

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

MINISTÈRE
DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES
SOUS-DIRECTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE
6, RUE LOUISE WEISS
75703 PARIS CEDEX 13 - TELEDOC 363
TÉLÉCOPIE : 01 44 97 33 99

Bureau du Conseil aux Acheteurs Publics
Votre correspondant pour ce dossier : Guillaume DELALOY
Téléphone : 01 44 97 03 20

N° 2008-09072-COJU

PARIS, LE - 4 DEC. 2008

ASSEMBLÉE DES DÉPARTEMENTS DE FRANCE
À l'attention de M. Michel ROUZEAU
Directeur général
6, rue Duguay-Trouin
75006 PARIS

CAB N° 2 2 2 6

REC
09 DEC 2008

Objet : Convention de délégation de la mise en œuvre de la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP).

Réf : Votre note du 5 novembre 2008 enregistrée à la DAJ le 6 novembre 2008.

L'article 13 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a inséré dans le livre II code de l'action sociale et des familles (CASF) des dispositions relatives à l'accompagnement des majeurs en matière sociale et budgétaire.

Aux termes du nouvel article L. 271-1 du CASF, « toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé ».

La responsabilité de la mise en œuvre de la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) a été confiée par la loi aux départements. Toutefois, ceux-ci peuvent déléguer, par convention, la mise en œuvre de cette mesure « à une autre collectivité territoriale ou à un centre communal ou intercommunal d'action sociale, une association ou un organisme à but non lucratif ou un organisme débiteur de prestations sociales » (CASF, art. L. 271-3).

Vous m'interrogez sur la nature de cette convention de délégation et vous souhaitez savoir, dans l'hypothèse où elle serait qualifiée de marché public, si elle relève de l'article 30 du code des marchés publics et si le législateur pouvait, sans porter atteinte aux principes généraux de la commande publique, réserver ces marchés à certaines catégories de prestataires.

L'analyse des éléments transmis démontre que, si ce type de convention répond en partie à la définition du marché public, il ne semble pas que les entités qui seront chargées de mettre en œuvre la MASP puissent être qualifiées d'opérateurs économiques.

1. La convention de délégation est un contrat conclu à titre onéreux pour répondre au besoin du pouvoir adjudicateur

1.1. La convention de délégation de la MASP n'est pas une convention de délégation de service public

Aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire.

Si, dans la majorité des cas, le service délégué présente un caractère industriel et commercial, rien ne s'oppose à ce que la délégation porte sur un service public administratif. Par conséquent, certaines activités relevant de l'action sociale peut faire l'objet d'une délégation de service public.

Toutefois, la délégation de service public est caractérisée par le critère de la rémunération du délégataire, assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation¹.

En l'espèce, il est clair que l'organisme chargé de la mise en œuvre de la MASP n'est nullement chargé de l'exploitation de ce service public et qu'il ne supporte aucun risque financier. En conséquence la convention par laquelle le département délègue la mise en œuvre de cette mesure ne constitue pas une délégation de service public.

1.2. Les caractéristiques des conventions s'approchent de celles des marchés publics

Vous indiquez dans votre note que les prestations donneront lieu au versement d'une contrepartie financière qui sera calculée en fonction du nombre de MASP confiées. Il convient toutefois de s'interroger sur la nature de cette rémunération au regard, notamment, de la distinction entre la subvention et le prix.

En effet, les organismes, et notamment les associations, dont les ressources sont principalement ou entièrement constituées par des subventions, doivent être considérées non pas comme titulaires d'un marché public mais comme collaborant ou participant à un service public. Il s'agit d'une simple association au service public d'organismes exerçant une activité d'intérêt public local, et subventionnés à cet effet par la collectivité. Les règles de la commande publique ne sont alors pas applicables à ces contrats².

Pour distinguer la subvention du marché public, la jurisprudence prend en compte l'initiative du projet. La collectivité publique ne peut échapper aux règles de la commande publique que si elle démontre qu'elle ne fait que s'associer à un projet préexistant, relevant d'une initiative purement privée. En revanche, si c'est l'administration qui est en situation de demandeur, elle est réputée chercher à satisfaire un besoin, ce qui constitue l'objet propre du marché public.

Ce critère doit toutefois être nuancé. Le juge administratif a retenu quatre autres indices qui indiquent la présence d'un marché :

- L'association exécute réellement une prestation de services³ ;
- Il existe un lien direct entre le montant des sommes versées et les prestations réalisées⁴ ;
- La collectivité publique retire un avantage immédiat de l'action menée par l'association⁵. La subvention n'est pas exclusive de contrepartie, mais celle-ci ne consiste pas en l'entrée d'une valeur dans le patrimoine de la personne publique qui subventionne : « l'avantage octroyé trouve une contrepartie dans l'activité d'intérêt général du bénéficiaire de la subvention »⁶.
- Le besoin couvert doit être celui de la collectivité et non celui de ses administrés⁷

¹ CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône, Lebon, p. 277.

² Rép. min. n° 42187, JOAN 21 août 2000, p. 4941.

³ CAA Marseille, 20 juillet 1999, Ville de Toulon, AJDA 2000, p. 266, obs. L. Benoit.

⁴ CE sect., 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais, Lebon, p. 210.

⁵ CE (section de l'intérieur), avis n° 370169 du 18 mai 2004, Cinéma française, EDCE 2005, p. 185.

⁶ Concl. Touvet sur CE 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, Gaz. communes 8 décembre 1997, p. 39.

⁷ CAA Marseille, 12 juin 2001, Synd. mixte de l'Arbois, n° 00MA02504.

En l'espèce, les sommes versées aux associations constituent la contrepartie des services qu'elles exécutent dans l'intérêt du département, à l'initiative de celui-ci. Ces sommes s'analysent, dans ce cas, comme le prix d'une prestation que la collectivité publique fait réaliser à titre onéreux.

2. La convention de délégation ne constitue pas un marché public dès lors que le cocontractant du département ne peut être qualifié d'opérateur économique

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, c'est-à-dire lorsque l'organisme tiers n'agit 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* »⁸. En revanche, les activités procédant directement de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique⁹ ou certaines activités à caractère social¹⁰ 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 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 partielle 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* »¹¹. 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.

⁸ CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/91.

⁹ CJCE, 14 janvier 1994, SAT c/ Eurocontrol, aff. C-364/92.

¹⁰ 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 c/ Commission, aff. C-205/03 P.

¹¹ CE (Assemblée générale), avis n° 369315 du 23 octobre 2003, Fondation Jean-Moulin, EDCE 2004, p. 209.

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* »¹². 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 adjudicateurs¹³.

La jurisprudence la plus récente semble ainsi redessiner « *le périmètre des activités qui méritent un traitement particulier compte tenu de leur utilité sociale et de celles qui, parce qu'elles poursuivent des finalités moins proches de l'intérêt général, doivent être laissées dans le droit commun des marchés* »¹⁴.

En conséquence, certaines commandes, à caractère social en particulier, peuvent être passées 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 organismes visés par l'article L.271-3 du CASF peuvent difficilement être perçus comme des opérateurs économiques

Il résulte de l'analyse des travaux parlementaires de la loi du 5 mars 2007 que le législateur n'a pas entendu ouvrir à la concurrence les prestations sociales concernées par le dispositif institué par ce texte mais uniquement permettre aux départements de confier la mise en œuvre de la MASP à des organismes tiers tout en conservant la responsabilité de cette mesure.

La loi ne définit pas les prestations sociales concernées par la MASP. Il ressort toutefois des travaux parlementaires que l'aide à la gestion des prestations apportée par les organismes chargés de la mise en œuvre de la mesure porte notamment sur les prestations antérieurement prises en compte au titre de la tutelle aux prestations sociales (revenu minimum d'insertion, allocation aux adultes handicapés, prestation de compensation du handicap, allocation personnalisée d'autonomie) ainsi que les allocations destinées à acquitter un loyer et les prestations familiales.

Les entités ou organismes auxquels les départements pourront déléguer cette mission sont limitativement énumérés à l'article L. 271-3 du CASF : collectivité territoriale, centre communal ou intercommunal d'action sociale, association ou organisme à but non lucratif ou organisme débiteur de prestations sociales. Dans le cadre de la mise en œuvre de la MASP, ces entités ou organismes sont chargées d'une fonction à caractère exclusivement social et dépourvue de tout but lucratif.

Ainsi, quand bien même la délégation de la MASP donne lieu au versement d'une contrepartie financière, il convient de considérer que les entités ou organismes chargés de la mise en œuvre de cette mesure ne constituent pas des « opérateurs économiques ».

¹² CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, n° 284736, JCP A, 2007, 2125, note F. Linditch.

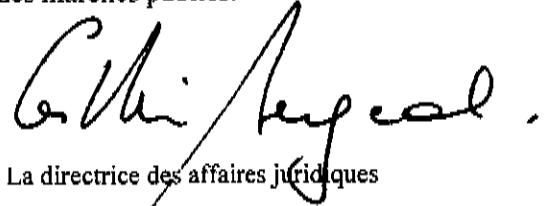
¹³ Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, Vallier c/ URSSAF Oise, n° 07-13.321, Contrats et marchés publics 2008, comm. 95, note Fr. LLorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁴ F. Linditch, note précitée, JCP A, 2007, 2125.

Conclusion

Si la jurisprudence administrative qualifie de marché public les contrats de prestations de services sociaux passés à titre onéreux avec des organismes tiers, une telle qualification ne saurait être retenue lorsque, comme en l'espèce, l'activité prise en charge est une activité non marchande.

En conséquence, la convention par laquelle un département confie à un des organismes visés à l'article L. 271-3 du CASF la mise en œuvre de la MASP n'est pas soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code des marchés publics.



La directrice des affaires juridiques

Catherine BERGEAL