



L'actualité

Les gestionnaires d'ESSMS sont-ils des pouvoirs adjudicateurs qui s'ignorent ?

Quels enjeux pour les gestionnaires d'ESSMS ?



Les gestionnaires d'ESSMS ont tout intérêt à analyser leur méthode de fonctionnement ainsi que la manière dont ils sont financés pour s'assurer qu'ils ne sont pas soumis au Code de la commande publique. Dans le cas contraire, le respect des règles relatives aux marchés publics leurs seront opposables.

Si le Conseil d'Etat considère que les ESSMS ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, une analyse casuistique de chaque établissement et service est nécessaire pour parvenir à déterminer la soumission de ces derniers au Code de la commande publique.

Quels intérêts pour les ESSMS ?

1

» **Anticiper la soumission au Code de la commande publique** avant qu'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne ne vienne l'imposer dans un bref délai permet de **former ses équipes et de modifier ses pratiques de manière programmée et sereine.**

2

» Le respect des règles de la commande publique est particulièrement **intéressant pour les contentieux tarifaires** : il est plus aisé de démontrer au juge une maîtrise de la hausse des coûts lorsqu'un appel d'offres a été passé pour des dépenses importantes.

« Les gestionnaires de droit privé des établissements sociaux et médico-sociaux 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 ».

En écrivant ces termes dans son avis du 11 avril 2024, rendu au numéro 489440, le Conseil d'Etat semble entériner la nature juridique des gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) : **ces derniers ne sauraient être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs en raison du contrôle exercé sur leur gestion. Pourtant, la question de la soumission des ESSMS au Code de la commande publique n'est pas totalement tranchée.** En effet, l'avis rendu par le Conseil d'Etat nous **invite à nous interroger sur sa portée et sur les motifs le constituant.** Surtout, il est important de garder à l'esprit qu'en matière de contrat de la commande publique, le maître des horloges reste la **Cour de justice de l'Union européenne.**

Un ESSMS ne peut-il jamais être qualifié de pouvoir adjudicateur ?

Dans ses conclusions de l'avis précité, le rapporteur public^[1] a pu préciser que si cette réflexion est marquée par une casuistique forte, ce qui « *fait basculer du côté du pouvoir adjudicateur, c'est le pouvoir que l'administration peut exercer sur les choix de gestion de l'organisme* ». Partant de cette réflexion, le rapporteur public considère que les pouvoirs confiés à l'administration dans ses relations avec les ESSMS « *n'ont aucune incidence sur ses choix de gestion, qui demeurent entièrement à la main des seuls responsables de l'entité* ».

Une telle analyse semble sujette à critique dès lors que l'ensemble des contrôles opérés par les autorités de tarification et de contrôle ne semblent pas avoir été pris en compte par le rapporteur public et par la juridiction. En effet, pour envisager la soumission des ESSMS en raison du b) du 2° de l'article L.1211-1 du CCP, il est nécessaire de dresser un panorama exhaustif des contrôles auxquels sont soumis les gestionnaires d'ESSMS, à savoir :

- **Un examen budgétaire strictement encadré avec un contrôle :**
 - Des ressources prévisionnelles allouées à un exercice lors de la présentation du budget prévisionnel ou de l'état prévisionnel des recettes et des dépenses (EPRD) ;
 - De l'utilisation concrète des ressources lors de l'étude du compte administratif ou de l'état réalisé des recettes et des dépenses (ERRD) avec la possibilité de rejeter les dépenses manifestement étrangères à celles envisagées et qui ne sont pas justifiées par les nécessités de la gestion normale de l'établissement lors de la procédure de fixation du tarif ;
 - Du respect des règles de reprises des résultats.
- **La possibilité de demander aux gestionnaires d'ESSMS :**
 - À tout moment, les attestations démontrant le respect des obligations financières, sociales et fiscales ;
 - Un inventaire des équipements et des matériels ainsi que l'état des propriétés foncières et immobilières ;
 - Les pièces permettant de connaître les conditions dans lesquelles ils ont choisi leurs prestataires et leurs fournisseurs les plus importants ;
- **La possibilité de pouvoir prononcer à l'encontre des gestionnaires :**
 - Une injonction de remédier au déséquilibre financier ou aux dysfonctionnements constatés et de produire un plan de redressement adapté ;
 - Des injonctions pour remédier aux dysfonctionnements constatés dans les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil ;
 - Une astreinte journalière lorsqu'il n'a pas été satisfait aux injonctions.

[1] Marc Pichon de Vendeuil

- Une sanction financière en cas de méconnaissance des dispositions du Code de l'action sociale et des familles pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires réalisé.
- La désignation d'un administrateur provisoire qui accomplira, au nom de l'autorité compétente et pour le compte du gestionnaire, les actes d'administration urgents ou nécessaires pour mettre fin aux difficultés constatées ;
- La suspension ou la cessation de tout ou partie des activités de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil.

A l'aune de ce panorama, nous pouvons nous **interroger sur l'incidence de l'administration sur la gestion de l'organisme**. En réalité les gestionnaires d'ESSMS sont soumis tant à des contrôles a priori qu'à des contrôles a posteriori qui ont bien une influence sur leurs choix de gestion. **Les difficultés financières actuelles du secteur** illustrent particulièrement ce point : avec des **enveloppes budgétaires de plus en plus restreintes** voir, dans certains cas, **insuffisantes au regard de l'augmentation des dépenses contraintes** des établissements, les autorités de tarification rejettent de plus en plus de dépenses, quand bien même ces dernières étaient auparavant financées.

Cette nouvelle position des autorités de tarification entraîne un changement dans la gestion des différents établissements qui voient parfois le financement d'un nouveau contrat remis en cause car son prix est estimé comme étant trop élevé par le tarifificateur. Dans une telle situation, **l'impact du tarifificateur dans le choix du contractant semble difficile à nier**. Le tarifificateur peut aussi remettre en cause la gestion des établissements : dans bon nombre de cas, ce dernier va contester les dépenses liées à l'intérim en raison de son coût. **Or l'intérim permet d'apporter de la flexibilité aux établissements et de faire face à la crise du recrutement à laquelle ils sont confrontés depuis de nombreuses années**.

Dans un contexte financier aussi compliqué les contrôles s'accroissent et **l'immixtion des autorités financières au sein des ESSMS n'a jamais été aussi grande**. Nier l'impact de ces autorités sur les choix du gestionnaire lors de la passation des marchés semble nier à la fois les demandes auxquelles sont confrontés les établissements et l'essence même des dispositions du Code de l'action sociale et des familles, bien que l'on puisse concevoir que le Conseil d'Etat n'ait pas souhaité, par un simple avis, révolutionner les différentes pratiques du secteur, tant sa décision était attendue.

Quelle est la portée réelle de l'avis du Conseil d'Etat ?

Il convient de limiter l'avis du Conseil d'Etat à sa stricte portée : selon le Conseil, **les gestionnaires de droit privé des ESSMS ne sauraient être regardés comme un pouvoir adjudicateur** au sens du b) du 2° de l'article L.1211-1 du Code de la commande publique. Ce principe doit être limité, le rapport public ouvrant la possibilité de prévoir une exception dans les hypothèses où la puissance publique serait amenée à prendre les commandes de l'établissement. Outre cette situation particulière, il convient de ne pas oublier qu'un seul des critères a été examiné par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat pourrait considérer que les ESSMS sont des pouvoirs adjudicateurs au titre des autres critères prévus par l'article L.1211-1 du Code de la commande publique à savoir :

« Les pouvoirs adjudicateurs sont :

2° 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, dont :

- 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 ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. ».

Si cette possibilité reste envisageable, elle **doit être nuancée : le financement majoritaire doit être versé sans contrepartie**, ce qui n'est pas le cas pour les ESSMS (CE 6 juillet 1994, n°110484), et la plupart des gestionnaires privés n'ont pas dans leur organe d'administration, de direction ou de surveillance plus de la moitié des membres désignés par un pouvoir adjudicateur.

Quels enjeux pour les gestionnaires d'ESSMS ?

Nous estimons qu'à ce stade l'avis rendu par le Conseil d'Etat ne doit pas voir sa portée être étendue outre mesure.

Nous conseillons aux ESSMS de :

- **Procéder à une analyse personnalisée car, comme l'a bien relevé le rapporteur public, la réponse à cette interrogation est propre aux caractéristiques de chaque structure.**
- **Respecter strictement, de manière anticipée, la procédure propre aux marchés publics pourrait entraîner dans la plupart des cas des surcoûts qui ne seront pas opposables aux autorités de tarification mais sécuriserait complètement pour l'avenir les futures relations contractuelles car tout acheteur peut librement s'imposer les règles de passation du code de la commande publique.**

A minima, adopter une **approche plus « concurrentielle »** pour acter des dépenses de fonctionnement et d'investissement semble être indispensable puisqu'une telle approche :

- **Permet de démontrer le bon usage des deniers, majoritairement publics**, dans l'hypothèse où les ESSMS relèveraient finalement du Code de la commande publique ;
- **Est nécessaire dans un climat où les recours tarifaires se multiplient** : il est plus simple de justifier des dépenses contraintes devant le juge lorsque le gestionnaire peut produire plusieurs devis pour démontrer la volonté de maîtriser la hausse inévitable des coûts des dernières années.

En conclusion, si l'avis rendu par le Conseil d'Etat semble avoir été perçu comme un soulagement pour les gestionnaires des ESSMS, il convient de **rester prudent dès lors que la CJUE pourrait avoir une approche plus libérale et que les particularités de chaque établissement pourrait entraîner la soumission au Code de la commande publique.**

Il apparaît que la **mise en place d'une procédure de passation proche de celle prévue par le code de la commande publique semble vivement conseillée, d'autant qu'une fois conclue, le contrat relèvera de la sphère privée de droit commun.**



Aymeric Plessix

Avocat en droit médico-social

aymeric.plessix@fidal.com
02 43 20 55 55

FIDAL
AVOCATS

Je m'abonne à la newsletter