



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE
ET DE L'EMPLOI

MINISTÈRE DU BUDGET, DES COMPTES
PUBLICS, DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

PARIS, LE **30 OCT. 2009**

SOUS-DIRECTION « DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE »

6, RUE LOUISE WEISS
75703 PARIS CEDEX 13 – TELEDON 353
TÉLÉCOPIE : 01 44 97 33 80

Bureau Conseil aux Acheteurs
Votre correspondant pour ce dossier : Amélie MARCHAL
Téléphone : 01 44 97 03 20

N° 2009-10504-COJU

AGENCE NATIONALE POUR LA RENOVATION URBAINE
(ANRU)

A l'attention de Monsieur Pierre SALLENAVE
Directeur Général
69 bis, rue de Vaugirard
75006 PARIS

CAB N° 2 2 3 5

Objet : Soumission des contrats d'ateliers/chantiers d'insertion au droit des marchés publics.

Réf : Votre note n° ANRU/DCP/ D09-780 du 28 septembre 2009 enregistrée à la DAJ le 29 septembre 2009 à échéance du 2 novembre 2009.

La circulaire du 26 juin 2009 crée une enveloppe exceptionnelle de 10 M€ en faveur de l'emploi dans les quartiers de la politique de la ville. Ce texte prévoit que ces crédits seront exclusivement affectés à quatre catégories d'actions, et notamment à l'insertion par l'activité économique.

Dans le cadre du programme national « insertion / rénovation », il est envisagé de créer une centaine d'ateliers ou chantiers d'insertion (ACI) sur les sites en rénovation urbaine, pour permettre « d'accompagner et de former 4000 salariés en insertion de manière à favoriser leur accès à un emploi durable dans les entreprises engagées dans la rénovation urbaine ».

Des appels à projets ont d'ores et déjà été lancés pour sélectionner les associations susceptibles de porter le chantier ou l'atelier d'insertion.

Vous avez sollicité mon avis sur la soumission des contrats qui seront conclus entre les personnes publiques et les structures porteuses des ACI aux obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code des marchés publics (CMP). A cette fin, vous m'avez adressé un document élaboré par Monsieur Patrick Loquet, maître de conférences en droit à l'université de Valenciennes.

Cette question appelle de ma part les observations suivantes.

1/ Les marchés publics de services de qualification et d'insertion professionnelle relèvent de l'article 30 du code des marchés publics

Les marchés publics de services dont l'objet est l'insertion des publics en difficulté relèvent de l'article 30 du code des marchés publics.

Le I de l'article 30 du Code des marchés publics dispose que « *les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnés à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28* ».

Les marchés de qualification et d'insertion professionnelle ne sont pas listés à l'article 29 du CMP. La procédure qui leur est applicable, quelque soit leur montant, est donc la procédure adaptée prévue à l'article 28 de ce code.

La procédure adaptée se caractérise par la liberté laissée au pouvoir adjudicateur dans la détermination des modalités de publicité et de mise en concurrence qui lui semblent à même de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Les modalités de publicité et de mise en concurrence sont arrêtées en tenant compte des caractéristiques du marché, notamment de son montant, de son objet, du degré de concurrence entre les prestataires de service concernés et des conditions dans lesquelles il est passé. Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures.

Les ateliers et chantiers d'insertion assurent des actions en faveur de l'insertion professionnelle. En principe, de telles missions devraient relever des marchés publics de l'article 30 du CMP.

Cependant, les structures susceptibles de porter ces ACI ne peuvent être considérées comme des opérateurs économiques.

2/ Par exception, les contrats conclus avec les structures porteuses des ACI ne relèvent pas du droit des marchés publics, dès lors que ces structures ne peuvent être qualifiées d'opérateurs économiques

2.1. Les activités ne relevant pas du marché concurrentiel échappent aux règles de la commande publique

Aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics, « *les marchés publics sont les contrats conclus [...] avec des opérateurs économiques publics ou privés...* ».

Il ressort de cette définition que la réglementation relative aux marchés publics ne s'applique pas aux activités non marchandes, dans cette hypothèse, l'organisme tiers n'agissant pas en tant qu'opérateur économique.

La notion d'« opérateur économique » a été précisée par la Cour de justice des Communautés européennes. La Cour considère comme une « entreprise » au sens du droit communautaire, « *toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement* »¹. En revanche, les activités procédant directement de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique² ou certaines activités à caractère social³ ne relèvent pas du marché concurrentiel. L'appréciation doit toutefois se faire au cas par cas.

Le caractère non marchand de certains services sociaux a été confirmé par la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JOUE 27 décembre 2006, L 376/36). En effet, l'article 2 de la directive exclut du champ d'application des dispositions relatives à la liberté d'établissement des prestataires et à la libre circulation des services « *les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux*

¹ CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/91.

² CJCE, 14 janvier 1994, SAT et Eurocontrol, aff. C-364/92.

³ CJCE, 17 février 1993, Pouce et Pistre, aff. C-159/91 et C-160/91 ; CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband, aff. n° C-264/01 et C-306/01 ; CJCE, 11 juillet 2006, FNIN et Commission, aff. C-205/03 P.

familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat ». Ces services, assurés au niveau national, régional ou local, ont pour but d'assister les personnes en difficulté en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées. Pour le Conseil et le Parlement européen, « *ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité* » (considérant 27 de la directive).

Il résulte également de la jurisprudence du Conseil d'Etat que la nature de l'activité en cause n'est pas le seul critère de la notion d'opérateur économique. Ainsi, doit-on également s'attacher à considérer les conditions dans lesquelles l'activité considérée est mise en œuvre par l'entité en cause.

Dans un avis du 23 octobre 2003 concernant la Fondation Jean-Moulin qui gère les œuvres sociales du ministère de l'intérieur, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a admis la possibilité d'échapper à la logique concurrentielle pour les prestations non économiques, notamment au regard de leur caractère social et de leur but non lucratif. En l'espèce, eu égard à leur contenu, les prestations d'action sociale remplies par la fondation, « *qui constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines du ministère, ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique* »⁴. L'avis en déduit que le ministère, lorsqu'il confie à la Fondation la responsabilité d'exécuter ces prestations, n'est pas astreint à le faire en passant un marché public ou une délégation de service public. Les œuvres sociales sont donc, par nature, hors commerce.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a transposé ce raisonnement en matière de délégation de service public. Même si le principe de la mise en concurrence demeure, les collectivités « *peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* »⁵. Selon la Haute juridiction, il convient de considérer qu'un organisme prestataire est présumé avoir la qualité d'opérateur économique, mais que cette présomption peut être levée à l'aide de deux critères tenant à l'activité prise en charge par l'organisme, que celui-ci soit privé ou public : la nature de l'activité en cause et les conditions particulières dans lesquelles elle est exercée, notamment le caractère lucratif ou non de l'activité.

La Cour de cassation a suivi ce raisonnement pour juger, dans une décision du 20 mars 2008, que, lorsqu'elles recouvrent les cotisations sociales au profit des autres organismes de sécurité sociale, les URSSAF n'agissent pas en qualité d'opérateurs économiques et ne sont dès lors pas soumises au droit communautaire et interne des marchés publics pour les prestations qu'elles réalisent au profit des pouvoirs adjudicateurs⁶.

En conséquence, certaines prestations, à caractère social en particulier, peuvent être confiées à des organismes qui, compte tenu de la nature de leur activité et des conditions dans lesquelles ils agissent, peuvent être regardés, dans tel lieu et à tel moment, comme des opérateurs non concurrentiels : le contrat éventuel qui les lie à la collectivité n'est pas analysé comme un marché public. Bien entendu, une telle dispense n'est possible que si une analyse concrète permet de conclure, compte tenu d'un contexte spécifique, que la commande ne s'adresse pas à des opérateurs concurrentiels.

2.2. En l'espèce, les structures porteuses des ACI ne semblent pas pouvoir être qualifiées d'« opérateurs économiques »

⁴ CE (Assemblée générale), avis n° 369315 du 23 octobre 2003, Fondation Jean-Moulin, EDCE 2004, p. 209.

⁵ CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, n° 284736, JCP A, 2007. 2125, note F. Linditch.

⁶ Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, Vallier c/ URSSAF Oise, n° 07-13.321, Contrats et marchés publics 2008, comm. 95, note Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux.

Les ACI sont des dispositifs ayant pour objet l'accueil, l'embauche et la mise en travail, par des actions collectives, de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières. Les ACI ont pour mission « *d'organiser le suivi, l'accompagnement, l'encadrement technique et la formation de leurs salariés en vue de faciliter leur insertion sociale et de rechercher les conditions d'une insertion professionnelle durable* » (article L. 5132-15 du code travail).

Dans le cadre du programme national « insertion / rénovation », les ACI devront accompagner ce public cible dans des missions de rénovation urbaine et favoriser leur accès à un emploi durable dans ce secteur.

Les ACI constituent la première étape de l'insertion professionnelle. Ils visent un public particulièrement éloigné de l'emploi, des personnes n'ayant jamais travaillé ou n'ayant plus exercé d'activité professionnelle depuis une longue période, difficilement employables par des opérateurs soumis à un objectif de rentabilité économique.

Par exemple, l'accompagnement des personnes en difficulté peut se faire par un apprentissage du respect des horaires fixés dans le cadre professionnel, en allant chercher les personnes embauchées par l'ACI à leur domicile pour les emmener sur leur lieu de travail.

Les travaux de rénovation urbaine ne constituent que le support technique d'une activité de nature sociale. Les prestations offertes par les ACI se distinguent donc des prestations à caractère purement marchand, aisément disponibles sur un marché.

En ce sens, elles peuvent être considérées comme des services sociaux non marchands, à destination de « *personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin* », exclus du champ d'application des dispositions relatives à la liberté d'établissement des prestataires et à la libre circulation des services par l'article 2 de la directive 2006/123/CE précitée.

En outre, la mise en œuvre des ACI n'est pas ouverte à la concurrence. Les entités ou organismes auxquels le préfet peut déléguer leur mise en place sont limitativement énumérés par l'article D. 5132-27 du code du travail : organisme de droit privé à but non lucratif ayant pour objet l'embauche de personnes mentionnées à l'article L. 5132-1, centre communal ou intercommunal d'action sociale, commune, établissement public de coopération intercommunale, syndicat mixte, département, chambre d'agriculture, établissement d'enseignement professionnel et d'enseignement agricole de l'Etat et office national des forêts.

Les organismes précités n'ont pas de but lucratif. Au vu des informations que vous m'avez communiquées, le coût global des dépenses engagées pour la mise en place d'un ACI (salaires des personnes embauchées, coût de l'accompagnement, coût des fournitures acquises pour les travaux de rénovation urbaine) sera compensé par des subventions pour les deux tiers, et par le prix du marché pour un tiers. La structure porteuse de l'ACI ne réalisera pas un bénéfice d'ordre financier sur les prestations facturées. Or, La Cour de Justice des Communautés Européennes a admis que « *l'absence de but lucratif est un critère pertinent pour apprécier si une activité a ou non un caractère économique* »⁷.

Ces indices amènent à considérer que les structures porteuses des ACI ne peuvent être qualifiées d'opérateurs économiques, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles elles l'exercent.

⁷ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-113/07, SELEX Sistemi Integrati SpA c/Comm. CE et Eurocontrol, concl. V. Trestenjak.

En conséquence, je vous confirme que les contrats conclus pour la mise en place des ACI ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code des marchés publics.

Mes services restent à votre disposition pour tout renseignement complémentaire ou toute recherche que vous jugeriez utile.

/ La directrice des affaires juridiques

Le chef de service



Jean-Guirec LE NOAN

Copie à : Monsieur Bertrand MARTINOT
Délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle
Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi
7, square Max Hymans
75741 PARIS CEDEX 15