

**AVIS DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE DU 30 JUILLET 2014 RELATIF
AUX BLANCHISSERIES HOSPITALIERES :**

**UNE REAFFIRMATION DES PRINCIPES REGISSANT LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET LE
DROIT DE LA COOPERATION ENTRE ETABLISSEMENTS DE SANTE.**

Rodolphe RAYSSAC
Avocat à la Cour
Docteur en droit
Rayssac.avocats@orange.fr

et

Laurence Brûlé
Présidente de l'URBH
www.urbh.net

L'Autorité de la concurrence vient de rendre un avis relatif aux blanchisseries hospitalières (Avis n° 14-A-11 du 31 juillet 2014). Les conclusions n'apportent rien de nouveau, mais réaffirment les principes qui gouvernent les conventions entre personnes publique, la coopération hospitalière, et, plus généralement, le droit de la commande publique.

Cet avis fait écho aux principes déjà rappelés par les juridictions administratives dans le domaine de l'informatique hospitalière, de la logistique, ou encore dans le domaine de la biologie médicale.

Il est à noter que l'Autorité de la Concurrence a été saisie par le GEIST (Groupement des entreprises industrielles de services textiles), qui demandait que soient précisées "*les conditions dans lesquelles les établissements publics de santé peuvent, directement ou par l'intermédiaire de groupements interhospitaliers, proposer des services de blanchisserie à des établissements de santé extérieurs*".

Une telle démarche n'est pas sans rappeler celle engagée par d'autres acteurs du privé dans le domaine spécifique de la coopération informatique, qui a également amené le Conseil d'Etat à rappeler également les principes régissant la coopération et les marchés publics (CE, 4 mars 2009, n°300481, SNIIS c/ GIP SYMARIS).

Ces préoccupations des industriels étant légitimes, dans la mesure où les structures de coopération hospitalières interviennent sur un marché concurrentiel, et qu'en proposant leurs services à des établissements de santé extérieurs, elles se positionnent en tant que concurrents directs des entreprises privées.

Afin de tirer les enseignements de cet avis de l'Autorité de la Concurrence, il nous semble opportun d'en présenter dans les grandes lignes, pour rappeler ensuite les modalités concrètes de coopération entre établissements de santé dans le domaine de la logistique.

Le GEIST avait posé 3 questions spécifiques à l'autorité de la concurrence.

La première question était ainsi formulée : « *Le droit de la concurrence aura-t-il à s'appliquer aux entreprises publiques du secteur des services hospitaliers lorsqu'elles interviennent en concurrence avec les entreprises du secteur privé ?* »

Sur ce point, l'Autorité répond par l'affirmative, en soulignant :

"Le droit de la concurrence a (...) bien vocation à s'appliquer en l'espèce aux blanchisseries hospitalières ou interhospitalières publiques, sous leurs différentes formes (régies, CHT, GCS, GIP),

dès lors qu'elles n'exercent pas seulement leur activité pour satisfaire **leurs propres besoins ou ceux de leurs membres** mais proposent leurs services à des établissements de santé extérieurs, publics ou privés".

L'avis précise "Il importe que ces blanchisseries n'utilisent pas les ressources publiques et plus généralement les moyens dont elles disposent, qui sont liés à l'exercice d'une mission de service public – celle des établissements publics de santé dont elles gèrent la fonction linge – pour financer leur activité de blanchisserie "externe", sur laquelle elles sont en compétition avec les acteurs privés du secteur (...)." Ce qui implique que "les prestations de blanchisserie que ces structures proposent à des clients extérieurs le soient à des tarifs reflétant le coût réel desdites prestations".

La seconde question était la suivante : "les différences de structure entre une entreprise privée de location-entretien d'articles textiles et une blanchisserie hospitalière publique sont-elles compatibles avec le libre jeu de la concurrence ?"

L'Autorité répond : "les différences de structure ou de régime – lorsqu'elles existent – entre les blanchisseries hospitalières publiques et les entreprises privées de location-entretien de linge ne sont pas incompatibles avec le libre jeu de la concurrence ».

La troisième question était : « quelles sont les éventuelles règles objectives (comptables, fiscales, sociales et environnementales) qui devraient être mises en œuvre par les blanchisseries hospitalières publiques pour garantir le respect du libre jeu de la concurrence ? ».

Sur ce point, l'Autorité ajoute qu'"il n'apparaît pas que d'autres règles, de nature fiscale, sociale ou environnementale, devraient être mises en œuvre".

En revanche, elle souligne que pour prévenir toute difficulté, il apparaît nécessaire " que les établissements ou groupements concernés se dotent d'une comptabilité analytique permettant de distinguer, entre leurs différentes activités, l'activité de blanchisserie qu'ils exercent pour des clients tiers, en en faisant ressortir les charges et produits associés. ».

L'Autorité ajoute enfin que « la mise en place d'une telle comptabilité est en effet la condition minimale pour s'assurer de l'absence d'affectation de ressources publiques à ladite activité.

Les réponses apportées par l'Autorité de la concurrence permettent de rappeler les principes fondamentaux qui gouvernent le champ des prestations logistiques dans un établissement de santé.

Trois solutions s'offrent à lui : il peut soit réaliser la prestation en interne, soit décider de coopérer avec d'autres structures.

Dans l'hypothèse du choix d'une coopération, il nous semble opportun de rappeler que l'alternative offerte à l'établissement réside soit dans la mise en œuvre d'une coopération « conventionnelle », soit dans la mise en œuvre d'une coopération « structurelle ».

Ces deux modes de coopération répondant, comme l'a souligné l'Autorité de la Concurrence, à des conditions bien précises. Dans le 1^{er} cas, la structure prestataire de services doivent respecter plusieurs principes pour ne pas porter atteinte au droit de la concurrence (1). Dans l'hypothèse d'une coopération

« structurelle », le respect de certaines règles permet de s'affranchir des obligations de mise en concurrence (II).

I – LES PRINCIPES DE LA COOPERATION CONVENTIONNELLE

Il est établi par la jurisprudence administrative, et rappelé au cas d'espèce par l'Autorité de la Concurrence que aucun texte ni aucun principe n'interdit, la possibilité pour un établissement public de santé de réaliser des prestations de service au bénéfice de tiers.

Sur ce point, il doit être rappelé qu'une simple convention passée entre deux structures, sans mise en concurrence préalable est irrégulière, puisqu'elle est susceptible d'être requalifiée en marché public qui aurait donc dû être passé au terme d'une procédure de mise en concurrence.

En dehors de cette situation, lorsque l'établissement bénéficiaire de la prestation est un pouvoir adjudicateur, le respect du droit de la commande publique s'impose à lui, et il devra, pour choisir son prestataire, appliquer soit le code des marchés publics, soit l'Ordonnance du 6 juin 2005.

En revanche, lorsque le prestataire (établissement ou structure de coopération) entend répondre à un appel d'offres, cette faculté est conditionnée par le respect de plusieurs principes :

- **En premier lieu, le respect des règles d'imposition au titre de la TVA**

Ce principe, qui est souligné par l'Autorité de la Concurrence, avait déjà été affirmé par le Conseil d'Etat, dans un avis de référence (Avis n° 222208 du 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants) :

« (...) il résulte [des dispositions de l'article 1654 CGI] et de celles de l'article 256B CGI que les établissements publics, lorsqu'ils exercent une activité susceptible d'entrer en concurrence avec celle d'entreprises privées, et notamment lorsqu'ils l'exercent en exécution d'un contrat dont la passation était soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées. (...) »

- **En second lieu, le respect des règles de la concurrence :**

Sur ce point également, les deux instances rappellent que :

- Le prix proposé par la personne publique doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation ;
- La personne publique prestataire ne doit pas bénéficier d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- La personne publique prestataire doit pouvoir justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié de la réalité de ses coûts (nécessité d'une comptabilité analytique).

« (...) Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de la liberté de la concurrence [...], l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public administratif n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié (...) »

- En troisième lieu, le respect du principe de spécialité des établissements publics

Cette exigence semble moins établie juridiquement.

La compétence des établissements publics administratifs est en effet limitée à la réalisation de l'objet ayant justifié leur création. S'agissant des établissements publics de santé, cette compétence est limitée par les missions de service public, telles que définies par l'article L6111-1 du Code de la santé publique.

Dans une lecture particulièrement stricte de ce disposition, la Cour Administrative d'Appel de Nantes a rappelé que la fourniture de prestations de blanchisserie ne relevait pas des missions conférées au service public hospitalier en application des dispositions du code de la santé publique, "sans que puissent y faire obstacle les dispositions de l'article L. 6145-7 du même code".

"(...) Considérant, alors même que le Centre Hospitalier hélio-marin de Roscoff participe à la mission de service public définie à l'article L. 6111-2 susvisé du Code de la Santé Publique, que la prestation de traitement de linge assurée par le Centre Hospitalier de Morlaix ne peut être regardée comme relevant des prestations de services qui peuvent être assurées à titre subsidiaire, dans le respect de leurs missions, par les établissements publics de santé, dès lors que le marché litigieux confié à cet établissement public administratif une activité qui est sans rapport avec ses missions principales ; que par suite, la décision par laquelle le Centre Hospitalier de Morlaix a décidé de conclure ce marché avec le Centre hélio-marin de Roscoff est intervenu en méconnaissance des dispositions précitées de l'article L. 6145-7 du Code de la Santé Publique et est attachée d'illégalité (...)" (CAA Nantes, 2ème chambre, 29 Mars 2000, affaire n° 97 NT00451, Centre Hospitalier de Morlaix).

Cet arrêt, souvent cité en référence, est toutefois discutable, en ce sens qu'il s'oppose à toute logique de valorisation des fonctions logistiques des établissements publics de santé.

Sur cette question précise, il peut être opportun de souligner une Ordonnance du Tribunal administratif de Lille en date du 26 novembre 2008, rendue en matière de prestations de restauration, qui est venue atténuer cette position en considérant qu'un établissement public pouvait intervenir dans le secteur concurrentiel :

« (...) Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;
Considérant qu'aux termes de l'article L. 6145-7 du code de la santé publique : « Sans porter préjudice à l'exercice de leurs missions, les établissements publics de santé peuvent : 1° A titre subsidiaire, assurer

des prestations de service, valoriser les activités de recherche et leurs résultats, exploiter des brevets et des licences dans le cadre de services industriels et commerciaux (...) » ;
Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre présentée par le centre hospitalier de Douai dans le cadre du marché litigieux était la plus chère ; que de ce fait le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France n'établissent pas que cette offre fausserait la concurrence en reposant exclusivement sur les moyens mis à disposition de celui-ci pour l'exercice de sa mission de service public ; que par ailleurs il existe un intérêt public au bon fonctionnement du service de restauration dans les hôpitaux publics, quand bien même il n'y aurait pas de carence de l'initiative privée dans ce secteur : qu'enfin la fabrication et la livraison de plateaux déjeuners dans un centre hospitalier, et a fortiori l'assistance technique en restauration (gestion des approvisionnements, assistance qualité et gestion des risques) se situent dans la limite des compétences d'un centre hospitalier ; que dès lors le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France ne sont pas fondés à soutenir que la candidature du requérant aurait été irrecevable ni que, de ce fait, le centre hospitalier de Douai ne serait pas susceptible d'avoir été lésé par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis le marché litigieux ; (...) »

En synthèse, il semble que la condition tirée du respect du principe de spécialité des établissements publics de santé doive être considérée comme satisfaite dès lors qu'elles agissent dans le respect de leurs compétences, et que cette action est justifiée par un intérêt public.

Au regard de la décision du TA de Lille précitée, il semble que l'appréciation stricte de la CAA de Nantes puisse être considérée comme assouplie :

- Les fonctions logistiques traditionnellement assumées par l'hôpital (restauration, et, par assimilation, blanchisserie) relèvent de la compétence hospitalière.
- L'optimisation du fonctionnement de ces infrastructures logistiques relève d'un intérêt public.

Ainsi, et selon notre interprétation, dans la mesure où un l'Etablissement limiterait son offre de services de restauration ou de blanchisserie à la simple recherche d'optimisation de son outil de production, il pourrait être soutenu qu'il n'est pas porté atteinte au principe de spécialité.

II – LES PRINCIPES DE LA COOPERATION STRUCTURELLE

En matière hospitalière, la coopération est encadrée par l'article L6134-1 du Code de la santé publique. Sa mise en œuvre repose sur l'existence d'une véritable communauté d'intérêt entre les partenaires. Autrement dit, l'intérêt de chacun des membres doit se confondre avec l'intérêt commun. A défaut, la requalification en relation client / fournisseur est inévitable, et l'identification d'un prestataire et d'un bénéficiaire distincts déclenche alors l'application du droit de la commande publique.

Dans l'hypothèse d'une coopération simplement conventionnelle, la distinction entre coopération et prestation de service n'est généralement pas difficile à faire : il suffit de mettre en évidence une prestation à titre onéreux, délivrée par l'un des partenaires (établissement ou structure de coopération) au bénéfice de l'autre.

Il n'en est pas de même lorsque le partenariat est incarné dans une structure dotée de la personnalité juridique (GIP, GIE, GCS). Il devient alors plus difficile de distinguer le prestataire du bénéficiaire lorsque ce dernier est présent des deux côtés de la relation économique, et d'affirmer que la structure de coopération n'est plus un opérateur sur un marché concurrentiel.

Cette difficulté a été abordée par la jurisprudence communautaire (CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98). La solution, désormais reprise par les textes, consiste à exclure du champ d'application du droit de la commande publique les situations dans lesquelles la prestation peut être considérée comme totalement intégrée (qualifiée de « contrat de quasi régie », ou bien de prestation « in house ») :

Le Code des marchés publics précise ainsi :

« Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés (...) conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; » (Article 3-1 du Code des marchés publics).

C'est précisément sur ce point que le GEIST avait saisi l'Autorité de la Concurrence.

Comme il l'a été souligné, cette démarche rappelle l'intervention du Conseil d'Etat qui avait été saisi par un groupement d'opérateurs économiques, le Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS) qui avait sollicité l'annulation de l'arrêté interministériel ayant approuvé la convention constitutive du GIP SYMARIS, eu égard notamment à la concurrence exercée par les structures de coopération dans ce domaine.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat avait validé le principe de la coopération, en réaffirmant en ces termes :

« Considérant, (...), que les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics ; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ; que cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L. 6134-1 du code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ; que, par suite, et alors même qu'en l'espèce l'article 9 de la convention constitutive du GIP-SYMARIS prévoit le paiement par les nouveaux membres, au titre de la contribution au fonctionnement du groupement, d'un droit d'usage du logiciel qu'il a développé, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que la création de ce groupement a été approuvée en méconnaissance des règles applicables aux marchés publics ; »

CE, 4 mars 2009, n°300481, SNIIS

Au regard des principes dégagés par le Conseil d'Etat et l'Autorité de la Concurrence, les conditions de l'exception du « In House », qui est la seule alternative à l'application du droit de la commande publique, sont les suivantes ; au nombre de 3 :

- **L'existence d'une structure de coopération organique**

« (...) si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public(...) ».

Il en découle que les coopérations conventionnelles d'une part, et, d'autre part, les prestations fournies par la structure de coopération au bénéfice de tiers au groupement sont exclues de l'exception « in house ».

- **Une activité de l'organisme de coopération réalisée pour l'essentiel au bénéfice des membres**

« (...) dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité (...) ».

Par ce critère, le juge vérifie la réalité de la communauté d'intérêt incarnée par la structure de coopération: L'activité de la structure de coopération doit être le reflet d'une relation exclusive qui situe le rapport entre le bénéficiaire et le prestataire en dehors de tout champ concurrentiel.

Il est à noter que les activités accessoires développées par la structure de coopération ne sont pas totalement prohibées. Ainsi que le constate le Minéfi, la jurisprudence ne fixe pas de seuil chiffré, mais admet une « *diversification purement accessoire* » (CE, 6 avril 2007 Commune d'Aix en Provence, n°284736).

- **L'existence par les membres bénéficiaires d'un contrôle sur la structure de coopération**

« (...) dès lors (...) qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (...) »

Sur ce point, le juge vérifie le degré d'indépendance de la structure de coopération. C'est donc la finalité de la coopération, qui est en cause : la structure de coopération doit se limiter à n'être que le prolongement de l'activité de ses membres.

CONCLUSION

Cet avis récent de l'Autorité de la Concurrence permet ainsi de préciser les conditions dans lesquelles un établissement de Santé, ou bien une structure de coopération, peuvent intervenir dans le champ concurrentiel.

Dans le même sens, l'IGAS, dans un rapport remis au mois de MARS 2011, s'était également prononcé sur la régularité de l'intervention de structures de coopération hospitalière.

Il est à noter que le rappel de ces principes, d'origine communautaire, se dégagent généralement à l'initiative des acteurs du privé.

Il n'est alors pas à exclure que, confortés une nouvelle fois par un avis récent rappelant ces règles, des actions puissent être menées par les acteurs privés, soient à l'occasion de procédures de mise en concurrence (notamment lors du renouvellement des conventions ou des marchés), dans l'hypothèse où les acteurs privés seraient évincés des consultations, soit pendant l'exécution même des prestations, en sollicitant la résiliation des conventions en cours.

Dans une telle perspective, les procédures offertes à ces acteurs pourraient résider dans les procédures de référés précontractuels, de référés contractuels, de recours en annulation (TROPIC). Des démarches pénales pourraient également être envisagées.

Le risque juridique est donc réel, et c'est en prévention de ces actions que les établissements sont invités à une vigilance particulière sur le respect de ces règles.