

JURISPRUDENCE							
SOURCE	JURIDICTION ADMINISTRATIVE	N°	/	DATE	/	PAGE	/
AUTEUR	CONSEIL D'ETAT						
NATURE	Avis	N°	369315	DATE	23/10/2003		
AFFAIRE	FONDATION JEAN MOULIN						

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales et le ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de l'aménagement du territoire, des questions suivantes :

1. - Les différentes prestations confiées à la « Fondation Jean-Moulin » entrent-elles toutes dans le champ d'application du quatrième alinéa de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ?

1.1. - Dans l'affirmative :

a) la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » des prestations qui entrent dans le champ d'application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée doit-elle, en fonction de la nature de chacune de ces prestations, faire l'objet d'un marché public, d'une délégation de service public en application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ou ne relève-t-elle d'aucun de ces régimes ?

b) quel que soit le régime applicable, ces prestations peuvent-elles être confiées à la « Fondation Jean-Moulin » sans que trouvent à s'appliquer les procédures de publicité et de mise en concurrence de droit interne ?

c) dans l'hypothèse où certaines de ces prestations devraient faire l'objet d'un marché public les dispositions du code des marchés publics autres que celles relatives à la publicité et à la mise en concurrence trouvent-elles à s'appliquer ?

d) si la dévolution des différentes prestations à la « Fondation Jean-Moulin » ne relève ni d'un marché public ni d'une délégation de service public, quelle est la nature de l'acte juridique procédant à cette dévolution (arrêté ministériel, décret, décret en Conseil d'Etat ou convention) ?

1.2.-Dans la négative :

a) la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » des prestations qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée doit-elle faire l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public en application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée ?

b) dans l'hypothèse où ces prestations devraient faire l'objet d'un marché public, sous quelles conditions soit le 2 de l'article 3, soit l'article 30 du code des marchés publics, soit les deux pourrai(en)t-il(s) être applicable(s) aux contrats par lesquels l'Etat confie à la « Fondation Jean-moulin » le soin d'assurer l'une des prestations en cause ?

2. - Les prestations gérées par la « Fondation Jean-Moulin » entrent-elles dans le champ d'application de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ?

Dans l'affirmative :

a) ces prestations relèvent-elles de l'annexe IA ou de l'annexe IB de la directive ?

b) dans le cadre de la dévolution de la gestion d'une prestation relevant de l'annexe IA. la « Fondation Jean-Moulin » pourrait-elle être considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens des articles 1b) et 6 de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 ?

c) quelle est la nature de l'acte juridique (arrêté ministériel, décret, décret en Conseil d'État ou convention) permettant d'attribuer la gestion à une fondation d'une prestation relevant de l'annexe IB de la directive ?

3. - S'agissant de la composition du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » :

3.1. - En tout état de cause, quelles que soient les modalités de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations d'action sociale, ladite fondation pourrait-elle, eu égard au fait que son conseil d'administration est actuellement composé notamment de hauts fonctionnaires relevant du ministère chargé de l'intérieur, légalement, tant au regard du droit interne que communautaire, se porter candidate à la dévolution de la gestion desdites prestations ?

3.2. - Le dernier alinéa de l'article 9 de la loi n° 93-634 du 13 juillet 1983 précitée, qui dispose que des représentants de l'État « peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance » des organismes ayant reçu la mission de gérer des prestations d'action sociale à titre exclusif, fait-il obstacle à l'application du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable ?

Dans la négative, quelle doit être la composition de l'organe directeur et la nature des ressources financières de la fondation à laquelle est confié le soin d'assurer une prestation prévue par le quatrième alinéa de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 précitée pour éviter que les dirigeants de cet organisme ne puissent être reconnus comptables de fait (le directeur des personnels, de la formation et de l'action sociale est aussi le premier vice-président de la fondation : le directeur de la programmation, des affaires financières et immobilières exerce les fonctions de trésorier de la fondation) ?

3.3. - La responsabilité pénale des fonctionnaires membres du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » qui exercent, par ailleurs, des fonctions d'autorité au sein du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales est-elle susceptible d'être mise en cause ?

Dans l'affirmative, à quelles modifications du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » conviendrait-il de procéder ?

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu les directives du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 et n° 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, respectivement de services, de fournitures et de travaux ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances ;

Vu le code pénal ;

Vu le code des juridictions financières, notamment son article L. 131-2 ;

Vu le code des marchés publics issu du décret n° 2001-710 du 7 mars 2001 ;

Vu la loi du 7 mai 1917 modifiée ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation ;

Vu l'article 60 de la loi de finances n° 63-156 du 23 février 1963 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée ponant droits et obligations des fonctionnaires, en particulier son article 9, dans sa rédaction résultant de l'article 25 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, notamment ses articles 38 à 41 ;

Vu le décret-loi du 12 novembre 1938 tendant à transformer les groupements de consommateurs et sociétés coopératives, pris sur le fondement de la loi du 5 octobre 1938 ;

Vu le décret n° 2001-371 du 27 avril 2001 relatif aux modalités de la gestion des prestations d'action sociale interministérielles ;

Vu le décret n° 2001-806 du 7 septembre 2001 pris pour l'application de l'article 30 du code des marchés publics et fixant la liste des services relevant des catégories mentionnées par cet article ;

Vu le décret du 11 décembre 1952 modifié qui a reconnu comme établissement d'utilité publique la fondation dite « Fondation Jean-Moulin » :

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Créée en 1952, à l'initiative du ministère de l'intérieur, avec pour but « l'organisation d'actions sociales au profit des fonctionnaires et agents du ministère de l'intérieur, en activité ou en retraite, et de leurs familles », la « Fondation Jean-Moulin » a été reconnue comme établissement d'utilité publique par un décret du 11 décembre 1952, qui a approuvé ses premiers statuts. Ceux-ci ont fait l'objet de modifications successives, dont les dernières en date ont été approuvées, conformément à l'avis du Conseil d'État (section de l'intérieur), par un arrêté du ministre de l'intérieur du 30 mars 2000.

Le conseil d'administration de la fondation est composé de seize membres ; parmi eux, huit de droit, tous hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, soit es qualités, soit sur désignation du ministre, dont le président. Ce dernier dispose d'une voix prépondérante, en cas de partage égal des voix.

La fondation est chargée par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales de la gestion d'un ensemble de prestations d'action sociale destinées à ses agents, dans le cadre de conventions

expressément prévues par l'article 22 de ses statuts : une convention cadre qui définit les secteurs d'intervention de la fondation, ainsi que les modalités de suivi et de contrôle de ses activités par le ministère ; une convention financière annuelle qui fixe le montant des subventions d'équilibre du ministère et leur affectation : et des conventions spécifiques à durée indéterminée de mise à disposition du personnel et de matériel.

Il résulte des caractéristiques de la « Fondation Jean-Moulin » et de son financement que si celle-ci, tout en ayant été dotée d'un capital initial de 60 000 F. ne bénéficie pas, pour assurer la pérennité du financement de l'œuvre d'intérêt général dont elle est chargée, comme l'exige en principe le droit des fondations, de l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources d'une ampleur suffisante au regard de ses missions, elle répond néanmoins au critère d'exception défini par le Conseil d'État. En effet, il peut être satisfait à l'exigence de pérennité de l'action d'intérêt général poursuivie par une fondation lorsque des engagements en ce sens sont pris par la puissance publique.

Question 1 relative au point de savoir si l'ensemble des prestations dont la gestion est confiée à la « Fondation Jean-Moulin » par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, relève du champ d'application de l'article 9 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 :

Aux termes de l'article 9 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 :

« Les fonctionnaires... participent à la définition et à la gestion de l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs dont ils bénéficient ou qu'ils organisent.

Les prestations d'action sociale, individuelles ou collectives, sont distinctes de la rémunération visée à l'article 20 de la présente loi et sont attribuées indépendamment du grade, de l'emploi ou de la manière de servir.

L'État, les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent confier à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents à des organismes à but non lucratif ou à des associations nationales ou locales régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

Ils peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance de ces organismes. »

En l'absence de définition législative de l'action sociale de l'État en faveur de ses agents et compte tenu de l'objet limité du décret du 27 avril 2001 susvisé, le champ d'application des dispositions de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 doit être déterminé par référence à leurs termes mêmes ainsi qu'en tant que de besoin aux débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette loi. Il en ressort que l'acception retenue de l'action sociale est celle communément admise. Elle regroupe l'ensemble des prestations destinées à améliorer directement ou indirectement les conditions d'emploi, de travail et de vie des agents et de leurs familles, notamment en les aidant à faire face à diverses situations difficiles et en facilitant leur accès à des services collectifs divers. Toutefois, la qualification d'action sociale ne peut être reconnue à ces prestations que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand : ce qui suppose notamment qu'elles ne se bornent pas à offrir des services disponibles et aisément accessibles, en termes de localisation et de prix, sur le marché et que leurs conditions d'octroi et de tarification les rendent accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenus modestes.

Au regard de cette définition, s'agissant des prestations dont la gestion a été confiée par le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales à la « Fondation Jean-Moulin », relèvent de l'action sociale toutes les prestations à caractère individuel versées, au cas par cas, après examen de la situation particulière des agents et qui sont, au demeurant d'un montant souvent modeste, ainsi que les prestations à caractère collectif tournées vers les catégories de personnel les moins favorisées, comme les séjours linguistiques, les séjours dits de découverte, les séjours réservés aux enfants handicapés. Il en est de même de la gestion des crèches et des restaurants administratifs ou de l'arbre de Noël qui constituent les éléments les plus traditionnels de l'action sociale de l'État. En ce qui concerne la gestion des centres de vacances (camping, maison familiale, résidences hôtelières...), il ressort des documents fournis que les conditions d'accès à ces équipements et en particulier la tarification adoptée qui prend en compte le montant des revenus des intéressés ont pour objet de permettre aux agents relevant des catégories les plus modestes du ministère et à leurs familles, d'accéder à des vacances au bord de la mer ou à la montagne à des prix réduits. Dès lors, la gestion de ces équipements relève de l'action sociale.

S'agissant des centres d'achat, dont l'objet est de permettre aux agents de s'approvisionner en divers biens de consommation courante ou d'équipement sur les lieux du travail, il convient de se référer aux dispositions de l'article 2 de la loi du 7 mai 1917 susvisée. Elles ne permettent de qualifier « d'œuvres sociales », relevant par suite de la politique d'action sociale, que « les organismes ou groupements de consommateurs (...) créés en vue de l'achat collectif ou individuel et de la distribution de denrées ou de marchandises, ou de l'une seulement de ces opérations » constituées sous la forme de sociétés coopératives de consommation régies par ladite loi. Ce n'est donc que sous réserve de leur transformation en sociétés coopératives de consommation que les centres d'achat

gérés par la « Fondation Jean-Moulin » sont susceptibles d'être regardés comme faisant partie de l'action sociale du ministère.

Questions 1.1. et 2 relatives aux conditions de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin », au regard tant du droit national que du droit communautaire, de la gestion des prestations à caractère d'action sociale :

Il résulte des dispositions de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 ouvrant à l'État, aux collectivités locales et à leurs établissements publics la possibilité de confier à titre exclusif la gestion de tout ou partie des prestations d'action sociale à des organismes à but non lucratif qu'en regard à leur domaine d'intervention, elles ont nécessairement pour objet au regard du droit interne, de permettre aux collectivités publiques de choisir un ou plusieurs organismes pour gérer de telles prestations sans avoir à respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence préalables prévues par le code des marchés publics. Le Conseil d'Etat statuant au contentieux s'est prononcé en ce sens par une décision du 23 janvier 2003, Mutuelle générale des services publics et autres, n° 235.176. Une solution identique s'impose pour ce qui est des exigences de même nature résultant des dispositions de la loi susvisée du 29 janvier 1993 relatives aux conditions de délégations des services publics.

Il n'est nécessaire de s'interroger ni sur la compatibilité de ces dispositions législatives avec les objectifs poursuivis par la directive du Conseil des Communautés européennes n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 susvisée, ni sur la nécessité pour le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales de se conformer aux règles applicables aux marchés publics indépendamment même de la question précédemment évoquée des procédures de passation, dès lors que les prestations d'action sociale en cause, qui constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère, ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique. Il suit de là qu'en organisant la gestion de ces prestations, le ministère procède à une simple organisation du service et il lui est loisible, soit de gérer lui-même en régie lesdites prestations, soit d'en confier la charge par voie de convention à la « Fondation Jean-Moulin », sans être astreint dans ce dernier cas à la passation d'un marché public de prestation de service.

Question 1.1. d)

La circonstance que l'article 9 précité de la loi du 13 juillet 1983 permet d'accorder des droits exclusifs n'implique pas que cette attribution exige le recours à un acte unilatéral. Le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales peut donc continuer à confier, par voie de contrat, à la « Fondation Jean-Moulin » la gestion des prestations sociales en faveur de ses agents.

Question 2. b)

Il résulte des caractéristiques des missions confiées à la « Fondation Jean-Moulin » et des relations existant entre elle et le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, que cette fondation doit être regardée comme un pouvoir adjudicateur, au sens des dispositions des directives du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 et n° 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics respectivement de services, de fournitures et de travaux, qui soumettent aux obligations qu'elles instituent les organismes « *créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dotés de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ». La « Fondation Jean-Moulin », instituée pour gérer des prestations d'action sociale au bénéfice des agents de l'administration, a été ainsi créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et il résulte de la composition de son conseil d'administration, de son financement et du contrôle pesant sur elle que l'autre critère, prévu par les directives, pour caractériser un pouvoir adjudicateur est rempli.

Question 1.2. relative aux conditions de dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations n'ayant pas le caractère d'action sociale :

La question de la dévolution à la « Fondation Jean-Moulin » de la gestion des prestations n'ayant pas le caractère d'action sociale ne se pose que pour la gestion des centres d'achat, dans les conditions de gestion actuelle desdits centres. Or, il ressort des termes du décret-loi susvisé du 12 novembre 1938 que ce mode de gestion est irrégulier, dans la mesure où les dispositions de son article 1er prévoient que « *Tous les organismes ou groupements de consommateurs appartenant ou non à une ou plusieurs entreprises privées ou à des administrations, services ou établissements publics, civils ou militaires, créés en vue de l'achat collectif ou individuel et de la distribution de denrées ou marchandises, ou de l'une seulement de ces opérations, devront être constitués sous la forme des sociétés coopératives de consommation régies par les lois du 7 mai 1917 et suivantes, s'ils comprennent au moins sept personnes bénéficiant des achats collectifs ou individuels. Les*

organismes et groupements précités existants devront se transformer en sociétés coopératives de consommation dans un délai de six mois à compter de la promulgation du présent décret, exception faite pour les éconômats des chemins de fer qui demeurent régis par l'article 71 du code du travail ».

Le mode de gestion exigé par le décret doit être regardé comme exclusif de tout autre. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, le fonctionnement des centres d'achat sous forme de sociétés coopératives de consommation a pour effet, en application de l'article 2 de la loi du 7 mai 1917, de conférer à ces centres la qualité d'oeuvres sociales et de permettre de les regarder comme des prestations d'action sociale. Si le ministère entend que des centres d'achat continuent à fonctionner au bénéfice des agents de son administration, il lui appartient de veiller à leur transformation en sociétés coopératives de consommation. Il pourra alors en confier la gestion à tout organisme d'intérêt public dans les conditions particulières prévues par l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983.

Question 3 relative aux incidences de la composition du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » :

La composition du conseil d'administration est sans incidence sur la possibilité ou non pour la « Fondation Jean-Moulin » de se porter candidate à la gestion des prestations en cause. Elle constitue, à l'inverse, un des éléments qui pourraient conduire à une déclaration de gestion de fait, s'il s'avérait qu'il puisse en résulter un lien de dépendance entre l'autorité publique et la fondation et que les sommes allouées à celle-ci ne se trouvent pas regardées comme laissées à la libre disposition d'un partenaire dot d'une véritable autonomie, mais comme étant gérées par les représentants de la personne publique, en méconnaissance du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable. Certes, la loi du 13 juillet 1983 a prévu que l'État les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent participer aux organes d'administration et de surveillance des organismes à but non lucratif ou des associations nationales ou locales auxquels ils confient la gestion de prestations d'action sociale. Mais il n'en résulte pas que le législateur ait entendu déroger ainsi aux règles prohibant la gestion de fait et permettre à ces collectivités publiques de garder la maîtrise de l'utilisation des deniers publics versés à ces organismes ou associations, notamment en disposant d'un pouvoir majoritaire au sein de leurs organes d'administration ou de surveillance ou en ayant un droit de regard et de suivi permanent sur leurs décisions.

Il découle des observations qui précèdent que, s'il entend se prémunir contre le risque qu'une déclaration de gestion de fait soit prononcée à l'encontre des fonctionnaires impliqués dans la gestion de la « Fondation Jean-Moulin » le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales doit revoir les statuts de la fondation afin d'éviter que ne soit conféré à ses représentants un pouvoir de direction de la fondation. Devrait pareillement être modifiée la convention qui lie l'État à ladite fondation et qui associe les représentants du ministère à la gestion des prestations d'action sociale relevant de la fondation.

Il convient de souligner que le recours à la formule de l'établissement public permettrait d'écartier pour l'avenir le risque de gestion de fait, tout en conférant aux autorités administratives un pouvoir de direction, de suivi et de contrôle en matière d'action sociale.

Question 3.3. relative à la responsabilité pénale susceptible d'être encourue par les fonctionnaires membres du conseil d'administration de la « Fondation Jean-Moulin » et exerçant par ailleurs des fonctions d'autorité au sein du ministère chargé de l'intérieur :

Deux types d'incrimination pénale sont susceptibles d'être envisagées à l'égard des fonctionnaires en cause : celle de prise illégale d'intérêt prévue à l'article 432-12, alinéa 1^{er} du code pénal, qui définit ce délit comme « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* » et celle de favoritisme prévue à l'article 432-14 du même code, aux termes duquel : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public... de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

En ce qui concerne le délit de prise illégale d'intérêt, il suppose que le fonctionnaire en cause ait pris ou reçu ou conserve quelque intérêt que ce soit dans la « Fondation Jean-Moulin », sous forme de rémunération ou de prestation. Tel ne paraît pas être le cas au vu des pièces du dossier et notamment du fait que les fonctions d'administrateur de la fondation sont gratuites.

Pour ce qui est du délit de favoritisme, il suppose un manquement aux règles de passation des marchés publics garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, dès lors que ces règles sont dépourvues d'ambiguïté et sans qu'il soit nécessaire d'établir une intention frauduleuse. Il résulte de ce qui précède que l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 a pour effet d'écartier en tout état de cause les règles

garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics s'agissant de la délégation par l'administration de la gestion des prestations d'action sociale. Dans ces conditions et sous réserve de la régularisation des structures de gestion des centres d'achat, les modalités selon lesquelles le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales confie à la « Fondation Jean-Moulin », la gestion des prestations d'action sociale destinées à ses personnels peuvent être regardées comme n'étant pas susceptibles d'entraîner, par elles-mêmes, une incrimination pénale pour délit de favoritisme.