2041 La fourniture de prestations de service par un établissement de santé public

Étude rédigée par :

Agnès BOUDIN,

avocat à la Cour

Et

Pierre DESMARAIS,

avocat à la Cour, membre de l'AFDS

Alors que l'État et les collectivités territoriales luttent pour limiter leur endettement, la situation financière des établissements de santé publics ne cesse de s'aggraver, le déficit des seuls centres hospitaliers universitaires ayant atteint, en 2011, la somme de 422 millions d'euros. Pour y remédier, même partiellement, les députés Leonetti et Bur avaient déposé sur la proposition de loi *Fourcade* un amendement tendant à permettre le développement d'activités de « *service industriel et commercial* » dans un cadre juridique sécurisé. Cette réécriture du Code de la santé publique n'a toutefois pas été approuvée par l'Assemblée nationale, et on ne peut que le déplorer.

1 - Lors de l'examen de la proposition de loi *Fourcade*¹ à l'Assemblée nationale, les députés Leonetti et Bur avaient déposé un amendement tendant à réécrire l'article L. 6145-7 du Code de la santé publique afin d'autoriser les établissements de santé publics à « *prendre des participations et créer des filiales* ».

2 - Les comptes-rendus de séance témoignent de ce que les parlementaires ont été particulièrement choqués par l'idée d'autoriser ces établissements à « *assurer des prestations de service, [à] valoriser les activités de recherche et leurs résultats et [à] exploiter des brevets et des licences dans le cadre de services industriels et commerciaux* »². L'Assemblée a en effet rejeté cet article, en rappelant notamment que « *les établissements de santé [n'étaient] pas des établissements industriels et commerciaux* » et que « *l'entreprise et l'hôpital [avaient] deux objectifs distincts, pour ne pas dire contradictoires : la recherche du profit pour l'une et la recherche du bien commun pour l'autre* »³.

3 - En eût-il été autrement si l'amendement s'était borné à insérer dans cet article une phrase autorisant les établissements de santé publics à prendre des participations et créer des filiales ? La réponse est vraisemblablement négative, les critiques suscitées par la lecture de

l'expression « *services industriels et commerciaux* » étant parfaitement transposable à l'objet de l'amendement *Leonetti – Bur*.

4 - Il n'en demeure pas moins que, pour donner tout son sens à l'article L. 6145-7 et permettre aux établissements de santé de combler leur déficit budgétaire⁴ en les autorisant à développer des activités subsidiaires, une modification de l'ordre de celle préconisée par ces deux députés s'avère indispensable.

5 - En effet, si les établissements de santé se sont rapidement emparés de l'article L. 714-14, devenu article L. 6145-7, la cour administrative d'appel de Nantes a donné un coup d'arrêt au développement de ces activités en interdisant toute activité non conforme au principe de spécialité⁵.

6 - Si cet obstacle jurisprudentiel semble aujourd'hui pouvoir être aisément écarté (1), les règles du droit public économique soulèvent en revanche des difficultés (2) que l'on ne peut envisager de surmonter qu'en autorisant les établissements de santé à « *créer des filiales* ».

1. L. n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires : JCP A 2011, 2339.

2. Opportunité pourtant offerte aux établissements de santé depuis 1991.

3. Compte-rendu de la deuxième séance du jeudi 19 mai 2011, sous l'article 7 ter.

4. Le déficit cumulé des CHU français s'élève à 422 millions d'euros, en 2011 (RALFSS 2011, p. 231).

5. CAA Nantes, 29 mars 2000, n° 97NT00451, Centre hospitalier Morlaix : JurisData n° 2000-121246.

1. Relativiser le principe de spécialité pour encourager le développement des activités subsidiaires

7 - Le principe de spécialité a été interprété de façon particulièrement rigoriste par la cour de Nantes (A) et ce alors même que la jurisprudence du Conseil d'État était favorable à ce qu'il soit appréhendé de façon extensive (B).

A. - Une interprétation rigoriste du principe de spécialité par la cour de Nantes

8 - Le législateur a permis aux établissements de santé publics « d'assurer des prestations de service », sous réserve de ne pas « porter préjudice à l'exercice de leurs missions ». Cette limite paraîtrait minime, eu égard au caractère particulièrement large de la notion de « service »⁶, si les hôpitaux, en leur qualité d'établissements publics, n'étaient pas soumis au principe de spécialité⁷.

9 - Ce principe leur interdit d'intervenir en dehors des limites de leurs compétences et attributions.

10 - Celles-ci sont déterminées par les articles L. 6111-1 et L. 6112-1 du Code de la santé publique et concernent exclusivement des activités de diagnostic, de soins et de prévention ainsi que d'enseignement et de recherche. Mais une interprétation souple de ces textes avait conduit la pratique à faire entrer dans le cadre des prestations pouvant être proposées à titre subsidiaire toutes sortes d'activités annexes.

11 - Le 29 mars 2000, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté cette approche, considérant qu'une activité de blanchisserie « ne [pouvait] être regardée comme relevant des prestations de service qui peuvent être assurées, à titre subsidiaire, dans le respect de leurs missions, par les établissements publics de santé », étant « sans rapport avec [leurs] missions principales »⁸.

12 - *Stricto sensu*, la position des juges d'appel ne souffre aucune critique.

13 - Mais en niant le caractère fondamental d'activités annexes, telles que les prestations hôtelières ou de blanchisserie, qu'un établissement de santé public est tenu d'assurer pour le bon fonctionnement du service, les juges ont totalement privé de sa portée l'article L. 6145-7.

14 - Si l'on s'en tenait à la position doctrinale dégagée suite à cet arrêt, les activités subsidiaires devraient désormais être cantonnées à la fourniture de prestations en lien direct avec « l'objet social » de l'établissement. Seules pourraient ainsi être proposées des prestations entrant directement dans le champ du service public hospitalier, tels que la réalisation d'analyses de sang pour le compte de cliniques privées⁹.

B. - Un assouplissement nécessaire et envisageable au regard de la jurisprudence du Conseil d'État

15 - Le Conseil d'État n'a malheureusement pas été saisi d'un pourvoi contre l'arrêt de la cour de Nantes. Si tel avait été le cas, au

regard de sa jurisprudence, la position des juges d'appel aurait probablement pu être cassée¹⁰.

16 - En effet, le principe de spécialité fait traditionnellement l'objet d'une interprétation souple par la Haute Juridiction, ce qui a ainsi permis à l'Institut géographique national, établissement public administratif, de louer à des sociétés privées sa flotte aérienne sans pour autant dépasser le cadre de sa mission¹¹.

17 - Dans un avis relatif à la diversification des activités d'EDF-GDF¹², elle a même autorisé les établissements publics, « surtout s'il[s] [ont] un caractère industriel et commercial »¹³, à diversifier leurs activités, dès lors que l'activité annexe projetée constitue le complément technique et commercial de l'activité principale et qu'elle est d'intérêt général et directement utile à l'établissement. Quelques temps plus tard, le Conseil d'État, statuant au contentieux, retenait que « le principe de spécialité (...) interdit d'exercer des activités étrangères à [la] mission [de la personne publique], sauf si ces activités constituent le complément normal de sa mission et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci »¹⁴.

18 - Pour mémoire, l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes concernait une blanchisserie, activité certes distincte des missions du service public hospitalier mais qu'un établissement de santé public est néanmoins tenu mettre en œuvre, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, pour assurer la qualité des « soins avec hébergement »¹⁵.

19 - Cette activité, plus hôtelière qu'hospitalière, ne violant pas le principe de spécialité lorsqu'elle est exploitée pour le compte de l'établissement lui-même, il est difficile de contester son caractère complémentaire et son utilité lorsqu'il est projeté de la proposer dans le cadre des « activités subsidiaires ».

20 - Dès lors, la jurisprudence du Conseil d'État contemporaine à l'arrêt de la cour de Nantes du 29 mars 2000 aurait dû conduire, à l'époque, à rejeter toute interprétation restrictive du principe de spécialité et, ainsi, à encourager les établissements de santé publics à proposer des prestations de blanchisserie dans le cadre de l'article L. 6145-7.

21 - On ne saurait pour autant garantir la sécurité juridique de l'opération aujourd'hui, d'une part dans la mesure où rien ne garantit que le Conseil d'État soit toujours favorable à une acception libérale de ce principe, d'autre part du fait de la sévérité des règles de droit public économique.

2. Réformer le droit public économique pour garantir l'effectivité et la sécurité juridique des activités subsidiaires

22 - La rigueur des conditions permettant à une personne publique d'intervenir sur un marché concurrentiel s'avère en fait bien plus nuisible à la mise en œuvre des activités subsidiaires que le principe de spécialité (A). Faute de moyens permettant de passer outre ces limites (B), une réforme s'avère donc nécessaire.

10. À cet égard, on notera qu'un groupe de travail du ministère de la Santé a sollicité « le lancement d'une réflexion sur le cadre juridique [des activités subsidiaires] » pour les développer « dans un cadre plus libéral » (Compte rendu de la 2^e réunion du 7 octobre 2003 du groupe de travail n° 4 constitué au sein de la sous-direction des affaires financières de la DHOS).

11. CE, 23 juin 1965, n° 59876.

12. CE, avis, 7 juill. 1994, n° 356089, EDF et GDF.

13. Cette rédaction implique que la solution vaut également pour les établissements publics administratifs.

14. CE, 29 déc. 1999, n° 185970 : *JurisData* n° 1999-051484.

15. CE, avis, 16 juin 1994, n° 356101, *Établissements publics de santé*. I. Lucas-Baloup, *La sous-traitance de la stérilisation à l'hôpital : Techniques Hospitalières* n° 653, *jamv.févr.* 2001.

6. Cette notion inclut toute activité économique non salariée exercée normalement contre rémunération, selon la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006.

7. CE, 22 mai 1906, *Caisse des écoles du 6^e arrondissement de Paris* : S 1905, 3, 33 ; CE, 29 avr. 1970, n° 77935, *Sté Unipain* : Rec. CE 1970, p. 280.

8. CAA Nantes, 29 mars 2000, n° 97NT00451, *préc.*

9. *Rép. min.* n° 629 : JOAN Q 26 oct. 1998, p. 5933.

A. - La remise en cause des activités subsidiaires du fait des restrictions apportées à l'intervention d'une personne publique en milieu concurrentiel

23 - Pour un établissement de santé public, proposer des prestations de service dans le cadre des activités subsidiaires constitue indéniablement une intervention économique sur un secteur concurrentiel. Et bien qu'autorisée par la loi, cette forme d'intervention n'est pas dispensée des conditions jurisprudentielles tendant à sauvegarder le droit de la concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie¹⁶.

24 - La liberté du commerce et de l'industrie est ainsi garantie par l'exigence d'un intérêt public suffisant¹⁷, de nature à justifier l'intervention publique.

25 - En l'occurrence, il ne devrait théoriquement pas pouvoir être démontré.

26 - En tant qu'élément matériel de la notion de « service public »¹⁸, l'intérêt public semble en effet exclu par la lettre de l'article L. 6145-7, qui prévoit le développement des activités subsidiaires dans le cadre d'un « service industriel et commercial » et non pas dans celui d'un « service public industriel et commercial ».

27 - Certes, « intérêt général » n'est pas nécessairement synonyme de « service public »¹⁹.

28 - Mais, les activités subsidiaires des établissements de santé n'ont pas vocation à satisfaire les besoins des usagers du service. Elles tendent essentiellement à assurer un financement complémentaire, ainsi qu'en témoigne l'inscription de l'article L. 6145-7 dans le chapitre relatif à l'organisation financière des établissements de santé publics.

29 - Cette recherche du profit, notamment par la valorisation du domaine privé des établissements de santé publics²⁰, suffit à renverser la présomption d'intérêt général dont bénéficient les personnes publiques lorsqu'elles développent de nouvelles activités²¹.

30 - La démonstration d'un « intérêt public suffisant », condition essentielle pour permettre à un établissement de santé public d'intervenir dans un secteur économique concurrentiel, paraît donc impossible, d'un point de vue conceptuel.

31 - Quand bien même le serait-elle, sa démonstration pratique serait, en tout état de cause, délicate. Car si caractériser l'existence d'un intérêt public peut être envisageable s'agissant de l'exploitation des brevets et licences et de la valorisation de la recherche et de ses résultats²², tel ne devrait pas être le cas des offres de prestations de service.

32 - Enfin, à supposer qu'un établissement de santé public soit admis sur le secteur concurrentiel, resterait alors la question du respect des principes inhérents au droit de la concurrence. Certes, la différenciation comptable est assurée pour les activités subsidiaires²³ et le statut du personnel ne constitue pas un avantage concurrentiel²⁴. Mais il sera difficile pour l'établissement d'assurer la transparence des coûts²⁵ : valorisation comptable de l'occupation des locaux publics, estimation du temps passé par les personnels hospitaliers dans le cadre des activités subsidiaires, établissement des frais de gestion de l'activité subsidiaire, etc.

33 - Dès lors, quand bien même serait démontrée l'existence d'un intérêt public justifiant une atteinte à la LCI, le développement d'activités subsidiaires par des établissements de santé publics en vue de soumissionner à la mise en concurrence de contrats publics serait extrêmement risqué.

34 - Il en irait de même des contrats de droit privé, le Conseil de la concurrence (actuelle Autorité de concurrence) ayant transposé l'impératif de transparence des coûts aux services publics industriels et commerciaux intervenant sur un marché concurrentiel²⁶.

B. - Des difficultés impossibles à surmonter, en l'état actuel du droit

35 - Les conditions relatives à l'interventionnisme économique des personnes publiques, obstacles à la mise en œuvre légale des activités subsidiaires, ne peuvent être écartées que si les prestations sont « intégrées ».

36 - Cependant, en l'état actuel du droit, aucune structure ne semble permettre aux établissements de santé publics de constituer entre eux, ou avec des collectivités territoriales, une personne morale ayant pour objet le développement d'activités subsidiaires sur laquelle ils exerceraient un « contrôle analogue »²⁷.

37 - Les modes de coopération hospitalière sont en effet à exclure. Les uns sont dépourvus de personnalité juridique²⁸, élément impératif pour l'application de la jurisprudence *Teckal*, tandis que les autres sont dépourvus de but lucratif²⁹, alors que la recherche du profit est l'objet même des activités subsidiaires. Les structures de droit commun applicables en vertu du Code de la santé publique³⁰ se heurtent à des obstacles similaires. Le GIE³¹ ne peut avoir pour objet la réalisation de bénéfices, tandis que le partage des bénéfices est interdit dans le cadre des GIP³².

38 - Restent l'association, seule structure ouverte aux établissements de santé publics à ne pas être visée par le Code de la santé publique³³, et, éventuellement, les sociétés prévues au Code général

16. CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : *JurisData* n° 2006-070219 ; *Rec. CE* 2006, p. 272 ; *JCP A* 2006, 1133, note F. Linditch.

17. Cette condition a d'ailleurs été récemment reprise par la circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative aux SPL et SPLA : *JCP A* 2011, act. 351 ; *JCP A* 2011, 2209.

18. « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd., T 1, p. 579).

19. Des activités développées et gérées par des personnes privées peuvent être reconnues d'intérêt général sans pour autant être constitutives d'un service public (CE, 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell* : *Rec. CE* 1976, p. 268) et des collectivités peuvent prendre des mesures d'intérêt général ne constituant pas un service public (CE, 7 juill. 2004, *Cne Celoux* : *Rec. CE* 2004, p. 319).

20. Compte-rendu de la séance de la deuxième séance du jeudi 19 mai 2011, sous l'article 7 ter.

21. À propos du développement d'activités purement lucratives : CE, 11 juin 1926, *Raynaud* ; à propos de la valorisation du domaine privé : T. *confl.*, 25 juin 1973, *Béraud* : *Rec. CE* 1973, p. 847.

22. L'exclusivité dont bénéficie alors l'établissement de santé, de jure dans un cas, de facto dans l'autre, et l'intérêt pour la population des débouchés de ces activités devrait permettre de retenir aisément un « intérêt public suffisant ».

23. L'article R. 6145-12 impose ainsi l'intégration dans l'état prévisionnel des recettes et dépenses d'un compte spécifique aux résultats de l'exploitation des « services industriels et commerciaux ».

24. CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants* : *JurisData* n° 2000-061174 ; *Rec. CE* 2000, p. 492.

25. Transparence au demeurant imposée par l'article R. 6145-48.

26. *Cons. conc.*, 23 déc. 2004, n° 04-D-79.

27. *CJCE*, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8121.

28. Réseau de santé (C. santé publ., art. L. 6321-1), CHT (C. santé publ., art. L. 6132-1), convention de coopération (C. santé publ., art. L. 6134-1), fédération médicale interhospitalière (C. santé publ., art. L. 6135-1).

29. GCS (C. santé publ., art. L. 6133-1), fondation hospitalière (C. santé publ., art. L. 6141-7-3).

30. C. santé publ., art. L. 6134-1.

31. C. com., art. L. 251-1.

32. L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 107 : *JCP A* 2011, 2227.

33. CE, avis, 1^{er} août 1995, n° 358047.

des collectivités territoriales³⁴. Non contente de ne pas avoir de but lucratif, l'association doit être écartée du fait des risques majeurs de qualification d'association transparente³⁵. Bien que des établissements de santé publics semblent pouvoir participer à une société d'économie mixte locale, cette forme sociale ne convient pas non plus, la jurisprudence communautaire refusant la qualification de « *in house* » à des prestations fournies par des entités ouvertes à des personnes privées³⁶.

39 - La société publique locale³⁷ constituerait la meilleure option. Constituée exclusivement entre personnes publiques, la SPL peut « *exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* », mais pour le compte de ses actionnaires exclusivement. Cette restriction de l'ouverture du capital social aux collectivités et à leurs groupements constitue ainsi un obstacle insurmontable³⁸.

Conclusion

40 - La mise en œuvre de la tarification à l'activité a fortement aggravé les difficultés financières des établissements de santé publics. L'extension de ce nouveau mode de financement des activités médi-

cales, chirurgicales et obstétriques aux hôpitaux locaux et à d'autres domaines risque de ne faire qu'empirer la situation. Dans un tel contexte, les revenus pouvant être tirés des activités subsidiaires présentent donc un intérêt capital.

41 - Mais ces activités sont à l'heure actuelle développées dans un environnement dépourvu de sécurité juridique. Car à supposer que les prestations proposées par les établissements de santé publics respectent le principe de spécialité, les principes régissant l'interventionnisme public en matière économique ne le sont probablement pas.

42 - L'amendement *Leonetti – Bur* aurait permis de pallier cette difficulté, puisqu'autoriser les établissements de santé publics à créer des filiales permettrait à ceux-ci de proposer leurs services à d'autres personnes publiques, dans le cadre d'une quasi-régie.

43 - L'Assemblée nationale a malheureusement rejeté cet ajout, et ce pour de mauvaises raisons. Contrairement à ce qui a pu être affirmé durant les débats, la fondation hospitalière ne permet pas d'atteindre le même résultat, son objet étant « *la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif* »³⁹. De même ne saurait-on valablement dénoncer, sur la base de ce seul amendement, une tendance à l'intégration du « *service public hospitalier* » dans la sphère des services publics industriels et commerciaux. L'objectif de cet ajout n'était en effet pas de rendre l'hôpital public compétitif, mais de lui garantir la possibilité de trouver des ressources complémentaires et de limiter son déficit, voire de remédier à ce problème.

44 - La question posée par les députés *Leonetti* et *Bur* reste donc ouverte et il devient urgent d'y répondre, soit en réformant le droit public économique, hypothèse improbable, soit en modifiant les règles applicables à certaines formes sociales pour en ouvrir l'accès aux établissements publics de santé.

MOTS-CLÉS : Santé / Affaires sociales - Établissement public de santé
Services publics - Établissement public de santé
Organisation administrative - Établissement industriel et commercial

34. La création d'une SEML par des établissements de santé a été refusée, mais la possibilité d'y participer ne semble pas l'avoir été (*TA Poitiers*, 19 déc. 2002, n° 012778, ARH Poitou-Charentes c/ Centre Hospitalier de Royan).

35. Une association créée, contrôlée et financée par une ou plusieurs personnes publiques est dite « *transparente* », qualificatif permettant de considérer comme des contrats administratifs les conventions passées pour l'exécution de sa mission de service public et de retenir l'application du Code des marchés publics, de la loi *Sapin* et du Code général de la propriété des personnes publiques (*CE*, 21 mars 2007, n° 281796, *Cne Boulogne Billancourt* : *JurisData* n° 2007-071622 ; *JCP A* 2007, act. 352 ; *CE*, 24 juin 2011, n° 347429, *ATEXO* : *JurisData* n° 2011-012199).

36. *CJCE*, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 1.

37. *CGCT*, art. L. 1531-1.

38. La décision du tribunal administratif de Poitiers ne devrait pas pouvoir être transposée à la SPL, les collectivités territoriales et leurs groupements détenant la totalité du capital (*CGCT*, art. L. 1631-1).

39. *C. santé publ.*, art. L. 6141-7-3.