même.
– Selon la *CJUE 19 juin 2014 (Aff. C-574/12 - Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)* : Les institutions privées de solidarité sociale, toutes à but non lucratif, poursuivent des intérêts et des finalités qui, aussi appréciables qu'ils puissent être d'un point de vue social, sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs adjudicateurs.

- **Un « caractère autre qu'industriel et commercial »:**

Des activités qui ne pourraient pas être entièrement satisfaites par l'offre d'opérateurs entièrement privés. L'existence d'un marché concurrentiel, d'une concurrence commerciale développée = ceci est un indice qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ou, à tout le moins, que ce besoin d'intérêt général présente un caractère industriel et commercial.

- **Les conditions d'exercice de l'activité ne permet pas à l'organisme de de s'autofinancer, d'assumer les pertes provenant de son activité** : *« Si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale. »*

Mais la poursuite ou non un but lucratif est indifférente (***CJUE 19 juin 2014 (Aff. C-574/12***)

- **Pour apprécier cette condition, la circulaire du 19 avril 2010 retient l'approche fiscale de la règle des « 4P ».**

– Une association exonérée d'impôts commerciaux sur le fondement de la règle des « 4P » serait considérée comme remplissant cette condition de la définition du pouvoir adjudicateur. Elle exercerait une activité d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial.

3. L'entité doit « avoir un lien avec un pouvoir adjudicateur »

En clair, il doit exister une dépendance étroite de la personne morale de droit privé à l'égard d'un organisme lui-même soumis à la règlementation des marchés publics. C'est le cas si l'une des 3 conditions est remplie :

- ✓ **L'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public[1] → LIEN PAR LE FINANCEMENT**
- ✓ **La gestion est soumise à un contrôle très important par ces derniers → LIEN PAR LE CONTROLE**
- ✓ L'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public → ADMINISTRATION PAR LES POUVOIRS PUBLICS

Les deux premiers critères soulèvent a priori un problème d'appréhension :

[1] Seuls les financements versés sans contrepartie spécifique aux activités de la personne morale de droit privé peuvent être considéré comme des financements publics. « Majoritairement » doit être entendu : à 50% du budget total de la structure

CRITERE 1 : LIEN PAR LE FINANCEMENT. Financement majoritaire = plus de la moitié

- Pour l'appréciation de ce seuil, prise en compte de l'ensemble du financement de l'organisme (en particulier, les financements provenant de l'exercice d'une activité commerciale, de dons et legs, etc.) et non des seuls financements des opérations considérées comme étant d'intérêt général ;
- Base : l'année budgétaire de la passation du marché ;
- Seuls les financements versés sans contre-prestations spécifiques aux activités de la structure sont considérés comme financement public caractérisant un lien de dépendance ;

Les marchés publics sont exclus alors que les subventions sont prises en compte :
« Il y a lieu d'entendre les prestations financières versées par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public à un organisme et qui ont pour fonction un soutien financier à l'organisme en cause. Les versements qu'un pouvoir adjudicateur verse comme contrepartie d'une prestation fournie par ledit organisme dans les conditions normales de concurrence dans le cadre d'un contrat synallagmatique ne constituent pas un financement public au sens des directives précitées ». (CJCE 3 octobre 2000, aff. C380/98, The University of Cambridge) ***La notion de financement vise donc le transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée.***
Cela peut englober un financement indirect : Par exemple, ont été assimilées à des subventions les bourses versées aux étudiants, leur servant à payer leur scolarité à l'Université de Cambridge ***(CJCE 3 octobre 2000, aff. C380/98, The University of Cambridge)***

CONSEQUENCES DU CRITERE 1 :

Pour le secteur social subventionné : la conséquence directe est que si plus de 50% de subventions publiques, la notion de pouvoir adjudicateur peut trouver à s'appliquer.

Pour le secteur médico-social tarifé, le produit de la tarification médico-sociale n'est à ce jour pas considéré comme une subvention : la rare jurisprudence existant en la matière considère que les prix de journée sont le prix des prestations de services individualisées, rendus aux usagers, financées par les autorités administratives au titre de la solidarité nationale et non une subvention.[2] Cette position n'est pas contredite par la jurisprudence communautaire rendue depuis et qui confirme, certes en matière de TVA, que le forfait soin dans un EHPAD n'est pas une subvention[3]

Pour les associations sanitaires, la question se pose sur la T2A comme mode de financement des activités de « MCOO » (médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie), des établissements de santé, aussi bien au secteur public que privé, lucratif et non lucratif. [4]Le produit de la T2A ne devrait pas être assimilé à un financement public au regard de la notion de pouvoir adjudicateur alors que les financements supplémentaires tels que la prise en charge de missions d'intérêt général (MIG), la dotation pour l'aide à la contractualisation (AC) ou encore certaines activités spécifiques telles les urgences, la coordination des prélèvements d'organes et les greffes font l'objet d'un financement forfaitisé, et pourraient donner lieu à discussion pour savoir s'il peuvent être considérés ou non comme des subventions.

---

[2] CE, 6 juillet 1994 (n° 110494) et CAA de Marseille 22 mars 2012 n°10MA02345.
[3] Un versement forfaitaire tel que le « forfait soin » constitue la contrepartie de prestations de soins effectuées à titre onéreux par un EHPAD au profit de ses résidents et relève, à ce titre du champ d'application de la TVA.
[4] Néanmoins, celui-ci est basé sur le volume et la nature de leurs activités et non plus de leurs charges. Désormais, le prix de chaque activité ou prestation est fixé par l'assurance-maladie selon des groupes homogènes de malades et de séjour et des nomenclatures d'actes). De plus, le paiement est effectué par l'assurance maladie, mais il s'agit du prix d'une prestation de service individualisée rendue aux patients. L'Assurance maladie intervient dans le cadre d'un paiement pour compte de tiers en se substituant en tout ou partie à l'assuré social.

FOCUS JURISPRUDENCE : Les décisions concernant l'APF

Une première décision place l'APF sous le régime des pouvoirs adjudicateurs mais ce point de droit n'avait pas été discuté par l'association (Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-25.808 et n° 13-14.049).

Une seconde décision exclut l'APF du régime des pouvoirs adjudicateurs. Reprenant la jurisprudence de la Cour de justice, le juge des référés a considéré que seules devaient être prises en compte les subventions versées à l'association et non les fonds perçus en contrepartie de services rendus, et en l'espèce le produit de la tarification (TGI Paris, ord. 21 juillet 2015, n°15/56387)

CRITERE 2 : LIEN PAR LE CONTROLE

- Contrôle actif, permettant d'influencer les décisions de l'organisme concerné notamment en matière de marché public. Il doit créer une dépendance de l'organisme à l'égard de la personne publique
- Il ne s'agit pas d'un simple contrôle a posteriori, notamment de l'usage des subventions, voire d'un contrôle «type « contrôle de légalité » des décisions d'un organisme.
- Mais une réglementation imposant des règles de gestion très détaillées et la surveillance de leur respect peut aboutir à conférer une emprise importante des pouvoirs publics sur un organisme, de même nature que le pouvoir d'influencer leurs décisions[5].

CONSEQUENCES DU CRITERE 2 :

Les deux secteurs constituent des activités réglementées et une autorisation administrative, délivrée pour une durée déterminée, en fonction des besoins identifiés d'un territoire, est nécessaire pour ouvrir un établissement ou service: Les autorisations fixent le nombre de places ou de lits ou encore des objectifs quantifiés d'activités de soin. Egalement, les activités doivent répondre à des normes de prise en charge et de fonctionnement, dans l'intérêt des patients ou usagers.

Les deux secteurs sont soumis à des procédures d'évaluation ou de certification visant à contrôler les bonnes pratiques de prise en charge des patients ou usagers, la qualité et la sécurité. Ils peuvent signer avec l'autorité de tutelle des conventions d'objectifs et de moyens, fixant les objectifs à atteindre et les critères d'évaluation: les CPOM visent à une amélioration de la prise en charge et à une meilleure maitrise des dépenses.

Les deux secteurs peuvent faire l'objet de fermetures administratives provisoires, (secteur médico-social) ou de suspension provisoire de l'autorisation (secteur sanitaire) en cas de manquement à la législation réglementant l'activité, de mise en cause de la sécurité des patients, des usagers ou du personnel. De plus, la procédure budgétaire permettant le financement des établissements sanitaires et médico-sociaux confère à l'administration une forte emprise. Néanmoins, cela concerne la gestion des établissements et non l'association gestionnaire et la tutelle n'a pas le pouvoir de dissolution contrairement aux SA d'HLM.

[5] CJCE 1er février 2001, aff. C-237/99) relative aux SA d'HLM

FOCUS : Le problème des groupements de mutualisation ou de moyens

Question : Sur la troisième catégorie de « pouvoir adjudicateur » : Les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs, dès lors que les associations constitutives d'un GCSMS ou d'un groupement d'employeur peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateur, le groupement peut-il lui aussi être soumis à la règlementation des marchés publics ?

Réponse : Des pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir en dehors des procédures de mise en concurrence aux services d'un groupement de mutualisation ou de moyens qu'ils ont constitué que s'ils exercent conjointement sur celui-ci un pouvoir comparable à celui exercé sur leurs propres services (contrats « in house ») : L'activité du groupement doit être principalement consacrée à aux pouvoirs adjudicateurs membres. Il doit réaliser l'essentiel de son activité avec ou pour le compte de la personne ou des personnes qui le contrôlent. La Cour de justice a admis une telle hypothèse lorsque moins de 80% du chiffre d'affaires était réalisé pour la ou les pouvoirs adjudicateurs

- A NOTER : La présence de tiers, n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur remet en cause cette exception et implique pour recourir aux services du groupement de mutualisation, de procéder à une publicité et une mise en concurrence. L'exception in house n'est possible que lorsque le groupement ne comporte que des « pouvoirs adjudicateurs ».[6]

Ces appréciations au cas par cas semblent bien insécurisantes pour le secteur privé non-lucratif social, médico-social et sanitaire et il serait regrettable que ces questions ne soient tranchées que par des décisions jurisprudentielles de requalification a posteriori de marchés publics par ces dernières → Voir la note d'aide à la décision au début de ce paragraphe.

Cette question reste portée par le Haut Conseil à la Vie Associative et la Commission « Europe et Internationale du Conseil supérieur de l'ESS pour déboucher sur un positionnement clair à terme qui sera directement relayé par l'Uniopss.

1.2) Les autres personnes privées

En principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application de ces deux ordonnances. Néanmoins, dans certaines hypothèses, il en va autrement :

- lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique soumise à l'une des ordonnances, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions des ordonnances. Les conventions de mandat sont elles-mêmes soumises aux ordonnances[7];
- les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises aux ordonnances doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par les ordonnances[8];
- les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions des ordonnances, en vertu de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale ;

[6] Le caractère hétérogène des associations et la variabilité des subventions d'une année sur l'autre, rend l'application de l'exception In house particulièrement fragile.

[7] CE, 28 juillet 1995, Préfet d'Ile-de-France contre société de gérance Jeanne d'Arc, n°143438.

[8] Voir en ce sens la fiche technique consacrée à la « coordination des achats» sur le site Internet de la DAJ (à paraître) ; voir également le I de l'article 28 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.

- enfin, lorsqu'une association se révèle transparente, compte tenu de son mode de contrôle et de ses ressources[9], elle doit appliquer les règles des marchés applicables à la personne publique dont elle relève[10].

[9] La jurisprudence considère que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente»: CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n°281796 ; Crim.7 novembre 2012, n°11-82961.

[10] Dans cette hypothèse, il convient de prendre garde au risque d'une éventuelle gestion de fait, soumise à l'appréciation du juge des comptes.