

Le contrat de concession, un nouveau cadre pour les services aux usagers à l'hôpital

avocats
claisse & associés



Pierre-Yves Nauleau,
avocat directeur du pôle médico-social
et santé de Claisse & Associés

L'essentiel

Les établissements de santé restent fondamentalement attachés à leur mission première d'organisation et de dispensation des soins. Pour autant, ceux-ci sont également amenés à intégrer de nouvelles composantes de leur activité davantage tournées vers l'accueil des patients et de leurs proches. Un nombre croissant d'établissements publics ont ainsi lancé des démarches innovantes pour améliorer les conditions de vie des usagers dans l'établissement à travers notamment des services numériques ou de conciergerie. Parmi les différents outils juridiques mobilisables, le contrat de concession, qui reste encore peu pratiqué dans certains établissements, présente de nombreux avantages soit pour proposer de nouvelles prestations, soit pour proposer un meilleur niveau de qualité des services existants.

Mots-clés : contrat de concession, code de la commande publique, services numériques, conciergerie, téléviseurs, cafétérias, mise en concurrence.

Un cadre juridique sécurisé

La jurisprudence a longtemps été hésitante sur la qualification des contrats par lesquels les établissements publics hospitaliers externalisaient certaines activités, par exemple pour la mise à disposition de téléviseurs à leurs patients. Dans un premier temps, les juges ont eu à déterminer si ces contrats devaient être qualifiés de contrats administratifs ou de contrats de droit privé. Ainsi, pour le Conseil d'État, les contrats ayant pour objet « *la fourniture d'appareils de télévision aux personnes hospitalisées* » sont de nature administrative puisqu'ils font participer le titulaire à l'exécution du service public hospitalier.¹ À l'inverse, le Tribunal des Conflits avait estimé que ces contrats étaient conclus uniquement pour satisfaire les besoins du service public, et qu'en l'absence de clause exorbitante du droit commun, ceux-ci devaient relever du droit privé.²

Dans un second temps, le questionnement des juridictions a porté sur l'application à ces contrats soit du régime de l'occupation domaniale, soit de celui du marché public³, soit de celui de la délégation de service public.

Le Conseil d'État a finalement retenu la qualification de délégation de service public en jugeant que l'accès des patients à internet et à la télévision, et donc de leur communication avec l'extérieur, constituait une mission d'intérêt général liée à l'activité de soins de l'hôpital.⁴

Depuis l'entrée en vigueur du code de la commande publique, le 1^{er} avril 2019, cette qualification de délégation de service public s'efface au profit de celle de contrat de concession dont la conclusion doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence conformément aux articles. 3120-1 et suivants

1- CE., 8 juin 1994, Société Codiam, req. n° 90818, rec. p. 294

2- Tribunal des conflits, 21 mai 2007, SA Codiam, req. n° C3609

3- CAA Bordeaux, 6 février 2014, Centre hospitalier d'Angoulême, req. n°13BX01407

4- CE, 7 mars 2014, CHU de Rouen, req. n° 372.897 et 372.909

*Il est opportun d'insérer
dans la convention des clauses
encadrant l'évolution du tarif
afin d'anticiper les aléas
économiques mineurs*

et R. 3122-1 et suivants du Code de la commande publique. Ce raisonnement retenu à propos de la location de téléviseurs peut à notre sens être transposé aux cafétérias, ainsi qu'aux services de conciergerie, qui tendent à se développer au sein des établissements. La voie de la convention d'occupation domaniale semble quant à elle toujours pouvoir être pratiquée s'agissant de l'implantation de boutiques au sein de l'enceinte de l'établissement public hospitalier.⁵

Des prérogatives plus importantes pour les établissements publics hospitaliers

Bien qu'elle semble en première analyse plus contraignante, l'application du régime juridique des concessions confère en pratique des pouvoirs plus importants à l'administration contractante.

Ainsi, les principales évolutions sont :

■ **La production d'un rapport annuel remis par le concessionnaire à l'autorité concédante.**⁶ Ce rapport comporte notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.

■ **La détermination dans le contrat des tarifs à la charge des usagers, ainsi que l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.**⁷ S'agissant de certaines prestations, notamment la mise à disposition de téléviseurs, ce contrôle tarifaire pourra s'avérer déterminant, pour veiller à ce que les offres proposées par le concessionnaire soient adaptées à la patientèle, qui peut être très variable d'un établissement à un autre.

■ C'est, du reste, pour cette raison que les tarifs ne doivent pas être laissés à la libre appréciation du concessionnaire mais doivent être déterminés d'un commun accord entre les parties. De plus, comme le contrat a une durée certaine, il est opportun

d'insérer dans la convention des clauses encadrant l'évolution du tarif afin d'anticiper les aléas économiques mineurs.

■ **Le régime des biens**, puisque dans le cadre d'un contrat de concession, la qualification de biens de retour s'applique aux biens nécessaires au fonctionnement du service public, quand bien même ces biens auraient été acquis par le concessionnaire avant la signature du contrat.⁸ En pratique, ces biens de retour sont remis gratuitement à la personne publique à l'échéance normale du contrat, sauf si leur durée d'amortissement excède la durée contractuelle d'exploitation.

■ Cette évolution du droit n'est pas neutre pour les établissements, puisqu'elle implique que l'établissement est propriétaire des équipements (par exemple les téléviseurs et le matériel technique permettant leur utilisation), qui doivent donc lui être remis gratuitement par le prestataire à l'échéance du contrat. Le recours au modèle concessif préserve donc les établissements d'un risque de démontage immédiat des installations une fois le contrat expiré.

Une multiplicité de services proposés aux usagers

Deux arguments juridiques confortent l'idée selon laquelle les établissements publics hospitaliers pourraient trouver intérêt à recourir au modèle concessif pour un nombre croissant de services.

En premier lieu, il convient d'observer que la définition du contrat de concession consacrée par le code de la commande publique, n'implique pas nécessairement que l'activité concédée soit un service public. L'article L.1121-1 du code de la commande publique énonce ainsi que le contrat de concession peut avoir pour objet de confier à un prestataire l'exécution de travaux ou la gestion d'un service. Le principal élément de définition porte désormais sur la notion de risque lié à l'exploitation.

Cette part de risque transférée au concessionnaire implique notamment que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doive pas être purement théorique ou négligeable. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de concession, le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

Sur le plan pratique, le modèle concessif pourra donc être utilisé par l'établissement public hospitalier, pour des activités de services (conciergerie, restauration, location de matériels) ou des activités de travaux nécessitant d'importants investissements (parcs de stationnement, réseaux télécom ou wifi) sans

5- On rappellera au besoin que l'enceinte de l'établissement relève de la domanialité publique, de sorte que la conclusion d'un bail commercial ne peut être envisagée

6- Article L. 3131-5 du Code de la commande publique

7- Article L3114-6 du Code de la commande publique

8- CE, sect., 29 juin 2018, req. n° 402251

que l'établissement hospitalier ait au préalable à justifier que ces activités participent du service public hospitalier, dont il est pour sa part chargé.

En second lieu, l'établissement peut choisir de regrouper plusieurs activités au sein d'un même contrat de concession.

Le Conseil d'État⁹ a ainsi rappelé « qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ».

Deux conditions sont toutefois posées par le juge administratif :

- d'une part, la concession ne doit pas avoir un périmètre manifestement excessif. Il convient donc limiter le nombre de services inclus dans le futur contrat ;
- d'autre part, la concession ne peut réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux. Les services concédés doivent donc partager une partie de leurs usagers, ou avoir une certaine intégration fonctionnelle et / ou technique. Il pourrait

par exemple être envisagé par un établissement d'inclure au sein du même contrat l'exploitation des cafétérias, et des distributeurs automatiques de boissons ou autres produits consommables.

Il convient en outre de noter que contrairement au droit applicable aux marchés publics, il n'existe pour les concessions aucune obligation d'allotissement.¹⁰ Rien n'empêche toutefois qu'un établissement hospitalier qui envisage de déléguer la gestion d'un service public, puisse procéder à un allotissement géographique s'il le souhaite.¹¹

Un tel regroupement peut présenter un double avantage pour l'établissement dès lors que non seulement il permet de rationaliser le nombre de contrats et donc de prestataires à suivre au sein de l'établissement et que par ailleurs, il permet d'équilibrer le modèle économique global en adjoignant à une activité peu génératrice de recettes, une autre prestation qui se révélerait plus rémunératrice pour le titulaire du contrat. ■

9- CE, 21 sept. 2016, société Q-Park c/ Grand Dijon, req. n°399656

10- Les dispositions de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique, relatives à l'obligation d'allotir, ne visent que les seuls marchés publics

11- TA Marseille, Ord, 16 juillet 2018, société Elres, n°1804849

Mercredi 13 mai 2020

PSYCHIATRIE ET SANTÉ MENTALE

Actualités
et Enjeux

9^e édition | **FHF, 1^{bis} rue Cabanis Paris 14**

Amélioration de la qualité et recherche de la pertinence



SPH Conseil
Pôle événements
Tél : 01 44 06 84 49
www.sphconseil.fr

