



## 15ème législature

<b>Question N° :</b> <b>18662</b>	<b>De Mme Danielle Brulebois ( La République en Marche - Jura )</b>	<b>Question écrite</b>
<b>Ministère interrogé &gt; Économie et finances</b>		<b>Ministère attributaire &gt; Économie et finances</b>
<b>Rubrique &gt; marchés publics</b>	<b>Tête d'analyse</b> > Définition notion de pouvoir adjudicateur	<b>Analyse &gt; Définition notion de pouvoir adjudicateur.</b>
Question publiée au JO le : <b>09/04/2019</b> Réponse publiée au JO le : <b>21/05/2019</b> page : <b>4734</b>		

### Texte de la question

Mme Danielle Brulebois attire l'attention de M. le ministre de l'économie et des finances sur l'interprétation de la notion de pouvoir adjudicateur en application des règles de la commande publique pour les associations et en particulier celles du secteur médico-social. Afin de savoir si les associations du secteur médico-social, personnes morales de droit privé, peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, il convient tout d'abord, conformément au 2° de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, d'apprécier si elles ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. À ce critère de la nature du besoin en vue de la satisfaction duquel la personne privée a été créée, il convient d'ajouter une des trois conditions suivantes : être en présence d'une personne morale de droit privé dont l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, ou dont la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, ou dont l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Lors de sa journée nationale consacrée aux associations et fondations du 29 janvier 2019, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a précisé qu'en ce qui concerne les associations gestionnaires d'établissements sociaux et médico-sociaux, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet relative aux marchés publics ne devrait pas s'appliquer. Concernant le contrôle par les autorités de tarification, il concerne l'activité et le patrimoine des établissements (et non du gestionnaire) et n'est donc pas considéré comme un contrôle créant une dépendance et pouvant influencer sur les décisions de l'organisme gestionnaire. Concernant les financements reçus, les prix de journée et le forfait soins ne sont pas des subventions mais la contrepartie-prix de services rendus aux usagers et ne sont donc pas des financements publics. Seules les subventions de fonctionnement sans contrepartie spécifique (par exemple CNR) et les subventions d'investissements pourraient être retenues au titre de financements publics et ont donc un caractère minoritaire. Elle souhaiterait donc connaître la position du Gouvernement quant à cette analyse.

### Texte de la réponse

Une association est soumise aux règles de la commande publique dans quatre cas : si elle est un pouvoir adjudicateur, si elle est une association transparente, si elle agit comme mandataire d'une personne elle-même soumise aux dispositions du droit de la commande publique. Afin de savoir si les associations du secteur médico-social, personnes morales de droit privé, peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, il convient, conformément à l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, d'apprécier si elles ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et si elles remplissent une des trois conditions suivantes : leur activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur

; leur gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Seul un examen au cas par cas permet de déterminer si une telle association satisfait ou non aux critères énoncés. La notion d'intérêt général telle qu'utilisée pour qualifier une entité de pouvoir adjudicateur est interprétée largement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En l'espèce, les associations du secteur médico-social, personnes morales de droit privé, à but non lucratif, visent précisément à satisfaire les besoins de santé de la population. Il semble dès lors difficile de considérer que leur activité ne constituerait pas une activité d'intérêt général. En outre, pour apprécier si des activités d'intérêt général poursuivent un but autre qu'industriel ou commercial, la CJUE se fonde sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de l'entité et aux conditions dans lesquelles celle-ci exerce son activité. En l'espèce ces associations à but non lucratif, qui sont pour certaines soumis à l'interdiction de facturation de dépassement des tarifs fixés par l'autorité administrative et des tarifs d'honoraires prévus au 1° du I de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale et qui sont soumis à certaines obligations spécifiques prévues à l'article L. 6112-2 du code de la santé publique, peuvent être considérés comme satisfaisant un but d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial. Le critère du financement public peut être rempli si les financements unilatéraux sans contrepartie de prestations rendues, et notamment les subventions, sont majoritaires. Le critère de la gestion soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur pourrait être rempli pour certaines associations. Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme concerné. Ce doit être un contrôle actif. Il semble impossible d'affirmer, d'une manière générale, que le critère de la soumission de la gestion à un contrôle d'un pouvoir adjudicateur serait rempli. Il n'est pas exclu que le critère de la gouvernance soit rempli par certaines associations. En application de la jurisprudence, ce critère est rempli lorsque, du fait de la composition des organismes d'administration, de direction ou de surveillance, un pouvoir adjudicateur dispose d'un poids lui permettant d'exercer une influence décisive sur les décisions les plus importantes et les orientations stratégiques de l'entité. En conséquence, il convient d'analyser au cas par cas si ce critère alternatif est rempli. En conclusion, et contrairement à ce qu'affirme la compagnie nationale des commissaires aux comptes, il n'est pas possible de considérer, d'une manière générale, voire pour certaines catégories seulement d'association, du secteur médico-social, que la qualification de pouvoir adjudicateur doit être écartée. Seule une étude au cas par cas est susceptible de permettre de se prononcer sur ce point.