

## SERVICE PUBLIC

# Déléguer la gestion d'un service social ou médico-social, c'est possible !

PAR **TIMOTHÉE BASSI**  
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

### L'ESSENTIEL

En pratique, l'on observe des freins à la délégation de services sociaux et médico-sociaux par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Pourtant, ce mode de gestion n'est pas interdit par le droit positif. Il est donc possible de confier la gestion d'un tel service à un opérateur économique, via une délégation de service public, dès lors que sont respectées les règles d'organisation et de fonctionnement fixées par le code de l'action sociale et des familles.

Le développement d'établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) constitue indiscutablement un enjeu contemporain. La liste des établissements et services énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles (CASF) suffit à s'en convaincre. Citons pêle-mêle – sans prétendre à l'exhaustivité – les établissements et services de protection de l'enfance, d'aide par le travail et de réadaptation, d'éducation adaptée, d'accompagnement et d'accueil pour personnes handicapées, ou encore d'accueil pour personnes âgées, dépendantes ou non. Cette dernière mission, en particulier, retient spécialement l'attention, compte tenu de l'évolution démographique et des scandales qui ont rythmé l'actualité de ces derniers mois.

Naturellement, de nombreuses personnes publiques se sont emparées de ces enjeux. Le CASF prévoit d'ailleurs, à cet égard, toute une série de dispositions « propres aux établissements et services sociaux et médico-sociaux relevant de personnes morales de droit public » (Art. L. 315-1 et s.). Elles sont ainsi explicitement habilitées à créer et gérer des ESSMS.

Toutefois, une réponse ministérielle du 14 décembre 2017, formulée par la ministre des solidarités et de la santé, bride assez largement la liberté d'organisation des personnes publiques en la matière (JO Sénat Q, n° 00869, 14 déc. 2017). En substance – nous y reviendrons –, cette réponse ministérielle exclut la mise en œuvre d'une délégation de service public (DSP) pour la gestion d'un

établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD). Certes, sur le plan théorique, cette réponse ministérielle est dépourvue de toute valeur contraignante. Cependant, en pratique, on constate que les collectivités territoriales et les autorités administratives concernées – notamment les agences régionales de santé – se conforment rigoureusement à la position affirmée par cette réponse ministérielle... quand elles ne l'étendent pas, au-delà du cas des EHPAD, à l'ensemble des ESSMS.

Or, la position de la ministre des solidarités et de la santé pose un problème de taille : elle nous semble juridiquement erronée.

La présente étude se propose donc de revenir sur les (multiples) erreurs qui fondent cette réponse ministérielle, puis d'expliquer qu'en réalité, les collectivités territoriales sont libres de confier la gestion d'un service social ou médico-social à un délégataire.

## I - LES ERREURS DE LA RÉPONSE MINISTÉRIELLE DU 14 DÉCEMBRE 2017

Le raisonnement figurant dans la réponse ministérielle du 14 décembre 2017 est inexact à deux points de vue. D'abord, il ne répond pas à la question qui était posée, et, ensuite, il comporte plusieurs erreurs juridiques.



### A. La mauvaise compréhension de la question posée

Premièrement, cette réponse ministérielle est pour le moins embarrassante car elle traite un sujet qui est manifestement distinct de la problématique exposée par le sénateur qui était l'auteur de la question.

En effet, par cette question, le sénateur Mathieu Darnaud interrogeait la ministre des solidarités et de la santé sur « la situation des collectivités territoriales, en particulier des communes ou de leurs centres communaux d'action sociale, qui sont amenées à confier la gestion d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées (EHPAD) à un opérateur tiers, souvent à statut associatif ou mutualiste ». Plus précisément, la ministre était interrogée sur l'application, dans ce cas de figure, des règles de passation applicables aux DSP.

Or, dans sa réponse, la ministre n'évoque pas le cas de figure d'une collectivité souhaitant confier la gestion d'un EHPAD à un opérateur économique, mais celui d'une collectivité qui souhaiterait se dessaisir de cette activité en la transférant à un tiers: « Le transfert par une collectivité territoriale ou un établisse-

ment public territorial de la gestion d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), ou de tout autre type d'établissement ou service social ou médico-social (ESSM), quel que soit son mode de financement, constitue une cession d'autorisation au sens de l'article L. 313-1 du CASF et ne peut en aucun cas être considéré comme une délégation de service public. [...] Lorsqu'un centre communal ou intercommunal d'action

sociale ne souhaite plus assurer la gestion d'un ESSM, ou lorsqu'une commune souhaite mettre fin à l'activité d'un de ses établissements publics ayant un tel objet, il doit organiser la cession de son autorisation. »

Il existe manifestement un hiatus entre la question posée et la réponse formulée.

En effet, lorsque – comme dans le cas de figure évoqué par l'auteur de la question – une collectivité territoriale confie à un tiers la gestion d'une activité dont elle est à l'initiative, elle ne s'en dessaisit pas (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 799; L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2016, n° 109; N. Foulquier, *Le service public*, in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka [dir.], *Traité de droit administratif*, Dalloz, t. 2, 2011, p. 81). Dans ce cas, elle délègue à un cocontractant une mission résultant d'une somme de droits et d'obligations. Au premier rang de celles-ci figure, en particulier, celle de maintenir l'activité.

En revanche, le cas de figure évoqué par la ministre dans sa réponse consiste à transférer au cessionnaire de l'autorisation l'entière responsabilité de cette activité, à charge pour lui de l'organiser librement, pour la durée qui lui conviendra. Il en résulte, à tout le moins, trois inconvénients.

D'abord, si les dispositions du CASF prévoient un cadre relativement précis s'agissant des modalités selon lesquelles doit être exercée cette activité, par

exemple en matière de rapports avec les usagers (CASF, art. L. 311-3 et s.), ou encore de tarification (CASF, art. L. 314-1 et s.), elles n'imposent aucunement la pérennité de cette activité. En particulier, l'article L. 313-18 du CASF prévoit notamment la « cessation définitive volontaire » de l'activité au cours de la durée de validité de l'autorisation administrative, ce qui illustre bien que la délivrance de cette autorisation ne confère à son titulaire qu'une faculté, et non une obligation d'exercer l'activité. Ce constat figure d'ailleurs de manière implicite dans cette réponse ministérielle: d'une part, en ce qu'elle affirme que l'autorisation cédée confère à son titulaire « le droit », et non l'obligation, d'assurer la gestion d'un ESSMS; et, d'autre part, en ce qu'elle renvoie à l'article R. 315-4 du CASF qui « encadre la suppression d'un ESSM public ».

Ensuite, la simple cession d'autorisation ne permet pas à la collectivité d'imposer à son partenaire des obligations qui iraient au-delà du cadre légal et réglementaire. Contrairement à la DSP, ce procédé exclut donc, par exemple, des obligations en matière de travaux ou d'entretien des locaux, de prise en charge d'activités au-delà du socle de prestations obligatoires, ou encore de prix des activités dont le tarif n'est pas imposé en application des articles L. 314-1 et suivants du CASF.

Enfin, la cession d'autorisation est particulièrement déséquilibrée sur le plan financier, en faveur du cessionnaire. En effet, ce procédé permet à un acteur privé de reprendre une activité initiée et développée par la personne publique, sans contrôle de sa rentabilité, sans contrepartie financière et sans terme temporel. À l'inverse, dans le cadre d'une DSP, la mise en concurrence préalable permet d'assurer que le résultat du délégataire ne va pas au-delà d'un « bénéfice raisonnable », en particulier lorsque le concessionnaire perçoit des compensations d'obligations de service public (CJCE 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues; 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; et 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; D. 2003. 2814, note J.-L. Clergerie; RTD eur. 2004. 33, étude S. Bracq; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard; et 425, étude C. Blumann). En outre, la DSP implique un partage du résultat (par l'effet de la redevance d'occupation, de la clause de récupération des surcompensations, etc.) et fait l'objet d'une remise en concurrence périodique permettant si nécessaire d'en revoir l'équilibre économique et financier.

Par conséquent, en privilégiant une simple cession d'autorisation, cette réponse ministérielle incite les collectivités territoriales à se placer dans une situation précaire, désavantageuse et difficilement réversible, dans laquelle le fonctionnement de l'ESSMS – devenu privé – serait subordonné au bon vouloir du cessionnaire.

### B. Les erreurs entachant la réponse apportée

Deuxièmement, pour rejeter l'applicabilité des règles de la commande publique, la réponse ministérielle présente un raisonnement qui est juridiquement inexact, à plusieurs titres.

**Lorsqu'une collectivité territoriale confie à un tiers la gestion d'une activité, elle ne s'en dessaisit pas**

Ce raisonnement est le suivant: « Une mise en concurrence selon les règles applicables aux contrats de concession ou aux marchés publics ne constitue pas une obligation procédurale pour le transfert de gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) qui découlerait du droit de l'Union européenne et s'imposerait en dépit de la spécialité des règles nationales. L'autorisation de gestion des ESSMS constitue le mandat nécessaire à la qualification de service d'intérêt économique général (SIEG) lorsqu'elle emporte l'habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale et/ou l'autorisation de dispenser des soins aux assurés sociaux, au regard des obligations qui en découlent pour son titulaire. Le Conseil d'Etat a confirmé l'existence d'un tel mandat pour des lieux de vie et d'accueil relevant de l'autorisation (CE 30 déc. 2011, Association Faste Sud-Aveyron, n° 343450). Lorsqu'ils exercent une activité économique au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et comme SIEG, les ESSMS, en application du 2 de l'article 106 du Traité de l'Union européenne (TUE), ne restent soumis aux règles générales de concurrence (TUE, art. 101 à 106) que "dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie" ». En substance, la gestion d'un ESSMS constituerait un SIEG, et ne serait donc pas soumise aux règles de concurrence, parmi lesquelles figureraient les règles de la commande publique.

Or, les trois étapes de ce raisonnement apparaissent éminemment discutables.

D'abord, la décision du Conseil d'Etat *Association Faste Sud-Aveyron* (CE 30 déc. 2011, n° 343450, Lebon; AJDA 2012. 16; JA 2012, n° 453, p. 12, obs. R. Grand; RDSS 2012. 556, note A. Vinsonneau), citée par la réponse ministérielle, ne renvoie pas à la notion de SIEG. Elle affirme seulement que compte tenu des obligations légales et réglementaires pesant sur les gestionnaires d'ESSMS, ceux-ci peuvent être regardés comme des « 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 » au sens du j) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive Services (Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur). En cela, ces services ne sont pas soumis aux dispositions de la directive, en particulier s'agissant des modalités d'attribution des autorisations administratives. Cependant, cette décision du Conseil d'Etat ne se fonde pas sur la notion de SIEG. Et pour cause, puisqu'une activité ne peut être qualifiée de SIEG que si, entre autres conditions, la puissance publique a clairement défini les obligations pesant sur cette activité (TPICE 12 févr. 2008, aff. T-289/03, Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard). Or, en l'absence, notamment, d'obligation de maintien de l'activité, il est peu probable que cette condition puisse être regardée comme remplie.

Ensuite, la qualification de SIEG ne fait obstacle à l'application des règles de concurrence que dans la mesure où de telles dérogations sont nécessaires à

la bonne exécution de cette activité. Cette condition résulte directement de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui énonce que « 1. Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités [...]. 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». En outre, cette condition de nécessité est rigoureusement contrôlée par le juge européen (CJCE 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*; CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, AJDA 1993. 865, note F. Hamon; et 1994. 286, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet; D. 1993. 169; RTD eur. 1994. 39, étude A. Wachsmann et F. Berrod; et 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard). Or, dans cette réponse ministérielle, rien n'est dit du caractère (prétendument) nécessaire du non-assujettissement aux règles de la commande publique.

Et pour cause, on ne voit pas bien en quoi la mise en œuvre de ces règles compromettrait la bonne exécution des missions attachées à la gestion d'un service social ou médico-social.

Enfin, il est erroné de considérer que le droit de la commande publique résulte des règles de concurrence affirmées par le TFUE

(Art. 101 à 109). En effet, les principes qui fondent le droit de la commande publique procèdent essentiellement du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, qui impose tant l'égalité de traitement des candidats à la commande publique que la transparence des procédures (CJCE 18 nov. 1999, aff. C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S c/ Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, D. 1999. 275; CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, AJDA 2001. 106, note L. Richer; et 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier; CJCE 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH [EBS]*, AJDA 2003. 623, note T. Gliozzo; et 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; RDI 2003. 81, obs. J.-D. Dreyfus). Ceci est d'ailleurs souligné par les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, dont le préambule vise « le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 53, paragraphe 1, son article 62 et son article 114 », c'est-à-dire les dispositions en matière de liberté d'établissement, de libre prestation de services et de rapprochement des législations.

Ajoutons, à toutes fins utiles, que si la réponse ministérielle n'a pas tort d'affirmer que « les règles relatives aux contrats de concession n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de se substituer implicitement aux dispositions législatives et réglementaires du code de l'action sociale et des familles qui régissent les régimes de l'autorisation et de l'habilitation », il est faux

### Les trois étapes du raisonnement de la réponse ministérielle apparaissent discutables



d'en conclure – comme semble le faire implicitement cette réponse – que ce serait à l'inverse les règles du CASF qui se substitueraient à celles du code de la commande publique (CCP). En réalité, ces deux corps de règles s'appliquent indépendamment et cumulativement; tel est le sens du principe d'indépendance des législations. Ceci s'observe d'ailleurs régulièrement, lorsqu'une personne publique délègue la gestion d'une activité régulée qui suppose, par ailleurs, l'obtention d'une ou plusieurs autorisations administratives. Songeons, à titre d'exemples, à la licence d'entreprise ferroviaire prévue à l'article L. 2122-10 du code des transports, ou encore à l'agrément nécessaire aux délégataires de réseaux fermés de distribution de gaz prévu à l'article L. 432-6 du code de l'énergie.

Par conséquent, lorsqu'une collectivité territoriale souhaite confier à un tiers la gestion d'un EHPAD ou de tout autre ESSMS, sans s'en désintéresser totalement, elle est soumise aux règles de la commande publique.

## II - LA LIBERTÉ DE GESTION DES SERVICES SOCIAUX ET MÉDICO-SOCIAUX

Au-delà de la réponse ministérielle du 14 décembre 2017, il résulte d'une analyse objective du droit applicable que les services sociaux et médico-sociaux peuvent être délégués, moyennant une organisation conforme aux dispositions du CASF applicables aux ESSMS publics.

### A. Le caractère déléguable des services sociaux et médico-sociaux

Il ne fait pas de doute que les services sociaux et médico-sociaux pris en charge par des personnes publiques constituent des activités de service public et que leur gestion peut être déléguée.

D'une part, s'agissant de la qualification de service public, rappelons simplement que selon la définition communément admise de René Chapus, « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » (*Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 748). Dès lors qu'un service social ou médico-social est pris en charge par une personne

publique, elle le fait par hypothèse en vue de servir un intérêt public, de sorte que la qualification de service public ne fait pas de doute.

En outre, il convient de ne pas surestimer la portée de la décision APREI rendue par le Conseil d'Etat. Dans cette affaire, s'il a dénié la qualification de service public à un centre d'aide par le travail, c'est parce que cet établissement avait été créé par une association (personne morale de droit privé) de sa propre initiative, et était géré par celle-ci indépendamment de toute initiative publique, alors que, selon le Conseil d'Etat, le

législateur « a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public » (CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés [APREI]*, Lebon avec les concl.; AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher; RFDA 2007. 803, note C. Boiteau; RDSS 2007. 499, concl. C. Verot; RDSS 2007. 517, note G. Koubi et G. J. Guglielmi). Cette position visait notamment à éviter une forme de « nationalisation » d'un secteur essentiellement constitué d'acteurs privés à but non lucratif agissant de leur propre initiative (v., chron. F. Lenica et J. Boucher, AJDA 2007. 793, préc.). Cependant, la décision APREI ne dit rien de l'intention du législateur quant à celles de ces missions qui sont assurées par des organismes publics. En outre, à supposer que le contrôle réglementaire exercé par l'administration sur de telles activités (notamment via la délivrance de l'autorisation administrative) ne suffise pas à caractériser une activité « assurée ou assumée par une personne publique », le contrôle organique exercé par la personne publique qui l'a créée et en assure la gestion sera sans aucun doute suffisant à cet égard. Dans ce cas de figure, l'activité de l'ESSMS initié et géré par une personne publique devra donc être qualifiée de service public. Ceci a d'ailleurs été souligné par certains commentateurs de la décision APREI à propos des centres d'aide par le travail (v., G. Koubi et G. J. Guglielmi, RDSS 2007. 517, préc.), et peut être étendu à l'ensemble des ESSMS.

D'autre part, s'agissant du caractère déléguable de cette activité, aucune règle ne semble y faire obstacle. En effet, par principe, les personnes publiques sont libres de déléguer la gestion de toute activité de service public, en ce compris les services publics à caractère administratif, à l'exception « de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même » (CE, sect. int., avis, 7 oct. 1986, n° 340609; *GACE*, Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 1997, n° 24). La première de ces exceptions semble correspondre à ce que le Conseil constitutionnel désigne comme les « tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté » (29 août 2002, n° 2002-461 DC, *Ayrault*, D. 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot; AJDI 2002. 708; RSC 2003. 606, obs. V. Bück; et 612, obs. V. Bück), qui recouvrent notamment les « compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" » (10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, AJDA 2011. 532; et 1097, note D. Ginocchi; D. 2011. 1162, chron. P. Bonfils; et 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinet; AJCT 2011. 182, étude J.-D. Dreyfus; Constitutions 2011. 223, obs. A. Darsonville; et 581, chron. V. Tchen; RSC 2011. 728, chron. C. Lazerges; et 789, étude M.-A. Granger; et 2012. 227, obs. B. de Lamy). Ce cas de figure est illustré par une jurisprudence déjà fort ancienne du Conseil d'Etat, en matière d'activités de police (CE, ass., 17 juin 1932, n° 12045, *Ville de Castelnaudary*, Lebon 595; CE 1<sup>er</sup> avr. 1994, n° 144152, *Commune de Menton*, Lebon; RDI 1995. 303, obs. J.-B. Auby et C. Maugué). La seconde exception est plus protéiforme, et comporte par exemple l'attribution des aides économiques (TA Amiens, 1<sup>er</sup> déc. 1987, *Braine*, Lebon T.), les missions de prévention des

**Une collectivité qui souhaite confier la gestion d'un EHPAD est soumise aux règles de la commande publique**

maladies mentales juvéniles (CE 17 mars 1989, n° 50176, *Syndicat des psychiatres français*, Lebon; RFDA 1991. 267, concl. B. Stirn; RDSS 1990. 381, obs. E. Alfandari), ou encore la gestion de chambres mortuaires au sein d'établissements hospitaliers (avis des sections sociale et de l'intérieur, 24 mars 1995, n° 357297; CAA Marseille, 5 juill. 2011, n° 09MA04145, *Centre hospitalier de Bastia*).

Toutefois, trois séries de raisons tendent à indiquer que les services sociaux et médico-sociaux ne sont pas au rang des activités qui, par la volonté du législateur, ne peuvent être assurées que par une personne publique. D'abord, force est de constater que la plupart des ESSMS sont gérés par des personnes privées (v. not., concl. C. Vérot sur la décision *APREI*, préc.) et que le législateur en a explicitement pris acte en réservant certaines dispositions du CASF aux ESSMS gérés par des personnes publiques (CASF, art. L. 315-1 et s.), admettant en creux que les autres dispositions sont applicables à l'ensemble des ESSMS, notamment ceux qui sont gérés par des personnes privées. Ensuite, des services de nature extrêmement proche ont été délégués sans que le Conseil d'Etat ne formule d'objection, tels que des services de téléassistance visant à favoriser le maintien à domicile des personnes âgées et handicapées (CE 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze*, Lebon T.; AJDA 2010. 957, concl. N. Boulouis et 1246, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser; JA 2010, n° 418, p. 11, obs. E. Royer; RDSS 2010. 341, note G. Koubi et G. J. Guglielmi; CAA Douai, 30 mars 2017, n° 14DA01579, *SA Sedeca*). Enfin, l'administration – dont il est permis de penser qu'elle n'ignore pas totalement la volonté du législateur – affirme précisément que « s'agissant des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, le maire d'une commune a la faculté de confier la gestion de l'établissement autorisé par le président du conseil général par délégation de service public ou dans le cadre d'un marché public » (SGAE, *Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général [SIEG]*, p. 16).

Par suite, les services sociaux et médico-sociaux des collectivités territoriales ont bien un caractère déléguable. Et, dès lors qu'elles disposent d'une compétence discrétionnaire pour définir le mode de gestion de leurs activités de service public (CE 18 mars 1988, n° 57893, *Loupias c/ Commune de Montreuil-Bellay*, Lebon T.; CE 10 janv. 1992, n° 97476, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, Lebon), ces collectivités sont libres d'opter pour une gestion déléguée, tant que l'organisation retenue est conforme à la réglementation en vigueur, notamment aux règles spécifiques issues du CASF.

## B. L'organisation de la délégation des services sociaux et médico-sociaux

En principe, en amont de toute éventuelle délégation, les collectivités territoriales disposent d'une compétence discrétionnaire sur le choix de créer et gérer un service en régie directe, régie dotée de la seule autonomie financière ou régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale (avis de la section de l'intérieur, 1<sup>er</sup> oct. 1996, n° 359409). En outre, depuis la réforme du droit de la commande publique entrée en vigueur

au 1<sup>er</sup> avril 2016, et désormais reprise au sein du CCP, tous les pouvoirs adjudicateurs – et donc, entre autres, toutes les personnes publiques – peuvent conclure des contrats de concession (CCP, art. L. 1121-1 et L. 1210-1), catégorie à laquelle appartiennent les DSP. On pourrait donc penser, à première vue, que l'organisation des collectivités territoriales est parfaitement libre à cet égard.

Toutefois, pour certains services, cette liberté est encadrée par les dispositions du CASF.

En effet, l'article L. 315-7 du CASF prévoit que certains services sociaux et médico-sociaux ne peuvent être gérés que dans le cadre d'un établissement public.

Sont visés les services mentionnés aux 2°, a) du 5°, 6°, 7°, 8° et 13° du I de l'article L. 312-1 du même code; cela concerne donc, pour l'essentiel, les services d'éducation adaptée ou d'accompagnement social ou médico-social de mineurs ou jeunes adultes handicapés, les services d'aide par le travail, les services d'accueil ou d'assistance de personnes âgées, handicapées ou atteintes de pathologies chroniques, les services d'accueil et d'accompagnement social de personnes ou familles en situation de détresse, et les centres d'accueil pour demandeurs d'asile. Il résulte de l'article L. 315-7 que ces services sont gérés soit dans le cadre d'un établissement public *ad hoc*, soit dans le cadre d'un centre communal ou intercommunal d'action sociale (CCAS ou CIAS) – ou par des établissements publics de santé, mais cela ne relève alors pas des collectivités territoriales.

Dès lors, s'agissant de ces services, deux situations peuvent être distinguées.

Premièrement, un service social ou médico-social peut être pris en charge par une commune via son CCAS, ou par un établissement public de coopération intercommunale via son CIAS. Dans ce cas, le service peut être délégué par le CCAS ou le CIAS, comme cela s'observe d'ailleurs déjà en pratique.

Deuxièmement, un service social ou médico-social peut être pris en charge par une personne publique dans le cadre d'un établissement public *ad hoc*. Ce second cas de figure est *a priori* moins évident, car la création d'un établissement public manifeste, normalement, le choix d'une gestion publique – certes indirecte – du service, qui s'oppose à la gestion privée via une DSP (J.-F. Lachaume, H. Pauliat, C. Boiteau et C. Deffigier, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 395). Néanmoins, dans ce cas précis, la délégation du service reste sans doute possible pour plusieurs raisons. D'abord, la création d'un établissement public ne résulte pas d'un choix de la personne publique responsable du service, mais d'un mode d'organisation imposé par l'article L. 315-7 précité du CASF, visant à isoler l'activité au sein d'une personne morale propre. Ensuite, l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales prévoit explicitement qu'une DSP est un contrat qui peut être conclu par un établissement public (autre qu'un groupement de collectivités). Enfin, à défaut de limitation explicite de la liberté contractuelle, dont la valeur

**Les services sociaux et médico-sociaux des collectivités territoriales ont bien un caractère déléguable**

constitutionnelle est admise tant pour les personnes privées (Cons. const. 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, D. 2001. 1766, obs. D. Ribes; Dr. soc. 2001. 270, note X. Prétot) que pour les personnes publiques (Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, AJDA 2007. 192, note G. Marcou), il faut considérer que ces établissements publics sont libres de déléguer la gestion d'un ou plusieurs services sociaux ou médico-sociaux qui figurent parmi leurs missions.

Au total, la délégation des services sociaux et médico-sociaux apparaît possible en toute hypothèse.

■ Au terme de cette brève étude, la position souvent observée en pratique, consistant à considérer que la DSP est inenvisageable pour les ESSMS (notamment les EHPAD), apparaît dépourvue de fondement juridique. D'abord, le procédé de la cession d'autorisation, promu par la réponse

ministérielle du 14 décembre 2017, correspond à un cas de figure distinct qui consiste à externaliser entièrement et définitivement l'activité – ce qui emporte de multiples risques pour les collectivités concernées. Ensuite, lorsqu'elles souhaitent confier la gestion d'un tel service à un tiers tout en conservant un certain niveau de contrôle, ces collectivités sont tenues d'appliquer le droit de la commande publique. Enfin, aucun principe juridique ne s'oppose à la délégation d'un service social ou médico-social, dès lors que l'organisation retenue est conforme aux dispositions du CASF.

Par conséquent, les collectivités qui gèrent des ESSMS ne doivent pas exclure d'emblée la DSP. Au contraire, dans leur réflexion quant au mode d'organisation de leurs services, il leur appartient de peser les avantages et inconvénients que pourrait présenter une gestion déléguée par rapport à une gestion en régie.

■