

N° 372897

Centre hospitalier universitaire - Hôpitaux de Rouen

N° 372909

Société Télécom Services

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 5 février 2014

Lecture du 7 mars 2014

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira de nouveau à vous pencher sur le contrat par lequel un établissement hospitalier confie à une personne privée le soin de mettre en place et d'exploiter au sein de l'hôpital un service de prestations de télécommunications à destination des patients. De nouveau car vous n'avez certainement pas oublié l'échange contentieux que vous aviez eu il y a moins d'une dizaine d'années avec le Tribunal des conflits au sujet de la nature d'un tel service et qui s'était conclu par l'attribution de la compétence au juge judiciaire pour connaître d'un contrat permettant à une société privée d'exploiter un service de location de téléviseurs à l'hôpital, au motif qu'il n'avait pas pour objet de faire participer la société à l'exécution du service public (TC, 21 mai 2007, *SA Codiam*, n° 3609<sup>1</sup>). Mais la question qui vous est aujourd'hui posée n'est plus celle de la nature du contrat, qui est en l'espèce administratif en raison de la présence de clauses exorbitantes du droit commun, mais celle de son régime juridique. La réponse ne peut venir que de vous, puisqu'il ne s'agit plus de déterminer une compétence juridictionnelle. Elle est attendue, les juridictions du fond y ayant apporté des réponses divergentes, ce qui peut parfaitement se comprendre compte tenu du caractère très évolutif des contours des grandes catégories contractuelles.

Le CHU de Rouen a publié le 14 février 2013 un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'une convention ayant pour objet la mise à disposition des patients des établissements hospitaliers qu'il gère de services d'accès au téléphone, à la télévision, à internet et à des services associés (location de PC et de tablettes; services interactifs; etc). A l'exception de téléviseurs installés dans les espaces collectifs et dans quelques services et des appels téléphoniques entrants, ces services sont proposés aux patients sur abonnement. Le prestataire n'est rémunéré que par les produits de l'exploitation, dont il reverse une partie à l'établissement en contrepartie de son droit d'occuper les locaux. Le Centre hospitalier a suivi la procédure applicable à l'attribution des délégations de service public, catégorie dont il a estimé que ressortait la convention qu'il entendait conclure. Trois candidats ont ainsi été admis à présenter des offres; celle de la société Télécom Services a finalement été retenue. La société Locatel, qui a été informée le 3 septembre 2013 du rejet de son offre, a alors saisi le juge des référés précontractuels du TA de Rouen qui, par une ordonnance du 4 octobre 2013 a prononcé l'annulation de la procédure au motif que le Centre hospitalier aurait du suivre la procédure formalisée applicable aux marchés publics. Par deux requêtes que vous pourrez joindre, le CHU et la société attributaire se pourvoient régulièrement en

---

1 DA 2007, comm. 100, note A. Ménéménis

cassation contre cette ordonnance.

Le juge des référés précontractuels a tout d'abord, en réponse à une argumentation du Centre hospitalier, affirmé la compétence de la juridiction administrative pour connaître de ce litige. Il s'est fondé sur le caractère administratif du projet de convention en raison des clauses exorbitantes du droit commun qu'il comporte.

Cette analyse, qui n'était pas indispensable compte tenu de la qualification de marché public qu'il a ultérieurement retenue, n'est plus contestée devant vous. Toutefois, comme nous allons vous proposer de revenir sur cette qualification, la question du caractère administratif du projet de convention pourrait se reposer. Il nous paraît donc préférable d'y répondre immédiatement, d'autant qu'elle ne fait à nos yeux guère de doutes.

En effet, plusieurs clauses du projet de convention présentent un caractère exorbitant du droit commun, à commencer par le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général, indépendamment de tout manquement du titulaire à ses obligations contractuelles, que l'article 19 du CCAP réserve au Centre hospitalier (CE Ass, 26 février 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, p. 133 ; TC, 16 janvier 1967, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, p. 652 ; TC, 5 juillet 1999, *UGAP*, n° 03167). Peut également recevoir cette qualification l'autorisation à laquelle est subordonnée toute installation de matériel (TC, 15 mars 2010, *M. D... c/ Cne de Valon-en-Sully*, n° 3755). En revanche, nous ne sommes pas certains que les stipulations obligeant le prestataire à communiquer à l'établissement un relevé trimestriel de son chiffre d'affaires ainsi que d'autres informations lui permettant de vérifier la bonne exécution du contrat, non plus que celles donnant accès aux agents de l'établissement aux espaces mis à disposition du prestataire, lui confèrent un pouvoir de contrôle d'une importance telle qu'il apparaissent exorbitants du droit commun (voyez, notamment, écartant cette qualification en présence de pouvoirs de contrôle et de surveillance : TC, 6 juillet 2009, *Sté coopérative agricole Agrial c/ ONIGC*, n° 3711 ; CE, 19 novembre 2010, *ONF*, n° 331837). Enfin, nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à ce que des cocontractants privés prévoient des prestations gratuites dans certains espaces et le retour gratuit en fin de contrat des équipements installés.

Quoi qu'il en soit, il suffit d'une clause exorbitante pour conférer au contrat un caractère administratif et la première que nous avons citée en est incontestablement une. Même si, prises séparément, les autres n'en sont pas, leur accumulation traduit la logique concessive qui est celle de cette convention, dans laquelle s'inscrit très naturellement le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général que s'est réservée la personne publique.

Le principal moyen du pourvoi critique la qualification de marché public retenue par le juge des référés pour en déduire que le Centre hospitalier aurait du suivre une procédure formalisée d'attribution.

Vous contrôlez en cassation la qualification juridique du contrat, dont dépendent les règles qui lui sont applicables (voyez notamment, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM)*, p. 229 ou 19 novembre 2010, *M. D...*, n° 320169, pour la qualification de délégation de service public).

Les marchés publics sont définis à l'article 1<sup>er</sup> du code qui leur est consacré comme étant « *les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Outre un critère organique qui est ici rempli, cette définition repose sur deux éléments caractéristiques du contrat tenant à son objet, qui doit répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, et à son caractère onéreux.

Le premier point n'est pas contesté et nous semble pouvoir être admis. Que le Centre hospitalier ait estimé nécessaire de lancer un avis d'appel à la concurrence pour trouver un opérateur susceptible de proposer à ses usagers, dans ses locaux, des prestations de nature à

améliorer la qualité de leur séjour, qu'il ait précisément décrit dans le règlement de la consultation les services dont il entendait bénéficier à cette occasion (installations gratuites dans certains espaces ; interactivité des installations payantes lui permettant de communiquer avec les patients ; retour gratuit des équipements), qu'il se soit réservé un contrôle de l'exploitation du service et la possibilité d'y mettre fin dans l'intérêt général, qu'il ait, enfin, entendu conclure une délégation de service public, montre que, même s'il s'est peut-être trompé sur la qualification de service public, il a bien exprimé un besoin qu'il a cherché à satisfaire en faisant appel à un prestataire extérieur.

Les critiques des requérants se concentrent sur les motifs par lesquels le juge des référés a estimée satisfaite la condition tenant au caractère onéreux de la convention et elles nous semblent fondées.

La motivation relativement elliptique sur ce point de l'ordonnance attaquée, qui n'en est pas pour autant insuffisamment motivée comme le soutient le Centre hospitalier, en trahit la fragilité : après avoir relevé que « le cocontractant de l'hôpital se rémunère par la perception du montant des abonnements versés par les personnes hospitalisées, dont il reverse au CHU un pourcentage ou un forfait qu'il doit proposer dans son offre et qui constitue l'un des éléments d'appréciation du critère dit « offre financière » », le juge des référés en a déduit que « le contrat doit donc être regardé comme conclu à titre onéreux au sens des dispositions précitées de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics ». Or la rémunération intégrale du cocontractant par les résultats de l'exploitation fait a priori obstacle à ce que le contrat puisse être regardé comme conclu à titre onéreux, cette dernière condition impliquant une contrepartie économique directement ou indirectement à la charge de la personne publique.

Cette condition tenant à la rémunération du cocontractant est l'un des critères de distinction entre le marché public, par lequel la personne publique achète une prestation nécessaire à l'exécution de ses missions, et la délégation de service public, par laquelle elle confie cette exécution à un tiers qui supportera les risques de son exploitation.

Vous avez toujours admis que le prix payé par la personne publique en contrepartie de la prestation pouvait résulter d'un abandon de recettes, à condition qu'elles soient suffisamment certaines. Tel est le cas, par exemple, pour des marchés de travaux, lorsque le cocontractant se rémunère en vendant les matériaux qu'il extrait du sol (CE, 22 février 1980, *S.A. des sablières modernes d'Arussy*, p. 110 ; CE, 18 mars 1988, *Société civile des néopolders*, p. 129, à propos d'une concession d'endiguage ; CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, n° 311798, à propos d'une opération d'aménagement réalisée par une société se finançant par l'exploitation d'une carrière) ou, pour les marchés de mobilier urbain, lorsque la commune abandonne les recettes publicitaires et exonère son cocontractant de la redevance pour occupation du domaine public (Ass, 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux*, n° 247298).

En revanche, sauf à réduire à néant toute pertinence du critère du risque d'exploitation, ne constitue pas un abandon de recettes le fait de ne pas percevoir des usagers le prix du service rendu par le cocontractant. Car, dans cette hypothèse, la personne publique n'abandonne pas des recettes qu'elle aurait du percevoir indépendamment de la prestation commandée ; elle a confié à un tiers le service même qui génère la recette. Vous l'avez récemment rappelé par une décision *Ville de Paris* du 15 mai 2013 (n° 364593, à publier au recueil) en jugeant, à propos d'un marché de mobilier urbain, et de manière surabondante, puisque vous aviez déjà constaté que l'objet du contrat ne répondait pas aux besoins de l'administration, « que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ». Dès lors que la convention ne prévoyait ni la renonciation de la personne publique à percevoir des redevances ni la perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire autorisé à occuper le domaine public aux fins d'y installer des supports publicitaires, elle ne pouvait donc être regardée comme conclue à titre onéreux.

Il est vrai que vous avez pu considérer que présentaient un caractère onéreux des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant provenait des produits de l'exploitation du

service. Outre l'abandon de recettes publicitaires dans votre décision d'Assemblée *Sté Jean-Claude Decaux*, mais qui ne constituait pas la seule source de rémunération, vous avez admis que les contrats par lesquels l'administration confiait à une société le soin de constituer des dossiers de demandes de visas (29 juin 2012, *Sté pro 2 C*, n° 357976) ou le recouvrement amiable des créances publiques (26 sept. 2012, *GIE « Groupement des poursuites extérieures »*, n° 359389), étaient conclus à titre onéreux, alors même que la rémunération du cocontractant provenait exclusivement des redevances perçues des usagers. Mais ces décisions, qui concernent des conventions particulières dans lesquelles les prix étaient fixés par la personne publique, sont antérieures à la décision *Ville de Paris* qui, comme n'ont pas manqué de le souligner certains commentateurs<sup>2</sup>, consacre une conception sensiblement plus étroite du caractère onéreux du marché public.

Cette évolution jurisprudentielle récente nous paraît condamner toute velléité de faire entrer aujourd'hui dans la catégorie des marchés publics les contrats ayant seulement pour objet de permettre au cocontractant d'exercer à titre exclusif une activité économique, y compris lorsqu'elle répond aux besoins de la personne publique, et d'en percevoir les recettes d'exploitation.

En l'espèce, le centre hospitalier n'a renoncé à aucune recette qu'il aurait pu percevoir en contrepartie de l'autorisation qu'il accordait au prestataire de développer son activité économique au sein de l'hôpital. Bien au contraire, le règlement de consultation prévoit le versement par le cocontractant d'une redevance, dont l'importance figurait au nombre des critères de sélection. L'hôpital n'a donc pas acheté un service à un tiers, mais a permis à celui-ci de développer une activité économique qui répond à ses besoins car elle améliore l'accueil des patients, tout en tirant incidemment un bénéfice économique. Si une contrepartie est versée en application du contrat, elle l'est par le cocontractant de l'administration, au titre de l'occupation du domaine public, et non par le Centre hospitalier. Par suite, le juge des référés a commis une erreur de droit en qualifiant de marché public le contrat que le CHU de Rouen envisageait de conclure. Son ordonnance étant fondée sur cette qualification, vous devrez en prononcer l'annulation, ce qui vous dispensera d'examiner le troisième moyen du pourvoi, qui porte sur les motifs par lesquels le juge des référés a estimé que la candidate qui l'avait saisie avait été lésée par le manquement retenu.

Réglant l'affaire au fond, vous pourriez rejeter la demande en vous bornant à constater que le contrat que le CHU entendait passer n'étant pas un marché public, comme nous venons de le voir, la société évincée n'est pas fondée à soutenir qu'il ne pouvait être conclu qu'au terme d'une procédure d'appel d'offres. Elle ne soulevait en effet aucun autre moyen.

Cette solution laisserait toutefois pendante la question de la qualification du contrat et des règles applicables à sa passation, qui est précisément celle qui divise les juridictions du fond. C'est aussi la plus délicate.

Outre le contrat de partenariat, qui emprunte certains traits caractéristiques à la plupart des grandes catégories contractuelles existantes, mais qui n'est pas en cause ici, et les contrats d'occupation domaniale, qui peuvent intégrer des services, sur lesquels nous reviendrons, notre droit ne comporte actuellement qu'une seule qualification pour le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers la gestion d'un service dont elle a la charge. Il s'agit de la délégation de service public, que l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales définit, en reprenant votre jurisprudence, comme le "*contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.*" Le critère de la rémunération, qui est certainement rempli en l'espèce, puisqu'elle est exclusivement liée aux résultats de l'exploitation, permet simplement d'identifier un transfert de gestion. Le critère essentiel, comme le rappelle votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005,

---

2 F. Brenet, Le contrat de mobilier urbain peut être un simple contrat d'occupation du domaine public, DA n° 8, août 2013, comm. 63.

*Sté Jean-Claude Decaux*, précitée, est l'objet du contrat qui doit porter sur tout ou partie de l'exécution du service public dont la personne publique a la responsabilité.

Il convient donc de rechercher si les prestations de télécommunication qui sont en l'occurrence proposées aux patients peuvent être regardées comme faisant partie du service public dont un établissement hospitalier a la charge.

Cette question, nous l'évoquons au début de nos conclusions, a donné lieu à un débat jurisprudentiel entre votre juridiction et le Tribunal des conflits, qui virent s'opposer deux conceptions du service public dont un établissement hospitalier a la charge. Pour vous, "le service public hospitalier comprenant non seulement la dispense de soins mais également l'aménagement des conditions de séjour des malades", "la fourniture d'appareils de télévision aux personnes hospitalisées relève des éléments de confort proposés aux intéressés pendant l'hospitalisation". Vous en aviez déduit que le contrat qui avait pour objet ces prestations faisait participer la personne privée à l'exécution du service public" (8 juin 1994, *Sté Codiam*, n° 90818; qualification reprise par : 28 mai 2003, *AP-HP*, n° 248429 ; 6 octobre 2004, *Sté La Communication hospitalière et AP-HP*, n° 263083 et n° 263182, T, p. 772). Le Tribunal des conflits a fait prévaloir une conception plus étroite de ce service public, réduite à l'accueil, l'hébergement et le traitement des malades (le commissaire du gouvernement évoquait « une mission de diagnostic, de surveillance et de soins ») et exclusive des prestations accessoires qui, si elles concourent à la réalisation des besoins du service public, ne font pas partie de l'exécution du service (TC, 21 mai 2007, *Sté Codiam*, précité). A titre de comparaison, il a jugé que le contrat par lequel un hôpital confie à une société privée l'installation et l'exploitation d'un appareil automatique de dispensation des médicaments fait participer le co-contractant à l'exécution du service public hospitalier, « compte tenu des fonctions de cet équipement, qui contribue aux soins dispensés aux personnes hospitalisées dès lors qu'il prépare les médicaments prescrits par le médecin en calculant automatiquement les doses en fonction de la posologie indiquée et fournit des sachets individuels au nom de chaque malade » (TC, 23 février 2004, *Société Leasecom*, n° 3371).

Loin de remettre en cause cette conception étroite du service public hospitalier, le législateur qui a, par la loi 2009-879 du 21 juillet 2009 modifiée portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, entrepris d'énumérer les missions de service public que les établissements de santé peuvent être appelés à mener ou auxquelles ils peuvent participer (art L. 6112-1 du code de la santé publique), l'a plutôt confortée. Les soins, la recherche, l'enseignement et la formation des personnels hospitaliers y figurent, mais pas le confort des patients hospitalisés ni leur communication avec le monde extérieur. Certes, la qualité de la prise en charge des patients est mentionnée à l'article L. 1112-2 du même code comme un objectif essentiel pour tout établissement de santé, mais cette affirmation, qui vaut d'ailleurs pour tous les établissements, publics comme privés, figurait déjà parmi les dispositions en vigueur à la date à laquelle le Tribunal des conflits a rendu sa décision *Sté Codiam*.

Le cas d'espèce présente certes quelques différences avec ces précédents. Le contrat ayant donné lieu à la décision du TC de 2007 n'avait pour objet que de proposer aux patients la location de téléviseurs, alors que le contrat projeté par le CHU a un objet plus large, puisqu'il porte également sur des services d'accès au téléphone et à internet, avec location d'ordinateurs ou de tablettes. Ces différences sont-elles de nature à conférer aux prestations le caractère d'un service public qu'elles n'auraient pas si elles ne concernaient que l'un ou l'autre de ces moyens de communication ? L'hésitation est permise, car il s'agit bien de gérer l'ensemble de la communication des patients vers l'extérieur, communication qui a probablement pris dans la vie des gens, aujourd'hui, une place plus importante qu'elle ne l'était il y a quelques dizaines d'années. Le caractère global du service ainsi confié pourrait aussi plaider en faveur d'une qualification de délégation de service public (voyez par exemple pour une telle qualification reconnue au transfert d'une mission d'information relevant du service public : TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, n° 3023; TC, 5 juillet 1999, *Sté international management group*, n° 3133; TC, 22 janvier 2001, *Sté Multicom c/ Région Haute-Normandie*, n° 3238, alors qu'elle ne l'est pas lorsque le contrat porte sur

une seule prestation relevant de l'information municipale, dont la commune conserve la maîtrise : Sect, 6 nov 2009, *Sté Prest-action*). Enfin, un certain nombre de contraintes sont imposées au prestataire dans l'intérêt exclusif du service public hospitalier.

Aucun de ces arguments ne nous paraît cependant déterminant. Les contraintes imposées au prestataire, qui traduisent une immixtion de l'établissement dans l'exercice de son activité et la satisfaction de certains intérêts généraux, ne sont pas plus nombreuses que celles que prévoyait le contrat ayant donné lieu à la décision du TC de 2007<sup>3</sup>. Que l'objet du contrat porte sur l'ensemble des services de télécommunications des patients établit qu'il y a bien transfert de la gestion d'un service, non que ce service soit une composante du service public hospitalier. Enfin, pour importante que soit la place que les télécommunications ont prise dans la vie moderne, il ne nous semble pas qu'il fasse davantage partie du service public hospitalier d'en fournir les moyens à ses usagers. Si les techniques ont évolué, si les modes de communication se sont enrichis de nouvelles fonctionnalités, la problématique demeure inchangée: les prestations envisagées participent de la qualité du séjour des patients à l'hôpital et à ce titre répondent aux besoins de l'établissement, mais elles ne font pas partie des missions de service public dont il a la charge, qui ne portent, selon la jurisprudence du TC, que sur l'hébergement et le soin des malades. Le fait que, à quelques exceptions près, ces services sont proposés aux patients sur abonnement, montre bien qu'ils ne présentent qu'un caractère accessoire par rapport à l'activité du service public hospitalier, avec laquelle ils n'interfèrent pas ou très marginalement. Ils sont rendus à l'occasion d'un traitement hospitalier, sans rien ou presque rien apporter à celui-ci, qui constitue l'objet même du service public.

La jurisprudence du TC nous semble impliquer que seuls les contrats qui ont directement pour objet de faire participer le cocontractant à l'hébergement et au traitement médical des malades puissent être qualifiés de délégations du service public hospitalier. Quelle que soit l'ampleur des services envisagés par le projet de convention, ils n'ont pas pour objet ni ne sont indispensables à la prise en charge médicale des malades et ne peuvent donc être regardés comme faisant participer le cocontractant à l'exécution du service public. Que l'on partage ou non cette conception étroite du service public hospitalier, la distinction qui en découle a au moins le mérite de la clarté et une solution qui consisterait à subordonner la qualification du contrat au nombre de services de télécommunications proposés introduirait un fort degré d'incertitude dans un critère qui commande la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction et l'application de régimes juridiques différents. Comme le rappelait déjà Laferrière, "Il n'y a pas, à notre avis, de matières juridiques où la subtilité soit plus nuisible et la mobilité moins permise que les questions de compétence. Les solutions qui leur sont données doivent être facilement comprises parce qu'elles sont destinées à guider les justiciables; elles doivent être stables...".

Sauf à réaffirmer la position qui était la votre avant la décision du TC de 2007, ce que nous ne vous proposerons pas de faire compte tenu du caractère relativement récent de cette dernière, vous devrez tenir pour acquis que le projet de convention n'a pas pour objet de faire participer le cocontractant à l'exécution du service public hospitalier. Par suite, il ne saurait être qualifié de délégation de service public, puisque ce contrat est celui par lequel l'exécution du service public est confiée au cocontractant, qui y participe donc nécessairement.

Si la convention projetée n'a pas pour objet de confier à un tiers l'exécution d'un service public, elle permet à la personne publique de bénéficier de prestations qui répondent à ses besoins. La distinction ainsi faite par le TC entre les contrats faisant participer à l'exécution du service public et ceux qui sont seulement conclus pour les besoins du service est aussi ancienne que

---

3 Voir notamment le commentaire de cette décision par J. Dubois, juriste au sein du département de la commande publique de l'AP-HP, à la Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 30, juillet 2007, comm. 2197, qui décrit les nombreuses obligations du prestataire qui traduisaient une immixtion de l'administration dans la gestion de l'activité de son cocontractant.

l'affirmation du caractère administratif des premiers, puisqu'elle a été posée par une décision de Section du 11 mai 1956, *Sté fce transports Gondrand frères* (n° 90088, p. 202), rendue un mois après la décision plus connue *Bertin* (Sect, 20 avril 1956, p. 167). En dehors de la location d'appareils de télécommunication au sein des hôpitaux, elle a reçu une application abondante à propos des contrats par lesquels les établissements publics d'interventionnisme économique procèdent aux opérations d'achat, de revente ou de stockage de denrées pour l'accomplissement de leur mission d'organisation et de direction du marché (TC 23 novembre 1959 *Société mobilière et immobilière de meunerie* p 870 ; TC, 6 juillet 2009, *Société coopérative agricole Agrial c/ ONIGC*, n° 3711)<sup>4</sup>.

Lorsque la personne publique acquiert à titre onéreux les prestations qui sont utiles à l'exercice des missions dont elle conserve la charge, ces contrats, sous réserve que la personne publique y soit soumise, rentrent dans le champ du code des marchés publics.

Comment qualifier un contrat passé par une personne publique avec un tiers aux termes duquel celui-ci assure la gestion d'un service qui répond aux besoins de la personne publique sans pour autant faire partie du service public dont elle a la responsabilité ?

Il nous paraît tout d'abord exclu de considérer que, par application des critères généraux d'identification du service public que votre décision de Section, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* du 22 février 2007 (n° 264541) a dégagés, les prestations objet de la convention constituent un service public accessoire au service public hospitalier, qui pourrait être délégué. La jurisprudence du Tribunal des conflits fait obstacle à ce que la location aux malades de services de télécommunications soit regardée comme une activité de service public. La conception étroite du service public qui est celle du TC en la matière aboutit ainsi à exclure du champ de la délégation de service public des services que les personnes publiques ont pu créer pour répondre à leurs besoins et confier à des personnes privées, sous leur contrôle, alors même que la conception plus extensive qui résulte de votre décision *APREI* aurait eu pour conséquence de les y intégrer<sup>5</sup>.

Ne reste donc plus que la convention d'occupation du domaine public, qui apparaît souvent dans votre jurisprudence comme la catégorie balai dans laquelle entrent les conventions qui, tout en permettant au cocontractant de l'administration de développer une activité économique sur le domaine public, lui imposent des obligations en vue de satisfaire tant l'intérêt du domaine et de son affectation que l'intérêt général, sans pour autant caractériser un transfert de gestion d'un service public (8 juillet 1996, *M. M...*, p. 272; Sect, 3 déc 2010, *Ville de Paris, Assoc Paris Jean Bouin*, n° 338272). Votre décision *Ville de Paris* de 2013 retient ainsi la qualification d'occupation domaniale après avoir constaté qu'une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation sur le domaine public de supports d'affichage, si elle mettait à la charge de l'occupant des obligations

---

4 TC, 14 novembre 1960 *Sté agricole de stockage de la région d'Albis* p 866 ; TC, 10 juin 1963 Préfet de la Seine p 784 ; CE 20 janvier 1960 *Coopérative agricole de la région de Clermont d'Oise* p 38 ; CE, 27 janvier 2006, *ONIC*, n° 274387 ; TC, 2 mars 2009, *SA Aubrun-Tartarin*, n° 3656.

5 Par cette décision *APREI* vous avez jugé « qu'une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission". Toutes ces conditions peuvent être regardées comme remplies en l'espèce : l'activité du prestataire concourt à l'intérêt général; elle a été suscitée par l'administration qui en a fixé les conditions et qui exerce sur son exécution un contrôle (Sur l'importance de ce dernier point, voyez : 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520). Il serait donc possible de considérer que le centre hospitalier a entendu créer un service public en marge de sa mission principale, pour le confort des patients, qu'il a confié à un prestataire extérieur, ce qu'il peut faire dans un même mouvement (voyez notamment 3 mars 2010, *Dépt de la Corrèze*, n° 306911, s'agissant d'une collectivité territoriale ayant créé un service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées qu'elle a délégué à une personne privée).

dans l'intérêt général du domaine, ne concernait pas les activités des services publics municipaux et ne traduisait aucune intention de la collectivité de créer un service public de l'information culturelle.

Vous avez appliqué ce raisonnement pour qualifier d'occupation domaniale une convention portant sur l'exploitation d'une boutique dans un aéroport et imposant au concessionnaire des prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à la promotion des produits locaux (19 janvier 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, T.).

Cette analyse est partagée par la Cour de cassation qui a jugé par un arrêt *SARL ANTS* du 4 novembre 2010 (Civ 1<sup>ère</sup>, n° 09-70.284)<sup>6</sup> que le contrat par lequel un centre hospitalier donne en location à une personne privée des locaux commerciaux dans l'enceinte de l'hôpital porte occupation du domaine public hospitalier. Elle a retenu cette qualification après avoir écarté d'autres fondements susceptibles de donner au contrat un caractère administratif, notamment la participation à l'exécution du service public hospitalier.

Cette qualification pourrait donc s'imposer par défaut, l'activité du cocontractant de l'administration se déroulant sur le domaine public de l'établissement hospitalier, qu'il sera conduit à occuper.

Elle n'apparaît cependant pas pleinement satisfaisante, car, contrairement aux précédents que nous venons de citer, l'occupation du domaine public est très loin d'être l'objet principal du contrat. Les téléviseurs sont certes fixés aux murs et le prestataire se voit attribuer un local technique, mais l'essentiel du contrat est de permettre au cocontractant de développer des prestations de service, majoritairement à destination des patients, mais aussi au profit de l'hôpital. Les stipulations relatives à ces dernières traduisent moins des prescriptions édictées dans l'intérêt général, que la satisfaction des besoins du service public hospitalier. C'est probablement la raison pour laquelle le TC, dans l'arrêt *Codiam* précité, a également écarté la qualification de convention d'occupation domaniale. Cette affirmation n'étant pas l'apport essentiel de l'arrêt, bien qu'elle soit aussi déterminante que les précédentes pour sa solution, vous pourriez probablement plus facilement la contredire. Mais, comme nous vous le disions, elle nous semble cohérente au regard de l'objet du contrat.

Nous avons donc un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un service dont elle aurait en principe la charge, puisqu'il est rendu à l'occasion du service public mais qui, parce que ce service ne fait pas partie du service public, ne peut être qualifié de délégation de service public, ni de marché public du fait du mode de rémunération du cocontractant et qui, ne comportant que marginalement occupation du domaine public, n'est pas une concession domaniale. Son objet ne le fait entrer dans aucune des catégories de contrats administratifs, mais il en est tout de même un du fait de ses clauses.

Quelles conséquences tirer de cette conclusion quant à la détermination de son régime juridique ?

En ce qui concerne les modalités de sa passation, qui sont au cœur du présent litige, les règles régissant la conclusion des contrats administratifs relevant des catégories que nous avons citées ne lui sont pas applicables, puisqu'il ne fait partie d'aucune d'entre elles.

Cette circonstance ne saurait cependant suffire dispenser du respect des principes généraux de la commande publique un contrat qui entre dans leur champ d'application matériel<sup>7</sup>.

---

6 AJDA 2010, p. 2137. Voir N. Miloudia, Situation juridique des locaux implantés sur le domaine public hospitalier, AJDA 2012, p. 1619.

7 A. Ménéménis envisageait l'application de ces principes aux contrats relevant d'une logique concessive dans son commentaire des décisions du 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux, AJDA 2006, p. 120 : « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux ».



Or tel nous paraît être le cas de la convention que le CHU de Rouen envisageait de conclure. La notion de commande publique recouvre les contrats par lesquels une personne publique obtient d'un tiers quelque chose dont elle a besoin, qu'il s'agisse d'une prestation ponctuelle de travaux ou services, fournitures, ou de la gestion plus durable d'un service qu'elle lui a confié. La Cour de justice de l'Union européenne fait entrer dans la commande publique toute prestation comportant un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur, à laquelle elle oppose notamment les obligations, imposées par la puissance publique dans l'exercice de ses pouvoirs de régulation, qui visent simplement à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect (CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08).

Or tant le contexte dans lequel le contrat a été passé, sur appel à candidatures lancé par l'hôpital, que ses clauses, qui imposent au cocontractant de l'établissement un certain nombre de contraintes et d'obligations dans l'intérêt exclusif du service public, montrent que le contrat a pour objet non seulement de permettre au prestataire de développer son activité économique au sein de l'établissement mais aussi à ce dernier de bénéficier d'un certain nombre de prestations de service. Le TC avait d'ailleurs souligné que si un tel contrat ne faisait pas participer le cocontractant à l'exécution du service public, il répondait à ses besoins. Enfin, il nous semble que c'est bien parce que l'administration entend confier à son cocontractant l'exécution de prestations répondant à ses besoins qu'elle a prévu des stipulations exorbitantes du droit commun qui confèrent au contrat son caractère administratif.

Ce ne serait pas la première fois que vous feriez directement application de ces principes à des contrats qui ne relèvent d'aucune des procédures prévues pour en assurer le respect. De même que la CJCE avait jugé, par son célèbre arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (aff. C-324/98), que les concessions de service devaient respecter "les règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier", alors même qu'elles n'entraient pas dans le champ des directives communautaires qui en déclinaient la mise en œuvre, vous avez soumis aux principes généraux de la commande publique la passation de contrats auxquelles les procédures contraignantes du code des marchés publics ne s'appliquaient pas, soit en raison de leur objet (Sect, 30 janv 2009, *ANPE*, n° 290236, pour un marché de service relevant de l'article 30 du code), soit en raison de leur extra-territorialité (décision *Pro 2C* précitée). Ce dernier cas présente d'ailleurs des points communs avec le projet de convention litigieux puisque ne relevant pas du code des marchés publics et n'étant pas une délégation de service public, il n'était administratif que par ses clauses.

L'application des principes généraux de la commande publique à ce type de contrat est enfin souhaitable, puisqu'elle permettra d'imposer le respect de règles de base de transparence et de mise en concurrence dont on sait qu'elles visent à satisfaire tant l'intérêt de la personne publique d'obtenir les meilleures réponses à ses besoins que celui des opérateurs économiques qui doivent pouvoir accéder dans des conditions d'égalité et de transparence aux droits exclusifs qui seront attribués.

Elle ne ferait d'ailleurs qu'anticiper l'évolution des règles applicables à ces contrats que provoquera très probablement la prochaine publication de la directive européenne sur l'attribution des contrats de concession, qui vient d'être adoptée par le Parlement européen. Cette directive soumettra les contrats par lesquels une personne publique confie la gestion de services à un ou plusieurs opérateurs économiques en contrepartie soit uniquement du droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit de ce droit accompagné d'un paiement, au respect de ces principes. Sa transposition en droit interne nécessitera la modification du champ d'application des délégations de service public afin d'y faire entrer les services non publics, à moins que le législateur préfère créer une nouvelle catégorie contractuelle. Dans les deux cas, des règles de procédure mettant en œuvre les principes généraux de la commande publique seront édictées.

Nous sommes bien conscients des difficultés qu'il peut y avoir à imposer de manière prétorienne des obligations qui seront très bientôt remplacées par d'autres, plus précises. Mais nous craignons que vous n'ayez pas le choix si vous admettez, comme nous le pensons, que le projet de convention relève du champ de la commande publique... Et laisser les administrations comme leurs cocontractants dans l'incertitude des règles applicables à ce type de contrats n'est guère plus rassurant pour eux.

Ces difficultés auraient pu être évitées par une conception plus accueillante du service public, qui aurait conduit à faire application au projet de convention en litige, comme l'a spontanément fait le CHU du Rouen, des règles applicables aux délégations de service public. Mais, en l'état de la jurisprudence du TC, il nous semble qu'il n'appartient qu'au législateur de le faire.

En revanche, les modalités du contrôle juridictionnel du respect de ces principes généraux ne présenteront aucune difficulté, le champ du référé précontractuel, tel qu'il ressort de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, englobant déjà, à côté de la délégation de service public, les contrats administratifs ayant pour objet la prestation de services avec une contrepartie économique constituée par un droit d'exploitation, ce qui correspond à la fois au projet de convention litigieux et à la définition des concessions de service de la future directive.

Nous vous proposons donc de juger que si le projet de convention qu'entendait conclure le CHU de Rouen pour confier à un tiers l'exploitation de prestations de service de télécommunication à destination des patients n'était ni un marché public, ni une délégation de service public, ni une convention d'occupation domaniale, il était néanmoins soumis au respect des principes généraux de la commande publique et son attribution entrainait dans le champ du référé précontractuel. Et de rejeter la demande d'annulation de la procédure, puisqu'il n'est pas contesté que le CHU a régulièrement suivi la procédure applicable aux délégations de service public, à laquelle il s'est volontairement soumis.

**EPCMNC** : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande présentée par la société Locatel France au juge des référés du TA de Rouen ainsi qu'au rejet de ses conclusions au titre des frais de l'instance ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la société Locatel France les versements d'une somme de 4 500 euros à la société Télécom services et de la même somme au CHU de Rouen au titre des frais qu'ils ont exposés devant vous et devant le juge des référés du TA.