

# Marion Puissant

## Avocat

### Marion PUISSANT

Master II Droit européen et  
communautaire

Master II Droit des établissements de  
santé et des établissements sociaux et  
médico-sociaux

DU Environnement juridique et social  
des personnes en situation de handicap

Montpellier, le 10 décembre 2020

En partenariat avec :

### Géraldine GELY

Master II Contrats publics & partenariats

[geraldine.gely.avocat@gmail.com](mailto:geraldine.gely.avocat@gmail.com)

### Marie-Noëlle GRANDJEAN

Ancien Avoué à la Cour

Vous consultez le Cabinet suite aux difficultés rencontrées pour la mise en œuvre de l'autorisation délivrée le 7 janvier 2020 par le Président du Conseil exécutif de Corse quant à la création d'un dispositif d'accueil et d'hébergement de mineurs non accompagnés d'une capacité de 10 places.

6, rue Embouque d'Or  
34000 Montpellier

Tél. : 04 11 93 28 96 /  
06 24 51 91 28

Fax : 04 11 93 29 02

Courriel :

[marionpuissant.avocat@gmail.com](mailto:marionpuissant.avocat@gmail.com)

Parkings :  
Comédie

Tram :  
ligne 1, 2 : Place de la comédie

Pour mémoire, l'Association ADUNITI a été créée entre 4 associations intervenant dans le secteur social et médico-social des champs de l'enfance, de la famille, des personnes vulnérables, des personnes en situation de précarité, des personnes en situation de handicap et des personnes âgées et / ou dépendantes, afin de répondre aux besoins du territoire de la région Corse. La FALEP 2 A a rejoint l'Association en vue du déploiement de ce dispositif.

Chacune des 5 associations membres conserve sa pleine capacité juridique et demeure titulaire des autorisations sociales et médico-sociales qui ont pu leur être accordées avant la création d'ADUNITI.

Ainsi, l'Association ADUNITI n'a pas vocation à se substituer à ses associations membres ni même à assurer la gestion globalisée des autorisations sociales et médico-sociales qu'ils détiennent. Elle constitue simplement un nouvel opérateur dont la vocation est de mutualiser l'expérience, les compétences et les moyens de ses membres afin de proposer des réponses intégrées, novatrices et durables pour la prise en charge des personnes entrant dans son champ d'activité. A ce titre, elle peut notamment répondre - en son nom - aux appels à projet proposés sur son territoire.

Depuis sa création, elle a notamment répondu à deux appels à projet dans le secteur de l'accueil et de l'accompagnement des mineurs non accompagnés et a été autorisée à ouvrir deux nouvelles structures, dont le dispositif de 10 places pour l'accueil et l'hébergement des MNA objet de la présente étude.

Bien que l'offre alors présentée reposait explicitement et en grande partie sur l'expérience, les compétences et les moyens dont disposait la FALEP 2 A, c'est bien au nom de l'Association ADUNITI que l'autorisation a été délivrée. En conséquence

Membre d'une association agréée.  
Accepte les règlements par chèque  
N° SIREN : 530196716

de quoi, c'est sur cette dernière que repose la responsabilité de sa mise en œuvre et c'est à elle qu'il revient de mobiliser les moyens financiers, matériels et humains adéquats.

Toutefois, près d'un après l'attribution de l'autorisation, le dispositif n'est toujours pas opérationnel. Les propositions d'organisation et de fonctionnement proposées par la FALEP 2 A interrogent à plusieurs titres, tant et si bien que l'Association ADUNITI souhaite aujourd'hui identifier les pistes qui pourraient lui permettre de se désengager en ménageant sa responsabilité auprès de la Collectivité de Corse.

### **1/ A titre liminaire, sur l'étendue de l'opposabilité de l'offre émise dans le cadre de l'appel à projet et sur la responsabilité de l'Association ANUDITI dans la mise en œuvre de l'autorisation**

Avant d'identifier les pistes qui s'offrent à l'Association pour se désengager, trois questions préalables méritent d'être clarifiées :

- la première est liée à la responsabilité de l'Association attributaire de l'autorisation - à savoir l'Association ADUNITI – dans la mise en œuvre du dispositif.
- la seconde est liée à la marge de manœuvre de l'organisme gestionnaire attributaire de l'autorisation dans la définition des modalités et des moyens de fonctionnement du dispositif par rapport à l'offre soumise et acceptée par l'Administration, sachant notamment que cette offre :
  - o identifie bien ADUNITI comme gestionnaire unique ;
  - o repose en grande partie sur l'expérience et les compétences de la FALEP 2A ;
  - o a formalisé un budget prévisionnel.
- la dernière est liée à l'éventuelle responsabilité de l'organisme gestionnaire en cas renonciation à l'autorisation délivrée.

Sur le premier point, il importe simplement de rappeler que l'Association ADUNITI, en tant que titulaire de l'autorisation, conserve aux yeux des tiers (usagers et administration) une part de responsabilité dans sa mise en œuvre, quand bien même elle en délèguerait temporairement la gestion ou l'exploitation à un tiers. Le mandataire n'agit ainsi qu'au nom et pour le compte de l'Association mandante qui, certes peut mettre en cause sa responsabilité, mais demeure néanmoins responsable à l'égard des tiers. Partant, tant que l'Association ADUNITI sera titulaire de l'autorisation, elle devra en supporter les responsabilités.

Sur le deuxième point, il convient de souligner qu'à l'inverse de ce qui existe en droit de la commande publique et des marchés publics, le code de l'action sociale et des familles n'organise aucune procédure d'exécution forcée ni aucune procédure de sanction en cas de « bouleversement » des conditions initiales du « marché ».

Ainsi, si en application des principes d'égalité de traitement et de mise en concurrence, l'organisme gestionnaire est en principe juridiquement tenu par les termes de l'offre qu'il a déposée (ce qui suppose qu'il ne peut en bouleverser l'économie générale), aucune disposition spécifique ne vient en sanctionner le non respect ni imposer qu'il s'y conforme.

L'organisme gestionnaire est alors simplement tenu par les dispositions générales

du Code de l'action sociale et des familles qui organisent :

- les obligations de déclaration des changements importants dans l'activité, l'installation, l'organisation, la direction ou le fonctionnement de la structure.

L'article L. 313-1 du CASF dispose à cet effet :

*« Tout changement important dans l'activité, l'installation, l'organisation, la direction ou le fonctionnement d'un établissement ou d'un service soumis à autorisation doit être porté à la connaissance de l'autorité compétente. »*

Et l'article L. 313-22 sanctionne pénalement le non respect de cette obligation :

*Est puni d'un emprisonnement de trois mois et d'une amende de 3 750 euros :*

*1° La création, la transformation et l'extension des établissements et services énumérés à l'article L. 312-1, sans avoir obtenu l'autorisation prévue à l'article L. 313-1 ;*

*2° La cession de l'autorisation prévue à l'article L. 313-1 sans l'accord préalable de l'autorité administrative qui l'a délivrée ;*

*3° Le fait d'apporter un changement important dans l'activité, l'installation, l'organisation, la direction ou le fonctionnement d'un établissement ou service soumis à autorisation sans la porter à la connaissance de l'autorité. »*

- les obligations d'autorisation de l'Administration pour toute cession d'autorisation, également pénalement sanctionnées en cas de non respect (cf. art. L. 313-22 susvisé).

L'article L. 313-1 du CASF indique sur ce point :

*« L'autorisation ne peut être cédée qu'avec l'accord de l'autorité compétente pour la délivrer, qui s'assure que le cessionnaire pressenti remplit les conditions pour gérer l'établissement, le service ou le lieu de vie et d'accueil dans le respect de l'autorisation préexistante, le cas échéant au regard des conditions dans lesquelles il gère déjà, conformément aux dispositions du présent code, d'autres établissements, services ou lieux de vie et d'accueil. La décision autorisant la cession est prise et publiée dans les mêmes conditions qu'une autorisation délivrée en application de l'article L. 313-2. Toutefois, le délai prévu au deuxième alinéa de cet article est alors réduit à trois mois. »*

- les possibilités de refus d'ouverture en raison du caractère non satisfaisant de la visite de conformité diligentée en application de l'article L. 313-6 du Code de l'action sociale et des familles qui énonce :

*« L'autorisation délivrée pour les projets de création, de transformation et d'extension supérieure au seuil prévu au 1° du II de l'article L. 313-1-1 des établissements et services sociaux et médico-sociaux est valable sous réserve du résultat d'une visite de conformité aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement mentionnées au II de l'article L. 312-1 dont les*

*modalités sont fixées par décret. »*

- les possibilités de « retrait » de l'autorisation au visa des articles L. 313-14 et suivants du CASF qui supposent des dysfonctionnements graves impactant la qualité des prises en charge ;
- les conditions de prise en charge financière et de tarification des établissements et services. Les autorités de tarification conservent à ce titre un pouvoir de contrôle certain sur l'organisation des établissements et services et elles seraient légitimes à arguer de budgets prévisionnels en trop grand désaccord avec le budget déposé lors de l'autorisation pour refuser la prise en compte de certaines dépenses.

Appliquées à la présente situation, ces considérations tendent à indiquer :

- qu'il ne peut y avoir de « transfert d'autorisation » de l'ADUNITI au bénéfice d'un tiers sans accord de l'Administration, ce qui conduira à s'interroger sur les incidences du mandat de gestion proposé par la FALEP2A (voir supra) ;
- que l'éventuelle rupture avec la FALEP 2A pourrait éventuellement remettre en cause l'ouverture effective du dispositif via le processus de la visite de conformité, dès lors que le projet a été essentiellement monté sur les moyens et compétences de cette dernière ;
- que tout écart important avec le budget prévisionnel transmis dans le cadre de l'appel à projet pourrait être légitimement refusé par l'Administration.

Il est donc possible d'avancer ces différents éléments pour justifier le désengagement de l'Association.

Néanmoins, dans un souci d'exhaustivité, il convient de préciser qu'en l'absence de mécanisme de sanction ou de contrainte destinés à remédier aux écarts avec l'offre validée par l'Administration, l'opposabilité juridique des termes de cette dernière est quelque peu théorique.

En réalité il est vrai que sous les réserves ci-avant émises tenant à l'identité du titulaire de l'autorisation, au respect des conditions techniques et de fonctionnements, à la garantie des droits des usagers et enfin aux incidences financières du modèle proposé, l'organisme gestionnaire :

- dispose d'une latitude certaine dans la définition des modalités d'organisation et de fonctionnement du dispositif pour lequel il a été autorisé ;
- et peut, sans risque juridique réel, s'écarter des termes de l'offre soumise et validée par l'Administration.

Il convient donc de manier les arguments tenants au écart avec l'offre initiale en considération de ces éléments.

Sur la troisième et dernière question, il convient également de constater qu'aucune disposition spécifique ne vient sanctionner la « défaillance » ou le « désengagement » de l'organisme gestionnaire qui renoncerait à l'autorisation qui lui a été accordée.

A défaut de texte spécifique, il ne peut être contraint à mettre en œuvre le dispositif.

Le droit commun de la responsabilité trouve alors à s'appliquer mais pour que celle-ci soit engagée, encore faudrait-il démontrer que l'inaction du titulaire de l'autorisation constitue une faute à l'origine directe d'un préjudice.

Les risques d'engagement de la responsabilité juridique d'ADUNITI pour renonciation à son autorisation sont donc, là encore, plus que minimes.

## **2/ Sur le caractère inopportun et inadéquat du mandat de gestion envisagé au bénéfice de la FALEP 2A**

Il résulte de ce qui vient d'être énoncé :

- que l'Association ADUNITI est responsable de la mise en œuvre du dispositif ;
- mais qu'elle dispose d'une assez grande marge de manœuvre dans l'organisation et le fonctionnement de ce dernier et qu'elle peut, dans une certaine mesure, s'écarter des termes de l'offre émise et validée dans le cadre de l'appel à projet.

Quid, dans cette configuration, de la possibilité et de l'opportunité de conclure un mandat de gestion afin de confier la gestion et l'exploitation de l'autorisation à un tiers, en l'espèce à la FALEP 2 A, membre par ailleurs de l'Association ANUDITI ?

Cette modalité de « coopération » et de délégation se rencontre de plus en plus fréquemment dans le secteur des autorisations sanitaires, sociales et médico-sociales. Sous réserve de respecter certaines conditions, la conclusion d'un contrat de mandat au sens de l'article 1984 du code civil est donc juridiquement possible.

Dans le présent cas d'espèce toutefois, la conclusion d'un mandat de gestion au profit de l'un des adhérents de l'Association interroge, et ce à plusieurs titres :

- en premier lieu, il est constant qu'un mandat de gestion portant sur l'exploitation d'une autorisation sociale et médico-sociale ne peut être conclu qu'à durée déterminée et pour une durée qui ne correspond pas à l'intégralité de la durée de l'autorisation. A défaut, la conclusion de ce mandat pourra s'analyser comme une cession de fait au bénéfice du mandataire.

Or, toute cession suppose l'autorisation préalable de l'Autorité en charge de la délivrance des autorisations (cf. art. L. 313-1 du code de l'action sociale et des familles). A défaut, l'Association gestionnaire engage sa responsabilité pénale (art. L. 313-22 du CASF).

Dans le schéma actuel :

- non seulement la proposition de la FALEP 2A - non revue à ce jour malgré les critiques émises à juste titre par le cabinet d'expertise comptable d'ADUNITI - tend effectivement à la conclusion d'un mandat sur l'ensemble de la durée de l'autorisation, ce qui peut alors s'apparenter à une cession de fait ;
- mais la conclusion d'un mandat de gestion pour une durée plus courte ne fait pas non plus de sens si les intérêts et les objectifs

d'une gestion « transitoire » et « temporaire » par la FALEP 2A, en lieu et place de l'Association ANUDITI ne sont ni identifiés ni formalisés.

- En deuxième lieu, l'immédiateté de la conclusion du mandat de gestion dans les suites de la délivrance de l'autorisation initiale pourrait être interprétée comme une forme de « déloyauté » ou de « défaut de transparence » par l'Administration. En effet, le schéma proposé relègue l'Association ADUNITI au second plan et tend ainsi à faire croire qu'elle n'a servi qu'à donner l'apparence d'une plus grande stabilité et transversalité pour les besoins de l'appel d'offre.

Cela pourrait donc éventuellement affecter les relations avec la Collectivité de Corse qui non seulement demeure l'autorité de contrôle et de tarification du dispositif mais qui, du fait de son rôle de « prescripteur », influe directement sur le taux d'occupation de la structure.

- En troisième lieu, il est difficile d'identifier les avantages d'un recours au mandat de gestion dans le présent cas de figure dès lors :
  - que l'Association ADUNITI dispose des moyens juridiques nécessaires pour mettre en œuvre elle-même le dispositif et, notamment, pour procéder aux recrutements et organiser la réponse concertée et mutualisée au bénéfice des MNA. D'ailleurs, dans le cadre de son autre autorisation, aucun mandat ni aucune délégation n'a été nécessaire ;
  - que le projet étant au stade du commencement d'exécution, aucun dysfonctionnement ni aucune carence ne sont à déplorer, éléments qui en principe justifient le transfert temporaire de gestion à un tiers. Dans le domaine de l'action sanitaire, sociale et médico-sociale, les mandats de gestion ont en effet vocation à appréhender deux principaux types de situation :
    - remédier à des difficultés passagères en s'adjoignant les compétences et l'appui d'un organisme tiers ;
    - préparer un futur rapprochement entre les organismes gestionnaires.

A l'inverse, il est constant que le recours au mandat de gestion :

- va nécessairement complexifier la situation dans la mesure où :
  - des conflits d'intérêts peuvent subvenir du fait des différents positionnements de la FALEP 2A : elle serait à la fois du côté du mandant, en raison de sa qualité de membre de l'Association ADUNITI, et du mandataire ;
  - la confusion aux yeux des tiers, inhérente à tout mandat, serait accentuée par cette double qualité de la FALEP 2A ;
  - le mandat de gestion ajoute un échelon de gestion et de responsabilités à organiser et à clarifier (obligations respectives du mandant et du mandataire en termes de prise en charge des usagers, mise en œuvre des outils de la

loi de 2002, gestion des ressources humaines, gestion budgétaire et comptable etc) sachant qu'en tout état de cause, l'organisme titulaire de l'autorisation demeure responsable à l'égard des tiers (administrations, usagers etc.)

- risque d'avoir des incidences financières dès lors que dans l'état actuel des discussions :

- L'ensemble des emplois semble avoir vocation à être porté par la FALEP 2A qui assumerait alors seule la responsabilité d'employeur et procéderait éventuellement par le biais de mise à disposition potentiellement assujettie à la TVA en application de l'article 261 B du Code général des impôts.

Pour que l'Association gestionnaire demeure employeur, il faudrait que le mandataire procède aux recrutements au nom et pour le compte de l'Association ADUNITI.

- La mutualisation ne semble générer aucune réelle économie d'échelle : avec un transfert total de gestion à la FALEP 2A, les fonctions supports ne semblent pas partagées. Moins qu'une mutualisation, le schéma envisagé risque de multiplier les doublons.

Ainsi et en définitive, la délégation de la gestion de l'autorisation à l'un des membres ne présente ni de réels intérêt ni de réels avantages et risque au contraire :

- d'accentuer la confusion entre les rôles et responsabilités respectives d'ADUNITI et de la FALEP 2A,
- de générer des conflits d'intérêt susceptible d'alourdir, si ce n'est de bloquer, le fonctionnement du dispositif ;
- d'alourdir le coût financier du dispositif.

Enfin, le mandat de gestion n'apparaît compatible et cohérent ni avec les raisons qui ont justifié la création de l'Association ADUNITI, ni avec les conditions d'exploitation proposées et validées par l'administration lors de l'appel à projet.

### **3/ Sur la nécessité d'un commencement d'exécution rapide**

Dans un souci de cohérence avec l'objet de l'ADUNITI et l'offre déposée, il conviendrait de repenser les modalités d'organisation et de fonctionnement du dispositif sachant, par ailleurs, qu'un commencement d'exécution assez rapide semble inhérent au projet.

En théorie, un organisme gestionnaire dispose d'un délai de 4 années à compter de la notification de la décision d'autorisation pour ouvrir son établissement, sauf mention contraire dans l'arrêté d'autorisation.

*« A défaut d'ouverture au public dans les 4 années, l'autorisation délivrée est alors réputée caduque en application des articles L. 313-1 et D. 313-7-2 du Code de l'action sociale et des familles qui disposent respectivement :*

*Toute autorisation est, totalement ou partiellement, réputée caduque si tout ou partie de l'activité de l'établissement ou du service n'est pas ouverte au public dans un délai et selon des conditions fixés par décret. Ce décret fixe également les conditions selon lesquelles l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 313-3 peut prolonger ce délai. »*

Et

*« I. - L'autorisation est réputée caduque en l'absence d'ouverture au public de l'établissement ou du service dans un délai de quatre ans suivant la notification de la décision d'autorisation.*

*Lorsque le projet de l'établissement ou du service ne nécessite pas la construction d'un immeuble bâti ou des travaux sur des constructions existantes soumis à permis de construire, un délai inférieur peut être fixé par la décision d'autorisation. Ce délai est déterminé en fonction de l'importance du projet et de la nature des prestations fournies, sans pouvoir être inférieur à trois mois. Il est le cas échéant mentionné dans l'avis d'appel à projet. »*

Dans le présent cas de figure et bien que l'autorisation délivrée ne mentionne pas de délai de caducité inférieur, il est toutefois constant que le dispositif autorisé est supposé connaître un commencement d'exécution rapide :

- l'autorisation a été délivrée à titre expérimental et donc pour une durée de 5 années (art. L. 313-7 du CASF), prorogable sous certaines conditions. Cette durée est donc intrinsèquement incompatible avec les délais de caducité de droit commun ;
- les besoins d'accompagnement des MNA sont des besoins qui évoluent rapidement et qui nécessitent des réponses rapides.

Or :

- une année va bientôt s'être écoulée sans que le moindre commencement d'exécution n'ait eu lieu ;
- malgré les contraintes temporelles, aucune nouvelle proposition n'a été formalisée par la FAELP 2A depuis le rapport du commissaire aux comptes.

A défaut d'accord avec la FAELP2A sur de nouvelles modalités d'organisation cohérentes avec l'offre ayant donné lieu l'autorisation délivrée, les chances d'un commencement rapide sont donc compromises.

#### **4. Synthèse, enjeux et perspective**

Tout en tenant compte des différentes réserves émises dans la note, l'Association ADUNITI peut justifier son désengagement par :

1/ l'opposabilité - au nom des principes d'égalité de traitement et de libre concurrence - de l'offre émise dans le cadre de l'appel à projet et qui s'opposent à ce que l'attributaire de l'autorisation bouleverse « l'économie générale » de la proposition validée par l'Administration.



Or, à ce sujet, le mandat de gestion envisagé pour toute la durée de l'autorisation emporte cession de fait de l'autorisation délivrée et institue en réalité de la FALEP2A en tant que gestionnaire de l'autorisation ce qui au demeurant pourrait être interprété par l'Administration comme un signe de déloyauté ou de manque de transparence dès lors que ce mandat intervient dans les suites immédiates de la délivrance de l'autorisation ;

2/ le caractère inopportun et inadéquat d'un mandat de gestion au regard, notamment :

- des risques de conflits d'intérêt du fait du positionnement de la FALEP2A à la fois en qualité de mandante de part son adhésion à ADUNITI et de mandataire ;
- de la complexification de la gestion que cela induit car cela revient simplement à ajouter un intermédiaire et, partant :
  - exige une clarification des droits, obligations et responsabilités respectives du mandant et mandataire ;
  - entretient la confusion aux yeux des usagers et des salariés d'autant que, comme cela a été indiqué, la FALEP 2A est à la fois mandante et mandataire ;
- de l'absence d'avantages avérés d'un tel procédé dans la mesure où :
  - d'autres modalités de fonctionnement sont possibles (cf, Dispositif sur la Haute Corse) ;
  - le montage ne génère aucune économie d'échelle. A l'inverse même, il semble propice à accentuer les doublons d'autant que l'ADUNITI demeure responsable de l'autorisation et, à ce titre, se doit de contrôler la gestion faite dans le cadre du mandat ;
  - l'Association ADUNITI demeure en tout état de cause responsable à l'égard des tiers, usagers et Administration, en sa qualité de mandante.

3/ la difficulté apparente à mobiliser une solution non seulement en adéquation avec l'offre initiale déposée mais également compatible le calendrier inhérent au projet. Délivrée à titre dérogatoire pour une durée de 5 ans et destinée à répondre rapidement aux besoins actuels des MNA sur le territoire Corse (d'autant que ces besoins évoluent rapidement), le dispositif ainsi envisagé est supposé permettre une réactivité importante et reposer sur un processus décisionnel fluide ce qui, en l'état actuel, ne semble pas possible.